
Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no GT 100) in verband met een aantal onderwerpen die nog een regeling of aanpassing in het Burgerlijk Wetboek van Aruba behoeven (Landsverordening aanvulling BWA)

MEMORIE VAN TOELICHTING

no. 3

Algemeen

Met ingang van 1 januari 2002 is het Burgerlijk Wetboek van Aruba (hierna: BWA) grotendeels vernieuwd. Echter destijds is een aantal onderwerpen terzijde gelaten; Het onderhavige ontwerp strekt ertoe met de vernieuwing voort te gaan, met name in de boeken 1, 3, 4 en 7. De belangrijkste onderwerpen zijn de volgende:

In Boek 1:

- herziening van het namenrecht;
- herziening van het huwelijksvernogensrecht;
- introductie van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap;
- herziening van de regeling van het ouderlijk gezag, in bijzonder na scheiding.

In Boek 3:

- regeling van de trust;
- regeling van de langdurig onverdeeld gebleven boedels.

In Boek 4:

algehele herziening van het erfrecht, met name uitbreiding van de bescherming van de langstlevende echtgenoot en afschaffing van de legitieme portie.

In Boek 7:

in Titel 1 (koop) aanvullende regeling van de huizenkoop en van de koop op afstand.

Voorts algehele herziening van de volgende bijzondere overeenkomsten:

- Titel 3 schenking

- Titel 4 huur
- Titel 10 arbeidsovereenkomst
- Titel 12 aanneming van werk
- Titel 13 personenvennootschap
- Titels 17 en 18: verzekering en lijfrente.

De regering is daarnaast voornemens op middellange termijn een ontwerp-landsverordening inzake vennootschapsrecht in te dienen, hetgeen een plaats beoogd te krijgen in Boek 2 van het BWA. In onderhavig ontwerp wordt hierop al vooruitgelopen en wordt in enkele gevallen reeds verwezen naar artikelen van het thans nog niet in procedure gebrachte boek 2. Indien mocht blijken dat de thans opgenomen wijzigingen niet meer juist zijn, zal bij de landsverordening inzake het vennootschapsrecht onderhavige landsverordening worden gewijzigd.

Tenzij anders aangegeven worden met aangehaalde boeken, titels en artikelen, boeken, titels en artikelen uit het BWA bedoeld.

I (Boek 1)

Onderdeel A (artikel 3)

Zie bij onderdeel M (gerechtelijke vaststelling van het vaderschap).

Onderdeel B (artikel 5; herziene namenrecht).

Algemeen

Het huidige artikel 1:5, eerste lid, luidt: “De geslachtsnaam van een kind is die van zijn vader, en anders die van de moeder.” Een in huwelijk geboren kind, een kind dat is erkend en een geadopteerd kind hebben dus zonder meer de naam van de vader, zonder dat afwijking daarvan mogelijk is.

Dit stelsel is door de Hoge Raad reeds geruime tijd geleden discriminatoir naar geslacht geoordeeld (HR 23 september 1988, NJ 1989, 740, Beukema en Van Veen). Immers, moeders van kinderen worden ongelijk behandeld ten opzichte van vaders, zonder dat hiervoor een voldoende rechtvaardiging bestaat. Ook uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM 22 februari 1994, Burghartz v.

Switzerland, NJ 1996, 12 en EHRM 16 november 2004, Ünal Tekeli v. Turkey, appl. no. 29865/96) en die van Human Rights Committee van de Verenigde Naties (HRC CCPR 035/1978, Shirin Aumeeruddy - Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius; en HRC CCPR 919/2000, Müller and Engelhard v. Namibia) kan het discriminatoire karakter van het huidige namenstelsel worden afgeleid. Ter gelegenheid van de invoering van het nieuwe BWA is aangekondigd dat wetgeving ter opheffing van deze discriminatie zal worden voorbereid.

In Nederland is bij wet van 10 april 1997, Stb. 161, in werking getreden op 1 januari 1998, een keuzerecht geïntroduceerd. In beginsel mag door de ouders gekozen worden tussen de naam van de vader en die van de moeder. Indien geen keuze wordt gedaan, krijgen in huwelijk geboren kinderen de naam van de vader en houden erkende kinderen de naam van de moeder.

Het onderhavige ontwerp brengt ook een keuzerecht, maar een ruimer. In beginsel mag gekozen worden tussen de naam van de vader, die van de moeder, die van de vader gevolgd door die van de moeder en die van de moeder gevolgd door die van de vader (met een maximum van twee delen). Voor wat geldt indien geen keuze wordt gedaan, geldt hetzelfde als in Nederland, maar met een regeling ter oplossing van een conflict tussen de (toekomstige) ouders.

Dat hier te lande ook kan worden gekozen voor een combinatie van de namen van vader en moeder sluit aan bij het – ook in Zuid-Amerika geldende – Spaanse en Portugese namenstelsel. Overigens kent sinds kort ook Frankrijk – waar evenals in Aruba, Nederland en de toenmalige Nederlandse Antillen vanouds kinderen de naam van de vader kregen – een stelsel waarin vier mogelijkheden worden geboden: “soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l’ordre choisi par eux dans la limite d’un nom de famille pour chacun d’eux” (Loi no. 54 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, J.O. no. 54 du 5 mars 2002 p. 4159). Zie ook artikel 51 van de Civil Code of Québec: “A child is given, as his mother and father choose (...) a surname composed of not more than two of the surnames composing his parents' surnames.”

Overigens heeft het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 2 oktober 2003 (C-148/02) in de zaak van Garcia Avello v. België ertoe geleid dat Nederlandse kinderen met dubbele nati-

onaliteit, ongeacht hun woonplaats, de naam naar het recht van de andere nationaliteit kunnen krijgen (artikel 3a, eerste lid, onderdeel b, Besluit geslachtsnaamswijziging, zoals gewijzigd bij KB van 25 mei 2004, Stb. 239). Ook hier te lande wonende kinderen met bijvoorbeeld de Nederlandse en de Venezolaanse nationaliteit kunnen dus een geslachtsnaam naar Venezolaans recht verkrijgen (met de eerste apellidos van vader en moeder na elkaar). Zie ook het arrest Grunkin-Paul (HvJEG 14 oktober 2008, zaak C-353/06).

De mogelijkheid van keuze voor een combinatie van de naam van de twee ouders maakt het nodig een voorziening te treffen voor het geval dat een of beide ouders zelf ook al een dubbele naam heeft. Bepaald wordt dat in geval van een combinatie slechts één deel van de dubbele naam kan overgaan op de kinderen (artikel 5, tweede lid). Zo overigens ook sinds vanouds in het Spaanse en Portugese systeem. Heette bijvoorbeeld in Spanje de vader Arco Bello en de moeder Crespo Díaz, dan kreeg het kind als naam Arco Crespo (de eerste apellido van de vader gevolgd door de eerste apellido van de moeder). Inmiddels kunnen echter in Spanje de ouders de volgorde zelf bepalen: “el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido” (Ley 40/1999 de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, BOE no. 266; 6 de noviembre de 1999). Ook in Portugal hebben ouders inmiddels een keuzerecht omtrent de volgorde.

In het ontwerp wordt wel vastgehouden aan het beginsel van eenheid van het gezin. De keuze van de geslachtsnaam van het eerste kind bepaalt ook de geslachtsnaam van de volgende kinderen die de ouders samen krijgen (artikel 5a, eerste lid). In het algemeen wensen kinderen dezelfde naam als hun broers en zusters. Een verschil in naam wordt door hen ervaren als een verschil in behandeling. Door de andere achternaam voelen zij zich buiten de kring van het gezin vallen. In de naamswijzigingspraktijk wordt dit argument veelvuldig naar voren gebracht. Ook vanuit de psychologie komt dit naar voren. Vandaar dat eenheid van naam tussen de kinderen van dezelfde ouders uitgangspunt voor het naamrecht is. Wordt een kind van zestien jaren of ouder erkend of geadopteerd, dan kan het zelf kiezen (artikel 5d). Voorts kan elk kind gedurende vijf jaren na meerderjarigheid door naamskeuze zijn geslachtsnaam wijzigen (arti-

kel 5e). Hiermee wordt recht gedaan aan het zelfstandige oordeel van het oudere c.q. meerderjarige kind. Er kan bij het bereiken van de meerderjarigheid ook veel gebeurd zijn. Het kind kan bijvoorbeeld zijn opgevoed door de ouder wiens naam het niet draagt, terwijl met de andere ouder, wiens naam het wel draagt, geen contact meer bestaat.

Bij de inwerkingtreding van de nieuwe regeling zullen ouders die (slechts) minderjarige kinderen hebben alsnog naamskeuze kunnen doen (artikel 16c van de Landsverordening overgangbepalingen Nieuw BW; AB 2001 no. 108). Ook hier wordt rekening gehouden met de wil van een kind dat zestien jaren of ouder is.

Het bestaande artikel 1:9 is in het onderhavige ontwerp versoepeld. Als gekozen wordt voor de naam van de moeder gevolgd door die van de vader als geslachtsnaam van de kinderen, is denkbaar dat de gehuwde vrouw de naam van haar man niet vóór maar ná haar eigen naam wil voeren. Uit oogpunt van gelijkberechting behoort de gehuwde man hetzelfde te kunnen. Overigens is men niet verplicht in het maatschappelijk verkeer de eigen geslachtsnaam te voeren, zodat artikel 9 slechts geringe betekenis heeft.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel 5

Dit artikel is reeds toegelicht in de Algemene toelichting. Per geval moet worden gezien of niet-zelfstandige elementen (verbindingswoorden en tussenvoegsels) als: “van”, “de”, “der”, “da”, “de la”, “y”, “en”, “tot” tot de geslachtsnaam behoren en ook, wat betreft het tweede lid, tot het desbetreffende deel van een dubbele geslachtsnaam, dan wel dat zij bij splitting van een dubbele naam zullen wegvallen (zoals bij “y”). De praktijk zal de weg moeten wijzen, het is thans te vroeg richtlijnen op te stellen. In geval van twijfel kan het oordeel van de rechter worden gevraagd (vooraf met toepassing van artikel 1:27 en achteraf van artikel 1:24). In het tweede lid is geen onderscheid gemaakt tussen dubbele namen van ouders die in de toekomst zullen ontstaan door toepassing van het onderhavige ontwerp en thans reeds bestaande dubbele namen. Veel van de bestaande dubbele namen zijn overigens in het verleden met toepassing van een “Spaans” of “Portugees” stelsel ontstaan door een combinatie

van een vaderlijke en moederlijke naam. Voor dubbele namen van Nederlandse oorsprong (waaronder adellijke) geldt dit niet. Aan de ouders zelf wordt overgelaten te kiezen voor het behoud van de bestaande dubbele naam (m.a.w.: om af te zien van een combinatie).

De beperking tot twee delen in het tweede lid betreft de keuze voor een combinatie. Het tweede lid staat er niet aan in de weg dat gekozen wordt voor een bestaande naam van de vader of moeder die uit bijvoorbeeld drie delen bestaat.

Artikel 5a

Dit artikel (met het beginsel van eenheid van het gezin) is ontleend aan artikel 5, achtste lid, van Boek 1 Ned.BW. Zie verder wat betreft het eerste lid de Algemene toelichting. De eenheid van naam geldt niet indien ten aanzien van een levenloos geboren kind naamskeuze is gedaan (tweede lid).

Artikel 5b

Deze bepaling ontbreekt in Nederland, hetgeen volgens het Committee on the Elimination of Discrimination against Women van de Verenigde Naties discriminatie van de moeder oplevert (NJB 2001, p. 1779, NJCM-Bulletin 2001, p. 1072); het Europese Hof voor de rechten van de mens oordeelde milder (niet-ontvankelijkheidsbeslissing 27 april 2000, Bijleveld v. the Netherlands, appl. no. 42973/98, NJB 2000, p. 1337); en ook de Hoge Raad achtte geen discriminatie aanwezig (HR 14 april 2006, NJ 2006, 258). Wat daarvan zij, moeilijk valt in te zien – uit oogpunt van gelijkheid van man en vrouw – dat alle geschillen tussen ouders aan de rechter kunnen worden voorgelegd (artikel 1:253a) behalve een geschil over naamskeuze. Het probleem is wel dat de wetgever de rechter geen goed criterium - behalve het belang van het kind - kan bieden als de ouders het niet eens zijn over de naamskeuze, maar dat doet zich ook wel voor in andere geschillen bedoeld in artikel 1:253a. Soms zijn er bijzondere omstandigheden aanwezig, bijvoorbeeld de aanwezigheid in het gezin van kinderen uit een eerdere relatie met een bepaalde naam. Het alternatief: een vetorecht te geven aan een van de ouders – zoals in Nederland – is moeilijk te rechtvaardigen.

De bepaling is afgestemd op artikel 1:253a. Van dit artikel 1:253a wordt in de praktijk vrijwel geen gebruik gemaakt, behalve als het gaat om het bepalen van de verblijfplaats van het kind als na scheiding het gezamenlijke gezag is gehandhaafd; de toepassingsmogelijkheid heeft daarom vooral principiële betekenis uit oogpunt van gelijkheid van man (vader) en vrouw (moeder). Hetzelfde geldt voor het thans voorgestelde artikel 5b. Door de mogelijkheid van een combinatie van beide namen vermindert overigens de conflictstof.

Artikel 5b spreekt behalve van ouders van “toekomstige ouders”. Men denke aan een naamskeuze vóór de geboorte van het kind; en verder aan een op erkenning gebaseerd vaderschap of op adoptie gebaseerd ouderschap. Het is onaanvaardbaar om de mogelijkheid van een conflictenbeslechting door de rechter slechts te bieden aan gehuwden. Is er een conflict omtrent naamskeuze tussen de moeder van een buiten huwelijk geboren kind en de man die het kind wil erkennen en wil de man dit conflict voorleggen aan de rechter op grond van artikel 5b, dan is denkbaar dat de moeder haar toestemming voor de erkenning zal weigeren (artikel 1:204, eerste lid, onderdeel c). De man kan dan, mits hij de verwekker is van het kind, vervangende toestemming aan de rechter vragen (artikel 1:204, derde lid), welk verzoek gepaard kan gaan met een verzoek tot beslechting van het geschil omtrent naamskeuze. Het is overigens niet te verwachten dat een dergelijk conflict omtrent naamskeuze zich vaak zal voordoen.

Het verzoek aan de rechter moet ingevolge het tweede lid worden ingediend vóór het tijdstip waarop uiterlijk naamskeuze kan worden gedaan. Dit is, afhankelijk van het geval, het tijdstip van erkenning (artikel 5g, eerste lid, eerste volzin), het tijdstip van geboorteaangifte (artikel 5i, eerste lid, eerste volzin) of het tijdstip van de adoptieuitspraak (artikel 5l, eerste tot en met derde lid). Komt de beslissing niet af voor dat tijdstip, dan krijgt het kind – bij gebreke van naamskeuze – een naam volgens de wet, te weten, afhankelijk van het geval, de naam van de moeder (artikel 5g, eerste lid, eerste volzin) of vader (artikel 5i, tweede lid; artikel 5j, tweede lid; artikel 5l, eerste lid), dan wel behoudt het kind de naam die het al heeft (artikel 5l, tweede en derde lid). Deze verkregen of behouden naam is echter slechts een voorlopige, in afwachting van de beslissing van de rechter.

Artikel 5c

Het eerste lid van dit artikel is wat betreft het overlijden van een ouder ontleend aan artikel 5, negende lid, van Boek 1 Ned.BW. Ingevolge het tweede lid kan ook bij wilsonbekwaamheid van een van de ouders de ander alleen de keuze doen; ingeval van geschil omtrent die wilsonbekwaamheid kan de rechter worden geadieerd op de voet van artikel 5b. Is één van de ouders feitelijk afwezig (en onbereikbaar), dan kan de andere ouder zich eveneens tot de rechter wenden; zonder deze bepaling zou naamskeuze zijn uitgesloten, hetgeen onredelijk voorkomt.

Artikel 5d

Dit artikel, betreffende het oudere kind, dat aan de orde was in de Algemene toelichting, is geïnspireerd door artikel 5, zevende lid, van Boek 1 Ned.BW.

Artikel 5e

Dit artikel geeft aan een ieder kind de bevoegdheid binnen vijf jaren na meerderjarigheid zijn geslachtsnaam door naamskeuze (zie artikel 5 voor de definitie van de term ‘naamskeuze’), te wijzigen (vergelijk het Nederlandse artikel 5 Besluit geslachtsnaamswijziging, dat een termijn van drie jaren stelt). Indien het kind juridisch alleen een moeder heeft (artikel 5f), komt wijziging niet in aanmerking, tenzij het geadopteerd is (artikel 5l). Ook dit artikel is ingevolge het voorgestelde artikel 16a van de Landsverordening tot wijziging van de Landsverordening overgangsbepalingen Nieuw BW slechts van toepassing in het geval dat de familierechtelijke betrekking van het kind met beide ouders op of na het tijdstip van inwerkingtreding van het nieuwe namenrecht ontstaat. Zie nog wel het voorgestelde artikel 16c, vijfde lid, van de Landsverordening tot wijziging van de Landsverordening overgangsbepalingen Nieuw BW. Dit recht van het kind ontstaat bij meerderjarigheid en niet, zoals in artikel 5d, bij het bereiken van de zestienjarige leeftijd. Er is een relevant verschil tussen enerzijds een initiële naamskeuze in verband met het ontstaan van een familierechtelijke betrekking zoals in artikel 5d (bijvoorbeeld een zestienjarig kind wordt erkend door zijn vader) en anderzijds de mogelijkheid van wijziging van een eenmaal (als regel door toedoen

van de ouders) ontstane geslachtsnaam, louter doordat het kind meerderjarig wordt, zoals in het onderhavige artikel 5e.

Artikel 5f

Indien een kind familierechtelijk geen vader heeft, doordat het buiten huwelijk is geboren en niet is erkend, krijgt het de geslachtsnaam van de moeder. Evenzo artikel 5, eerste lid, eerste volzin, van Boek 1 Ned.BW.

Artikel 5g

Erkenning van een kind op zich heeft geen naamsgevolg meer, zoals in het huidige recht. Wellicht zal hierdoor in sommige gevallen de moeder gemakkelijker toestemming voor erkenning geven (artikel 1:204, eerste lid, onder c). Willen de ouders dat het kind na de erkenning de naam van de vader krijgt, dan zullen zij daarvoor ter gelegenheid van de erkenning gezamenlijk moeten kiezen (eerste en derde lid). Uiteraard kunnen de ouders ingevolge het onderhavige ontwerp (artikel 5) ook kiezen voor een combinatie van de naam van de moeder en die van de vader. Een naamskeuze ten tijde van de geboorteaangifte werkt terug tot de geboorte (artikel 5g, tweede lid, welke bepaling ruimer is dan artikel 5, tweede lid, van Boek 1 Ned.BW); dezelfde regel is neergelegd in artikel 5i, derde lid, ten aanzien van huwelijkse kinderen. Ook ongehuwden kunnen een conflict omtrent naamskeuze aan de rechter voorleggen; zie artikel 5b.

Artikel 5h

Deze bepaling correspondeert met artikel 5g. De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is geregeld in de nieuwe afdeling 4 van titel 10 (Onderdeel M).

Artikel 5i

Hier gaat het om huwelijkse kinderen. Doen de ouders geen naamskeuze, dan krijgt het kind – overeenkomstig de traditie hier te lande – de naam van de vader (tweede lid). Dezelfde regel is neergelegd in artikel 5, vijfde lid, van Boek 1 Ned.BW; in Nederland is sedert 1998 gebleken dat in de praktijk weinig naamskeuze wordt gedaan. Kunnen de ouders het niet eens worden, dan geldt artikel 5b. Naamskeuze ter gelegenheid van de

geboorteaangifte werkt terug tot de geboorte (derde lid; vergelijk ook artikel 5g, tweede lid, ten aanzien van erkende kinderen).

Artikel 5j

Deze specifieke, met artikel 1:199, onder b, samenhangende, bepaling is ontleend aan artikel 5, zesde lid, van Boek 1 Ned.BW. De term ‘vader’ in het tweede lid slaat op de nieuwe echtgenoot van de moeder; zie artikel 1:199, onderdeel 1.

Artikel 5k

Adoptie door één persoon is mogelijk sedert de inwerkingtreding van Boek 1 nieuw BWA (artikel 227, eerste lid). Bij eenpersoonsadoptie door een man, krijgt het kind zijn naam, aldus het onderhavige artikel. Bij eenpersoonsadoptie door een vrouw krijgt het kind haar naam ingevolge artikel 5f.

Artikel 5l

Dit artikel is ontleend aan artikel 5, derde lid, van Boek 1 Ned.BW. Wordt een kind geadopteerd door een echtpaar, dan heeft het de naam van de vader, tenzij de ouders naamskeuze doen (eerste lid). Deze regel correspondeert met artikel 5i, tweede lid, ten aanzien van in huwelijk geboren kinderen. Zijn de twee adoptanten niet met elkaar gehuwd – adoptie door twee ongehuwden is mogelijk mits zij niet van gelijk geslacht zijn en ten minste drie jaren hebben samengewoond (artikel 1:227, eerste en tweede lid) – dan houdt het kind de eigen naam, tenzij de ouders naamskeuze doen (tweede lid). Bij stiefouderadoptie houdt het kind eveneens zijn eigen naam, tenzij naamskeuze wordt gedaan (derde lid). Ook in geval van adoptie kan een conflict omtrent naamskeuze worden voorgelegd aan de rechter; zie artikel 5b.

Artikel 5m

Dit artikel, betreffende het geval dat beide ouders onbekend zijn, correspondeert met het huidige artikel 1:5, tweede lid.

Onderdeel C (artikel 7)

Wat betreft het aangevulde vierde lid, zie bij onderdeel M (gerechtelijke vaststelling van het vaderschap).

Onderdeel D (artikel 9)

Deze wijziging is toegelicht in de Algemene toelichting bij Onderdeel B. Voor de goede orde zij nog opgemerkt dat de werkelijke geslachtsnaam van de echtgenoot dezelfde blijft. Het gaat hier slechts om een gebruik in het maatschappelijk verkeer; men houdt als gehuwde de geslachtsnaam die op de geboorteakte staat vermeld.

Onderdeel Dbis (artikel 10)

De toevoeging van een derde lid aan artikel 1:10 houdt verband met de mogelijkheid dat een vennootschap in rechte wordt opgeroepen. Zie daarover nader bij de toelichting van de wijzigingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van Aruba (AB 2005 no. 34; hierna WBRvA).

Door de uitlegbepaling van artikel 7:804, eerste lid, is het niet nodig om in het tweede lid van artikel 1:10 bij het begrip ‘rechtspersonen’ nader tot uitdrukking te brengen dat daaronder niet mede de openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid zijn begrepen.

Onderdeel Hter (vervallen artikelen 37 en 38)

Speciale aandacht verdienen de wijzigingen ten aanzien van de artikelen 37, 38, 204, 382, 385 en 386. In de praktijk is gebleken dat curatele bijna uitsluitend wordt ingesteld mede in verband met geestelijke stoornissen. Verslaving aan drugs leidt daar – al dan niet tijdelijk – toe. Hier komt bij dat drugsverslaafden zich regelmatig lenen voor schijnhuwelijken en schijnerkenningen. Dit geeft voldoende grond om geen onderscheid meer te maken, wat betreft de mate van handelingsonbekwaamheid, tussen enerzijds curatele wegens geestelijke stoornis en anderzijds curatele wegens verslaving of verkwisting. Wat betreft de curatele wegens verkwisting zij nog opgemerkt dat deze zich zelden voordoet, of het zou moeten zijn omdat ook sprake is van een verslaving. In het voorgestelde artikel 382 is daarom bepaald dat een curandus, ongeacht de grond waarvoor curatele is ingesteld, slechts familierechtelijke handelingen mag verrichten met toestemming van de rechter in eerste aanleg. Het gaat hier onder

meer om het aangaan van een huwelijk (de artikelen 37 en 38 kunnen derhalve vervallen), een scheidingsverzoek (HR 28 maart 1980, NJ 1980, 387), de aantasting van het vaderschap en de erkenning van een kind (het vierde lid van artikel 204 kan derhalve vervallen). De rechter zal moeten beoordelen of de curandus voldoende in staat moet worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake.

Onderdeel Hquater (artikel 44)

Bij de wijziging van de Landsverordening toelating, uitzetting en verwijdering (AB 1993 no. GT 33) bij landsverordening van 28 juni 2006 (AB 2006 no. 30) – waarin de splitsing tussen verantwoordelijkheid voor toegangverlening in en voor toelating aan toelatingsplichtigen werd neergelegd – is verzuimd artikel 47, eerste lid, onderdeel b, daaraan aan te passen. De daar bedoelde bevoegdheid behoorde na de voormelde wijziging toe te vallen aan de minister, belast werd met de verantwoordelijkheid voor het verlenen van toelating in Aruba.

Onderdeel Hquinquies (artikel 58)

Het huwelijk wordt niet door maar ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand voltrokken.

Onderdeel I (titel 6 tot en met titel 8: herziening huwelijksvermogensrecht)

Titel 6 (Rechten en verplichtingen van echtgenoten)

Algemeen

De inhoud van deze en de twee volgende titels - voornamelijk omvattende het huwelijksvermogensrecht – is reeds herzien bij de invoering van het nieuwe Boek 1 BWA in 2002. De thans aangebrachte wijzigingen brengen deels technische vereenvoudigingen, deels gaan zij verder, vooral wat betreft de gemeenschap van goederen. Voor de Nederlandse wetsgeschiedenis zie: C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Invoering Boeken 3, 5 en 6, *Aanpassing Burgerlijk Wetboek* (1991), p. 1-108 en L.C.A. Verstappen en S.F.M. Wortmann, *Parlementaire geschiedenis moderniseringswetgeving huwelijksvermogensrecht*, Eerste en tweede tranche, 2003, alsmede de wetsgeschiedenis van de Nederlandse Wet aanpassing wettelijke gemeen-

schap van goederen van 18 april 2011, Stb. 205 (Kamerstukken II 28 867). In Nederland is bij amendement-Anker (Kamerstukken 28 867, nr. 14) het voorstel om erfrechtelijke verkrijgingen en giften buiten de huwelijksgemeenschap te laten vallen, komen te vervallen. In het onderhavige ontwerp is dat voorstel gehandhaafd. Uit praktische overwegingen worden de gehele titels 6 tot en met 8 opnieuw voorgesteld.

Artikelsgewijs

De inlichtingenplicht die is opgenomen in artikel 1:98 is overgebracht naar artikel 83. Dat het wederzijdse recht op informatie in titel 6 (Rechten en verplichtingen van echtgenoten) staat, dient een correcte uitvoeren van de regeling van draag- en fourneerplicht ter zake van de kosten van de huishouding (artikel 84, eerste lid), ook bij een ‘koude uitsluiting’. Voor de uitvoering van de meeste huwelijksgoederenstelsels zal het voorts van groot belang zijn te kunnen beschikken over de financiële gegevens van de echtelieden. Zie overigens voor verrekenbedingen het voorgestelde artikel 138, tweede lid, en artikel 143. Maar ook bij het vaststellen van de omvang en samenstelling van een door het indienen van een verzoek tot echtscheiding (zie artikel 99) ontbonden gemeenschap van goederen, kan het van belang zijn om inzage te hebben in het privé-vermogen van de echtelieden. Indien bijvoorbeeld een privé-goed deels met gemeenschapsgeld werd aangeschaft, zal ingevolge artikel 95, eerste lid, in verbinding met artikel 87, tweede en derde lid, een plicht tot vergoeding aan de gemeenschap ontstaan (récompense), waarvan de hoogte afhankelijk is van de waarde van het goed. Voor al deze regelingen geldt dat zij staan of vallen met het hebben van een afdwingbaar recht op informatie over het gevoerde bestuur, de stand van het (gemeenschappelijke) vermogen en van het vermogen van de andere echtgenoot. Tegen niet zinvolle informatieverschaffing zal een echtgenoot zich steeds kunnen verzetten. In de periode tussen ontbinding van de huwelijksgemeenschap (zie artikel 99) en de scheiding blijft artikel 83 van toepassing, daarna niet meer. Na de scheiding vloeit een informatieplicht echter voort uit artikel 3:166, derde lid, in verbinding met artikel 6:2 ; vergelijk ook artikel 3:194.

Met het voorgestelde artikel 83 wordt niet beoogd een algemene verplichting in te voeren rekening en verantwoording af te leggen over het

gevoerde bestuur ter zake van tot de gemeenschap van goederen behorende vermogensbestanddelen. Deze verplichting bestaat alleen in de door de wet aangegeven gevallen, bijvoorbeeld wanneer de ene echtgenoot het bestuur overlaat aan de andere echtgenoot (artikel 90, derde lid). In artikel 84 zijn enkele vereenvoudigingen aangebracht. Zo is voor afwijking van de in de eerste twee leden gegeven regeling van draagplicht en fourneerplicht een schriftelijke overeenkomst voldoende (in plaats van een voorziening in de huwelijkse voorwaarden). Het zesde lid, dat nog uitgaat van een schuldbeginsel, is geschrapt.

In artikel 85 is alleen het eerste lid gehandhaafd. De fourneerplicht van het tweede en derde lid is ondergebracht in het nieuwe artikel 84, tweede lid. Het onderscheid in het bestaande BWA tussen ‘kosten van de huishouding’ en kosten verband houdende met ‘de gewone gang van de huishouding’ is als zijnde kunstmatig en van onvoldoende praktische betekenis vervallen.

Behalve voor de vergoedingsrechten en vergoedingsplichten tussen een echtgenoot in privé en de gemeenschap (artikelen 95 en 96: récompenses en reprises), wordt ook voor de vergoedingsrechten en vergoedingsplichten tussen beide echtgenoten in privé een bijzondere bepaling voorgesteld en wel in artikel 87. Al de vergoedingsrechten hebben de strekking om handelingen met een zeker beleggingskarakter, wanneer zij plaatsvinden in het ene vermogen maar mede bekostigd worden uit een ander vermogen, economisch ook te laten doorwerken naar dat andere vermogen. Naar geldend recht is de vergoedingsvordering – naar de hoofdregel van het vermogensrecht – in beginsel een nominale vordering waarover geen rente verschuldigd is, tenzij op grond van een overeenkomst of uit de wet anders voortvloeit en behoudens de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (HR 12-6-1987, NJ 1988, 150, Kriek/Smit). In artikel 87 wordt hiermee gebroken. De ‘nominalistische visie’ wordt vervangen door een ‘beleggingsvisie’, welke wat betreft verrekenbedingen is neergelegd in artikel 136, eerste lid. Met artikel 87, tweede lid, onder a, wordt beoogd om de hoogte van de vergoedingsvordering te koppelen aan de waarde van het daarmee aangeschafte of verbeterde goed: de vergoeding belooft dan een deel van de waarde van het goed op het tijdstip van voldoening, evenredig aan het aandeel, afkomstig uit het vermogen van de andere echtgenoot, in de tegenprestatie waarvoor het

goed is verkregen of verbeterd. Daarmee wordt bewerkstelligd dat de tot de vergoedingsvordering gerechtigde echtgenoot economisch – zowel in positieve als in negatieve zin (aangenomen dat deze met de aanwending heeft ingestemd) – participeert in de waardeontwikkeling van het aangeschafte goed. Indien bijvoorbeeld de andere echtgenoot 100 000 florin ter beschikking stelt aan de ene echtgenoot die daarmee op eigen naam een woning aankoopt voor een bedrag van 400 000 florin, dan verkrijgt de andere echtgenoot ingevolge artikel 87, tweede lid, onder a, een vergoedingsrecht dat gelijk is aan een kwart van de waarde van de woning ten tijde van de voldoening van deze vordering. Indien na tien jaren door de ene echtgenoot tot voldoening wordt overgegaan en de woning is 1 000 000 florin waard, dan heeft de andere echtgenoot dus recht op 250 000 florin. Indien echter na twee jaren tot voldoening wordt overgegaan en de woning is maar 200 000 florin waard, dan heeft de andere echtgenoot, aangenomen dat deze met de aanwending instemde (artikel 87, derde lid, onder a), recht op 50 000 florin.

Wanneer het niet gaat om de verkrijging of verbetering van een goed, wordt de omvang van de vergoedingsvordering gerelateerd aan de waarde van het goed ten tijde van de voldoening van de schuld die verband houdt met de investering in het goed (artikel 87, tweede lid, onder b). Stel dat door de andere echtgenoot een schuld ter zake van het goed van de ene echtgenoot, dat een waarde heeft van 500 000 florin, wordt voldaan ter grootte van 100 000 florin. Indien nadien tot voldoening van de vergoedingsvordering wordt overgegaan en het goed op dat tijdstip 1 000 000 florin waard is, dan heeft de andere echtgenoot recht op 200 000 florin. In de artikelen 95 en 96 wordt artikel 87, tweede en derde lid, van overeenkomstige toepassing verklaard. De tekst van artikel 87, tweede lid, wijkt af van de Nederlandse, maar niet van de bedoeling daarvan; men zie de Memorie van Antwoord in de Eerste Kamer (MvA I 2008/2009, 28 867, C, p. 16-17). Vgl. ook, maar dan ten aanzien van artikel 136 ter zake van verrekenbedingen (waarvoor ook de beleggingsleer geldt), HR 10-7-2009, NJ 2009, 136. De in het onderhavige ontwerp neergelegde tekst is duidelijker dan de huidige Nederlandse.

Artikel 87, tweede lid, is ten voordele van de echtgenoot wiens vermogen is aangewend van toepassing ongeacht of voor die aanwending toestemming was gegeven. Ten nadele kan het tweede lid echter niet werken

als de aanwending zonder toestemming geschiedde. Zijn de gelden namelijk zonder toestemming van de andere echtgenoot aangewend, dan heeft de vergoedingsvordering steeds ten minste het beloop van de nominale waarde ervan. De bewijslast dat toestemming is gegeven, zodat niet ten minste het nominale bedrag moet worden vergoed, rust in beginsel bij de echtgenoot die het vermogen van de andere echtgenoot heeft aangewend (artikel 87, derde lid, onder a). Het ter beschikking stellen van middelen waarvoor de andere echtgenoot een goed aanschaft, impliceert overigens dat artikel 90, derde lid, van toepassing wordt: het bestuur over die middelen wordt aan de andere echtgenoot overgelaten waardoor de bepalingen van opdracht van overeenkomstige toepassing worden, met inachtneming van de aard van de huwelijksverhouding en de aard van de goederen.

Een tweede uitzondering op de beleggingsleer geldt ter zake van ‘verbruiksgoederen’ (artikel 87, derde lid, onder b).

In onderdeel c van artikel 87, derde lid, wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat een goed ter zake waarvan de andere echtgenoot aanspraak heeft op vergoeding, wordt vervreemd. Treedt daarvoor een ander goed in de plaats, dan zal de vergoedingsaanspraak afhankelijk zijn van de waardeontwikkeling van dat goed (tenzij het vervangende goed een verbruiksgoed is als bedoeld in onderdeel b). Wordt een goed te gelde gemaakt zonder dat daarvoor andere goederen in de plaats treden, of wordt het goed weggeschonken, dan wordt ingevolge onderdeel c de vergoeding bepaald aan de hand van de waarde ten tijde van de vervreemding, in plaats van, overeenkomstig de hoofdregel van artikel 87, tweede lid, aanhef: ten tijde van afrekening. Zou men immers de hoofdregel volgen, dan zou de vergoedingsvordering in beginsel moeten vervallen omdat het goed niet meer in het betrokken vermogen aanwezig is, of op het nominale bedrag van de onttrekking moeten worden gesteld indien deze zonder toestemming was geschied (artikel 87, derde lid, onder a).

Uiteraard kunnen de vergoedingsrechten mede toepassing vinden bij levensverzekeringen waarin waarde wordt opgebouwd. Het speciale geval van een begunstiging bij sommenverzekering dient te worden gelijkgesteld met een vervreemding, omdat met het onherroepelijk worden van de begunstiging de verzekeringnemer niet langer de vrije beschikking heeft over de rechten uit de verzekering. Het ligt voor de hand voor de

waarde aan te knopen bij de uitkering; vergelijk ook artikel 96a en artikel 7:188, tweede lid. In voorkomende gevallen zal hetzelfde gelden voor andere begunstiging door middel van een derdenbeding (vergelijk artikel 4:127).

Artikel 87, derde lid, onder d, maakt door het van toepassing verklaren van de artikelen 137 en 140 (over verrekening krachtens een verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden) een aangepaste afwikkeling mogelijk. Er zijn omstandigheden denkbaar, waarin vergoeding niet in geld, maar in goederen van de vergoedingplichtige echtgenoot behoort plaats te vinden. Voorts moet de rechter, op verzoek van de vergoedingplichtige echtgenoot, wegens gewichtige redenen kunnen bepalen dat een verschuldigde geldsom, al dan niet vermeerderd met een in de beschikking te bepalen rente, in termijnen of eerst na verloop van zekere tijd, hetzij ineens, hetzij in termijnen behoeft te worden voldaan. Hierbij let de rechter op de belangen van beide partijen.

Het gaat bij dit alles om regelend recht. Echtgenoten kunnen ingevolge artikel 87, vierde lid, bij de verkrijging anders overeenkomen, maar bijvoorbeeld ook reeds bij huwelijkse voorwaarden. Aan een andersluidende overeenkomst zijn geen vormvoorschriften verbonden. Mogelijk is bijvoorbeeld dat de ene echtgenoot bij wege van lastgeving vermogen van de andere echtgenoot heeft belegd en uit dien hoofde een verdergaande verplichting heeft (vergelijk HR 2-4-1976, NJ 1976, 450, *Modehuis Nolly*).

De tweede zin van het vierde lid dient om buiten twijfel te stellen dat wanneer een vermogensverschuiving tussen echtgenoten geschiedt ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis of daarvoor een andere rechtsgrond kan worden aangewezen, in zoverre geen vergoedingsrecht uit artikel 87 voortvloeit.

Het vijfde lid van artikel 87 geeft de mogelijkheid om vergoedingsvorderingen te schatten, indien hun omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (vergelijk artikel 6:97, tweede zin, voor de omvang van wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding).

In artikel 87a is de beleggingsleer ook toepasselijk verklaard op het geval dat buiten huwelijk is samengeleefd en een van de partners goederen van de ander heeft gebruikt. Men denke aan een huis door een partner ge-

kocht is deels met geld van de ander. De ander behoort te kunnen meeprofiteren van een waardestijging.

In het kader van de bescherming van de andere echtgenoot tegen hem of haar belastende rechtshandelingen, is sprake van een benodigde toestemming van de andere echtgenoot voor een viertal categorieën rechtshandelingen (artikel 88). De andere echtgenoot wordt door toestemming te geven niet zonder meer partij bij de rechtshandeling. Sanctie van het handelen zonder de vereiste toestemming van de andere echtgenoot is vernietigbaarheid (artikel 89, eerste lid), behoudens goede trouw van de wederpartij (artikel 89, tweede lid).

Voor giften is in beginsel toestemming nodig (artikel 88, eerste lid, onder b). Toegevoegd is een vierde lid ten aanzien van giften bij dode. Op de prestatie moet degene tot wiens verrijking de rechtshandeling strekt (na dode van de schenker-echtgenoot) wel al aanspraak kunnen maken, anders is van een gift geen sprake (artikel 7:186, tweede lid, tweede volzin). Ook een legaat wordt niet door artikel 88 getroffen. Op het tijdstip van de gift kan veelal wel de strekking worden vastgesteld dat de gift pas zal worden uitgevoerd na het overlijden van de schenker-echtgenoot, doch is niet zeker of de gift ondanks die strekking niet toch voor het overlijden zal worden uitgevoerd. Wanneer de schenker-echtgenoot op dit punt zekerheid wenst dat nakoming tijdens leven niet op bezwaren van de zijde van zijn echtgenoot kan stuiten, zal hij kunnen overwegen toestemming van de echtgenoot te vragen. Doet hij dat niet en komt bij hem in een later stadium de wens op om de gift (vervroegd) uit te voeren, dan zal hij, ter voorkoming dat daardoor de schenking alsnog door de echtgenoot kan worden vernietigd, alsnog toestemming van de echtgenoot moeten vragen. Met andere woorden: artikel 88, vierde lid, bewerkstelligt dat uitvoering bij leven van de schenker van een gift ter zake des doods deze gift bij gebreke van toestemming van de echtgenoot alsnog vernietigbaar doet zijn.

Voor de aanwijzing van een begunstigde bij een sommenverzekering die tijdens het leven van de echtgenoot-verzekeringnemer niet is aanvaard en die evenmin kan worden aanvaard, is geen toestemming van de andere echtgenoot nodig. De aanwijzing is dan overigens ook geen gift, blijkens artikel 7:188, eerste lid, (in het voetspoor van artikel 7:186, tweede lid, tweede volzin). De betekenis van artikel 88, vierde lid, tweede volzin, is

dat, zodra tijdens het leven van de schenker-echtgenoot de aanwijzing van een begunstigde wel een gift wordt (door aanvaarding of de mogelijkheid daartoe), zij niet valt onder de uitzondering op het toestemmingsvereiste, vervat in de eerste volzin. Kan de aanwijzing tijdens het leven van de verzekeringnemer worden aanvaard, dan dient de echtgenoot van de verzekeringnemer de gift te kunnen vernietigen, omdat dan het vermogen van de verzekeringnemer nog tijdens zijn leven belast wordt met de premies of koopsom, zónder dat daartegenover de mogelijkheid staat om de met de verzekering gemoeide waarde, door wijziging van de begunstiging of door afkoop van de verzekering, te benutten. In de meeste gevallen zal een begunstiging uit sommenverzekering eerst kunnen worden aanvaard vanaf het tijdstip dat de begunstiging onherroepelijk is geworden. Dit doet zich voor indien het risico is geëindigd door het overlijden van de verzekerde, indien een uitkering opeisbaar is geworden alsmede indien de verzekeringnemer is overleden en de overeenkomst dit gevolg daaraan verbindt (zie artikel 7:968, onder b, c, en d en artikel 7:969, eerste lid). Buiten deze gevallen kan een begunstiging echter ook worden aanvaard wanneer de verzekeringnemer daartoe schriftelijk toestemming heeft verleend (artikel 7:969, eerste lid, slot). In dat geval wordt de aanwijzing evenwel niet reeds door de verleende toestemming onherroepelijk, doch eerst vanaf het tijdstip dat de aanwijzing door de begunstigde daadwerkelijk is aanvaard (artikel 7:968, onder a). Voor dit geval van aanvaarding met toestemming van de verzekeringnemer behoeft derhalve het tijdstip van onherroepelijkheid niet samen te vallen met het tijdstip waarop de begunstiging kan worden aanvaard. Doorgaans zullen overigens de toestemming en de aanvaarding tegelijkertijd aan de verzekeraar worden meegedeeld, zodat beide tijdstippen wel samenvallen. Niettemin wordt ook voor dit geval de toestemmingseis van artikel 88 gesteld vanaf het tijdstip dat de begunstiging kan worden aanvaard, dat wil zeggen vanaf het tijdstip dat de verzekeringnemer aan de derde toestemming tot aanvaarding heeft gegeven en niet eerst vanaf het tijdstip van de aanvaarding zelf. Wordt de aanwijzing van een derde-begunstigde nog tijdens het leven van de verzekeringnemer aanvaard, dan is daarop artikel 7:177 niet van toepassing, omdat van de praktijk niet gevergd kan worden dat de geldigheid van de aanwijzing bij sommenverzekering aan het vereiste van notariële akte wordt onderworpen

(artikel 7:188, eerste lid, tweede volzin). Sommenverzekeringen zijn overigens, ook al is de aanwijzing van een begunstigde aanvaard of kan deze worden aanvaard, geenszins altijd een gift. Veel strekken tot voldoening aan een natuurlijke verbintenis en ook zijn er die voldoening aan een in rechte afdwingbare verbintenis betekenen, zoals een pensioen- of alimentatieverbintenis en de nakoming van bedingen in kredietverlening (artikel 7:188, eerste lid, eerste volzin, slot).

Op grond van het nieuwe artikel 6:227a dit voorstel mag een echtgenoot bijvoorbeeld dus ook langs elektronische weg aan de andere echtgenoot toestemming geven tot vervreemding van een door de echtgenoten tezamen of door de andere echtgenoot alleen bewoonde woning. Voor vormvrije rechtshandelingen blijft gelden dat de toestemming als bedoeld in artikel 1:88 ook vormvrij is.

Van de toepasselijkheid van artikel 88, eerste lid, onderdelen b tot en met d, zijn in artikel 88a uitgezonderd rechtshandelingen van een in hoedanigheid van trustee verricht; zie titel 6 van Boek 3. Het trust-vermogen vormt immers een afgescheiden vermogen (artikel 3:127, tweede lid, onderdeel a, en artikel 3:155). Wat betreft de echtelijke woning (artikel 88, eerste lid, onderdeel a) dient de ‘gezinsbescherming’ echter in beginsel in tact te blijven ook indien de woning tot het trust-vermogen behoort. Overigens kan altijd de beslissing van de rechter worden ingeroepen.

Wat betreft het nieuwe artikel 92a vergelijk men artikel 4:43, eerste lid. Denkbaar is dat een bejaarde man door een veel jongere vrouw en een bejaarde vrouw door een veel jongere man wordt verleid tot het doen van giften, tot makingen en tot het aangaan van een huwelijk in gemeenschap van goederen. Zie wat het laatste betreft HR 7-12-1990, NJ 1991, 593, in welk geval een homoseksuele verpleger (in het geheim) in wettelijke gemeenschap van goederen trouwde met een oudere hulpbehoevende rijke vrouw die hij verzorgde en vervolgens vermoorde teneinde de helft van haar vermogen te bemachtigen. De Hoge Raad achtte in dit geval een verdeling bij helfte van de door de dood van de vrouw ontbonden huwelijksgemeenschap onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Voor schenkingen en andere giften is in artikel 7:176, in verband met artikel 7:186, voorzien in een waarborg. Wordt beroep gedaan op misbruik van omstandigheden, dan berust de bewijslast van het tegendeel in

beginsel op de begiftigde. Misbruik van omstandigheden is, zoals reeds bij artikel 43 vermeld, volgens artikel 3:44, vierde lid, aan-wezig ‘wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, licht-zinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.’

Vanuit de praktijk is, mede in verband met het vervallen van de legitieme portie, de wens uitgesproken dat een beroep op misbruik van omstandigheden, onder omstandigheden, ook mogelijk wordt gemaakt ten aanzien van huwelijken in gemeenschap van goederen. Hierin voorziet het onderhavige artikel 1:92a. Het moet gaan om een kort kinderloos huwelijk (vergelijk ook, in geheel ander verband, artikel 4:32a en het reeds bestaande artikel 1:157, zesde lid). Niet wordt voorzien in vernietiging van het huwelijk. De onmiddellijk belanghebbenden (meestal: de kinderen die erfgenaam of legataris zijn) kunnen echter vorderen dat de rechter wegens misbruik van omstandigheden de huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk uitsluit of beperkt; men denke vooral aan de algemene gemeenschap van goederen, maar ook de werking van een verrekenbeding kan door de rechter eventueel worden ontkracht. Artikel 4:54 inzake verjaring en verval wordt van overeenkomstige toepassing verklaard.

Het onderhavige artikel 1:92a betreft een beroep door de onmiddellijk belanghebbenden (meestal: de kinderen) op misbruik van omstandigheden na het overlijden van de echtgenoot-erflater in een kort kinderloos huwelijk. Aan de echtgenoot zelf behoort tijdens leven, na echtscheiding, ook een dergelijk beroep daarop toe te komen, mits het gaat om een kort kinderloos huwelijk. Daarin voorziet het voorgestelde artikel 1:152.

Zowel in artikel 4:43, eerste lid, tweede volzin, als in het onderhavige artikel 1:92a als in artikel 1:152 geldt dezelfde omkering van de bewijslast als bij schenkingen en andere giften (artikel 7:176 in verband met 7:186).

Titel 7 (De wettelijke gemeenschap van goederen)

Afdeling 1 (Algemene bepalingen)

Belangrijk is dat erfrechtelijke verkrijgingen en giften niet langer in de gemeenschap vallen (artikel 94, tweede lid, onder a), voor récompenses en reprises geldt de beleggingsleer (artikelen 95 en 96 in verbinding met artikel 87, tweede en derde lid) en ten aanzien van goederen die niet op naam van een echtgenoot staan is ieder van de echtgenoten bestuursbevoegd (artikel 97, eerste lid).

Wat betreft afdeling 3 (Ontbinding van de gemeenschap) vinden wijzigingen plaats in artikel 99, eerste lid (vervroeging van het tijdstip van ontbinding van de gemeenschap van rechtswege) en in artikel 102, tweede zin (de na ontbinding ontstane hoofdelijke aansprakelijkheid van de voorheen niet aansprakelijke echtgenoot voor gemeenschapsschulden wordt beperkt tot diens verkrijgingen uit hoofde van de verdeling). Afdeling 4 (Opheffing van de gemeenschap bij beschikking) wordt aangepast aan het vervroegd tijdstip van ontbinding.

Toepassingsbereik

De betekenis van artikel 93 is tweërlei. Enerzijds wordt tot uitdrukking gebracht dat de gemeenschap van goederen geldt, tenzij de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden daarvan afwijken, uitdrukkelijk of door de aard van de bedingen. Anderzijds komt tot uitdrukking, in de tweede zin, dat de bepalingen van deze titel van regelend recht zijn en dat daarvan in beginsel bij huwelijkse voorwaarden kan worden afgeweken. Geen afwijking is toegelaten bij bepalingen waarvan uitdrukkelijk is bepaald dat zij van dwingend recht zijn of bepalingen die naar hun aard dwingend zijn zoals artikel 94, zevende lid, artikel 96, eerste tot en met vijfde lid, artikel 96b, laatste zin, artikel 97, derde lid, artikel 99, en de artikelen 101 tot en met 113.

Artikel 94, eerste lid, komt overeen met het eerste gedeelte van het huidige artikel 168.

De baten van de gemeenschap

Ingevolge de aanhef van artikel 94, tweede lid, blijft de aanbreng ten huwelijk in de wettelijke gemeenschap van goederen vallen. Voorts komt tot uitdrukking dat goederen, verkregen na de ontbinding van de gemeenschap maar vóór de verdeling en afwikkeling daarvan, buiten de

gemeenschap vallen. Het tweede lid van artikel 94 bevat een opsomming van goederen die van de boedelmenging worden uitgezonderd. Onder a is een belangrijke wijziging ten opzichte van het geldende recht opgenomen: krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift, zowel voordien als tijdens het bestaan van de gemeenschap, verkregen goederen vallen niet in de gemeenschap. Hetzelfde geldt overigens voor de vruchten hiervan (artikel 94, vijfde lid) en de door erfopvolging verkregen schulden (artikel 94, zesde lid, onder a).

Onder makingen worden erfstellingen (artikel 4:115) en legaten (artikel 4:117, eerste lid) begrepen; zie voor de omschrijving van giften artikel 7:186, tweede lid (vergelijk ook artikel 4:126, tweede lid); en voor testamentaire lasten in het algemeen de artikelen 4:130 tot en met 4:134. Aan een uitsluitingsclausule (het huidige artikel 169, eerste lid) is geen behoefte meer, behalve indien echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden van artikel 94, tweede lid, onder a, zijn afgeweken; zie in titel 8 (Huwelijkse voorwaarden) artikel 121a. Voor een insluitingsclausule, zie hierna artikel 94, derde lid, tweede zin.

Onderdeel b geeft een opsomming van andere erfrechtelijke verkrijgingen die buiten de gemeenschap vallen. Behalve het verzorgingsvruchtgebruik van artikel 4:29 en 4:30 vallen ook verkrijgingen als die krachtens de artikelen 4:34 tot en met 4:36 (som ineens) of artikel 4:38 (overdracht bedrijfsgoederen en aandelen) buiten de gemeenschap. Indien de langstlevende echtgenoot alle goederen van de nalatenschap heeft verkregen ingevolge de wettelijke verdeling van artikel 4:13, zullen die goederen in geval van hertrouwen niet vallen in de nieuwe huwelijksgemeenschap. Draagt de echtgenoot vervolgens een uit de nalatenschap verkregen goed over aan een kind van de erflater ingevolge diens wilsrecht ex artikel 4:19 of artikel 4:21 en behoudt de echtgenoot ingevolge die bepalingen daarvan het (wilsrechten)vruchtgebruik, dan blijft uiteraard ook dat vruchtgebruik buiten de gemeenschap.

Wanneer een echtgenoot een tot de gemeenschap behorend goed schenkt aan de andere echtgenoot, geldt niet dat dit als een door gift verkregen goed buiten de gemeenschap valt (artikel 94, derde lid, eerste zin). Ware dit anders, dan zouden de echtgenoten langs deze weg de gemeenschap eenvoudig kunnen uithollen.

Met artikel 94, derde lid, tweede zin, wordt een grondslag geboden voor de tegenhanger van de uitsluitingsclausule: de insluitingsclausule of gemeenschapsclausule. Deze kan onder omstandigheden voorzien in een behoefte van de erflater om goederen aan een kind na te laten, zodanig dat deze, in afwijking van artikel 94, tweede lid, onder a, niet buiten de gemeenschap valt waarin het kind is gehuwd. In verband met artikel 4:42, eerste lid (het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen) is zulks hier uitdrukkelijk in de wet bepaald.

Artikel 94, vierde lid, komt overeen met het huidige artikel 169, derde lid.

Vruchten van goederen die niet in de gemeenschap vallen, delen, ingevolge artikel 94, vijfde lid, eerste zin, dat lot; vergelijk ook artikel 94, derde lid, tweede zin, (insluitingsclausule), artikel 121a (uitsluitingsclausule), artikel 133 (beperking verrekeningsverplichting) en artikel 134 (niet-verrekeningsclausule). Ter vermijding van misverstand is toegevoegd dat zulks niet zonder meer geldt ten aanzien van goederen die op enigerlei bijzondere wijze verknocht zijn, als bedoeld in artikel 94, vierde lid. Zie HR 26-9-2008, NJ 2009, 40 en de Memorie van Antwoord in de Eerste Kamer bij de corresponderende Nederlandse bepaling (MvA I 2008/2009, 28 867, C, p. 7).

Artikel 94, vijfde lid, tweede zin, geeft een regel van eenvoudige zaaksvervanging. Vergelijk in dit verband ook artikel 3:213, eerste lid. Artikel 3:213, tweede lid, kan zo nodig overeenkomstig worden toegepast.

De lasten van de gemeenschap

Artikel 94, zesde lid, geeft de omvang van de passiefzijde van de gemeenschap weer. Zij omvat, wat haar lasten betreft de schulden die vóór en tijdens het bestaan van de gemeenschap zijn ontstaan. Dat de gemeenschap de schulden omvat heeft vooral betekenis voor de positie van de schuldeiser, die verhaal op de hele gemeenschap heeft, en de positie van de andere echtgenoot, die in beginsel voor de helft ter zake van de gemeenschapsschuld draagplichtig wordt (vergelijk artikel 96).

Schulden betreffende van de gemeenschap uitgezonderde goederen, vallen echter buiten de gemeenschap (onderdeel a). Uitgezonderd zijn voorts schulden betreffende giften ter zake des doods, verblijvensbedingen ter zake des doods en omzettingen van natuurlijke verbintenissen ter

zake des doods (onderdeel b). Aangezien schenkingen ter sake des doods niet zijn onderworpen aan toestemming van de andere echtgenoot (artikel 88, vierde lid), kan laatstgenoemde ze dus – tenzij ze reeds tijdens leven van de schenker worden uitgevoerd – niet vernietigen, maar moet hij wel dulden dat ze uiteindelijk moeten worden voldaan uit de huwelijksgemeenschap. Weliswaar kan deze echtgenoot tot op zekere hoogte bescherming ontnemen aan de mogelijkheid van een verzorgingsvruchtgebruik op grond van Boek 4, waarvoor zo nodig inkorting kan plaatsvinden van dergelijke giften, maar dat biedt geen soelaas tegen uitholling van de huwelijksgemeenschap. Juist dit type schenkingen kan een echtgenoot gemakkelijk lichtvaardig aangaan, nu het offer daarvoor feitelijk pas na zijn overlijden – en derhalve door anderen dan de schenker – wordt gevoeld. Precies om die reden heeft de wetgever de rechtsgevolgen van schenkingen ter sake des doods tot op zekere hoogte gerelativeerd door voorrang te verlenen aan nalatenschaps schuldeisers en andere wettelijk gerechtigden (vergelijk artikel 4:126 e.v.). Er is daarom reden om ook bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap deze schenkingen niet mede te laten dragen door de andere echtgenoot. Hetzelfde heeft te gelden voor de, met schenkingen ter sake des doods in artikel 4:126, tweede lid, onder a, gelijkgestelde, verblijfsbedingen ter sake des doods. Gedacht kan worden aan de gehuwde firmant die in zijn vennootschapscontract een verblijfsbeding opneemt. Dat beding kan leiden tot een bevoordeling van een medefirmant, welke op vergelijkbare wijze behoort te worden behandeld als schenkingen ter sake des doods. Hetzelfde geldt ook voor de omzetting van een natuurlijke verbintenis in een volledige verbintenis ter sake des doods (artikel 4:126, tweede lid, onder c). Enigszins anders ligt het bij de begunstiging bij sommenverzekering, voor zover de uitkering die door het overlijden van de verzekeringnemer verschuldigd wordt, als een gift geldt (artikel 4:126, tweede lid, onder b); zie daarvoor artikel 96a.

Bewijsvermoeden

Artikel 94, zevende lid, komt grotendeels overeen met het huidige artikel 200, eerste lid, uit de titel Huwelijkse voorwaarden, welke bepaling overigens wordt aangepast aan artikel 131, eerste lid. Artikel 94, zevende lid, ziet echter op alle goederen en niet slechts op rechten aan toonder en

zaken die geen registergoederen zijn. De bewijsregel is van belang voor het geval geen overeenstemming bestaat over de vraag of een bepaald goed tot het privé-vermogen van een echtgenoot gerekend moet worden dan wel in de gemeenschap van goederen valt. De regel legt de bewijslast bij de echtgenoot die stelt dat het goed hem in privé toekomt. De bepaling is overigens alleen van toepassing als partijen geen overeenstemming kunnen bereiken. Het is mogelijk dat er tussen echtgenoten onduidelijkheid bestaat, maar dat zij deze onduidelijkheid oplossen door het sluiten van een vaststellingsovereenkomst.

Het vermoeden werkt niet ten nadele van schuldeisers van de echtgenoten (tweede zin). Ten voordele van schuldeisers geeft artikel 96, vijfde lid, een regel vergelijkbaar met de onderhavige.

De 50%-maatstaf bij verkrijging

In artikel 95, eerste lid, eerste zin, wordt bepaald dat een verworven goed niet in de gemeenschap valt, indien het voor meer dan de helft van zijn prijs ten laste van de handelende echtgenoot persoonlijk komt. Zulks impliceert dat een goed of geheel in de gemeenschap valt of geheel daarbuiten. Mogelijk zou ook zijn geweest dat het goed voor een deel in de gemeenschap valt en voor een deel in het vermogen van de betreffende echtgenoot, naar rato de tegenprestatie ten laste van de gemeenschap respectievelijk het privé-vermogen komt. Daarvoor is uit oogpunt van rechtszekerheid niet gekozen.

Wanneer het gaat om de aankoop van een registergoed, vaak de echtelijke woning, kan het van belang zijn dat de herkomst van de gelden in de leveringsakte wordt vastgelegd.

Als een echtgenoot staande huwelijk een registergoed koopt en dit voor minder dan de helft financiert uit privé-vermogen en overigens met een lening, gaat de schuld uit de lening tot het gemeenschapsvermogen behoren; in het omgekeerde geval gaat de schuld die hoort bij het registergoed tot het privé-vermogen behoren, nu ook het goed daartoe gaat behoren (artikel 94, zesde lid, onder a). Met de verkrijging van een goed met geleend geld valt op één lijn te stellen het sluiten van een levensverzekering waarvoor nadien premies moeten worden voldaan, ook al zal de omvang van de uit de verzekering voortvloeiende aanspraken mede afhankelijk zijn van de mate waarin die premies daadwerkelijk worden

voldaan. Derhalve zullen, bij gebreke van huwelijkse voorwaarden waaruit iets anders voortvloeit, die premies voor een in wettelijke gemeenschap gehuwde echtgenoot steeds een gemeenschapsschuld vormen.

Uit HR 2-4-1976, NJ 1976, 450, Modehuis Nolly, vloeit voort dat wanneer een huis wordt geleverd aan de ene echtgenoot, die echtgenoot zelf eigenaar wordt. Hij kan niet bewerkstelligen dat in zijn plaats de andere echtgenoot eigenaar wordt: middellijke vertegenwoordiging is bij registergoederen en andere goederen op naam ingevolge genoemd arrest niet mogelijk. Wel zal het huis eventueel in de huwelijksgemeenschap vallen, zodat de andere echtgenoot mede-eigenaar wordt. In de gevallen dat het goed aan beide echtgenoten tezamen is geleverd staat wel vast wie eigenaar is. Zij zijn dan samen eigenaar, ongeacht of het goed al dan niet in de huwelijksgemeenschap valt. De zaakvervangingsregel van artikel 95, eerste lid, eerste zin, maakt dit alles niet anders. Deze regel – die mede registergoederen betreft – geldt immers niet in plaats van de Modehuis Nolly-regel maar slechts in aanvulling daarop, ter bepaling of een goed in de huwelijksgemeenschap valt.

Wat de positie van schuldeisers betreft, zij verwezen naar artikel 96, eerste lid: voor een schuld die in de gemeenschap is gevallen, kunnen zowel de goederen van de gemeenschap als de eigen goederen van de echtgenoten uitgewonnen worden. Voor een schuldeiser is het met andere woorden minder van belang om te weten of een goed tot de gemeenschap of tot het privé-vermogen van een van de echtgenoten behoort, vooral van belang is het om vast te stellen of de schuld daartoe behoort.

Met de woorden ‘bij de verkrijging’ wordt tot uitdrukking gebracht dat het moment van de verkrijging beslissend is voor het antwoord op de vraag of het goed al dan niet in de gemeenschap valt. De woorden maken duidelijk dat zaaksvervanging bij de wettelijke gemeenschap van goederen slechts in beperkte mate mogelijk is. Zo zullen bijvoorbeeld de uit een tijdens het huwelijk door een echtgenoot gesloten levensverzekering voortvloeiende rechten meestal buiten diens huwelijksgemeenschap vallen. De tegenprestatie voor hetgeen de verzekeringnemer aan rechten verwerft bestaat immers veelal uit premies die pas na het sluiten, en dus niet ‘bij de verkrijging’, moeten worden voldaan. Bij levensverzekeringen kan dus niet achteraf, aan de hand van de premiebetalingen, bezien worden in hoeverre is voldaan aan het criterium ‘bij de verkrijging’. Of

de premies al dan niet uit het privé-vermogen worden voldaan, doet voor de toepassing van artikel 95, eerste lid, eerste zin, niet ter zake. Indien de rechten uit de verzekering in de gemeenschap valt, zullen ook de premies gemeenschapsschulden vormen (artikel 94, zesde lid, onder a).

Als gevolg van de zaakvervangingsregel van artikel 95, eerste lid, eerste zin, kunnen vergoedingsvorderingen ontstaan. Wat betreft de omvang van deze vergoedingsvorderingen (die betrekking hebben op de verkrijging van een goed) verklaart artikel 95, artikel 87, tweede en derde lid, van toepassing, waarin de beleggingsleer is neergelegd.

De vergoeding van artikel 95, eerste lid, tweede zin, betreft die welke een echtgenoot aan de gemeenschap verschuldigd is (*récompense*), de vergoeding van het tweede lid die waarop een echtgenoot jegens de gemeenschap recht heeft (*reprise*).

De schuldenregeling

Artikel 96, derde lid, betreft de reprises, artikel 96, vierde lid, de *récompenses*. Voor het geval dat het vergoedingsrecht betrekking heeft op een schuld ter zake van een goed, is artikel 87, tweede en derde lid, van toepassing, waarin de beleggingsleer is neergelegd.

De echtgenoot die een schuldeiser tegenwerpt dat een goed waarop deze verhaal zoekt niet behoort tot de gemeenschap, draagt daarvan de bewijslast, aldus artikel 96, vijfde lid. Voor de verhouding tussen echtgenoten, zie artikel 94, zevende lid. Hier wordt het vermoeden van het in de gemeenschap vallen ook toegepast ten voordele van crediteuren. De schuldeiser die verhaal zoekt voor een schuld van een of beide van de echtgenoten, kan ingevolge de bewijsregel van artikel 96, vijfde lid, volstaan met zo nodig te bewijzen dat het uit te winnen goed behoort tot het vermogen van een van de echtgenoten. De strekking is dat wanneer de echtelieden hun privé-vermogens niet voldoende administreren, de gemeenschap de goederen 'als een spons' aan zich trekt. Dit betekent dat wanneer de echtgenoten of één van hen meent dat aan verhaal door een schuldeiser in de weg staat dat het goed toebehoort aan één van de echtgenoten in privé, zulks tegenover de schuldeiser zal moeten worden bewezen. De belangen van de echtgenoten hoeven hier overigens niet parallel te lopen. In een executiegeschil zullen zij zonodig afzonderlijk als partij kunnen opkomen en kan de rechter de bewijslast daar leggen waar

deze, met inachtneming van hetgeen in het geding is aangevoerd en gebleken, thuishoort. De tussen echtgenoten geldende regel dat bij gebreke van bewijs het goed geacht wordt gemeenschappelijk te zijn, dient dan geen rol te spelen.

De begunstiging bij sommenverzekering, voor zover de uitkering die door het overlijden van de verzekeringnemer verschuldigd wordt, als een gift geldt (artikel 4:126, tweede lid, onder b; zie ook artikel 7:188) wordt niet bestreken door de uitsluiting van gemeenschapsschulden in artikel 94, zesde lid, onder b. De rechtshandeling van de begunstiging schept immers als zodanig (door het mechanisme van het derdenbeding) niet rechtstreeks een schuld. De gift die is gelegen in de uitkering, is niet afkomstig uit het vermogen van de verzekeringnemer maar uit het vermogen van de verzekeraar. Wel behoort de met de gift corresponderende verarming van de verzekeringnemer (premies c.q. uitkering) niet ten laste te komen van de huwelijksgemeenschap. De premieverplichtingen hebben echter veelal als gemeenschapsschulden te gelden. Voor die gevallen geeft artikel 96a een speciaal vergoedingsrecht, uitgaande van de beleggingsgedachte. Het vergoedingsrecht is dus niet beperkt tot (een gedeelte van) het nominale bedrag van de premies, maar uitgegaan moet worden van de volledige in de verzekering opgebouwde waarde, dat wil zeggen de waarde van de uitkering of eventueel de afkoopwaarde. Niet ondenkbaar is dat de andere echtgenoot met de begunstiging heeft ingestemd. Onder omstandigheden zou die instemming kunnen worden opgevat als het doen van afstand van de met de begunstiging gemoeide vergoeding. In artikel 96b is voor de vergoedingen ingevolge de voorgaande drie artikelen vastgelegd dat de echtgenoten de omvang anders kunnen bepalen; zij kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat ten minste het nominale bedrag verschuldigd is. In de tweede zin is voorts – in overeenstemming met artikel 87, vijfde lid – bepaald dat de vergoedingen kunnen worden geschat, indien het beloop niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Ingevolge de derde zin (verwijzing naar artikel 87, vierde lid, tweede zin) is geen vergoeding verschuldigd voor zover voor een vermogensverschuiving een andere grond, zoals met name een natuurlijke verbintenis, is aan te wijzen.

Afdeling 2. Het bestuur van de gemeenschapsgoederen

Voor de vraag wat bestuur is, zie het in titel 6 (Rechten en verplichtingen van echtgenoten) opgenomen artikel 90, tweede lid. De vraag wie bestuursbevoegd is ten aanzien van gemeenschapsgoederen wordt beantwoord in het onderhavige artikel 97.

De eerste volzin van het eerste lid bepaalt dat het bestuur over registergoederen en andere goederen op naam toekomt aan de echtgenoot op wiens naam het goed staat. Staat het goed op beider naam, dan zijn de echtgenoten tezamen bestuursbevoegd. Deze bepaling handelt over o.a. onroerende zaken, teboekgestelde schepen en luchtvaartuigen, beperkte rechten daarop en aandelen daarin, alsmede over bijvoorbeeld een bankrekening of effectenrekening op naam van beide of een van beide echtgenoten.

De tweede volzin bepaalt dat het bestuur voor het overige aan ieder van de echtgenoten toekomt. Deze regel is eenvoudiger dan die van het huidige recht en sluit beter aan bij het algemeen vermogensrecht (ieder van de echtgenoten is immers voor het geheel gerechtigd tot het gemeenschapsvermogen) en ook bij het rechtsverkeer. Voorts wordt (deels) tegemoetgekomen aan de bezwaren die vanuit emancipatoir oogpunt kunnen worden ingebracht tegen de huidige bestuursregeling. Immers, de bevoegdheid om tot de gemeenschap van goederen behorende goederen te besturen is voor beide echtgenoten gelijk, voor zover het niet de goederen op naam dan wel de goederen dienstbaar aan het beroep of bedrijf van een van beide echtgenoten betreft.

De mogelijkheid bestaat dat door echtgenoten tegenstrijdige bestuurshandelingen worden verricht en dat in het geval de echtgenoten slechts gezamenlijk bestuursbevoegd zijn, één van hen medewerking weigert. Mogelijk is ook dat echtgenoten het niet eens worden over het te voeren bestuur. Voor de interne verhouding kan worden volstaan met het opnemen van een rechtsingang (artikel 97, derde lid). In de externe verhouding moet de vraag beantwoord worden wie van de derden voorgaat in geval van tegenstrijdige rechtshandelingen, bijvoorbeeld met betrekking tot hetzelfde goed. Stel, M verkoopt een schilderij aan X en tien dagen later verkoopt V, met wie M in gemeenschap van goederen is gehuwd, hetzelfde schilderij aan Y. Zowel X als Y maken aanspraak op levering. De vraag wie geleverd behoort te krijgen kan worden opgelost met behulp van artikel 3:298: degene die het oudste recht heeft, in het onderha-

vige voorbeeld X, gaat voor. Indien echter reeds geleverd is aan de koper met het later ontstane recht op levering, in het onderhavige geval Y, is die verkrijging in beginsel geldig.

Door de verwijzing in de derde zin van artikel 97, eerste lid naar artikel 3:170, eerste lid, kunnen spoedeisende en noodzakelijke handelingen door iedere echtgenoot zelfstandig worden verricht. Deze regel geldt voor alle goederen.

Afdeling 3. Ontbinding van de gemeenschap

De gemeenschap van goederen wordt in artikel 99 op een eerder tijdstip ontbonden dan waarop het huwelijk eindigt; vergelijk ook artikel 142 voor de verrekenbedingen. De gedachte is dat doorgaans vanaf het moment van indiening van een verzoekschrift tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed, de door het hoofdstelsel veronderstelde lotsverbondenheid niet meer aanwezig is en dat het daarom voor de hand ligt op dat moment de gemeenschap van goederen te laten eindigen. Door de vervroeging van het tijdstip van ontbinding worden de echtgenoten beschermd tegen benadelende handelingen die door ieder van hen tijdens de scheidingsprocedure zouden kunnen worden verricht. Vanaf het moment van de indiening van het verzoekschrift tot scheiding kunnen immers geen gemeenschapsschulden meer ontstaan, terwijl het beheer van de gemeenschap de echtgenoten in beginsel slechts gezamenlijk toekomt (artikel 3:170). De nieuwe regeling voorkomt voorts praktische problemen indien een echtgenoot een andere woning verwerft.

Artikel 99, tweede lid, voorziet in de noodzakelijke derdenbescherming. Derden behoeven niet op de hoogte te zijn van een verzoek tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed of opheffing van de gemeenschap. Aan hen kan, aangenomen dat zij van de ontbinding onkundig waren (vergelijk 116, eerste lid), het gevolg van ontbinding van de gemeenschap daarom niet tegengeworpen worden, tenzij het verzoek is ingeschreven in het huwelijksgoederenregister.

In artikel 99, derde lid, is eenzelfde oplossing gekozen als in artikel 176, tweede lid, ten aanzien van verzoening na scheiding van tafel en bed. Zo doet de intrekking van een verzoekschrift tot echtscheiding de gemeenschap weer herleven alsof er geen echtscheidingsverzoek was ingediend.

Maar de geldigheid van rechtshandelingen die tussen het tijdstip van het verzoek en de intrekking ervan zijn verricht, dient te worden beoordeeld naar het tijdstip van de handeling. Ook is rekening gehouden met het uitblijven van tijdige inschrijving van de rechterlijke beslissing tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed, opheffing van de gemeenschap, alsmede met afwijzing door de rechter van de desbetreffende verzoeken. De slotwoorden van de eerste zin zijn opgenomen met het oog op het geval dat een huwelijk eindigt door overlijden van een van de echtgenoten, terwijl op dat tijdstip een echtscheidingsprocedure aanhangig is. Alsdan blijft het tijdstip van indiening van het echtscheidingsverzoek bepalend voor de ontbinding van de gemeenschap.

De aansprakelijkheid voor de gemeenschapsschulden

In artikel 102 wordt ten opzichte van het huidige recht de aansprakelijkheid van de voorheen niet aansprakelijke echtgenoot enerzijds vergroot doordat de huidige beperking tot de helft is geschrapt en anderzijds beperkt doordat hij tot niet meer aansprakelijk is dan hetgeen hij uit hoofde van verdeling van de gemeenschap heeft gekregen. De verwijzing naar artikel 3:190, eerste lid, en artikel 3:191, eerste lid, maakt duidelijk dat ook verhaal kan worden genomen op het aandeel van de desbetreffende echtgenoot in de ontbonden gemeenschap of in een afzonderlijk daartoe behorend goed. Er is ruimte voor zaaksvervanging; zie de Memorie van Antwoord in de Eerste Kamer bij de corresponderende Nederlandse bepaling (MvA I 2008/2009, 28 867, C, p. 9-10); zie ook het bestaande artikel 3:213, eerste lid, BWA ten aanzien van vruchtgebruik.

Artikel 102a ontbreekt in Nederland. De bepaling is een reactie op de uitkomst van HR 8-1-2010, NJ 2010, 155. De Hoge Raad overweegt dat blijkens de wetsgeschiedenis van afdeling 6.1.2 Ned.BW de vorderingsrechten van de schuldeiser jegens de hoofdelijke schuldenaren zelfstandig zijn, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. De zelfstandigheid van de vorderingsrechten leidt onder meer ertoe dat verjaring van het vorderingsrecht jegens de ene hoofdelijke schuldenaar niet verjaring van het vorderingsrecht jegens de andere hoofdelijke schuldenaar meebrengt. Het vorderingsrecht jegens de echtgenoot-oorspronkelijk schuldenaar zal dus eerder verjaren dan het vorderingsrecht jegens de andere echtgenoot, aangezien laatstbedoeld vorderingsrecht pas is ontstaan bij de ontbinding

van de huwelijksgemeenschap (meestal: de ontbinding van het huwelijk). Dit resultaat is onbillijk (zie ook de noot van S.F.M. Wortmann in NJ 2010, 155) en wordt door het onderhavige artikel 102a doorbroken. Met het onderhavige artikel 102a wordt gerealiseerd dat ‘uit de wet het tegendeel voortvloeit’.

Afdeling 4 (Opheffing van de gemeenschap bij beschikking)

De artikelen 110 en 111 zijn aangepast aan het voorgestelde artikel 99 (vervroeging van het tijdstip van ontbinding van de huwelijksgemeenschap); artikel 112 kan wegens het nieuwe artikel 99 vervallen.

Titel 8 (Huwelijkse voorwaarden)

Afdeling 1 (Huwelijkse voorwaarden in het algemeen)

Hierin worden geen belangrijke wijzigingen aangebracht, behalve dat de eis van rechterlijke goedkeuring voor huwelijksvoorwaarden staande huwelijk (huidig artikel 119) is vervallen. De verantwoordelijkheid van de notaris staat voorop en moet voldoende worden geacht. Nu artikel 102, tweede volzin, bepaalt dat de, na ontbinding van de gemeenschap ontstane, hoofdelijke aansprakelijkheid van de voorheen niet aansprakelijke echtgenoot ten aanzien van de gemeenschapsschulden, beperkt wordt tot diens verkrijgingen uit hoofde van de verdeling, is voorts voor een door de rechter opgelegde zogenaamde Dozy-clausule onvoldoende reden. Indien na het maken of wijzigen onder het huidige recht van door de rechter goedgekeurde huwelijksvoorwaarden blijkt dat schuldeisers niettemin benadeeld zijn, belet die rechterlijke goedkeuring de schuldeisers niet zich op de artikelen 3:45 e.v. (Pauliana) te beroepen. Zie voor de rol van de notaris in een geval waarin de vrouw werd benadeeld door een omzetting van een beperkte gemeenschap in algehele gemeenschap HR 20-1-1989, NJ 1989, 766.

Het nieuwe derde lid van artikel 116, ter zake van het huwelijksgoederenregister, sluit aan bij artikel 4:186, vierde lid, ter zake van het openbaar boedelregister, zoals voorgesteld.

Artikel 131, eerste lid, is aangepast aan artikel 94, zevende lid, dat echtgenoten betreft die in gemeenschap van goederen gehuwd zijn. De artikelen 110 en 111 zijn aangepast aan het nieuwe artikel 99 (vervroeging van

het tijdstip van ontbinding van de huwelijksgemeenschap); artikel 112 kan wegens het nieuwe artikel 99 vervallen.

Afdeling 2 (Verrekenbedingen)

De inhoud van de huidige afdeling 2 inzake giften bij huwelijkse voorwaarden is vervallen. De desbetreffende bepalingen zijn van gering praktisch belang. Voorts zou van handhaving een grote complicerende werking uitgaan op Boek 4. Ook het verbod van giften tussen echtgenoten (het huidige artikel 7A:1697) komt te vervallen. Afdeling 2 betreft thans verrekenbedingen.

§ 1 (Algemene regels voor verrekenbedingen)

In Nederland heeft de laatste tijd een verschuiving plaatsgevonden in de huwelijkse voorwaarden. ‘Koude uitsluiting’ (zijnde uitsluiting van gemeenschap van goederen zonder enige obligatoire verrekening van vermogenstoename bij een van de echtgenoten tijdens het huwelijk) heeft op grote schaal plaatsgemaakt voor uitsluiting met verrekenbeding. Zie laatstelijk het overzicht in WPNR 6648/2005 van Van Mourik en Burgerhart en Asser-De Boer, Personen- en familierecht, nr. 381. Niet valt uit te sluiten dat in de toekomst hier te lande op groter schaal huwelijkse voorwaarden zullen worden gemaakt en dat dan eenzelfde ontwikkeling zich zal voordoen als in Nederland. Het belang van de onderhavige afdeling – die overigens overwegend niet-dwingend recht bevat – zal dan navenant toenemen.

Afdeling 2 van titel 8 geeft algemene regels voor huwelijkse voorwaarden die een of meer verplichtingen inhouden tot verrekening van inkomsten of van vermogen (artikel 132, eerste lid). Een verrekenbeding is het in huwelijkse voorwaarden opgenomen beding tussen echtgenoten, krachtens welke zij onderling (intern) afrekenen op andere wijze dan goederenrechtelijk (extern) uit hun huwelijksvermogensregime voortvloeit. Van de verrekenverplichtingen als hier bedoeld dienen te worden onderscheiden de verplichtingen tot vergoeding op grond van de wet of uit andere hoofde dan het verrekenbeding. Men denke aan reprises (zie artikel 95, eerste lid, en artikel 96, derde lid), récompenses (artikel 96, vierde lid) en de vergoedingsplichten tussen echtgenoten in privé (artikel 87). Verrekening van de kosten van de huishouding (zijnde te kwalifice-

ren als het verteren van inkomen) valt evenmin onder het bereik van de afdeling. Het gaat in afdeling 2 slechts om algemene regels. Uitwerking is nodig in de desbetreffende huwelijkse voorwaarden, met bijstand van een notaris.

De begrippen inkomsten en vermogen – inkomsten gaan overigens door besparing over in vermogen – worden in artikel 132, eerste lid, gebruikt om het object van de verrekening aan te geven, waarmee ook een element van het bereik van de regeling is gegeven. Deze begrippen zijn niet uitgewerkt – behoudens dat artikel 133, tweede lid, aanbreng en verkrijgingen krachtens erfrecht en schenking uitsluit – en moeten dus door partijen, in samenspraak met de notaris, nader worden bepaald. Het begrip inkomsten impliceert een periodiek terugkerende inkomstenbron, maar kan ook betrekking hebben op incidentele baten, zoals bijvoorbeeld inkomsten uit deelname aan loterijen. Zo kan in huwelijkse voorwaarden het begrip inkomsten worden beperkt tot inkomsten uit arbeid (eventueel nader te beperken tot arbeid uit dienstbetrekking, sociale uitkeringen en pensioenen) of juist uitgebreid tot alle mogelijke inkomstenbronnen, met name ook uit vermogen. Daarbij kan ervoor worden gekozen een uitgebreide regeling op te nemen die vrij gedetailleerd aangeeft wat onder het begrip inkomsten dient te worden begrepen, maar er kan ook worden volstaan met een verwijzing naar een in enige wettelijke regeling voorkomende omschrijving van het begrip inkomsten.

In het algemeen wordt afgesproken dat verrekening plaatsvindt over de inkomsten die bespaard blijven nadat de ‘huishoudelijke kosten’ daarvan zijn afgetrokken. Voorbeelden zijn: kosten van voedsel, huishoudelijke apparatuur, kosten van een huishoudelijke hulp, kosten van een vakantie met het gezin, kosten van noodzakelijke verzekering. Ook rentebetalingen ter zake van de met geleend geld verworven echtelijke woning zijn kosten van de huishouding in de zin van artikel 84, eerste lid, zodat de desbetreffende bedragen niet als onverteerd inkomen voor verrekening in aanmerking komen (HR 27-1-2006, NJ 2008, 564). Een verrekenbeding geeft geen recht op verrekening van pensioenrechten (HR 19-1-1996, NJ 1996, 617, HR 31-5-1996, NJ 1996, 686 en HR 28-3-1997, NJ 1997, 581).

Het begrip vermogen omvat niet alleen een algemeenheid van goederen in de zin van een geheel van goederen en schulden die in zekere opzich-

ten een eenheid vormen (vergelijk ook de artikelen 3:189 en 3:222), maar ook individuele vermogensbestanddelen die in de huwelijkse voorwaarden nader zijn aangeduid. De waarde van vermogen slaat in het eerste geval op het saldo van de tot het vermogen behorende goederen en de daarop betrekking hebbende schulden. In het tweede geval slaat de waarde op het in de huwelijkse voorwaarden aangeduide goed zelf.

Afdeling 2 van titel 8 is overwegend van regelend recht. Ingevolge artikel 132, tweede lid, kan, tenzij anders is bepaald, van de afdeling bij huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk of door de aard van de bedingen worden afgeweken. Belangrijk is dat echtgenoten bij schriftelijke overeenkomst - dus zonder dat (wijziging van) huwelijkse voorwaarden nodig is - kunnen afwijken van de in de wet gestelde tijdstippen voor het bepalen van de omvang en samenstelling van het finaal te verrekenen vermogen (artikel 142, tweede lid). Van dwingend recht zijn slechts artikel 138, tweede lid (jaarlijkse schriftelijke opgave), artikel 139, eerste en tweede lid (opheffing van de verrekeningsplicht en schadevergoeding), artikel 140, eerste en tweede lid (betalingsregeling), artikel 141, zesde lid (verjaringstermijn) en artikel 143, eerste tot en met derde lid (vermogensbeschrijving).

Artikel 133, eerste lid, bevat het uitgangspunt van wederkerigheid. Echtgenoten blijven echter vrij om van het beginsel van wederkerigheid af te wijken (vergelijk onder meer HR 22-4-1981, BNB 1981, 159, HR 9-5-1984, BNB 1984, 210 en HR 27-6-1990, BNB 1990, 255). Of verrekening kan worden verlangd (facultatief), dan wel dient plaats te vinden (verplicht) is in de wet niet geregeld. Dat behoort uit de huwelijkse voorwaarden zelf te blijken.

De verplichting tot verrekening heeft uitsluitend betrekking op inkomsten die of op vermogen dat de echtgenoten tijdens het bestaan van deze verplichting hebben verkregen (artikel 133, tweede lid, eerste zin). De verplichting tot verrekening heeft geen betrekking op vermogen dat krachtens erfopvolging, making of gift wordt verkregen en ook niet op de vruchten daaruit of de voor dat vermogen of voor die vruchten in de plaats getreden goederen (artikel 133, tweede lid, tweede zin).

Indien echtgenoten kiezen voor het overeenkomen van een verrekenbeding, hebben zij algehele gemeenschap van goederen uitgesloten. De bedoeling is veelal dat alleen het door gemeenschappelijke inspanningen

tijdens het bestaan van de verrekenplicht vergaarde vermogen tussen hen verrekend wordt. Het is in overeenstemming met dit uitgangspunt om in een algemene wettelijke regeling voor verrekenbedingen de verplichting tot verrekening geen betrekking te laten hebben op aangebracht vermogen en op vermogen dat krachtens erfrecht of gift wordt verkregen en ook niet op de vruchten daarvan – in de betekenis van artikel 3:9 – of de voor dat vermogen of voor die inkomsten in de plaats getreden goederen. Artikel 133, tweede lid, correspondeert met de rechtspraak; Zie HR 3-10-1997, NJ 1998, 383.

Hebben echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden niets ter zake afgesproken, dan zullen erfrechtelijke verkrijgingen en giften buiten de verrekenplicht vallen (artikel 133, tweede lid, tweede zin). Deze verkrijgingen zullen wel moeten worden verrekend indien zulks door echtgenoten is afgesproken, tenzij evenwel een uitsluitingsclausule is gemaakt. Aldus artikel 134 dat de testeervrijheid van de erflater en contractsvrijheid van de schenker doet domineren boven de contractsvrijheid van de verkrijger. Een voorwaardelijke uitsluitingsclausule lijkt overigens mogelijk, mede in het licht van de regeling van de voorwaardelijke makingen in het nieuwe erfrecht (artikel 4:136 e.v.).

In verband met het beginsel van wederkerigheid (artikel 133, eerste lid) staat het in artikel 135, eerste lid, neergelegde beginsel van evenredigheid: de verrekening van inkomsten of van vermogen geschiedt bij helften. Beide beginselen hebben evenwichtige vermogensrechtelijke verhoudingen tussen echtgenoten op het oog. Tot uitdrukking wordt gebracht dat de in de huwelijkse voorwaarden omschreven inkomsten of het daarin omschreven vermogen in beginsel gelijkelijk aan beide echtgenoten ten goede dient te komen. Indien bijvoorbeeld het verrekenbeding betrekking heeft op inkomsten uit arbeid, wordt met wederkerige verrekening bij helften bereikt, dat verschil in geldelijke beloning van verrichte arbeid (onbetaald werk in de huishouding ten opzichte van buitenshuis verricht betaald werk) in de onderlinge verhouding van de echtgenoten geen rol speelt.

Op de verrekening zijn de artikelen 3:181 en 3:183 alsmede de artikelen 3:195 tot en met 200 van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat voor de beoordeling van de vraag of benadeling als bedoeld in artikel 3:196 heeft plaatsgevonden, de in artikel 142 genoemde tijdstippen

bepalend zijn; de artikel 677 tot en met 680 van het WBRvA zijn van overeenkomstige toepassing.

Wat betreft de personen die tot de verrekening moeten medewerken en eventuele benoeming van een onzijdig persoon, de vorm van de handeling, de nietigheid of vernietigbaarheid, alsmede procedurevoorschriften, worden in artikel 135, tweede lid, een aantal bepalingen betreffende de verdeling van een gemeenschap van overeenkomstige toepassing verklaard. De verrekening is in het algemeen niet aan enige vorm gebonden, zij zou zelfs mondeling kunnen geschieden, hoewel zulks in verband met eventuele latere bewijsmoeilijkheden geenszins is aan te bevelen. De verwijzing naar artikel 3:183 houdt evenwel in, dat indien bij de verrekening personen zijn betrokken die niet het vrije beheer over hun goederen hebben, de verrekening zal moeten geschieden bij notariële akte onder goedkeuring van de rechter.

Artikel 3:194 bepaalt dat een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten verbeurt. De sanctie op dergelijk afkeurenswaardig gedrag is in artikel 135, derde lid, overgenomen. In plaats van het verbeuren van het aandeel in een gemeenschappelijk goed dient in de sfeer van verrekenbedingen de waarde daarvan aan de ander vergoed te worden. Het komt erop neer dat de andere echtgenoot, die al recht op de helft van de waarde van het betreffende goed had, in geval van bijvoorbeeld verduistering ook nog de andere helft van de waarde vergoed krijgt. Voorwaarde is wel dat daadwerkelijke verrekening heeft plaatsgevonden, waarin het betreffende verduisterde goed niet is betrokken. Ook indien het saldo van het te verrekenen vermogen met inbegrip van het niet in de verrekening betrokken goed negatief zou zijn, dient de volle waarde daarvan aan de andere echtgenoot te worden vergoed.

Ook al ontstaat bij verrekenbedingen geen huwelijksgemeenschap, waardoor de goederenrechtelijke zaakvervangingsproblemen zoals die zich bij enigerlei gemeenschap van goederen kunnen voordoen niet voorkomen, toch zal de uitvoering van verrekenbedingen niet vrij zijn van soortgelijke problemen. Immers, voordat de over en weer bestaande verrekenverordeningen kunnen worden vastgesteld, dient eerst het te verrekenen vermogen te worden bepaald. Het kan zijn dat een bepaald daartoe behorend

goed is vervreemd, en vervolgens met gebruikmaking van middelen zowel uit het niet te verrekenen als uit het te verrekenen vermogen een goed in de plaats daarvan is aangeschaft ('gemengde financiering'). De vraag is dan of het verkregen goed geheel, slechts gedeeltelijk of in het geheel niet tot het te verrekenen vermogen gaat behoren. Vooral met het oog op eventuele waardeinstijging of waardedaling is deze vraag van belang. Ter illustratie het voorbeeld dat een spaarsaldo van Afl. 10 000, dat tot het te verrekenen vermogen behoort, tezamen met een bedrag van Afl. 5 000 uit een erfenis, gebruikt is voor de aanschaf van een waardevolle antieke klok. Indien de klok na tien jaren Afl. 60 000 waard is en het echtpaar gaat scheiden, dan zijn de volgende drie oplossingen denkbaar:

1. de klok wordt voor $\frac{2}{3}$ gedeelte tot het te verrekenen vermogen gerekend en voor $\frac{1}{3}$ tot het eigen vermogen;
2. de klok wordt geheel tot het eigen vermogen van de echtgenoot gerekend en er ontstaat een vergoedingsverplichting voor de desbetreffende echtgenoot;
3. de klok wordt geheel tot het te verrekenen vermogen gerekend en er ontstaat een vergoedingsrecht voor de desbetreffende echtgenoot.

In het eerste geval heeft de desbetreffende echtgenoot recht op Afl. 20 000 (= $\frac{1}{3}$ van Afl. 60 000) en de helft van Afl. 40 000 (= $\frac{2}{3}$ van Afl. 60 000) in waarde, tezamen Afl. 40 000. Voor de ander dus Afl. 20 000. In het tweede geval heeft de betreffende echtgenoot recht op Afl. 60 000 en dient hij Afl. 10 000 aan het te verrekenen vermogen te voldoen, waartoe hij zelf voor de helft gerechtigd is. Per saldo voor hem dus Afl. 55 000 en voor de ander Afl. 5 000. In het derde geval heeft de desbetreffende echtgenoot recht op de helft van Afl. 60 000 - Afl. 5 000 = Afl. 27 500 in waarde plus Afl. 5 000, tezamen Afl. 32 500. Voor de ander dus Afl. 27 500. De verschillen worden veroorzaakt door de waardeinstijging van de klok die, afhankelijk van de gekozen oplossing, gedeeltelijk, in het geheel niet of juist wel tot het te verrekenen vermogen wordt gerekend, terwijl het nominale bedrag van een eventueel vergoedingsrecht hetzelfde blijft.

In artikel 136 is gekozen voor de eerste oplossing. Deze oplossing verdeelt het voor- en nadeel van eventuele waardeschommelingen naar evenredigheid van het in het desbetreffende goed geïnvesteerde bedrag

van de tegenprestatie uit het te verrekenen vermogen en uit het niet te verrekenen vermogen. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat deze regel niet van dwingend recht is. Voordeel van deze oplossing ten opzichte van de andere twee is dat hier geen vergoedingsrechten (behoeven te) ontstaan, hetgeen in zekere opzichten de afwikkeling vergemakkelijkt. Indien het goed in waarde gedaald is, moet naar rato de eindwaarde verrekend worden. Vergelijk ook artikel 87, waarin eveneens de ‘beleggingsleer’ is neergelegd.

Een echtgenoot kan eerst sparen en dan beleggen (artikel 136, eerste lid, eerste zin); hij kan ook eerst beleggen en dan sparen (tweede zin). Indien ter verwerving van een goed – een belegging – een schuld is aangegaan, ontstaat de vraag of dat goed al dan niet tot het te verrekenen vermogen behoort. Aangenomen mag worden dat voor zover de schuld tot het te verrekenen vermogen wordt gerekend of daaruit is afgelost of betaald, het verkregen goed – de belegging – ook daartoe wordt gerekend en wel op de voet van artikel 136, eerste lid, eerste zin. Voor de verrekening wordt uitgegaan van de waarde van de belegging op het tijdstip van de verrekening (voor finale verrekenbedingen zie artikel 142); en naar de mate waarin de aflossing uit te verrekenen vermogen is geschied, vindt verrekening plaats. De wet geeft geen richtlijn ten aanzien van de vraag of rente en kosten in aanmerking moeten worden genomen bij de beantwoording van de vraag of een met behulp van financiering verkregen goed in de verrekening moet worden betrokken. Het antwoord is sterk afhankelijk van het geval. Gaat het om een niet-aflosbare hypothecaire lening ter verkrijging van de echtelijke woning, dan kunnen de rentelasten, als vergoeding voor de kosten van de woonruimte, worden gerekend tot de huishoudelijke kosten, welke in mindering komen op te verrekenen inkomsten of vermogen; volgens HR 27-1-2006, NJ 2008, 564 zijn de rentebetalingen ter zake van een tijdens het huwelijk met geleend geld verworven echtelijke woning – het betrof een annuïteitenlening – kosten van de huishouding in de zin van artikel 84, eerste lid. Gaat het daarentegen om bijvoorbeeld met geleend geld gekochte effecten, dan dienen rentebetalingen wel in aanmerking te worden genomen (voor het bepalen van het aandeel waarvoor de effecten onder het te verrekenen vermogen dienen te worden geboekt).

Analoog aan artikel 131 geeft artikel 136, tweede lid, een rechtsvermoeden: indien in geval van een geschil geen van de echtgenoten kan bewijzen dat het betreffende goed tot het 'eigen' vermogen is te rekenen, dan wordt vermoed dat het goed tot het te verrekenen vermogen is te rekenen. Vergelijk ook artikel 141, derde lid, en HR 26-10-2001, NJ 2002, 93. Indien op grond van deze regel goederen tot het te verrekenen vermogen moeten worden gerekend, zou dat de positie van schuldeisers (van de tot afdracht verplichte echtgenoot) negatief kunnen beïnvloeden als de slotzin niet zou hebben bestaan.

Uit de aard van een verrekenbeding vloeit voort dat het een geldelijke aanspraak creëert, aldus uitdrukkelijk artikel 137, eerste lid. Uit praktische overwegingen schrijft artikel 137, tweede lid, voor dat over en weer bestaande verrekenvorderingen van rechtswege tot hun gemeenschappelijk beloop worden verrekend. De algemene bepalingen inzake verrekening (artikel 6:127 e.v.) zijn overeenkomstig van toepassing.

Er zijn omstandigheden denkbaar, waarin betaling van een verrekenvordering niet in geld, maar in goederen van de verrekenplichtige echtgenoot behoort plaats te vinden en waarin de verrekenplichtige echtgenoot goederen in plaats van geld in betaling moet kunnen geven. Inbetalinggeving kan ingevolge artikel 137, derde lid, slechts worden opgedrongen of afgedwongen voor zover verrekening in geld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Afdwingen zal zich gemakkelijker kunnen voordoen dan opdringen. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin de ene echtgenoot alle goederen, waaronder de echtelijke woning, op zijn naam heeft staan omdat hij tijdens het huwelijk het totale gezinsinkomen heeft verdiend. Heeft de andere echtgenoot geen vermogen kunnen opbouwen, dan zal deze in geval van een finaal verrekenbeding bij de echtscheiding op hem een verrekenvordering hebben. Onder omstandigheden kan het dan onaanvaardbaar zijn dat de echtelijke woning wordt verkocht om aan de verrekenvordering te voldoen. De echtgenoot, op wiens naam de woning niet stond wil daar bijvoorbeeld blijven wonen met de kinderen en is in staat om de hypotheeklasten verbonden aan de echtelijke woning te dragen.

Indien bijvoorbeeld aan de woning geen noemenswaardige hypotheeklasten verbonden zijn en met de toedeling van de woning aan de echtgenoot op wiens naam deze niet staat, gelet op de waarde die deze heeft, de ver-

rekenvordering vrijwel kan worden voldaan, dan zullen, indien die echtgenoot juist niet in de woning wenst te blijven wonen, er dwingende en bijzondere redenen aangevoerd moeten worden om te kunnen bewerkstelligen dat in plaats van geld inbetalinggeving door overdracht van het huis plaatsvindt.

De ene echtgenoot is aan de andere geen verantwoording over het bestuur van zijn goederen schuldig. Slecht bestuur over die goederen verplicht niet tot schadevergoeding. Aldus artikel 138, eerste lid. Op dezelfde wijze als bij de gemeenschap van goederen het geval is (HR 3-12-1971, NJ 1972, 338), bestaat in geval van overeengekomen verrekenbedingen bij huwelijkse voorwaarden geen verplichting tot rekening en verantwoording voor de ene echtgenoot jegens de ander, ook al heeft die ander belang bij een behoorlijk bestuur. Evenmin ontstaat schadeplichtigheid.

De in artikel 138, tweede lid, neergelegde dwingendrechtelijke bepaling maakt een zeker toezicht op het bestuur van een echtgenoot mogelijk. Artikel 138, tweede lid, geldt ook indien slechts een finaal verrekenbeding is afgesproken. Indien een echtgenoot weigert de hier bedoelde opgave te verstrekken, kan de andere echtgenoot ingevolge artikel 139, eerste lid, opheffing van de wederzijdse verrekenverplichting verzoeken. Ter wille van de effectiviteit van die controle zullen aan de inhoud van de opgave bepaalde minimumeisen moeten worden gesteld, zoals een behoorlijke specificatie van de goederen en schulden met vermelding van hun eventueel globaal geschatte waarde. De procedure van artikel 138, derde lid, is een extra judiciële (EJ)-procedure, waarop de artikelen 798 e.v. WBRvA in verbinding met de artikelen 429a e.v. WBRvA van toepassing zijn.

Keerzijde van het uitgangspunt dat echtgenoten ook in het kader van verrekenbedingen geen rekening en verantwoording kunnen verlangen (artikel 138, eerste lid), is dat de verrekenplicht moet kunnen worden beëindigd (wat overigens niet altijd als effectieve sanctie kan worden gezien) ingeval de andere echtgenoot op lichtvaardige wijze schulden maakt, zijn goederen verspilt of weigert de verplichte opgave omtrent zijn te verrekenen inkomsten of vermogen te verstrekken (artikel 138, tweede lid), aldus artikel 139, eerste lid.

Evenals dat het geval is bij opheffing van de gemeenschap van goederen op de in artikel 109 vermelde gronden, behoort ook bij opheffing van de verrekenplicht een schadevergoedingsverplichting te ontstaan ter zake van benadelende (rechts)handelingen die in de periode gelegen vanaf zes maanden vóór aanvang van indiening van het verzoek tot opheffing zijn verricht (artikel 139, tweede lid). Vergelijk artikel 111, tweede lid, alsmede de artikel 164 en 174. Het gaat hier eveneens om dwingend recht. Op verzoek van de verrekenplichtige echtgenoot kan de rechter wegens gewichtige redenen bepalen dat een verschuldigde geldsom, al dan niet vermeerderd met een in de beschikking te bepalen rente, in termijnen of eerst na verloop van zekere tijd, hetzij ineens, hetzij in termijnen behoeft te worden voldaan. Hierbij let de rechter op de belangen van beide partijen. De rechter kan de verrekenplichtige echtgenoot verplichten binnen een bepaalde tijd zakelijke of persoonlijke zekerheid te stellen voor de voldoening van de verschuldigde geldsom (artikel 140, eerste lid). Hetgeen in het eerste lid omtrent een echtgenoot is bepaald, geldt op overeenkomstige wijze na zijn overlijden voor zijn rechtverkrijgenden onder algemene titel (tweede lid). Van het eerste en tweede lid kan niet worden afgeweken (derde lid).

De rechter kan ingevolge artikel 140 een betalingsregeling treffen voor de echtgenoot die wegens gewichtige redenen niet in staat is het per saldo verschuldigde bedrag direct in geld te voldoen (vergelijk ook artikel 3:185, derde lid, en artikel 4:5). De rechter let op de belangen van beide partijen. De rechter is vrij géén rente of een lagere rente te bepalen dan de wettelijke rente (die overigens zou kunnen worden gematigd: HR 2-3-2001, NJ 2001, 584). De rechter is ook vrij om al dan niet zekerheidsstelling, waarover artikel 6:51, te bevelen. Een situatie als hier bedoeld komt met enige regelmaat voor. Vooral wanneer een echtgenoot een onderneming drijft en de onmiddellijke opeisbaarheid van de verrekenvordering het voortbestaan van het bedrijf op het spel zou zetten, is een dergelijke regeling onontbeerlijk. De regeling geldt evenwel ook voor bijvoorbeeld het geval dat een echtgenoot over de waarde van de echtelijke woning, die geheel op zijn naam staat, dient af te rekenen en zijn inkomenspositie dat niet zonder meer toestaat, terwijl verkoop van de woning, bijvoorbeeld wanneer deze echtgenoot belast is met de opvoeding en verzorging

van de kinderen, eveneens op bezwaren zal stuiten. Vergelijk HR 16-1-1981, NJ 1981, 312.

Omdat de regeling van artikel 140, eerste lid, geen op zichzelf staand vermogensrecht inhoudt, zal bij overlijden van een echtgenoot niet aanstonds vaststaan dat deze regeling ook geldt voor de erfgenamen als rechtsopvolgers onder algemene titel. Teneinde dat onomstotelijk vast te leggen is zulks in artikel 140, tweede lid, bepaald. Artikel 140 is van dwingend recht ingevolge artikel 140, derde lid.

§ 2 (Periodieke verrekenbedingen)

Artikel 141 voorziet niet in periodieke verrekening van vermogen, aangezien deze in de praktijk van huwelijkse voorwaarden vrijwel niet voorkomt. De inhoudelijke vrijheid van partijen is evenwel niet beperkt tot periodieke verrekening van inkomsten. Het gaat hier immers om regelend recht.

De verrekenplicht heeft betrekking op het saldo van de (her)belegging van hetgeen niet verrekend is, dus met inbegrip van beleggingsverliezen (zonder dat overigens in een negatief saldo moet worden bijgedragen). Deze regel correspondeert met de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake niet uitgevoerde verrekenbedingen. Indien partijen tijdens het bestaan van het huwelijk deling van het overgespaarde achterwege laten (hetgeen de praktijk zal zijn), terwijl het recht om verrekening te verlangen blijft bestaan (over verjaring zie artikel 3:321, eerste lid, onder a), brengt een uitleg naar redelijkheid en billijkheid in verband met de aard van het beding mee dat bij het einde van het huwelijk ook de vermogensvermeerdering, ontstaan door belegging van hetgeen uit de inkomsten van een echtgenoot is bespaard maar ongedeeld is gebleven, in de verrekening wordt betrokken. Dit is slechts anders wanneer bij de huwelijkse voorwaarden anders is overeengekomen. Zie HR 15-2-1985, NJ 1985, 885, HR 7-4-1995, NJ 1996, 486, HR 19-1-1996, NJ 1996, 617, r.o. 4.4.1, HR 28-3-1997, NJ 1997, 581, HR 3-10-1997, NJ 1998, 383 en HR 26-10-2001, NJ 2002, 93. In de laatste uitspraak geeft de Hoge Raad de volgende samenvatting en specificering van de eerdere rechtspraak: in aanmerking moest worden genomen `dat partijen aan de tussen hen overeengekomen huwelijkse voorwaarden in zoverre nimmer uitvoering hebben gegeven dat zij tijdens hun huwelijk niet jaarlijks de overgespaarde inkomsten

hebben verdeeld en dat zij ook niet een zodanige administratie hebben bijgehouden dat deze verdeling in overeenstemming met de strekking van het overeengekomen verrekenbeding nog zou kunnen plaatsvinden. Aan dit een en ander moet, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, mede in verband met de aard van het verrekenbeding, het gevolg worden verbonden dat partijen gehouden zijn de vermogensbestanddelen die zij tijdens hun huwelijk hebben verworven en waarvan niet kan worden vastgesteld dat zij naar de bedoeling van partijen of van een derde zonder enig recht op verrekening behoren tot het vermogen van één van de partijen, alsnog te verdelen alsof deze vermogensbestanddelen aan hen gemeenschappelijk toebehoren. In beginsel en behoudens bewijs van het tegendeel moet in een dergelijk geval immers ervan worden uitgegaan dat partijen deze vermogensbestanddelen hebben verkregen uit of door belegging van overgespaarde inkomsten.’ De periodieke verrekeningsplichten, die niet zijn nageleefd, worden dus omgezet in een finale verrekeningsplicht, waarbij veelal een andere wijze van berekening zal moeten worden toegepast, aldus HR 6-12-2002, NJ 2005, 125.

Indien de waarde van een onderneming die gedurende de verrekenperiode is opgebouwd, dan wel de waarde van incurante aandelen daarvan, moet worden verrekend, rijst de vraag op welke wijze die waarde moet worden bepaald. Hiervoor is géén algemeen geldende maatstaf te geven omdat deze afhankelijk is van de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval. Voorts worden de rechtsbetrekkingen tussen de man en de vrouw als deelgenoten mede beheerst door hetgeen voortvloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid. Aldus HR 2-3-2001, NJ 2001, 584, in een geval waarin de rentabiliteitswaarde tot basis was genomen (en niet de waarde overeenkomstig de discounted cash flow methode, dan wel de intrinsieke waarde of de liquiditeitswaarde). De lagere rechter had overwogen dat, omdat de broodwinning van de man afhankelijk was van het voortbestaan van het bedrijf, de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrachten dat de vrouw uit dezen hoofde niet meer kreeg dan hetgeen de man met behulp van het bedrijfsvermogen kon financieren zonder het bedrijf buiten staat te stellen een eventuele matige tegenslag in de naaste toekomst te overleven.

Voor het antwoord op de vraag tot wanneer een periodieke verrekenplicht blijft voortduren, is in artikel 141, tweede lid, ervoor gekozen aan-

sluiting te zoeken bij de tijdstippen vermeld in artikel 142, handelende over de tijdstippen waarop de samenstelling en omvang van te verrekenen vermogen in geval van een finaal verrekenbeding worden bepaald. Artikel 141, derde lid, geeft een bewijsregel die beoogt de afwikkeling van periodieke verrekenbedingen te vergemakkelijken (vergelijk HR 28-3-1997, NJ 1997, 581).

Indien artikel 141, tweede lid, toepassing vindt, dan ligt in de rede dat echtgenoten jegens elkaar verplicht zijn om tot beschrijving van het vermogen over te gaan. Om die reden is artikel 143 van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel 141, vierde lid, verschaft een voorziening in geval een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winst van een niet op zijn naam gevoerde onderneming hem rechtstreeks of onmiddellijk ten goede komt. Het gaat dan om een onderneming die in de vorm van een rechtspersoon of vennootschap onder firma wordt gedreven. In dat geval dient voor de uitvoering van een beding dat winsten uit een dergelijke onderneming in de verrekening betreft, een in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwde winst te worden bepaald. Voor zover deze winst niet is uitgekeerd, dient deze alsnog in de verrekening te worden betrokken. Artikel 141, vierde lid, correspondeert met HR 2-3-2001, rov. 3.3, NJ 2001, 583, behoudens dat artikel 141, vierde lid, uitgaat van de (jaarlijks) vast te stellen niet-uitgekeerde maar wel uitkeerbare winsten (en niet van een waardeestijging van aandelen).

In artikel 141, vijfde lid, is het vierde lid van overeenkomstige toepassing verklaard in het geval het gaat om een eenmanszaak. Bij eenmanszaken kunnen zich vergelijkbare problemen voordoen.

De verjaring van artikel 141, zesde lid, moet worden onderscheiden van in periodieke verrekenbedingen opgenomen vervaltermijnen. Een dergelijk vervalbeding is weliswaar niet nietig wegens strijd met tekst of strekking van artikel 3:320 en 320a (HR 18-2-1994, NJ 1994, 463), maar het zal in beginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dat een echtgenoot er een beroep op doet (HR 19-1-1996, NJ 1996, 617). Immers, een dergelijk beding – aangenomen dat er niet ook een finaal verrekenbeding is opgenomen of geïmpliceerd (zie thans artikel 141, eerste lid) ten aanzien van vermogensvermeerdering – ontnemt in belangrijke mate de werking aan de overeengekomen verreke-

ning, terwijl om voor de hand liggende redenen partijen – die zich veelal niet de consequenties bewust zullen zijn van het vervalbeding – in algemeen niet tot verrekening zullen overgaan zolang de huwelijkse samenleving voortduurt. Dit brengt mee dat de partij die zich op het vervalbeding beroept omstandigheden zal moeten stellen en zo nodig bewijzen die dat beroep rechtvaardigen. Deze beslissing van de Hoge Raad komt neer op een omkering van stelplicht en bewijslast. Als voorbeeld van omstandigheden die een beroep op een vervaltermijn rechtvaardigen, kan men denken aan het geval dat partijen ongeveer gelijke inkomsten hebben. Voor een ander voorbeeld zie HR 23-6-2000, NJ 2001, 347 (te late claim achteraf van de vrouw, genereus financieel aanbod van de man).

§ 3 (Finale verrekenbedingen)

Indien ingevolge de gemaakte huwelijkse voorwaarden vermogen behoort te worden verrekend, dient bepaald te worden per welk moment dat dient te geschieden. Dat is zowel van belang voor de bepaling van de samenstelling als ook voor de bepaling van de omvang van het te verrekenen vermogen. In artikel 142, eerste lid, is zulks geschied. Onder 'samenstelling' van het te verrekenen vermogen wordt verstaan welke goederen en schulden deel uitmaken van het te verrekenen vermogen. Met 'omvang' van het te verrekenen vermogen: het in geld uitgedrukte bedrag van het verschil tussen de waarde van de te verrekenen goederen en het bedrag van de daarop in mindering te brengen schulden. Indien tot het te verrekenen vermogen geen schulden behoren, is de omvang van de verrekenplicht gelijk aan de waarde van de te verrekenen goederen. Vanaf de in artikel 142, eerste lid, genoemde tijdstippen delen partijen niet meer in de waardeontwikkeling van de tot het te verrekenen vermogen behorende goederen. Artikel 142, eerste lid, bepaalt niet het tijdstip van opeisbaarheid; vergelijk daarvoor HR 6-12-2002, rov. 3.7, NJ 2005, 125).

In artikel 142, eerste lid, wordt voor de bepaling van het tijdstip onderscheid gemaakt tussen enerzijds overlijden en anderzijds echtscheiding of scheiding van tafel en bed en opheffing van de wederzijdse verplichting tot verrekening. In het ene geval is het tijdstip van overlijden bepalend (onder a), in het andere geval het tijdstip van indiening van het daartoe strekkende verzoekschrift (onder b–d). In geval van vermissing en

een daarop gevolgd huwelijk of geregistreerd partnerschap is bepalend het tijdstip waarop de beschikking als bedoeld in artikel 417, eerste lid, in kracht van gewijsde is gegaan (onder e). Ingeval van opheffing van de wederzijdse verplichting tot verrekening bij huwelijkse voorwaarden is bepalend het tijdstip, bedoeld in artikel 120, eerste lid (onder f).

Artikel 142, tweede lid, bepaalt dat bij op schrift gestelde overeenkomst van de tijdstippen in het eerste lid, onder b tot en met d, bepaald, kan worden afgeweken. Dat betekent dat het voor dit geval niet nodig is om huwelijkse voorwaarden te maken (wijzigen).

Essentieel voor de uitvoering van overeengekomen huwelijkse voorwaarden is dat echtgenoten elkaar alle benodigde gegevens verschaffen om de verrekenvordering over en weer te kunnen vaststellen. Zie artikel 143. De regeling is van dwingend recht (artikel 143, vierde lid), aangezien geen verrekenbeding ten volle uitvoerbaar zou zijn, indien de verschaffing van openheid van zaken over en weer niet afdwingbaar zou zijn.

De rechter die een echtscheiding uitspreekt kan voorzieningen treffen met betrekking tot de verrekening (artikel 827, eerste lid, aanhef en onder b, WBRvA). Andere bepalingen van Boek 3, titel 2, afdeling 5 WBRvA (krachtens artikel 143, tweede lid), artikelen 671 tot en met 676 WBRvA en 679 WBRvA zijn echter niet rechtstreeks van toepassing op de afwikkeling van een verrekenbeding. Evenals ten aanzien van artikel 140, eerste lid, zal ten aanzien van artikel 143 bij overlijden van een echtgenoot niet aanstonds vaststaan, dat de regeling ook geldt voor de erfgenamen, omdat zij geen op zichzelf staand vermogensrecht inhoudt. Teneinde dat onomstotelijk vast te leggen is zulks in artikel 143, derde lid, bepaald.

Onderdeel Ibis (artikel 152)

Zie het voorgestelde artikel 4:43, eerste lid, en artikel 1:92a en de toelichtingen daarbij.

In het onderhavige artikel 1:152 wordt voorgesteld dat in geval van een kort, kinderloos huwelijk in de echtscheidingsprocedure door de echtgenoot zelf beroep kan worden gedaan op misbruik van omstandigheden met het oog op de huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk, met name de boedelmenging bij gemeenschap van goederen. Ook

hier geldt, door de toepasselijkheid van artikel 7:176, een omkering van de bewijslast.

Onderdeel Iter (artikel 157)

De formulering van het begin van het zesde lid wordt, wat betreft de korte, kinderloze huwelijken, op één lijn gebracht met die van het nieuwe artikel 1:152 (en het nieuwe artikel 4:32a). Een materiële wijziging wordt hiermee niet aangebracht.

Onderdeel Iquater (artikel 159)

Hier wordt een leemte opgevuld; vergelijk over de bepaling HR 13-10-1978, NJ 1979, 242.

Onderdeel Iquinqies (artikel 165)

Deze bepaling wordt, wat de termijn van voortgezette bewoning betreft, op één lijn gebracht met artikel 4:28, eerste lid.

Onderdeel J (artikel 166)

Deze wijziging hangt samen met het vervallen van artikel 119; zie onderdeel I.

Onderdeel K (artikel 199)

Zie onderdeel M.

Onderdeel Kbis

Het onderhavige artikel 199b is in 2001 reeds in de toenmalige Nederlandse Antillen ingevoerd (en geldt thans in Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden). Het recht om te weten van welke ouders iemand afstamt is reeds erkend in artikel 7 van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van een kind; zie ook HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst). Dit recht om te weten moet worden onderscheiden van het recht om vaststelling van het vaderschap te vragen aan de rechter (artikel 207).

Onderdeel Kter

Hier wordt de termijn waarbinnen een kind het juridische vaderschap van de man die niet zijn of haar biologische vader is, kan aantasten ver-

ruimd. De verruiming komt erop neer dat het kind tot de leeftijd van dertig jaren, in plaats van drieëntwintig jaren, het vaderschap kan aantasten. Deze verruiming is aangebracht in navolging van het ontwerp-nieuw Burgerlijk Wetboek van Suriname. Achterliggende gedachte is dat kinderen van drieëntwintigjarige leeftijd nog te jong zijn om de gelegenheid tot aantasting van het vaderschap (ontkenning, vernietiging, herroeping) te worden ontnomen bij stilzitten. De onderhavige kwestie heeft raakvlakken met de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Aangezien een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap onmogelijk is als het kind juridisch al een vader heeft (artikel 1:207, tweede lid, onder a), is het in gevallen dat het kind in huwelijk is geboren of erkend is door een niet-biologische vader van belang dat eerst dat juridische vaderschap wordt aangetast.

Onderdeel L (artikel 203)

In artikel 203, eerste lid, wordt de mogelijkheid van erkenning bij notariële akte afgeschaft. Hierop is aangedrongen zowel uit kringen van het notariaat als van de burgerlijke stand. Voor de notariële erkenning bestaat onvoldoende noodzaak; als deze plaatsvindt levert zij vaak problemen op, zeker als het gaat om een buitenlands kind. Veel notarissen verwijzen steevast naar de burgerlijke stand. Door de introductie van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan overigens indien erkenning achterwege is gebleven het kind na overlijden alsnog een vader krijgen.

Onderdeel Lbis

Zie de toelichting bij onderdeel Hter (artikelen 37 en 38).

Onderdeel M (gerechtelijke vaststelling van het vaderschap)

Algemeen

Het is een zaak van rechtvaardigheid dat een vaderloos kind, wiens verwekker niet tot erkenning wenst over te gaan, via de rechter het vaderschap gerechtelijk kan doen vaststellen, met alle juridische gevolgen van dien. De verwekker draagt immers verantwoordelijkheid voor het bestaan van het kind; en het kind zelf heeft in het geheel geen schuld aan zijn vaderloze juridische staat. Weliswaar kan naar huidig Arubaans

recht de verwekker tot levensonderhoud van het kind tot 18 jaar worden veroordeeld (artikel 1:394; zie ook artikel 1:406b ten aanzien van een som ineens ter zake van levensonderhoud en artikel 1:408a ten aanzien van de kosten van bevalling), maar daar blijft het bij. Zijn naam wordt niet toegevoegd aan de geboorteakte van het kind en hij geldt niet als ‘vader’ of ouder’ in de zin van de wet (zie het huidige artikel 1:199).

In het Internationaal verdrag is reeds opgenomen dat ieder kind het recht heeft voor zover mogelijk zijn vader te kennen (artikel 1:199b; voor een toepassing, zie het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 27 juni 2003, Tijdschrift voor Antilliaans recht [TAR] 2003, p. 123 e.v., Nederlandse Jurisprudentie [NJ] 2004, 124). De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is de volgende stap. Door het grote aantal vaderloze kinderen hier te lande is het onderhavige ontwerp van groot maatschappelijk gewicht.

Alle Europese landen kennen inmiddels de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en ook in de Anglo-Amerikaanse rechtskring, waaronder veel landen in het Caraïbisch gebied, kan in het algemeen een vaderloos kind vragen om een ‘declaration of paternity’. Blijkens gegevens verschaft door mr. Bob Wit, rechter van het Caribbean Court of Justice (voorheen lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba) heeft, wat betreft de Commonwealth Caribbean, de Status of Children Act van Jamaica (1976) tot voorbeeld heeft gediend; vergelijkbare wetgeving geldt thans in tien van de dertien landen [The Law Reform (Illegitimacy) Ordinance 1982, Anguilla; Status of Children Act 1986, Antigua; The Status of Children Act (2002), Bahamas; Status of Children (Reform) Act 1979, Barbados; Families and Children Act 1998, Belize; Status of Children Act 1991, Grenada; Children Born out of wedlock (Removal of Discrimination) Act 1983, Guyana; Status of Children Act 1976, Jamaica; Status of Children Act 1983, St. Kitts and Nevis; Status of Children Act 1980, St. Vincent and the Grenadines; Status of Children Act 1981, Trinidad and Tobago]. In de grote meerderheid van deze wetgevingen wordt voorzien in de mogelijkheid van een ‘declaration of paternity’ (waarom iedereen met een ‘proper interest’ kan vragen) ongeacht overlijden van vader of kind, maar in de Bahamas moeten vader en kind nog in leven zijn; en in Belize kan het verzoek slechts worden gedaan in beginsel vijf jaren na de geboorte. Al

met al kan worden geconcludeerd dat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap een hoog ‘Caribisch gehalte’ heeft en aansluit bij de omringende sociale en culturele werkelijkheid.

Op goede gronden kan worden betoogd dat het ontbreken van de mogelijkheid van een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap strijd oplevert met artikel 8 (‘right to respect for private and family life’) alsmede de artikelen 14 en 1 Protocol nr. 12 (discriminatieverbod) van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) en met de artikelen 17 en 26 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). In het Marckx-arrest van het Europese Hof voor de rechten van de mens van 13 juni 1979 (NJ 1980, 462, § 31 en § 40) heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens uitgesproken dat de onwettige familie op dezelfde voet de bescherming van artikel 8 EVRM verdient als de wettige. Voorts verbiedt artikel 14 EVRM en artikel 1 Protocol nr. 12 EVRM uitdrukkelijk discriminatie naar geboorte (‘birth’).

Weliswaar heeft het Europese Hof nimmer met zoveel woorden uitgesproken dat het EVRM dwingt tot introductie van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap – in het arrest *Haas v. the Netherlands* van 13 januari 2004, NJ 2005, 113 (in vervolg op HR 17 januari 1997, NJ 1997, 483) kwam het Europese Hof niet aan die vraag toe – maar in het arrest *Mikulić v. Croatia* van 7 februari 2002 overwoog het Hof ten aanzien van een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, in verband met het recht op eerbiediging van ‘private life’, het volgende:

‘51. As regards paternity proceedings, the Court has held on numerous occasions that such proceedings do fall within the scope of Article 8 (see, for example, *Rasmussen v. Denmark*, [NJ 1986, 41], § 33, and *Keegan v. Ireland*, [NJ 1995, 247], § 45). In this connection, the Court has held that the notion of “family life” in Article 8 is not confined solely to marriage-based relationships but may also encompass other de facto “family ties” where sufficient constancy is present (see, for example, *Kroon and Others v. the Netherlands*, [NJ 1995, 248], § 30).

52. The present case differs from the paternity cases cited above in so far as no family tie has been established between the applicant and her alleged father. The Court reiterates, however, that Article 8, for its part, protects not only “family” but also “private” life.

53. Private life, in the Court's view, includes a person's physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity. Respect for "private life" must also comprise to a certain degree the right to establish relationships with other human beings (see, *mutatis mutandis*, *Niemietz v. Germany*, [NJ 1993, 400], § 29).

There appears, furthermore, to be no reason of principle why the notion of "private life" should be taken to exclude the determination of the legal relationship between a child born out of wedlock and her natural father.

54. The Court has held that respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that an individual's entitlement to such information is of importance because of its formative implications for his or her personality (see *Gaskin v. the United Kingdom*, [NJ 1991, 659], § 39).

55. In the instant case the applicant is a child born out of wedlock who is seeking, by means of judicial proceedings, to establish who her natural father is. The paternity proceedings which she has instituted are intended to determine her legal relationship with H.P. through the establishment of the biological truth. Consequently, there is a direct link between the establishment of paternity and the applicant's private life. The facts of the case accordingly fall within the ambit of Article 8.'

Uit dit arrest *Mikulić* kan worden afgeleid dat zonder gerechtelijke vaststelling van het vaderschap er sprake is van een inbreuk op 'private life' van het kind. Daarbij komt dat op goede gronden kan worden volgehouden dat het buitenhuwelijkse, niet-erkende kind wordt achtergesteld bij het huwelijkse en het buitenhuwelijkse, erkende kind, zonder dat hiervoor voldoende rechtvaardiging is, zodat sprake is van discriminatie. In dit verband is de volgende uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens van belang: 'The question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights is today given importance in the member States of the Council of Europe. (...) Very weighty reasons would accordingly have to be advanced before a difference of treatment on the ground of birth out of wedlock could be regarded as compatible with the Convention' (*EHRM* 28 oktober 1987, *Inze v. Austria*, § 41, NJ 1989, 661).

Voorop staat, nu de positie van de buitenhuwelijkse, erkende kinderen inmiddels zoveel mogelijk door de wetgever gelijkgesteld is met die van in huwelijk geboren kinderen, dat morele redenen onvoldoende kracht hebben om de gerechtelijke vaststelling uit de wetgeving te weren. Het huwelijk mag worden hoog gehouden en door het recht gesteund, maar niet ten koste van onschuldige, buitenhuwelijkse kinderen (Marckx, § 40). Ook het verzekeren van de rust binnen wettige gezinnen, is onvoldoende rechtvaardiging (Marckx, § 48). Overigens, als men mannen wil afhouden van buitenhuwelijkse verwekking, dan lijkt het vaderloos laten van onschuldige kinderen niet de juiste weg.

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba heeft op 16 juli 2009, met rechtstreekse toepassing van artikel 8 EVRM, een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap uitgesproken in een Arubaans zaak waarin de man nog leefde. In de gevallen waarin de man reeds is overleden heeft het Hof geoordeeld dat de wetgever de kwestie moet regelen.

De rechtszekerheid, in het verleden een belangrijk argument om de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet in te voeren, heeft aan betekenis ingeboet. De vooruitgang van de wetenschap (DNA-onderzoek) maakt immers vaststelling van het vaderschap, ook na lange tijd, met genoeg volstreekte zekerheid mogelijk. De rechter kan eventueel ambts-halve bewijs verlangen, aangezien het gaat om een rechtsgevolg dat niet ter vrije beschikking van partijen staat (artikel 129, eerste lid, slot, WBRvA). Voor het bevelen van een deskundigenbericht (DNA-onderzoek) is noodzakelijk en voldoende dat op grond van de ten processe gebleken feiten en omstandigheden aannemelijk is dat de man de verwekker kan zijn. Op grond daarvan kan de rechter, aan wie het in beginsel vrijstaat een deskundigenonderzoek te bevelen (artikel 173 WBRvA), ook als het gaat om de verkrijging van bewijs tegen de man, oordelen dat de inbreuk van een DNA-onderzoek op diens lichamelijke integriteit gerechtvaardigd is. Aldus HR 22 september 2000, NJ 2001, 647.

Dat de man wellicht niet op een staatactie gerekend heeft, is afgewogen tegen de belangen van het kind van onvoldoende gewicht. Hij draagt nu eenmaal mede verantwoordelijkheid voor het bestaan van het kind. In dit verband verdient vermelding dat de staatactie van een in huwelijk gebo-

ren en erkend kind volgens artikel 1:210 niet aan enige verjaring is onderworpen.

Als rechtvaardiging van de uitsluiting van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt wel aangevoerd dat een gedwongen vader geen goede vader kan zijn en dat na een gerechtelijke vaststelling erkenning door een niet-verwekker die wel als goede vader wil fungeren, onmogelijk wordt gemaakt. Dit soort overwegingen kan echter beter aan moeder en kind worden overgelaten. Bovendien wint de gedachte veld dat een goede, sociale vader niet per se verwantschapsrechtelijke betrekkingen met het kind hoeft te hebben. Hem deze toe te kennen is vaak disproportioneel.

Een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zal wellicht zwaar vallen voor de echtgenote of de in huwelijk geboren kinderen van de verwekker – deze zal hen choqueren en wellicht financieel treffen – maar zulks geldt ook ten aanzien van de onderhoudsactie die onder het huidige recht sedert 1916 reeds mogelijk is (artikel 1:394). Zoals hierboven reeds vermeld, wordt in artikel 207a van het ontwerp een erfrechtelijke verzachting gegeven indien de verwekker reeds is overleden.

De voorgestelde tekst komt overeen met de in Nederland geldende regeling, zoals tot stand gebracht bij wet van 24 december 1997, Stb. 772, maar met de volgende afwijkingen. In Nederland kan niet de raad voor de kindbescherming (te vergelijken met de voogdijraad hier te lande) een verzoek doen tot gerechtelijke vaststelling (vergelijk ten aanzien van de voogdijraad de voorgestelde tekst van artikel 207, eerste lid, onderdeel c). In Nederland kan in beginsel niet van een verwekker jonger dan 16 het vaderschap worden vastgesteld; deze beperking is niet gevolgd. In Nederland is, als de identiteit van de verwekker bekend is, de moeder gebonden aan een vervaltermijn van vijf jaren na de geboorte; ook deze beperking is onnodig en disproportioneel geoordeeld in het onderhavige ontwerp. Voorts kent Nederland niet de voorgestelde artikelen 207a (erfrechtelijke verzachting) en 207b (mogelijkheid van latere ontkenning door het kind).

Overigens is in de huidige situatie reeds denkbaar dat een hier te lande buiten huwelijk geboren, niet-erkend ('Arubaans') kind dat zich in Nederland gevestigd heeft, met toepassing van het Nederlandse recht, aangenomen dat dit naar regels van interregionaal privaatrecht toepasselijk

is, een verzoek doet tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een hier te lande woonachtige of aldaar overleden ('Arubaanse') man. Men zie HR 11 juni 2004, NJ 2005, 116 met in de noot onder 4-7 gegevens over het interregionaal privaatrecht ter zake. Gelet op HR 25 november 1988, NJ 1989, 421 ligt analogische toepassing door de Nederlandse rechter van artikel 6 van de Nederlandse Wet conflictenrecht afstamming (Stb. 2002, 153) voor de hand, hetgeen betekent dat als de verwekker en de moeder niet meer beiden hier te lande wonen of ten tijde van het overlijden van de verwekker woonden, het recht van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van het verzoek (dus Nederlands recht) beslissend zal zijn. Een gerechtelijke vaststelling door de Nederlandse rechter zal, gelet op artikel 40 Statuut, hier te lande worden erkend en leiden tot een latere vermelding aan de geboorteakte van het kind (artikel 1:20b).

De moeder en de voogdijraad, totdat het kind 16 jaar is, en het kind zelf, kunnen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap verzoeken (artikel 207, eerste lid, van het ontwerp); zolang het kind minderjarig is, wordt het echter vertegenwoordigd door een bijzondere curator (ingevolge het bestaande artikel 1:212). De voogdijraad kan het verzoek niet doen als de moeder daartegen is. Dit in verband met het recht op respect van het privé-leven van de moeder. In zo'n geval moet maar gewacht worden tot later, totdat het kind zelf kan beslissen om het verzoek al dan niet te doen.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel 207

Blijkens de aanhef van het eerste lid kan ook na overlijden van de man het vaderschap nog worden bewezen en gerechtelijk vastgesteld. Denkbaar is dat pas na het overlijden het kind verneemt wie zijn verwekker is of behoefte voelt dat zijn geboorteakte wordt aangevuld. Verder heeft de vaststelling (mits tijdig verzocht) gevolgen voor de erfopvolging. Door de terugwerkende kracht van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (zie het vijfde lid) wordt het kind erfgenaam bij versterf. Wat deze erfopvolging betreft geeft echter het nieuwe artikel 207a – dat in Nederland ontbreekt – in het belang van de weduwe en de andere kinderen de

mogelijkheid tot verzachting. Zie in verband met de rechtszekerheid ook artikel 207, vijfde lid.

Behalve van de verwekker, kan van de levensgezel van de moeder die heeft ingestemd met een daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad, het vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld. Heeft bijvoorbeeld deze levensgezel van de moeder, samen met haar, besloten tot kunstmatige inseminatie met het zaad van een donor (KID), dan zal in het algemeen wel op goede gronden erop mogen worden vertrouwd dat hij het kind zal erkennen (HR 3 april 1992, NJ 1993, 286). Gaat hij daartoe niet over, dan is gerechtelijke vaststelling van het vaderschap mogelijk. Artikel 207b van het ontwerp voorziet echter in de mogelijkheid van een latere ontkenning van het vaderschap door het kind.

Ten aanzien van een donor is gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet mogelijk aangezien een donor geen ‘verwekker’ is. De wet onderscheidt het begrip ‘verwekker’ van het ruimere begrip ‘biologische vader’. ‘Verwekker’ is de man die met de moeder op natuurlijke wijze het kind heeft laten ontstaan. Een donor is ook niet onderhoudsplichtig, aangezien het bestaande artikel 394 van Boek 1 eveneens het begrip ‘verwekker’ gebruikt en niet het begrip ‘biologische vader’.

Het gerechtelijk vastgestelde vaderschap heeft alle gevolgen van het vaderschap. De gerechtelijke vaststelling leidt tot toevoeging van een latere vermelding aan de geboorteakte van het kind (zie het voorgestelde artikel 20, eerste lid). Verder geldt de man als ‘vader’ en ‘ouder’ in het huwelijks-, jeugd- en erfrecht (de vader zal bijvoorbeeld een ondertoezichtstelling kunnen verzoeken) en ook in de wetgeving buiten het BWA, zoals de belastingwetgeving. Voor het nationaliteitsgevolg van rechtswege, zie artikel 4 van de Rijkswet op het Nederlanderschap.

Bevoegd tot een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zijn de moeder (onderdeel a), het kind (onderdeel b) en de voogdijraad (onderdeel c). De bevoegdheid is (mede in verband met de beschikbaarheid heden ten dage van DNA-tests) in beginsel niet beperkt in de tijd (behoudens de leeftijdsgrens van zestien jaren van het kind in onderdeel a en c). Is het kind zestien jaren of ouder, dan kan alleen het kind het verzoek doen. Gedurende de minderjarigheid (dus tot achttien jaar) zal het kind echter moeten worden vertegenwoordigd door een bijzondere curator; dit kan de voogdijraad zijn (aldus het bestaande artikel 1:212).

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bijzondere curator is in beginsel niet gebonden aan de eis van een zekere rijpheid van het kind (HR 31 oktober 2003, NJ 2004, 315). Ook vóór de geboorte van het kind lijkt in beginsel een verzoek mogelijk (artikel 1:2: ‘nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodo eius agitur’).

Zoals reeds onder Algemeen is toegelicht (bescherming ‘private life’ van de moeder), is de voogdijraad niet bevoegd het verzoek te doen tegen de wil van de moeder. Als de moeder zich niet uitspreekt, bestaat de bevoegdheid wel en eveneens als de moeder tegenover het verzoek onverschillig staat. Het is wenselijk dat de voogdijraad beschikt over financiële middelen ter bekostiging van DNA-onderzoek (al is het maar bij wege van voorschot). Vaak zijn de moeder of de verwekker daartoe financieel niet in staat.

De verwekker zelf komt in het rijtje niet voor, aangezien hij de mogelijkheid van erkenning heeft (artikel 1:203). Daarvoor is in beginsel de toestemming van de moeder vereist (artikel 1:204, eerste lid, onderdeel c), maar deze toestemming kan worden vervangen door die van de rechter (artikel 1:204, derde lid).

In het tweede lid wordt in onderdeel a voorop gesteld dat het hier enkel gaat om vaderloze kinderen; deze eis geldt ook bij erkenning (artikel 1:203, eerste lid, aanhef). Is het kind in huwelijk geboren zonder dat de echtgenoot van zijn moeder zijn biologische vader is, is het kind erkend door een man die niet zijn biologische vader is of is het kind geadopteerd (mede) door een man, dan is een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap uitgesloten. Wel is denkbaar dat het bestaande juridische vaderschap eerst door het kind wordt aangetast – door ontkenning, vernietiging of herroeping – en dat vervolgens een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de werkelijke vader wordt verzocht. Voor aantasting van het juridische vaderschap gelden echter termijnen, die mogelijk reeds al verstreken zijn (zie de bestaande artikelen 1:200, zesde lid, 1:205, vierde lid, en 1:231, tweede lid: veelal vijf jaren na meerderjarigheid), al bevat het bestaande artikel 1:199a een veiligheidsklep voor het geval dat alle belanghebbenden wensen dat het kind ‘van vader wisselt’.

Ingevolge onderdeel b is een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet mogelijk indien tussen de moeder en de verwekker een huwelijksbeletsel op grond van nauwe verwantschap bestaat (verbod van

‘bloedschande’). Hetzelfde geldt met betrekking tot de erkenning (artikel 1:204, eerste lid, onderdeel a). Hier is de openbare orde in het spel. Bovendien lijkt het niet in het belang van het kind indien wordt vastgesteld dat bijvoorbeeld zijn grootvader tevens zijn vader is. De ‘bloedschande’ is overigens geen belemmering voor een onderhoudsactie tegen de verwekker-familielid (zie het bestaande artikel 1:394) of voor de uitoefening van het recht om te weten van wie men afstamt (het bestaande artikel 1:199b).

Het derde lid betreft het geval dat het kind is overleden. Vergelijk de bestaande artikelen 1:201, tweede lid, en 1:205, vijfde lid, tweede volzin. De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap werkt terug tot de geboorte, maar in verband met de rechtszekerheid zijn beperkingen aan de gevolgen gesteld (vierde lid). Deze beperkingen komen overeen met die van de bestaande artikelen 1:202 en 1:206, behoudens dat hier geen voorziening ter zake van de teruggave van kosten van verzorging en opvoeding of levensonderhoud en studie dan wel van het krachtens vruchtgenot genotene nodig is. Voor de laatste volzin van het onderhavige vijfde lid vergelijk men het bestaande artikel 3:45, derde en vijfde lid. Zij verzacht de vermogensrechtelijke gevolgen van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, aangezien in geen geval hoeft te worden teruggegeven wat intussen reeds verbruikt of verteerd is. Zie overigens ook hierna artikel 207a. Het nationaliteitsgevolg van een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap werkt, in afwijking van het onderhavige vierde lid, niet terug tot de geboorte. Men zie artikel 4, eerste lid, tweede en derde volzin, van de Rijkswet op het Nederlanderschap.

Artikel 207a

Vindt de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap plaats na de dood van de man, dan wordt het kind met terugwerkende kracht erfgenaam. Met het eerste lid wordt tegemoetgekomen aan een bezwaar door de toenmalige Minister van Justitie geuit in het kader van de totstandkoming van Boek 1 nieuw BWA. Reden voor toepassing kan zijn dat de weduwe in substantiële mate heeft bijgedragen aan de groei van de ontbonden huwelijksgemeenschap, bijvoorbeeld door verrichte arbeid of door een voorhuwelijkse erfenis van haar kant. Indien zij deze bijdrage zou moeten delen met een ‘buitenkind’, zou zulks een bijzondere hard-

heid kunnen betekenen. Ook is denkbaar dat de man samen met een huwelijks of door hem erkend kind een bedrijf heeft opgebouwd die echter uitsluitend op naam van de man is blijven staan. Zou het ‘buitenkind’ daarvan profiteren, dan zou dat een bijzondere hardheid kunnen zijn voor het kind dat het bedrijf met de vader heeft opgebouwd, a fortiori indien dit kind meer heeft bijgedragen dan de vader.

Ingevolge de tweede volzin houdt de rechter rekening met de reden waarom niet eerder – met name: niet vóór het overlijden van de man – het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is gedaan. Immers, als het verzoek is gedaan na het overlijden, heeft de man geen redelijke gelegenheid gehad een testament te maken, rekening houdend met een nieuwe erfgenaam.

Overigens bestaat het voornemen in het nieuwe Boek 4 BWA (Erfrecht) de positie van de langstlevende echtgenoot of echtgenote te verbeteren. In elk geval zal als dwingendrechtelijke regels worden voorgesteld dat de langstlevende echtgenoot of echtgenote aanspraak heeft op het vruchtgebruik van de echtelijke woning en de inboedel alsmede op een vruchtgebruik van andere goederen van de nalatenschap voor zover hij of zij daaraan voor zijn of haar verzorging behoefte heeft.

Dat er ingevolge het eerste lid een rechter aan te pas moet komen is niet bezwaarlijk, aangezien voor een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap toch al de rechter geëdieerd moet worden. De belanghebbende weduwe of andere kinderen zijn in de regel, als de man is overleden, al in het proces als rechtsopvolgers (zodat zij dan niet eens toekomen aan de mogelijkheid van artikel 214 WBRvA inzake voeging en tussenkomst). Wat betreft het tweede lid van het onderhavige artikel 207a zij het volgende opgemerkt. Indien de nalatenschap reeds verdeeld is, geeft afdeling 3 van titel 7 van Boek 3 BWA algemene, beperkingen. Heeft de verdeling plaatsgevonden bij notariële akte, dan is een verdeling waaraan niet alle deelgenoten hebben deelgenomen vernietigbaar (artikel 3:195, eerste lid). In de literatuur bestaat er meningsverschil of dan naast de verjaringstermijn van artikel 3:195, eerste lid, slot (een jaar na het ter kennis komen van de verdeling) ook de vervaltermijn van artikel 3:200 (drie jaren na de verdeling) toepasselijk is (zie Asser-De Boer, Personen- en familierecht, 2006, nr. 748). Wat daarvan zij, in het tweede lid wordt voorgesteld de erfopvolging bij versterf door het kind in elk geval uit te slui-

ten als het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap meer dan vijf jaren na het overlijden wordt ingediend, mits de man een weduwe of andere kinderen heeft achtergelaten. Deze termijn geldt ook als de boedel (voorlopig) onverdeeld is gebleven of er slechts één erfgenaam was (de weduwe of één kind) zodat verdeling niet in aanmerking komt. Alleen de erfopvolging bij versterf wordt uitgesloten, andere gevolgen van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap blijven bestaan (zie hierboven bij artikel 207, eerste lid, mits nog mogelijk na overlijden, zoals toevoeging van een latere vermelding aan de geboorteakte van het kind, eventueel naamsgevolg (onder het nieuwe namenrecht) en eventueel nationaliteitsgevolg.

Artikel 207b

Deze bepaling kwam hierboven reeds aan de orde bij artikel 207, eerste lid. Voor de latere ontkenning van het vaderschap door het kind geldt de vervaltijd van het bestaande artikel 1:200, zesde lid (in het normale geval: vijf jaren na meerderjarigheid van het kind). Boek 1 BWA gaat er vanuit dat alle kinderen wier juridische vader niet hun biologische vader is, de mogelijkheid moeten hebben om binnen een bepaalde termijn het juridisch vaderschap aan te tasten (artikelen 1:200, eerste lid, onderdeel b, 1:205, eerste lid, onderdeel a, en 1:231, eerste lid).

Artikel 208

De rechter die het vaderschap gerechtelijk vaststelt, kan gelijktijdig een onderhoudsbijdrage bepalen. In de regel zal de moeder rechthebbende zijn ten aanzien van de kosten van verzorging en opvoeding (vergelijk het bestaande artikel 1:406).

Onderdelen N en O (artikelen 235 en 236)

Zie hierna bij Onderdelen Q tot en met Y (gezamenlijk gezag).

Onderdeel Obis (afdeling 3A: artikelen 243a tot en met 243c)

Algemeen

Met deze regeling wordt onder meer artikel 19 van het Verdrag inzake de rechten van het kind geïmplementeerd. Dit artikel luidt (in Ne-

derlandse vertaling, Trb. 1990, 170): ‘(1) De Staten die partij zijn, nemen alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen en maatregelen op sociaal en opvoedkundig gebied om het kind te beschermen tegen alle vormen van lichamelijk of geestelijk geweld, letsel of misbruik, lichamelijk of geestelijke verwaarlozing of nalatige behandeling, mishandeling of exploitatie, met inbegrip van seksueel misbruik, terwijl het kind onder de hoede is van de ouder(s), wettige voogd(en) of iemand anders die de zorg voor het kind heeft. (2) Deze maatregelen ter bescherming dienen, indien van toepassing, doeltreffende procedures te omvatten voor de invoering van sociale programma's om te voorzien in de nodige ondersteuning van het kind en van degenen die de zorg voor het kind hebben, alsmede procedures voor andere vormen van voorkoming van en voor opsporing, melding, verwijzing, onderzoek, behandeling en follow-up van gevallen van kindermishandeling zoals hierboven beschreven, en, indien van toepassing, voor inschakeling van rechterlijke instanties.’

Het is van belang dat onder omstandigheden informatie kan worden afgedwongen waar nodig ter vaststelling van kindermishandeling. Als het gaat om wettelijke geheimhoudingsplichten is daartoe een formeel wettelijke regeling, dus bij landsverordening, aangewezen. Het onderhavige voorstel strekt daartoe. Voorts wordt het anoniem melden geregeld.

Artikel 243a

In het eerste lid worden de taken van het afvies- en meldpunt weergegeven. Met het oog op de afbakening van de werkzaamheden is een omschrijving van het begrip kindermishandeling wenselijk. Daarom wordt voorgesteld in het tweede lid een omschrijving van dit begrip op te nemen. Het AMK moet bij de uitoefening van hun werkzaamheden – en in het bijzonder bij de beoordeling van een melding – van deze omschrijving uitgaan. Gelet op de veelvuldige vormen waarin kinderen kunnen worden mishandeld, wordt een ruime omschrijving van het begrip kindermishandeling voorgesteld. De omschrijving is ontleend aan artikel 1, onderdeel p, van de Nederlandse Wet op de jeugdzorg.

Er is sprake van kindermishandeling op het moment dat er binnen een afhankelijkheidsrelatie tussen een kind en zijn ouder of een andere persoon met wie het kind in een afhankelijkheidsrelatie staat of in een relatie waaraan het kind zich niet of moeilijk kan onttrekken, zoals bijvoor-

beeld met leerkrachten of buren – in de omschrijving aangeduid als relatie van onvrijheid – gebruik wordt gemaakt van geweld, en dit geweld een onderdeel vormt, zowel incidenteel als herhaaldelijk, van het proces van interacties die zich binnen deze relatie afspelen. Geweld zonder dat een relatie gekenmerkt wordt door afhankelijkheid of onvrijheid valt buiten de definitie. Geweld tegen kinderen door mensen die geen enkele relatie met het kind hebben, wordt dan ook niet als kindermishandeling – in bovengenoemde zin – betiteld. Dit laat natuurlijk onverlet dat de regering ook dit geweld tegen kinderen als een ernstig probleem beschouwt. De taken van het AMK hebben echter geen betrekking op dit geweld. Niet iedere vorm van geweld tegen kinderen kan derhalve als kindermishandeling, zoals hiervoor omschreven, worden gekwalificeerd.

Essentieel element in de omschrijving is de schade die een kind in ernstige mate wordt berokkend. Deze schade kan van lange of korte duur zijn, en kan onmiddellijk zichtbaar zijn maar ook pas op lange termijn ontstaan of aanwezig blijken te zijn. In de omschrijving van kindermishandeling is een duidelijke driedeling gemaakt tussen fysieke, psychische en seksuele mishandeling. Deze omschrijving maakt het mogelijk, expliciet aandacht te besteden aan seksuele mishandeling. Hierbij kan immers ook sprake zijn van opdringen van handelingen van de kant van de ouder of een andere persoon zonder directe geweldpleging. Tevens is van belang de samenhang van de drie vormen van mishandeling te benadrukken. Kindermishandeling kan plaatsvinden in de vorm van doen of van nalaten van de ouder of andere persoon (het ‘actief of passief opdringen’). Hiermee wordt aangegeven, dat ook het ernstig verwaarlozen van kinderen, het niet geven van primaire lichamelijke of geestelijke verzorging, tot kindermishandeling wordt gerekend. Hierbij hoort dus ook het niet nemen van stappen door bijvoorbeeld een ouder om een kind te beschermen tegen mishandeling.

Artikel 243b

Uitgangspunt in het werk van een advies- en meldpunt kindermishandeling is een zo groot mogelijke openheid naar het gezin en overige bij de melding betrokken personen. Openheid naar het gezin is bijvoorbeeld cruciaal voor het door de minderjarige en het gezin waartoe

deze behoort aanvaarden van vrijwillige hulpverlening, in gevallen dat de kindermishandeling verband houdt met de gezinssituatie. Niettemin dient het AMK bij de uitvoering van zijn taken rekening te houden met de wens van melders om anoniem te blijven ten opzichte van degene op wie de melding betrekking heeft. Dit kunnen de minderjarige en het gezin zijn in het geval dat de kindermishandeling binnen de gezinssituatie plaatsvindt, maar dit kan ook een derde zijn die als (vermoedelijke) pleger van de kindermishandeling wordt gemeld. Het niet anoniem kunnen blijven van de melder ten opzichte van genoemde personen kan immers de meldingsbereidheid of de bereidheid om informatie aan het AMK te verstrekken in de weg staan. Daarnaast kan mogelijke blokkering van het onderzoek naar de melding of represaille richting melder het verstrekken van informatie ongewenst doen zijn. Teneinde een zorgvuldige en inzichtelijke afhandeling van meldingen op dit punt te waarborgen alsmede een uniforme toepassing te bewerkstelligen, wordt in het onderhavige artikel bepaald, in welke gevallen anonimiteit van de melder van (een vermoeden van) kindermishandeling of van de persoon van wie informatie in het kader van het onderzoek naar aanleiding van een melding is verkregen, is toegestaan. Deze regels zijn ontleend aan artikel 55, derde lid, van het Nederlandse Uitvoeringsbesluit Wet op de jeugdzorg, welk artikel op zijn beurt teruggaat tot de gedragsregels in het Nederlandse ‘AMK-protocol van handelen bij vermoedens van kindermishandeling’. In onderdeel a van het voorgestelde artikel 243b is bepaald dat inlichtingen over de herkomst van bepaalde personen alleen onder bepaalde voorwaarden mogen worden gegeven. Het gaat dan om personen die in een beroepsmatige, hulpverlenende of pedagogische relatie staan tot de minderjarige of zijn gezin. De identiteit van die personen mag alleen bekendgemaakt worden als dit geen bedreiging vormt of kan vormen voor die personen, de minderjarige of andere minderjarige leden van het gezin waartoe de minderjarige behoort, dan wel leidt of kan leiden tot een verstoring van de vertrouwensrelatie met het gezin waartoe de minderjarige behoort. Het bekend maken van de identiteit blijft niet alleen achterwege voor de (mogelijke) pleger, maar voor een ieder. Dit om te voorkomen dat via derden alsnog de identiteit van de melder bekend zou worden. Wat betreft de grond ‘verstoring van de vertrouwensrelatie met het gezin waartoe de minderjarige behoort’ zij opgemerkt, dat daarbij niet het be-

lang van de bescherming van degene die in een beroepsmatige hulpverlenende of pedagogische relatie staat tot de minderjarige of zijn gezin voorop staat maar dat van de betrokken minderjarige en in samenhang daarmee, van degene op wie de melding betrekking heeft zoals de ouder of wettelijk vertegenwoordiger van de minderjarige. Het behoud van contact van beroepsbeoefenaren als bijvoorbeeld een huis- of schoolarts met deze personen is voor de minderjarige van evident belang. Het voorkomen van een verstoring van de vertrouwensrelatie van de ouder met de beroepsbeoefenaar, is gelegen in de afhankelijkheidsrelatie van de minderjarige ten opzichte van de ouder, die als zodanig het contact tussen minderjarige en beroepsbeoefenaar kan belemmeren dan wel onmogelijk kan maken.

In onderdeel b is geregeld dat andere personen zoals familie, burens en kennissen die een melding doen, niet door het AMK bekendgemaakt mogen worden, behalve met hun instemming.

Anonimiteit ten opzichte van het AMK wordt in geen van de bovengenoemde gevallen toegestaan. Daar bij anonieme meldingen de mogelijkheid ontbreekt om nadere informatie van de melder te verkrijgen, hetgeen een zorgvuldig onderzoek en beoordeling van de melding bemoeilijkt, worden anonieme meldingen in principe niet door het AMK onderzocht. Alleen op basis van een ingeschatte bedreiging van de minderjarige kan het AMK besluiten alsnog over te gaan tot het onderzoeken en beoordelen van de melding.

Artikel 243c

Volgens de gangbare opvatting is het beroepsgeheim geen absoluut recht. Natuurlijk dient er terughoudendheid betracht te worden met het doorbreken van het beroepsgeheim, maar zwaarwegende belangen van anderen of maatschappelijke belangen kunnen aanleiding zijn tot het doorbreken van het beroepsgeheim. Het beroepsgeheim kan worden doorbroken na toestemming van de betrokkene, op grond van een wettelijke bepaling en in bepaalde gevallen van noodtoestand of overmacht, ook wel aangeduid met 'conflict van plichten'. In een situatie van conflict van plichten bestaat er bij een persoon met een beroepsgeheim gewetensnood. Er is een conflict tussen enerzijds de zwijgplicht en anderzijds de drang tot bescherming van een ander zwaarwegend belang. In een situatie van een

conflict van plichten moet de afweging van belangen door degene met een beroepsgeheim zelf plaatsvinden. Het beroepsgeheim kan worden geschonden, als het belang dat daarmee wordt gediend hoger wordt geacht dan het belang dat met de geheimhoudingsplicht wordt gediend. Indien hij besluit zijn beroepsgeheim te doorbreken, is het mogelijk dat hij zich voor de rechter beroept op overmacht. Zodoende kan de strafbaarheid van het doorbreken van het beroepsgeheim komen te vervallen. De wetenschap van een situatie van (een vermoeden van) kindermishandeling kan bij een persoon met een beroepsgeheim een conflict van plichten teweeg brengen. Deze persoon kan worden geconfronteerd met zowel het belang van de jeugdige als met een ander belang dat wordt gediend met de zwijgplicht. Het is algemeen en in de jurisprudentie aanvaard, dat in geval van (een vermoeden van) kindermishandeling het beroepsgeheim mag worden doorbroken. Hierbij gelden bepaalde zorgvuldigheidseisen. In de praktijk bestaat evenwel behoefte aan meer duidelijkheid rond de juridische positie van beroepsbeoefenaren die in het belang van de jeugdige, gevraagd en ongevraagd, aan het AMK informatie verschaffen. Immers, wanneer deze personen hun beroepsgeheim doorbreken, lopen zij het risico strafrechtelijk of tuchtrechtelijk te worden aangesproken. Deze duidelijkheid wordt gegeven door in het voorgestelde artikel 1:243c de bepaling op te nemen, dat degene die op grond van een wettelijk voorschrift of op grond van ambt of beroep tot geheimhouding is verplicht, zonder toestemming van degene die het betreft, aan een advies- en meldpunt kindermishandeling inlichtingen kan verstrekken, indien dit noodzakelijk kan worden geacht om een situatie van kindermishandeling te beëindigen of een redelijk vermoeden van kindermishandeling te onderzoeken (meldrecht). Met deze bepaling wordt op zich geen nieuwe mogelijkheid gecreëerd om het beroepsgeheim te doorbreken, maar wordt de bestaande mogelijkheid om in geval van conflict van plichten het beroepsgeheim te kunnen doorbreken gecodificeerd. Deze mogelijkheid wordt in het ontwerp gegeven op een concreet genoemde grond namelijk een situatie van (een vermoeden van) kindermishandeling. Met de voorgestelde bepaling wordt in de wet neergelegd, dat beëindiging van een situatie van kindermishandeling of het onderzoeken van een redelijk vermoeden van kindermishandeling, een belang is waarvoor het belang van de geheimhouding mag wijken. Deze codificatie

kan, beter dan de meer algemene notie van conflict van plichten, een ondersteuning zijn voor degenen die in een concreet geval een afweging moeten maken.

Het zoeken naar een antwoord op de vraag of in een concreet geval het beroepsgeheim kan/moet worden doorbroken, blijft echter de eigen beroepsverantwoordelijkheid van de hulpverlener. Van belang hierbij is en blijft wel of bij de beslissing het beroepsgeheim al dan niet te doorbreken, zorgvuldig is gehandeld. Hiervoor dienen door beroepsgroepen zorgvuldigheidseisen, al dan niet in de vorm van protocollen of (meld)codes ontwikkeld te worden. Uit een in Nederland gepubliceerde studie blijkt dat een arts die zich houdt aan de meldcode tuchtrechtelijk niets te vrezen heeft (Hendriks, De Roode en Sombroek-van Doorm, Nieuwe KNMG-meldcode kindermishandeling aan de tuchtrechtspraak getoetst, Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht, 2009, p. 285 e.v.).

Onderdeel P (artikel 247)

In navolging van Nederland (wet van 8 maart 2007, Kamerstukken 30 316) is in artikel 1:247, tweede lid – dat ook toepasselijk is in geval van voogdij en pleegzorg (artikel 1:248) – een verbod van geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling opgenomen, overigens zonder speciale sanctie. Kindermishandeling is vaak een uit de hand gelopen disciplinerende. Indien de wet als norm stelt dat bij de disciplinerende geen geweld wordt gebruikt, kan zulks wellicht een steentje bijdragen in de bestrijding van het grote kwaad van kindermishandeling. Bovendien is er een internationale tendens tot opnemende van een geweldsverboden. Het VN-Comité dat toezicht houdt op de naleving van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind, heeft aan Nederland – maar niet valt in te zien waarom het ook niet voor andere landen zou gelden – het volgende advies gegeven: ‘explicitly prohibit corporal punishment in law throughout the State party and carry out public education campaigns about the negative consequences of ill-treatment of children, and promote positive, non-violent forms of discipline as an alternative to corporal punishment’ (CRC/C/15/ Add.227, 30 januari 2004, aanbeveling 44, onder d).

Ook het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR), het onafhankelijke deskundigencomité dat toeziet op de naleving van het Europees So-

ciaal Handvest (ESH), heeft in haar beoordeling van de situatie in Nederland, aangegeven dat Nederland op dit moment niet voldoet aan artikel 17 ESH dat verplichtingen inzake de bescherming van kinderen bevat. Het ECSR wijst erop dat artikel 17 van het ESH een wettelijk verbod vereist op alle vormen van geweld tegen kinderen, zoals op school, in andere instellingen, thuis en elders.

Tot slot kan gewezen worden op de aanbeveling van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa zoals deze op 23 april 2004 is aanvaard: Recommendation 1666 (2004) met als titel Europe-wide ban on corporal punishment of children en op het World Report on Violence against Children van P.S. Pinheiro, Independent Expert for the United Nations Secretary-General: Study on Violence against Children, oktober 2006.

Onderdelen Q tot en met Y (gezamenlijk gezag)

Algemeen

Bij de invoering van Boek 1 nieuw BWA in 2002 is ervoor gekozen na echtscheiding het gezamenlijke gezag van de ouders over hun minderjarige kinderen in beginsel niet van rechtswege te laten doorlopen, zoals in Nederland (sedert de wet van 30 oktober 1997, Stb. 506). Voor gezamenlijk gezag na echtscheiding is ingevolge het huidige artikel 1:251, tweede lid, een beschikking van de rechter nodig na een eensluidend verzoek van de ouders.

Op 28 maart 2008 (nr. R07/031HR, NJ 2008, 189) heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat dit systeem strijd oplevert met de artikelen 6 en 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De Hoge Raad overwoog:

‘ 3.5. In zijn beschikking van 27 mei 2005, nr. R04/088, NJ 2005, 485, heeft de Hoge Raad aangaande een soortgelijke beperking die ligt besloten in art. 1:252 en 253c lid 1 BW overwogen dat de vader aan art. 8 lid 1 EVRM een aanspraak op bescherming van zijn recht op ‘the exercise of parental rights’ ontleent, welk recht tevens is te beschouwen als een burgerlijk recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, zodat dit artikellid de vader eveneens het recht op toegang tot de rechter garandeert ter vaststelling van dat recht; voor de in art. 1:252 BW besloten liggende beperking van dat recht op toegang tot de rechter doordat het gezamenlijk gezag

slechts door beide ouders kan worden verzocht, bestaat onvoldoende grond; de vader moet ten minste aan de rechter de vraag kunnen voorleggen of grond bestaat tot wijziging van het eenhoofdig gezag van de moeder in gezamenlijk gezag. In zijn beschikking van 15 februari 2008, nr. R07/047, NJ 2008, 107, betreffende het bepaalde in art. 1:253o lid 1, laatste volzin, BW, heeft de Hoge Raad vervolgens geoordeeld dat het aan art. 8 lid 1 EVRM ontleende recht van de niet met het ouderlijk gezag belaste ouder op ‘the exercise of parental rights’ zich niet slechts verzet tegen de bepaling dat het gezamenlijk gezag slechts door beide ouders kan worden verzocht, maar evenzeer tegen de daaraan ten grondslag liggende regel van materieel recht dat gezamenlijk gezag slechts kan worden toegekend indien beide ouders daarmee instemmen. In overeenstemming met hetgeen in voornoemde beschikkingen is geoordeeld, moet art. 1:251 lid 2 BWNA aldus worden uitgelegd dat aan toewijzing van een verzoek om na echtscheiding gezamenlijk belast te blijven met de uitoefening van het gezag niet in de weg staat dat het verzoek slechts door een van de ouders gedaan is.’

Het onderhavige ontwerp strekt ertoe de door de Hoge Raad geconstateerde mensenrechtenschending op te heffen. De Hoge Raad geeft in deze Nederlands-Antilliaanse zaak geen indicaties omtrent het criterium dat behoort te gelden om het gezamenlijke gezag te doen continueren. Het ontwerp kiest ervoor het Nederlandse recht in beginsel te volgen, waarbij tevens deels rekening is gehouden met het Nederlandse wetsvoorstel bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (Kamerstukken II 30 145) en het Nederlandse wetsvoorstel Wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag (Kamerstukken II 29 353). Bepaald wordt dat na scheiding de ouders in beginsel het gezag blijven uitoefenen (artikel 251, tweede lid). Slechts bij uitzondering belast de rechter een van de ouders met het gezag (artikel 251a, eerste lid). Nadat een van de ouders met het gezag belast is, kan later, als de situatie veranderd is, de andere ouder alsnog om gezamenlijk gezag verzoeken (artikel 253o). Ook buiten huwelijk kan om gezamenlijk gezag op eensluidend verzoek (van de vader) worden verzocht (artikel 253c).

Gezamenlijk gezag heeft als voordeel dat beide ouders beter op hun verantwoordelijkheid jegens het kind kunnen worden aangesproken. Bovendien wordt de inmenging bij scheiding in het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM) door de overheid zo beperkt mogelijk gehouden. De ervaringen in Nederland sedert 1998 lijken gunstig te zijn, al blijft er kritiek (zie Christina Jeppesen de Boer, Joint Parental Authority, diss. RUU, 2008). Ook positief te waarderen is dat het verschil met ongehuwde ouders die in het gezagsregister de aantekening van gezamenlijk gezag als bedoeld in artikel 1:252 hebben gedaan en nadien uit elkaar gaan, wordt verkleind.

Het systeem dat gescheiden ouders in beginsel gezamenlijk het gezag blijven uitoefenen is gangbaar in het Caraïbische gebied. Blijkens inlichtingen gegeven door mr. Bob Wit, rechter in het Caribbean Court of Justice in Trinidad en in het verleden lid van het Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, bestaat in het merendeel van de Caricom-landen sinds de jaren '70/80 de zogeheten 'joint custody'. Dit is thans het uitgangspunt. Partijen kunnen ook afspreken dat slechts één van de ouders custody krijgt. De rechter zal afspraken van de ouders op dit stuk vrijwel zonder uitzondering honoreren. De rechter kan echter ook tegen de wil van beide ouders of van een van hen 'custody' aan een van de ouders (of aan beide) geven. In alle gevallen geldt als enig criterium 'the best interest of the child'; er zijn geen andere bepalingen die de beleidsruimte van de rechter beperken.

Artikelsgewijs

Onderdeel Q (artikel 251)

Hierin is vastgelegd dat na scheiding ouders in beginsel het gezamenlijk ouderlijk gezag blijven uitoefenen. De wijziging is hierboven onder Algemeen al toegelicht. Het gezamenlijke ouderlijk gezag kan eventueel nadien – als het toch misgaat – worden beëindigd en omgezet in eenhoofdig gezag (artikel 253n).

Onderdeel R (artikel 251a)

Bij uitzondering kan na scheiding één van de ouders met het gezag worden belast. Voor eenhoofdig gezag na scheiding is een verzoek aan de rechter nodig. Het enkele feit dat een van de ouders zulks wenst, is on-

voldoende grond is om het gezag aan één van de ouders toe te kennen (HR 10 september 1999, NJ 2000, 20). Indien de ouders, ieder voor zich, verzoeken alléén met het gezag belast te worden, maar geen van beiden aannemelijk kan maken dat het belang van het kind daarmee gediend is, loopt het gezamenlijk gezag door (HR 15 december 2000, NJ 2001, 123; vergelijk ook HR 28 maart 2003, NJ 2003, 359). Het ontbreken van een goede communicatie tussen de ouders, in het bijzonder in de periode waarin de echtscheiding en de daarmee verband houdende kwesties nog niet zijn afgewikkeld, brengt niet zonder meer mee dat in het belang van het kind het ouderlijk gezag aan een van de ouders moet worden toegerekend (HR 10 september 1999, NJ 2000, 20, voornoemd). Het in de Nederlandse rechtspraak tot ontwikkeling gebrachte zogenaamde ‘klem of verloren-criterium’ (de problemen tussen de vader en de moeder moeten zodanig ernstig zijn dat een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren raakt tussen de ouders indien zij het ouderlijk gezag gezamenlijk zouden uitoefenen en dat niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering komt) wordt niet uitdrukkelijk in de wet vastgelegd, zoals in Nederland is opgenomen in de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding. In het overleg met het Gemeenschappelijk Hof van Justitie is gebleken dat het hier te lande wenselijk is dat er (potentieel) iets meer ruimte is om gezamenlijk gezag af te wijzen. Volstaan is daarom met het criterium dat de rechter wijziging van het gezag in het belang van het kind wenselijk oordeelt (eerste lid).

Het vierde lid introduceert hier – vergelijk het bestaande artikel 1:377g inzake het omgangs-, consultatie- en informatierecht – een informele rechtsgang voor het kind. De rechter kan de gezagsbeslissing ambtshalve nemen indien hem blijkt dat het kind van twaalf jaren of ouder – die het met het voornemen van de ouders het gezamenlijk gezag te laten doorlopen niet eens is – daarop prijs stelt. Hetzelfde geldt indien het kind nog geen twaalf jaren oud is, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen. Dit lid kan overigens in beginsel ook toepasselijk zijn buiten de scheidingsprocedure (HR 4 april 2008, NJ 2008, 494).

De beslissing waarbij een van de ouders alleen met het gezag is belast, kan eventueel nadien worden gewijzigd (artikel 1:253o; vergelijk HR 11

april 2008, NJ 2008, 322). Anders dan in het huidige recht, kan het verzoek om alsnog gezamenlijk gezag te krijgen ook door één ouder worden gedaan.

Onderdeel S (artikel 253a).

In dit artikel wordt het huidige artikel 1:377h, ten aanzien van omgang bij gezamenlijk gezag, geïncorporeerd. Een eventuele ontzegging van omgang kan slechts tijdelijk zijn (vergelijk HR 31 maart 2006, NJ 2006, 392). Men zie het tweede lid, dat overigens ruimer is dan het huidige artikel 1:377h. Ook de na scheiding belangrijke beslissing omtrent het hoofdverblijf van het kind (bij de vader of bij de moeder) wordt erdoor bestreken.

Onder meer de regeling van artikel 1:377g inzake de informele rechtsin-gang van het kind wordt van overeenkomstige toepassing verklaard (der-de lid). Zo nodig kan de rechter, zelfs ambtshalve, een dwangmiddel op-leggen en bevelen dat de beschikking met de sterke arm kan worden ten-uitvoergelegd (vierde lid). De rechter moet het verzoek binnen zes weken behandelen (vijfde lid).

Onderdeel T (artikel 253c)

Dit artikel betreft de buiten huwelijk geboren kinderen. De moeder heeft van rechtswege het gezag (artikel 1:253b), maar de vader kan – voor-waarde is wel dat hij het kind erkend heeft (HR 12 juni 1987, NJ 1989, 98 en HR 9 oktober 1992, NJ 1992, 789) – vragen om het eenhoofdige of gezamenlijke gezag (artikel 253c). Door de voorgestelde wijziging kan zowel de moeder als de vader (eenzijdig) verzoeken om gezamenlijk ge-zag; het gaat hier om de situatie dat de ouders het over dat gezamenlijk gezag niet eens zijn, want zijn zij het eens, dan staat de eenvoudiger weg van artikel 1:252 open (aantekening in het gezagsregister).

Het criterium voor afwijzing van een verzoek om gezamenlijk gezag (tweede lid) is ontleend aan het voorgestelde artikel 251a, eerste lid.

Onderdelen U tot en met X (artikelen 253e, 253n, 253o, 253p en 253q)
Het gaat hier om technische aanpassingen aan de wijziging van artikel 251, tweede lid (in onderdeel E).

Onderdeel Xbis (artikel 275)

Hier wordt een leemte opgevuld. Het gaat hier om het blokkaderecht van een pleegouder. Het spreekt van zelf dat bij de voogdijbenoeming aan benoeming van de pleegouder de voorkeur moet worden gegeven.

Onderdeel Y (artikel 277)

Ook hier gaat het om technische aanpassingen aan de wijziging van artikel 251, tweede lid (in onderdeel E).

Onderdeel Ybis (artikel 292)

De woorden kunnen vervallen in verband met de regels ten aanzien van de uiterste wilsbeschikking in Boek 4.

Onderdeel Z (artikel 301)

Zie onderdeel M.

Onderdeel Zbis (artikel 302)

Het betreft hier een technische aanpassing aan Boek 2.

Onderdeel Zter (artikel 353)

Dit artikel wordt vervangen door artikel 4:194 behoudens voor zover het de in artikel 1:105 bedoelde afstand van een ontbonden huwelijksgemeenschap betreft.

Onderdeel AA (artikel 377a)

Ter vermindering van discriminatie moeten in artikel 377a ouders en anderen – men denke in het bijzonder aan de verwekker van het kind – die in een nauwe persoonlijke betrekking staan tot het kind gelijk worden behandeld. Het moet niet zo zijn dat aan een verwekker die jarenlang voor het kind heeft gezorgd (en het wellicht niet mocht erkennen van de moeder) de omgang gemakkelijker kan worden ontzegd, dan aan een familie-rechtelijke vader die reeds vóór de geboorte is vertrokken (en zelfs mogelijk het kind niet heeft verwekt). Zie in dit verband de uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens in de zaak Sahin

(EHRM 11-10-2001, NJ 2002, 417 en in diezelfde zaak EHRM 8-7-2003 [Grote Kamer], NJ 2004, 136).

De term ‘degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind’ kan ook betrekking hebben op grootouders, broers en zuster, voormalige pleegouders enz. Bij de vaststelling van de aard en omvang van de te regelen omgang is het belang van het kind doorslaggevend, waarbij, afhankelijk van de individuele omstandigheden, een omgangsregeling ten behoeve van de verwekker wellicht anders zal zijn (in frequentie en duur) dan een omgangsregeling ten behoeve van de grootouders.

Ingevolge de eerste volzin van het eerste lid heeft het kind zelf recht op omgang met zijn ouders; zie artikel 9, derde lid, van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind, luidende: ‘States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.’

Onderdeel AB (artikel 1:377e)

Het gaat hier om een technische aanpassing aan de wijziging van artikel 377a (in onderdeel AA).

Onderdeel AC (vervallen van artikel 377f)

Het vervallen van artikel 377f hangt samen met de uitbreiding van artikel 377a (in onderdeel AA).

Onderdeel AD (artikel 377g)

Het gaat hier om een technische aanpassing aan het vervallen van artikel 377f (in onderdeel AC)

Onderdeel AE (vervallen van artikel 377h)

Het vervallen van artikel 377h hangt samen met de uitbreiding van artikel 253a (in onderdeel S).

Onderdelen AEbis tot en met AEquater

Zie de toelichting bij onderdeel Hter (artikelen 37 en 38).

Onderdeel AF (artikel 395a)

De grens van vijftientig jaren is ontleend aan Caricom modelwetgeving. Zie de toelichting bij artikel 4:35. De studie moet zijn aangevangen voor de eenentwintigjarige leeftijd.

Onderdeel Afbis (artikel 402a)

Anders dan de huidige regeling waarin jaarlijks van rechtswege de bedragen voor levensonderhoud worden aangepast met een bepaald percentage, wordt voorgesteld om de minister de bevoegdheid te geven te besluiten óf het percentage wordt aangepast. Indien hij besluit dat de bedragen voor levensonderhoud dienen te worden aangepast, dient de minister het percentage te bepalen aan de hand van de ontwikkeling van de consumentenprijzen.

Onderdeel AG (artikel 406b)

Deze bepaling kan vervallen in verband met artikel 4:35.

Onderdeel AH (artikel 408a)

Hier wordt een misslag hersteld: artikel 394 heeft geen derde en vierde lid.

Onderdeel AI (artikel 436)

De wijziging in artikel 436, derde lid, betreft het geval van onderbewindstelling van een aandeel in een vennootschap onder firma, welke in het handelsregister dient te worden ingeschreven. De formulering is voor het nieuwe recht terminologisch aangepast. De commanditaire vennootschap, die een species is van het genus openbare vennootschap, heeft hier niet met zoveel woorden te worden genoemd. Wel is uitgedrukt dat inschrijving van een aandeel in zodanige vennootschap slechts heeft plaats te vinden voor de gewone (hoofdelijk aansprakelijke) vennoten, aangezien commanditaire vennoten niet als zodanig behoeven te worden ingeschreven.

Onderdeel AJ (artikel 441)

Het gaat hier om een terminologische aanpassing aan Boek 4.

II (Boek 3)

Onderdeel A (Afdeling 1.1B – Het voeren van een administratie)

In navolging van Nederland is de afdeling vernummerd tot 1B. Het voorgestelde artikel 15i (met de bewaartermijn van tien jaren, waarbij bewaring in elektronische vorm mogelijk is) is aangepast aan Boek 2. Het voorgestelde artikel 15j betreft de vordering tot openlegging van een administratie. Ten aanzien van vennoten wordt deze materie geregeld in het tweede lid van artikel 7:814.

Onderdeel B (artikel 17)

In onderdeel 1 vindt een aanpassing aan het nieuwe Boek 4 plaats. Wat betreft onderdeel 2 zie de toelichting bij artikel 5:20, tweede lid.

Onderdeel Bbis (artikel 24)

Deze aanpassing hangt samen met de wijziging van de Faillissementsverordening (AB 2003 no GT 5), waarbij het surséanceregister is ingevoerd (artikel 212 Faillissementsverordening).

Onderdeel C (artikel 46)

Voorgesteld wordt om, ten behoeve van benadeelde schuldeisers, bij de Pauliana-bewijsvermoedens expliciet mede rekening te houden met de trust (verg. D.W. Aertsen, *De trust*, diss. 2004, p. 167). Het gaat overigens om een weerlegbaar vermoeden. Inbreng in een trust door middel van een “declaration of trust” wordt thans ook gedekt, aangezien deze inbreng niet valt onder artikel 3:46, eerste lid, onderdeel a, doordat een overeenkomst ontbreekt.

Onderdeel D (artikel 80)

Artikel 80, tweede lid, wordt aangevuld. Wat betreft de opvolging onder algemene titel van trustees, zie het voorgestelde artikel 145, eerste lid.

Onderdeel E (artikel 94)

De beperking in artikel 94, derde lid, tot rechten tot zekerheid voor de voldoening van een geldsom vervalt. In verband met het betrekkelijk nieuwe verschijnsel van securitisatie is het wenselijk hier in het geheel

geen beperking te doen gelden; vergelijk het Nederlandse artikel 3:94, derde lid, zoals vastgesteld bij wet van 30 juni 2004, Stb. 314 (Kamerstukken II 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 (of, indien mogelijk, trust), de zogenaamde “special purpose vehicle” (SPV), 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 3:239, vierde lid.

Onderdeel F (artikel 106a)

Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in artikel 3:200a, vijfde lid, ten aanzien van langdurig onverdeelde gebleven boedels, bestaande uit een onroerende zaak. Zie de toelichting aldaar. Wat betreft gemeenschapsgrond komt daarbij dat deze 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 Courtar is betwist – de voorganger van Courtar en Courtar tot het einde van de jaren tachtig jaarlijks Afl. 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 3:106a voorgesteld.

Onderdeel G (titel 6 - Trust)

Algemeen

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 Aruba 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 de in Curaçao met ingang van 1 januari 2012 in werking getreden Landsverordening trust (P.B. 2011, no. 67). De regeling is door Aertsen gunstig beoordeeld.

Een van de belangrijkste kenmerken van het trustvermogen is dat het is afgescheiden van het privé-vermogen 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 privé-vermogen 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 zich zelf, 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 ("time share") 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 be-

voegdheden van anderen, zoals de insteller of de protector. Het onderhavige ontwerp bestaat voor een belangrijk deel uit regelend recht. Bij het redigeren is er naar gestreefd om op zo eenvoudig mogelijke wijze, uitgaande van de toepasselijkheid van met name titel 2 van Boek 3 BWA, onder meer de geldigheid, nietigheid en vernietigbaarheid van de trust te regelen.

De trust is geen rechtspersoon, maar er is er naar gestreefd de Arubaanse trust voor "civil-law" juristen op eenvoudige wijze toegankelijk en hanterbaar 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.

Artikelsgewijs

Artikel 126

Ter voorkoming van misbruik en ter waarborging van de kwaliteit van de dienstverlening door trustees van een Arubaanse trust is toezicht cruciaal. Voor alle duidelijkheid wordt verwezen naar de toepasselijkheid van Landsverordening toezicht trustkantoren.

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. Wel wordt de term overdracht vermeden, hetgeen een zogenaamde "economische eigendomsoverdracht" niet uitsluit, waarbij aan de trustee persoonlijke rechten worden verschaft. In de memorie van toelichting zal de term overdracht gemakshalve wel worden gebruikt.

In Curaçao, waar de trustregeling per 1 januari 2012 in werking is getreden, zonder het hier voorgestelde vierde lid, bestaat onzekerheid over de vraag of een overdracht nodig is voor de verkrijging van het trustvermo-

gen door de initiële trustee en ook door de insteller die zich zelf tot trustee maakt (“declaration of trust”) in hoedanigheid van trustee. Deze onzekerheid houdt ermee verband dat een opvolgende of toetredende trustee het trustvermogen van rechtswege onder algemene titel verkrijgt (artikel 145, eerste lid). Men zie de discussie in WPNR 6926 van 14 april 2012 (speciaal nummer “Curaçaose Trust”) en WPNR 6932 van 26 mei 2012, p. 409 e.v., alsmede in het Caribisch Juristenblad 2012, afl. 2, p. 95 e.v. Het is onwenselijk dat deze onzekerheid blijft voortbestaan. In het vierde lid van artikel 127 wordt hieraan een einde gemaakt. Bepaald wordt 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. Voor de inbreng in een trust zal dus hetzelfde gelden als voor de inbreng in een stichting.

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

Vergelijk artikel 2:4, derde lid, 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.

Het tweede lid komt overeen met artikel 2:2.

Wat betreft de minimale inhoud van de trustakte (derde lid) vergelijk 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 Arubaanse trustee moet zijn, moet de trustakte bepalen hoe eventueel in een zodanige vacature moet worden voorzien. 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; bijvoorbeeld voor vermogens- en verervingsplanning van particulieren, ondernemingen, pensioenfondsen, beleggingsfondsen, time share-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 rechter in eerste aanleg (artikel 159, onderdeel e), behoudens heelmaking (artikel 131).

Artikel 131

Dit artikel biedt de mogelijkheid van heelmaking van de ongeldigheid van een trust; zie ook artikel 159, eerste lid, onderdeel e. Uiteraard zal eerst buitengerechtelijk aan de trustee worden verzocht om de aanpassing zelf te verrichten.

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. Het tweede lid verzekert dat inschrijving in het handelsregister plaatsvindt. Vergelijk artikel 6:258.

Artikel 134

De insteller kan trustee zijn. Een trustee kan een zaak mede voor zich zelf 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 zich zelf als enig begunstigde is zinloos. Het zijn van trustee en van (toezichthoudende) protector is onverenigbaar.

Artikel 135

In het eerste lid 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. Het tweede lid 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 trustee's gerechtigdheid en op de mogelijkheid van beperkingen ten aanzien van zijn beschikkingsbevoegdheid. In het eerste lid is in het algemeen de bevoegdheid tot inschrijving gegeven; het tweede en derde lid 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, eerste lid, 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. Het eerste lid van het onderhavige artikel 137 verplicht de trustee tot het afgescheiden houden van deze soorten vermogens. Teneinde vermenging te voorkomen is in het tweede lid ook de verplichting opgenomen tot het voeren van afzonderlijke administraties. De verplichting om die administratie binnen Aruba 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 Aruba de eindadministratie 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 Aruba voeren van een afzonderlijke administratie, is gemaakt ten behoeve van investment trusts. De administratie van deze trusts wordt doorgaans in het buitenland gevoerd.

Het derde lid 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 belang hebbende wederpartij.

Artikel 137a

Bij de invulling van de questionnaire in het kader van de *Peer review of the implementation of the international standards for transparency and exchange of information for tax purposes* (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, onder de auspiciën van de OECD en de G20), in januari 2012 in Sint Maarten, kwam de wenselijkheid naar voren om aan onderscheidenlijk de gewone vennoten van een commanditaire vennoten en de trustee van een trust de verplichting op te leggen zich op de hoogte te houden van de namen en adressen van onderscheidenlijk commanditaire vennoten of begunstigden. Voor de commanditaire vennootschap zie het voorgestelde artikel 7:836b BWA. De strafsanctie zal dezelfde zijn als voor het niet behoorlijk bijhouden van het aandeelhoudersregister van een naamloze vennootschap; zie artikel 3:23 van het nieuwe Wetboek van Strafrecht

Artikel 138

Dit artikel bevat een regel van regelend recht ter bescherming van het trustvermogen. Zijn er meer dan één 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; zie artikel 170, tweede en derde lid.

Artikel 139

Het eerste lid, van regelend recht (zie het vierde lid), geeft aan de trustee uitgebreide bevoegdheden tot handelen. 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 investment trust. De belegger is dan een insteller en begunstigde tegelijk. Ten aanzien van het in onderdeel b bepaalde wordt ten deze verwezen naar artikel 154, eerste lid. 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 het eerste lid is tot uitdrukking gebracht dat de opsomming niet limitatief is. Het tweede lid 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 begunstigden dienen te worden voorkomen en daar waar deze niettemin kunnen ontstaan, op een strikte manier te worden opgelost. Het derde lid geeft ter zake een regel van regelend recht. Een soortgelijke regel voor de protector is opgenomen in artikel 150, vijfde lid.

Het vierde lid spreekt voor zich.

Artikel 140

Het eerste lid maakt het mogelijk de bevoegdheden van de in beginsel volledig beschikkingsbevoegde trustee te beperken, bijvoorbeeld door een voorafgaande toestemming van een ander te eisen; vergelijk 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 handelsregister, geacht worden deze te kennen (volgende leden). Het derde lid geeft een regeling langs de lijnen van artikel 45, derde en vijfde lid. Voor het slot van het vierde lid vergelijk artikel 61, derde lid.

Artikel 141

Wat betreft dit artikel, zij verwezen naar het slotgedeelte van artikel 11, tweede lid, 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 regelend 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 het eerste lid 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. In beginsel zijn alle in functie zijnde trustees hoofdelijk aansprakelijk. Het tweede lid houdt een disculpatieregeling in, welke geen nadere toelichting behoeft. Ook het derde lid behoeft geen verdere toelichting.

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. Het tweede tot en met vijfde lid behoeven geen toelichting. Wat betreft het vijfde lid, waardoor gerechtelijke procedures worden vermeden, vergelijk ook artikel 152, derde lid. In de trustakte moet een voorziening zijn opgenomen voor het geval dat geen binnenlandse trustee meer in functie is; zie artikel 130, tweede lid, 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. Het tweede lid legt aan de opvolgende trustee de verplichting op tot openbaarmaking van de nieuwe rechtstoestand. Een nieuw benoemde trustee dient zelf zorg te dragen voor de openbaarmaking in het handelsregister van de op hem betrekking hebbende gegevens, voor zover zulks niet aan de notaris is opgedragen, aldus het derde lid.

Artikel 146

Het tweede lid is ontleend aan artikel 7:9 eerste lid.

Artikel 147

Het eerste lid 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 het tweede lid. 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, eerste lid, 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 het tweede lid, zij verwezen naar het hiervoor met betrekking tot artikel 147, derde lid, werd opgemerkt. Vanzelfsprekend is de incompatibiliteit van de functies van protector en enig begunstigde. Toezicht houden alleen ten behoeve van zich zelf is zinloos. Zie in dit verband ook artikel 134, vierde lid.

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". Het eerste lid, in verbinding met artikel 151, eerste lid, verplicht de protector tot actief toezicht en zonodig tot uitoefening van zijn bevoegdheid tot schorsing van de trustee.

Artikelen 150 tot en met 152

Vergelijk de overeenkomstige bepalingen ten aanzien van de trustee. Artikel 150, vierde lid, strekt tot effectuering van de toezichthoudende taak van de protector. In artikel 150, vijfde lid, 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 het eerste lid 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. Het derde lid is ontleend aan artikel 6:253, vierde lid.

Artikel 154

Het eerste lid, zijnde van regelend 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 regelend recht bepaalde bevoegdheid van de trustee tot accumulatie, zoals vermeld in artikel 139, eerste lid, onderdeel b. Het uitgangspunt van het tweede lid 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. Het derde lid is een afwijking van het tweede lid 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, eerste lid, onderdelen c en d. Het vierde lid geeft de mogelijkheid de afgelegde rekening en verantwoording te controleren.

Artikel 155

Bij de behandeling van artikel 136 werd reeds verwezen naar het eerste lid van het onderhavige artikel, bepalende 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 trustver-

mogen 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

Het eerste lid 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. Het tweede lid betreft de goederenrechtelijke vordering betreffende hetgeen door de trustee in strijd met zijn openbaar gemaakte bevoegdheden of zijn verplichtingen zijn is vervreemd. In beginsel zijn alle goederen terugvorderbaar; degene die bewust met de trustee handelt dient diens bevoegdheid te verifiëren in het handelsregister. 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. Vergelijk artikel 11, derde lid, onderdeel d, van het Verdrag.

Artikel 157

Het eerste lid, 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 het

tweede lid verwezen naar het inkomensbegrip als bedoeld in de Landsverordening inkomstenbelasting (AB 1991 no. GT 51).

Artikel 159

In vele Anglo-Amerikaanse jurisdicties is het traditie dat de trust niet voor onbepaalde tijd wordt aangegaan. Gezien de in dit artikel genoemde gevallen waarin de trust eindigt, is er echter geen goede reden om te verbieden dat een Arubaanse 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 Aruba 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 begunstigten 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 het tweede lid, 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 het tweede lid, onderdeel c, bedoelde persoonlijke gege-

vens 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, tweede lid, ook ten aanzien van trustees gelden.

Onderdeel H (artikel 168)

Nu afdeling 7 van titel 5 van Boek 4 mede een regeling inhoudt van het bewind dat is ingesteld in een gemeenschappelijk belang, past verwijzing naar de bepalingen van deze afdeling beter dan verwijzing naar bepalingen van titel 19 van Boek 1. De nadere bepalingen met betrekking tot de beloning en de verplichting tot het stellen van zekerheid stemmen overeen met artikel 1:436, tweede lid, en artikel 1:447. Aan de in het derde en vierde lid van artikel 1:435 vervatte regels over wie tot bewindvoerder benoemd wordt, welke in artikel 4:157 niet voorkomen, bestaat bij artikel 168 geen behoefte. Ingevolge artikel 4:158 kan de rechter, voor het geval dat er meer bewindvoerders zijn, ook een taakverdeling voorschrijven. Artikel 4:166 verklaart, anders dan artikel 1:438, eerste lid, de rechthebbende(n) mede bevoegd tot gewoon onderhoud en handelingen die geen uitstel kunnen lijden. De verwijzing in artikel 1:448 naar artikel 1:384 betreffende de gevolgen van een curatele als de beschikking in appel of cassatie vernietigd wordt, kan gemist worden, nu het bewind slechts ziet op het beheer en in beginsel niet mede op beschikking. Voor het geval van overlijden van de bewindvoerder bepaalt artikel 4:165, anders dan artikel 1:448, dat de erfgenamen gehouden zijn de rechter te verzoeken om benoeming van een nieuwe bewindvoerder.

Onderdeel I (artikel 189)

De bepalingen van titel 7 (Gemeenschap) Boek 3 zullen niet op de vennootschap van toepassing zijn. Voor de periode tot ontbinding vloeit zulks reeds voort uit artikel 3:189, eerste lid. Voor de periode vanaf ontbinding is de in artikel 3:189, tweede lid bepaalde toepasselijkheid van titel 3.7 op de ontbonden gemeenschap van de maatschap en vennootschap geschrapt. Zie ook bij artikel 3:193.

Onderdeel J (artikel 193)

Hierin wordt voorgesteld ter bescherming van schuldeisers, zowel die van de gemeenschap – zie artikel 3:192 – als die van de deelgenoten, een vereffening mogelijk te maken. Daartoe wordt aan de regel van artikel 4:204, aanhef en onderdelen b en c, een algemene strekking gegeven (eerste en tweede lid van het onderhavige artikel 3:193). De genoemde onderdelen van artikel 4:204 behouden daarnaast hun waarde voor het geval er één erfgenaam is.

Onderdeel Jbis (artikel 195)

Er bestaat onzekerheid over de onderlinge verhouding tussen de verjaaringstermijn van artikel 3:195, eerste lid, tweede volzin, en de vervaltermijn van artikel 3:200. Zie Asser-De Boer, Personen- en familierecht, 2006, nr. 748 en Asser-Perrick 3-IV, Gemeenschap, 2007, nr. 154. Voorgesteld om expliciet te bepalen dat de vervaltermijn ook geldt in het geval als bedoeld in artikel 195, eerste lid.

Onderdeel K (afdeling 7.4 – Langdurig onverdeeld gebleven gemeenschappen, 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 boedelmeningen 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 onbe-

kend 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.

Vordering tot verdeling

Bij bestaan van een onverdeelde boedel – in de terminologie van het nieuwe BWA: een gemeenschap – kan in beginsel ieder van de deelgenoten te allen tijde verdeling vorderen (artikel 178, eerste lid). 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 hiervóór 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 (eerste lid, tweede volzin van dit artikel 195). Daarnaast geldt de algemene vervalttermijn van artikel 200 (drie jaren na de verdeling); zie uitdrukkelijk artikel 195, eerste lid, slot (welk slot ontbreekt in het Nederlandse en Nederlands-Antilliaanse BW; in Asser-Perrick, Erfrecht 3-IV, Gemeenschap 2007, nr. 154, 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 jaren zou verjaren (vergelijk artikel 200a, vierde lid). 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 het Land 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.

Eigendomsuitwijzing

Het nieuw BWA 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 (derde lid). Zodoende komt het goed weer in het rechtsverkeer. Indien evenwel de bekende deelgenoten, na verkrijging en inschrijving van de in het eerste lid 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, tweede lid).

Onbeheerde nalatenschappen

In het huidige erfrecht is een regeling opgenomen van onbeheerde nalatenschappen (artikelen 1152 e.v.; vergelijk het voorgestelde artikel 4:204, eerste lid, 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 het Land. 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 Curatorenschap 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 van de 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 BWA en het voorgestelde artikel 4:12, derde lid). In beginsel moet elke deelgenoot de omvang van zijn aandeel

bewijzen (aannemelijk maken). Vergelijk r.o. 2.8 van het hierboven (onder 10) genoemd vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie in de zaak Antersijn v. Stichting Curatorenschap 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 de artikelen 4:189 en 5:24 ten behoeve van het Land. 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 het Land 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 1 van Protocol nr. 1 EVRM). 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 toegescheiden aan de actuele tienjarige gebruikers. Ratio van de regeling is de maatschappelijke onwenselijkheid dat onroerende zaken gedurende een zeer lange periode buiten het rechtsverkeer blijven. Ter zake van de uitsluiting van verjaring, zie hieronder de toelichting bij artikel 200a, vijfde lid. Van terugwerkende kracht is afgezien.

Artikel 200a

In het eerste lid 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 plan-

tages, maar ook aan onroerende zaken van geringe omvang, zoals een perceel in de binnenstad. Voorts moet aannemelijk zijn dat geen van de 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 het tweede lid. Het spreekt vanzelf dat indien aannemelijk is – gelet op het aantal en de aannemelijke omvang van de generaties na de oorspronkelijke erfopvolging – dat de waarde van de aandelen zeer gering is, het niet nodig is kosten te maken met de opsporing van potentiële deelgenoten en het bewijs van afstamming.

Het eerste lid 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 vooraf gaan 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 antispeculatievoorwaarde 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 het eerste lid. 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, tweede lid, tweede volzin.

Het tweede lid betreft de waardebepaling van de aandelen, bedoeld in het eerste lid. “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 dienst doen, 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, eerste lid, in verbinding met artikel 89, eerste lid).

Denkbaar is dat een deel van de 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 (derde lid). De meest voor de hand liggende vormen van verdeling worden genoemd in artikel 185, tweede lid (toedeling, overbedeling tegen vergoeding van de overwaarde, verdeling van de netto-opbrengst).

Indien bijvoorbeeld aannemelijk is dat bepaalde deelgenoten in het buitenland verblijven en geen weet hebben van de procedure, kan de rechter voor maximaal vijf jaren een bepaalde som reserveren (vijfde lid). 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 WBRvA.

Denkbaar is dat de grond geheel of gedeeltelijk in de macht is van een bezitter (zesde lid). 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 oude BWA kon de bezitter die niet te goeder trouw was niet profiteren van de bevrijdende verjaring. Hij kon dus nimmer eigenaar worden, ook al kon hij – wegens de bevrijdende verjaring – door de werkelijke eigenaar niet meer worden gestoord in zijn bezit. Zie de Antilliaanse arresten van de Hoge Raad van 1 april 1971, NJ 1972 115 inzake Ja-

cobs v. Jonkhout (plantage Blauw; eigenlijk plantages Blije Rust, ook wel Groote Blauw, en St. Elisabeth); en van 8 september 2000, NJ 2000, 629 inzake Pietersz v. Groenenberg (plantage Gato).

Het nieuwe BWA heeft 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 jaren (artikel 306).

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 van de onverdeelde boedels (pretense eigenaren door verjaring zullen onwillig zijn mee te betalen aan de infrastructuur), wordt in het onderhavige vijfde lid de verjaring geheel uitgeschakeld voor bezitters die niet te goeder trouw zijn. De bepaling werkt overigens niet terug.

Artikel 200b

In beginsel dient een gebruiker de grond tien jaren in gebruik te hebben. Deze termijn is ontleend aan artikel 99, eerste lid. Afwijking is echter mogelijk; denk aan het geval dat een kind bij de moeder komt wonen, waarna de moeder, die al langer dan tien jaren 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 Aruba woont.

Denkbaar is dat grond bij meer dan één persoon in gebruik is. Zo is zowel de huurder als de verhuurder gebruiker. In beginsel zal de verhuurder voorgaan (tweede lid, 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.

Ook vermoedelijke afstammelingen die niet daadwerkelijke gebruiker zijn van de grond of personen met anderszins een band met 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 of anderszins een band hebben met de grond – ruimte is. Dat er “aanwijzingen” moeten bestaan impliceert minder zware eisen dan wanneer iets aannemelijk moet worden gemaakt. Ingevolge het vierde lid kan de rechter weigeren de zaak toe te kennen aan een gebruiker die geen familielid is. 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. Blijkens de rechtspraak wordt niet spoedig bezit 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 24 februari 2004, plantage Vetter, NJ 2004, 645, TAR 2004, p. 123 (cassatieberoep verworpen door HR 24 maart 2006, R04/060HR).

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 het Land of een stichting, met toepassing van artikel 200d.

Het artikel spreekt in het eerste lid 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 WBRvA (nieuw).

In het tweede lid 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 het Land wordt toegekend.

De ontwikkeling van de zaak dient te sporen met het bestaande en voor zover mogelijk toekomstige overheidsbeleid. Daarom is de rechter ingevolge het derde lid gehouden het plan voor te leggen aan de minister, belast met openbare werken en ruimtelijke ordening.

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 het Land of aan een speciale, onder overheidstoezicht staande, stichting (eerste lid). Het toezicht op de stichting wordt geregeld door het Hof van Justitie (tweede lid). 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 het Land 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

Het Land 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. Het Land zou kunnen putten uit de algemene middelen, maar het heeft de vrijheid prioriteiten te stellen. De stichting heeft wellicht – bijvoorbeeld door subsidie – eigen middelen. Het Land of de stichting zouden kunnen besluiten om een gedeelte van de grond te verkopen om aan middelen te komen.

Na de ontwikkeling moet het Land 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. Het Land 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 het Land 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, eerste lid, tweede volzin. Deze voorwaarden kunnen mede een voorkeursrecht van het Land inhouden. Uiteraard kunnen ook andere (gebruikelijke) voorwaarden worden gesteld.

Artikel 200f

In het eerste lid wordt bepaald wie het verzoek kan doen. Het Land 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 WBRvA.

Aangezien onzeker is wie allemaal potentiële deelgenoten zijn, is een openbare oproeping op haar plaats. Het Land wordt afzonderlijk per brief opgeroepen; het gaat hier om het algemeen belang. Ook in de openbare registers ingeschreven belanghebbenden (als beslagleggers) worden afzonderlijk opgeroepen.

Ook de door de rechter in eerste aanleg gegeven beschikking wordt openbaar bekend gemaakt (zesde lid); zie ook het derde lid.

In het zevende lid wordt afgeweken van artikel 429n, tweede lid, WBRvA 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 is zes weken (artikel 429n, tweede lid, WBRvA). 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 (en beroep in cassatie).

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.

Onderdeel L (artikel 204)

Het artikel kan in het licht van afdeling 7 van titel 5 van Boek 4 (testamenteair bewind) vervallen. Krachtens artikel 7:182 zijn de bepalingen van deze afdeling in beginsel van overeenkomstige toepassing op een bewind over geschonken goederen.

Onderdeel M (artikel 215)

Mede wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat de bevoegdheid tot vervreemding en vertering na de vestiging wordt verleend (vergelijk artikel 4:23, tweede lid).

Onderdeel N (artikel 219)

De wijziging sluit aan bij de artikelen 2:112 en 2:212; tevens wordt rekening gehouden met artikel 5:123.

Onderdeel O (artikel 221)

Nu afdeling 7 van titel 5 van Boek 4 een meer uitgewerkte regeling van het bewind in het belang van een ander inhoudt, past een verwijzing naar de bepalingen van deze afdeling beter dan een naar bepalingen van titel 19 van Boek 1. In aanvulling op hetgeen hiervoor bij artikel 3:168 is opgemerkt, verdient nog het volgende opmerking. Aan een expliciete bepaling dat de bewindvoerder zorg draagt voor doelmatige belegging van de bewindsgoederen, behalve voor zover deze voor de verzorging van de rechthebbende behoren te worden aangewend (artikel 1:441, eerste lid, tweede volzin) bestaat geen behoefte, nu het beheer van een voor belegging bestemd vermogen de bevoegdheid tot daarvoor geëigende beschikingshandelingen omvat, terwijl uit de strekking van het bewind kan worden afgeleid in hoeverre een deel van de goederen voor de verzorging van de rechthebbende zal moeten worden aangewend. De regeling van artikel 1:441, vierde lid, betreffende verdeling van goederen waarvan een onverdeeld aandeel tot het bewind behoort, wordt vervangen door de vergelijkbare regeling van artikel 4:170. De verwijzing naar artikel 1:449 is vervangen door een verwijzing naar artikel 4:177, eerste lid, en door toevoeging van de derde volzin, die is ontleend aan artikel 3:168, vijfde lid, laatste volzin. De eveneens uit de verwijzing naar artikel 1:449 voortvloeiende regel dat het vruchtgebruikbewind eindigt door de dood

of ondercuratelestelling van de vruchtgebruiker, keert niet terug. Dat de dood van de vruchtgebruiker het einde van het bewind meebrengt, vloeit reeds voort uit het feit dat alsdan het vruchtgebruik zelf eindigt. De ondercuratelestelling van de betrokkene behoeft niet automatisch te leiden tot het einde van het bewind, aangezien het vruchtgebruikbewind niet - zoals de curatele - is ingesteld in het belang van de hoofdgerechtigde. In voorkomende gevallen kan de rechter het bewind wel met het oog op de ondercuratelestelling opheffen.

Onderdeel P (artikel 231)

Het nieuwe derde lid van artikel 3:231 is van belang voor de zekerheidsverschaffing aan internationale syndicaten. Te denken valt hierbij 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 de wijziging van artikel 3:95, derde lid, alsmede Asser, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-III, Zekerheidsrechten, nrs. 224 en 284). Een en ander leidt tot een splitsing tussen schuldeiser(s) en zekerheidsgerechtigde.

Onderdeel Pbis (artikel 268)

In dit onderdeel wordt een omissie hersteld.

Onderdeel Q (artikel 270)

In artikel 3:270, zesde lid, wordt een misslag hersteld.

Onderdeel R (artikel 285)

Het gaat hier louter om een terminologische aanpassing aan de nieuwe titel 7.13 BWA.

Onderdeel S (artikel 287)

Het in artikel 3:287 geregelde voorrecht van de benadeelde dient afgestemd te worden op het recht van afdracht van de tussenpersoon ingevolge het voorgestelde artikel 7:936, tweede lid. 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 nieuwe redactie van artikel 3:287, tweede lid 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, vierde lid, onderdeel b vloeit immers voort dat de tussenpersoon in dat geval geen recht heeft op afdracht.

Onderdeel T (artikel 288)

In onderdeel b van artikel 288, eerste lid, wordt voorgesteld de uitdrukking 'de stand en het fortuin van de overledene' te moderniseren overeenkomstig artikel 4:7. De wijzigingen in de onderdelen c tot en met e hangen samen met de nieuwe titel 7.10 inzake de arbeidsovereenkomst. De term 'dienstbetrekking' is slechts in het BWA vervangen door: arbeidsovereenkomst. Vervanging overal elders in de wetgeving komt disproporzioneel voor.

Onderdeel U (artikel 291)

Dit artikel is ontleend aan artikel 7A:1628 BWNA (oud). De bepaling is destijds aldus toegelicht (Staten van de Nederlandse Antillen, zitting 2000/2001-2427, Nota van Wijziging, no. 4, p. 2):

Blijkens de uitspraak van de Hoge Raad van 15 februari 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 tweede lid van artikel 3:291 van het BWA. 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.

III (Boek 4)

Algemeen

Boek 4, regelend de overgang van het vermogen na het overlijden van de rechthebbende, vormt samen met Boek 3 het algemeen deel van het vermogensrecht en volgt daarom onmiddellijk op dat boek. Het sluit ook nauw aan bij Boek 3 in die zin dat verschillende onderwerpen die in het oude BWA in het erfrecht werden geregeld, thans een algemene regeling in Boek 3 hebben gevonden met een op het erfrecht toegespitste uitwerking in Boek 4; men zie met name titel 7 van Boek 3 ter zake van de gemeenschap, inclusief de verdeling daarvan.

Het nieuwe Boek 4 bevat zes titels. Titel 1 bevat de algemene bepalingen van erfrecht, inclusief enkele definities. In titel 2 vindt men de algemene regels van het versterkerfrecht (d.i. het erfrecht dat geldt bij ontbreken van een testament). Titel 3 bevat het versterkerfrecht van de echtgenoot en kinderen en de regels inzake de overige wettelijke rechten (verzorgingsvruchtgebruik, sommen ineens). De titels 4 en 5 bevatten het testamentaire erfrecht; titel 4 de meer algemene regels en titel 5 de verschillende soorten uiterste wilsbeschikkingen, zoals de erfstellingen, legaten lasten, testamentaire stichtingen enz. Tenslotte bevat titel 6 bepalingen inzake de gevolgen van erfopvolging, waaronder hoofdzakelijk regels omtrent de afwikkeling van de nalatenschap.

Het onderhavige erfrecht is ontleend aan het Nederlandse Boek 4, met de nodige afwijkingen. De Nederlandse wetsgeschiedenis – ruim 50 jaren omvattend – is gepubliceerd in *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe BW*, Vaststellingswet Boek 4 Erfrecht, 2002 en idem, Invoeringswet Boek 4 Erfrecht, 2003, beide delen verzorgd door Gr. van der Burght e.a. (totaal 2322 bladzijden gedrukte tekst beslaande).

Legitieme portie

Wat betreft de afwijkingen van het Nederlandse Boek 4, is in de eerste plaats vermeldenswaard dat de legitieme portie in het ontwerp verdwenen is. Voor handhaving bestaat onvoldoende rechtvaardiging. Voor zover jeugdige kinderen aan verzorging behoefte hebben, kan daaraan tegemoet gekomen worden door een som ineens (artikel 4:35). Ook kinderen die soms jarenlang in de huishouding of ten behoeve van het beroep of bedrijf van een ouder hebben gewerkt zonder passende beloning, komt dwingendrechtelijk een recht op een som ineens toe (artikel 4:36). Verder wordt de verzorgingspositie van de langstlevende echtgenoot sterk verbeterd; zie hierna.

Mede in verband met het wegvallen van de legitieme portie is, anders dan in Nederland, een beroep op misbruik van omstandigheden ter aantasting van een testament wel toegelaten indien het testament is gemaakt ten voordele van een ‘buitenstaander’ (artikel 4:43 lid 1; vergelijk ook de artikelen 4:57 tot en met 4:61). Hierbij geldt, zoals bij schenking (artikel 7:176), een omkering van de bewijslast. Verder kunnen met een beroep op misbruik van omstandigheden ook de vermogensrechtelijke gevolgen van een kort kinderloos huwelijk worden aangetast (artikel 1:92a en artikel 1:152); verg. ook artikel 4:32a. Misbruik van omstandigheden is omschreven in artikel 3:44, vierde lid. Het is niet te verwachten dat het beroep op misbruik van omstandigheden spoedig slaagt, maar het is goed dat voor de stuitende gevallen een remedie aanwezig is in de wet.

De legitieme portie is een ernstige inbreuk op de beschikkingsvrijheid van de mens, de vrijheid om over zijn vermogen bij testament of bij leven door middel van giften te beschikken, zonder dat kan worden gezegd dat de omstandigheid dat deze de rust binnen de familie bevordert een voldoende rechtvaardiging voor de inbreuk oplevert. Het recht van ouders om over het eigen vermogen te beschikken, ook na dode, valt onder

het recht 'to the peaceful enjoyment of his possessions' (recht op bescherming van de eigendom) en wordt als zodanig beschermd in artikel 1 van Protocol no. 1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het recht van kinderen om te erven daarentegen is niet beschermd in het EVRM, aldus het Europese Hof voor de rechten van de mens op 13 juni 1979 in de zaak *Marckx* (NJ 1980, 462, § 50 en 53).

In dit verband kan onder meer gedacht worden aan de wens van een ouder om een verslaafd kind of een kind dat zich jarenlang niet meer heeft vertoond aan zijn ouder (gedeeltelijk) te onterven dan wel de nalatenschap van het kind onder bewind te stellen. Omgekeerd behoort de wet niet in de weg te staan aan de wens van een ouder om een kind dat jarenlang de verzorging van de ouder op zich heeft genomen of dat de onderneming van de ouder wil voortzetten of dat het financieel moeilijker heeft dan zijn broers of zusters of een handicap heeft extra erfrechtelijk te bevoordelen. Voorts staat zonder legitieme niets in de weg aan een gelijkstelling door de erflater van zijn pleeg- of stiefkinderen met zijn eigen kinderen.

Men ziet in de praktijk wel dat kinderen menen zich niets van hun ouders te hoeven aan te trekken omdat zij toch een recht op een legitieme portie hebben. Ook ziet men dat als kinderen menen dat aan hun legitieme portie te kort gedaan is, zij niet willen meewerken aan de verdeling en één van de vele moeilijk oplosbare onverdeelde boedels ontstaat.

In Angelsaksische landen ontbreekt in het algemeen de legitieme portie. Wel kent men aldaar verzorgingsaanspraken van de echtgenoot (of andere levensgezel) en kinderen na overlijden ('family provisions'), aanspraken die in het onderhavige ontwerp worden gehonoreerd. Van de Caricom-landen heeft thans alleen Suriname de legitieme portie. Men kan zeggen dat het onderhavige ontwerp – met de royale bescherming van de langstlevende echtgenoot en andere levensgezel (ab intestaat wettelijke verdeling en dwingendrechtelijk verzorgingsvruchtgebruik) en de sommen ineens voor de kinderen – overstapt op een meer Caraïbisch model. In Nederland – waar de laatste twintig jaren de aandacht geconcentreerd was op de constructie van bescherming van de langstlevende echtgenoot – is, zoals gezegd, de legitieme portie (vooralsnog) gehandhaafd. De betekenis is sterk teruggedrongen met name door titel 3, afdelingen 1 en 2

en artikel 4:82 Ned.BW (niet-opeisbaarheid jegens echtgenoot of andere levensgezel). De roep om afschaffing van de legitieme portie neemt sterk toe; zie o.a. B.M.E.M. Schols in: Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie, preadvies KNB, 2006, p. 171: ‘De tijd lijkt, afgezien van eventueel maatwerk à la andere wettelijke rechten, reeds rijp voor definitieve afschaffing. Een ‘lege doos die nooit meer gevuld zal geraken neemt immers slechts onnodig kostbare (juridische en emotionele) ruimte in beslag.’

Terzijde zij geconstateerd dat de afschaffing van de legitieme portie hier te lande het voor vermogende Nederlanders extra aantrekkelijk kan maken zich hier te lande te vestigen en alhier hun ‘gewone verblijfplaats’ te hebben, aangezien bij overlijden de erfopvolging naar interregionaal recht beheerst zal worden door het erfrecht hier te lande; men zie M.H. ten Wolde, Internationaal en interregionaal erfrecht in het Koninkrijk der Nederlanden (Ars Notariatus LXXIV), 1996, p. 190 e.v.

Langstlevende echtgenoot.

Sinds lang bestaat de overtuiging dat de positie van de langstlevende echtgenoot – die naar huidig recht slechts erfgenaam bij versterf is voor een kindsdeel – verbetering behoeft. Titel 3 van het nieuwe Boek 4 brengt deze verbetering. Afdeling 1 van deze titel is van regelend recht. Indien geen andersluidend testament is gemaakt, erft de langstlevende echtgenoot alles en krijgen de kinderen een geldvordering op de langstlevende echtgenoot die in beginsel pas opeisbaar is bij diens overlijden. Men spreekt hier van de ‘wettelijke verdeling’.

In Nederland geldt de wettelijke verdeling ook indien het gaat om een stiefouder van de kinderen. Naar de mening van ondergetekende gaat dit, mede in aanmerking genomen de dwingendrechtelijke vangnetbescherming die afdeling 2 al biedt, naar de hier te lande heersende opvattingen te ver, a fortiori indien de langstlevende stiefouder – die even oud of zelfs jonger kan zijn dan de kinderen van de erflater – aan de wettelijke verdeling van afdeling 1 geen werkelijke behoefte heeft. In het onderhavige ontwerp wordt daarom de royale Nederlandse bescherming van de langstlevende echtgenoot in beginsel beperkt tot het geval dat de erflater slechts kinderen achterlaat die ook kind zijn van de langstlevende echtgenoot. Anders gezegd: de langstlevende echtgenoot mag niet (te-

vens) stiefouder zijn van kinderen van de erflater. In dit verband bedenken men dat als de stiefouder even oud of jonger is dan de kinderen van de erflater en deze kinderen moeten wachten op het overlijden van de stiefouder (zie artikel 4:13, derde lid: het grote kenmerk van de wettelijke verdeling), zulks betekent dat statistisch gezien de kinderen nimmer enig voordeel zullen genieten. Ook is van belang dat hier te lande minder dan in Nederland testamenten worden gemaakt.

In dit verband houde men in het oog dat zowel in het geval dat er alleen gemeenschappelijke kinderen van de erflater zijn als in het geval dat er (ook of uitsluitend) niet-gemeenschappelijke kinderen van de erflater zijn, de kinderen wat hun erfdeel betreft gelijk worden behandeld (overeenkomstig de artikelen 4:10 en 4:11). Echter, indien er alleen gemeenschappelijke kinderen zijn, is ingevolge de wettelijke verdeling (artikel 4:13, derde lid) de opeisbaarheid opgeschort tot het overlijden van de langstlevende echtgenoot (die tevens hun ouder is).

Stiefkinderen, zoals gedefinieerd in artikel 4:8, zijn geen kinderen van de erflater en erven dus in beginsel niet. De erflater kan echter bij testament bepalen dat zij in de wettelijke verdeling worden betrokken (artikel 4:27). Voor de goede orde zij benadrukt dat het slot van artikel 4:13, eerste lid, betrekking heeft op (niet allen gemeenschappelijke) kinderen van de erflater en dus niet op stiefkinderen.

Afdeling 2 van titel 3 van Boek 4 brengt (in tegenstelling tot afdeling 1) dwingendrechtelijke bescherming. Hiervan kan niet bij testament worden afgeweken. Wel is hier het uitgangspunt dat de langstlevende echtgenoot aan de bescherming behoefte heeft. Anders gezegd: afdeling 2 biedt (slechts) een vangnet-bescherming. Vooral gaat het (hier te lande) om de stiefouder en om een ontferde langstlevende echtgenoot/ouder. Ingevolge deze afdeling 2 kunnen verzorgingsvruchtgebruiken gevestigd worden op de woning en inboedel (artikel 4:29) en op andere goederen voor zover de langstlevende echtgenoot daaraan behoefte heeft (artikel 4:30).

In afwijking van Nederland is bepaald dat de dwingendrechtelijke vangnet-bescherming van afdeling 2 in beginsel niet geldt voor korte kinderloze huwelijken (artikel 4:32a). De gedachte is dat hier in het algemeen onvoldoende lotsverbondenheid is opgebouwd. Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan het reeds bestaande artikel 1:157, zesde lid, ten aanzien van de limitering van alimentatie na echtscheiding. Overigens zal – nog

afgezien van een mogelijke testamentaire bevoordeling – deze echtgenoot wel bij versterf een kindsdeel erven (en als de erflater geen kinderen heeft, zelfs alles erven); zie artikel 4:10, eerste lid, onderdeel a, en artikel 4:11, eerste lid. De echtgenoot kan bovendien erop beroep doen dat het in het gegeven geval onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is dat afdeling 2 niet van toepassing wordt (zie het slot van artikel 4:32a).

Aangezien een langstlevende stiefouder in het ontwerp niet van afdeling 1 (artikelen 4:13 e.v.) kan profiteren (tenzij zulks testamentair bepaald is door de erflater), heeft de dwingendrechtelijke afdeling 2 van titel 3 (artikelen 4:28 e.v.) hier te lande grotere betekenis dan in Nederland. In verband met de rechtszekerheid en ter vermijding van procedures wordt in artikel 4:30a voorgesteld dat indien de langstlevende echtgenoot, afgezien van huisvestingskosten, een gemiddeld maandelijks inkomen heeft van minder dan het (hoogste) wettelijk minimumloon, hij of zij geacht wordt in elk geval behoefte te hebben aan het verzorgingsvruchtgebruik van artikel 4:30.

Concubinaat.

Zoals in Boek 1 BWA bij de onderhoudsverplichtingen ook reeds is rekening gehouden met het concubinaat (artikel 1:408b), zo wordt in artikel 4:30b voorgesteld dat de rechter, indien zulks redelijk is, degene die ten minste tien jaren heeft samengeleefd met de erflater als waren zij gehuwd als echtgenoot kan doen gelden voor de toepassing van afdeling 2 van titel 3 van Boek 4 (verzorgingsvruchtgebruik). De bewijslast van het samenleven gedurende tien jaren berust bij de concubine/concubijn. Een dergelijke bepaling ontbreekt in Nederland. In Nederland wordt wel de geregistreerd partner gelijkgesteld met een echtgenoot, zowel wat betreft afdeling 1 (de wettelijke verdeling) als afdeling 2 (verzorgingsvruchtgebruik), maar het instituut van geregistreerd partnerschap bestaat niet in de wetgeving hier te lande.

Sommen ineens.

Jeugdige kinderen hebben recht op een som ineens ter zake van verzorging en opvoeding onderscheidenlijk levensonderhoud en studie, tenzij daarin al voorzien wordt (artikel 4:35). Ook wordt een som ineens voor-

gesteld voor een kind die in de huishouding van de erflater of in diens beroep of bedrijf arbeid heeft verricht zonder een passende beloning (uitgesteld inkomen, ‘salaire differé’) (artikel 4:36).

De som ineens voor levensonderhoud en studie kan gaan tot het vijftiengste levensjaar van het kind (artikel 4:35, eerste lid, onderdeel b; ook wordt voorgesteld artikel 1:395a aan te passen. Dit in aansluiting op modelwetgeving van Caricom en in afwijking van wat in Nederland geldt. Anders dan in Nederland is voorts – mede in verband met het ontbreken van een legitieme portie – het totaal van de sommen ineens niet beperkt tot de helft van de waarde van de nalatenschap (artikel 4:37). De regeling van de sommen ineens is van dwingend recht (artikel 4:41).

Diversen.

Een uitvoerige bewindregeling wordt geïntroduceerd in afdeling 7 van titel 5 van Boek 4. Voorts bevat titel 6 van Boek 4 onder meer regeling van een openbaar boedelregister en van de verklaring van erfrecht.

Over de afwijkingen van het Nederlands recht (geen legitieme portie en beperking van het toepassingsbereik van de wettelijke verdeling) is intensief contact geweest met de wetgevingsafdeling van het Nederlandse ministerie van Justitie. Voorts is het onderhavige ontwerp in Nederland besproken door prof.mr. F.W.J.M. Schols in WPNR 6717 (2007). De tenor van de bespreking was overigens gunstig: ‘de Antilianen en Arubanen steunen af op een prachtig Boek 4’.

Artikelsgewijs

Titel 1. Algemene bepalingen

Artikel 1

Erfopvolging kan plaatsvinden op grond van de wet (‘bij versterf’, abintestaat; zie in het bijzonder de titels 2 en 3) of krachtens uiterste wilsbeschikking (zie de titels 4 en 5). Artikel 1 gaat uit van testeervrijheid. Deze is een elementaire bevoegdheid die overigens onderworpen is aan nadere wettelijke regels, onder meer ten aanzien van de vormvereisten. Wat betreft de vormen van uiterste willens, zie de artikelen 93 e.v. en wat betreft de soorten van uiterste wilsbeschikkingen, de artikelen 115 e.v.

Artikel 2

Hierin wordt een praktische regeling overgenomen ter zake van personen die min of meer gelijktijdig overlijden ('commorientes'), een regeling die in internationaal verband is voorbereid (Benelux-overeenkomst inzake commorientes, Trb. 1973, 36).

Artikel 3

In dit artikel is de regeling van de onwaardigheid zowel voor de opvolging bij versterf als krachtens testament samengetrokken. De onwaardigheid werkt van rechtswege.

Artikel 4

Het onderhavige artikel betreft nog niet opengevallen nalatenschappen (ten aan zien van reeds opengevallen nalatenschappen, zie artikel 7:48). In het eerste lid moet men bij de bevoegdheden krachtens dit Boek toekomende in de eerste plaats denken aan de bevoegdheden van de erflater tot het maken en herroepen van uiterste wilsbeschikkingen. Voorts aan de bevoegdheden van de erfgenaam tot verwerping, zuivere aanvaarding en beneficiaire aanvaarding. Het artikel treft met nietigheid niet alleen de obligatoire overeenkomst, waarbij men zich voor het openvallen van de nalatenschap jegens de wederpartij verbindt om niet of wel een van de bedoelde bevoegdheden uit te zullen oefenen. Ook de eenzijdige of meerzijdige rechtshandeling waaraan als (potestatieve) voorwaarde wordt verbonden het al dan niet uitoefenen van een van de bedoelde bevoegdheden valt onder het artikel, dat immers iedere vóór het openvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling, voor zover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden hem krachtens Boek 4 toekomende met betrekking tot die nalatenschap uit te oefenen, nietig verklaart. Zo zal nietig zijn de bepaling in een uiterste wil dat de making zal vervallen, indien de bevoordeelde zelf een uiterste wil zal maken waarbij hij de regels van het versterfrecht opzij zet en ook de zogenaamde privatieve clausules in testamenten, voor zover deze de strekking hebben om de bevoordeelde te belemmeren in zijn vrijheid om enige erfrechtelijke bevoegdheid, hem als bevoordeelde krachtens Boek 4 toekomende, al dan niet uit te oefenen. Zo zal nietig

zijn de bepaling in een uiterste wil dat de erfstelling vervalt indien de bevoordeelde beneficiair mocht aanvaarden.

Het tweede lid heeft een beperkte inhoud: de sanctie van nietigheid treft slechts overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan. Dit betekent in de eerste plaats dat overeenkomsten over bepaalde goederen met werking na dode in beginsel geldig zullen zijn. Dit is in het bijzonder van belang voor de zogenaamde verblijvens-, toescheidings-, overnemings- en optiebedingen.

Artikel 5

Uit het erfrecht kunnen geldschulden ontstaan. Te denken valt aan de vergoeding wegens overbedeling of wegens overneming van een bedrijf en aan de verplichtingen wegens rechten op een som ineens. Deze geldbedragen zijn in beginsel terstond of op korte termijn opeisbaar, doch het kan voor de schuldenaar zeer bezwaarlijk zijn zo spoedig volledig aan zijn verplichtingen te moeten voldoen. In het bijzonder is dat het geval, indien de erfrechtelijke schuld uit de opbrengsten van een beroep of bedrijf moet worden voldaan. Tegeldemaking van beroeps- of bedrijfsgoederen op korte termijn betekent voor de schuldenaar een zware slag, maar zal ook voor de schuldeiser vaak onvoordelig zijn. Voor het geval van overbedeling in het algemeen zie reeds artikel 3:185, derde lid.

Artikel 6

Deze precisering is van belang voor artikel 37, vierde lid. Bij een gewone verdeling is overigens naar vaste rechtspraak bepalend de waarde ten tijde van de verdeling, tenzij de deelgenoten anders zijn overeengekomen of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een ander tijdstip voortvloeit.

Artikel 7

Het begrip schulden van de nalatenschap speelt in het bijzonder een rol bij de volgende onderwerpen: a. de schuldeisers van de nalatenschap kunnen hun vorderingen op de goederen van de nalatenschap verhalen (artikel 184, eerste lid); b. erfgenamen zijn voor op hen rustende schulden van de nalatenschap ook in hun overige vermogen aansprakelijk, in-

dien zij zuiver aanvaarden, alsmede in enkele andere gevallen (artikel 184, tweede lid); c. de executeur en de vereffenaar zijn verplicht tot voldoening van de schulden van de nalatenschap uit de goederen daarvan (artikel 144, eerste lid, onderscheidenlijk artikelen 211 en 215). Door het ontbreken van legitimaire aanspraken in het onderhavige ontwerp kan het tweede lid eenvoudiger gehouden worden dan artikel 4:7, tweede lid, Ned.BW. De regeling komt erop neer dat in volgorde worden voldaan: (1) de schuldeisers bedoeld in het eerste lid, onderdelen a tot en met e, (2) de somgerechtigde kinderen bedoeld in het eerste lid, onderdeel f, en (3) de legatarissen en quasi-legatarissen bedoeld in het eerste lid, onderdelen g en h. De rangorde van een letter binnen de groep geeft geen voorrang aan. Wel komt aan de kosten van lijkbezorging een bijzondere positie toe wegens artikel 3:288, aanhef en onderdeel b.

Artikel 8

Hier wordt een omschrijving gegeven van stiefkind, van belang voor de artikelen 27, 36, 38, 43 en 60.

Titel 2. Erfopvolging bij versterf

Artikel 9

Een erfgenaam moet bestaan ten tijde van het overlijden van de erflater. Van belang is nog artikel 1:2, bepallende: 'Het kind waarvan een vrouw zwanger is, wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.' Ten aanzien van personen wier bestaan onzeker is, geven de artikelen 1:412 e.v. voorzieningen.

Artikel 10

Het ontwerp geeft in artikel 12 aan het erven bij plaatsvervulling een enigszins andere betekenis dan het huidige wetboek doet. Plaatsvervulling geschiedt ook dan, wanneer degene, wiens plaats vervuld wordt, nog in leven is, maar onwaardig is, ontferd is of verwerpt. Dientengevolge vallen de verwanten in twee rubrieken uiteen: degenen, die alleen uit eigen hoofde en degenen, die alleen bij plaatsvervulling kunnen erven. In artikel 10 zijn nu allereerst zij genoemd, die uit eigen hoofde en dus nimmer bij plaatsvervulling erven. De vier groepen, die hier achtereen-

volgens genoemd worden, beantwoorden aan de naaste verwanten in de eerste vier parentelen (groepen) van de erflater. Mede in verband met de onbeperkt toegelaten plaatsvervulling wordt hier dus een zuiver parenteel stelsel ingevoerd: een verwant in een verdere parentele komt niet aan opvolging toe, zolang nog een verwant in een nadere parentele in het leven is. Overigens is de erfopvolging tot de zesde graad beperkt (artikel 12, derde lid, ten aanzien van plaatsvervulling; voor het erven uit eigen hoofde is zij, gelet op artikel 10, eerste lid, overbodig).

In de eerste parentele wordt overeenkomstig het huidige recht naast de kinderen ook de langstlevende echtgenoot tot de erfenis geroepen. Wel is een uitzondering gemaakt voor de echtgenoot van wie de erflater gescheiden was van tafel en bed (voor de scheiding van tafel en bed zie titel 10 van Boek 1). Het ontwerp roept de grootouders en de overgrootouders, zonder in geval van hun vooroverlijden de 'kloving' te handhaven wanneer een overleden grootouder geen afstammelingen nalaat (zie artikel 11, eerste lid). Zijn er afstammelingen dan geldt er plaatsvervulling (artikel 10, tweede lid) met hetzelfde effect als kloving. Ten aanzien van de echtgenoot (die niet als bloedverwant maar wegens de huwelijksband als erfgenaam geroepen wordt) en de ouders (omdat broers en zusters uit eigen hoofde erven) geldt geen plaatsvervulling.

De in het derde lid genoemde (juridische) bloedverwantschap wordt geregeld in Boek 1; men zie de artikelen 1:197 e.v. en artikel 1:3.

Artikel 11

Hierin wordt een nadere uitwerking gegeven van het parentele stelsel. Door dit artikel wordt aan alle erfgenamen, die in een groep uit eigen hoofde erven een gelijk deel toegekend. Mitsdien erft een echtgenoot evenveel als een kind, een vader of moeder in beginsel evenveel als een broeder of zuster. Het tweede lid kent in overeenstemming met het bestaande recht een groter erfdeel aan ouders en volle broers en zusters dan aan halfbroers en -zusters toe. Het spreekt vanzelf, dat waar het ontwerp van ouders, broeders en zusters spreekt, het artikel ook toepassing vindt, indien slechts één ouder, één broeder of één zuster aanwezig is. De bepaling van het derde lid, waardoor een vader of moeder in ieder geval 1/4 van de nalatenschap verzekerd wordt, is ook aan het bestaande recht ontleend. De omvang van het versterfdeel voor alle halfbroers en halfzus-

ters is gelijk, ongeacht welke ouder zij met de erflater gemeen hebben. De correctieregel van het derde lid ten behoeve van een ouder, die nimmer minder dan een kwart ontvangt, wordt pas toegepast nadat eerst rekening is gehouden met de regel van het tweede lid dat een halfbroer of halfzuster ‘met halve hand’ erft.

Artikel 12

In dit artikel wordt de plaatsvervulling algemeen binnen de erfrechtelijke graad toegelaten en verder geen verschil meer gemaakt of de erfgenaam overleden is, onwaardig is, ontferd is, verwerpt of dat diens erfrecht is vervallen. Er is niet voldoende reden om de onwaardigheid, de ontferming, de verwerping of het verval – feiten die alleen de erfgenaam persoonlijk treffen – ook ten nadele van de kinderen en verdere afstammelingen van deze te laten werken. De plaatsvervulling betreft derhalve alleen de grootte van het aandeel, dat geërfd wordt, maar niet de vraag of men bevoegd is om als erfgenaam op te treden, indien de voorouder die de grootte van het erfdeel bepaalt, om een hem persoonlijk betreffende reden zelf niet als erfgenaam kan optreden. Het gevolg van de gegeven regeling is, dat kleinkinderen en verdere zijverwanten dan broers en zusters steeds bij plaatsvervulling erven. Het tweede lid geeft nog een gevolg van de plaatsvervulling aan dat daarin steeds besloten heeft gelegen, namelijk de deling bij staken. Wat het derde lid betreft, de hier aan de mogelijkheid om te erven gestelde grens is reeds in het tegenwoordige recht bekend. Voor het begrip ‘graad’ zie artikel 1:3, eerste lid. Bij de woorden ‘of wier erfrecht is vervallen’ denke men aan artikel 131.

Titel 3. Het erfrecht bij versterf van een niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot en gemeenschappelijke kinderen alsmede andere wettelijke rechten

Afdeling 1. Het erfrecht bij versterf van een niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot en gemeenschappelijke kinderen

Algemeen

Anders dan in Nederland, is ervoor gekozen de in titel 3, afdeling 1 neergelegde (niet-dwingendrechtelijke) royale regeling ter bescherming van de langstlevende echtgenoot – deze krijgt alles indien geen andersluidend testament is gemaakt – te beperken tot de situatie dat alle kinderen van

de erflater ook kind zijn van de langstlevende echtgenoot; de langstlevende echtgenoot moet dus vader of moeder zijn van alle kinderen. Anders gezegd: de wettelijke verdeling van afdeling 1 geldt slechts indien de langstlevende echtgenoot niet (tevens) stiefouder is. Is de langstlevende echtgenoot wel (tevens) stiefouder, dan geldt afdeling 1 niet en moet de bescherming gevonden worden in de (dwingendrechtelijke) afdeling 2, in het bijzonder in de artikelen 28 en 29 (voortgezet gebruik van woning en inboedel) en artikel 30 (vruchtgebruik op andere goederen voor zover daaraan behoefte is). Zie deze Memorie van Toelichting onder Algemeen van dit Boek.

De erflater kan overigens bij testament bepalen dat de wettelijke verdeling van afdeling 1 ook geldt in de situatie dat zijn kinderen wel stiefkind zijn van de langstlevende echtgenoot (artikel 13, eerste lid, tweede volzin), zoals hij dat ook kan bepalen ten aanzien van zijn eigen stiefkinderen (artikel 27). Voor dat geval zie ook de artikelen 21, 22 en 24, eerste lid.

Er is van afgezien om indien er zowel gemeenschappelijke als niet-gemeenschappelijke kinderen zijn, een partiële wettelijke verdeling in te voeren. Het maakt de afwikkeling erg ingewikkeld en heeft als nadeel een ongelijke behandeling van de kinderen die wellicht lange tijd gezamenlijk zijn opgegroeid. Ook is ervan afgezien om onderscheid te maken in niet-gemeenschappelijke kinderen die voor en die na het huwelijk zijn geboren ('voorkinderen' onderscheidenlijk 'buitenkinderen'). De gedacht is dat alle niet-gemeenschappelijke kinderen eenzelfde behandeling verdienen. Van hen kan niet worden verlangd dat zij voorlopig (tot de dood van de langstlevende echtgenoot) genoeg nemen met een vordering op de langstlevende echtgenoot aan wie zij niet verwant zijn. Bij dit alles blijft cruciaal dat de dwingendrechtelijke afdeling 2 aan de langstlevende echtgenoot voldoende bescherming biedt (ten koste van alle kinderen)

Artikel 13

Dit artikel geeft de hoofdregel van het nieuwe wettelijke stelsel weer. Dit stelsel houdt een wettelijke verdeling in, krachtens welke de echtgenoot van rechtswege alle goederen van de nalatenschap verkrijgt. De kinderen verkrijgen uit hoofde van deze wettelijke verdeling als erfgenaam een in beginsel niet opeisbare geldvordering op de echtgenoot, waarvan de om-

vang gelijk is aan hun erfdeel in de nalatenschap. In aansluiting op deze wettelijke verdeling van de goederen, geeft het tweede lid een regeling met betrekking tot de draagplicht voor de schulden van de nalatenschap. In artikel 14 worden ten aanzien van de aansprakelijkheid voor en de verhaalbaarheid van de schulden nadere regels gegeven.

De verdeling van de nalatenschap geschiedt volgens artikel 13, eerste lid, indien de erflater als erfgenamen een echtgenoot en een of meer gemeenschappelijke kinderen achterlaat. Wanneer een kind is overleden, neemt dat kind niet deel aan de verdeling ingevolge dit artikel. Is de echtgenoot overleden, dan vindt geen wettelijke verdeling plaats. Onder 'kinderen' in het eerste lid zijn begrepen hun afstammelingen die bij plaatsvervulling opkomen (zie artikel 10, tweede lid, en artikel 12). Ingevolge artikel 27 is een erflater bevoegd bij uiterste wilsbeschikking een stiefkind van hemzelf (niet te verwarren met een stiefkind van de langstlevende echtgenoot) bij de wettelijke verdeling te betrekken als een eigen kind. Ook kan de erflater, ingevolge de tweede volzin van het eerste lid van het onderhavige artikel 13, bij uiterste wil bepalen dat zijn echtgenoot die stiefouder is van zijn kinderen, wel kan profiteren van de wettelijke verdeling.

Ingevolge het eerste lid verkrijgen de erfgenamen krachtens een wettelijke verdeling van rechtswege de in het tweede en derde lid genoemde goederen. Omdat op deze wettelijke verdeling de artikelen 166 tot en met 200 van Boek 3 niet van toepassing zijn, geeft artikel 15 een op deze verdeling toegesneden voorziening.

De echtgenoot verkrijgt van rechtswege de goederen van de nalatenschap (tweede lid). Levering van de goederen is derhalve niet vereist. Voor het begrip schulden van de nalatenschap zij verwezen naar artikel 7, eerste lid. Onder die schulden zijn ook begrepen de schulden uit belastingen die ter zake van het openvallen van de nalatenschap worden geheven (artikel 7, eerste lid, onderdeel e). Dit houdt onder meer in dat voor rekening van de echtgenoot ook een door een kind verschuldigd successierecht komt, en dat met deze belasting bij het bepalen van de hoogte van de vordering van de kinderen wordt rekening gehouden.

Het derde lid bepaalt dat de kinderen, eveneens van rechtswege, een geldvordering verkrijgen ten laste van de langstlevende echtgenoot, waarvan de waarde met hun erfdeel overeenkomt. Voor de berekening

van de waarde van een erfdeel dient allereerst de totale waarde van de goederen van de nalatenschap te worden bepaald. Op het aandeel van het kind daarin wordt vervolgens zijn deel van de nalatenschapsschulden in mindering gebracht, dat wil zeggen het gedeelte van de schulden dat zonder de wettelijke verdeling voor rekening van het kind zou zijn gekomen. Aldus wordt voor de bepaling van de geldvorderingen zowel rekening gehouden met de op alle erfgenamen rustende schulden, als voor iedere erfgenaam afzonderlijk met de specifiek op hem of haar rustende schulden, zoals die ter zake van het successierecht, waarbij rekening wordt gehouden met de voor de desbetreffende erfgenaam geldende vrijstellingen en tarieven. De geldvordering van de kinderen is in beginsel niet opeisbaar. De niet opeisbaarheid is een direct gevolg van het uitgangspunt dat de langstlevende ouder verzorgd moet achterblijven en zoveel mogelijk het bestaande leefpatroon kan voortzetten. Het is mogelijk bij uiterste wilsbeschikking ook andere opeisbaarheidsgronden op te nemen.

Het kan jaren duren voordat de vordering van de kinderen opeisbaar wordt. De door de echtgenoot aan de kinderen verschuldigde geldsom wordt daarom van rechtswege verhoogd (vierde lid) teneinde een zekere inflatiecorrectie te bereiken (wettelijke rente minus zes procent). Deze inflatiecorrectie lijkt passend, ook teneinde te voorkomen dat kinderen zich genoopt zullen voelen tot uitoefening van hun wilsrechten over te gaan. Het bedrag van de verhoging wordt op zijn beurt niet met de correctieverhoging vermeerderd. De erflater, maar ook de echtgenoot en het kind tezamen bij overeenkomst, kunnen wel een andere aanpassingsmaatstaf bepalen, of van aanpassing van de geldsom geheel afzien. Ook als de erflater bij uiterste wilsbeschikking van de wettelijke maatstaf is afgeweken, kunnen de echtgenoot en het kind de maatstaf (nogmaals) aanpassen.

Zowel in afdeling 1 als in afdeling 2 wordt onder echtgenoot overal uitsluitend verstaan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot (vijfde lid). Voor de scheiding van tafel en bed zie titel 10 van Boek 1. De scheiding van tafel en bed wordt door de rechter uitgesproken en moet zijn ingeschreven in het huwelijksgoederenregister (artikel 1:173).

Artikel 14

Dit artikel geeft enige regels met betrekking tot de schulden van de nalatenschap. Deze regels betreffen met name de externe werking van de toedeling van de schulden aan de echtgenoot. Tegenover de schuldeisers is de echtgenoot aansprakelijk. De kinderen zijn eveneens voor de nalatenschapsschulden aansprakelijk, doch deze schulden kunnen niet op hun eigen goederen worden verhaald behoudens voor zover het derde lid van toepassing is. Indien de kinderen door een schuldeiser van de nalatenschap worden aangesproken tot nakoming van een nalatenschapsschuld, zijn zij bevoegd de schuldeiser naar de echtgenoot te verwijzen. Dit ligt voor de hand omdat de echtgenoot rechthebbende is op de goederen waaruit deze schuld behoort te worden voldaan. Ook jegens de kinderen is de echtgenoot verplicht de nalatenschapsschulden te voldoen. Wat betreft een negatieve nalatenschap, zie hierna bij het vierde lid.

Het eerste lid vestigt een zelfstandige aansprakelijkheid van de echtgenoot voor het geheel van de nalatenschapsschulden. De interne draagplicht tussen echtgenoot en kinderen ligt bij de echtgenoot, ook bij een nalatenschap met negatief saldo (zie het vierde lid). Overigens komen de nalatenschapsschulden wel indirect mede voor rekening van de kinderen doordat de hoogte van hun vordering op de echtgenoot op de voet van artikel 13, derde lid, mede wordt bepaald door de omvang van de nalatenschapsschulden.

Als gevolg van de wettelijke verdeling verkrijgt de echtgenoot alle goederen van de nalatenschap. Deze goederen vermengen zich met de eigen goederen van deze echtgenoot. Indien ten gevolge van de vermenging voor de nalatenschapsschuldeisers het gevaar bestaat dat de schulden niet binnen redelijke tijd zullen worden voldaan (zie artikel 204, eerste lid, onderdeel b), kan de rechter op verzoek van de nalatenschapsschuldeisers een vereffenaar benoemen. In dat geval worden de schuldeisers van de nalatenschap uit de goederen van de nalatenschap voldaan voordat overige schuldeisers van de echtgenoot verhaal op de goederen van de nalatenschap hebben (artikel 224). Teneinde deze voorrang ook buiten de regeling van de vereffening te realiseren, is zij in het tweede lid tot uitdrukking gebracht.

Het derde lid geeft een beperkte verhaalsaansprakelijkheid van de kinderen voor de schulden van de nalatenschap. De verhaalsaansprakelijkheid

omvat niet de eigen goederen van de kinderen. Wel is verhaal mogelijk op de geldvordering van artikel 13, derde lid, nu deze krachtens erfrecht is verkregen. Verder is verhaal mogelijk wanneer op die geldvordering is betaald, zulks tot het bedrag van de betaling. Hetzelfde geldt indien een kind niet een betaling in geld doch – zoals na uitoefening van wilsrechten – in goederen heeft verkregen. Het betreft immers ook hier telkens een verkrijging krachtens erfrecht. Op grond van het derde lid kan derhalve een schuldeiser voor het geheel van zijn schuld verhaal nemen tot de waarde van hetgeen door het kind op deze wijze verkregen werd. In zoverre bevat deze bepaling een specifieke aansprakelijkheidsregeling voor de kinderen. Is de schuldeiser overeenkomstig deze regeling voldaan, dan heeft het kind voor hetgeen de schuldeiser heeft verkregen verhaal op de echtgenoot. Opmerking verdient nog dat de beperkte uitwinbaarheid van het vermogen van een kind de mogelijkheid onverlet laat dat een schuldeiser van de nalatenschap met een recht van (derden)hypotheek op een goed van een kind, overgaat tot uitwinning daarvan. In een dergelijk – zeldzaam – geval zal het kind gebruik kunnen maken van zijn in het eerste lid gegeven recht om van de echtgenoot te verlangen dat deze tot voldoening van de schuldeiser overgaat.

Buiten twijfel is in het vierde lid gesteld dat als de wettelijke verdeling een nalatenschap betreft waarvan het saldo negatief is, de kinderen niet gehouden zijn uit eigen vermogen bij te dragen in het tekort. Een kind krijgt bij de wettelijke verdeling een geldvordering op de langstlevende echtgenoot en mag de afwikkeling van de nalatenschap voor het overige overlaten aan de echtgenoot. Daarbij zou niet passen dat een kind zich niettemin moet afvragen of hij door aanvaarding van de nalatenschap het risico loopt dat hij uit eigen vermogen moet bijdragen in de nalatenschapsschulden. De echtgenoot zal het tekort derhalve voor zijn rekening moeten nemen, behoudens de mogelijkheid dat hij de nalatenschap beneficiair heeft aanvaard. Vergelijk ook artikel 202, derde lid.

Kortom, het kind aanvaardt, als de wettelijke verdeling werkt, de nalatenschap als het ware van rechtswege beneficiair. Het kind kan hier echter niet zonder meer op varen aangezien de echtgenoot de wettelijke verdeling ongedaan kan maken (artikel 18) dan wel de nalatenschap kan verwerpen; zie artikel 194. Veelal zullen overigens bij ongedaanmaking door de echtgenoot de kinderen nog niet de nalatenschap ondubbelzinnig

en zonder voorbehoud hebben aanvaard, zodat alsnog beneficiaire aanvaarding door hen mogelijk zal zijn.

Artikel 15

De artikelen 166 tot en met 200 van Boek 3 zijn op de wettelijke verdeling van artikel 13 niet van toepassing. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van artikel 677 tot en met 680 van het WBRvA. De vaststelling van de omvang van de uit de verdeling resulterende geldvorderingen geschiedt bij overeenkomst tussen partijen, welke overeenkomst beschouwd kan worden als een (bijzondere) vaststellingsovereenkomst. Omdat een bepaling op grond waarvan een erfgenaam zich voor de vaststelling tot de rechter kan wenden, niet gemist kan worden, is daarin in het eerste lid voorzien. Het tweede lid geeft een regeling die is ontleend aan de artikelen 195 en 196 van Boek 3. De in dit lid getroffen voorzieningen zijn noodzakelijk teneinde misslagen bij de vaststelling van de omvang van de geldvordering van de kinderen te kunnen herstellen. Aangezien artikel 233 de inbreng als verdelingshandeling beschouwt en hier geen verdeling door de erfgenamen plaatsvindt, dient een verwijzing naar de inbrengregeling voor de vaststelling van de omvang van de vordering te worden opgenomen; zie het derde lid.

Artikel 16

De boedelbeschrijving bedoeld in het eerste lid is van belang voor het vaststellen van de samenstelling en de waarde van de nalatenschap. Zij kan ook als basis dienen voor de vaststelling van de hoogte van de geldvordering van de kinderen. Hoewel de erfgenamen er over het algemeen goed aan zouden doen een boedelbeschrijving te maken, wordt zulks als zodanig niet dwingend voorgeschreven, mede omdat een passende sanctie op zodanig voorschrift ontbreekt. Verlangt evenwel de echtgenoot of een kind een boedelbeschrijving dan is dit eventueel ook in rechte afdwingbaar.

Indien de echtgenoot of een kind niet het vrije beheer over zijn vermogen heeft (tweede lid), dient wel een boedelbeschrijving te worden opge maakt. Een boedelbeschrijving bij notariële akte is hier, anders dan onder het hier niet toepasselijke artikel 671 WBRvA het geval is, niet zonder meer voorgeschreven. De mogelijkheid van boedelbeschrijving bij on-

derhandse akte kan vooral van belang zijn indien het vermogens van eenvoudige samenstelling of geringere omvang betreft. De verplichting tot inlevering van de boedelbeschrijving is ontleend aan de regeling van het voogdijbewind (artikel 1:338, derde lid).

De opzet van afdeling 1 leidt er toe, dat een aantal bepalingen van het WBRvA omtrent boedelbeschrijving van overeenkomstige toepassing moet worden verklaard (derde lid). Omdat in de desbetreffende artikelen (673 tot en met 676 WBRvA) soms van partijen sprake is, wordt in de tweede volzin van het derde lid vastgesteld, dat zowel de echtgenoot als ieder kind partij bij de boedelbeschrijving is.

Teneinde mogelijk misverstand te vermijden is in het eerste gedeelte van het vierde lid bepaald, dat de echtgenoot en ieder kind jegens elkaar recht hebben op inzage in en afschrift van de bescheiden en andere gegevensdragers die zij ter vaststelling van hun aanspraken als erfgenaam nodig hebben. Ook als het om derden gaat, zoals de bank, zijn zij jegens elkaar verplicht om medewerking te geven opdat die derden daadwerkelijk inlichtingen mogen verschaffen.

Artikel 17

Vooropgesteld wordt dat de echtgenoot te allen tijde de geldvordering (inclusief de verhoging van artikel 13, vierde lid) geheel of gedeeltelijk kan betalen. Zodanige betaling impliceert geen schenking aan het kind, maar vormt nakoming van een verbintenis.

Betaling staat de echtgenoot niet zonder meer vrij indien aan het kind een wilsrecht toekomt tot verkrijging van goederen, belast met vruchtgebruik. Het uitgestelde uitzicht op goederen rechtvaardigt dat hier de uitoefening van het wilsrecht voorgaat. Indien, na het stellen van een redelijke termijn (zie artikel 25, derde lid), blijkt dat het kind niet tot uitoefening van zijn wilsrecht overgaat, is nakoming overeenkomstig het eerste lid mogelijk. Indien termijnstelling achterwege is gelaten, zal het kind kunnen verlangen dat hem, tegen terugbetaling van het ontvangene, alnog goederen worden overgedragen. Nietigheid van de betaling is hier niet beoogd, evenmin als bij het voorschrift van de tweede volzin van artikel 25, vierde lid. Wenst het kind wel op bepaalde goederen het wilsrecht van de artikelen 19 of 21 uit te oefenen, dan kan de echtgenoot blijkens die artikelen de desbetreffende goederen ook zonder dat daarop

een vruchtgebruik wordt gevestigd aan het kind overdragen. De ratio voor de uitoefening van deze bevoegdheid is dezelfde als die voor de bevoegdheid van het eerste lid: indien de echtgenoot de schuldverhouding met de kinderen wenst te beëindigen dient dit in beginsel ook mogelijk te zijn. Aangezien voldoening van de geldvordering gevolgen heeft voor genoemde wilsrechten is, ingeval het kind minderjarig is of meerderjarig maar het vrije beheer over zijn vermogen niet heeft, de goedkeuring van de rechter voorgeschreven, welke goedkeuring door de echtgenoot dient te worden verzocht.

Artikel 18

Niet altijd zal de echtgenoot behoefte hebben aan de goederen waaruit de nalatenschap bestaat. Daarom wordt de mogelijkheid geboden de verdeling overeenkomstig artikel 13 ongedaan te maken. Deze handeling is behalve aan die van een notariële akte ook gebonden aan het voorschrift van inschrijving in het boedelregister, waarvoor de notaris eveneens zal zorgdragen. Het zou onjuist zijn dat een zo ingrijpende handeling die het ongedaan maken van de verdeling is, krachtens een algemene volmacht zou kunnen geschieden (eerste lid). Door de verklaring vervalt ook de volledige aansprakelijkheid van de echtgenoot voor de schulden van de nalatenschap, bedoeld in artikel 14, eerste lid. In plaats van de aansprakelijkheidsregels van dat artikel geldt nu de regel van artikel 182, tweede lid. Partiële ongedaanmaking van de verdeling is niet mogelijk gemaakt. Dit zou de regeling te zeer hebben gecompliceerd.

In verband met de terugwerkende kracht die aan de ongedaanmaking van de verdeling dient te zijn verbonden, is een voorschrift ter bescherming van door derden (waaronder ook mede-erfgenamen) verkregen rechten noodzakelijk. Om praktische reden worden deze personen, zowel vanuit obligatoir als goederenrechtelijk oogpunt, beschermd gedurende de gehele termijn van zes maanden van het eerste lid. Zou deze voorziening er niet zijn dan zou op een verklaring van erfrecht die binnen die termijn is afgegeven, niet kunnen worden afgegaan (vergelijk het onderdeel b van artikel 188, eerste lid). Overigens is de termijn van het eerste lid in Nederland drie maanden, maar deze wordt in de praktijk te kort gevonden. In het derde lid is een regeling gegeven voor de situatie dat de echtgenoot van de erflater onder curatele staat, een of meer goederen van de echtge-

noot onder het bewind van titel 19 van Boek 1, een testamentair of een ander bewind zijn gesteld, of de echtgenoot in staat van faillissement is verklaard dan wel aan hem surséance van betaling is verleend. Het gaat in artikel 18 niet om rechten die naar hun aard slechts door de echtgenoot zelf kunnen worden uitgeoefend. In het derde lid is, teneinde mogelijke twijfel uit te sluiten, een regeling opgenomen die vertegenwoordiging overeenkomstig de wettelijke regels van de curatele onderscheidenlijk het desbetreffende bewind mogelijk maakt. Het vierde lid geeft een voorziening ten aanzien van de termijn in geval van toepassing van artikel 1:417, tweede lid (verklaring van rechtsvermoeden van overlijden) en artikel 1:427, eerste lid (vaststelling van overlijden in bepaalde gevallen).

Artikel 19

Deze bepaling verschaft een wilsrecht om rechthebbende te worden op goederen, onder de last van vruchtgebruik, indien de echtgenoot van de erflater opnieuw in het huwelijk treedt. Het wilsrecht ontstaat op het tijdstip waarop aangifte van het huwelijksvoornemen is gedaan (artikel 1:43 e.v.). Het wilsrecht blijft bestaan totdat het is uitgeoefend, tenzij een door de langstlevende echtgenoot aan het kind gestelde termijn voor de uitoefening is verstreken (artikel 25, derde lid), dan wel ten aanzien van een handelingsonbekwame op de voet van artikel 26 met goedkeuring van de rechter van uitoefening is afgezien. De testamentaire praktijk van de ouderlijke boedelverdeling heeft laten zien dat in geval van hertrouwen van de echtgenoot vrijwel altijd een voorziening werd getroffen ten behoeve van de kinderen indien zij een niet opeisbare vordering hebben. Die praktijk laat meerdere varianten zien, waarvan veelal de strekking is het verschaffen van zekerheid aan het kind. Het is deze praktijk die aanleiding is om in de situatie van hertrouwen ervoor te kiezen dat het kind rechthebbende kan worden op goederen waarop een vruchtgebruik kan worden voorbehouden door de echtgenoot (vergelijk artikel 3:81).

Het wilsrecht bestaat met betrekking tot goederen, of een aandeel daarin, met een waarde tot ten hoogste de aan het kind ingevolge artikel 13, derde lid, verschuldigde geldsom. Die geldsom en dus ook de omvang van het wilsrecht worden uiteraard verminderd voor zover met toepassing van artikel 17, eerste lid, betaling op de geldvordering heeft plaatsgevonden.

Artikel 20

Het wilsrecht van deze bepaling komt aan de orde indien de geldvordering van het kind op zijn langstlevende ouder ter zake van de nalatenschap van zijn eerst overleden ouder, opeisbaar is geworden. Laat deze langstlevende ouder bij zijn overlijden een nieuwe echtgenoot achter, dan zal – anders dan in Nederland – geen wettelijke verdeling gelden, aangezien het kind niet tevens kind is van de stiefouder. In dat geval heeft het kind jegens de erfgenamen van de langstlevende ouder het wilsrecht van voldoening in goederen van zijn nu opeisbaar geworden geldvordering ter zake van de eerst opgevallende nalatenschap. Het kind wordt dan (volledig) rechthebbende op de desbetreffende goederen. Zijn de kinderen zelf erfgenaam van de langstlevende ouder, dan kan dit plaatsvinden door toedeling en levering van de goederen. Denkbaar is echter dat de overleden langstlevende ouder testamentair heeft bepaald dat deze afdeling van toepassing is (zie artikel 13, eerste lid, tweede volzin). In dat geval heeft het kind het wilsrecht jegens de stiefouder. Het hier bedoelde wilsrecht komt alleen aan de orde indien en voor zover het wilsrecht van artikel 19 niet is uitgeoefend.

Artikel 21

Dit artikel en het volgende artikel 22 betreffen de nalatenschap van een ouder die ten tijde van zijn overlijden gehuwd is met iemand die niet de ouder is van de kinderen van de overledene. In beginsel zal dan – anders dan in Nederland – de onderhavige afdeling 1 niet van toepassing zijn. De erfflater kan echter testamentair het tegendeel hebben bepaald (artikel 13, eerste lid, tweede volzin). De artikelen 21 en 22 hebben dus veel geringere praktische betekenis dan in Nederland.

Dat de kinderen een stiefouder hebben zal zich kunnen voordoen wanneer de andere ouder van de kinderen is vooroverleden, dan wel het huwelijk met de andere ouder door echtscheiding is geëindigd; denkbaar is ook dat met de andere ouder geen huwelijk heeft bestaan. Indien de overleden ouder bij zijn overlijden een stiefouder achterlaat, verkrijgen de kinderen krachtens artikel 13, derde lid (indien testamentair toepasselijk gemaakt) een niet opeisbare geldvordering op deze stiefouder. In deze situatie is de stiefouder verplicht ieder kind desverzocht goederen over te

dragen met een waarde ten hoogste tot de aan het kind verschuldigde geldsom. De stiefouder verkrijgt daarbij, tenzij hij of zij daarvan afziet, een vruchtgebruik van die goederen.

Artikel 22

Ook deze bepaling heeft – anders dan in Nederland – slechts geringe praktische betekenis. Zie de toelichting bij artikel 21. Het wilsrecht van artikel 22 geeft net als het wilsrecht van artikel 20 recht op voldoening in goederen zonder voorbehoud van vruchtgebruik. Het gaat hier echter om de vordering ter zake van de nalatenschap van een ouder die een stiefouder heeft achtergelaten, welke vordering door het overlijden van de stiefouder opeisbaar is geworden. Dit wilsrecht komt slechts aan de orde indien en voor zover het wilsrecht van artikel 21 niet is uitgeoefend.

Artikel 23

Op het te vestigen vruchtgebruik is titel 8 van Boek 3 van toepassing. Daarbij is evenwel een uitzondering gemaakt voor de verplichting tot het doen van een jaarlijkse opgave (artikel 3:205, vierde lid) alsmede van die tot het stellen van zekerheid (artikel 3:206, eerste lid). Ook de verplichting om de goederen op verlangen van de hoofdgerechtigde jaarlijks te tonen (artikel 3:206, tweede lid) is uitgesloten. Deze verplichtingen zouden te bezwaarlijk voor de echtgenoot zijn.

Artikel 3:212, derde lid, bepaalt dat de rechterlijke machtiging alleen mag worden gegeven indien het belang van de ander (in dit geval het kind) door vervreemden of bezwaren van het aan een vruchtgebruik onderworpen goed niet wordt geschaad. Dit onderdeel van de toetsingsgrond is hier niet passend. Vandaar dat in het eerste lid, onderdeel b, van het onderhavige artikel 23 wordt bepaald dat de machtiging reeds kan worden gegeven in het bijzonder indien de verzorgingsbehoefte van de echtgenoot dit noodzakelijk maakt. Voorop blijft overigens staan dat rechterlijke tussenkomst eerst dan aan de orde is indien de hoofdgerechtigde zelf geen toestemming tot vervreemding wil geven. Ook het kind zal zich daarbij moeten realiseren dat de rechter de machtiging zal moeten verlenen, als er van een verzorgingsbehoefte sprake is. In die gevallen is het dus zinloos om het op de gang naar de rechter aan te doen komen.

Het ligt alleszins in de rede dat de verzorgingsbehoefte ook bepalend is voor de bevoegdheid tot vervreemden en verteren als bedoeld in artikel 3:215. Een goed dat aan een kind wordt overgedragen onder voorbehoud van vruchtgebruik, ter voldoening aan de uit artikel 13, derde lid, voortvloeiende geldvordering, is voortaan voor risico van het kind. Gaat het goed teloor, dan herleeft deze vordering niet. De echtgenoot kan de bevoegdheid hebben verkregen tot vervreemden en verteren van een goed. Gaat deze daartoe over, dan zou het onbillijk zijn wanneer het kind daarvoor niet zou worden gecompenseerd. Om die reden verschaft het derde lid van het onderhavige artikel 23 het kind bij vervreemding en vertering wederom een niet opeisbare vordering. Voor de hoogte van de vordering wordt uitgegaan van de waarde van het goed ten tijde van de vervreemding en vertering, aangezien de waarde zich tot dat tijdstip voor risico van het kind heeft ontwikkeld.

Het vierde lid van dit artikel biedt bijvoorbeeld de mogelijkheid aan hoofdgerechtigde en vruchtgebruiker om bij de vestiging van het vruchtgebruik het stemrecht verbonden aan aandelen in een vennootschap aan de vruchtgebruiker te doen toekomen (zie artikel 3:219). Zouden betrokkenen over een punt als dit van mening blijven verschillen, dan kan de rechter een regeling treffen.

Het vruchtgebruik wordt gegeven in verband met de verzorgingsbehoefte van de echtgenoot. Het ligt dus voor de hand dat de echtgenoot het vruchtgebruik niet aan derden kan overdragen of dit recht kan bezwaren. Aldus het vijfde lid van het onderhavige artikel.

Het zesde lid ziet op de situatie dat een nalatenschapsschuld ten tijde van de uitoefening van het wilsrecht nog niet is voldaan. De echtgenoot-vruchtgebruiker dient ingevolge artikel 13, tweede lid, alle schulden van de nalatenschap te dragen. Voorts kan het voorbehouden vruchtgebruik evenmin worden tegengeworpen aan schuldeisers wier vordering kon worden verhaald op de goederen van de huwelijksgemeenschap van de echtgenoot en de erflater of van een andere gemeenschap waarvan de echtgenoot en de erflater de deelgenoten waren (bijvoorbeeld in geval van een 'man-vrouw-vennootschap'). In geval van verhaal door een nalatenschapsschuldeiser, waardoor het vruchtgebruik vervalt, kan de echtgenoot niet ingevolge artikel 3:282 regres nemen op de hoofdgerechtigde.

Artikel 24

Het eerste en tweede lid leggen vast op welke goederen de wilsrechten materieel kunnen worden uitgeoefend. Om in een procedure uit te kunnen maken welke goederen onder het eerste lid vallen, bevat het derde lid een bewijsvermoeden.

In de redactie van het eerste lid, tweede volzin, en van het derde lid komt tot uitdrukking op welke huwelijksgemeenschap wordt gedoeld. De derde volzin van het tweede lid dient om te voorkomen dat de bepaling van de tweede volzin eenvoudig kan worden ontgaan door middel van het sluiten van een lening. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het volgende geval. Van de nalatenschap maakt deel uit de echtelijke woning ter waarde van Afl. 300 000; voor het aankopen van deze woning was de erflater indertijd een hypothecaire lening van Afl. 200 000 aangegaan; deze hypothecaire lening wordt door de langstlevende echtgenoot voorlopig voortgezet. Verkoopt de echtgenoot van de erflater de woning, dan zal de lening worden afgelost en een netto-opbrengst van Afl. 100 000 overblijven. Koopt de echtgenoot vervolgens met deze netto-opbrengst en een nieuwe lening van Afl. 200 000 een andere woning ter waarde van Afl. 300 000, dan zou deze woning naar de maatstaf van de tweede volzin van het tweede lid niet geacht worden in de plaats te komen van de echtelijke woning. De derde volzin van het tweede lid bewerkstelligt dat in een dergelijk geval de wilsrechten van de kinderen op de echtelijke woning na verwerving van de nieuwe, vervangende, woning ook met betrekking tot die woning kunnen worden uitgeoefend.

Artikel 25

In het eerste lid wordt een toerekeningsvolgorde gegeven, waarvan overigens kan worden afgeweken. Bij de uitoefening van de blooteigendomswilsrechten (artikelen 19 en 21) wordt bij de overdracht van goederen het feit dat een vruchtgebruik wordt voorbehouden, weggedacht. Dit past bij het gegeven dat wordt overgedragen op in beginsel niet-opeisbare vorderingen.

Het tweede lid beoogt te bewerkstelligen dat, wanneer een kind zijn wilsrecht wil uitoefenen, de andere kinderen die ook een wilsrecht hebben daarvan tijdig op de hoogte zijn. Zij zijn daardoor in de gelegenheid te

bezien of zij dit zelf ook wensen. Weliswaar gaat hun wilsrecht niet teniet zolang de ouder hun geen termijn stelt voor de uitoefening (derde lid), maar ten aanzien van goederen die aan een mede-erfgenaar zijn overgedragen is uitoefening wel feitelijk onmogelijk. Er is van afgezien in de wet een concrete termijn op te nemen voor het op de hoogte stellen van de mede-erfgenamen, omdat het te zeer van de omstandigheden van het geval zal afhangen welke termijn in concreto redelijk is. Nietigheid, indien het voorschrift niet zou zijn nageleefd, zou een te zware sanctie zijn. De formulering van de bepaling houdt hiermee rekening.

Het derde lid geeft degene jegens wie een wilsrecht is ontstaan de mogelijkheid zich duidelijkheid te verschaffen over de vraag of het wilsrecht zal worden uitgeoefend. Hiertoe kan aan de kinderen een redelijke termijn worden gesteld. Nietigheid, indien de tweede volzin van het derde lid niet is gevolgd, is ook hier niet beoogd.

Blijkens het vierde lid zal uiteindelijk de rechter kunnen beslissen over geschillen omtrent een over te dragen goed. De rechter zal desverzocht beslissen, rekening houdende naar billijkheid met de belangen van echtgenoot en kind, of de onderscheiden belangen van de kinderen onderling. De rechter heeft bij zijn beslissing een ruime marge. Zo zal hij, indien hem blijkt dat meer dan een kind hetzelfde goed wenst, ook kunnen beslissen dat dit aan hen gezamenlijk zal toebehoren (geregeld in titel 7 van Boek 3). Met het belang van de echtgenoot wordt mede rekening gehouden doordat hem of haar desgewenst vruchtgebruik over het desbetreffende goed zal toekomen. Op dit vruchtgebruik is titel 8 van Boek 3 BWA in hoofdzaak van toepassing. Zie ook artikel 23 en de toelichting daarop.

Het vijfde lid geeft aan dat de niet-opeisbare geldvordering overdraagbaar is. Wordt die vordering overgedragen, dan komt aan de derdeverkrijger (waaronder ook een mede-erfgenaar) het wilsrecht niet toe. De mogelijkheid om bij uiterste wilsbeschikking van de wilsrechten af te wijken, is in het zesde lid uitdrukkelijk neergelegd. De verplichtingen uit artikel 19 kan bijvoorbeeld aldus worden uitgebreid dat de aan de echtgenoot van de erflater toekomende bevoegdheid om zich bij overdracht van een goed daarop een vruchtgebruik voor te behouden, wordt uitgesloten. Beperking is ook in die zin mogelijk, dat bijvoorbeeld door de

erflater goederen worden aangeduid die niet zijn onderworpen aan de werking van de wilsrechten.

Artikel 26

De bepaling van het eerste lid beoogt een praktische regeling te geven voor het geval dat aan een kind een wilsrecht toekomt en dit nog minderjarig is. Benoeming van een bijzondere curator op de voet van artikel 1:250 is in de regel niet nodig, omdat de wettelijke vertegenwoordiger verplicht zal zijn een gemotiveerd voorstel omtrent de uitoefening van een wilsrecht aan de rechter ter goedkeuring voor te leggen. De rechter kan aan deze goedkeuring voorwaarden verbinden (bijvoorbeeld dat enigerlei vorm van zekerheid wordt gesteld, indien van het wilsrecht wordt afgezien). De rechter kan ook een eigen beslissing geven, bijvoorbeeld indien het voorstel van de wettelijke vertegenwoordiger niet aanvaardbaar blijkt. De wettelijke vertegenwoordiger zal ook door de voorlichting van de notaris, wanneer deze gevraagd wordt een verklaring van erfrecht af te geven, van de verplichting op de hoogte worden gesteld. Het wilsrecht is een vermogensrechtelijke bevoegdheid, dat derhalve onder het bewind valt van de ouder die na overlijden het gezag alleen uitoefent, of van de voogd. Komt de ouder of de voogd zijn verplichting niet na, dan kan dit leiden tot aansprakelijkheid wegens slecht bewind (artikel 1:253j respectievelijk artikel 1:362). De rechter kan ervan op de hoogte zijn dat een wettelijke vertegenwoordiger de verplichting van artikel 26 heeft, door de inlichtingen die hij op de voet van de artikelen 1:48 en 1:342, tweede lid, van de ambtenaar van de burgerlijke stand of de ontvanger verkrijgt. Het kan voorkomen, dat een kind bij het overlijden van de erflater geen wettelijke vertegenwoordiger heeft. De erflater was bijvoorbeeld eerder gescheiden en oefende het gezag alleen uit. In dat geval begint de termijn van drie maanden te lopen vanaf de dag van de benoeming, dus van de voorziening in het gezag over de minderjarige.

In het tweede lid wordt een overeenkomstige regel gegeven voor het geval het kind aan wie een wilsrecht toekomt, meerderjarig is doch het vrije beheer over zijn vermogen niet heeft. Indien met goedkeuring van de rechter van uitoefening van een wilsrecht is afgezien, vervalt het wilsrecht, tenzij de rechter anders bepaalt (derde lid). Zo zal de rechter onder

omstandigheden kunnen goedkeuren dat van uitoefening van een wilsrecht voorlopig wordt afgezien, zonder dat het wilsrecht teniet gaat.

Artikel 27

Het komt in de praktijk voor dat ouders een stiefkind ook voor het erfrecht zoveel als mogelijk gelijk met hun eigen kinderen wensen te behandelen. Artikel 27 opent de mogelijkheid om stiefkinderen in de wettelijke verdeling te betrekken (hetgeen, indien daarnaast althans geen expliciete erfstelling van het stiefkind heeft plaatsgevonden, dient te worden opgevat als een impliciete erfstelling van het stiefkind). Deze voorziening gaat verder dan onder een testamentaire ouderlijke boedelverdeling mogelijk is, maar wordt uit een oogpunt van gelijke behandeling wenselijk geacht. De bepaling brengt mee dat een stiefkind derhalve in de daarvoor geëigende omstandigheden evenals een eigen kind van de erflater recht kan verkrijgen op overdracht van goederen uit de nalatenschap. Met het oog op het niet-dwingende karakter van afdeling 1 is het de erflater echter mogelijk gemaakt ook op dit punt afwijkende beschikkingen te treffen, waardoor bijvoorbeeld een stiefkind niet of slechts ten dele van de wilsrechten zal kunnen profiteren. Tenslotte is bepaald dat ook ten aanzien van het stiefkind plaatsvervulling door diens afstammelingen mogelijk is.

Artikel 27a

Denkbaar is dat na enige tijd een kind van de erflater opduikt die niet tevens kind is van de langstlevende echtgenoot. Afdeling 1 is dan in beginsel niet van toepassing (artikel 13, eerste lid). Hetzelfde doet zich voor als na enige tijd een testament wordt ontdekt (dat bijvoorbeeld in het buitenland was gemaakt). Het onderhavige artikel – dat is ontleend aan artikel 1:202, tweede en derde lid, artikel 206, tweede en derde lid, en artikel 3:45, derde lid – is in het belang van de rechtszekerheid opgenomen. Derden te goeder trouw worden beschermd en de langstlevende echtgenoot hoeft niet terug te geven wat inmiddels is verteerd. Zie echter hierna ook artikel 27b.

Artikel 27b

Het is redelijk dat indien pas na het overlijden gerechtelijk wordt vastgesteld dat de erflater vader is van een buiten huwelijk geboren niet-erkend kind, de wettelijke verdeling onaangetast blijft, ook al is door de terugwerking van de gerechtelijke vaststelling niet meer voldaan aan de in artikel 13, eerste lid, gestelde eis dat alle kinderen van de erflater ook kind zijn van de langstlevende echtgenoot (het 'buitenkind' is immers niet een gemeenschappelijk kind van erflater en langstlevende echtgenoot). Het komt er dus op neer dat door het onderhavige artikel 27b een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na de dood van de verwekker een reeds ingetreden wettelijke verdeling niet op losse schroeven zet.

Vergelijk ook ten aanzien van een postume gerechtelijke vaststelling het voorgestelde artikel 1:207a. Men bedenke in dit verband dat bij een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na overlijden een testamentaire voorziening niet meer mogelijk is.

Artikel 27c

Deze versoepeling is aangebracht naar aanleiding van beschouwingen van Schols in het themanummer van WPNR ('Een tropisch nieuw BW'), WPNR 6807 (2009), p. 650-651. Aldus wordt aangesloten bij wat op Caraïbische eilanden geldt naar Anglo-Amerikaans recht. Over de termijnen in Boek 4 zie eerder Schols, WPNR 6717 (2007), p. 594-595.

Afdeling 2. Andere wettelijke rechten

Artikel 28

Deze bepaling biedt de langstlevende echtgenoot en, ingevolge het tweede lid, eventuele huisgenoten de gelegenheid na het overlijden zonder onmiddellijke zorg over huisvesting zich in te stellen op de nieuwe situatie na het overlijden. Gedurende negen maanden bestaat van rechtswege een recht op voortgezette bewoning en voortgezet gebruik van de inboedel. Een termijn van negen maanden wordt gesteld in het gewijzigde artikel 1:165 (na echtscheiding). Het gaat hier om een niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot (artikel 13, vijfde lid). Zie overigens ook het overnamerecht van artikel 1:101. Het begrip inboedel is gedefinieerd in artikel 3:5.

De aanspraak van de langstlevende echtgenoot bestaat uitsluitend jegens de erfgenamen, dus niet jegens derden. Had bijvoorbeeld de erflater een woning van een derde in vruchtgebruik (inclusief recht van gebruik en bewoning), dan is dat recht met het overlijden geëindigd en kan artikel 28 geen toepassing vinden.

Wat betreft een huurrecht geldt dat dit in het algemeen niet eindigt door de dood van de huurder (artikel 7A:1592 van het bestaande BWA en artikel 7:229 van het nieuwe BWA), zodat de erfgenamen op grond van het onderhavige artikel 28 de huur niet door opzegging zullen mogen beëindigen voordat de zes maanden verstreken zijn. De erfgenamen kunnen van degene die aldus in de woning blijft, slechts huurbetaling verlangen, indien deze vóór het overlijden van de erflater ook reeds daartoe verplicht was. Overigens is ingevolge de artikelen 7:233 en 7:234 de echtgenoot van rechtswege medehuurder zolang de woonruimte deze tot hoofdverblijf strekt, maar deze bepaling kan slechts eenmaal worden toegepast (artikel 7:235).

Artikel 29

Dit artikel 29 en het volgende artikel 30 regelen dwingendrechtelijk (zie artikel 41) een tweetal verzorgingsvruchtgebruiken van de langstlevende echtgenoot. Doordat, anders dan in Nederland, de toepasselijkheid van afdeling 1 van titel 3 in beginsel beperkt is tot de situatie dat de langstlevende echtgenoot ook ouder is van de kinderen van de erflater, vervullen de artikelen 29 en 30 hier te lande een belangrijker rol dan in Nederland. In dit artikel 29 wordt aan de echtgenoot een wettelijk recht op vruchtgebruik toegekend op de woning die ten tijde van het overlijden door de erflater en zijn echtgenoot tezamen of door de echtgenoot alleen bewoond werd, alsmede op de inboedel. Een van de voorbeelden waaraan men kan denken bij alleen bewonen door de echtgenoot is de situatie dat de erflater ten tijde van zijn overlijden in een verpleeghuis verbleef en de echtgenoot nog in de woning. De bepaling gaat uit van de veronderstelling dat de langstlevende in het algemeen voor zijn verzorging behoefte zal hebben aan het gebruik van de woning en inboedel. Indien zulks in werkelijkheid niet het geval is, kunnen de erfgenamen via de rechter de langstlevende echtgenoot de aanspraak op het verzorgingsvruchtgebruik

doen ontzeggen (eerste lid; zie in het bijzonder ook artikel 33, tweede en vijfde lid).

De bepaling is toepasselijk voor zover de echtgenoot niet de enige recht-hebbende op de woning en inboedel is. Het vruchtgebruik dient overeen-komstig artikel 3:202 te worden gevestigd. Het onderhavige artikel 29 verplicht de erfgenamen tot medewerking hieraan. Reële executie van deze verplichting is overeenkomstig het bepaalde in artikel 3:300 moge-lijk. Ten aanzien van de aanspraak op het verzorgingsvruchtgebruik geldt een vervaltermijn (artikel 31, tweede lid); en ten aanzien van de rechts-vordering tot vestiging een verjaringstermijn (artikel 31, derde lid). Zie ook de andere in de artikelen 31 tot en met 34 gestelde nadere regels.

Ingevolge het tweede lid zijn de erfgenamen gedurende de vervaltermijn van maximaal negen maanden (artikel 31, tweede lid) beschikkingsonbe-voegd ten aanzien van bedoelde woning en inboedel. De bepaling ver-hindert niet uitwinning door schuldeisers ten aanzien van de in artikel 7, eerste lid, onderdelen a tot en met f, genoemde schulden.

Ondanks de beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen kunnen le-gatarissen of door een last bevoordeelden goederen hebben verkregen (zie artikel 3:86). Daarom verplicht het derde lid van het onderhavige ar-tikel 29 ook hen aan een verzorgingsvruchtgebruik mee te werken. Ten aanzien van een begiftigde bij dode (e.a.), zie artikel 126.

Artikel 30

Artikel 29 verschaft aan de langstlevende echtgenoot in beginsel een aanspraak op een verzorgingsvruchtgebruik ten aanzien van woning en inboedel; de echtgenoot wordt verondersteld daaraan behoefte te hebben. Het onderhavige artikel 30 betreft de overige goederen van de nalaten-schap. Thans zal de langstlevende echtgenoot wel moeten aantonen dat aan een aanvullend vruchtgebruik op deze goederen behoefte is; daarbij zal tevens moeten worden gelet op in redelijkheid te verwachten toekom-stige ontwikkelingen (HR 8-6-2007, NJ 2008, 220). Bij artikel 29 is al uiteengezet dat de artikelen 29 en 30 hier te lande een belangrijker func-tie hebben dan in Nederland waar ook een stiefouder door afdeling 1 van titel 3 beschermd wordt. Met het oog op de rechtszekerheid wordt in ar-tikel 30a (welke bepaling in Nederland ontbreekt) een grens voor het gemiddeld inkomen per maand gesteld waaronder, afgezien van huisves-

tingskosten, de langstlevende echtgenoot in elk geval geacht wordt behoefte aan het verzorgingsvruchtgebruik te hebben. Zie ook de artikelen 31 tot en met 34.

Het criterium van de verzorging van de echtgenoot zelf wordt in het eerste lid uitgebreid met dat van de verplichting tot verzorging en opvoeding van kinderen van de overledene, welke overeenkomstig artikel 35, tweede lid, op de echtgenoot rust: zonder deze uitbreiding zou deze die verplichting wellicht niet op zich kunnen nemen en zou het kind aanspraak moeten maken op een som ineens, met de daaraan nu eenmaal verbonden bezwaren. Ten aanzien van de aanspraak op het verzorgingsvruchtgebruik geldt een vervaltermijn (artikel 31, tweede lid); en ten aanzien van de rechtsvordering tot vestiging een verjaringstermijn (artikel 31, derde lid). Zie ook de andere in de artikelen 30a tot en met 34 gestelde nadere regels.

Bij de woning en inboedelgoederen kon in artikel 29, tweede lid, een beschikkingsverbod worden gesteld zolang de termijn loopt. Zo'n verbod past niet in dit artikel, dat in beginsel op alle goederen van de nalatenschap betrekking heeft. Vandaar dat het tweede lid niet voorziet in een zodanig verbod, doch een regel van zaaksvervanging – analoog aan die van artikel 3:167 voor de gemeenschap – stelt.

Het derde lid heeft dezelfde strekking als het derde lid van artikel 29. De volgende drie leden geven enige richtlijnen voor de aanwijzing van goederen waarop het vruchtgebruik zal komen te rusten. Het vierde lid stelt voorop de bevoegdheid van de erflater om ten deze regels te geven bij uiterste wil. Het vijfde lid neemt legaten en lasten zoveel mogelijk in bescherming, en daaronder in de eerste plaats die welke als voldoening aan een natuurlijke verbintenis kunnen worden beschouwd (verg. ook artikel 37, vijfde lid). Het zesde lid is ontleend aan artikel 3:185, eerste lid, dat betrekking heeft op het vergelijkbare geval bij de verdeling van een gemeenschap.

Het zevende lid legt vast dat de echtgenoot niet straffeloos afstand kan doen van erfrechtelijke verkrijgingen om een beroep te kunnen doen op het vruchtgebruik krachtens het onderhavige artikel. Het slot van de eerste volzin verhindert dat de echtgenoot die slechts verzorgingsgoederen nodig acht, wordt gedwongen eerst ook een beroep op het vruchtgebruik van inboedelgoederen te doen. De tweede volzin stelt een mogelijke ver-

krijging uit sommenverzekering – men denke in het bijzonder aan levensverzekering – met een erfrechtelijke verkrijging gelijk.

Artikel 30a

Het is wenselijk, opdat men weet waaraan men toe is en ter vermijding van procedures, dat de wet een financiële inkomensgrens geeft waaronder de langstlevende echtgenoot in elk geval geacht wordt behoefte te hebben aan het verzorgingsvruchtgebruik van artikel 30. In de regel zal het gaan om een stiefouder van de kinderen van de erflater, aangezien een langstlevende echtgenoot die tevens ouder is van de kinderen van de erflater, behoudens afwijkende regeling in een testament, de gehele nalatenschap zal verkrijgen op grond van afdeling 1 van de onderhavige titel 3 (artikelen 13 e.v.).

De inkomensgrens wordt in artikel 30a gesteld op het in de woonplaats van de echtgenoot geldende hoogste (althans indien er meerdere zijn) wettelijk minimumloon, na aftrek van eventuele huisvestingskosten. Uiteraard heeft deze grens iets arbitrairs. Niets belet de langstlevende echtgenoot om aannemelijk te maken dat in de gegeven omstandigheden aan een hoger inkomen behoefte bestaat. Wel houde men in het oog dat het hier slechts gaat om een ‘vangnet’; zie de toelichting bij artikel 33, vijfde lid.

Artikel 30b

In artikel 1:408b is de mogelijkheid geopend dat de rechter aan een persoon met wie een langdurig buitenhuwelijkse samenleving heeft bestaan recht op alimentatie toekent. Dit artikel luidt: ‘Hebben twee personen langdurig samengeleefd als waren zij gehuwd en is aan deze samenleving anders dan door de dood een einde gekomen, dan kan de rechter, indien dat redelijk is, aan een van hen op diens verzoek ten laste van de ander een uitkering tot levensonderhoud toekennen. Het bepaalde omtrent een uitkering tot levensonderhoud aan een gewezen echtgenoot is van overeenkomstige toepassing.’

In de Memorie van Toelichting bij Boek 1 is destijds opgemerkt:

‘Het Nederlandse Boek 1 regelt niet het concubinaat. Hier te lande zijn er evenwel stemmen opgegaan om voor de situatie dat een langdurig concubinaat wordt beëindigd (anders dan door overlijden), een voorziening

te treffen (men zie E.L. Joubert, Het concubinaat in het Antilliaanse recht, in: Niet-huwelijkse samenlevingsvormen, Congres Antilliaanse Juristen Vereniging - Antilliaanse-Arubaanse Notariële Vereniging, 1990, p. 59 e.v., voorafgegaan door een opstel onder dezelfde titel in: Samenleven Samenwerken (bundel E.C. Henriquez), 1983, p. 183 e.v.). Ook in het onderhavige ontwerp wordt voorgesteld de rechter de mogelijkheid te geven om een uitkering tot levensonderhoud toe te kennen als dat in de gegeven omstandigheden redelijk is. Daarbij kan de rechter rekening houden met alle omstandigheden van het geval, zoals de duur van het concubinaat, de onderlinge taakverdeling, de leeftijd en gezondheid van de behoeftige gewezen partner en de leeftijd van de eventuele kinderen. Het lijkt vooralsnog niet wenselijk om ook met betrekking tot het door een van de partners opgebouwde eigen vermogen voorzieningen te treffen. De rechter heeft vaak wel mogelijkheden om tot een redelijk resultaat te komen, bij voorbeeld door aan te nemen dat krachtens uitdrukkelijke of stilzwijgende afspraak een bepaald gemeenschappelijk vermogen is ontstaan of een verrekeningsplicht. Denkbaar zou nog zijn om in geval van overlijden, aan de andere partner ter verzorging een aanspraak te geven op een som ineens uit de boedel. Deze laatste kwestie kan echter beter worden gezien in het kader van een latere herziening van het erfrecht. Ook de positie van de langstlevende echtgenoot verdient immers volgens velen verbetering.'

In de lijn van deze beschouwingen wordt thans, in het kader van de verbetering van de rechtspositie van de langstlevende echtgenoot, ook een opening aangebracht om tegemoet te komen aan de positie van een levensgezel met wie de erflater langdurig ongehuwd heeft samengeleefd. Vereist is een samenleving van ten minste tien jaren. Verder geldt als beperking dat de rechter slechts tot gelijkstelling met een langstlevende echtgenoot overgaat 'indien dat redelijk is' (idem artikel 1:408b). De bewijslast ten aanzien van de tienjarige samenleving berust bij de leefgezel. Inschrijving in het bevolkingsregister op hetzelfde adres is uiteraard een belangrijke aanwijzing, maar ook kan bijvoorbeeld getuigenbewijs worden aangeboden.

Artikel 31

In dit artikel zijn enige bepalingen bijeen gebracht, die zowel voor het vruchtgebruik van artikel 29 als voor dat van artikel 30 gelden. Verwezen wordt in het eerste lid naar bepalingen van artikel 23 uit afdeling 1 van titel 3, betreffende het voorbehouden vruchtgebruik als gevolg van uitoefening van een wilsrecht. Belangrijk is dat de echtgenoot niet zonder meer de bevoegdheden tot vervreemding en vertering als bedoeld in artikel 3:215 heeft. Voor zover noodzakelijk in verband met de verzorgingsbehoefte, moeten deze door de rechter worden toegekend (artikel 23, tweede lid).

Steeds zal overigens artikel 33 van toepassing zijn, dat ontlasting of beperking van het vruchtgebruik krachtens rechterlijke beschikking mogelijk maakt; dit is een voorziening die een soepele aanpassing aan verandering van omstandigheden mogelijk maakt. Een spiegelbeeld van dit artikel, uitbreiding van het vruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende over andere goederen van de nalatenschap is niet wel te verwezenlijken en daarom niet voorgesteld.

De crediteuren bedoeld in artikel 7, eerste lid, onderdelen a tot en met f, kunnen verhaal uitoefenen zonder dat het vruchtgebruik aan hen kan worden tegengeworpen. Onder deze crediteuren vallen ook de sommige rechtigde kinderen, genoemd in artikel 35; verg. ook artikel 29, tweede lid. Wordt een goed waarop het vruchtgebruik rust, uitgewonnen door een schuldeiser tegen wie dat vruchtgebruik niet kan worden ingeroepen, dan is artikel 3:282 van toepassing, hetgeen betekent dat de vruchtgebruiker zoveel mogelijk bescherming vindt. Voorts komt de laatste volgens de laatste volzin van onderhavige eerste lid een voorrecht van uitwinning toe.

Van de echtgenoot mag worden verwacht en verlangd dat hij zich op korte termijn een mening kan vormen over de vraag, of hij prijs stelt op het vruchtgebruik van woning en inboedelgoederen; vandaar dat het tweede lid hem slechts een termijn van uiterlijk negen maanden gunt om zich hierover uit te spreken. Een langere termijn is ook niet gewenst, daar het beraad blokkering van transacties met deze goederen meebrengt. Langer zal de echtgenoot echter nodig hebben, om zich te oriënteren over de vraag of hij een beroep op het verzorgingsvruchtgebruik betreffende de overige goederen zal doen. Daarvoor moet hij voldoende inzicht in de

toestand van de boedel hebben, en zich voorts kunnen vergewissen van de houding van eventuele somgerechtigden. Anderzijds mag ook deze termijn niet te lang zijn, omdat anders de afwikkeling van de boedel teveel wordt vertraagd. Daarom is hier de termijn op uiterlijk een jaar en drie maanden gesteld. Dit brengt echter wel mee dat de echtgenoot, als hij beslist, en ook als hij eventueel zijn vordering moet instellen, eveneens ten opzichte van de somgerechtigden moet weten waar hij aan toe is. Vandaar dat artikel 37, eerste lid, het recht op een som ineens bindt aan een verklaring binnen een termijn van een jaar.

Voorts weerspiegelt de verhouding van deze termijnen zich in die van de verjaringstermijnen: die van de rechtsvordering van de echtgenoot stelt het onderhavige artikel 31, derde lid, op een jaar en negen maanden, die van de rechtsvordering van de somgerechtigden is in artikel 37, derde lid, eerste volzin, op een jaar en zes maanden gesteld.

Ook wanneer de erflater zou hebben bepaald dat de langstlevende echtgenoot bij een overdracht van nalatenschapsgoederen krachtens de wilsrechten van de artikelen 19 en 21 zich geen vruchtgebruik mag voorbehouden, kan een beroep op de artikelen 29 en 30 worden gedaan. Na een overdracht ingevolge deze wilsrechten is de echtgenoot immers ten gevolge van de uiterste wilsbeschikking van de erflater niet (langer) rechthebbende tot de in dat artikel bedoelde woning en inboedel, zodat op vestiging van vruchtgebruik aanspraak kan worden gemaakt jegens de erfgenamen (kinderen) die de goederen hebben verkregen. Ook artikel 30 kan in een zodanig geval toepassing vinden. Niet geheel ondenkbaar is echter dat in zo'n geval de verval- en verjaringstermijn van het tweede en derde lid van artikel 31 inmiddels verstreken zijn. Daarom worden de bedoelde termijnen voor dat geval in het vierde lid verlengd.

Artikel 32

Onwenselijk is als een echtgenoot door het rekken van de scheidingsprocedure het vooruitzicht op het verzorgingsvruchtgebruik kan veilig stellen. Het onderhavige artikel strekt ertoe dit tegen te gaan. Is de procedure tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed langer dan een jaar voor het overlijden van de erflater aangevangen, dan vervalt in beginsel het recht op het verzorgingsvruchtgebruik. De meeste procedures kunnen binnen de genoemde termijn tot echtscheiding dan wel scheiding van ta-

fel en bed hebben geleid. Met het oog op de rechtszekerheid wordt voorgesteld om het vooruitzicht op het verzorgingsrecht in elk geval gedurende deze termijn in stand te laten.

Ingevolge de tweede volzin blijft het verzorgingsrecht ook nadien in stand in gevallen waarin de lange duur van de procedure niet in overwegende mate de langstlevende echtgenoot valt aan te rekenen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat de erflater hoger beroep tegen de echtscheidingsbeschikking heeft ingesteld omdat hij zich met de vastgestelde verplichting tot verstrekking van levensonderhoud niet kon verenigen. Omgekeerd zal het zich ook kunnen voordoen dat de langstlevende echtgenoot zelf, op redelijke gronden, hoger beroep heeft ingesteld tegen een nevenvoorziening, hetgeen de langstlevende dan bezwaarlijk aan te rekenen valt. In zo'n geval zal echter de erflater de echtscheiding zelf veelal wel reeds hebben kunnen inschrijven, waardoor geen aanspraak op het verzorgingsrecht kan worden gemaakt. Ook is denkbaar dat partijen de procedure 'op een laag pitje' hebben gezet in verband met pogingen om tot verzoening te komen. Het zou niet redelijk zijn om ook in zo'n geval het verzorgingsrecht te onthouden.

Artikel 32a

Dit artikel sluit in beginsel de toepasselijkheid van de regeling van het verzorgingsvruchtgebruik uit voor korte kinderloze huwelijken (vergelijk ook artikel 1:157, zesde lid, ten aanzien van limitering van alimentatie). De dwingendrechtelijke vangnet-bescherming van de langstlevende echtgenoot, die ten koste gaat van de erfrechtelijke aanspraken van de overige erfgenamen, is dan onvoldoende gerechtvaardigd, omdat in het algemeen onvoldoende lotsverbondenheid is opgebouwd. Gedacht moet worden aan het geval dat de erflater voorkinderen achterlaat; de echtgenoot zal dan wel een kindsdeel erven. Zijn er geen kinderen van de erflater, dan zal de echtgenoot in beginsel – bij ontbreken van een testament – enig erfgenaam zijn. Zie artikel 10, eerste lid, onderdeel a.

De vangnet-bescherming geldt echter wel indien niet-toepasselijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Men denke aan het geval dat de erflater en de echtgenoot vóór hun korte huwelijk langdurig hebben samengewoond of dat de echtgenoot met het oog op het huwelijk een woning heeft opgegeven die

niet kan worden teruggekregen of betaalde werkzaamheden waarvoor hetzelfde geldt.

Waren de erflater en de echtgenoot gehuwd in gemeenschap van goederen, dan heeft de echtgenoot uiteraard recht op de helft van de ontbonden huwelijksgemeenschap; de andere helft valt in de nalatenschap en daarvan krijgt de echtgenoot in beginsel een kindsdeel; zie echter wel artikel 1:92a. Uiteraard kan de erflater ook bij testament de echtgenoot goed hebben bedacht.

Artikel 33

Het vruchtgebruik van de artikelen 29 en 30 kan in alle gevallen niet alleen naar beneden worden bijgesteld (eerste lid), maar ook worden beëindigd voor zover de echtgenoot daaraan voor zijn verzorging geen behoefte heeft (tweede lid). Het vruchtgebruik zou bijvoorbeeld in geval van hertrouwen van de langstlevende echtgenoot kunnen worden beëindigd. Aldus kan een op de concrete omstandigheden toegesneden voorziening worden bereikt. Ook een beperking van de duur van het vruchtgebruik is mogelijk, indien de omstandigheden dat wenselijk maken. Voordelen van het vruchtgebruik zijn dus dat het kan voorzien in waar de langstlevende in de meeste gevallen behoefte aan heeft: het voortgezet gebruik van goederen, alsmede dat het slechts gaat om een tijdelijk gebruik dat ten laste van de nalatenschap komt. Voordeel is verder dat bij het bepalen van de goederen die voor vruchtgebruik in aanmerking komen, een globale benadering mogelijk is, waardoor ook niet gevreesd hoeft te worden voor al te veel procedures zoals over alimentatie tussen ex-echtgenoten.

Als vuistregel kan ervan worden uitgegaan dat de langstlevende echtgenoot behoefte heeft aan voortgezet gebruik van de woning en de inboedel, zeker als deze ook nog dienst doet als woning voor het overblijvende gezin. Dit zal bijvoorbeeld anders kunnen zijn wanneer de langstlevende echtgenoot alleen achterblijft in een heel grote woning. In dergelijke omstandigheden kan de echtgenoot niet steeds verwachten het gebruik daarvan ongewijzigd en voor onbepaalde tijd te mogen voortzetten. Ook de leeftijd van de betrokkene kan van belang zijn: is de langstlevende echtgenoot nog jong, dan zal er in veel gevallen vanuit mogen worden gegaan dat deze op zeker moment zelf in eigen huisvesting kan voorzien.

Een beperking van de duur van het vruchtgebruik kan dan passend zijn. Eveneens zal als vuistregel aangenomen kunnen worden dat vruchtgebruik van andere goederen dan de woning en de inboedel niet aan de orde zal zijn indien door middel van een pensioen een passend inkomen verzekerd is. Ook zal terdege rekening gehouden moeten worden met de mogelijkheid dat de langstlevende zelf in voldoende mate inkomsten kan verwerven. Bij gebreke daarvan is aanvulling denkbaar met een vruchtgebruik van bepaalde nalatenschapsgoederen, zo nodig met verteringsbevoegdheid. In het oog dient echter gehouden te worden dat verregaande inperking van de beschikkingsvrijheid van de erflater niet zonder goede grond dient plaats te vinden.

Direct na verschaffing van vruchtgebruik kan beëindiging daarvan worden gevraagd, maar de erfgenamen kunnen de echtgenoot ook bij voorbaat, nog voordat het vruchtgebruik is gevestigd, de aanspraak op vruchtgebruik doen ontzeggen. Deze mogelijkheid is vooral nuttig als aanstonds duidelijk is dat het vruchtgebruik voor de verzorging van de echtgenoot niet nodig is. Wel zullen de erfgenamen de echtgenoot eerst ingevolge artikel 31, tweede lid, in de gelegenheid dienen te stellen zich over het vruchtgebruik uit te spreken. Het is zinvol dat ontzegging van het vruchtgebruik mede aan de orde kan komen in het kader van het verweer tegen een door de langstlevende echtgenoot ingestelde rechtsvordering tot vestiging van zodanig vruchtgebruik (vierde lid).

De positie van de echtgenoot is overigens voor de toepassing van artikel 29 anders dan voor de toepassing van artikel 30. Om aanspraak te kunnen maken op een vruchtgebruik van de woning en de inboedel (artikel 29) hoeft de echtgenoot niet bij voorbaat aannemelijk te maken dat het vruchtgebruik nodig is voor zijn verzorging. Als de erfgenamen bezwaar hebben tegen vestiging van het vruchtgebruik, zullen zij in de procedure ingevolge artikel 33, tweede lid, onderdeel a, moeten aangeven waarom woning en/of inboedel voor een passende verzorging niet nodig zijn. Gaat het om een vruchtgebruik van andere goederen, waarop artikel 30 betrekking heeft, dan dient blijkens de redactie van artikel 30 de echtgenoot zo nodig de verzorgingsbehoefte aannemelijk te maken. Het gaat hier derhalve om een verschil in bewijslast. Zie wel artikel 30a.

De grond voor opheffing van de verplichting van de rechthebbende tot medewerking aan vestiging van vruchtgebruik kan bijvoorbeeld ook aan

de orde komen in verband met een conservatoir beslag ter verkrijging van levering van het vruchtgebruik (artikel 730 WBRvA). De formulering van het vierde lid is deels ontleend aan artikel 3:51, derde lid.

De langstlevende kan aanspraak maken op een passende voorziening, doch dit is niet hetzelfde als een aanspraak om onder alle omstandigheden het leefpatroon van voorheen te kunnen voortzetten. Gegeven de beperkte strekking van de andere wettelijke rechten van afdeling 2 van titel 3, te weten het bieden van een vangnet aan de echtgenoot in gevallen dat diens verzorging anderszins niet is gewaarborgd, dient de verzorgingsbehoefte in deze afdeling beperkter te worden opgevat dan in afdeling 1 van titel 3. Met het oog op meer duidelijkheid hierover zijn in het vijfde lid elementen opgenomen die voor de bepaling van de verzorgingsbehoefte relevant zijn. Het gaat hier om een niet-limitatieve opsomming. De leeftijd van de echtgenoot (onderdeel a) kan van belang zijn, bijvoorbeeld in die zin dat naarmate de echtgenoot jonger is, er over het algemeen meer mogelijkheden zijn om zelf in de verzorging te voorzien. De samenstelling van de huishouding waartoe de echtgenoot behoort (onderdeel b) kan bijvoorbeeld van betekenis zijn als de huisgenoten ook bijdragen aan gemeenschappelijke kosten. Omgekeerd kunnen bijvoorbeeld ook kosten die de echtgenoot maakt ten behoeve van tot zijn huishouding behorende kinderen de verzorgingsbehoefte mede bepalen. Onderdeel c bepaalt dat de rechter rekening dient te houden met andere bronnen voor de verzorging van de echtgenoot. Het gaat daarbij niet slechts om feitelijk aanwezige bronnen, maar bijvoorbeeld ook om arbeidsinkomsten die de echtgenoot zich in redelijkheid, mede gezien diens leeftijd en opleiding, kan verwerven. Bij eigen vermogen moet mede gedacht worden aan aanspraken uit sommenverzekeringen. Met andere middelen of voorzieningen wordt bijvoorbeeld gedoeld op een wettelijk algemeen nabestaandenpensioen. Dat daaronder geen onderstand is te begrijpen ligt gezien het subsidiaire karakter daarvan voor de hand. Uit onderdeel d, dat spreekt van een passend verzorgingsniveau, komt naar voren dat een beperktere reikwijdte is beoogd dan het zoveel mogelijk voortleven als voorheen, dat in afdeling 1 van titel 3 voorop staat. Wat passend is, zal van geval tot geval kunnen verschillen en mede afhankelijk kunnen zijn van factoren als genoemd in de onderdelen a en b, alsmede van de maatschappelijke positie van de echtgenoot. Uitgangs-

punt is wel dat een stap terug na het overlijden van de echtgenoot in vele gevallen, evenals na echtscheiding, onvermijdelijk is. Niet uitgesloten is ook dat een passend verzorgingsniveau de eerste tijd na het overlijden van de erflater wat hoger ligt dan nadien, hetgeen onder omstandigheden een zekere afbouw van het verzorgingsrecht kan rechtvaardigen.

Artikelen 34 tot en met 34e

Deze artikelen regelen de inkorting van giften waartoe de langstlevende echtgenoot kan overgaan voor zover deze uit de nalatenschap onvoldoende in vruchtgebruik kan verkrijgen voor zijn verzorging. Opgemerkt zij dat de somgerechtigde kinderen van artikel 35 voorgaan boven de echtgenoot, zodat de aanwezigheid van rechten op sommen ineens de echtgenoot kan nopen om tot inkorting over te gaan.

De onderhavige regeling wordt in artikel 37, zesde lid, van overeenkomstige toepassing verklaard op de inkortingsmogelijkheid van somgerechtigden (welke mogelijkheid ontbreekt in Nederland).

In artikel 4:34, eerste lid, Ned.BW wordt verwezen naar artikelen betreffende inkorting door een legitimaris (artikelen 4:89, tweede en derde lid, 4:90, eerste en derde lid, 4:66, 4:68 en 4:69 Ned.BW). Aangezien het onderhavige ontwerp de legitieme portie niet kent, zijn deze bepalingen uitgeschreven in de artikelen 34a tot en met 34e. Artikel 34a correspondeert met artikel 4:89, tweede lid, Ned.BW in verbinding met artikel 4:67 Ned.BW, en artikel 4:89, derde lid, Ned.BW; artikel 34b met artikel 90, eerste en derde lid, Ned.BW; artikel 34c met 4:66 Ned.BW; artikel 34d met artikel 68 Ned.BW; en artikel 34e met artikel 69 Ned.BW.

De derde volzin van het eerste lid van artikel 4:34 Ned.BW is niet overgenomen aangezien de legitieme portie ontbreekt. Deshalve wordt in het tweede lid gesproken van ‘bevoegdheid’ in plaats van ‘bevoegdheden’ zoals in de Nederlandse tekst.

In het tweede lid zijn de gevolgen van de inkorting geregeld. De tweede volzin verklaart een aantal leden van artikel 23 van overeenkomstige toepassing, waardoor de echtgenoot bijvoorbeeld, zo nodig, de rechter zal kunnen verzoeken om een verteringsbevoegdheid vast te stellen met betrekking tot hetgeen de echtgenoot in vruchtgebruik verkrijgt. Het zesde lid van artikel 23 dient niet van overeenkomstige toepassing te zijn, omdat nalatenschapsschuldeisers zich in het geheel niet zullen kunnen

verhalen op hetgeen de echtgenoot door inkorting in vruchtgebruik verkrijgt.

Voor zover de echtgenoot daaraan behoefte heeft, kan een verzorgingsvruchtgebruik betrekking hebben op alle goederen van de nalatenschap en alle geldsommen betreffen waarvoor giften kunnen worden ingekort (artikel 34, derde lid), met dien verstande dat dit vruchtgebruik niet kan worden ingeroepen tegen schuldeisers ter zake van schulden als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onderdelen a tot en met f (artikel 31, eerste lid, tweede en derde volzin). Ingevolge artikel 34, vierde lid, bestaat een geschillenregeling.

Artikel 35

Op de onderhavige som ineens van een minderjarig of (jong)meerderjarig kind zal geen beroep gedaan worden indien de langstlevende echtgenoot ouder van het kind is, omdat dan op hem de verplichting tot levensonderhoud blijft rusten. Heeft echter de erflater bepaald dat afdeling 1 ook van toepassing is ten behoeve van een stiefouder van het kind, dan kan zulks meebrengen dat het levensonderhoud van het kind in de knel komt als hem geen eigen terstond geldend te maken aanspraak wordt toegekend.

Wat betreft het buitenhuwelijkse niet-erkende kind geeft het huidige artikel 1:406b ook recht op een som ineens; deze bepaling zal kunnen komen te vervallen. Het derde lid heeft dezelfde strekking als artikel 30, zevende lid. Zie voorts artikel 37.

Belangrijk is dat voor kinderen die een studie of een opleiding volgen de mogelijkheid wordt geopend dat de som ineens de kosten dekt totdat het kind uiterlijk vijftientwintig jaren is. Voorgesteld wordt ook artikel 1:395a aan te passen. Deze grens van vijftientwintig jaren is ontleend aan modelwetgeving inzake onderhoud van Caricom. Section 9(4) van de Caricom Model Legislation on Maintenance and Maintenance Orders luidt:

‘Where the court is satisfied that -

(a) a child in respect of whom a maintenance order has been made is or will be engaged in a course of education or training after attaining the age of eighteen years; and

(b) for the purposes of such education or training, it is expedient for payments under the order to continue after the child has attained that age.’

Artikel 36

Mede gelet op het vervallen van de legitieme portie is het van belang dat aan de kinderen die zonder behoorlijke vergoeding geruime tijd voor hun ouders arbeid hebben verricht een billijke vergoeding toekomt (uitgesteld inkomen, ‘salaire differé’). De som ineens wordt verminderd met hetgeen het kind verkrijgt uit de nalatenschap voor zover die verkrijging kan worden gezien als een beloning voor de werkzaamheden (tweede lid). Zie ook het overnamerecht van artikel 38. De regeling van alle ‘andere wettelijke rechten’ van de onderhavige afdeling 2 is van dwingend recht (artikel 41). Het recht op deze som ineens is niet beperkt tot meerderjarige kinderen, aangezien ouders sedert 1 januari 2002 (datum van inwerkingtreding van Boek 1 nieuw BWA) niet langer het vruchtgenot hebben van het arbeidsinkomen van hun minderjarige kinderen (artikel 1:253l).

Artikel 37

In het eerste tot en met derde lid worden verval- en verjaringstermijnen gegeven; men vergelijk de toelichting bij artikel 32, tweede en derde lid. Anders dan in Nederland wordt geen maximum aan de sommen ineens gesteld (Nederlandse artikel 37, vierde lid: de helft van de waarde van de nalatenschap). In dit verband bedenke men dat in het onderhavige ontwerp de kinderen geen legitieme portie hebben. In het onderhavige ontwerp kunnen de somgerechtigde kinderen ook giften inkorten (zesde lid, welk lid ontbreekt in Nederland).

In het vijfde lid van de Nederlandse pendant (artikel 4:37, vijfde lid, Ned.BW) is verwezen naar artikel 87, tweede lid, tweede volzin, Ned.BW inzake de inkorting door een legitimaris. Aangezien in het onderhavige ontwerp de legitieme portie niet voorkomt, is deze bepaling in het vijfde lid uitgeschreven.

Artikel 38

Dit artikel kent aan een kind of stiefkind (eerste lid) en de echtgenoot van de erflater (vijfde lid) het recht toe tot de nalatenschap of ontbonden

huwelijksgemeenschap behorende goederen die dienstbaar waren aan een door de erflater uitgeoefend beroep of bedrijf tegen een redelijke prijs over te nemen. Derden hebben met de regeling rekening te houden. Indien zij in dit artikel bedoelde goederen verkrijgen en het bedrijf of beroep wordt voortgezet, kan ook van deze derden overdracht gevorderd worden.

In het eerste lid wordt gesproken over goederen die dienstbaar waren aan een beroep of bedrijf. Men dient hier te denken aan goederen die een functie in de beroeps- of bedrijfsuitoefening hebben. Zo is bijvoorbeeld een verhuurd huis dat tot het bedrijf behoort maar dat geen functie in de bedrijfsuitoefening heeft, niet dienstbaar aan het bedrijf.

Indien volgens de bepaling aanspraak wordt gemaakt op voortzetting van het beroep of bedrijf is uiteindelijk de rechter geroepen uit te maken of voortzetting in de rede ligt en daarnaast ook wie van de mogelijk belangstellenden voor voortzetting in aanmerking komt. Bij deze vragen is aan de rechter een grote mate van beoordelingsvrijheid toegedacht. Hij kan ook nadere regelingen treffen, bijvoorbeeld indien de echtgenoot het bedrijf samen met een kind gaat voortzetten.

Van het stellen van de eis dat de erflater het bedrijf tot zijn overlijden moet hebben uitgeoefend, is afgezien. Ook als de erflater bijvoorbeeld door ziekte reeds voor zijn overlijden het bedrijf niet meer uitoefende, dient overdracht van bedrijfsgoederen bij voortzetting door bijvoorbeeld een kind mogelijk te zijn. Niet gevreesd hoeft te worden dat de rechter zal verplichten tot overdracht van goederen die behoren tot een bedrijf dat de erflater reeds lang aan een derde heeft overgedragen. In dat geval kan immers niet gesproken worden van voortzetting van het bedrijf van de erflater.

De overnameprijs dient redelijk te zijn in de zin dat het niet onmogelijk moet zijn het bedrijf voort te zetten. Uiteindelijk beslist in geval van geschil ook hier de rechter.

Het tweede lid geeft een voorziening voor het geval de erflater bestuurder was van een NV, AVV of VBA en hij alleen of tezamen met de medebestuurders de meerderheid van de aandelen hield. Als het kind of diens echtgenoot ten tijde van het overlijden bestuurder van die vennootschap is of na het overlijden de positie als bestuurder van de erflater voortzet, is het bepaalde in het eerste lid van overeenkomstige toepas-

sing. Ook als de erflater reeds voor zijn overlijden als bestuurder is teruggetreden, kan het tweede lid onder omstandigheden worden toegepast. Door het derde lid staat vast dat voortzetting in het kader van het tweede lid alleen kan plaatsvinden indien de voortzetter daartoe ook statutair bevoegd is. Anders gezegd: een blokkeringsregeling moet zich niet tegen de overdracht van de aandelen verzetten.

Het vierde lid bevat in verband met de rechtszekerheid een vervaltermijn van een jaar na het overlijden.

Artikel 39

Degene die een aanspraak op een wettelijk recht als bedoeld in afdeling 2 van titel 3 kan maken, maar vanwege het ontbreken van erfgenaamschap geen toegang tot nalatenschapgegevens heeft, verkrijgt ingevolge dit artikel een aanspraak op informatie.

Artikel 40

In geval van vermoedelijk overlijden en de vaststelling van overlijden in bepaalde gevallen, zoals geregeld in de afdelingen 2 en 3 van titel 18 van Boek 1 behoren termijnen die aanvangen met het overlijden van de erflater dan wel het openvallen van de nalatenschap, in plaats daarvan te lopen vanaf de dag dat de desbetreffende beschikkingen in kracht van gewijsde gaan. Voor de relevante termijnen in afdeling 2 van titel 3 is zulks bepaald in het onderhavige artikel. Een vergelijkbare bepaling is in afdeling 1 van titel 3 opgenomen in artikel 18, vierde lid.

Artikel 40a

Zie de toelichting bij artikel 27c.

Artikel 41

Met dit artikel wordt het dwingendrechtelijk karakter van deze afdeling tot uitdrukking gebracht.

Titel 4. Uiterste willen

Afdeling 1. Uiterste wilsbeschikkingen in het algemeen

Artikel 42

De uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling in die zin, dat voor de geldigheid van de handeling de wilsverklaring van een persoon volgens de wet voldoende is. Ook als de erflater zelf zijn beschikking afhankelijk mocht hebben gesteld van de wilsverklaring van een ander, blijft de uiterste wilsbeschikking een eenzijdige rechtshandeling in de hier bedoelde zin. Het typerende van de uiterste wilsbeschikking is dat zij eerst werkt na het overlijden van degene die de rechtshandeling verricht; vóór het overlijden van de erflater wordt tussen hem en de bij uiterste wilsbeschikking bevoordeelde door de beschikking geen enkele rechtsband geschapen.

Naast dit materiële vereiste verlangt het eerste lid dat de beschikking na dode in Boek 4 of elders in de wet geregeld moet zijn; men denke wat dat laatste betreft aan een uitsluitingsclausule en de aanwijzing van een voogd over de nagelaten kinderen ingevolge Boek 1. Hier geldt dus een gesloten stelsel. Uiterste wilsbeschikkingen volgens Boek 4 zijn met name: erfstellingen, legaten, testamentaire lasten, door de wet toegestane beschikkingen in het kader van de wettelijke verdeling, het bewind en de executele.

In de definitie is niet meer opgenomen, dat de erflater zijn verklaring herroepelijk moet hebben afgelegd. De herroepelijkheid is in het tweede lid tot een bijzondere voor testamenten geldende regel gemaakt. Mocht dus een erflater in zijn testament zijn beschikking voor onherroepelijk hebben verklaard, dan houdt de akte niet op een testament te zijn; de verklaring van onherroepelijkheid is echter als in strijd met het tweede lid van dit artikel nietig. Herroeping kan uitdrukkelijk of stilzwijgend (bijvoorbeeld door een vervangende uiterste wilsbeschikking) geschieden.

Het hoogstpersoonlijke karakter van deze rechtshandeling, neergelegd in het derde lid, brengt mede, dat een wettelijke vertegenwoordiger of een gevolmachtigde nimmer rechtsgeldig ten name van de vertegenwoordigde een uiterste wilsbeschikking kan maken. In het ontwerp behoort deze regel in de wet te staan, omdat titel 3 van Boek 3 BWA ervan uitgaat dat in beginsel alle vermogensrechtelijke rechtshandelingen via een vertegenwoordiger kunnen worden verricht.

Artikel 43

Het is niet gewenst om binnen de ‘familiekring’ (in ruime zin) misbruik van omstandigheden als grond van vernietiging van uiterste wilsbeschikkingen te erkennen, omdat dit juist bij uiterste willen een voortdurende bron van processen zou zijn; degenen, die door een testament in hun verwachtingen zijn teleurgesteld, menen bijna steeds dat de bevoordeelden een onoorbare invloed hebben uitgeoefend om de erflater tot het maken van zijn uiterste wil te bewegen. Gaat het daarentegen om ‘buitenstaanders’ dan is – anders dan in Nederland – een beroep op misbruik van omstandigheden wel mogelijk. Het openen van deze mogelijkheid hangt mede samen met het vervallen van de legitieme portie. Zie ook de artikelen 57 tot en met 61 die dienen ter voorkoming van ongeoorloofde beïnvloeding van de testateur (en artikel 7:178 ten aanzien van schenking). De uitzondering in artikel 60, onderdeel b, is afgestemd op het onderhavige artikel 43, eerste lid.

Misbruik van omstandigheden is volgens artikel 3:44, vierde lid, aanwezig ‘wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.’ Het is uiteraard de taak van de notaris in het algemeen om te trachten – door goede voorlichting en advies – te vermijden dat bij het maken van een testament misbruik van omstandigheden zich voordoet. Gaat het om een buitenstaander of kort kinderloos huwelijk en wordt (door de kinderen) beroep gedaan op misbruik van omstandigheden, dan geldt een omkering van de bewijslast (eerste lid, laatste volzin).

Het tweede lid van het onderhavige artikel 43 geeft aan, wanneer een uiterste wil op grond van een dwaling in de beweegreden kan vernietigd worden. In het ontwerp is dit beroep slechts in beperkte mate toegelaten: de onjuiste beweegreden (falsa causa) moet uit het testament zelf blijken; en bovendien moet vaststaan, dat de beschikking niet gemaakt zou zijn, wanneer de erflater beter ingelicht ware. Een beweegreden is onjuist, wanneer een erflater tot een beschikking wordt bewogen door een omstandigheid, die hij ten onrechte als bestaande aanmerkt of die ontijdig

opgehouden heeft te bestaan of door een verwachting, die niet in vervulling is gegaan. Van een dwaling in de beweegredenen is wel te onderscheiden een onjuiste aanduiding van een persoon of van een goed in een uiterste wil. Dit geval is geregeld in artikel 46, derde lid. Het is meer een geval van uitlegging van de uiterste wilsbeschikking dan van een grond van nietigheid of vernietigbaarheid wegens dwaling in de beweegredenen.

Het derde lid heft betrekking op bevestiging door de erflater van een uiterste wilsbeschikking die is tot stand gekomen onder invloed van misbruik van omstandigheden, bedreiging, bedrog of een onjuiste beweegreden. Het gaat hier om een andere figuur dan de bevestiging, bedoeld in artikel 3:55, eerste lid, die in geval van een uiterste wilsbeschikking uitsluitend kan plaats vinden na het overlijden door degene die als onmiddellijk belanghebbende tot vernietiging bevoegd was. Voor de bevestiging gelden geen vormvoorschriften.

Artikel 44

Een uiterste wilsbeschikking kan nietig zijn wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde, zowel wanneer daarmede in strijd is haar inhoud als haar beslissende grond. In overeenstemming met hetgeen in artikel 43 is bepaald, moet de beweegreden zelf in het testament zijn te vinden; haar beslissend karakter kan echter zo nodig door feiten buiten het testament staande worden bewezen.

Artikel 45

Het eerste lid betreft de onmogelijke of ongeoorloofde voorwaarde of last. Het tweede lid is als een toepassing van het in artikel 44 bepaalde te beschouwen. Slechts is hier niet alleen van een onzedelijke beweegreden sprake maar ook van een die onmogelijk is.

Artikel 46

Dit artikel geeft enige regels voor de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen. Voorop staat de regel, dat men steeds bij de uitlegging dient rekening te houden met de verhoudingen, die de wil wenst te regelen, dus ook als die verhoudingen uit de wil zelf niet te kennen zijn. Of bijvoorbeeld een uiterste wilsbeschikking een bevestiging van het erfrecht bij

versterf wil geven, dan wel daarbuiten wil treden, hangt in de eerste plaats af van de verwanten, die de erflater in leven heeft, iets wat niet uit het testament zelf te kennen is. Is de geroepene geen erfgenaam bij versterf, dan heeft de erflater ongetwijfeld van de erfopvolging bij versterf willen afwijken. Heeft de geroepene daarentegen een gelijk erfdeel bij versterf als het testament hem toekent, dan is de beschikking op zichzelf niet duidelijk en zal men uit de overige testamentaire bepalingen en, zo deze geen uitkomst geven, buiten de uiterste wil om, de bedoeling van de erflater vaststellen.

Het tweede lid geeft dezelfde regel weer, die in het huidige recht aldus wordt uitgedrukt: 'Indien de bewoordingen ener uiterste wilsbeschikking duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken.' Tegen de tegenwoordige redactie maakt men echter terecht het bezwaar, dat het dikwijls slechts afhangt van welke gegevens men bij zijn interpretatie gebruik maakt of men de woorden uit een testament voor duidelijk of onduidelijk moet verklaren. Vandaar dat het van meer gewicht is in de wet aan te geven welke gegevens men bij de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen mag gebruiken. Uit het eerste lid volgt dat de te regelen verhoudingen steeds bij de uitlegging mogen te hulp geroepen worden. Daarentegen mogen daden of verklaringen van de erflater, die niet in het testament zelf zijn vervat, slechts voor de uitlegging van de uiterste wil gebruikt worden wanneer deze daarzonder geen duidelijke zin heeft. Het laatste lid van het artikel geeft een regel van uitlegging, die noodzakelijk wordt door de veelal onvolkomen of onjuiste aanduiding van de persoon te wiens behoefte of van het goed waarover beschikt wordt. In dat geval mag steeds een uitlegging naar de bedoeling van de erflater met behulp van de uiterste wil of zelfs met andere gegevens plaats vinden.

Artikel 47

Hier wordt als hoofdregel gesteld, dat, wanneer op het ogenblik van het overlijden van de erflater een door deze getroffen beschikking onmogelijk is geworden, de beschikking vervalt, zonder dat iets anders als surrogaat daarvoor in de plaats treedt. Deze regel is in het belang van de rechtszekerheid gewenst; beschikkingen, die niet in de door de wet voorgeschreven vorm getroffen zijn, kunnen niet in aanmerking komen, ook al is de bedoeling om aldus te beschikken te bewijzen.

Op het beginsel wordt slechts een uitzondering gemaakt, wanneer de wet zelf dit doet (zie artikel 51) of uit het testament zelf de bedoeling is af te leiden om een andere beschikking in de plaats van de onmogelijk geworden te doen treden. Zo kan bijvoorbeeld wanneer A na B tot een goed krachtens fideicommissaire substitutie geroepen wordt en de bezwaarde voor de erflater overleden is op grond van de klaarblijkelijke bedoeling van de erflater de als verwachter aangewezen als onmiddellijke erfgenaam beschouwd worden.

Artikel 48

Als algemene regel wordt in het onderhavige artikel gesteld dat indien onderscheiden personen bij eenzelfde uiterste wil tot de gehele nalatenschap, tot hetzelfde erfdeel of hetzelfde bepaalde goed geroepen worden en de uiterste wilsbeschikking ten opzichte van een hunner geen gevolg heeft, als regel aanwas ten behoeve van de overigen plaats vindt, wanneer ieder tot het geheel of ieder voor een gelijk deel geroepen wordt. Bij dit gelijke deel wordt geen onderscheid gemaakt of het deel al of niet met een breuk is aangeduid. Deze regel vindt dus ook plaats wanneer ieder van de geroepen een bepaald deel aangewezen is ($1/2$, $1/3$ enz.).

Men denke hier aan vooroverlijden, verwerping of onwaardigheid van een hunner of aan het geval dat de uiterste wilsbeschikking jegens een hunner wegens het niet uitvoeren van een last is vervallen verklaard, een vernietiging heeft plaats gevonden of de uiterste wilsbeschikking nietig is wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde enz.

De aanwas ten behoeve van de overige geroepen is voorgeschreven, omdat deze als het meest met de bedoeling van de erflater overeenstemmend mag beschouwd worden. Hieruit volgt, dat zij niet mag toegepast worden telkens wanneer uit de uiterste wil van een tegenovergestelde bedoeling blijkt.

Artikel 49

In het eerste lid wordt bepaald dat een ten laste van een erfgenaam gemaakt legaat van een bepaald goed dat bij het openvallen van de nalatenschap daartoe niet behoort, vervalt, tenzij uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild.

Is uit de uiterste wil zelf af te leiden dat de erflater het legaat ook heeft willen maken voor het geval dat het gelegateerde bepaalde goed niet tot zijn nalatenschap behoort, dan betekent dit dat op de belaste erfgenaam de plicht rust zich het gelegateerde goed te verschaffen ten einde aan de beschikking uitvoering te kunnen geven. Blijkt echter dat het de erfgenaam niet mogelijk is zich van deze verplichting te kwijten of dat dit slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering mogelijk zou zijn, dan ware het noch in de lijn van erflaters bedoeling dat het legaat toch vervalt, noch ook redelijk de erfgenaam voor wanprestatie aansprakelijk te stellen; de juiste oplossing is dan dat de erfgenaam gehouden is in plaats van het gelegateerde goed de waarde hiervan uit te keren (tweede lid). Het spreekt vanzelf dat het tweede lid niet toepasselijk is, wanneer de erflater blijkens zijn uiterste wil het hier bedoelde geval heeft voorzien en voor dat geval het legaat in het geheel niet heeft gewild.

Volgens het derde lid wordt voor de toepassing van het eerste lid een goed niet geacht tot de nalatenschap te behoren, indien op de erflater een verbintenis tot overdracht van dat goed rust, die niet met zijn dood teniet gaat. Men zal ermede willen instemmen, dat de derde, die aanspraak op levering kan maken, ook inderdaad geleverd krijgt. In de regel zal het niet stroken met hetgeen de erflater heeft bedoeld dat de legataris schade-loos moet worden gesteld.

Artikel 50

Het eerste lid schrijft – overeenkomstig het huidige recht – voor dat beslissend is de staat van het gelegateerde goed ten tijde van overlijden. Het tweede lid geeft de belangrijkste gevolgtrekking uit het eerste lid: het niet verplicht zijn van een erfgenaam om het gelegateerde goed te bevrijden van de beperkte rechten, ook niet van die de erflater daarop na het maken van het testament heeft gevestigd; men denke aan hypotheek, vruchtgebruik en erfdienstbaarheden. De regel van het eerste lid ziet overigens niet alleen op de feitelijke, maar ook op de juridische staat van de gelegateerde zaak op het ogenblik van overlijden van de erflater.

Bij bedoeld beginsel sluit zich ook het derde lid aan. Wanneer een erflater een vorderingsrecht op de erfgenaam zelf aan een ander legateert, zou dit vorderingsrecht niettemin, omdat het krachtens artikel 182 bij het openvallen van de nalatenschap op de erfgenaam overgaat, door vermen-

ging tenietgaan en dus niet meer vatbaar zijn voor overdracht aan de legataris ter uitvoering van het legaat. Daarom bepaalt het onderhavige derde lid dat in dit geval geen vermenging intreedt. Hetzelfde geldt voor een legaat van een beperkt recht van de erflater op een goed van de erfgenaam, en omgekeerd ook voor het legaat van een goed van de erflater, waarop een beperkt recht van de erfgenaam rust.

Artikel 51

Dit artikel betreft een goed uit de door het overlijden ontbonden huwelijksgemeenschap. Het is een voorbeeld van een afwijking van de regel van artikel 47 krachtens wettelijk voorschrift. Het artikel vindt toepassing zowel wanneer een goed uit de huwelijksgemeenschap voor het geheel als voor een deel vermaakt is; verder zowel wanneer het goed aan de andere echtgenoot door erfopvolging als door boedelscheiding is ten deel gevallen.

Artikel 52

De rechtspraak heeft zich over het algemeen in die zin ontwikkeld dat wanneer in een making bij de naam van degene te wiens voordele zij is gemaakt de aanduiding 'echtgenoot' of 'aanstaande echtgenoot' is geplaatst, hiermede de beslissende beweegreden van de making is aangegeven, en wel in die zin dat de erflater tot de beschikking is bewogen door de veronderstelling dat het huwelijk op het tijdstip van zijn dood nog in stand zou zijn. Het voorgestelde artikel bouwt op die ontwikkeling voort. Het beperkt zich niet tot de gevallen dat in de akte van uiterste wil een zodanige aanduiding is opgenomen, zonder welke toepassing van artikel 43 niet mogelijk is. Het ontbreken van die aanduiding in de uiterste wil behoort niet beslissend te zijn; indien de bevoordeelde inderdaad op het tijdstip van het maken van de uiterste wil de verloofde of de echtgenoot van de erflater is, zal die hoedanigheid en de veronderstelling dat het huwelijk bestendig zal zijn, bijna altijd de beweegreden van de erflater zijn.

Echter behoort de testamentaire bevoordeling niet te vervallen, wanneer uit de uiterste wil is af te leiden dat de beslissende beweegreden tot het maken van de beschikking niet was gelegen in de veronderstelling dat het huwelijk of het voorgenomen huwelijk van erflater en bevoordeelde

bij de dood van de erflater nog in stand zou zijn. De thans gebruikte term 'is af te leiden' komt ook voor in de artikelen 47 en 49, eerste lid.

Artikel 53

Dit artikel geeft een uitleg aan de aan in een uiterste wil gebruikte term naaste bloed(verwanten). Het gaat hier om een wettelijk vermoeden, dat door tegenbewijs kan worden ontzenuwd.

Artikel 54

Het onderhavige artikel bepaalt dat de bevoegdheid om een beroep te doen op een vernietigingsgrond met betrekking tot een uiterste wilsbeschikking verjaart één jaar nadat de dood van de erflater, de beschikking en de vernietigingsgrond ter kennis zijn gekomen van degene die deze grond kan invoeren, dan wel zijn rechtsvoorganger. In de praktijk kan dit betekenen dat het aldus aan drie vereisten gekoppelde aanvangstijdstip zeer lang kan uitblijven. Aan de daaraan verbonden bezwaren is tegemoet gekomen door naast de eventueel pas zeer laat intredende verjaaringstermijn nog een vervaltermijn in het leven te roepen van drie jaar, nadat de tot vernietiging bevoegde dan wel zijn rechtsvoorganger kennis heeft genomen van de dood van de erflater en van de beschikking. Dit artikel sluit aan bij de artikelen 3:52 en 3:53. Zie ook artikel 110 ten aanzien van een uiterste wil.

Artikel 55

Dit artikel bouwt voort op hetgeen in de titel Rechtshandelingen van Boek 3 in het algemeen omtrent geestelijke stoornis en handelingsonbekwaamheid is bepaald (zie de artikelen 3:32 tot en met 3:34). Dientengevolge kan iemand wiens geestvermogens blijvend of tijdelijk gestoord zijn geen uiterste wil maken indien dientengevolge een op een rechtsgevolg gerichte wil geheel ontbreekt, de stoornis in het algemeen een redelijke waardering van de bij het testament betrokken belangen belet of een bepaalde verklaring onder invloed van die stoornis is gedaan.

Wat de handelingsonbekwamen betreft, deze kunnen in het algemeen volgens de algemene voor rechtshandelingen geldende regels geen geldige uiterste wil maken. Het artikel zondert hiervan echter uit de minderjarigen boven de zestien jaar.

In het derde lid is aangesloten bij artikel 1:382. In de voorgestelde regeling is het de taak van de rechter om te beoordelen, eventueel na het inwinnen van een deskundigenbericht, of de curandus een redelijke waardering van de bij het maken van de uiterste wilsbeschikking betrokken belangen belet (overeenkomstig artikel 3:34, eerste lid). Indien dit niet het geval is, dan geeft de rechter zijn toestemming. De rechter kan aan zijn toestemming voorwaarden verbinden, bijvoorbeeld dat de notariële akte die de uiterste wil bevat binnen een bepaalde periode dient te zijn verleden, of dat de onderhandse akte die de uiterste wil bevat binnen een bepaalde periode aan de notaris ter hand dient te worden gesteld (zie artikel 94). De door de rechter verleende toestemming laat de mogelijkheid onverlet om de geldigheid van de uiterste wil aan te tasten met een beroep op artikel 3:33.

Artikel 55 wijkt wat de curatele af van de Nederlandse pendant, dit in overeenstemming met wat in Boek 1 (artikelen 1:37, 1:38, 1:204, 1:382, 1:385 en 1:386) is geschied. Geen rekening wordt namelijk gehouden met de gronden van curatele. In artikel 1:382 is bepaald dat een curandus, ongeacht de grond waarvoor de curatele is ingesteld, slechts familie-rechtelijke handelingen mag verrichten met toestemming van de rechter in eerste aanleg. Het gaat hier onder meer om het aangaan van een huwelijk (de artikelen 37 en 38 kunnen derhalve vervallen), een scheidingsverzoek (HR 28 maart 1980, NJ 1980, 378), de aantasting van het vaderschap en de erkenning van een kind (het vierde lid van artikel 204 kan vervallen). Hetzelfde geldt ingevolge het voorgestelde artikel 55, tweede lid, voor het maken van een testament. De rechter zal moeten beoordelen of de curandus voldoende in staat moet worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake.

Artikel 56

Om voordeel te trekken uit een nalatenschap moet men bestaan; zie voor het versterkerrecht artikel 9 en voor het testamentaire erfrecht het onderhavige artikel 56. In verband hiermee is de algemene regel dat makingen over de hand geoorloofd zijn als de verwachter bestaat op het ogenblik dat de erflater overlijdt en de bezwaarde overleeft. Dergelijke makingen over de hand worden als voorwaardelijke uiterste wilsbeschikkingen aangemerkt (artikel 141). Desgewenst kan de erflater van deze makingen

over de hand een zogenaamd ‘fideïcommis de residuo’ maken (artikel 138, tweede lid). In het onderhavige artikel 56, tweede tot en met vierde lid, worden aan bovenstaande hoofdregel enkele uitbreidingen gegeven. In bepaalde gevallen kan een making over de hand ook rechtsgeldig worden getroffen, al bestaan bij het openvallen van de nalatenschap de verwachters nog niet.

Volgens het tweede lid kan de erflater bepalen, dat het vermaakte aan bij zijn overlijden nog niet geboren verwachters zal ten goede komen, mits de bezwaarde een afstammeling van een ouder is (zijn afstammeling, broer of zuster) of een afstammeling van laatstgenoemden, en de verwachters de erfgenamen bij versterf in de rechte nederdalende lijn van die bezwaarde zijn, staaksgewijze.

In het derde lid mag de bezwaarde iedere willekeurige derde zijn (in de praktijk vaak de echtgenoot), de verwachters moeten afstammelingen van een ouder van de erflater zijn. Voorts kunnen, indien die afstammeling het overlijden van de bevoordeelde niet overleeft, diens alsdan bestaande afstammelingen staaksgewijze in diens plaats treden, ook al bestonden zij nog niet ten tijde van overlijden van de erflater.

Het vierde lid betreft de fideïcommis de residuo. Hier geldt de uitzondering op de bestaanseis in de meest vergaande vorm. Verwachters moeten zijn bloedverwanten van de erflater in de erfelijke graad, d.i. tot in de zesde (artikel 12, derde lid).

Artikelen 57 tot en met 62

Deze reeks artikelen dienen ter voorkoming van ongeoorloofde beïnvloeding van de testateur; de sanctie is niet langer nietigheid, maar vernietigbaarheid. Zie de huidige artikelen 4:931 tot en met 4:934 en 4:937 BWA en HR 2 november 2007, NJ 2008, 551.

Afdeling 3 van titel 4 van Boek 4 Ned.BW (artikelen 4:63 tot en met 4:92 Ned.BW), inzake de legitieme portie, is niet overgenomen. Zie deze Memorie van Toelichting onder Algemeen bij dit Boek.

Afdeling 4. Vorm van uiterste willen

Artikel 93

Deze bepaling correspondeert met het huidige recht en is gehandhaafd aangezien een gemeenschappelijk testament gemakkelijk bij een of beide

erflaters de indruk kan wekken dat de beschikkingen niet eenzijdig kunnen worden herroepen.

Artikel 94

De testamentvormen zijn tot twee teruggebracht. Een geheim testament heeft naast een gedeponeerde onderhands geen enkele reden van bestaan. Behoudens noodgevallen worden testamenten, die niet bij een notaris zijn gedeponeerde, niet als geldig erkend.

Artikel 95

Dit artikel verenigt het tegenwoordige holografische (geheel door de erflater geschreven en ondertekende, maar wel gedeponeerde) testament met het geheime testament tot één vorm van uiterste wil.

Artikel 96

Uit artikel 95, tweede lid, volgt dat bewijs van de bewering dat het handschrift van de uiterste wil niet dat des erflaters is of dat de handtekeningen ter waarmerking van de bladzijden niet door de erflater zelf zijn gezet, alleen zin heeft wanneer de wil uit meer dan één bladzijde bestaat en gesteld wordt dat aan geen van beide alternatieve vereisten is voldaan.

Artikel 97

In vergelijking met het geldende recht is de mogelijkheid vervallen om bij codicil executeurs aan te stellen. Dit kan in het nieuwe recht nog slechts geschieden bij notariële akte of bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte. Op deze wijze wordt voorkomen dat de notaris een verklaring van erfrecht aan de erfgenamen afgeeft, terwijl later blijkt dat de erflater bij codicil een executeur heeft aangesteld.

De tekst wijkt in onderdeel c af van de Nederlandse pendant in verband met hier te lande afwijkende wetgeving inzake de lijkbezorging en het auteursrecht.

Artikelen 98 tot en met 108

Deze gemoderniseerde regeling van het noodtestament is ontleend aan de Nederlandse wet van 27 september 1961, Stb. 304.

Artikel 109

Het is ongewenst om aan het niet inacht nemen van iedere formaliteit, die voor een uiterste wil voorgeschreven is, een absolute nietigheid te verbinden. Het artikel maakt daarom onderscheid tussen enige vereisten, die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven en de overige formaliteiten, bij wier niet inachtneming slechts een vernietiging mogelijk is. In de laatste gevallen wordt in tegenstelling met de eerstbedoelde niet alleen slechts aan enkele personen de bevoegdheid toegekend om zich op het gebrek te beroepen, maar is bovendien slechts gedurende een beperkte tijd na het openvallen van de nalatenschap een beroep op het gebrek toegestaan.

De gevallen van absolute nietigheid worden in het eerste en tweede lid genoemd. Het zijn er slechts twee: het ontbreken van de vereiste handtekening van de erflater of van de notaris. De nietigheid correspondeert met de hoofdregel van artikel 3:39. Het ontbreken van de handtekening van de erflater is alleen dan grond voor nietigheid, wanneer die handtekening is vereist. Verklaart de erflater dat hij niet kan ondertekenen, dan is het testament volkomen geldig, wanneer die verklaring van de erflater en de oorzaak van verhindering door de notaris in de akte wordt vermeld. Ontbreekt die vermelding doch staat vast, dat de erflater niet ondertekenen kon of daarin verhinderd was, dan is het testament volgens het vierde lid vernietigbaar. Ook wanneer op grond van vereisten in de wetgeving op het notarisambt de authenticiteit aan de akte ontbreekt (bijvoorbeeld door een notaris buiten zijn ressort opgemaakt), is de uiterste wil slechts vernietigbaar en niet nietig. Wie in geval een testament vernietigbaar is, de vordering tot vernietiging toekomt en hoe lang deze vordering kan worden ingesteld, zijn vragen die in titel 2 (Rechtshandelingen) van Boek 3 hun antwoord vinden.

Het derde lid verklaart het tweede lid van overeenkomstige toepassing op een noodtestament, zodat het niet ondertekenen door de desbetreffende functionaris tot nietigheid leidt.

Artikel 110

Deze schakelbepaling verklaart artikel 54 inzake verjaring van de vordering tot vernietiging van overeenkomstige toepassing.

Afdeling 5. Herroeping van uiterste wilsbeschikkingen

Artikelen 111 tot en met 114

Een herroeping is een uiterste wilsbeschikking in de zin van artikel 42, eerste lid (zie het derde lid van dit artikel). De herroeping kan in het algemeen in dezelfde vorm geschieden als waarin de beschikking, die herroepen wordt, gemaakt had kunnen worden (artikel 111).

Artikel 112 spreekt van een vervallen van de beschikking voor zover de latere beschikking de vroegere onuitvoerbaar maakt of vervangt. Het onuitvoerbaar maken ziet op een ‘incompatibilité matérielle’, het vervangen op de ‘incompatibilité intentionnelle’. Wanneer een vervangingsbedoeling aanwezig is, is een vraag uitlegging van de beschikking. Wanneer een erflater in twee testamenten verschillende personen voor het geheel tot erfgenaam heeft ingesteld of hun eenzelfde zaak vermaakt, zijn de beschikkingen niet beide uitvoerbaar en zal dus de latere de eerste geheel vervangen.

Artikel 113 vormt een uitzondering op de hoofdregel van artikel 42, derde lid, dat een uiterste wilsbeschikking alleen door een uiterste wil kan worden herroepen. Een onderhandse, in bewaring gegeven uiterste wil kan ook door teruggave, met inachtneming van dezelfde vormvoorschriften als bij de inbewaringgeving, worden herroepen.

Ook artikel 114 is een uitzondering op artikel 42, derde lid. De erflater kan het stuk vernietigen, bijvoorbeeld verscheuren of verbranden. Bovendien geeft het artikel een (weerlegbaar) vermoeden dat wanneer het stuk is vernietigd, zulks door de erflater is gebeurd.

Titel 5. Onderscheiden soorten van uiterste wilsbeschikkingen

Afdeling 1. Erfstellingen

Artikelen 115 en 116

Deze artikelen brengen niets nieuws.

Afdeling 2. Legaten

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 117

Anders dan in het bestaande recht wordt thans een definitie gegeven van legaat. Centraal staat daarbij het vorderingsrecht dat aan een of meer per-

sonen wordt toegekend (eerste lid). Voor de definitie van een last, die aansluit bij die van een legaat, zie artikel 130, eerste lid. Een legaat kan ook, mits aldus opgelegd, ten laste komen van een of meer bepaalde erfgenamen of van legatarissen; zie het onderhavige artikel 117, tweede lid. In het derde lid wordt een met artikel 6:6 overeenstemmende regel gegeven.

Artikel 118

Het eerste lid ziet op legaten die ten laste van een of meer bepaalde wettelijke of testamentaire erfgenamen zijn gemaakt. Veelal bevat de uiterste wil een subsidiaire beschikking voor de gevallen dat een bepaalde persoon die als erfgenaam met een legaat is belast door vooroverlijden, verwerping of anderszins – onwaardigheid, nietigheid of vernietiging van de erfstelling – niet erfgenaam wordt of zijn erfrecht komt te vervallen. Ontbreekt een zodanige voorziening in de uiterste wil, dan komt in die gevallen volgens het eerste lid de verplichting uit het legaat, tenzij haar aard zich daartegen verzet, te rusten op hen aan wie het erfdeel van de belaste persoon toevallt, doch met deze bijzonderheid dat zij, wanneer zij daaraan de voorkeur geven, kunnen volstaan met uitkering aan de legataris van hetgeen zij in de plaats van degene die de erflater met het legaat had belast uit de nalatenschap genieten of van de waarde daarvan.

Het tweede lid bevat de overeenkomstige regeling voor sublegaten, d.w.z. legaten die de erflater ten laste van een of meer legatarissen heeft gemaakt. De verbintenis uit het sublegaat komt te rusten op degenen die belast waren met het legaat aan de persoon aan wie de erflater het sublegaat had opgelegd of had willen opleggen, doch zij kunnen, als zij dat willen, volstaan met voldoening aan de sublegataris van het aan de oorspronkelijk belaste persoon gelegateerde of van de waarde daarvan.

Artikel 119

Mede met het oog op zijn bij de artikelen 124 en 125 te bespreken recht op vruchten of rente behoort een legataris met bekwame spoed in kennis te worden gesteld met het feit dat hem een legaat is toegevallen. Daarom is te dezer plaatse het voorschrift opgenomen dat degenen op wie een legaat rust, alsmede de executeurs zo die er zijn, moeten zorgdragen dat de legataris zo spoedig mogelijk van het legaat wordt kennis gegeven. Zijn

zij niet bekend met het adres van een legataris, dan behoren zij dit op te sporen, voor zover een eenvoudig onderzoek daartoe voldoende is. Gelukt dit niet, dan – zo bepaalt de tweede zin – moeten zij dit aan de rechter mededelen, opdat deze aan hen het doen van verdere nasporingen of een bepaalde wijze van oproeping, bijvoorbeeld door een advertentie, kan gelasten. De rechter kan bij de bepaling, of hij een aanwijzing zal geven en zo ja welke, rekening houden met de grootte van het legaat. Het spreekt vanzelf dat overtreding van dit artikel tot een verplichting tot schadevergoeding kan leiden. Men vergelijkte voorts artikel 214.

Artikel 120

Legaten gaan niet ten koste van eerdere schuldeisers; zie ook artikel 7, tweede lid. De verminderingsregel van het onderhavige artikel 120, tweede lid, betreft de verhouding legataris en andere schuldeisers. De erfgenamen blijven na vermindering in privé aansprakelijk (vijfde lid). Om hieraan te ontkomen moeten zij verwerpen of beneficiair aanvaarden.

Artikel 121

Hier wordt, evenals in artikel 120, een verminderingsregel gegeven, zonder een met artikel 120, vijfde lid, overeenstemmende bepaling. Een erfgenaam is bevoegd door aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving te voorkomen dat zijn aansprakelijkheid voor de schulden van de nalatenschap, waaronder de verbintenissen uit op hem rustende legaten en de tot een uitgave in geld of goed strekkende verplichtingen uit op hem rustende lasten, zich uitbreidt tot zijn gehele vermogen, dus ook tot hetgeen hij reeds buiten de door hem geërfde goederen van de nalatenschap bezat. Een legataris mist deze bevoegdheid. Hij kan wel het legaat verwerpen. Het is redelijk dat wordt voorkomen dat een legataris in een dwangpositie komt te verkeren, wanneer het onzeker is, of de waarde van het hem gelegateerde niet geringer zal blijken dan zijn verplichtingen uit sublegaat of last.

Artikel 122

Dreigt een legaat te worden verminderd (zie de artikelen 120 en 121), dan kan de legataris volledige voldoening vorderen, mits hij het verschil

in geld oplegt (eerste lid). Maakt de legataris geen gebruik van deze bevoegdheid dan kan de wederpartij (de erfgenaam of bij sublegaat de legataris) volstaan met uitkering van de waarde. De wederpartij kan dus eventueel kiezen tussen deze uitkering in geld of in een medegerechtigdheid in een goed.

Artikel 123

Dit artikel is een erfrechtelijke pendant van artikel 6:258 (wijziging wegens onvoorziene omstandigheden). Verwezen mag worden naar de toelichting die bij dat artikel is gegeven. De bepaling moet met grote terughoudendheid worden toegepast, mede in aanmerking genomen dat de erflater geen nieuwe beschikking kan geven.

Artikel 124

Dit artikel – inzake het recht van de legataris op vruchten – verwijst naar het tijdstip van opeisbaar worden. Wat betreft de termijn van opeisbaarheid bij een legaat van een geldsom, zie artikel 125 (negen maanden na overlijden). Voor andere legaten geldt dat de vordering in beginsel direct opeisbaar is (artikel 6:38).

Artikel 125

In beginsel kan ter zake van schade die de legataris door vertraagde betaling van de gelegateerde som zou kunnen lijden worden volstaan met de desbetreffende algemene regels van het verbintenissenrecht uit Boek 6 (artikelen 6:74 e.v.). In het algemeen komt de schuldenaar van een opeisbare vordering volgens artikel 6:82 pas in verzuim door een ingebrekestelling, bevattende een aanmaning tot nakoming binnen redelijke tijd. Is echter voor de voldoening een bepaalde termijn aangewezen, dan komt de schuldenaar volgens artikel 6:83, onderdeel a, zonder ingebrekestelling in verzuim, tenzij van een andere bedoeling blijkt. Artikel 6:119 fixeert de vergoeding van vertragingsschade, waartoe een in verzuim zijnde schuldenaar van een geldsom gehouden is, op de wettelijke rente. Met betrekking tot het vorderingsrecht uit legaat zijn enkele bijzondere bepalingen gewenst. Ook wanneer de nalatenschap niet beneficiair aanvaard en deswege aan vereffening overeenkomstig afdeling 3 van titel 6 onderworpen is, vereist de verkrijging van de voor een behoorlijke af-

wikkeling nodige liquide middelen enige tijd. Veelal wordt daarmee in de redactie van de uiterste wil rekening gehouden door aan geldlegaten een tijdsbepaling te verbinden. Het is gewenst dat deze praktijk in de wet wordt neergelegd. Hiertoe strekt het eerste lid van het onderhavige artikel, bepalende dat een legaat van een geldsom negen maanden na het overlijden van de erflater opeisbaar wordt, tenzij de erflater iets anders heeft beschikt.

Het zou voorts niet gewenst zijn dat de schuldenaars over een opeisbaar geworden gelegateerde geldsom pas wettelijke rente verschuldigd worden, wanneer de legataris een rechtsvordering instelt; tot het instellen daarvan komt een legataris begrijpelijkerwijze zelden. Deze overweging hoeft er echter niet toe te leiden dat wettelijke rente van rechtswege verschuldigd wordt, zodra het legaat opeisbaar is. Het is redelijk dat, wanneer de erflater omtrent rentevergoeding niets heeft bepaald, deze pas verschuldigd wordt, nadat de schuldenaars door de legataris in gebreke zijn gesteld, waartoe deze met een duidelijke schriftelijke aanmaning als bedoeld in artikel 6:82 kan volstaan. Ten einde te voorkomen dat uit artikel 6:83, onderdeel a, zou worden afgeleid dat wanneer de erflater zelf een tijdsbepaling heeft opgenomen of de tijdsbepaling van het eerste lid van het onderhavige artikel geldt, het enkele verloop van die tijd de verschuldigdheid van wettelijke rente doet intreden, bepaalt het derde lid dat degene op wie de schuld uit een legaat van een geldsom rust, niet in verzuim komt door het enkele verloop van een voor de nakoming aangewezen termijn. Het derde lid belet uiteraard niet dat in de uiterste wil aan de legataris een dadelijk bij het opeisbaar worden van de geldsom intredende rente wordt toegekend, tot een percentage al dan niet gelijk aan dat van de wettelijke rente.

Het tweede lid beoogt een erfgenaam aan wie een goed is gelegateerd tegen vergoeding (prelegataris) liquiditeitsmoeilijkheden te besparen. Hij kan zijn legaat direct opeisen en zijn vergoedingsverplichting laten verrekenen met zijn erfdeel. Het gaat hier om een *lex specialis* ten opzichte van artikel 3:184.

Krachtens het vierde lid, waarin artikel 5 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, heeft de rechter in het algemeen de bevoegdheid ook geldschulden uit legaat wegens gewichtige redenen op termijn te stellen.

§ 2. Giften en andere handelingen die worden aangemerkt als legaten
Artikel 126

Hier vindt wat betreft de mogelijkheid van vermindering wegens schulden (zie artikel 120) een gelijkstelling plaats van zgn. quasi-legaten met legaten. Ook ten aanzien van quasi-legaten voelt de erflater tijdens zijn leven geen teruggang in zijn vermogen.

Het eerste lid betreft schenkingen (omschreven in artikel 7:175, eerste lid) en andere giften (omschreven in artikel 7:186, tweede lid) ter zake des doods. In de tweede volzin wordt de in het algemeen gevoelde wens van de schenker of gever geformuleerd dat de verkrijger ook een reële kans op verkrijging moet hebben. Indien de schenking of gift herroepelijk is, zodat de verkrijging niet zeker is, ligt het echter anders (derde volzin).

Het gaat in het tweede lid, onderdeel a, om verblijvens-, toescheidings- en overnemingsbedingen: bedingen op grond waarvan een goed van een van de partijen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling zonder redelijke tegenprestatie op een ander overgaat of kan overgaan. Op dergelijke bedingen worden, net als op schenkingen in de zin van het eerste lid, de regels betreffende vermindering toegepast alsof zij een legaat inhouden ten laste van de gezamenlijke erfgenamen. De regeling ziet niet op bedingen waar de overgang zonder redelijke tegenprestatie zijn grond vindt in een bevoordelingsbedoeling: dergelijke bedingen vallen immers reeds onder de regeling voor schenkingen in het eerste lid. Evenmin ziet de regeling, zoals de tekst tot uitdrukking brengt, op bedingen waar wél sprake is van een redelijke tegenprestatie. Daarbij geldt als uitgangspunt, dat de redelijkheid van de tegenprestatie in beginsel moet worden vastgesteld naar het tijdstip van de overgang. Niettemin kunnen er omstandigheden zijn die tot gevolg hebben dat een tegenprestatie die op het eerste gezicht minder dan redelijk is, niettemin redelijk moet worden geacht. In de eerste plaats kan hierbij gedacht worden aan het geval van het familiebedrijf waarvoor slechts met moeite een verwant kan worden gevonden die tot voortzetting van het bedrijf bereid is. De lage prijs die uiteindelijk voor deze verwant de tegenprestatie vormt voor de verkrijging van de bedrijfsgoederen wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat het alleen zo voor deze verwant rendabel is om zijn arbeidsinspanning

aan te wenden ten behoeve van het bedrijf. Een vergelijkbare situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een advocatenmaatschap, waar de jongste maat bij toetreding tot de maatschap voor een aantal jaren genoeg neemt met een lager winstaandeel mede met het oog op het vooruitzicht dat hij bij uittreding van een oudere maat diens aandeel tegen een op zichzelf beperkte tegenprestatie kan verwerven. Als voorbeeld kan verder gewezen worden op de eigenaar van bepaalde archeologisch belangwekkende voorwerpen, die deze aan een plaatselijk museum in bruikleen geeft en daarbij overeenkomt dat het museum de voorwerpen bij zijn overlijden zal mogen overnemen. Stemt de eigenaar uit ideële overwegingen, omdat hij wil voorkomen dat de voorwerpen terechtkomen in een buitenlands museum, bij voorbaat in met een aanzienlijk lagere prijs voor de voorwerpen dan de internationale ‘marktwaaarde’ voor dergelijke voorwerpen, dan zou die omstandigheid in weg kunnen staan aan de conclusie dat de overneming uiteindelijk ‘zonder redelijke tegenprestatie’ plaatsvindt. Tenslotte kan gewezen worden op bedingen waarbij degene die het goed zal of kan verwerven het risico draagt van fluctuaties in de waarde van het goed. Dit zal zich voordoen bij overeenkomsten op grond waarvan een goed eerst later op de verkrijger zal overgaan, tegen een vooraf bepaalde prijs waarvan voor partijen niet vaststaat in hoeverre deze uiteindelijk voor de verkrijger gunstig zal uitpakken. Te denken valt aan optiecontracten, waarbij de prijs – of zij nu hoog of laag uitvalt – gerechtvaardigd wordt door het daaraan inherente element van speculatie. Het notariaat behoort ervoor zorg te dragen dat in voorkomende gevallen in akten tot uitdrukking wordt gebracht dat en op welke gronden de tegenprestatie bij bedingen als hier aan de orde redelijk moet worden geacht.

Onderdeel b van het tweede lid betreft de begunstiging bij sommenverzekering die als gift geldt; zie artikel 7:188. Uit de laatste volzin van het eerste lid vloeit voort dat zolang sprake is van een herroepelijke begunstiging de gewone volgorde van vermindering van toepassing is. Als de uitkering wordt gedaan ter nakoming van een natuurlijke verbintenis of een civiele verbintenis anders dan uit schenking, is de bepaling niet van toepassing.

In onderdeel c van het tweede lid gaat het om de omzetting van een natuurlijke verbintenis in een civiele verbintenis voor zover deze de strek-

king heeft dat nakoming pas na het overlijden van de schuldenaar plaatsvindt en deze op dat moment ook nog niet is voldaan. Ook hier prevaleert de gedachte dat de schuldenaar tijdens leven geen teruggang in zijn vermogen heeft gevoeld. Dat sprake was van een natuurlijke verbintenis geeft overigens bij vermindering een voorrang (artikel 120, derde lid). Ingevolge het derde lid heeft het 'wettelijk verblijvensbeding' besloten in artikel 7:821, eerste lid, dezelfde werking als een door partijen in hun overeenkomst opgenomen verblijvensbeding.

In het vierde lid wordt de waardebepalingsregeling van artikel 34c en de giftenregeling bij gemeenschap van goederen van artikel 34d van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel 127

Bepaald wordt ten aanzien van de hier genoemde gevallen dat vermindering tot gevolg heeft dat de begiftigde verplicht wordt tot voldoening van de waarde van het verminderde deel aan de erfgenamen. De regeling beperkt zich tot giften waarbij de prestatie niet uit het vermogen van de erflater afkomstig is en de erfgenamen daarvoor ook niet aansprakelijk zijn. De reden daarvoor is dat de uitkering veelal immers, anders dan bij legaten, direct opeisbaar zal zijn. Vermindering zou daardoor in veel gevallen te laat plaatsvinden om te voorkomen dat het quasi-legaat aan de begunstigde wordt uitgekeerd. Door aan de vermindering een terugvorderingsrecht te verbinden, wordt voorkomen dat in vele gevallen een vereffenaar benoemd zou moeten worden om de schuldenlast op juiste wijze te verdelen. Met het oog op de rechtszekerheid is een vervalltermijn van drie jaren gesteld; zie ook artikel 216, derde lid, en artikel 220, derde lid.

Artikel 128

Het gaat hier om de bescherming van de langstlevende echtgenoot, een terugvorderingsbevoegdheid van een vereffenaar en het verhaal van schuldeisers in bepaalde gevallen. Bepalingen die legatarissen treffen worden van overeenkomstige toepassing verklaard op quasi-legatarissen. Het Nederlandse artikel 129 van Boek 4 betreft de legitieme portie en is daarom niet overgenomen.

Afdeling 3. Testamentaire lasten

Artikel 130

Tussen legaten en lasten wordt een scherp onderscheid gemaakt; vergelijk artikel 117. Bij een last ontstaat géén vorderingsrecht jegens een of meer erfgenamen of legatarissen.

Bij wege van testamentaire last kunnen verplichtingen van zeer verschillende aard worden opgelegd. Een last kan verplichten tot een daad die uitsluitend door de belaste persoon zelf kan worden verricht en die wel of niet bestaat in of gepaard moet gaan met een uitgave in geld of goed. Een last kan ook verplichten tot het teweegbrengen van een resultaat dat de belaste persoon niet zelf kan bereiken, zodat hij naar de strekking van de last het nodige, gewoonlijk tegen betaling, door een ander moet laten verrichten. Het kan ook zijn dat de belaste persoon weliswaar het nodige zelf zou kunnen verrichten, maar dat het gebruikelijk is zulke werkzaamheden tegen betaling te laten verrichten door iemand die daarvan zijn beroep maakt. Ook in dit geval is er, tenzij uit de uiterste wil blijkt dat de belaste persoon het nodige persoonlijk moet verrichten, sprake van een verplichting die tot een uitgave in geld of goed strekt.

Ook de verplichtingen die een erflater bij uiterste wil verklaart op te leggen aan een door hem benoemde executeur, kunnen van zeer verschillende aard zijn. Voor zover zij strekken tot een uitgave in geld of goed beoogt hij gewoonlijk dat deze uitgave door de executeur uit de nalatenschap zal worden bekostigd. Het zal voorts van de aard van de verplichting en de bedoeling van de erflater afhangen, wat er moet geschieden, wanneer een executeur ontbreekt doordat de benoemde persoon vooroverleden is of zijn functie niet aanvaardt, wanneer de executeur – door overlijden, ontslag of ontzetting – defungeert voordat hij de hem opgelegde verplichting heeft vervuld, of wanneer zijn beheer van de nalatenschap eindigt voordat hij de verplichting heeft vervuld. In vele gevallen zal het niet met de bedoeling van de erflater stroken dat daarmede de verplichting geheel vervalt. Om deze redenen is in het tweede lid aan de bepaling dat een testamentaire last ook aan een executeur kan worden opgelegd, toegevoegd dat de hem opgelegde verplichting mede op de gezamenlijke erfgenamen rust, tenzij uit de aard van de verplichting of uit de uiterste wil iets anders voortvloeit.

Voor zover het gaat om een last die strekt tot een uitgave van geld of van een goed uit de nalatenschap, levert voldoening aan de last hetzelfde effect op als de uitkering van een legaat (die wel op een vorderingsrecht berust). Daarom wordt in het derde lid de verminderingsbevoegdheid van artikel 120 mede van toepassing verklaard.

Artikel 131

Het onderhavige artikel houdt in dat de erfgenaam of legataris op wie een testamentaire last rust, zijn erfdeel, respectievelijk zijn vorderingsrecht verkrijgt onder de ontbindende voorwaarde dat zijn recht wegens niet-uitvoering van de last wordt vervallen verklaard door de rechter. Deze rechterlijke uitspraak heeft dus het gevolg dat Boek 3 BWA, met name artikel 3:38, aan de vervulling van een ontbindende voorwaarde, waaronder een recht is verkregen, toekent: verval van het recht zonder terugwerking.

Niet alleen de werking van een vervallenverklaring wegens niet-nakoming van een last, maar ook de overige rechtsgevolgen van de last met betrekking tot het recht dat de belaste persoon toekomt, vinden door de redactie van het onderhavige artikel hun regeling in de bepalingen betreffende voorwaardelijke rechten. Enkele consequenties zijn de volgende. De legataris op wie een last rust, heeft een vorderingrecht onder de vermelde ontbindende voorwaarde. Is hem een goed gelegateerd, dan verkrijgt hij door de levering ter uitvoering van het legaat een recht dat aan dezelfde ontbindende voorwaarde is onderworpen (artikel 3:84, vierde lid). Dit recht eindigt dus eveneens met de vervallenverklaring, ook als de legataris het inmiddels mocht hebben vervreemd. Is het gelegateerde een registergoed en mocht bij de levering aan de legataris de last in strijd met artikel 3:89, tweede lid, niet in de leveringsakte vermeld en dus niet in de registers ingeschreven zijn, dan kan echter de vervallenverklaring niet worden ingeroepen tegen degene die, onkundig van de last, het registergoed inmiddels van de legataris had verkregen (artikel 3:24). Overeenkomstige consequenties heeft het onderhavige artikel wanneer de last op een erfgenaam rust. Ook deze verkrijgt, bijvoorbeeld een registergoed van de nalatenschap, onder de vermelde ontbindende voorwaarde. Mocht de last, ten spijt van artikel 3:17, eerste lid, onderdeel a, niet met de erfopvolging ingeschreven zijn geweest, toen hij het

goed vóór de vervallenverklaring aan een van de last onkundige derde vervreemde, dan vindt deze weder bescherming in artikel 3:24. Tenslotte zij nog gewezen op artikel 3:17, eerste lid, onderdeel c, in verbinding met artikel 3:24 voor het geval dat het goed nog na de vervallenverklaring, dat is dus na de vervulling van de ontbindende voorwaarde, door de belaste persoon of diens rechtsopvolger mocht zijn vervreemd.

Het tweede lid van het onderhavige artikel 131 preciseert dat de vervallenverklaring op vordering van onmiddellijk bij de vervallenverklaring belanghebbende wordt uitgesproken door de rechter. Dit tweede lid brengt tot uitdrukking dat de rechter niet steeds verplicht is de vervallenverklaring desgevorderd uit te spreken. De mogelijkheid van vervallenverklaring heeft immers de strekking van een sanctie op het niet-nakomen van de last. De rechter moet dan ook kunnen beslissen dat genoegzaam behoort te worden genomen met een spoedig herstel van het begane verzuim, en hij moet beoordelen of de tekortkoming ernstig genoeg is om een vervallenverklaring te rechtvaardigen. Ook moet hij in aanmerking nemen, of de niet-nakoming van de last een oorzaak heeft, die voor rekening van de belaste persoon behoort te komen. Het tweede lid laat de rechter voorts bij onmogelijkheid van nakoming buiten schuld van de belaste persoon niet alleen voldoende ruimte om de gevraagde vervallenverklaring af te wijzen als de onmogelijkheid van tijdelijke aard is, maar ook om tijd te geven voor een verzoek krachtens artikel 134 als die onmogelijkheid duurzaam is.

Als door een vervallenverklaring het erfrecht van een bepaalde erfgenaam vervalt, blijft deze ingevolge het derde lid jegens de schuldeisers van de nalatenschap met zijn hele vermogen aansprakelijk. Hij kan dus niet na een zuivere aanvaarding langs deze weg alsnog onder de aansprakelijkheid uitkomen. Wel heeft hij een verhaalsrecht op degene of degenen aan wie in plaats van hem het geërfde opkomt.

Artikel 132

Deze bepaling loopt in hoofdzaak parallel aan het voor legaten geldende artikel 118. Doch terwijl volgens dat artikel degenen op wie de verplichting is overgegaan met de daar genoemde prestatie aan de legataris of sublegataris kunnen volstaan, indien zij de voor de uitvoering van het legaat of subleegaat vereiste prestatie te bezwaarlijk achten, kon deze oplos-

sing met betrekking tot een overgegangene last niet worden gevolgd. Hier kan artikel 134, eerste lid, onderdeel c, uitkomst bieden.

Artikel 133

Dit artikel beperkt zich tot de gevallen dat degene op wie de last rust, de vervulling van een daaraan toegevoegde opschortende voorwaarde heeft belet (eerste lid) of de vervulling van een daaraan toegevoegde ontbindende voorwaarde heeft teweeggebracht (tweede lid).

Het omgekeerde behoeft – gelet op artikel 131, tweede lid – hier geen afzonderlijke regeling. Wordt de vervallenverklaring van het recht van degene op wie de last rust, gevorderd wegens niet-uitvoering van de last nadat de vervulling van de daaraan toegevoegde opschortende voorwaarde was teweeggebracht door iemand die van uitvoering van de last voordeel zou hebben of door een onmiddellijk bij de vervallenverklaring belanghebbende, dan zal de rechter de vordering kunnen afwijzen, indien de redelijkheid en billijkheid dit verlangt. Immers, de rechter is ingevolge artikel 131, tweede lid, niet verplicht een wegens niet-uitvoering van de last gevorderde vervallenverklaring uit te spreken. Hetzelfde geldt bij niet-uitvoering van de last nadat de vervulling van een aan de last toegevoegde ontbindende voorwaarde door degene die van uitvoering van de last voordeel zal hebben of door een onmiddellijk bij de vervallenverklaring belanghebbende was belet.

In verband met de rechtszekerheid behoort omtrent de gevolgen van een aan een testamentaire last verbonden voorwaarden, net als voor de voorwaarden verbonden aan een erfstelling of legaat, na dertig jaren duidelijkheid te bestaan. Het derde lid voorziet hierin.

Artikel 134

Op verzoek van de lastbezwaarde of het openbaar ministerie – het algemeen belang kan nauw betrokken zijn – kan de rechter een last wijzigen of geheel of gedeeltelijk opheffen. In het eerste lid, onderdeel a, is een algemene mogelijkheid van herziening opgenomen telkens wanneer na het overlijden van de erflater de omstandigheden zich zodanig gewijzigd hebben, dat daardoor een herziening of vervallenverklaring gerechtvaardigd is. Men vergelijk wat ten aanzien van de stichting geldt. Door aan een erfgenaam of legataris lasten op te leggen, die voor tientallen jaren

besteding van gelden op de door de erflater voorgeschreven wijze verlangen, oefent een erflater een overeenkomstige invloed uit als door het in het leven roepen van een stichting. Evenals nu bij stichtingen zich in de loop der tijden onvoorziene omstandigheden kunnen voordoen, die, had de erflater die gekend, hem zeker tot andere regels voor de stichting gebracht zouden hebben, evenzo kan dit een langdurige last het geval zijn.

Wat betreft de in onderdeel a aan te leggen maatstaf voor herziening of opheffing, verdient de aandacht dat anders dan bijvoorbeeld in artikel 123 betreffende legaten en artikel 6:258 (de algemene imprévision-bepaling) het hier niet zo zeer gaat om wat redelijkheid en billijkheid tussen partijen meebrengen, maar veeleer om een voorziening met het oog op lasten die door, na het overlijden van de erflater ingetreden, omstandigheden hun zin verloren hebben, niet meer met de bedoeling van de erflater overeenstemmen, aanpassing behoeven aan hun maatschappelijke strekking of aan het algemeen belang, etc. Om deze reden is een verwijzing opgenomen naar de bij de last betrokken persoonlijke en maatschappelijke belangen waarmee de rechter rekening moet houden. Onderdeel b van het eerste lid betreft de vermindering als bedoeld in de artikelen 120 en 121. Onderdeel c is een aanvulling op artikel 132.

De bedoeling van de erflater behoort in beginsel leiddraad te zijn, aldus het tweede lid. Het derde lid correspondeert met artikel 123, derde lid, inzake legaten.

Afdeling 4. Stichtingen

Artikel 135

De overeenkomstig dit artikel bij een in een notariële akte neergelegde uiterste wilsbeschikking opgerichte stichting bestaat vanaf het moment dat de erflater overlijdt en voldoet daardoor aan het door artikel 56, eerste lid, gestelde bestaansvereiste.

Uit de tegenstelling in artikel 135 tussen het tweede en het eerste lid, - waarin wordt gesproken van de bij notariële akte gemaakte uiterste wilsbeschikking - valt af te leiden, dat de 'andere' vorm, waarop het tweede lid doelt, de gedeponeerde onderhandse uiterste wil is. Onder 'een andere vorm' valt niet alleen een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte, maar ook de buitengewone vormen van de uiterste wil die

met de openbare uiterste wil en de onderhandse in bewaring gegeven uiterste wil vergelijkbaar zijn en die worden geregeld in artikel 98 e.v. Tevens dient onder een 'andere vorm' te worden begrepen de notariële akte die kracht van authenticiteit mist. Deze formulering bestrijkt echter niet het codicil, aangezien een testamentaire last niet behoort tot de beschikkingen die bij codicil kunnen worden gemaakt.

De 'gezamenlijke erfgenamen' zijn, indien de making aan de stichting een erfstelling is, degenen die samen met de stichting erfgenaam zijn. In het geval dat de stichting tot enig erfgenaam is benoemd, zijn dat de versterfgenamen.

Afdeling 5. Makingen onder tijdsbepaling en onder voorwaarde

Artikel 136

Een erfstelling kan niet onder een tijdsbepaling worden gemaakt. Een tijdelijke eigendom heeft in zijn regeling zoveel gelijkenis met een vruchtgebruik, dat het niet wenselijk is geoordeeld, hier twee verschillende rechtsfiguren te erkennen. Zou in een testament toch een tijdelijk erfgenaamschap ingesteld worden, dan wordt deze beschikking in een vruchtgebruik omgezet. Erfgenaam is dan degene, die volgens het testament onder opschortende tijdsbepaling zou erven.

De bepaling verzet zich er niet tegen, dat een beperkt recht onder tijdsbepaling gevestigd wordt, of dat de erflater beschikt, dat een bepaalde zaak aan een legataris eerst na een bepaalde tijd behoeft te worden geleverd, of dat hem periodieke uitkeringen van soortzaken worden toegezegd; slechts het in het leven roepen van een in de tijd beperkt eigendomsrecht wordt verboden.

Aangezien het denkbaar en zelf waarschijnlijk is dat een erflater die zijn beschikking als een erfstelling onder ontbindende tijdsbepaling heeft geformuleerd zonder een daarbij aansluitende erfstelling onder opschortende tijdsbepaling, heeft beoogd de daarbij tot erfgenaam ingestelde persoon de bevoegdheid om de goederen te vervreemden en te verteren toe te kennen, bepaalt het tweede lid dat de erflater die deze beschikking heeft gemaakt, wordt geacht die bevoegdheid te hebben toegekend, tenzij uit de uiterste wil het tegendeel voortvloeit. Zie ook artikel 138, derde lid.

Voor legaten onder tijdsbepaling geldt het overeenkomstige algemene artikel 3:85.

Artikel 137

Wordt een ontbindende voorwaarde vervuld en is daarnaast iemand door de erflater onder dezelfde voorwaarde opschortend tot de making geroepen, dan zal op die opschortende making de bepaling toepassing vinden. Is daarentegen een ontbindende voorwaarde gesteld en niet aangegeven aan wie bij de vervulling van de voorwaarde het vermaakte ten deel valt, dan komt na de vervulling van de voorwaarde het vermaakte op aan degene, die dit ontvangen zou hebben, wanneer de ganse making achterwege ware gebleven. Is deze persoon vóór de vervulling van de voorwaarde overleden, dan komt het vrijgekome ne aan zijn erfgenaam ten goede. In dit geval immers bestaat er geen aanleiding de voor een opschortende voorwaarde gegeven regel toe te passen; deze regel is gerechtvaardigd omdat het de erflater was, die een onmiddellijk verband tussen de voorwaarde en de als bevoordeelde aangewezen persoon heeft gelegd; in het geval van de ontbindende voorwaarde is dit onmiddellijk verband niet gegeven.

Artikel 138

Dit artikel beantwoordt de vraag, hoe de rechtspositie is van de erfgenaam, aan wie het vermaakte toekomt, zolang de voorwaarde niet vervuld is. Daar het recht van de onder voorwaarde geroepene nog onzeker is, kan men deze niet als rechthebbende beschouwen en degene, aan wie tot de vervulling van de voorwaarde het goed toekomt slechts als vruchtgebruiker aanmerken. Men kent daarom laatstgenoemde persoon tegen derden de positie van eigenaar toe, dat wil zeggen ten aanzien van de uit te oefenen rechten en de door hem tegen derden in te stellen rechtsvorderingen.

Voor het overige, dus wat de verhouding tot de voorwaardelijk geroepene betreft, vinden de wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik overeenkomstige toepassing. De bepaling van het tweede lid vindt toepassing zowel wanneer een erfstelling onder opschortende voorwaarde op zichzelf staat, als wanneer deze is toegevoegd aan een erfstelling onder ontbindende voorwaarde. In de tweede volzin van het tweede lid

wordt een gevolgtrekking uit de eerste volzin getrokken. Deze gevolgtrekking wordt wegens haar bijzonder belang afzonderlijk vermeld. Het is de verplichting van de eerstgeroepene om het ontvangene goed gelijk een vruchtgebruiker te bewaren en in stand te houden, tenzij de erflater hem de bevoegdheid heeft toegekend om de goederen te vervreemden en te verbruiken. Andere gevolgen lid zijn: de verplichting tot zekerheidstelling; de verplichting tot het doen van de gewone herstellingen; de mogelijkheid van een onderbewindstelling bij grove verwaarlozing enz. Het derde lid heeft betrekking op het geval dat de erflater een erfstelling onder een ontbindende voorwaarde heeft gemaakt, zonder een daarbij aansluitende erfstelling onder opschortende voorwaarde. In dit geval geldt onverkort de hoofdregel van het eerste lid, dat de ingestelde erfgenaam jegens derden – dus extern – als de uitsluitend rechthebbende geldt en dus ook tot onvoorwaardelijke vervreemding en bezwaring bevoegd is. Doch het derde lid geeft aan in hoeverre hij ook jegens degenen aan wie het vermaakte bij vervulling van de voorwaarde zal toekomen, tot vervreemding bevoegd is. Bepaald is dat hij jegens laatstgenoemden bevoegd is de goederen te vervreemden en te verteren op dezelfde voet als een vruchtgebruiker aan wie deze bevoegdheid is gegeven, dus op de voet van artikel 3:215, tenzij de erflater iets anders heeft bepaald. De erflater kan deze bevoegdheid inkrimpen, en ook uitbreiden door de ingestelde erfgenaam een ruimere bevoegdheid tot beschikking om niet te geven dan volgens artikel 3:215 in den regel toekomt aan de vruchtgebruiker aan wie de bevoegdheid tot vervreemding en vertering is gegeven.

Artikel 139

Zie artikel 133 betreffende testamentaire lasten en het algemene artikel 6:23 dat mede voor legaten geldt.

Artikel 140

Dit artikel stelt een wettelijke beperking aan de testeervrijheid. Onvervulde voorwaarden mogen de rechtstoestand van een goed niet te lang in het onzekere houden. Daarom is hier een maximum-termijn gesteld. Buiten het in artikel 141 voorziene geval, waarin deze toestand zijn begrenzing vindt in de levensduur van een natuurlijke persoon, is een limiet ge-

kozen, gelijk aan de maximumduur geldende voor een vruchtgebruik dat ten behoeve van een rechtspersoon is ingesteld (artikel 3:203, derde lid), welke tijdsduur overeenstemt met het gemiddelde leeftijdsverschil tussen twee generaties.

Naar het tweede lid bepaalt, geldt de beperking niet voor legaten van naar de soort bepaalde goederen onder een opschortende voorwaarde. Hier schept de onzekerheid weinig bezwaar en is het stellen van een voorwaarde, die eerst na dertig jaar vervuld wordt, dikwijls maatschappelijk alleszins gerechtvaardigd, bijvoorbeeld een pensioen in te gaan op een bepaalde leeftijd.

Artikel 141

Ingevolge het onderhavige artikel, betreffende zogenaamde fideïcommissaire voorwaardelijke makingen, makingen 'over de hand' of tweetraps-makingen (voor de kenmerken zie de tekst van het artikel), kan de onzekerheid eventueel langer dan dertig jaren en met name een mensenleven lang bestaan. Dit is in overeenstemming met hetgeen omtrent de duur van een vruchtgebruik is vastgesteld: ook deze duur kan ten hoogste dertig jaar of een mensenleven zijn.

Afdeling 6. Executeurs

Artikel 142

Aan executeurs is de taak toegekend, die zij thans reeds in de praktijk vervullen. In de praktijk zijn zij degenen, die de boedel vereffenen, dat wil zeggen niet alleen de legaten, maar ook de schulden voldoen en voor een en ander zo nodig de goederen verkopen. In verband met deze ruime taak worden de bedoelde personen ook niet meer uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen, maar kortweg executeurs genoemd. Aan het eerste lid is toegevoegd, dat de erflater aan een executeur de bevoegdheid van assumptie of subrogatie kan verlenen.

Ingevolge het tweede lid is, indien er meer executeurs zijn, ieder bevoegd. Dit bevordert een vlotte gang van zaken. Eventueel kan het derde lid als veiligheidsklep dienen.

Het verschil tussen de executele, het bewind en de vereffening kan nader in het licht worden gesteld, wanneer men deze drie instituten projecteert tegen de achtergrond van de fasen, welke zich bij de behandeling van een

boedel laten onderscheiden. De eerste fase omvat het voldoen van schulden en legaten. Als dat is geschied, zijn er wellicht maatregelen van node om de boedel beter geschikt te maken voor verdeling; die maatregelen vormen de tweede fase. De derde fase heeft betrekking op de verdeling. In een aantal gevallen volgt er nog een vierde fase, als namelijk de erflater heeft gewild, dat er na de verdeling nog een periode zou zijn, gedurende welke het beheer aan de erfgenamen zelf wordt onthouden. De vereffenaar treedt uitsluitend in de eerste fase op; in beginsel geldt dit ook voor de executeur. Voor de verdere fasen is er de mogelijkheid van het bewind. De erflater kan uiteraard alleen kiezen tussen executele en bewind. De vereffening komt aan de orde, als aan de voorwaarden, omschreven in de artikelen 202 e.v., is voldaan. Een kenmerkend onderscheid tussen de regeling voor de executele en die van de vereffening is hierin gelegen, dat de executeur alleen bevoegd is de schulden en legaten te voldoen, welke onmiddellijk opeisbaar zijn, dan wel tijdens de executele opeisbaar worden. De vereffenaar moet zich tot taak rekenen ook alle andere schulden en legaten te vereffenen.

Artikel 143

Het eerste lid geeft aan dat men executeur wordt door aanvaarding van zijn benoeming na het overlijden van de erflater; hierin ligt opgesloten dat men niet verplicht is de benoeming te aanvaarden en dat men niet reeds tijdens het leven van de erflater kan aanvaarden. Ten einde te beletten dat de benoemde persoon de erfgenaam of andere belanghebbende in ongelegenheid brengt door zijn beslissing slepende te houden, bepaalt de tweede volzin dat de rechter op verzoek van een belanghebbende een termijn kan stellen, na afloop waarvan de benoeming niet meer kan worden aanvaard.

Handelingsonbekwaamheid, beschermingsbewind krachtens de artikelen 1:431 e.v. en faillissement hebben ingevolge het tweede lid tot gevolg dat de betrokkene geen executeur kan zijn; zie ook artikel 149, eerste lid, onderdeel c, welke bepaling van rechtswege de beëindiging van de taak van de executeur tot gevolg heeft. Ook een rechtspersoon kan executeur zijn. Daarom is voor het tweede lid een negatieve formulering gekozen.

Artikel 144

Het artikel stelt tot regel dat executeurs de taak hebben de goederen van de nalatenschap te beheren (wat betreft het begrip beheer verg. art. 3:170) en daaruit de opeisbare schulden en legaten te voldoen. De in het onderhavige artikel omschreven wettelijke taak van een executeur kan in de uiterste wil worden beperkt of uitgesloten; bijvoorbeeld door te bepalen dat de executeur slechts een gedeelte van de nalatenschap goederen zal beheren of alleen legaten, niet de nagelaten schulden of slechts een gedeelte daarvan zal voldoen.

Duidelijkheidshalve is in de aanhef van het nieuwe eerste lid gereleveerd dat de erflater naast of in de plaats van de wettelijke taak van een executeur ook andere kan vaststellen, door hem een of meer testamentaire lasten op te leggen. Deze vinden hun regeling in afdeling 3 van titel 5 (artikelen 130 e.v.).

De wettelijke taakomschrijving bevat twee elementen: ten eerste de voldoening van de opeisbare schulden en legaten, en ten tweede het beheer van de nalatenschap. In tegenstelling tot een vereffenaar, wiens in afdeling 3 van titel 6 (artikelen 202 e.v.) omschreven taak de voldoening van alle schulden en legaten omvat, ook al zijn zij nog niet opeisbaar, heeft de executeur slechts tot taak de schulden en legaten te voldoen, die bij het openvallen van de nalatenschap opeisbaar zijn of gedurende zijn beheer opeisbaar worden.

De beheerstaak van de executeur is in de wettelijke omschrijving niet strikt aan eerstgenoemde taak gekoppeld, in die zin dat het beheer vanzelf zou eindigen wanneer de opeisbare schulden en legaten zijn voldaan. Een automatisch verval van de beheersbevoegdheid zou tot rechtsonzekerheid kunnen leiden, in het bijzonder wanneer het niet spoedig precies vaststaat welke opeisbare schulden de erflater heeft nagelaten. Voorts kan het zijn dat het de erfgenamen welkom is dat de executeur het beheer nog enige tijd voortzet, zonder dat het duidelijk is of zij kunnen worden gezegd de executeur daartoe, stilzwijgend, volmacht te hebben gegeven; bovendien zou een volmacht eigen beheersdaden van de erfgenamen niet uitsluiten. Om deze redenen kent het ontwerp, buiten de in artikel 149 bedoelde gevallen, er geen waarin het beheer van de executeurs van rechtswege eindigt, maar bepaalt 150 dat de executeur of de erfgenamen in de daar genoemde gevallen aan zijn beheer een eind kunnen maken.

De executeur kan hiertoe overgaan wanneer de taak, met het oog waarop hem het beheer was opgedragen, is volbracht. De erfgenamen kunnen de beheersbevoegdheid van een executeur beëindigen, onder meer wanneer de schulden en legaten, welke voldoening tot zijn taak behoort en die opeisbaar zijn of nog binnen het jaar na overlijden van de erflater opeisbaar kunnen worden, zijn voldaan. Ook kunnen zij, door de nodige middelen voor de voldoening van die schulden en legaten ter beschikking van de executeur te stellen, zijn beheersbevoegdheid voor het overige beëindigen.

Het tweede en derde lid, omtrent het loon, lopen parallel aan artikel 159 ten aanzien van de bewindvoerder. Uit de uiterste wil kan blijken dat de erflater de beloning van een executeur op nihil heeft vastgesteld, hetgeen meermalen voorkomt wanneer deze tevens tot erfgenaam of legataris wordt benoemd.

Artikel 145

Wanneer een executeur is benoemd die overeenkomstig de regel van artikel 144 tot taak heeft goederen van de nalatenschap te beheren, behoren de erfgenamen niet bevoegd te zijn zonder zijn medewerking over die goederen of hun aandeel daarin te beschikken en worden zij gedurende het beheer van de executeur door deze bij de vervulling van zijn taak vertegenwoordigd. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur is met andere woorden privaat.

De onbevoegdheid van de erfgenamen om zonder medewerking van de met het beheer belaste executeur te beschikken treedt dadelijk bij het openvallen van de nalatenschap in, dus nog voordat de benoemde persoon zijn benoeming heeft aanvaard, uiteraard tenzij hij weigert zijn benoeming te aanvaarden of een hem overeenkomstig artikel 143, eerste lid, tweede volzin, gestelde termijn zonder aanvaarding laat verlopen en er geen ander naast hem of te zijner vervanging is benoemd. Wanneer de benoemde nog niet heeft aanvaard of de executeur niet tijdig bereikbaar is of weigert aan een dringend nodige handeling mede te werken, kunnen de erfgenamen machtiging van de rechter verzoeken om zelfstandig te handelen.

Artikelen 146 tot en met 148

Hierin worden de verplichtingen en bevoegdheden van de executeur nader bepaald. Zie voorts artikel 119 en vergelijk ten aanzien van de vereffenaar de artikelen 211, 214 en 215. Men lette erop dat de tegeldemaking van artikel 147 (na overleg met de erfgenamen) niet een onderdeel is van de beheerstaak (artikel 144), maar specifiek gericht is op de voldoening van schulden van de nalatenschap en nakoming van de lasten.

Artikel 149

In dit artikel wordt aangegeven wanneer de taak van de executeur eindigt, met name indien hij zijn werkzaamheden heeft voltooid. De taak eindigt van rechtswege behalve in het geval bedoeld in het eerste lid, onderdeel f (ontslag door de rechter in eerste aanleg). Het einde van de taak houdt overigens niet van rechtswege het einde van het beheer en de daaruit voortvloeiende vertegenwoordigingsbevoegdheid in (artikel 150). Een verzoek om ontslag van de executeur moet door de rechter worden ingewilligd (tweede lid).

Artikel 150

Dit artikel vermeldt de gevallen, waarin de bevoegdheid van een executeur tot beheer van de nalatenschap en zijn hieruit voortvloeiende bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de erfgenamen niet van rechtswege eindigt, doch door de executeur of de erfgenamen kunnen worden beëindigd. Het eerste lid bepaalt dat een executeur bevoegd is zijn beheer te beëindigen, door de door hem beheerde goederen ter beschikking van de erfgenamen te stellen, wanneer zijn in artikel 144 of in de uiterste wil omschreven taak met het oog waarop hem het beheer was opgedragen, is volbracht.

Volgens het tweede lid, onderdeel a, kunnen de erfgenamen aan de beheersbevoegdheid van een executeur een eind maken, wanneer de schulden en legaten, waarvan de voldoening aan hem is opgedragen en die reeds opeisbaar zijn of nog binnen het jaar na het overlijden van de erflater opeisbaar kunnen worden, zijn voldaan, hetzij door de executeur, hetzij door henzelf. Zijn die schulden en legaten voldaan, dan kunnen de erfgenamen deze bepaling toepassen, ook al zou de erflater een uitgebreider taak aan de executeur hebben opgedragen met het oog waarop

deze het beheer zou dienen voort te zetten. Zouden de erfgenamen verplicht zijn zich hierbij neer te leggen, dan zou de executele in feite neerkomen op een onderbewindstelling. Dit neemt uiteraard niet weg dat de erflater de executele inderdaad door een bewind kan laten volgen, maar hiervoor gelden dan de desbetreffende bepalingen van afdeling 7 van de onderhavige titel 5.

Volgens het tweede lid, onderdeel b, kunnen de erfgenamen de beheersbevoegdheid van een executeur ook beëindigen, wanneer anderhalf jaar is verlopen sedert een of meer van de executeurs de nalatenschap in beheer hebben kunnen nemen, ook al zijn de onder a genoemde schulden en legaten nog niet voldaan. Deze termijn kan echter door de rechter op verzoek van de executeur worden verlengd.

Het derde lid doet uitkomen dat de erfgenamen de middelen die zij voor de voldoening van de hier genoemde schulden en legaten ter beschikking van de executeur stellen, zowel uit de nalatenschap als uit hun overig vermogen kunnen putten, alsmede dat de executeur de te zijner beschikking gestelde middelen blijft beheren op dezelfde voet als hij tevoren de gehele nalatenschap beheerde, zodat zijn bevoegdheid tot beheer over de nalatenschap slechts voor het overige dadelijk eindigt. Men denke aan de mogelijkheid dat op het ogenblik dat de erfgenamen hiertoe overgaan nog niet alle schulden van de nalatenschap of de tijdstippen waarop deze opeisbaar zullen zijn, nauwkeurig vaststaan. Ook deze bepaling kunnen de erfgenamen toepassen, al zou de erflater een langduriger beheer van de nalatenschap door de executeur hebben gewild.

In het algemeen kunnen op grond van de bepalingen van dit artikel slechts de erfgenamen, dat wil zeggen als er twee of meer erfgenamen zijn, de gezamenlijke erfgenamen tot beëindiging van de beheersbevoegdheid van de executeur overgaan. Het gaat hier evenwel om een voorziening in het beheer van de nalatenschap. Bij meningsverschil tussen de erfgenamen, deelgenoten in deze gemeenschap, waartoe de executeur menigmaal ook zelf behoort, opent artikel 3:168 de weg naar een oplossing door middel van een beroep op de rechter.

Voor de gevallen dat niet alle erfgenamen bekend zijn of niet alle bereid zijn de goederen aan het einde van het beheer van de executeur in ontvangst te nemen, verklaart het vierde lid de artikelen 225 en 226 inzake

vereffening van overeenkomstige toepassing. Vergelijk ook artikel 204, eerste lid, onderdeel a.

Artikel 151

Wat betreft de rekening en verantwoording wordt in dit artikel verwezen naar wat geldt voor bewindvoerders (artikel 161). De verplichting geldt echter niet periodiek, zoals bij testamentair bewind, maar eenmalig bij beëindiging van het beheer van de executeur.

Artikel 152

Hier wordt de langstlevende echtgenoot die het verzorgingsvruchtgebruik heeft en niet reeds erfgenaam is als erfgenaam aangemerkt. Aangezien een vruchtgebruik ook het beheer heeft, zou zonder dit artikel er aanleiding tot conflicten zijn.

Afdeling 7. Testamentair bewind

Algemeen

Bewind betekent vóór alles: beheer. De hoofdtaak van de bewindvoerder is het beheren van een goed, van een aantal goederen of van een vermogen. Al omvat het bewind over bijvoorbeeld een onderneming meer dan het bewind over bijvoorbeeld een vermogen dat uit spaarbrieven bestaat, tot de normale taak van de bewindvoerder behoort het niet, door zijn transacties de goederen onder het bewind aan bijzondere risico's bloot te stellen. Integendeel, het bewind wordt juist ingesteld om het vermogen tegen zulke risico's te beschermen of om het te vereffenen. Aldus beheerst de aard van het bewind de rechtsgevolgen die in deze paragraaf worden omschreven.

Voor de nadere detaillering is van essentiële betekenis, in wiens belang of voor welk doel het bewind is ingesteld. Gezien het verschil in rechtsgevolgen zal het voor de praktijk van belang zijn in de beschikking waarbij het bewind wordt ingesteld, aan te geven in welk belang of in welke belangen het wordt ingesteld. Voor het geval dat niet is geschied, kunnen de in artikel 155 gecreëerde weerlegbare vermoedens uitkomst bieden.

In het kader van paragraaf 3 kan drieërlei worden onderscheiden: a. het bewind is ingesteld om de rechthebbende op de goederen tegen zichzelf

te beschermen; b. het bewind is ingesteld om een ander tegen de recht-hebbende te beschermen; c. het bewind is ingesteld in een gemeenschap-pelijk belang.

Ad a. Dit bewind is vergelijkbaar met dat van titel 19 van Boek 1 (On-derbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen): verwacht wordt dat het bestuur over de goederen de rechthebbende te zwaar zal vallen. Daarbij past dat niet alleen het beheer van de goederen op de bewind-voerder overgaat, maar dat de rechthebbende ook overigens niet vrijelijk, dat wil zeggen buiten de bewindvoerder om over de goederen mag be-schikken en voorts – een bijzonderheid van het testamentaire en schen-kingsbewind – dat deze goederen tijdens het bewind in beginsel niet vat-baar zijn voor verhaal voor zijn schulden, en zeker niet voor die welke op zichzelf niets met de goederen te maken hebben (bijvoorbeeld de kos-ten van een wereldreis).

Ad b. In het erfrecht zal het meest typerende voorbeeld zijn het bewind over een vruchtgebruik of een fideï-commis: de hoofdgerechtigde be-hoeft bescherming tegen de vruchtgebruiker, de latere verkrijger tegen de eerdere. Mits het goed maar onder het beheer van de bewindvoerder blijft, doet het er niet toe, of de vruchtgebruiker of de bezwaarde zijn ei-gen recht, het vruchtgebruik of zijn tijdelijk recht vervreemdt: de hoofd-gerechtigde of verwachter wordt daardoor niet benadeeld. Hetzelfde geldt voor uitwinning van die rechten.

Ad c. Een aantal goederen of, zoals in het erfrecht veelvuldig zal voor-komen, een aantal aandelen in een vermogen behoort bijeen en behoort, duurzaam of tot aan de verdeling, als eenheid te worden beheerd. De rechtsgevolgen zullen dezelfde kunnen zijn als die van de vorige catego-rie – het is onverschillig wie de rechthebbende is, mits de goederen maar bijeenblijven – maar het is duidelijker hier althans terminologisch een onderscheid te maken. Een combinatie van verschillende belangen is vanzelfsprekend mogelijk. Vergelijk artikel 167, derde lid.

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 153

De in het eerste lid bedoelde goederen zijn de tot de nalatenschap beho-rende goederen alsmede gelegateerde goederen ongeacht of ze tot de na-latenschap behoorden, dus ook bijvoorbeeld ingevolge legaat gevestigde

beperkte rechten. In het tweede lid is ter wille van de rechtszekerheid buiten twijfel gesteld dat het bewind aanvangt op het tijdstip van overlijden van de erflater. Het bewind kan dus aanvangen voordat er een bewindvoerder is.

Artikel 154

Deze zaaksvervangingsregel komt overeen met artikel 1:433, eerste lid. Is een vruchtgebruik onder bewind gesteld, dan volgt de zaaksvervangingsregel van de daarmee belaste goederen uit artikel 3:213, eerste lid. Overigens kan het dwingendrechtelijk geregelde verzorgingsvruchtgebruik van de artikelen 29 en 30 niet onder bewind gesteld worden.

Artikel 155

De rechtsgevolgen van het bewind worden voor een belangrijk deel bepaald door de vraag in wiens belang dit bewind is ingesteld. Niet altijd zal in het testament uitdrukkelijk zijn aangegeven wat de strekking van het ingestelde bewind is. Omdat hierover toch de nodige duidelijkheid dient te bestaan, creëert dit artikel voor de meest voorkomende categorieën van gevallen een weerlegbaar vermoeden. Dit vermoeden kan worden weerlegd door een uitdrukkelijke bepaling dienaangaande in het testament of door toepassing van artikel 46. Indien niet duidelijk is in wiens belang het bewind is ingesteld gelden de zwaarste gevolgen, zoals aangegeven in artikel 167, derde lid.

De bepaling van de tweede volzin van het tweede lid kan reeds worden afgeleid uit artikel 3:226, eerste lid, maar is toegevoegd om elke onzekerheid hierover uit te sluiten.

Artikel 156

De betekenis van deze regel blijkt vooral uit artikel 169, tweede en derde lid. Zie ook artikel 171, eerste lid.

§ 2. De bewindvoerder

Artikel 157

Deze bepaling is ontleend aan artikel 1:435. Gewoonlijk zal het testament de benoeming van de bewindvoerder(s) regelen. De aldus aangewezenen kan echter al voor de aanvang van het bewind zijn overleden of

tijdens het bewind overlijden, hij kan weigeren zijn benoeming te aanvaarden of ontslag nemen, enz. Het is mogelijk dat het testament niet of onvoldoende in die mogelijkheden voorziet, zodat daarvoor een subsidiaire wettelijke regeling op haar plaats is.

Het tweede lid geeft aan welke personen niet tot bewindvoerder kunnen worden benoemd. Hiertoe behoren ook de verzorgers genoemd in artikel 59. Deze bepaling regelt welke personen geen voordeel kunnen trekken uit een uiterste wilsbeschikking. Deze personen zouden ook uit het bewind voordeel kunnen trekken. Weliswaar ontvangt een bewindvoerder niet noodzakelijk een beloning voor zijn werkzaamheden maar hij ontleent aan deze functie wel bevoegdheden. Het is daarom gewenst om ook deze personen – onder de in artikel 59 genoemde omstandigheden – uit te sluiten van de benoeming tot testamentaire bewindvoerder.

Bij rechtspersonen die bewindvoerder zijn (derde lid) kan worden gedacht aan banken of instellingen die het beheer van vermogens tot doel hebben. Zie ook artikel 1:435.

Het vierde lid geeft een voorziening voor het geval de ingevolge het eerste lid benoemde bewindvoerder – bijvoorbeeld door ziekte of verblijf in het buitenland – tijdelijk niet in staat is zijn functie uit te oefenen. Deze tijdelijke benoeming door de rechter kan ook ambtshalve geschieden.

Het vijfde en zesde lid regelen op welk tijdstip iemand bewindvoerder wordt. Indien iemand door de erfflater als zodanig is aangewezen (zesde lid), dan wordt die persoon pas bewindvoerder daags nadat hij heeft aanvaard (vergelijk artikel 1:280, eerste lid, onderdeel b). Deze aanvaarding behoeft niet uitdrukkelijk te geschieden (vergelijk artikel 3:37, eerste lid).

Artikel 158

Dit artikel komt grotendeels overeen met artikel 1:437, voor zover dit betrekking heeft op de werkzaamheden van de bewindvoerder. Omdat een eventuele verdeling van de werkzaamheden gewoonlijk haar grond in de uiterste wil zal vinden, wordt hier het rechterlijk ingrijpen beperkt tot het geval van gewichtige redenen. De rechter kan de verdeling van de werkzaamheden bij de benoeming van de bewindvoerders (eerste lid) ook ambtshalve vaststellen.

Artikel 159

Deze bepaling is ontleend aan artikel 1:447, maar wijkt daarvan op enkele plaatsen af. In het eerste lid (vergelijk artikel 1:447, eerste lid, eerste volzin) is voor de beloning van de bewindvoerder niet meer aangeknoopt bij de vruchten van de onder bewind staande goederen verminderd met de ten laste daarvan komende uitgaven. Daarbij kan zich namelijk het probleem voordoen dat de bewindvoerder er belang bij kan hebben geen onderhoud te laten plegen; dit kan immers van invloed zijn op zijn honorarium, omdat dan het nettobedrag lager wordt. Om deze reden is voor de beloning van de bewindvoerder gekozen voor een percentage van de waarde – telkens aan het einde van het jaar – van het onder bewind gestelde vermogen.

In het tweede lid is in vergelijking met artikel 1:447, tweede lid, voor een andere, eenvoudiger te hanteren, verdeelsleutel gekozen.

In het derde lid is – in tegenstelling tot in artikel 1:447, eerste lid, tweede volzin, wegens de andere strekking die een testamentair bewind kan hebben – naast de rechthebbende tevens genoemd degene in wiens belang het bewind is ingesteld. Het begrip onvoorziene omstandigheden dient te worden begrepen in de zin van artikel 6:258: het gaat er om van welke omstandigheden de erfflater bij het instellen van het testamentaire bewind is uitgegaan en of hij – al dan niet stilzwijgend – met de mogelijkheid van het optreden van onvoorziene omstandigheden rekening heeft willen houden.

Artikel 160

Zie artikel 1:436, eerste en derde lid. Is een beperkt recht, zoals een vruchtgebruik, onder bewind gesteld, dan zijn de goederen waarop het bewind betrekking heeft en die beschreven moeten worden, niet beperkt tot het goed dat onder het bewind staat – bijvoorbeeld het vruchtgebruik van de nalatenschap van X – maar vallen daaronder mede de activa en passiva van dat vermogen zelf.

De tweede volzin van het eerste lid is beperkt tot een verplichting voor de door de rechter benoemde bewindvoerder, daar de uiterste wil hier een eigen voorziening zal voorschrijven.

Het tweede lid bepaalt dat de bewindvoerder verplicht is om het bewind en zijn benoeming te doen inschrijven in respectievelijk de openbare re-

gisters, het aandelenregister en het handelsregister. De erflater kan in zijn testament echter anders bepalen, indien hij wenst dat het bewind geheim blijft. Dit schept weliswaar het gevaar dat derden het bewind kunnen verwaarlozen maar de erflater heeft dit gevaar dan boven het bekend worden van het bewind verkozen. De gevolgen van het al dan niet inschrijven van het bewind voor de bescherming van de derdeverkrijger zijn geregeld in artikel 168.

Artikel 161

Zie artikel 1:445. De laatste volzin van het eerste lid is beperkt tot de bewindvoerder die door de rechter is benoemd. De woorden 'ten overstaan van' brengen tot uitdrukking dat rekening en verantwoording wordt afgelegd aan de rechthebbende of belanghebbende in het bijzijn van, dan wel met afschrift aan de rechter. Dit betekent, dat de vrijstelling die de rechter de bewindvoerder kan verlenen op grond van het derde lid, de verantwoordingsplicht ten opzichte van de rechthebbende of belanghebbende onaangetaast laat.

Artikel 162

Zie artikel 1:446, ten opzichte waarvan echter enige veranderingen zijn aangebracht. De eerste volzin is niet beperkt tot de periodieke rekening en verantwoording, daar hij ook voor de slotrekening moet gelden. In plaats van 'de rechthebbende' wordt hierom de iets ruimere term 'degene die daar recht op heeft', ook omvattende de erfgenamen van de overleden rechthebbende na het einde van het bewind, gebezigd. Deze bepaling impliceert dat de vruchten onder het bewind blijven totdat ze zijn uitgekeerd, zie ook artikel 154. Het tweede lid van artikel 1:446 vindt een plaats in artikel 165 waar de bepaling in de gevolgde systematiek thuis behoort. Hetzelfde geldt voor het derde lid van de genoemde bepaling, voor zover dat betrekking heeft op de aan het eind van het bewind af te dragen bewindsgoederen. Voor het overige is dit derde lid overgenomen in artikel 162, evenwel zonder de beperking dat het voorschrift slechts geldt, indien de rekening en verantwoording aan de rechter wordt afgelegd.

Artikel 163

Zie artikel 1:444. De formulering van deze bepaling sluit nauw aan bij artikel 6:74, eerste lid. Overigens kan de erflater op grond van artikel 171 de aansprakelijkheid van de bewindvoerder modificeren.

Artikel 164

Zie artikel 1:448. In het eerste lid is de term 'hoedanigheid' in plaats van 'taak' gebezigd. Toegevoegd is onderdeel d. In het tweede lid is ingevoegd degene in wiens belang het bewind is ingesteld. De bewindvoerder is bevoegd de rechter om ontslag te verzoeken. Deze zal hem dit ontslag verlenen tegen een nader te bepalen dag en daarbij tevens kunnen voorzien in eventueel nodige voorlopige voorzieningen dan wel de benoeming van een opvolger.

Artikel 165

Zie artikel 1:448. Het derde lid regelt de verplichtingen indien de hoedanigheid van bewindvoerder eindigt ingevolge de in artikel 164 genoemde gevallen. Voor de curator (bij faillissement en ondercuratelestelling) en de bewindvoerder (bij het meerderjarigenbewind) gelden dezelfde verplichtingen als voor de gewezen bewindvoerder, althans indien zij van het bewind kennis dragen. Voor de erfgenamen gaat een dergelijke verplichting in haar algemeenheid te ver: daarom zijn zij slechts gehouden de rechter te verzoeken een andere bewindvoerder te benoemen.

§ 3. De gevolgen van het bewind

Artikel 166

Zie artikel 1:438, eerste lid. Hierboven is er (bij afdeling 7, algemeen) reeds op gewezen dat kenmerkend voor het bewind het beheer door de bewindvoerder is; hij neemt dat beheer als het ware van de rechthebbende over, voor zover dat recht strekt. Dit recht kan eigendom zijn maar bijvoorbeeld ook vruchtgebruik of een persoonlijk recht als huur of bruikleen.

Dat beheer is in het algemeen privaat: de rechthebbende mist de beheersbevoegdheid. Dat laatste gaat echter te ver voor goederen die de rechthebbende in gebruik heeft, bijvoorbeeld een huis waarin de vruchtgebruiker woont. Het zou onpraktisch zijn, indien het bewind hem zou

verhinderen kranen en sloten te laten repareren, het gras te laten maaien, enz. Daarom wordt hem in de eerste volzin de bevoegdheid toegekend tot het verrichten van handelingen dienende tot gewoon onderhoud van de genoemde goederen. Daarnaast is er geen bezwaar tegen hem ook bevoegd te maken tot handelingen die geen uitstel kunnen lijden. De terminologie is ontleend aan artikel 3:170, eerste lid. Daaruit zijn echter niet overgenomen de handelingen tot behoud van een goed, die wel uitstel kunnen lijden: men moet geen discussies kunnen krijgen over de vraag, of de rechthebbende al dan niet bevoegd is tot het aanbesteden van een uitgebreide dakreparatie.

Artikel 167

Vergelijk artikel 1:438, tweede lid, voor zover deze betrekking heeft op beschikkingshandelingen. Het eerste lid heeft betrekking op een bewind dat is ingesteld in het belang van de rechthebbende, het tweede lid op een bewind in het belang van een ander dan de rechthebbende of in een gemeenschappelijk belang en het derde lid ziet op de situatie dat zowel het eerste als het tweede lid op het bewind van toepassing zijn.

Indien het bewind is ingesteld in het belang van de rechthebbende, zijn andere handelingen dan die in artikel 166 bedoeld ongeldig, indien zij door de rechthebbende buiten de bewindvoerder om worden verricht (eerste lid). In artikel 1:438, tweede lid, wordt de medewerking van de bewindvoerder vereist. Voorgesteld wordt daarnaast toestemming toe te laten; deze leent zich beter voor een mogelijke gewenste bekrachtiging achteraf. De term 'beschikking' die in bovengenoemd artikel wordt gebezigd is hier vermeden, vooral omdat deze tot enige onzekerheid aanleiding kan geven: omvat 'beschikking' hier alle handelingen die niet tot het beheer behoren, dat wil zeggen onder omstandigheden bijvoorbeeld ook verhuur en verpachting, of is zij beperkt tot vervreemding en bezwaring? Om de ruimere betekenis aan te duiden, is hier voor een negatieve omschrijving gekozen: het gaat om alle handelingen die verder gaan dan beheer, althans voor zover ze rechtstreeks een bewindsgoed betreffen. Hieronder valt derhalve niet het sluiten van een lening met de bedoeling daarmee (het onderhoud van) bewindsgoederen te financieren. Wel onder de bepaling vallen obligatoire handelingen die rechtstreeks op een bewindsgoed betrekking hebben, zoals verkoop of aanbesteding. Is de

verkoop van een onder het bewind staand huis door de rechthebbende ongeldig, dan is ook geen boete verschuldigd als de bewindvoerder later weigert zijn medewerking aan de levering te verlenen.

Is het bewind ingesteld in het belang van een ander – bijvoorbeeld de hoofdgerechtigde – of in een gemeenschappelijk belang, dan mag de rechthebbende met betrekking tot zijn eigen recht vrij zijn gang gaan, mits binnen de grenzen van zijn bevoegdheden en met instandhouding van het bewind (tweede lid). Hier vooral komt het erop aan, tot welke handelingen de rechthebbende bevoegd is. Voor een deelgenoot, bijvoorbeeld een erfgenaam, wiens aandeel onder bewind staat, zie titel 3.7 (bijvoorbeeld artikel 3:170 en 3:190 e.v.), voor een vruchtgebruik titel 3.8. Voor een vruchtgebruiksbewind betekent dit het volgende. In het algemeen is een vruchtgebruiker bevoegd tot het beschikken over – vervreemden en bezwaren van – zijn vruchtgebruiksrecht. Is dat recht uitsluitend in het belang van de hoofdgerechtigde onder bewind gesteld, dan heeft de vruchtgebruiker voor die beschikking krachtens het tweede lid de medewerking of toestemming van de bewindvoerder niet nodig; wel blijft het bewind op dat overgedragen of bezwaarde vruchtgebruik rusten. De vruchtgebruiker kan, buiten het recht tot gebruik, ook bevoegdheden hebben ten aanzien van de vruchtgebruiksgoederen, zoals vervreemding en vertering (artikelen 3:212 en 215). Is een bewind ingesteld, dan valt de uitoefening van die bevoegdheden onder het eerste lid, tweede volzin, voor zover ze geen beheershandeling is.

Is het bewind zowel ingesteld in het belang van de rechthebbende als in dat van een of meer anderen, dan is er sprake van samenloop van het eerste en tweede lid. Het derde lid bepaalt dat de rechthebbende in zo'n geval slechts onder de voorwaarden van zowel het eerste als tweede lid – medewerking of toestemming van de bewindvoerder en voorbehoud van het bewind – bevoegd is tot het verrichten van handelingen als bedoeld in het eerste lid.

Artikel 168

Zie artikel 1:439. Het eerste lid beschermt de wederpartij te goeder trouw, d.w.z. degene die het bewind niet kent en ook niet hoeft te kennen; zie artikel 3:11. In artikel 160, tweede lid, is voorgeschreven dat de bewindvoerder het bewind in de daartoe bestemde registers dient in te

schrijven. Is dat geschied, dan is het bewind voor derden kenbaar en worden zij niet beschermd. Is het bewind daarentegen niet ingeschreven, bijvoorbeeld omdat de erflater, overeenkomstig de ruimte die artikel 160, tweede lid, hem daartoe geeft, de voorkeur heeft gegeven aan geheimhouding van het bewind, dan wordt de wederpartij slechts beschermd indien deze het bewind kende noch behoorde te kennen. Dit betekent, dat ook als het bewind niet is ingeschreven er voor de koper toch een zekere onderzoeksplicht kan bestaan.

Dat een rechtshandeling overeenkomstig het eerste lid geldig is, houdt niet in dat de bewindvoerder zich nimmer tegen de verdere uitvoering kan verzetten. Heeft de rechthebbende een bewindsgoed geldig verkocht zonder medewerking of goedkeuring van de bewindvoerder, dan kan de bewindvoerder die medewerking of goedkeuring alsnog voor de levering weigeren, indien hij meent dat de uitvoering van zijn taak dit meebrengt. Om deze reden bepaalt de tweede volzin dat de rechthebbende niet tot vervreemding of bezwaring kan worden veroordeeld, een van de gevallen waarmee de aanhef van artikel 3:296 rekening houdt. Zou de rechthebbende in zo'n geval wel door de rechter tot nakoming kunnen worden veroordeeld, dan zou het vreemd zijn dat de bewindvoerder toch zijn medewerking of toestemming zou kunnen weigeren. Wel kan de niet-nakoming voor de rechthebbende leiden tot een verplichting tot schadevergoeding.

Het tweede lid beschermt een derde-verkrijger te goeder trouw, indien de wederpartij van de rechthebbende wegens het ontbreken van goede trouw aan haar zijde niet door het eerste lid wordt beschermd. Voor de verkrijging van goederen waarop artikel 3:86 van toepassing is, bestaat aan zulk een bijzondere bepaling geen behoefte. Voor andere goederen geldt evenwel artikel 3:88, dat de derde-verkrijger te goeder trouw slechts bescherming verleent, als de onbevoegdheid van een eerdere vervreemder niet de oorzaak is van de onbevoegdheid van de latere vervreemder. Is die eerdere vervreemder een rechthebbende die in strijd met artikel 167, eerste of derde lid, heeft gehandeld, dan ligt diens onbevoegdheid ten grondslag aan alle daarop volgende vervreemdingen, waartegen artikel 3:88 de verkrijgers geen bescherming biedt. Dit zou echter niet stroken met de onbevoegdheid wegens bewind, waartegen krachtens artikel 168, eerste lid, ook de wederpartij te goeder trouw wordt beschermd. Vandaar

dat hier een bijzondere bepaling, die verder gaat dan artikel 3:88, op haar plaats is.

Artikel 169

Zie artikel 1:441, tweede, derde en zesde lid. Zoals uit artikel 166 blijkt, is de normale en hoofdtaak van de bewindvoerder het beheer van de bewindsgoederen. Niet altijd zal hij daarmee kunnen volstaan, in het bijzonder, indien de opbrengst van de goederen onvoldoende is tot dekking van de beheerskosten of omdat anderszins de omstandigheden nopen tot het treffen van buitengewone maatregelen. In die gevallen moet de bewindvoerder wel de nodige voorzieningen kunnen treffen maar hij mag dit niet vrijelijk, buiten de rechthebbende, de eventuele andere belanghebbende of de rechter, om.

Onderdeel a van het eerste lid correspondeert met onderdeel a van artikel 1:441, tweede lid, maar is afgestemd op artikel 167, eerste lid. Aan onderdeel b van dat artikellid bestaat hier geen behoefte. De onderdelen c en e daarvan zijn overgenomen in de onderdelen b en c van artikel 169, eerste lid.

Zie het tweede lid, aanhef, van artikel 1:441. Volgens de nieuwe bepaling in het derde lid kan de rechterlijke machtiging ook worden verleend, als bijvoorbeeld de rechthebbende of belanghebbende slecht bereikbaar is, hoewel niet kan worden gezegd dat hij weigerachtig of niet in staat is tot het verlenen van toestemming. Aan een doorlopende machtiging – vergelijk artikel 1:441, derde lid – voor de hier bedoelde handelingen zal weinig behoefte bestaan, maar de rechter moet wel zijn machtiging aan voorwaarden kunnen binden.

Het vierde lid komt overeen met artikel 1:441, zesde lid.

Artikel 170

In het artikel zijn bijeengebracht de bepalingen die artikel 1:441 in het tweede en vierde lid omtrent de verdeling van een gemeenschap bevat, zij het dat het artikel in enkele opzichten enige afwijkingen bevat, welke echter geheel passen in het systeem van de artikelen 167 en 169.

Voor de zinsnede 'of die onder een met het bewind staand beperkt recht zijn belast' in het eerste lid zie men artikel 3:178, eerste lid: zo kan de nalatenschap zijn belast met een vruchtgebruik dat onder bewind is ge-

steld. Ook andere beperkte rechten kunnen voorkomen, zoals hypotheek of erfpacht die onder bewind staan. De bevoegdheid van de bewindvoerder tot het vorderen van de verdeling van een gemeenschap is te vinden in artikel 1:441, vierde lid, eerste volzin, waar zij hem zelfs met uitsluiting van de rechthebbende is toegekend. Aan deze laatste beperking van diens bevoegdheden bestaat geen behoefte; krachtens artikel 167, eerste lid, zal de rechthebbende toch de medewerking of toestemming van de bewindvoerder behoeven, tenzij het tweede lid van dat artikel van toepassing is en aan bemoeienis van de bewindvoerder geen behoefte bestaat. Voor de bevoegdheid tot uitsluiting van verdeling zie artikel 1:441, eerste lid, onder d.

Voor het tweede lid zie artikel 1:441, vierde lid, tweede volzin. Neemt de rechthebbende zelf deel aan de verdeling, dan is artikel 167 van toepassing.

Voor het derde lid zie artikel 1:441, tweede lid, aanhef en vierde lid, tweede volzin.

Artikel 171

De erfflater is aldus het eerste lid in beginsel vrij de bevoegdheden van de bewindvoerder te verruimen, als ook te beperken. Zo kan de erfflater de bewindvoerder opdragen om de rechthebbende periodiek uitkeringen uit het bewindsvermogen te doen. Hij kan tevens bepalen dat de beschikingsbevoegdheid uitsluitend aan de bewindvoerder toekomt, zonder medewerking van de rechthebbende doch met machtiging van de rechter; hij kan eveneens bepalen dat de bewindvoerder zonder medewerking van de rechthebbende en zonder machtiging van de rechter kan beschikken. Een bewind is in de regel bestemd voor een betrekkelijke lange tijd te bestaan. Gedurende die tijd kunnen zich steeds omstandigheden voordoen die aanvulling of wijziging nodig maken. Het tweede lid treft hiervoor een regeling. Zie voor het begrip 'onvoorziene omstandigheden' artikel 6:258.

Artikel 172

Zie voor het eerste lid artikel 1:441, eerste lid, met als verduidelijking dat de bewindvoerder ook op eigen naam kan handelen. In het tweede lid worden de regels ter zake van volmacht van overeenkomstige toepassing

verklaard, behalve dat in de tweede volzin ten aanzien van de bevoegdheid van de bewindvoerder een eigen regel wordt gegeven.

Artikel 173

Zie voor de eerste volzin artikel 1:441, eerste lid, en voor de tweede artikel 1:443.

Artikel 174

Het artikel regelt de aansprakelijkheid van de rechthebbende voor handelingen van de bewindvoerder. Zie artikel 1:442, eerste lid. De regels die het verhaal op de bewindsgoederen regelen zijn ter wille van de overzichtelijkheid, tezamen met de andere verhaalsregels, afgesplitst in de artikelen 175 en 176.

Het eerste lid stelt de rechthebbende, voor zover hij door de bewindvoerder in diens functie is vertegenwoordigd, aansprakelijk voor diens verrichtingen, een aansprakelijkheid die staat naast die uit onrechtmatige daad op grond van artikel 6:172 (waarmee ze overigens kan samenlopen).

Zie voor het tweede lid artikel 1:96, eerste lid, en artikel 1:442, tweede lid.

Artikel 175

Het artikel regelt, tezamen met artikel 176 de mogelijkheid van verhaal op de bewindsgoederen. De regeling geldt voor de periode 'tijdens het bewind'. Wat daarna gebeurt, hangt af van de aard van het onder bewind gestelde recht. Vererven de schulden van de rechthebbende op degenen die zonder bewind recht op die goederen verkrijgen, dan kunnen de schulden van zijn nalatenschap mede op die goederen worden verhaald (zie HR 17 juni 1988, NJ 1988, 958). Is het echter een beperkt recht, zoals het vruchtgebruik, of een voorwaardelijk of een tijdelijk recht zoals het fidei-commis, dan worden de goederen aan verhaal voor schulden van de voormalige rechthebbende onttrokken.

Het eerste lid somt limitatief op de schulden waarvoor de bewindsgoederen kunnen worden uitgewonnen. Onderdeel a noemt allereerst de schulden van de nalatenschap. Gewoonlijk begrijpt men die onder de schulden die de goederen betreffen (onderdeel b), maar dat is dubieus, en het ver-

dient daarom aanbeveling de categorie afzonderlijk te vermelden: het gaat uiteraard niet aan de schuldeisers van de nalatenschap door instelling van een bewind te benadelen. Welke de schulden van de nalatenschap zijn, die ten laste van de goederen kunnen worden gebracht, en in hoeverre dit het geval is, hangt af van de regeling in het erfrecht, in het bijzonder de artikelen 7 en 184, eerste lid, dat vooral een rol zal spelen zolang de nalatenschap niet is verdeeld of aanvaard, en daarnaast de artikelen 182, tweede lid, en 184, tweede lid, die de aansprakelijkheid van de erfgenamen regelen, welke ook tot verhaal op de bewindsgoederen kan leiden.

Wat betreft onderdeel b denke men aan de lasten die deze goederen meebrengen.

Indien de rechthebbende handelt binnen de grenzen van zijn bevoegdheid (artikelen 166 en 167) en uit deze rechtshandelingen schulden voortvloeien, is verhaal mogelijk op de onder bewind staande goederen (onderdeel c).

Indien de rechthebbende onbevoegd een rechtshandeling verricht (artikel 166 en 167) maar deze rechtshandeling niettemin geldig is op grond van artikel 168, eerste lid, dan is krachtens dezelfde bepaling geen veroordeling tot nakoming mogelijk en is uitwinning op grond van een veroordelend vonnis eveneens uitgesloten. Verhaal wegens een veroordeling tot schadevergoeding is echter niet uitgesloten. Dit verhaal dient in eerste instantie gezocht te worden op de goederen van de rechthebbende die niet onder het bewind zijn gesteld. De bewindvoerder heeft daarom in dit soort gevallen een aanwijzingsbevoegdheid analoog aan artikel 1:96, eerste lid (onderdeel d).

Onder deze schulden vallen ook de in artikel 174 genoemde schulden waartoe de aansprakelijkheid van de rechthebbende krachtens artikel 6:174 zich uitstrekt, en eveneens een schuld uit onverschuldigde betaling welke in de macht van de bewindvoerder is gekomen (onderdeel e).

Overdracht van bewindsgoederen met instandhouding van het bewind is mogelijk op grond van artikel 167, tweede en derde lid. Uitwinning van de goederen onder een in die artikelliden bedoeld bewind, geschiedt eveneens onder de last van dat bewind. Ook na overgang kunnen deze goederen voor de schulden waarvoor de eerdere rechthebbende overeen-

komstig artikel 6:174 wegens gedragingen van de bewindvoerder aansprakelijk is, worden uitgewonnen, aldus het tweede lid.

In het algemeen moet degene die krachtens executie verkrijgt, niet door het testamentaire bewind worden belast. Dat is echter anders, indien dit uitsluitend of mede in het belang van een ander of in een gemeenschappelijk belang is ingesteld; in zoverre vormt de bepaling in het derde lid de tegenhanger van artikel 167, derde lid. Instelling van het bewind in het belang van een ander zal het meest voorkomen bij vruchtgebruik en fideicommiss. Bij vruchtgebruikbewind komt men aan de toepassing van deze bepaling in sommige gevallen niet toe: bij betaling op grond van artikel 3:222 vervalt het onder bewind gestelde vruchtgebruik zelf.

Artikel 176

Het artikel betreft de gevallen waarin het bewind uitsluitend is ingesteld in het belang van een ander (de hoofdgerechtigde tegenover de vruchtgebruiker, de verwachter onder fideicommiss tegenover de bezwaarde) of een gemeenschappelijk belang (beheer van gemeenschappelijke nagelaten goederen, al dan niet tot aan de verdeling). In deze gevallen maakt het niet uit wie de rechthebbende is en is er geen bezwaar tegen als zijn persoon door beschikking of executie wisselt; hier bestaat verband met artikel 167, tweede lid.

Is het recht van de rechthebbende niet alleen in het belang van een ander maar ook in diens eigen belang onder bewind gesteld, dan is het artikel niet van toepassing: uitwinning is dan beperkt tot de gevallen van artikel 175 en met de daar geregelde gevolgen.

§ 4. Einde van het bewind

Artikel 177

Wat betreft het eerste lid kan men denken aan het geval dat de erflater een bewind heeft ingesteld voor de tijd dat de rechthebbende een bepaalde leeftijd nog niet heeft bereikt. Bij het tweede lid denke men aan het geval; dat het bewind is ingesteld uitsluitend in het belang van een rechthebbende die vervolgens verwerpt. Een verwerping werkt terug tot het openvallen van de nalatenschap. De tweede volzin voorkomt dat de bevoegdheden daardoor aan de bewindvoerder ook met terugwerking worden ontnomen.

Artikel 178

Dit artikel betreft een bewind dat uitsluitend in het belang van de rechthebbende is ingesteld. Van rechtswege eindigt dit bewind bij overlijden of ontbinding van de rechtspersoon. Na dertig jaren kan de rechtspersoon opzeggen. De rechter kan het bewind op verzoek opheffen op grond van onvoorziene omstandigheden (vergelijk artikel 6:258). De laatste volzin is een verwijzing naar artikel 171, tweede lid.

Artikel 179

Hier gaat het om een bewind dat niet uitsluitend is ingesteld in het belang van de rechthebbende. Het vervalt doordat het belang vervalt of door een gemeenschappelijk besluit. Bij legaat of last is opzegging na dertig jaren mogelijk; vergelijk artikel 140.

Artikel 180

Dit artikel betreft het bewind dat is ingesteld in het gemeenschappelijk belang van de rechthebbende en anderen. Het bewind vervalt als het gemeenschappelijk belang vervalt en verder is na vijf jaren opzegging mogelijk (door de rechthebbende; zie artikel 181); vergelijk artikel 178, tweede lid, tweede volzin, en ook artikel 3:178, vijfde lid.

Artikel 181

Hier worden formele bepalingen gegeven ten aanzien van de in de artikelen 178, 179 en 180 voorziene opzegging.

Titel 6. Gevolgen van de erfopvolging

Afdeling 1. Algemene bepalingen

Artikel 182

Bij de eerste volzin van het eerste lid van dit artikel (het beginsel van de saisine) sluiten aan de regels van artikel 3:80, dat men door erfopvolging goederen onder algemene titel verkrijgt, en van artikel 3:116, dat hij die onder een algemene titel een ander opvolgt, daarmee die ander opvolgt in diens bezit en houderschap, met alle hoedanigheden en gebreken van dat bezit of houderschap. De tweede volzin van het eerste lid bevat de uitzondering ingeval van een wettelijke verdeling.

Ook de overgang van de schulden is, ingevolge de eerste volzin van het tweede lid, niet afhankelijk van aanvaarding. Ten aanzien van de wettelijke verdeling zie de artikelen 13 en 14. De tweede volzin van het tweede lid bepaalt dat wanneer de prestatie deelbaar is, ieder van de erfgenamen verbonden is voor een deel, evenredig aan zijn erfdeel, tenzij zij hoofdelijk verbonden zijn. Vergelijk artikel 6:6.

Het tweede lid heeft alleen betrekking op de door de erflater achtergelaten schulden (artikel 7, eerste lid, onderdeel a). Voor de ten laste van erfgenamen komende legaten volgt reeds uit artikel 117 dat de belaste erfgenamen als zodanig schuldenaar zijn, en wel indien de prestatie deelbaar is, ieder voor een deel evenredig aan zijn erfdeel, tenzij de erflater anders heeft beschikt. Aan testamentaire lasten worden geen vorderingsrecht verbonden; de verplichting uit een op een erfgenaam rustende last is dus niet een schuld, een verbintenis, van de erfgenaam in de zin van Boek 6.

Schuldenaar van de kosten van lijkbezorging zijn niet de erfgenamen als zodanig maar hij die haar heeft besteld of degenen die hij daarbij heeft vertegenwoordigd; wel zijn deze kosten, voor zover zij in overeenstemming zijn met de stand en het fortuin van de overledene, krachtens artikel 3:288, onderdeel b, op de goederen van de nalatenschap – zelfs bij voorrang – verhaalbaar. Wat de kosten van vereffening betreft, zie men artikel 209, tweede lid, voor het geval deze niet uit de boedel kunnen worden bestreden.

Artikel 183

In dit artikel is de zogenaamde hereditatis petitio geregeld. Deze rechtsvordering komt aan de erfgenaam toe, die daarmee de goederen die ten tijde van het overlijden van de erflater tot de boedel behoorden, kan opvorderen; onverschillig is daarbij of de erflater deze goederen in eigendom had dan wel slechts bezitter of houder was. Opgemerkt zij dat de woorden ‘zonder recht houdt’ aldus moeten worden verstaan, dat de gedaagde geen enkel recht tegen de eiser kan inroepen; onverschillig is of de gedaagde tegen een derde een recht kan inroepen.

Artikel 184

In het eerste en tweede lid is, in aansluiting aan het tweede lid van artikel 182, de regel opgenomen dat schuldeisers van de erflater en andere schuldeisers van de nalatenschap hun vorderingen wel op de goederen van de nalatenschap kunnen verhalen, maar dat een erfgenaam niet verplicht is een op hem rustende schuld van de nalatenschap ten laste van zijn overig vermogen te voldoen en dus ook geen verhaal op zijn overig vermogen kan worden genomen, tenzij hij zuiver aanvaardt of zich schuldig maakt aan een van de hier opgesomde misdragingen.

Afgezien van deze gedragingen, bepaalt die regel de rechtspositie van de schuldeisers van de nalatenschap en de erfgenaam zolang deze niet – binnen de daarvoor openstaande termijn – de hem krachtens artikel 190 toekomende keuze tussen zuivere aanvaarding, aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving en verwerping heeft gedaan, en voorts wanneer hij van deze keuzebevoegdheid gebruik heeft gemaakt om beneficiair te aanvaarden. Wat hier en elders in deze titel onder schulden van de nalatenschap valt te verstaan is aangegeven in artikel 7. Wat betreft het effect van een wettelijke verdeling ten behoeve van de langstlevende echtgenoot, onder andere als het gaat om een negatieve nalatenschap, zie bij artikel 14, in het bijzonder bij het vierde lid.

Aangezien artikel 185 de schuldeisers de bevoegdheid tot het nemen van executiemaatregelen gedurende drie maanden na erflaters dood ontzegt, behoeft in het hierna volgende in het algemeen slechts te worden gesproken over het geval dat de nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving is aanvaard en deswege overeenkomstig de derde afdeling van deze titel wordt vereffend. Voor de door de erflater achtergelaten schulden, waarvan de erfgenaam krachtens artikel 182, tweede lid, schuldenaar is geworden, en voor de schulden van de erfgenaam uit de op hem rustende legaten, bevat het onderhavige artikel een afwijking van de hoofdregel van artikel 3:276, dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen. Bovendien kunnen de schuldeisers van de erflater of uit legaat, die geld – met inbegrip van schadevergoeding ter vervanging van andere prestaties dan geldsommen – te vorderen hebben, tot het verhaal op de goederen van de nalatenschap ter afdwinging van nakoming, buiten de bijzondere gevallen bedoeld in artikel 223, gedurende de vereffening van de nalatenschap niet zelfstan-

dig overgaan; zij kunnen slechts hun vorderingen bij de vereffenaar indienen. Hetzelfde geldt voor vorderingen tot levering van een goed van de nalatenschap of tot vestiging van een beperkt recht op een zodanig goed.

Deze beperking en kanalisering van het verhaalsrecht van de schuldeisers van de nalatenschap zou hen niet beletten tegen de erfgenaam-schuldenaar een van de overige dwangmiddelen tot nakoming van een verbintenis toe te passen, zoals gijzeling of een veroordeling onder dwangsom tot nakoming van een verbintenis om te doen of niet te doen of om andere goederen dan geld te geven. Doch het tweede lid van het onderhavige artikel bepaalt tevens dat de erfgenaam-schuldenaar niet verplicht is de schulden van de nalatenschap uit zijn overig vermogen te voldoen. Gijzeling of een rechtsvordering tot veroordeling onder dwangsom tot nakoming van een verbintenis om te doen zal dus tegen een beneficiair aanvaard hebbende erfgenaam ook niet kunnen worden te baat genomen, voor zover de nakoming hem op een uitgave in geld of goed zou komen te staan.

Door het derde lid kan een erfgenaam die beneficiair heeft aanvaard, door schuldeisers in zijn eigen vermogen aansprakelijk worden gehouden tot het bedrag van hetgeen de erfgenaam ontvangt uit de nalatenschap. Aldus wordt voorkomen dat een beneficiair erfgenaam voordeel geniet uit de nalatenschap voordat alle schuldeisers zijn voldaan die zich binnen de voor hen geldende verjaringstermijn melden. De bepaling laat in het midden of en zo ja onder welke omstandigheden het ontvangen van een uitkering uit de nalatenschap beschouwd moet worden als een daad van zuivere aanvaarding. Artikel 223 is van overeenkomstige toepassing verklaard teneinde te bewerkstelligen dat zolang vereffening overeenkomstig afdeling 3 van titel 6 van Boek 4 plaatsvindt, verhaal slechts geschiedt via de voor vereffening gegeven regels.

De erfgenaam die verwerpt nadat hij de voldoening van een schuld verwijtbaar heeft verhinderd of opzettelijk goederen van de nalatenschap heeft zoekgemaakt of verborgen, is ingevolge het vierde lid ook na zijn verwerping voor de schulden van de nalatenschap met zijn hele vermogen aansprakelijk, ofschoon hij ingevolge zijn verwerping geacht wordt nimmer schuldenaar te zijn geweest.

Het vijfde lid betreft de nakoming van een last die bestaat uit een uitgave van geld of van een goed dat niet tot de nalatenschap behoort. Ook al resulteren lasten niet in een schuld, deze lasten lijken zozeer op legaten dat zij in dit opzicht met schulden van de nalatenschap worden gelijk gesteld.

Artikel 185

Dit artikel betreft het recht van beraad. Er is geen reden om dit recht alleen aan hen, die een daartoe strekkende verklaring afleggen, te geven. Het ontwerp geeft dit recht aan allen, die nog niet zuiver aanvaard hebben. Het is ook vast gebruik, om een erfgenaam in de eerste weken na het overlijden niet met processuele maatregelen te vervolgen, tenzij daartoe een bijzondere reden bestaat.

De termijn van het recht van beraad is gesteld op drie maanden. Langer behoeven maatregelen tot vervolging van schuldeisers in beginsel niet opgeschort te worden.

De bepaling geldt ten hoogste voor de eerste drie maanden na het openvallen van de nalatenschap. Het zou te ver gaan de opschorting van de bevoegdheid van executie uit te strekken tot de gehele periode, waarin nog erfgenamen in termen van beraad kunnen verkeren. Deze periode kan aanzienlijk langer zijn dan drie maanden sedert het overlijden van de erflater, met name wanneer de nalatenschap door een erfgenaam wordt verworpen en de daarna geroepen erfgenamen niet dadelijk aanvaarden. Ook een door de rechter verleende verlenging van de termijn van beraad behoort niet van rechtswege de verhaalsbevoegdheid van een schuldeiser die een executoriale titel heeft, verder op te schorten. Wel kan dit bij uitzondering gerechtvaardigd zijn. Hierin voorziet het derde lid.

Artikel 186

Dit artikel legt de basis voor het openbaar boedelregister. Anders dan ten aanzien van de openbare registers, bedoeld in artikel 3:16, is aan inschrijving geen derdenbescherming gebonden. Slechts voor ongedaanmaking van de wettelijke verdeling (artikel 18, eerste lid) is inschrijving een constitutief vereiste. De inschrijfplicht van de notaris (zie het onderhavige artikel 186, tweede lid) strekt ertoe dat anderen –denk aan crediteuren – kunnen nagaan wie de erfgenamen zijn.

Inschrijfbaar feiten geeft de wet in voornoemd artikel 18, eerste lid, artikel 185, derde lid, voornoemd artikel 186, tweede lid, artikel 191, eerste lid, artikel 192, tweede lid, artikel 193, tweede lid, artikel 197, eerste lid, artikel 206, zesde lid; artikel 209, vierde lid, en artikel 211, vijfde lid. De verklaring van erfrecht (zie de artikelen 187 en 188) is niet inschrijfbaar in het openbaar boedelregister. Men kan een verklaring van erfrecht wel inschrijven in het openbare register, bedoeld in artikel 3:16; zie artikel 3:17, eerste lid, onderdeel b.

In het derde en vierde lid wordt voorgesteld dat bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, regels worden gesteld omtrent het boedelregister. Een boedelregister kan eventueel in elektronische vorm worden gehouden.

Artikelen 187 en 188

Deze artikelen betreffen de notariële verklaring van erfrecht. De voornaamste functie daarvan is dat degene die zonder nader onderzoek op haar afgaat, in beginsel als te goeder trouw in de zin van de wet wordt beschouwd. Is voor het intreden van een rechtsgevolg de goede trouw van een persoon vereist, dan wordt bij het oordeel of hij inderdaad te goeder trouw moet worden geacht, in aanmerking genomen hetgeen hij had behoren te kennen, en voor de vaststelling van hetgeen hij behoorde te kennen kan met een zekere mate van onderzoekplicht worden gerekend; zie artikel 3:11. De hier bedoelde betekenis van de verklaring van erfrecht is derhalve, kort gezegd, deze: degene die volgens een door een notaris schriftelijk afgelegde verklaring erfgenaam is, kan door een derde die daarop afgaat, in de regel, zonder het instellen van een ander onderzoek, te goeder trouw als erfgenaam worden aangemerkt. Een verklaring van erfrecht levert geen dwingend bewijs van erfgenaamschap op (vergeleijk HR 24-1-1997, NJ 1998, 204 en HR 30-6-2000, NJ 2001, 389).

Het eerste lid stelt dan ook tot regel dat hij die is afgegaan op de in een verklaring van erfrecht vermelde feiten, te dezen aanzien geldt als te goeder trouw. Het belangrijkste voorbeeld van een bepaling die voor het intreden van een rechtsgevolg goede trouw van een persoon eist, is artikel 3:86, dat bescherming verleent aan iemand die een roerende zaak heeft verkregen van een onbevoegde vervreemder. Niet alleen verklaringen wie erfgenaam zijn, maar ook die betreffende executeurs en bewind-

voerders zijn van belang, mede voor andere doeleinden dan ten bewijze van inningsbevoegdheid. Zo valt bij verkrijging van een goed van een nalatenschap niet alleen te denken aan vervreemding door erfgenamen, maar ook aan vervreemding door executeurs of bewindvoerders aan wie krachtens uiterste wil het beheer van de nalatenschap is opgedragen. Bovendien wordt door een onderbewindstelling of benoeming van een executeur met beheersbevoegdheid de bevoegdheid van de erfgenamen uitgesloten of beperkt.

In artikel 188 zijn in het eerste lid de feiten opgesomd die in een verklaring van erfrecht kunnen voorkomen, met het gevolg dat men, daarop afgaande, in het algemeen als te goeder trouw zal worden aangemerkt. Deze opsomming zal zo nodig krachtens het tweede lid van dat artikel nog bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, kunnen worden uitgewerkt en aangevuld.

Wat de legitimatie als executeur die met het beheer van de nalatenschap is belast of als bewindvoerder betreft, de verklaring van een notaris dat een bepaalde persoon die functie heeft zal in het algemeen met die vermelding en de aanduiding van de desbetreffende akte van uiterste wil kunnen volstaan. De omvang van de bevoegdheden van de functionaris kan men aan de hand van die akte en de bepalingen van de wet zelf verifiëren.

De regel van het eerste lid van artikel 187, dat hij die is afgegaan op de in een verklaring van erfrecht vermelde feiten als te dezen aanzien te goeder trouw geldt, lijdt krachtens het derde lid uitzondering, indien van degene die op de verklaring is afgegaan, op grond van bijzondere omstandigheden een nader onderzoek kon worden gevergd, dat hem de onjuistheid van de verklaring zou hebben doen blijken. Dezelfde uitzondering wordt in het derde lid ook gemaakt op de regel van het tweede lid. Het tweede lid van artikel 187 betreft hetzelfde terrein als artikel 6:34, waarvan het eerste lid niet spreekt van goede trouw, maar van het geval dat de schuldenaar op redelijke gronden heeft aangenomen dat de ontvanger bevoegd was. Het onderhavige tweede lid van artikel 187 heeft derhalve deze betekenis: de notariële verklaring levert voor de schuldenaar een redelijke grond op om aan te nemen dat de persoon die volgens de inhoud van die verklaring als erfgenaam, executeur of bij uiterste wilsbeschikking benoemde bewindvoerder tot de aanneming van de pres-

tatie bevoegd is, daartoe inderdaad bevoegd is, zodat de schuldenaar die op de verklaring is afgestaan, zich als door die betaling bevrijd kan beschouwen, tenzij op grond van bijzondere omstandigheden van hem een nader onderzoek kon worden gevergd, dat de onjuistheid van de verklaring zou hebben doen blijken.

Artikel 189

Naast de in artikel 5:24 neergelegde regel dat onroerende zaken die geen andere eigenaar hebben toebehoren aan het Land staat de onderhavige regel – beperkt tot de situatie na overlijden maar betrekking hebbend op alle soorten goederen – inhoudende dat aan het Land toebehoren al diens goederen, indien en voor zover erfgenamen ontbreken. Wanneer geen erfgenamen van een overledene bekend worden of de personen, voor zover bekend, die als erfgenamen in aanmerking zouden komen dit ten gevolge van onwaardigheid of verwerping niet zijn, kan veelal geen zekerheid worden verkregen of er inderdaad geen erfgenamen zijn, doch er doen zich ook gevallen voor waarin dat wel zeker is of met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden aangenomen.

De onderhavige bepaling dient om te voorkomen, niet dat nalatenschappen onbeheerd blijven – daarin voorziet afdeling 3 van deze titel – maar dat ten gevolge van het overlijden een rechthebbende voor de nagelaten goederen komt te ontbreken. Dit is onaanvaardbaar voor roerende zaken omdat deze, als zij aan niemand toebehoren, krachtens artikel 5:4 door de eerste de beste kunnen worden geoccupeerd. Het is ook onaanvaardbaar voor andere goederen – als beperkte rechten, vorderingsrechten, absolute rechten – omdat het de constructie van subjectloze rechten nodig zou maken.

Het thans voorgestelde artikel preciseert dat het Land de goederen onder algemene titel verkrijgt. Daardoor doet, wat betreft onroerende zaken, de situatie van artikel 5:24 zich niet voor. Het Land is geen erfgenaam en evenmin schuldenaar. De nalatenschap kan echter ten behoeve van schuldeisers worden vereffend; zie voorts artikel 226.

Afdeling 2. Aanvaarding en verwerping van nalatenschappen en van legaten

Artikel 190

Aan de erfgenamen staan drie keuzen open: zuiver aanvaarden, beneficiair aanvaarden en verwerpen. De keuze wordt uitgebracht: door het afleggen van een verklaring ter griffie (artikel 191), door feitelijk handelen resulterend in zuivere aanvaarding (artikel 193, eerste lid), door stilzitten resulterend in zuivere aanvaarding (artikel 192, tweede lid) en door stilzitten resulterend in beneficiaire aanvaarding (artikel 193, tweede lid). Het belangrijkste gevolg van zuivere aanvaarding is dat de erfgenaam verplicht is de schulden van de nalatenschap voor zover deze op hem rusten ook uit zijn overig vermogen te voldoen. Het belangrijkste gevolg van een verwerping is dat de erfgenaam het recht op de goederen van de nalatenschap verliest, evenals de schulden van de nalatenschap. De belangrijkste gevolgen van een beneficiaire aanvaarding zijn dat voorkomen wordt dat de schulden de nalatenschap die op hem rusten ten laste van zijn overig vermogen moeten worden voldaan, dat de nalatenschap in alle gevallen een afgescheiden vermogen vormt en dat afwikkeling in beginsel plaats vindt overeenkomstig de regels van de vereffening. De keuze is onherroepelijk (vierde lid, eerste volzin), behoudens artikel 194. Een beroep op dwaling of de Pauliana is niet mogelijk (vierde lid, tweede volzin); zie wel ten behoeve van crediteuren van een erfgenaam die heeft verworpen artikel 205. De erfgenaam kan wel beroep doen op bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden.

Artikel 191

Ook de zuivere aanvaarding van een erfenis kan geschieden door het afleggen van een daartoe strekkende verklaring ter griffie, opdat een erfgenaam die tot zuivere aanvaarding wenst over te gaan voordat de in het volgende artikel bedoelde termijn is verstreken, niet zijn toevlucht behoeft te nemen tot enigerlei handeling als in het eerste lid van dat artikel bedoeld. Dit neemt natuurlijk niet weg dat zuivere aanvaarding eveneens kan, en in de praktijk ook veel vaker zal blijven geschieden door handelingen als aangeduid in het eerste lid van artikel 192. Soms overigens is de verklaring ter griffie de enige manier van zuivere aanvaarding; zie artikel 192, vierde lid, slot.

Het tweede lid bepaalt dat zolang de nalatenschap niet door alle erfgenamen is aanvaard, de rechter de maatregelen kan voorschrijven, die hij tot behoud van de goederen nodig acht; vergelijk artikel 185, tweede lid.

Artikel 192

In het eerste lid worden de handelingen waardoor een erfenis – op andere wijze dan door een verklaring ter griffie – zuiver wordt aanvaard, nader omschreven als die waarbij een erfgenaam zich ondubbelzinnig en zonder voorbehoud gedraagt als een erfgenaam die zuiver aanvaard heeft. Beperkt een erfgenaam zich binnen zijn tijd van beraad tot de daden van beheer waartoe de wet een erfgenaam die beneficiair heeft aanvaard bevoegd verklaart, dan behoort hij zijn keuzebevoegdheid niet te verspelen. Dat is wel het geval wanneer hij, gelijk vrijstaat aan erfgenamen die zuiver aanvaard hebben, over goederen van de nalatenschap als heer en meester beschikt, of wanneer hij, eventueel in een andere vorm dan een verklaring ter griffie, duidelijk aan de schuldeisers van de nalatenschap doet blijken dat hij de schulden van de nalatenschap geheel voor zijn rekening neemt.

De erfgenaam is in principe vrij zijn keuze tussen aanvaarding, beneficiaire aanvaarding of verwerping zo lang aan te houden als hij nodig acht. Wenst daarentegen een belanghebbende – een schuldeiser van de erflater, een legataris, een subsidiaire erfgenaam – zekerheid omtrent een nog niet aanvaarde of verworpen nalatenschap, dan vindt hij een eenvoudig rechtsmiddel in de mogelijkheid zich tot de rechter te wenden, met het verzoek de erfgenaam een termijn te stellen waarbinnen deze zijn keuze moet doen; men zie het tweede lid. De rechter is niet verplicht al dadelijk een termijn vast te stellen; hij kan uitspraak doen naar bevind van zaken. Nadere waarborgen voor de erfgenaam en voor de derden geeft het tweede lid nog met de bepaling dat de door de rechter vastgestelde termijn pas ingaat op de dag nadat de belanghebbende de beschikking, houdende de termijnstelling, aan de erfgenaam heeft doen betekenen en de beschikking onder vermelding van de gedane betekening heeft doen inschrijven in het boedelregister, opdat ook andere belanghebbenden van de ingegane termijn kunnen kennis nemen. De erfgenaam van zijn kant kan nog een verlenging van de lopende termijn vragen, welke verlenging eveneens in het boedelregister wordt ingeschreven.

Het derde lid bepaalt dat de erfgenaam, als hij de hem op de geschetste wijze gestelde termijn heeft laten verlopen, geacht wordt de nalatenschap zuiver te aanvaarden.

Het vierde lid betreft de situatie dat een of meer van de mede-erfgenamen beneficiair aanvaarden. De erfgenaam wordt geacht dan ook beneficiair aanvaard te hebben mits aan de in dit lid gestelde vereisten is voldaan.

Artikel 193

In dit artikel wordt aangegeven, welke bevoegdheden een wettelijke vertegenwoordiger van een erfgenaam heeft ten aanzien van een erfenis, die aan de vertegenwoordigde is opgekomen. Voorop staat de regel, dat de wettelijke vertegenwoordiger door geen daden zijnerzijds een zuivere aanvaarding kan bewerkstelligen en daardoor de erfgenaam persoonlijk kan doen aansprakelijk worden. Voor een verwerping behoeft een wettelijke vertegenwoordiger de machtiging van de rechter. Een verwerping zonder die machtiging heeft geen rechtsgevolg.

Wanneer de wettelijke vertegenwoordiger de termijn heeft laten verlopen zonder dat de erfenis die aan de door hem vertegenwoordigde erfgenaam is opgekomen, is aanvaard of verworpen, geldt de nalatenschap van rechtswege als door die erfgenaam onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaard, aldus het tweede lid. Het voordeel is dat de rechtstoestand van de nalatenschap en de rechtspositie van de erfgenaam niet langdurig in het onzekere kunnen blijven.

Ter bevordering van een geordend rechtsverkeer en ter vermindering van de noodzaak en kosten, ook in kleine boedels, van een verklaring van beneficiaire aanvaarding en inschrijving daarvan, is in de tweede volzin van het eerste lid bepaald dat de termijn voor de keuze van de wettelijk vertegenwoordiger van rechtswege aanvangt, zodat ingevolge het tweede lid de nalatenschap na ongebruikt verloop van de termijn als beneficiair aanvaard geldt. De termijn loopt vanaf het tijdstip waarop de nalatenschap de erfgenaam toekomt, dat wil in de meeste gevallen zeggen vanaf het overlijden van de erflater. Komt de nalatenschap de erfgenaam eerst toe nadat een eerder geroepen erfgenaam haar verwierp, dan loopt de termijn vanaf het tijdstip van de verwerping. Komt een aandeel in de nalatenschap eerst later op aan een erfgenaam, door de vervulling van een

door de erflater aan een erfstelling toegevoegde voorwaarde (het geval, bedoeld in artikel 190, derde lid), dan loopt de termijn vanaf het tijdstip dat de voorwaarde werd vervuld. Ingevolge de derde volzin van het eerste lid kan de rechter de termijn een of meer malen verlengen.

De tweede volzin van het tweede lid bepaalt dat de rechter, in het belang van de schuldeisers van de nalatenschap en andere belanghebbenden, van de niet door een verklaring maar van rechtswege ingetreden beneficiaire aanvaarding, zo deze hem bekend is geworden, aantekening in het boedelregister kan doen houden.

Ingevolge het derde lid mist artikel 193 toepassing in geval van faillissement, nu daarvoor in artikel 37 Faillissementsverordening (AB 2003 GT 5) een eigen regeling is gegeven. Bij faillissement is er geen reden af te wijken van de in artikel 37 Faillissementsverordening gestelde eis van toestemming van de rechter-commissaris voor beneficiaire aanvaarding. Voorts bestaat er onvoldoende aanleiding om ook bij faillissement uit te gaan van het systeem dat de nalatenschap na drie maanden in beginsel als beneficiair aanvaard geldt. Aan te nemen valt dat de faillissementscurator vrijwel altijd een tijdige keuze voor beneficiaire aanvaarding of verwerping zal maken, zeker wanneer hem om een keuze wordt verzocht. Niet uit te sluiten valt voorts dat de faillissementscurator in verband met de aan beneficiaire aanvaarding verbonden verplichting tot vereffening van de nalatenschap, daarvan in meer gevallen zal willen afzien dan de ouder of voogd.

Artikel 194

Het eerste lid ziet in de eerste plaats op het geval dat een erfgenaam na zuivere aanvaarding bekend wordt met een uiterste wil die hem tevoren onbekende legaten of lasten bevat. Het voorziet echter tevens in de mogelijkheid van latere ontdekking van een uiterste wil, die hem eveneens op een deficit of groter deficit komt te staan; namelijk wanneer deze – bij een gelijk blijvende of zelfs geringere belasting met legaten of lasten waarvoor hij aansprakelijk is – zijn erfdeel zodanig verkleint dat dit nu niet toereikend blijkt ter bekostiging van de legaten en lasten waarvoor hij aansprakelijk is, hetzij omdat zij hem persoonlijk zijn opgelegd hetzij omdat zij tot een ondeelbare prestatie verplichten.

Ter toelichting van het tweede lid diene dat er naast de in het eerste lid voorziene mogelijkheden nog deze is, dat een erfgenaam zuiver aanvaard heeft in de mening slechts voor een gering deel in de nalatenschap gerechtigd en dus ook voor een gering deel van de – meestal deelbare – schulden van de nalatenschap aansprakelijk te zijn, doch daarna een uiterste wil ontdekt, volgens welke hij universeel of althans voor een groter deel erfgenaam is. Ook in dit geval is het redelijk dat deze erfgenaam zich door een verlate beneficiaire aanvaarding kan bevrijden van zijn aansprakelijkheid met zijn overig vermogen, voor zover deze een groter deel van de schulden van de nalatenschap betreft dan het deel waarvoor hij aldus zonder die uiterste wil aansprakelijk zou zijn geweest.

Hetzelfde doet zich voor, wanneer een zuiver aanvaard hebbende erfgenaam ervaart dat zijn erfdeel door een op zijn zuivere aanvaarding gevolgde gebeurtenis is vergroot. In het geval dat de gebeurtenis bestaat in de vervulling van een door de erflater aan een erfstelling toegevoegde voorwaarde, kan de erfgenaam het erbij gekregen erfdeel reeds krachtens artikel 190, tweede lid, afzonderlijk beneficiair aanvaarden of zelfs verwerpen; bij de overige gebeurtenissen van dien aard biedt het onderhavige tweede lid de mogelijkheid tot verlate beneficiaire aanvaarding.

Belanghebbenden die een verlate beneficiaire aanvaarding in het boedelregister aantreffen, kunnen niet gemakkelijk nagaan of voldaan is aan de vereisten, waarvan haar geldigheid afhangt. Daarom verlangt het onderhavige artikel een machtiging van de rechter.

Artikel 195

De beneficiaire aanvaarding heeft ook voor de erfgenaam, die reeds zuiver heeft aanvaard, gevolgen. Weliswaar blijft deze voor zijn deel in de schulden en legaten van de nalatenschap met zijn gehele vermogen aansprakelijk, maar hij wordt door de beneficiaire aanvaarding mede tot een vereffening volgens de wet verplicht: wenst hij deze verplichting niet op zich te nemen, dan kan hij overeenkomstig artikel 203 aan de rechter de benoeming van een vereffenaar verzoeken.

Ingevolge het tweede lid wordt de echtgenoot van de erflater die een recht van vruchtgebruik heeft krachtens de afdeling 2 van titel 3 voor de toepassing van de bepalingen inzake aanvaarding en verwerping en vereffening in beginsel als erfgenaam aanmerkt; vergelijk artikel 152. Dit

kan evenwel niet zonder uitzondering gelden, met name niet voor bepalingen die gevolgen verbinden aan het feit dat een erfgenaam met zijn gehele vermogen voor de schulden van de nalatenschap aansprakelijk is c.q. opvolgt in de goederen van de nalatenschap; men zie de artikelen 120 en 200, artikel 202, eerste lid, onderdeel a, artikel 209, tweede lid, artikel 220, tweede lid, en artikel 223, tweede lid.

Artikel 196

In dit artikel is de bekendmaking van de beneficiaire aanvaarding facultatief gesteld, in die zin dat het aan de rechter wordt overgelaten te beslissen of hiertoe aanleiding bestaat. Er worden tal van nalatenschappen beneficiair aanvaard zonder dat er enig gevaar voor insolventie bestaat, mede als gevolg van de regel dat de wettelijke vertegenwoordiger van een erfgenaam, afgezien van de mogelijkheid van verwerping met machtiging van de rechter, slechts onder voorrecht van boedelbeschrijving kan aanvaarden. Het gaat te ver in alle gevallen van beneficiaire aanvaarding op de vereffening de voorschriften van de derde afdeling van deze titel onverkort van toepassing te doen zijn en de vereffening steeds in te luiden met een openlijke bekendmaking, waarvan de kosten ook betrekkelijk hoog kunnen zijn in verhouding tot het actief van de nalatenschap.

Artikel 197

De taak van de boedelnotaris is niet die van vereffenaar, maar van raadgever. Op enkele plaatsen krijgt de boedelnotaris evenwel specifieke taken en bevoegdheden; men zie artikel 199, artikel 206, eerste lid, artikel 209, eerste lid, artikel 211, derde lid, artikel 214, eerste lid en vijfde lid, en artikel 218, eerste lid.

Blijkens het eerste lid van het onderhavige artikel 197 kan de meest gerede van de erfgenamen, ook als deze zelf zuiver aanvaard heeft, desgewenst een notaris aanzoeken om als boedelnotaris op te treden. De notaris die zich hiertoe bereid verklaart, zorgt voor de inschrijving hiervan in het boedelregister. Toegevoegd is dat hij van zijn optreden als boedelnotaris zo spoedig mogelijk kennis geeft aan de andere erfgenamen.

In het tweede lid is bepaald dat in geval van onenigheid over de gedane keuze een ontevreden meerderheid van de erfgenamen zich tot de rechter moet wenden om aanwijzing van een vervanger te verzoeken, in plaats

van zelf een vervanger aan te wijzen. De rechter zal uiteraard de eerst aangewezen boedelnotaris horen, alvorens op het verzoek tot vervanging te beslissen.

Volgens het derde lid moet, ingeval de rechter bekendmaking van de beneficiare aanvaarding overeenkomstig artikel 196 heeft gelast, de aanwijzing van een boedelnotaris op gelijke wijze worden gepubliceerd, onder vermelding van naam en adres. Dit geldt ook voor een vervanging als in het tweede lid van het onderhavige artikel 197 bedoeld.

Artikel 198

Wanneer er twee of meer erfgenamen-vereffenaars zijn, moeten zij als regel tezamen handelen. Een uitzondering wordt gemaakt voor daden van gewoon onderhoud en tot behoud van de goederen van de nalatenschap, en in het algemeen voor daden die geen uitstel kunnen lijden. Voorts zal de rechter van een en ander kunnen afwijken door een verdeling van de werkzaamheden vast te stellen. Vergelijk de artikelen 3:168 en 3:170 en artikel 206, tweede lid.

Artikel 199

Hierin is de bevoegdheid van de rechter om zekerheidsstelling te gelasten opgenomen. Als zulks is geschied, kan de erfgenaam, wanneer hij deze verplichting niet wil of kan nakomen, de benoeming van een vereffenaar aan de rechter vragen; zie artikel 203. Onder de belanghebbenden, die de zekerheid kunnen verlangen, is ook de boedelnotaris genoemd. Deze kan dikwijls het best beoordelen of het stellen van deze zekerheid nodig is. In dit verband zij hier nog vermeld dat niet-voldoening aan een bevel van de rechter tot zekerheidsstelling grond oplevert voor een verzoek tot benoeming van een vereffenaar. Dit plichtsverzuim is in artikel 203, eerste lid, onderdeel b, afzonderlijk vermeld.

Ingevolge het tweede lid van het onderhavige artikel 199 moet een erfgenaam aan wie blijkt dat de schulden van de beneficiair aanvaarde nalatenschap de baten overtreffen, hiervan ten spoedigste mededeling aan de rechter doen. De rechter zal hem dan kunnen wijzen op de mogelijkheid en wenselijkheid van een verzoek tot benoeming van een vereffenaar en verwaarlozing van zulk een aanwijzing zou wellicht als een ernstige mislag, waarop artikel 184, tweede lid, onderdeel d, het oog heeft, kunnen

worden aangemerkt. Bovendien kan naar omstandigheden de rechter het openbaar ministerie waarschuwen, opdat dit zo nodig de benoeming van een vereffenaar verzoekt. Opgemerkt zij nog dat ook al zou verzuim van de mededelingsplicht niet de toepasselijkheid van artikel 184, tweede lid, onderdeel d, rechtvaardigen, een erfgenaam die door een zodanig verzuim schade veroorzaakt, in den regel wel tot vergoeding hiervan gehouden zal zijn, doch dit behoeft geen afzonderlijke bepaling.

Artikel 200

Met het overlijden van de erflater gaan zijn goederen en schulden van rechtswege op zijn erfgenaam over, zodat op dat ogenblik bestaande vorderingen van de erflater op de erfgenaam of van de erfgenaam op de erflater en beperkte rechten van de erflater op een goed van de erfgenaam of van de erfgenaam op een goed van de erflater in beginsel door vermenging tenietgaan. Voor de situatie dat de nalatenschap door de erfgenaam niet zuiver doch onder voorrecht van boedelbeschrijving is aanvaard en de erfgenaam ook niet uit anderen hoofde met zijn gehele vermogen voor de schulden van de nalatenschap aansprakelijk wordt, bevat dit artikel ter zake enige andere voorzieningen, die met name van belang zijn, wanneer de nalatenschap niet toereikend is om daaruit alle schulden te voldoen. In het zojuist genoemde geval kunnen schuldeisers van de nalatenschap hun vorderingen slechts op de goederen van de nalatenschap verhalen en is de erfgenaam niet verplicht de op hem rustende schulden van de nalatenschap uit zijn overig vermogen te voldoen. Hiermede ware bezwaarlijk verenigbaar dat de erfgenaam niettemin ten detrimente van de schuldeisers van de nalatenschap zou kunnen inroepen dat een vordering van de erflater op hemzelf door vermenging zou zijn tenietgegaan, met andere woorden aan het voor de voldoening van de schuldeisers van de nalatenschap bestemde actief van de erflater diens vordering op hemzelf te eigen bate zou onttrekken. En in de situatie dat de erfgenaam een vordering op de erflater heeft zou door vermenging een schuld van de nalatenschap wegvallen. De erfgenaam zou aldus bijdragen aan het voor de voldoening van de schuldeisers van de nalatenschap beschikbare actief, ofschoon hij ingevolge zijn beneficiaire aanvaarding juist niet gehouden is hen uit zijn overige vermogen te voldoen. Geheel hetzelfde geldt ten aanzien van beperkte rechten

Om deze redenen bepaalt het tweede lid dat in de in het eerste lid omschreven situatie vorderingen van de erflater op de erfgenaam, beperkte rechten van de erflater op een goed van de erfgenaam, vorderingen van de erfgenaam op de erflater en beperkte rechten van de erfgenaam op een goed van de erflater niet voor het einde van de vereffening van de nalatenschap door vermenging tenietgaan.

Het derde lid ziet onder meer op de mogelijkheid dat de erfgenaam, ondanks de in het eerste lid omschreven situatie, een schuld van de nalatenschap uit zijn overig vermogen heeft voldaan. Hiervoor is de oplossing gekozen, dat de erfgenaam voor het bedrag van een door hem uit zijn overig vermogen betaalde schuld van de nalatenschap bij de vereffening als schuldeiser van de nalatenschap optreedt in dezelfde rang die deze schuld, ware zij niet voldaan, daarbij zou hebben ingenomen. Deze rang wordt bij voorbeeld bepaald door de voorrang die schulden van de erflater boven die uit legaat toekomt en door een eventueel voorrecht of recht van hypotheek of pand op een goed van de nalatenschap, dat aan het vorderingsrecht van de betaalde schuldeiser verbonden was.

Opgemerkt zij nog dat het in dit artikel bepaalde geldt, ongeacht of de door de erfgenaam onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap door hemzelf of door een gerechtelijk benoemde vereffenaar wordt vereffend. Dit laatste is gewoonlijk het geval wanneer het actief van de nalatenschap ontoereikend is om alle schulden van de nalatenschap ten volle te voldoen en, als gezegd, met name voor dat geval zijn de hier gestelde regels van belang.

Artikel 201

Voor verkrijging van een legaat, dus van het vorderingsrecht (zie artikel 117, eerste lid) is geen aanvaarding nodig, wel voor de afgifte door levering (artikel 3:84). De wet gaat ervan uit dat aanvaarding regel is en verwerping uitzondering; vergelijk artikel 6:5, tweede lid, (natuurlijke verbintenis) en artikel 175, tweede lid, (schenking).

De termijnstelling van het tweede lid is van nut voor eventuele sublegatarissen. Zij hebben er belang bij zekerheid te krijgen ter zake van de honorering van hun aanspraken.

Anders dan de verwerping van een erfenis (artikel 191), is de verwerping van een legaat niet aan een vorm gebonden; men zie het derde lid.

Afdeling 3. Vereffening van de nalatenschap

Artikel 202

Door artikel 3:193 uit de algemene titel 3.6 BWA (Gemeenschap) bestrijkt de onderhavige afdeling een groter gebied dan alleen het erfrecht. De wettelijke vereffening is een flexibele figuur. Men zie in het bijzonder artikel 211, vierde lid, (ontheffing door kantonrechter) en artikel 221 ('lichte' vereffening), waaraan het onderhavige artikel 202, eerste lid, duidelijkheidshalve uitdrukkelijk refereert. De wettelijke vereffening van een insolvente nalatenschap heeft raakvlakken met het faillissementsrecht.

Artikel 202, eerste lid, geeft de twee gronden voor de wettelijke vereffening: aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving (zie artikel 195) en gerechtelijke benoeming van een vereffenaar (zie de artikelen 203 tot en met artikel 205).

In drie gevallen wordt de nalatenschap niet vereffend volgens de regels van afdeling 3 (behoudens artikel 203). De eerste uitzondering is de aanwezigheid van een executeur in een solvende boedel, zoals bepaald in het eerste lid, onderdeel a, welke uitzondering voorkomt dat men een executeur 'eruit kan werken' door beneficiair te aanvaarden.

De tweede uitzondering geeft het tweede lid ingeval van beneficiaire aanvaarding door een wettelijke vertegenwoordiger (zie artikel 193) in een solvende boedel. De wettelijke vertegenwoordiger kan ontheffing aan de rechter vragen.

De derde uitzondering, geregeld in het derde lid, betreft de wettelijke verdeling van artikel 13. Een beneficiaire aanvaarding door een kind is dan niet zinvol, aangezien diens positie al verzekerd is door artikel 14. Het is niet zinvol voor een kind. Daarom beperkt het derde lid de vereffening tot het geval dat de langstlevende echtgenoot beneficiair heeft aanvaard.

Artikel 203

Dit artikel 203 en het volgende artikel 204 geven aan, wanneer de rechter een vereffenaar kan benoemen, het ene artikel voor het geval onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaard is, het andere artikel wanneer niet

aldus aanvaard is. In alle in de wet genoemde gevallen, kan de rechter een vereffenaar benoemen, verplicht is hij daartoe niet.

Het eerste in artikel 203, eerste lid, genoemde geval is dat, waarin een of meer erfgenamen de benoeming verzoeken. Een erfgenaam die zelf geen tijd of bekwaamheid heeft om de boedel te vereffenen, behoeft daarom nog niet van het voorrecht van boedelbeschrijving verstoken te worden. Zijn er meerdere erfgenamen en willen sommigen zelf vereffenen, anderen daarentegen een vereffenaar door de rechter doen benoemen, dan dient de rechter een uitspraak te doen. De rechter kan dan de erfgenaam die zich daartoe bereid verklaart, als vereffenaar aanwijzen: hij behoeft dit echter niet te doen.

In de tweede plaats kan door de rechter tot het benoemen van een vereffenaar worden overgegaan wanneer hij die met de vereffening belast is, in ernstige mate te kort schiet in de vervulling van zijn verplichtingen, daartoe ongeschikt is, niet voldoet aan een last tot zekerheidstelling (zie artikel 199, eerste lid) of wanneer tot een verdeling van de nalatenschap wordt overgegaan voordat deze vereffend is (vergelijk artikel 204, eerste lid, onderdeel b). Hij die met de vereffening belast is, zal gewoonlijk zijn de erfgenaam, die onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaard heeft: het kan echter ook een executeur zijn, die bij uitzondering krachtens het voorgaande artikel 202, niettegenstaande een beneficiaire aanvaarding, vereffent. Het tekortschieten in de vervulling van de verplichtingen dient een ernstige karakter te dragen; een kleine tekortkoming kan met een terechtwijzing van de rechter eindigen, een afzetting als vereffenaar behoeft dit niet ten gevolge te hebben.

In de derde plaats bestaat een grond voor benoeming van een vereffenaar door de rechter, wanneer blijkt, dat de nalatenschap meer schulden dan baten heeft. Zodra dit blijkt, dient de rechter in het geval gekend te worden en dient deze na te gaan of de erfgenaam nog wel de meest aangewezen vereffenaar is.

In de twee laatste gevallen kan de benoeming van een vereffenaar door iedere belanghebbende worden gevraagd. Bovendien kan het openbaar ministerie haar verzoeken, wanneer de belanghebbende stil zit en hem uit de gedeponeerde staat van activa en passiva of uit anderen hoofde de overbelasting met schulden blijkt.

De door de rechter benoemde vereffenaar treedt in de plaats van de erfgenamen (tweede lid). De erfgenamen zijn verplicht aan hem rekening en verantwoording af te leggen (artikel 207).

Er zij tenslotte op gewezen, dat ook al mocht een erfgenaam, die onder voorrecht van boedelbeschrijving heeft aanvaard, door een andere vereffenaar vervangen worden, de aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving in stand blijft.

Artikel 204

In dit artikel worden de gevallen genoemd, waarin een vereffenaar benoemd kan worden als er niet beneficiair is aanvaard. Ook artikel 3:193 kan in voorkomende gevallen toepassing vinden, maar in elk geval niet als er maar één erfgenaam is. De rechter in eerste aanleg heeft een discretionaire bevoegdheid blijkens het woord 'kan'.

Ad onderdeel a. De grond voor de benoeming van de vereffenaar is niet, dat de schuldeisers geen persoon hebben, die zij kunnen aanspreken. Immers wanneer de erfgenaam de tijd voor het doen van een keuze tussen verwerping en aanvaarding heeft laten voorbijgaan, wordt hij met eigen vermogen aansprakelijk: toch kan dan nog een vereffenaar worden benoemd, wanneer de erfgenaam zich niets van de nalatenschap aantrekt. Echter, afgezien van de al of niet persoonlijke aansprakelijkheid van de erfgenaam, hebben schuldeisers en legatarissen recht op een behoorlijke vereffening. Wanneer van meerdere erfgenamen slechts één of enkelen zich met de nalatenschap inlaten, hangt het van de handelwijze van laatstgenoemden af of een vereffenaar benoemd kan worden. Doen de mede-erfgenamen bij het stilzitten van de overigen, in overeenstemming met het in de titel 7 van Boek 3 (Gemeenschap) bepaalde, de nodige stappen, die hen tot de vereffening van de ganse nalatenschap bevoegd maken, dan is de nalatenschap niet onbeheerd. Doen zij dit echter niet en voldoen zij schuldeisers en innen zij vorderingen slechts voor hun deel, dan is de nalatenschap ten dele onbeheerd en kan een vereffenaar benoemd worden.

Het doet zich slechts bij uitzondering voor, dat met zekerheid bekend is dat er geen erfgenamen zijn en deswege vaststaat dat de goederen van de nalatenschap op het Land zijn overgegaan (artikel 189). Veelal zal de rechter na een eerste onderzoek slechts kunnen vaststellen dat niet be-

kend is geworden of er erfgenamen zijn; de benoemde vereffenaar zal dan volgens artikel 225, eerste lid, tot taak hebben nasporingen naar de vererving en de personen van de erfgenamen te doen. Opgemerkt zij dat hiervan wel onderscheiden moet worden het geval dat twee of meer personen elkaar betwisten erfgenaam te zijn; alsdan zal een van de strijdende partijen zo nodig wel het initiatief nemen tot toepassing van artikel 710 (en artikel 709) van het WBRvA.

Ofschoon de executeur niet een vereffenaar in de zin van deze afdeling is, bestaat er geen behoefte aan de benoeming van een vereffenaar, indien en zolang de nalatenschap door een executeur wordt beheerd, uiteraard behoudens de mogelijkheid van toepassing van het onder b of c bepaalde; vandaar het slot van het onder a bepaalde.

Ad onderdeel b. Het tweede geval vervangt het faillissement van een nalatenschap. De wijze van vereffening is immers in beide gevallen in hoofdtrekken gelijk. Is reeds voor het overlijden van de schuldenaar diens faillissement uitgesproken, dan wordt uit de aard van de zaak de vereffening volgens de Faillissementsverordening voortgezet. Schuldeisers en legatarissen kunnen niet alleen benoeming van een vereffenaar vragen, wanneer de nalatenschap ontoereikend is om alle schulden en legaten te voldoen, maar ook wanneer er gevaar ontstaat, dat zij niet ten volle zullen worden voldaan, omdat de erfgenaam de goederen van de nalatenschap met zijn overig vermogen vermengt of de privé-schuldeisers van de erfgenaam zich op de goederen van de nalatenschap gaan verhalen.

Ad onderdeel c. Gaat het om een verwerping dan is artikel 205 van toepassing. Wil een schuldeiser van de erfgenaam de benoeming van een vereffenaar kunnen verkrijgen, dan zal hij moeten aantonen, dat door de handeling van de erfgenaam zijn belangen als schuldeiser ernstig geschaad worden.

In het tweede lid wordt rekening gehouden met de wettelijke verdeling, bedoeld in de artikelen 13 e.v. Artikel 3:193 mist te dezen toepassing.

Artikel 205

In het onderhavige artikel wordt voorgesteld dat, wanneer een schuldeiser van een erfgenaam die de nalatenschap verworpen heeft, hierdoor klaarblijkelijk is benadeeld, de rechter op zijn verzoek kan bepalen dat

de nalatenschap mede in het belang van de schuldeisers van degene die verworpen heeft zal worden vereffend, en de rechter zo nodig een vereffenaar kan benoemen. Deze benoeming is uiteraard nodig als er nog geen vereffenaar is, maar kan, als de erfgenamen vereffenaars zijn, door de rechter ook nodig geacht worden met het oog op de strijdige belangen van de erfgenamen en de schuldeisers van de gewezen erfgenamen. Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid van de rechter.

Wanneer de rechter met toepassing van het onderhavige artikel heeft bepaald dat de nalatenschap mede in het belang van de schuldeisers van iemand die haar verworpen heeft moet worden vereffend, kunnen volgens artikel 219 ook deze schuldeisers hun vorderingen bij de vereffenaars indienen. Zij worden in de uitdelingslijst batig gerangschikt, voor zover een restant aan hun schuldenaar zou zijn toegekomen, indien deze niet verworpen had; voor zoveel nodig kan de vereffenaar daartoe verdeling van de nalatenschap vorderen, indien er naast degene die verworpen heeft andere erfgenamen tot de nalatenschap zijn geroepen.

Artikel 206

Dit artikel regelt de formaliteiten, die vóór en na de benoeming van een vereffenaar door de rechter in eerste aanleg gelden, en wie tot vereffenaar kan benoemd worden. De rechter kan tot vereffenaar ook de erfgenaam of de executeur benoemen. De rechter zal in de regel de erfgenaam of de executeur niet als vereffenaar handhaven zonder van deze nodige waarborgen te verlangen. Vergelijk het tweede lid van het voorgestelde artikel. Deze waarborgen kunnen o.a. bestaan in een zekerheidsstelling, de verplichting de activa op een bepaalde wijze te deponeren, de noodzakelijkheid voor bepaalde handelingen de toestemming van de boedelnotaris of de rechter te vragen, enz.

Een vereffenaar heeft recht op loon dat door de rechter vóór het openmaken van de uitdelingslijst wordt vastgesteld. Daarbij kan met het belang, dat de vereffenaar bij de vereffening heeft, rekening worden gehouden. Is de vereffenaar zelf erfgenaam, dan heeft hij veelal voldoende belang bij de vereffening om een beloning misplaatst te achten. Brengt de vereffening echter veel werk mee en wordt dit voor een belangrijk deel ten bate van schuldeisers of mede-erfgenamen verricht, dan is een beloning op haar plaats.

Artikel 207

Worden de erfgenamen in een beneficiair aanvaarde nalatenschap als vereffenaars opgevolgd door een gerechtelijk benoemde vereffenaar, of wordt deze wegens overlijden, ontslag of ontzetting door een ander vervangen, dan behoort aan de door de rechter benoemde opvolger rekening en verantwoording te worden afgelegd. Hierin voorziet het onderhavige artikel, dat bepaalt dat de rekening en verantwoording moet worden afgelegd op de wijze als voor bewindvoerders is bepaald; zie daaromtrent artikel 461 en ook de artikelen 771 e.v. WBRvA.

Artikel 208 Boek 4 Ned.BW, inzake de benoeming door de rechtbank van een rechter-commissaris, is niet overgenomen aangezien de rechtspraak in eerste aanleg hier te lande geschiedt door een alleensprekende rechter.

Artikel 209

Iedere behoorlijke vereffening kost geld. De boedel kan echter zo weinig activa hebben, dat de kosten van de vereffening deze baten geheel of zo goed als geheel zouden doen verdwijnen. Evenals in geval van faillissement opent dan ook het ontwerp voor dat geval de mogelijkheid, dat de rechter hetzij de kosteloze vereffening, hetzij de opheffing van de vereffening kan bevelen. De bijzonderheden van de regeling van deze opheffing zijn aan die van de opheffing van een faillissement ontleend.

Na de opheffing keert de vereffenaar de baten aan de erfgenamen en, voor zover die onbekend zijn, aan het Land uit (artikel 209, derde lid, in verband met artikel 226). De erfgenamen, die beneficiair aanvaard hebben, zijn dan niet verplicht verder te vereffenen: zij kunnen de goederen verbruiken, zonder persoonlijk aansprakelijk te worden; tegen persoonlijke aansprakelijkheid zijn zij immers door hun beneficiaire aanvaarding gedekt.

Artikel 210

De vereffenaar is verplicht de aanwijzingen van de rechter te volgen. Voor de keus staande tussen een enumeratie van bevoegdheden van de rechter, nodig om de gewenste controle uit te oefenen – welk stelsel in de Faillissementsverordening is gevolgd – en een algemeen gestelde bepa-

ling, is voor deze laatste gekozen. Terwijl insolventie van een failliete boedel hoogstwaarschijnlijk is, behoeft dit voor een overeenkomstig de onderhavige afdeling te vereffenen nalatenschap geenszins het geval te zijn. Hier kunnen dus in veel sterker mate reële belangen van de recht-hebbende erfgenamen tegenover belangen van de schuldeisers van de nalatenschap komen te staan. Voorts plegen faillissementscuratoren altijd deskundigen te zijn, hetgeen van de beneficiair aanvaard hebbende erfgenamen in den regel niet kan worden gezegd, en er kunnen voor de rechter ook goede redenen bestaan een erfgenaam of een executeur tot vereffenaar te benoemen, al zal de aard of de omvang van de nalatenschap dikwijls wel de benoeming van een deskundige, in het bijzonder uit het notariaat, geraten doen zijn.

Artikel 211

Dit artikel bevat de algemene verplichtingen en bevoegdheden van een vereffenaar. De formulering in het tweede lid, dat een vereffenaar bij de vervulling van zijn taak de erfgenamen in en buiten rechte vertegenwoordigt brengt tot uitdrukking dat de erfgenamen partij worden bij de verbintenissen die bij zijn taakvervulling ontstaan. Of de erfgenamen niet alleen met de goederen van de nalatenschap maar ook met hun overig vermogen aansprakelijk worden, hangt af van de omstandigheid of zij in het algemeen voor de schulden van de nalatenschap met hun gehele vermogen aansprakelijk zijn.

De tweede volzin van het tweede lid bepaalt dat de erfgenamen niet bevoegd zijn zonder medewerking van de vereffenaar over de goederen van de nalatenschap of hun aandeel daarin te beschikken. Een overeenkomstige bepaling bevat artikel 145, eerste lid. Dat de erfgenamen tijdens de vereffening door een gerechtelijk benoemde vereffenaar of tijdens het beheer van de nalatenschap door een executeur de goederen van de nalatenschap of hun aandeel daarin kunnen verkopen, ontmoet uiteraard geen bezwaar; maar ook spreekt het vanzelf dat zij niet bevoegd zijn door overdracht de goederen aan het beheer van de vereffenaar of executeur te onttrekken. De vraag is echter, of zij bevoegd behoren te zijn de goederen onder de last van dat beheer over te dragen, zoals in bepaalde gevallen de rechthebbende aan wie een onder bewind gesteld goed toebehoort, bevoegd is dit onder de last van het bewind te vervreemden. De doorslag

moet geven dat dit de positie van de vereffenaar of de executeur bij de vervulling van zijn op de voldoening van schuldeisers van de nalatenschap gerichte taak te zeer zou compliceren; in het bijzonder bij de toepassing van artikel 215 respectievelijk artikel 147 en bij de verantwoording van de afdracht van het restant van de opbrengst van te gelde gemaakte goederen van de nalatenschappen aan de rechthebbenden, nadat daaruit de schuldeisers van de nalatenschap voldaan zijn. Met het bewind is er het sprekende verschil dat de vereffening en de executele in beginsel van veel korter duur zijn, zodat de behoefte aan een bevoegdheid tot tussentijdse overdracht veel geringer is, en de taak van een bewindvoerder het te gelde maken van het onder zijn bewind gestelde goed in den regel niet insluit.

Ook de zogenaamde privé-schuldeisers van een erfgenaam kunnen behoefte aan inzage van de neergelegde boedelbeschrijving, met inbegrip van de staat van schulden van de nalatenschap, hebben, ter wille van een doeltreffend gebruik van de bevoegdheden, hun toegekend in artikel 204, eerste lid, onderdeel c, artikel 205 en artikel 219. Een bepaling die hun de bevoegdheid tot inzage geeft, is aan het derde lid toegevoegd maar bindt deze aan een machtiging van de rechter om ongemotiveerde nieuwsgierigheid de pas af te snijden.

Het vierde lid verklaart voorts de rechter bevoegd, wanneer de nalatenschap uit hoofde van beneficiaire aanvaarding overeenkomstig deze afdeling moet worden vereffend, de erfgenamen ontheffing van de verplichting tot het ter inzage leggen van de boedelbeschrijving te verlenen; men vergelijk artikel 196.

Het verdient geen aanbeveling voor te schrijven dat een vereffenaar, telkens wanneer een boedelnotaris ontbreekt, zorg dient te dragen voor de aanwijzing van een boedelnotaris. De boedel kan van zo eenvoudige aard of geringe omvang zijn, dat aan de bijstand van een boedelnotaris geen dringende behoefte bestaat en het maken van de daaraan verbonden kosten niet gerechtvaardigd zou zijn. Het kan ook zijn dat de deskundigheid van een gerechtelijk benoemde vereffenaar, bijvoorbeeld een notaris, deze bijstand overbodig maakt.

Wel wordt in het vijfde lid buiten twijfel gesteld dat ook een gerechtelijk benoemde vereffenaar bevoegd is een boedelnotaris aan te wijzen, zo dit niet reeds geschied is, en de werkzaamheden die een boedelnotaris pleegt

te verrichten aan deze over te laten. Gaat een vereffenaar hiertoe over, dan blijft hij uiteraard als zodanig voor de naleving van de volgens de wet ingevolge zijn functie van vereffenaar op hem rustende verplichtingen in beginsel aansprakelijk en dus ook zelf tot rekening en verantwoording gehouden. Doch in het vijfde lid wordt duidelijk erkend dat het in een goede vervulling van die functie kan passen de werkzaamheden die veelal door een boedelnotaris plegen te worden verricht, inderdaad aan een boedelnotaris over te laten. Begaat de door hem aangewezen boedelnotaris daarbij een misslag, dan kan de vereffenaar hiervoor niet aansprakelijk worden gesteld, tenzij hem gebrek aan zorg in de keuze of in de handhaving van de eenmaal gekozen boedelnotaris zou kunnen worden verweten.

Voorts is, evenals in artikel 197, voorgeschreven dat de boedelnotaris de aanvaarding van zijn functie aan de erfgenamen bericht en zich doet inschrijven in het boedelregister, bedoeld in artikel 186, zodat ook de schuldeisers van de nalatenschap steeds kunnen weten of er een boedelnotaris is en wie als zodanig optreedt.

Artikel 212

Men kan deze bepaling beschouwen als het complement van artikel 184, tweede lid, onderdeel c. Worden de daar genoemde handelingen door een erfgenaam zelf gepleegd, dan wordt deze met zijn gehele vermogen jegens de schuldeisers van de nalatenschap aansprakelijk, even alsof hij zuiver aanvaard had en onverschillig of hij de erfenis verwerpt. Dit gevolg jegens de erfgenaam heeft een overeenkomstige handeling van zijn wettelijke vertegenwoordiger of een gerechtelijk benoemde vereffenaar uiteraard niet. Dat een schuldeiser die kan bewijzen dat de wettelijke vertegenwoordiger of vereffenaar opzettelijk een goed van de nalatenschap zoekgemaakt, verborgen of aan het verhaal van de schuldeisers onttrokken heeft, de fraudeur tot schadevergoeding kan aanspreken, behoeft geen wetsbepaling, maar zij zou veelal moeilijk kunnen nagaan hoeveel goederen zijn weggemaakt en welke waarde deze hadden.

De onderhavige bepaling geldt ook jegens een wettelijke vertegenwoordiger die de erfenis van de door hem vertegenwoordigde persoon met machtiging van de rechter verwerpt.

Zij doet uiteraard niet af aan de verder gaande bepaling van artikel 184, tweede lid, onderdeel d, krachtens welke een vereffenaar die zelf beneficiair aanvaard hebbend erfgenaam is, voor de schulden van de nalatenschap met zijn gehele vermogen aansprakelijk wordt bij elk hem verwijtbaar ernstig tekortschieten in zijn verplichtingen als vereffenaar.

Artikel 213

Wanneer de erflater gehuwd is geweest in een bij of reeds voor zijn overlijden ontbonden gemeenschap van goederen en deze nog niet verdeeld is, bestaat de te vereffenen nalatenschap geheel of ten dele in het aandeel van de erflater in die gemeenschap. Bevoegd tot het beheer van de gemeenschap zijn de vereffenaar of vereffenaars van de nalatenschap en de andere echtgenoot of diens rechtsopvolgers. Ter wille van de vereffening van de nalatenschap dient het beheer van de ontbonden huwelijksgemeenschap gericht te worden op een spoedige afwikkeling daarvan en met name op de voldoening, zoveel mogelijk, van de opeisbare gemeenschapsschulden. Gewoonlijk zal men daaromtrent onderling tot overeenstemming weten te komen en mocht dit niet gelukken, dan kan de rechter krachtens artikel 3:168 een regeling treffen.

Het gevaar bestaat echter dat een ordelijke afwikkeling van de gemeenschap en dus ook de regelmatige vereffening van de nalatenschap wordt doorkruist doordat een of meer schuldeisers die recht van verhaal op de goederen van de ontbonden huwelijksgemeenschap hebben, van dit recht gebruik maken. Dit gevaar kan worden bezworen doordat ook een vereffenaar van de ontbonden huwelijksgemeenschap wordt benoemd, in welk geval individueel verhaal op het van overeenkomstige toepassing zijnde artikel 223 afstuit. Het verzoek tot deze benoeming kan door schuldeisers van de nalatenschap krachtens artikel 3:193 worden gedaan – zie ook artikel 204, tweede lid – maar het komt gewenst voor dat daartoe ook de vereffenaar of vereffenaars van de nalatenschap bevoegd worden verklaard. Hiertoe strekt het onderhavige artikel.

Zowel bij een verzoek van schuldeisers uit artikel 3:193 – dat in vele gevallen reeds aan een verzoek tot benoeming van een vereffenaar van de nalatenschap zal worden gekoppeld – als bij een verzoek van vereffenaars van de nalatenschap uit het onderhavige artikel blijft het aan het oordeel van de rechter overgelaten, of er voldoende reden tot inwilliging

van het verzoek bestaat, alsmede of het in het gegeven geval opportuun is dezelfde persoon of personen zowel met de vereffening van de ontbonden gemeenschap als met die van de nalatenschap te belasten. Het is ook niet ondenkbaar dat de rechter de vereffenaar van de nalatenschap en de andere echtgenoot tezamen tot vereffenaars van de gemeenschap benoemt; in dit verband zij gewezen op artikel 206, tweede lid, tweede volzin.

Artikel 214

In het eerste lid, eerste volzin, is bepaald dat de bij de openlijke oproeping van de schuldeisers van de nalatenschap te stellen datum, waarop zij hun vorderingen uiterlijk moeten indienen, door de rechter wordt vastgesteld. Hierbij zij opgemerkt dat in artikel 221 de verplichting tot openlijke oproeping in beginsel is beperkt tot de gerechtelijk benoemde vereffenaar; op de erfgenamen die uit hoofde van beneficiaire aanvaarding vereffenaar zijn, rust zij alleen wanneer de rechter hun die verplichting oplegt.

De tweede volzin regelt de wijze van openlijke oproeping. Het tweede lid, eerste volzin, bepaalt dat vereffenaars in ieder geval de hun bekende schuldeisers van de nalatenschap per brief moeten oproepen. Als tweede volzin is toegevoegd dat, wanneer aan vereffenaars het adres van een schuldeiser onbekend is gebleven, zij hiervan mededeling moeten doen aan de rechter. Krachtens artikel 210, eerste lid, kan deze hun het doen van nasporingen of een bepaalde wijze van oproeping gelasten. Men vergelijk artikel 119.

In het derde lid is de stuiting van de verjaring geregeld; vergelijk ook artikel 3:316, eerste lid.

Volgens het vijfde lid moet de vereffenaar op de lijst van door hem erkende en betwiste vorderingen ook eventueel aanspraken op voorrang vermelden en aangeven of hij deze erkent of betwist. Een aantekening op deze lijst van de redenen van een betwisting is naast het in het vierde lid bepaalde niet nodig. Aangezien geen termijn voor de inzage is gesteld, moet de lijst ter inzage blijven liggen. Voorts is het voorschrift opgenomen dat de vereffenaar van de neerlegging van de lijst kennis geeft aan de erfgenamen, de legatarissen en allen die zich als schuldeisers hebben gemeld.

Artikel 215

Voor zover dit voor de vereffening nodig is, is de vereffenaar tot verkoop van goederen van de nalatenschap bevoegd. De vereffenaar is in beginsel vrij de wijze van verkoop te kiezen, die het meest in overeenstemming is met zijn plicht de nalatenschap als een goed vereffenaar te beheren en te vereffenen. Wel kan de rechter hem ook op dit punt – op verzoek van een belanghebbende, bijvoorbeeld een schuldeiser, of zelfs ambtshalve – aanwijzingen geven krachtens artikel 210.

De vereffenaar treedt ingevolge het tweede lid niet alleen omtrent de keuze van de te gelde te maken goederen maar ook omtrent de wijze van tegeldemaking zoveel mogelijk in overleg met de erfgenamen; deze kunnen ook hieromtrent de beslissing van de rechter inroepen.

Als tweede volzin is in het eerste lid de bepaling opgenomen dat goederen die een schuldeiser van de nalatenschap te vorderen heeft, zoveel mogelijk in de laatste plaats worden te gelde gemaakt. Men denke aan het geval dat de erflater een goed had verkocht doch nog niet geleverd of een bepaald goed van de nalatenschap heeft gelegateerd. In zulke gevallen kan ook de koper of legataris volgens het tweede lid de beslissing van de rechter inroepen.

Het derde lid betreft het geval dat de erflater het vruchtgebruik van zijn nalatenschap of van een aandeel daarin heeft vermaakt. Het is redelijk dat de vereffenaar met degene aan wie dit vruchtgebruik is gelegateerd op gelijke wijze rekening moet houden als met de erfgenamen en dat deze zich op dezelfde wijze kan doen horen als zij, wanneer hij meent dat zijn belangen onvoldoende worden in acht genomen.

Wanneer de vereffenaar zich niet houdt aan de voorschriften van het onderhavige artikel, heeft zulks slechts interne werking. Het belang van een vlot verlopend rechtsverkeer staat hier voorop.

De vereffenaar vertegenwoordigt de erfgenamen. Het vierde lid betreft de zogenaamde ‘Selbsteintritt’, het handelen met zichzelf. Artikel 3:68 is dan van toepassing.

In het vijfde lid gaat het om een sommenverzekering ten name van de erflater die door diens overlijden niet tot uitkering is gekomen. Het verzekerd risico betreft derhalve een ander dan de erflater. Tot de nalatenschap behoren dan de rechten die de erflater als verzekeringnemer aan de

verzekering kan ontlenen. De vereffenaar kan de rechten uit de sommenverzekering uitoefenen op de wijze waarop de erfgenamen, of in geval van de wettelijke verdeling, de langstlevende echtgenoot dat ook zouden kunnen. De van overeenkomstige toepassing van artikel 18a Faillissementsverordening heeft onder meer tot gevolg dat de vereffenaar het recht op het doen afkopen van de sommenverzekering slechts kan uitoefenen voor zover de begunstigde of de erfgenamen dan wel langstlevende echtgenoot door de afkoop niet onredelijk worden benadeeld.

Artikel 216

Het ontwerp gaat ervan uit dat bij de afwikkeling van een nalatenschap daaruit de schuldeisers van de erflater bij voorrang boven de legatarissen behoren te worden voldaan. De onderhavige bepaling is nodig in verband met de mogelijkheid dat de vereffening wordt afgesloten en de vereffenaars tot uitkering aan legatarissen overgaan, zonder dat het tot de neerlegging van een uitdelingslijst is gekomen (zie artikel 196, artikel 199, tweede lid, artikel 211, vierde lid, en artikel 221, eerste lid). Bovendien kan het zich voordoen dat op een niet beneficiair aanvaarde nalatenschap de regels van deze afdeling pas toepasselijk worden doordat geruime tijd na het overlijden van de erflater de rechter tot benoeming van een vereffenaar overgaat. In dit geval is het zeer wel denkbaar dat de erfgenamen of de executeur inmiddels reeds uit het actief van de nalatenschap legaten hebben uitgekeerd, waardoor er bij de aanvang van het beheer van de vereffenaar niet genoeg over is om allen die zich bij hem als schuldeiser van de erflater aanmelden, ten volle te voldoen. Weliswaar zijn de niet onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaard hebbende erfgenamen gehouden de schulden uit hun overig vermogen te voldoen, maar verhaal daarop kan hoogst twijfelachtig zijn. Het is daarom gewenst dat de door de rechter benoemde vereffenaars in de gelegenheid zijn zo nodig over te gaan tot terugvordering van hetgeen zonder neerlegging van een uitdelingslijst uit het actief van de nalatenschap aan een legataris blijkt te zijn uitgekeerd.

Deze terugvorderingsmogelijkheid is beperkt tot drie jaren na de gedane uitkering; vergelijk het slot van artikel 220, derde lid.

Artikel 128 bewerkstelligt voor de quasi-legaten hetzelfde. Zie voor de begunstiging bij sommenverzekering de bijzondere regel van artikel 127.

Artikel 217

De bevoegdheid tot verrekening is in de Faillissementsverordening ruimer dan in het burgerlijk recht in het algemeen. Met name enkele vereisten die artikel 6:127, tweede lid, stelt, behoren in casu te worden ter zijde gesteld. In het tweede lid van het onderhavige artikel 217 wordt ook artikel 52 Faillissementsverordening van toepassing verklaard (gedwongen schuldtoerekening).

Artikel 218

In dit artikel en de volgende artikelen wordt aangegeven hoe na verkoop van de nodige goederen, die uitkering door de vereffenaar aan de schuldeisers en legatarissen zal plaats vinden. De regeling van de Faillissementsverordening is daarbij zoveel mogelijk tot voorbeeld genomen. Daar bij deze vereffening een akkoord niet kan voorkomen, is geen afzonderlijke verificatie voorgeschreven, maar gaat de vereffenaar onmiddellijk tot het opmaken van de uitdelingslijst over. Een geschil over het toelaten van een vordering of haar voorrang, kan echter aan het opmaken van de uitdelingslijst voorafgaan. Daartoe is de vereffenaar verplicht zodra hij zich met een vordering of een voorrang niet kan verenigen, daarvan aan de belanghebbende kennis te geven. Deze kan dan volgens artikel 223, tweede lid, zonder de uitdelingslijst af te wachten, een procedure tot erkenning van zijn vordering of zijn voorrang instellen. Wanneer de vereffenaar niet tijdig kennis geeft, zal hij jegens de belanghebbenden tot vergoeding van de schade gehouden zijn, die dezen uit de vertraging van de afwikkeling ondervinden.

De omstandigheid, dat een of meer vaststellingsprocedures gevoerd worden, behoeft geen reden te zijn, om het opmaken van de uitdelingslijst uit te stellen. Evenals in geval van faillissement kan de rechter op verzoek van de belanghebbende de vereffenaar gelasten de vordering of de voorrang voorwaardelijk te erkennen. Er zij op gewezen, dat hier het verhaal van schuldeisers en legatarissen alleen wordt geregeld voor zover dit de goederen van de nalatenschap betreft. Is een erfgenaam om een of andere reden persoonlijk voor de schulden van de nalatenschap aansprakelijk, dan kunnen de schuldeisers het persoonlijk vermogen van de erfgenaam aanspreken zonder de vereffening af te wachten en zelfs zonder bij de

vereffenaar zich te hebben aangemeld. Omgekeerd geeft een erkenning van een schuld door de vereffenaar de schuldeiser nog niet een executoriale titel of een bindend bewijsmiddel tegen de erfgenaam, die persoonlijk aansprakelijk is (men verg. artikel 223, tweede lid, aan het slot). Daar geen afzonderlijke verificatie van de schuldvorderingen met een mogelijk verzet voor de erfgenaam mogelijk is, zal de erkenning door de vereffenaar niet meer dan een vrij vermoeden voor het bestaan van de vordering zijn.

In het vijfde lid worden met betrekking tot de opneming van schulden van de nalatenschap in de uitdelingslijst de regels van de Faillissementsverordening voor zover mogelijk van overeenkomstige toepassing verklaard. Hieruit volgt onder meer dat ook schulden van de nalatenschap die nog niet opeisbaar zijn, worden opgenomen, doch slechts voor hun berekende contante waarde, alsmede dat schulden van de nalatenschap die aan een opschortende voorwaarde gebonden zijn en in het algemeen die welke niet in geld luiden slechts voor hun geschatte geldswaarde in aanmerking kunnen komen.

Met de formule in het vijfde lid dat de faillissementsvoorschriften 'zoveel mogelijk' overeenkomstige toepassing vinden, wordt beoogd rekening te houden met het verschil in karakter van de vereffening ener nalatenschap en die van de nagenoeg steeds deficitaire boedel van een schuldenaar die failliet verklaard is. Dit verschil in karakter maakt enige nadere bepalingen gewenst. Deze zijn in het vierde lid ingevoegd. Door de erflater achtergelaten of bij legaat in het leven geroepen verbintenissen tot levering van een goed dat zich in de nalatenschap bevindt, of tot vestiging van een beperkt recht op een zodanig goed, dient de vereffenaar te voldoen, tenzij de boedel een tekort vertoont; alleen in dat geval behoren zij voor zoveel nodig in een geldschuld te worden omgezet. Tot de ter opneming in de uitdelingslijst noodzakelijke omzetting van andere niet in geld luidende vorderingen behoort slechts te worden overgegaan, indien de schuldeiser dit verzoekt; voor zover hem de bevoegdheid toekomt van de erfgenamen nakoming, verrichting van de door hen verschuldigde prestatie, af te dwingen, behoort hij deze bevoegdheid niet tegen zijn wil te verliezen. Hetzelfde geldt voor verbintenissen onder een opschortende voorwaarde welke vervulling ten tijde van het opmaken van de uitdelingslijst nog onzeker is; de schuldeiser dient te beslissen of

hij wil opkomen voor de geschatte waarde dan wel afwachten of de voorwaarde wordt vervuld.

Artikel 219

Hier wordt aan schuldeisers van een erfgenaam die door diens verwerping zijn benadeeld ook de bevoegdheid gegeven hun vordering bij de vereffenaar aan te melden. Deze bevoegdheid sluit aan bij hetgeen in artikel 205 is bepaald.

Zijn er alsdan naast de erfgenaam, die verworpen heeft nog andere erfgenamen, dan kan de vereffenaar in het belang van die schuldeisers verdeling van de nalatenschap vorderen; hij zal dit echter alleen doen wanneer de baten de schulden van de nalatenschap overtreffen, omdat in het tegenovergestelde geval er geen belang voor de schuldeisers van de erfgenaam die verworpen heeft, bij een scheiding is.

Artikel 220

Dit artikel stelt regels voor de uitkeringen die na het verbindend worden van de uitkeringslijst worden gedaan. Meest voorkomend is de gewone uitkering aan een schuldeiser; men zie het eerste lid. Het tweede en derde lid regelen de positie van later opkomende schuldeisers. De postconcurrente plaats die de legataris in de rangorde van de nalatenschapscrediteuren inneemt wordt door het derde lid verduidelijkt.

Artikel 221

Geschiedt de vereffening van de nalatenschap door een gerechtelijk benoemde vereffenaar, dan moet dit worden bekend gemaakt in het officiële nieuwsblad en een of meer nieuwsbladen, ingevolge artikel 206, zesde lid. Moet de nalatenschap overeenkomstig deze afdeling vereffend worden door de erfgenamen, omdat zij beneficiair aanvaard is, dan behoeft dit ingevolge artikel 196 alleen dan op die wijze bekend te worden gemaakt, wanneer de rechter dit gelast. Volgens het onderhavige artikel zijn de erfgenamen-vereffenaars ook niet van rechtswege onderworpen zijn aan de in artikel 214, eerste en vijfde lid, en artikel 218 omschreven verplichtingen tot openlijke oproeping van de schuldeisers van de nalatenschap, tot neerlegging van een lijst van erkenden betwiste vorderingen en tot neerlegging van een rekening en verantwoording en een uitdelings-

lijst. Volgens het eerste lid van het onderhavige artikel rusten deze verplichtingen op de erfgenamen-vereffenaars alleen wanneer de rechter dit bepaalt, waartoe deze te allen tijde kan besluiten zodra hem blijkt dat dit in het belang van een regelmatige vereffening geboden is.

Het tweede lid bevat de uiteraard tot gerechtelijk benoemde vereffenaars beperkte, regel dat de rekening en verantwoording en een uitdelingslijst niet behoeven te worden neergelegd, wanneer alle schuldeisers van de nalatenschap ten volle worden voldaan. Deze regel geldt natuurlijk ook wanneer de schuldeisers door de erfgenamen uit eigen middelen worden betaald. Gepreciseerd is dat het gaat om de voldoening van de schuldeisers die vóór de afloop van de in artikel 218, eerste lid, bedoelde, eventueel door de rechter verlengde termijn aan de vereffenaar bekend zijn geworden.

Voorts is toegevoegd dat de rechter de vereffenaar van de verplichting tot nederlegging van een uitdelingslijst kan vrijstellen, ofschoon nog niet alle schuldeisers worden voldaan. De rechter zal tot deze vrijstelling niet mogen overgaan, wanneer een schuldeiser wiens vordering nog niet voldaan is, daartegen bezwaar maakt. Het is echter zeer wel mogelijk dat een schuldeiser, bijvoorbeeld omdat zijn vordering door een onderpand met ruime overwaarde gedekt is, aflossing voorlopig niet begeert.

Het derde lid geeft aan op welke wijze de rekening en verantwoording aan hen die recht op het restant hebben behoort te geschieden, wanneer de neerlegging op grond van dit artikel achterwege wordt gelaten. Dege-
nen die een recht op het restant hebben, zijn in de eerste plaats de erfgenamen of de overheid, maar daaronder vallen ook zij aan wie het vruchtgebruik van de nalatenschap of van een aandeel daarin is vermaakt.

Artikel 222

Het merendeel van de bepalingen betreffende gemeenschap van titel 3.7 leent zich niet voor toepassing gedurende de vereffening van een nalatenschap. Dit houdt verband met de omstandigheid dat afdeling 3 van titel 6 van Boek 4 afwijkende regels stelt voor het beheer van de nalatenschap en de mogelijkheid van verhaal op de goederen van de nalatenschap, terwijl een verdeling van de nalatenschap pas aan de orde kan komen nadat de vereffening is voltooid (zoals bijvoorbeeld blijkt uit artikel 226, tweede lid). Door de voorgestelde bepaling, die een afwijking

inhoudt van artikel 3:189, tweede lid, wordt tot uitdrukking gebracht dat vragen die bij de vereffening kunnen rijzen in beginsel beantwoord dienen te worden aan de hand van de in afdeling 3 van titel 6 van Boek 4 gegeven regels en de wel van toepassing verklaarde bepalingen van titel 7 van Boek 3. Dat sluit echter niet uit dat in onder omstandigheden, bij vragen waarvoor een oplossing uit afdeling 3 van titel 6 van Boek 4 bezwaarlijk valt af te leiden, daarvoor mede aansluiting wordt gezocht bij bepalingen van titel 3.7.

Met betrekking tot de verschillende bepalingen van titel 3.7 die buiten toepassing blijven, worden hier enkele opmerkingen gemaakt. Aan toepassing van artikel 3:168 en artikel 3:170, tweede en derde lid, is naast de regeling van het beheer in artikel 211, eerste lid, geen behoefte. In het verlengde daarvan dient ook artikel 3:171 betreffende het instellen van rechtsvorderingen en het indienen van verzoekschriften buiten toepassing te blijven. Aangezien uit de nalatenschapsgoederen voortvloeiende vruchten en voordelen, evenals daarmee verband houdende uitgaven, mede in de vereffening worden betrokken, komt men niet toe aan toepassing van artikel 3:172. De verplichting tot het doen van rekening en verantwoording van artikel 3:173 is gedurende vereffening overbodig naast artikel 218, eerste lid. De regeling van tegeldemaking van goederen van artikel 215 maakt toepasselijkheid van artikel 3:174 overbodig. Artikel 3:175 (beschikkingsbevoegdheid over een aandeel) komt bij een nalatenschap, ook zonder vereffening, niet aan de orde in verband met de regels van artikel 3:190 en volgende (tijdens vereffening gelden hier de artikelen 211 en 223). Hetzelfde geldt voor artikel 3:176. Artikel 3:177 (verdeling of overdracht van een gemeenschappelijk goed terwijl op het aandeel van een deelgenoot een beperkt recht rust) komt in verband met artikel 211, tweede lid, tweede volzin, niet voor toepassing in aanmerking. De artikelen 3:177 tot en met 188 betreffende verdeling komen zoals hierboven gezegd niet voor toepassing bij vereffening in aanmerking; overigens zal een vereffening er niet aan in de weg hoeven staan dat een vordering tot verdeling wordt toegewezen onder opschortende voorwaarde van voltooiing van de vereffening. Artikel 3:189 regelt welke bepalingen op bepaalde gemeenschappen kunnen worden toegepast, en bevat geen regels die tijdens vereffening van belang zijn. De artikelen 3:190 tot en met 193 betreffende beschikking over en verhaal op gemeenschaps-

goederen, aandelen in gemeenschapsgoederen en aandelen in de gemeenschap, missen betekenis naast artikel 211, tweede lid, en artikel 223. Artikel 3:194, eerste lid, (boedelbeschrijving) is overbodig naast artikel 211, derde lid. De bepalingen van de artikelen 3:195 tot en met 200 tenslotte, betreffende nietige en vernietigbare verdelingen, komen niet voor toepassing tijdens vereffening in aanmerking nu verdeling eerst na de vereffening aan de orde komt.

Artikel 223

In de artikelen 223 en 224 wordt in het belang van een goede vereffening vastgesteld, dat zolang de vereffenaar werkzaam is, geen individuele executie, hetzij door de schuldeisers van de nalatenschap, hetzij door die van de erfgenamen mogelijk is. Slechts die schuldeisers van de nalatenschap, die in geval van faillissement hun recht kunnen vervolgen zonder op het faillissement acht te slaan, zijn ook hier uitgezonderd. Wel is het mogelijk, dat een schuldeiser van de nalatenschap tijdens de vereffening zijn vordering of de voorrang van die vordering gerechtelijk doet vaststellen. Dit kan geschieden, wanneer de schuldeiser bericht van de vereffenaar krijgt, dat deze zijn voorrang of vordering niet wil erkennen, of wanneer een schuldeiser in verzet komt tegen een uitdelingslijst, waarop vordering en voorrang niet zijn opgenomen en dit verzet tot een renvoi-procedure leidt.

Een zodanige procedure is echter, ook onafhankelijk van deze omstandigheden, te allen tijde mogelijk. Heeft bijvoorbeeld een erfgenaam zuiver aanvaard en wenst hij niet te betalen, dan is het begrijpelijk, dat de schuldeiser de erfgenaam tezamen met de vereffenaar dagvaardt tot betaling, met het voorbehoud dat de veroordeling niet ten uitvoer zal kunnen worden gelegd dan voor zover en in voege als de wet tegenover een vereffenaar en de door hem beheerde nalatenschap toelaat. Men vergelijkte in dezelfde zin voor het tegenwoordige recht ten aanzien van een beneficiair aanvaarde nalatenschap HR 20-2-1936, NJ 1936, 42.

Het derde lid betreft de opheffing van voor de aanvang van de vereffening reeds gelegde beslagen. Een regel die alle gelegde beslagen van rechtswege doet vervallen, zou voor de vereffening, wier strekking immers geenszins steeds vergelijkbaar is met die van een faillissement, te ver gaan. Anderzijds kan opheffing van beslagen voor een doeltreffende

afwikkeling nodig zijn, bijvoorbeeld als alle goederen van de nalatenschap met het oog op de voldoening van de schuldeisers te gelde moeten worden gemaakt. Het derde lid legt daarom de beslissing ter zake bij de rechter.

Artikel 224

In dit artikel wordt de volgorde vastgesteld, waarin de schuldeisers van de nalatenschap en schuldeisers van de erfgenaam, in geval van de vereffening van een boedel verhaalsrecht hebben. Het spreekt vanzelf, dat daarbij de schuldeisers van de nalatenschap een voorrang is toegekend.

Artikelen 225 en 226

Deze artikelen beantwoorden aan de huidige regeling van de onbeheerde nalatenschappen, behoudens dat de nalatenschap onder de vereffenaar moet verblijven totdat de vereffening voltooid is. Mocht dit binnen de drie jaar afgelopen zijn, dan is er weinig reden om de nalatenschap nog onder de vereffenaar te laten; zou daarna nog een erfgenaam opkomen, dan kan deze zich evengoed tot het Land als tot een vereffenaar wenden. Eveneens moet in geval van opheffing van een vereffening, de vereffenaar de aanwezige goederen aan het Land afdragen, wanneer geen erfgenamen bekend zijn.

Worden tijdens de vereffening de erfgenamen bekend, dan eindigt de vereffening eerst, indien alle bekend geworden erfgenamen aanvaarden. Dit is in overeenstemming met artikel 204, volgens welk artikel een vereffenaar ook kan benoemd worden, wanneer van de bekende erfgenamen enigen hun aandeel onbeheerd laten.

In het tweede lid van artikel 224 is het geval voorzien dat de erfgenamen die zich bereid tot de inontvangstneming tonen, slechts tot een deel van de nalatenschap gerechtigd zijn en voor het overige zich een van de omstandigheden voordoet als bedoeld in de tweede volzin van het eerste lid van artikel 224. In het stelsel van het huidige BWA, dat niet de benoeming van een vereffenaar van de nalatenschap doch de benoeming van een curator over een onbeheerde nalatenschap, eventueel van een deelcurator kent, behoort tot de bevoegdheden van een deelcurator mede het uitlokken van of het medewerken aan een scheiding en deling van de nalatenschap; zie HR 2-6-1961, NJ 1961, 410. Een analoge oplossing

wordt thans in het tweede lid van artikel 226 voorgesteld: in het genoemde geval zal het tot de taak van de vereffenaar behoren te zorgen dat de nalatenschap eerst wordt verdeeld. Veelal zal een erfgenaam die tot de inontvangstneming bereid is, het initiatief nemen tot een verdeling, of anders kan en moet de vereffenaar dit doen. De artikelen 3:178, eerste lid, en 3:181 geven de weg aan. Erfgenamen die onbekend zijn of stilzitten worden bij de verdeling door een onzijdig persoon vertegenwoordigd, maar in casu blijft het hun toebedeelde bij de vereffenaar, die het aan het Land afdraagt, evenals hij met de overgebleven goederen in hun geheel zou hebben te doen in de gevallen van het eerste lid, tweede volzin.

Het derde lid van artikel 226 laat het aan het Land over de afgegeven goederen in natura te beheren of te verkopen, zij het dat het registergoederen slechts in het openbaar zal mogen verkopen, tenzij de rechter tot onderhandse verkoop machtigt. Deze restrictie geldt uiteraard niet in het uitzonderingsgeval dat het vaststaat dat er geen erfgenamen zijn; in dit geval kan het Land na de vereffening onbeperkt als heer en meester over de goederen beschikken (artikel 189). Het vierde lid is naast artikel 189 niet overbodig. Zij ontheft het Land na twintig jaren van de bewijslast dat de overledene geen erfgenamen heeft en verschaft zij bovendien aan het Land een titel voor het geval de erfgenamen de vereffende nalatenschap of bestanddelen daarvan na twintig jaren nog niet hebben opgeëist. Zolang de termijn van twintig jaren niet is verstreken, kunnen schuldeisers van de nalatenschap, wier vordering nog niet is verjaard, met inachtneming van artikel 220 op het afgedragen saldo verhaal zoeken.

Afdeling 4. Verdeling van de nalatenschap

Artikel 227

Doordat de verdeling van gemeenschappelijke goederen reeds uitvoerig in Boek 3 geregeld is, behoeften hier alleen die verdelingsvoorschriften, die bijzonder zijn bij de verdeling van een nalatenschap gegeven te worden. Zij betreffen twee onderwerpen: de gedwongen toerekening en de inbreng.

Artikel 228

Daar reeds bij de gemeenschap bepaald is, dat hetgeen een deelgenoot aan de gemeenschap schuldig is, hem op zijn deel wordt toegerekend, is

dit artikel streng genomen overbodig. Om echter te voorkomen, dat men een onderscheid gaat maken tussen schulden van een deelgenoot aan de gemeenschap en schulden aan de erflater, is dit artikel opgenomen. Het valt dientengevolge niet te betwijfelen, dat schulden van een deelgenoot aan de erflater bij de deling kunnen worden verrekend.

Gelijk bij de gemeenschap ten aanzien van gedwongen toerekening in artikel 3:184, eerste lid, in het algemeen bepaald is, komen niet opeisbare vorderingen voor hun contante waarde voor toerekening in aanmerking. Voorwaardelijke vorderingen daarentegen dragen nog een te onzeker karakter om deze aan de schuldenaar tegen zijn wil voor een geschatte waarde op zijn aandeel toe te rekenen.

Wat het tweede lid betreft zij het volgende opgemerkt. Wanneer de erflater aan een of meer erfgenamen een legaat heeft gemaakt, dat ten laste van een of meer mede-erfgenamen komt, behoort tussen eerstgenoemden als schuldeisers uit het legaat en hun schuldenaren de regel van het eerste lid eveneens te gelden, doch alleen voor zover de schuld uit het legaat bij de verdeling opeisbaar is. Men denke met name aan het legaat van een goed van de nalatenschap 'tegen inbreng van de waarde'. Hetzelfde geldt voor eventueel verschuldigde sommen ineens.

Artikelen 229 tot en met 233

Deze artikelen behandelen de inbreng van giften. Bij de vaststelling van de geldvorderingen bij een wettelijke verdeling zijn zij van overeenkomstige toepassing (artikel 15, derde lid).

Artikel 229 geeft weer in welke gevallen een erfgenaam verplicht is tot inbreng. Het gaat hier om inbreng 'ten behoeve van zijn mede-erfgenamen', zonder enige beperkende bepaling, derhalve onverschillig of zij door de wet aangewezen erfgenamen zijn, en zo ja, of zij bij versterf of krachtens uiterste wil geroepen zijn. Een beperking tot door de wet aangewezen erfgenamen zou hier als regel niet juist zijn. Wel staat het de erflater natuurlijk vrij de door hem opgelegde inbrengplicht beperkt te houden door te bepalen dat de inbreng alleen ten behoeve van alle of bepaalde door de wet als erfgenaam aangewezen personen zal geschieden.

Het tweede lid van artikel 229 bepaalt volledigheidshalve dat een bij de gift opgelegde inbrengplicht bij uiterste wil weder terzijde gesteld kan worden.

Artikel 230 beantwoordt aan het huidige recht behoudens dat het niet meer mogelijk is dat eenzelfde persoon of bij plaatsvervulling of uit eigen hoofde in de nalatenschap van een voorvader kan opkomen. Zie voor de plaatsvervulling artikel 10, tweede lid, en artikel 12.

Artikel 231 brengt het beginsel tot uiting, dat alleen door hem, die de gift ontving, ingebracht moet worden, ook al zou door een gemeenschap of verrekenbeding de gift ten voordele van een andere echtgenoot komen. Dat de inbreng de verkrijgingen van de erfgenamen wijzigt is niet van invloed op hun aansprakelijkheid jegens de schuldeisers van de nalatenschap, aldus artikel 232.

Artikel 233 tenslotte regelt de wijze van inbreng, de waardering en de maximale inbreng.

IV (Boek 5)

Onderdeel A (artikel 5:20)

In artikel 5:20, tweede lid, BWA wordt ten aanzien van een ‘net’ een ‘doorknip’ gerealiseerd van de verticale natrekking van het eerste lid, onderdeel e. Bij een ‘net’ zoals in dit tweede lid omschreven, moet in eerste instantie worden gedacht aan de grote distributienetten van openbaar belang, zoals elektriciteitsnetten, gasnetten, de riolering, waterleidingnetten en elektronische communicatienetwerken. Daarnaast bestaan er netten van buisleidingen waardoor aardolie en andere chemische stoffen vervoerd worden. Ook deze netten doorkruizen een groot aantal verschillende percelen en vallen onder het nieuwe artikel 20, tweede lid, BWA. Overigens is ook denkbaar dat het net uit een enkele kabel of leiding bestaat. De eigendom komt te liggen bij de bevoegde aanlegger; op naam van deze aanlegger zal het net in de openbare registers worden gesteld (artikel 3:17 lid 1, onderdeel k, BWA). Met bevoegd wordt bedoeld dat de aanlegger gerechtigd moet zijn om het net aan te leggen in andermans grond. Deze wijziging geschiedt in navolging van de Nederlandse wet van 6 december 2006, Stb. 2007, 16 (Kamerstukken 29 834), die is

tot stand gekomen naar aanleiding van twee fiscale arresten van de Hoge Raad van 6 juni 2003, LJN: AD3578 en 3591.

Onderdelen B tot en met D (artikelen 5:87, 115 en 116)

Hier worden tekstuele misslagen hersteld, behoudens wat betreft artikel 5:87, tweede lid, derde volzin, het volgende. Deze volzin luidt: ‘Na het einde van de erfpacht is de eigenaar verplicht de waarde die de erfpacht dan heeft, aan de erfpachter te vergoeden, na aftrek van hetgeen hij uit hoofde van de erfpacht van de erfpachter te vorderen heeft, de kosten daaronder begrepen.’ Deze bepaling is ingevolge het derde lid van dwingend recht. Het moet duidelijk zijn dat ten aanzien van in erfpacht uitgegeven *overheidsgrond*, waarbij de erfpachter niet tijdig aan zijn bebouwingsplicht heeft voldaan, bijzondere regels gelden ingevolge de Landsverordening uitgifte eigendommen (AB 1989 no. GT 21) die als bijzondere wet (‘lex specialis’) voorgaat vóór het BWA als algemene wet (‘lex generalis’). Om elke twijfel dienaangaande uit te sluiten wordt uitdrukkelijk aan artikel 5:87, tweede lid, BWA toegevoegd: ‘tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald’. Voor de goede orde zij erop gewezen dat de term ‘wettelijk voorschrift’ ook wetgeving omvat lager dan een landsverordening.

V (Boek 6)

Onderdeel A (artikel 6:173)

Het in 2002 ingevoerde artikel 6:173 bevat in de eerste twee leden een risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken. Deze risicoaansprakelijkheid is echter ingevolge het huidige derde lid van artikel 6:173 niet van toepassing op motorrijtuigen. De gedachte destijds was dat voor motorrijtuigen eigen regels zullen gaan gelden, neer te leggen in Boek 8 (Verkeersmiddelen en vervoer). In Nederland is ook een wetsvoorstel ter zake ingediend, maar dit is ingetrokken; het plan is vervolgens verlaten. Ook hier te lande bestaan geen voornemens om in Boek 8 specifieke regels voor auto-ongelukken op te nemen. De consequentie is dat er geen reden meer is om de motorrijtuigen van de toepassing van artikel 6:173 uit te sluiten. In Nederland is zulks gerealiseerd bij de wet van 16 juni 2005, Stb. 357 (Kamerstukken 29 955). Dit betekent dat een auto-ongeval als gevolg van een gebrek aan de auto, bijvoorbeeld weigerende

remmen of een gebroken stuurstang, leidt tot risicoaansprakelijkheid van de bezitter van de auto op grond van artikel 6:173. De wijziging van artikel 6:173 BWA heeft de steun van de verzekeraars.

Onderdeel Abis (artikel 6:227a)

Deze bepaling beoogt het sluiten van overeenkomsten die op grond van de wet in schriftelijke vorm tot stand moeten komen, eveneens langs elektronische weg mogelijk te maken. Het artikel bepaalt aan welke voorwaarden daarvoor moet zijn voldaan, hetgeen de rechtszekerheid dienaangaande vergroot en de elektronische handel bevordert. De bepaling is ontleend aan het corresponderende Nederlandse artikel 6:227a, ingevoerd bij Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel van 13 mei 2004, Stb. 210 (Kamerstukken 28 197); de onderstaande toelichting is ontleend aan de Nederlandse Memorie van Toelichting (nr. 3, p. 51 e.v.).

Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt dat de onderhavige bepaling uitsluitend geldt voor het langs elektronische weg sluiten van overeenkomsten die op grond van de wet in schriftelijke vorm tot stand dienen te komen, willen zij geldig of onaantastbaar zijn. Dit artikel bevat derhalve geen dwingendrechtelijke regeling ten aanzien van overeenkomsten waarvoor geen wettelijke vormvereisten gelden, zodat partijen daarbij vrij zijn om een afwijkende regeling te treffen. Het wordt niet noodzakelijk geacht om een bepaling in de wet op te nemen die het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg in het algemeen mogelijk maakt. Uit artikel 6:217 vloeit voort dat een overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding, beide rechtshandelingen waarop Boek 3, titel 2, van overeenkomstige toepassing is. Aanbod en aanvaarding zijn verklaringen die ingevolge artikel 3:37, eerste lid, in iedere vorm kunnen geschieden, tenzij anders is bepaald. Hieruit volgt dat voor de totstandkoming van een overeenkomst in beginsel geen vormvereiste geldt en deze tevens langs elektronische weg kan geschieden.

Vormvereisten worden in het algemeen voorgeschreven omdat zij voor betrokkenen bepaalde waarborgen met zich meebrengen en zodoende de rechtszekerheid bevorderen. De beoogde waarborgen kunnen verschillen, afhankelijk van de aard van de overeenkomst en de partijen. Zo zal het op schrift stellen van een overeenkomst in de praktijk veelal ter be-

scherming van partijen strekken en uitsluitel bieden over wie deze zijn, de inhoud van de overeenkomst en het tijdstip van totstandkoming. Het is derhalve wenselijk te verzekeren dat een daarmee rechtens gelijk te stellen overeenkomst die langs elektronische weg tot stand komt een vergelijkbare mate van zekerheid biedt. Zonder aanvullende maatregelen te nemen kan bij het sluiten van een overeenkomst via het internet bijvoorbeeld moeilijk vastgesteld worden wie de contractspartijen zijn, omdat het internet een betrekkelijk anonieme omgeving is. Voorts kan de inhoud van een elektronisch vastgelegde overeenkomst ongemerkt gewijzigd worden indien deze daar niet tegen beveiligd is. Om te bewerkstelligen dat een langs elektronische weg totstandgekomen overeenkomst garanties biedt die gelijkwaardig zijn aan die van een op papier vastgelegde overeenkomst wordt in het eerste lid een viertal vereisten dienaangaande gesteld.

Een langs elektronische weg gesloten overeenkomst die voldoet aan de in het eerste lid genoemde voorwaarden wordt gelijkgesteld aan een schriftelijk tot stand gekomen overeenkomst. Bij het hanteren van deze vereisten dient steeds te worden bedacht dat het artikel een rechtens gelijke behandeling van schriftelijk en langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten beoogt. Dit zal bijvoorbeeld meebrengen dat voor de invulling van de in de onderdelen b, c en d genoemde relatieve maatstaven ('in voldoende mate'; 'met voldoende zekerheid') aansluiting zal moeten worden gezocht bij het 'papieren' rechtsverkeer. Evenmin, bijvoorbeeld, als in het geval van een op papier gestelde, gedateerde en ondertekende overeenkomst in het algemeen zal kunnen worden gezegd dat daarmee het moment van totstandkoming en de identiteit van partijen vaststaat, zal dit voor de geldigheid van dezelfde, maar dan langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst kunnen worden geëist. Voor gelijkstelling is niet meer nodig dan dat een gelijke mate van zekerheid bestaat omtrent deze feiten. Met behulp van het woord 'voldoende' kan hier de grens op de juiste plaats worden getrokken. Voorts dient te worden bedacht dat het artikel niet meer doet dan aangeven in welke gevallen bedoelde gelijkstelling in ieder geval plaatsvindt. Het is derhalve zelfs niet ondenkbaar dat de rechter daarnaast in een concreet geval tot de conclusie komt dat gelijkstelling op zijn plaats is, ook al is niet aan alle vier genoemde voorwaarden voldaan. Gedacht kan worden aan een

geval waarin kan worden vastgesteld dat de eis van schriftelijkheid door de wetgever uitsluitend werd gesteld met het oog op de bewijsbaarheid van hetgeen tussen partijen is overeengekomen. Een langs elektronische weg totstandgekomen overeenkomst die raadpleegbaar door partijen is en waarvan de authenticiteit in voldoende mate is gewaarborgd – een overeenkomst dus die voldoet aan het in het eerste lid, onderdelen a en b, gestelde – vervult in dat bijzondere geval alle functies die de wetgever met het stellen van de eis van schriftelijkheid beoogde te waarborgen en behoort derhalve rechtens met een schriftelijke overeenkomst gelijk te worden gesteld. Afgezien van deze bijzondere gevallen echter geldt dat in de praktijk voor gelijkstelling aan de vier in het eerste lid genoemde voorwaarden moet zijn voldaan.

De eerste voorwaarde (onderdeel a) is dat de elektronische overeenkomst raadpleegbaar moet zijn door de partijen bij de overeenkomst. Deze dient op zodanige wijze te worden vastgelegd, dat de partijen in staat zijn om de inhoud daarvan ter latere kennisneming te ontsluiten en te bewaren. Dit vereiste kan meebrengen dat de partij, die daarbij gebruik wil maken van een bepaalde techniek, gehouden zal zijn om de wederpartij over de juiste technische middelen te doen beschikken om de inhoud van de overeenkomst te kunnen raadplegen, indien deze daarover niet beschikt. Daarbij kan onder meer van belang zijn of gekozen wordt voor een bijzondere techniek of voor een techniek waarover een gebruiker in het algemeen geacht mag worden te beschikken. Een voorbeeld van een bijzondere techniek waar niet iedereen op dit moment over beschikt is speciale encryptiesoftware als PGP ('Pretty Good Privacy'), waarmee een elektronisch bestand kan worden versleuteld. Om de inhoud daarvan te kunnen raadplegen, zal de gebruiker naast de juiste sleutel meestal ook over dergelijke encryptiesoftware moeten kunnen beschikken. Wordt de overeenkomst echter 'on-line' raadpleegbaar gemaakt na het intikken van een persoonlijke code op een internetpagina, dan is dat een techniek waarvan in beginsel verondersteld mag worden dat eenieder daarover in het algemeen beschikt, omdat hiervoor slechts een 'webbrowser' nodig is, die tegenwoordig op vrijwel alle computers standaard is geïnstalleerd. Daarnaast bezitten veel mensen tegenwoordig een zogenaamde smartphone of tablet, waarop een internetpagina te raadplegen is.

Door het stellen van een overeenkomst op een papieren geschrift ontstaat een bepaalde zekerheid omtrent de inhoud daarvan, omdat manipulatie naderhand vaak op zal vallen. Partijen alsook derden kunnen derhalve in de regel vertrouwen op de juistheid van een papieren geschrift. De inhoud van elektronische berichten of bestanden kan daarentegen vrij eenvoudig en ongemerkt gemanipuleerd worden, indien er niet voldoende maatregelen zijn genomen ter beveiliging daarvan. Daarom wordt als tweede voorwaarde (onderdeel b) gesteld dat de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is. Ter uitvoering van dit voorschrift dienen partijen de elektronische overeenkomst op zodanige wijze vast te leggen dat er in voldoende mate vertrouwd kan worden op de juistheid van de inhoud daarvan. Aangezien de woorden ‘in voldoende mate’ een relatief criterium vormen, zal het antwoord op de vraag of hieraan voldaan wordt, mede afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, zoals de stand van de techniek, de aard van de overeenkomst en de hoedanigheid van de partijen. Tevens kan van belang zijn of aan het gebruik van een veiliger techniek dan de daadwerkelijk gebruikte bijvoorbeeld kosten verbonden zouden zijn geweest die gelet op het belang van de overeenkomst disproportioneel moeten worden geacht. Partijen kunnen aan de onderhavige voorwaarde voldoen door een overeenkomst in een elektronisch bestand vast te leggen dat voorzien is van een elektronische handtekening zoals omschreven in de Landsverordening overeenkomsten langs elektronische weg, omdat de elektronische handtekening op zodanige wijze aan het bestand wordt verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens opgespoord kan worden.

De derde voorwaarde (onderdeel c) is dat het moment van de totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld. Deze eis wordt gesteld omdat het in veel gevallen belangrijk is om te weten op welk tijdstip een overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen, bijvoorbeeld om te kunnen bepalen vanaf wanneer partijen verplichtingen ten opzichte van elkaar hebben of sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die uit de overeenkomst voortvloeit. Of het moment van totstandkoming van de overeenkomst ‘met voldoende zekerheid’ kan worden vastgesteld is mede afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals de stand van de techniek, de aard van de overeenkomst en de hoedanigheid van partijen. Indien bij-

voorbeeld door uitwisseling van elektronische post wordt beoogd een overeenkomst tot stand te doen komen die ‘schriftelijk’ moet geschieden, dan zal ten aanzien van de onderhavige voorwaarde doorgaans voldoende zijn dat vastgesteld kan worden op welk tijdstip de aanbieder de aanvaarding ontvangen heeft, omdat daarmee in het normale geval het moment van totstandkoming vaststaat. Omdat bewijs van het moment van ontvangst van elektronische post bij de huidige stand van de techniek echter fraudeerbaar is door partijen met enige technische kennis, mag naarmate de belangen bij de overeenkomst groter zijn, eerder verwacht worden dat partijen deugdelijke maatregelen nemen om te waarborgen dat het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst kan worden vastgesteld.

Bij het sluiten van een overeenkomst in schriftelijke vorm is meestal duidelijk wie de partijen zijn; zij zullen bijvoorbeeld aanwezig zijn bij het op papier stellen van de overeenkomst of een ondertekend contract aan de wederpartij doen toekomen indien deze per post wordt uitgewisseld. In de praktijk wordt de handtekening in het laatste geval veelal voldoende geacht om een partij te identificeren. De identiteit van de persoon die zich in de informatiemaatschappij begeeft is echter veel moeilijker vast te stellen. Zo moeten dienstverleners erop vertrouwen dat afnemers hun juiste identiteit opgeven, terwijl aanbod en aanvaarding via elektronische post geen garanties dienaangaande bieden, onder meer omdat een e-mail adres eenvoudig onder opgave van een valse identiteit verkregen kan worden. Om toch een redelijke mate van zekerheid te hebben dat partijen bij overeenkomsten waarvoor een schriftelijke vormvereiste geldt en die langs elektronische weg tot stand komen elkaar kunnen identificeren, is de vierde voorwaarde (onderdeel d) opgenomen. Deze houdt in dat de identiteit van partijen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld op het moment dat de overeenkomst langs elektronische weg wordt gesloten. Partijen kunnen bijvoorbeeld hieraan voldoen door de overeenkomst van een elektronische handtekening te voorzien zoals omschreven in de Landsverordening overeenkomsten langs elektronische weg. Voor zover een vormvereiste meebrengt dat een schriftelijke overeenkomst ondertekend moet worden om tot stand te kunnen komen, zijn partijen verplicht om deze elektronisch te ondertekenen.

In artikel 7:2 wordt voorgesteld dat elke koop van een onroerende zaak schriftelijk wordt aangegaan (zie ook de schakelbepaling artikel 7:47). Deze koop zal ingevolge het onderhavige artikel 6:227a ook elektronisch tot stand kunnen komen. Partijen kunnen echter niet worden gedwongen een overeenkomst tot koop langs elektronische weg te sluiten. Het onderhavige voorstel biedt partijen alleen een keuzemogelijkheid tussen een schriftelijke en een elektronische mogelijkheid. Bij het sluiten van overeenkomsten is het in alle gevallen van belang dat partijen zich ervan gewissen waarmee zij instemmen. Om die reden bepaalt artikel 7:2, tweede lid, dat, indien het gaat om een woning en de koper een ‘consument’ is, dat de koper drie dagen bedenktijd heeft. Die bedenktijd geldt zowel indien de overeenkomst schriftelijk als langs elektronische weg tot stand is gekomen. Te bedenken valt dat de huidige praktijk vaak is dat ook indien de koopovereenkomst schriftelijk tot stand komt, de concepten daarvan over en weer per emailbericht zijn verzonden. Het tweede lid van het onderhavige artikel 227a sluit de werking van het eerste lid in het algemeen uit voor overeenkomsten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van de rechter, een overheidsorgaan of een beroepsbeoefenaar die een publieke taak uitoefent. Voor het sluiten van deze overeenkomsten wordt het, in het bijzonder gelet op de aard van de overeenkomsten waar het hier om gaat, wenselijk geacht om vooralsnog onverkort vast te houden aan de vormvereisten die in de fysieke wereld gelden.

Onderdeel B (artikel 6:234)

Ingevolge artikel 6:233, onderdeel b, is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. De vraag wanneer een redelijke mogelijkheid wordt geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, vindt beantwoording in artikel 6:234. In het eerste lid, onderdeel a, wordt als hoofdregel voorop gesteld dat hieraan is voldaan indien algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst schriftelijk ter hand worden gesteld. De voordelen van het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg zouden echter grotendeels teniet worden gedaan indien voor of bij het sluiten van die overeenkomst de algemene voorwaar-

den in schriftelijke vorm ter beschikking moeten worden gesteld. Aan dit bezwaar wordt in het voorgestelde nieuwe tweede lid tegemoetgekomen. Indien een overeenkomst niet langs elektronische weg wordt gesloten, is het eveneens doelmatig om de gebruiker ook indien de overeenkomst schriftelijk tot stand komt onder voorwaarden toch de bevoegdheid te geven om de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst langs elektronische weg ter beschikking te stellen. Ook diens wederpartij kan er de voorkeur aan geven om de algemene voorwaarden via e-mail te ontvangen. Zo kan voor beide partijen het langs elektronische weg ter beschikking stellen van zeer omvangrijke algemene voorwaarden aanzienlijk minder bezwaarlijk zijn. Het voorstel biedt daarom de mogelijkheid om algemene voorwaarden ook langs elektronische weg ter beschikking te stellen als de overeenkomst zelf niet langs elektronische weg tot stand komt. Bij de eis van ter beschikking stellen kan gedacht worden aan het opnemen van de integrale tekst van de algemene voorwaarden in de bijlage van een e-mail of aan het opnemen van een internetlink in een e-mail door middel waarvan de wederpartij in één klik de tekst van de op haar toepasselijke algemene voorwaarden kan raadplegen. Het enkel vermelden van het adres van een website is onvoldoende omdat de wederpartij vervolgens op die website nog moet gaan zoeken naar de op haar toepasselijke algemene voorwaarden.

Indien een overeenkomst niet langs elektronische weg tot stand komt, wordt in het voorgestelde derde lid voor het elektronisch ter beschikking stellen van de algemene voorwaarden als voorwaarde gesteld dat de wederpartij hiermee instemt. Dit ligt alleen al voor de hand voor het geval de wederpartij niet over een computer beschikt of anderszins geen toegang heeft tot internet bijvoorbeeld via een zogenaamde smartphone. Ter bescherming van de wederpartij moet de toestemming wel nadrukkelijk onder de aandacht van de wederpartij worden gebracht. Deze instemming is niet vereist voor overeenkomsten die langs elektronische weg tot stand komen. In dat geval heeft de wederpartij er immers voor gekozen om langs deze weg te contracteren. Ter verduidelijking van de tekst van artikel 6:234 is het artikel enigszins herschreven.

Onderdeel C (artikel 6:249)

Deze toevoeging houdt rekening met de wettelijke verdeling in het nieuwe erfrecht (Boek 4).

VI (Boek 7)

Onderdeel A (artikel 2)

Algemeen

Bij de totstandkoming van titel 1 van Boek 7 van het nieuwe BWA, inzake de koop, is in de memorie van toelichting aangekondigd dat te zijner tijd aanvullingen zullen worden aangebracht betreffende de koop van onroerende zaken. Het onderhavige ontwerp strekt daartoe. Bovendien wordt een nieuwe regeling voorgesteld van de aanneming van werk, welke regeling overigens niet beperkt is tot de bouw. Onder aanneming van werk valt namelijk een grote variëteit van contracten; behalve aan de bouw kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de reparatie van een horloge, het af laten drukken van foto's en het wassen van kleding. Onder aanneming van werk vallen alle contracten die ertoe strekken dat buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand wordt gebracht en opgeleverd, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs (zie het voorgestelde artikel 750).

Voorgesteld wordt dat elke koop van een onroerende zaak – en hetzelfde geldt, ingevolge artikel 7:47, voor de koop van een recht waaraan een onroerende zaak is onderworpen (bijvoorbeeld erfpacht) – schriftelijk moet worden aangegaan (artikel 2, eerste lid). Bij de koop door een consument (een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf) van een woning heeft de koper bovendien een bedenktijd van drie dagen (artikelen 2, tweede lid). De schriftelijke vorm en bedenktijd gelden ook bij een zgn. koop/aannemingsovereenkomst in opdracht van een consument tot de bouw van een woning (artikel 766).

Algemeen wordt aangenomen dat een bijzondere wettelijke bescherming van de consumentkoper/opdrachtgever van een woning wenselijk is. De transactie is voor de meeste consumenten eenmalig, het gaat om relatief grote bedragen en met de aflossing en rentebetalingen zijn vele jaren gemoeid zijn, de transactie grijpt diep in het persoonlijk leven van de koper (de plaats waar hij met zijn gezin jaren zal wonen) en de koop vormt de

titel van de eigendomsoverdracht en bepaalt daardoor, in ons causale stelsel, de geldigheid van die overdracht (artikel 3:84, eerste lid).

De voorgestelde bedenktijd is ontleend aan de Nederlandse wet van 5 juni 2003, Stb. 238 (Kamerstukken II 23 095). In Nederland is echter niet voorgeschreven dat alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken (dus ook die welke niet betrekking hebben op woningen of die niet gesloten worden door een consument) schriftelijk moeten worden aangegaan. Verder wordt in de Nederlandse rechtspraak wel aangenomen, op basis van de Nederlandse wetsgeschiedenis, dat de verkoper wel gebonden is aan een mondelinge wilsovereenstemming. In het onderhavige ontwerp is uitdrukkelijk bepaald dat zolang de koop niet in een akte is neergelegd, zowel koper als verkoper zich kunnen terugtrekken door de mondelinge koop te vernietigen (artikel 2, eerste lid, slot). Overigens is de Nederlandse regeling thans onderworpen aan een evaluatie; de vraag is of het bedenktijdsysteem niet moet worden vervangen door een notariële koopakte.

In een aan de Kamers van Koophandels, beroepsgroepen enz. voorgelegd voorontwerp van 5 juni 2006 was voorgesteld dat, in plaats van een bedenktijd, zou gelden dat bij koop of verkoop door een consument van een woning de koopakte moet zijn medeondertekend door de notaris die de nodige voorlichting aan de koper heeft gegeven. Met name de meerderheid van de geraadpleegde notarissen had daartegen bezwaar; men vreesde kostenverhoging en achtte het voorstel uit oogpunt van bescherming niet noodzakelijk. Vandaar dat in het onderhavige ontwerp gekozen is voor de bedenktijd van drie dagen, in navolging van Nederland. Gedurende de bedenktijd kan de koper deskundige voorlichting zoeken. Bovendien kan de koper op een overhaaste beslissing terugkomen. Een bedenktijd behoort overigens slechts eenmaal te worden benut.

Niet is overgenomen de Nederlandse mogelijkheid van een 'Vormerkung': de tijdelijke inschrijving van de koop met goederenrechtelijke werking (artikel 7:3 Ned.BW) waardoor tussen koop en levering niet aan een ander kan worden geleverd. Het komt de ondergetekende voor dat hiervoor hier te lande onvoldoende noodzaak bestaat. Voorts moet rekening worden gehouden met de belasting van de openbare registers. Ligt er naar verwachting een langere tijd tussen koop en levering, dan kan eventueel door de koper een boete worden bedongen voor het geval van

wanprestatie door de verkoper, welke verplichting kan worden verzekerd door een hypotheek op het gekochte goed. Overigens is de vooruitbetaling van de koopprijs in artikel 26 aan banden gelegd, hetgeen het risico voor de koper vermindert.

Wat betreft de voorgestelde nieuwe regeling van aanneming van werk (titel 7.12) zij opgemerkt dat het hier gaat om een hercodificatie en daarmee om een aanpassing aan het algemeen deel van het vermogensrecht (in het bijzonder de Boeken 3 en 6). Reeds is vermeld dat aanneming van werk niet enkel bouwcontracten betreft. Juist voor andere aannemingen van werk (reparatieovereenkomst enz.) zal titel 7.12 van belang zijn, aangezien in de bouw veel met standaardvoorwaarden (als de UAV: Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken) wordt gewerkt, terwijl titel 7.12 overwegend van regelend (niet-dwingend) recht is; de UAV zal dus voorgaan. Wat in de Boeken 3 en 6 reeds geregeld is, behoeft in beginsel niet te worden herhaald. In het bijzonder van belang zijn in dit verband: de mogelijkheid van ontbinding van wederkerige overeenkomsten zonder rechterlijke tussenkomst, ook als de niet-nakoming door een van de partijen niet aan deze kan worden toegerekend (artikel 6:265 e.v.); de mogelijkheid van wijziging of gehele of gedeeltelijke ontbinding door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden (artikel 258); de mogelijkheid van evenredige prijsvermindering na gedeeltelijke ontbinding (artikel 6:270); de restitutieregel van artikel 6:272. Voorts zij gewezen op artikel 6:27 (zorg voor de af te leveren zaak), afdeling 6.1.8 (schuldeisersverzuim) en afdeling 6.1.9 (de gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis), in het bijzonder de eerste vier artikelen 6:74 tot en met 77 en de artikelen 6:89 en 90. Bij de bespreking van verschillende artikelen van deze titel zal nog op het belang van deze algemene bepalingen worden teruggekomen. De titel bevat een aantal bepalingen op punten waarvoor het huidige BWA geen regeling bevat, zoals de artikelen 752 (prijsbepaling, indien de prijs niet in een bedrag was uitgedrukt), 753 (invloed van onvoorziene kostenverhogende omstandigheden), 756 (mogelijkheid van ontbinding vóór oplevering), 759 (herstel van gebreken) en 761 (reclame- en verjaaringstermijn ter zake van gebreken). Anderzijds zijn overbodige bepalingen komen te vervallen.

De nieuwe titel 7.12 inzake aanneming van werk is ook ontleend aan de Nederlandse wet van 5 juni 2003, Stb. 238, voormeld. Voor de Nederlandse wetsgeschiedenis, zie J.M. Hebly, m.m.v. N.L. van Rooij, Aanneming van werk. De parlementaire geschiedenis, 2004, waarvan in de onderhavige Memorie van Toelichting gebruik is gemaakt. Niet is overgenomen echter de Nederlandse 5%-regeling: de bevoegdheid van de consumentkoper/opdrachtgever om, als het gaat om een nieuw gebouwde woning, 5% van de prijs in depot te storten bij de notaris in verband met eventuele gebreken van de gebouwde woning (artikel 7:768 Ned.BW). Deze regeling (die overigens in Nederland waarschijnlijk in de toekomst zal worden vervangen door een zogenaamde standaardregeling als bedoeld in artikel 6:214 Ned.BW) leidt gemakkelijk tot chicanes. Het geraadpleegde notariaat voelt ook weinig voor een ‘toeziende rol’ bij de oplevering in verband met het al dan niet handhaven van het depot. Ook bij de totstandkoming van het aannemingscontract betreffende de bouw van een woning in opdracht van een consument zal een bedenktijd van drie dagen gelden (artikel 766, tweede lid). Men lette er overigens op dat deze bijzondere consumentenbescherming niet geldt als het gaat om de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort terwijl de aannemingsovereenkomst niet met de koop van de grond verband houdt (artikel 766, derde lid).

Artikel 2, eerste lid (schriftelijke vorm)

Artikel 2, eerste lid, schrijft voor dat alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken (ongeacht of de koper of verkoper een consument is en het verkochte een woning) schriftelijk moeten worden aangegaan (eerste volzin). Het gaat nu eenmaal om financieel gewichtige goederen en de schriftelijke vorm kan waken tegen onbezonnenheid. Voorts worden onzekerheden ten aanzien van de totstandkoming van de koop – is er tussen partijen wilsovereenstemming bereikt, mede gelet op artikel 6:225, tweede lid – vermeden.

Ingevolge artikel 7:47 zal het schriftelijkheidsvereiste ook gelden voor rechten waaraan een onroerende zaak is onderworpen: erfpacht, opstal, appartementsrecht en vruchtgebruik. Daarbij dient men niet alleen te denken aan rechten die ten tijde van de koop reeds bestaan, maar ook aan

rechten waaraan de zaak ter nakoming van de koop moet worden onderworpen, bijvoorbeeld de koop van een te vestigen recht van erfpacht. Blijkens de tweede volzin van artikel 2, eerste lid, geldt hier vernietigbaarheid als sanctie, geen nietigheid. Een mondelinge koopovereenkomst kan echter nadat levering is gevolgd niet langer worden vernietigd. Zowel koper als verkoper hebben (vóór de levering) het recht tot vernietiging. Voor een vóórovereenkomst waaruit een gebondenheid tot koop voortvloeit zal de schriftelijke vorm ook gelden (artikel 6:226). Totdat de akte door beide partijen is getekend, kunnen zowel koper als verkoper terugtreden zonder opgave van redenen. In Nederland wordt – ten aanzien van de huizenkoop door een consument (zie hiervóór onder Algemeen – wel aangenomen dat de verkoper gebonden is aan een mondelinge afspraak en de koper niet. Dit resultaat komt de ondergetekende onwenselijk voor.

In de laatste volzin van artikel 2, eerste lid, wordt bepaald dat ook een volmacht ter zake (die al dan niet met lastgeving gepaard kan gaan) aan de schriftelijke vorm is gebonden. Dit in verband met in de praktijk veel voorkomende geschillen tussen (ver)kopers onderling en met makelaars omtrent de inhoud en strekking van verleende (verkoop)opdrachten.

Artikel 2, tweede tot en met vijfde lid (bedenktijd)

De strekking van deze leden is reeds toegelicht in het Algemeen gedeelte. De omschrijving van de consument is ontleend aan (onder meer) de bestaande artikelen 6:236 (algemene voorwaarden), 7:5 (consumentenkoop van roerende zaken), 7:48a (timeshare), 7:408, derde lid (opdracht) en 7:857 (borgtocht). Een redelijke uitleg van de woorden ‘die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf’, in geval het gaat om een overeenkomst met een tweeledig doel (bijv. koop van woning met praktijkruimte), is dat de bescherming niet geldt, tenzij de overeenkomst zo losstaat van de beroeps- of bedrijfsactiviteit van de betrokkene dat het verband marginaal wordt en bijgevolg in het kader van de verrichting, in haar totaliteit beschouwd, waarvoor deze overeenkomst is gesloten, slechts een onbetekende rol speelt (formulering ontleend aan het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 januari 2005, NJ 2006, 278); de persoon die de bescherming inroept dient de bewijzen dat het beroeps- of bedrijfsmatig gebruik onbetekenend is; men

zie ook Parlementaire geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek, Invoering Boek 6, p. 1651.

Wat betreft de schriftelijke vorm, zij verwezen naar artikel 2, eerste lid. Als nadere eis stelt het onderhavige artikel 2, tweede lid, de terhandstelling van de akte of een afschrift daarvan aan de koper-consument. Gedurende drie dagen kan deze vervolgens de koop ontbinden (tenzij levering heeft plaatsgevonden, hetgeen binnen die korte tijd niet vaak zal voorkomen). Ontbindt de koper de koop dan kan hij, doordat artikel 48e inzake timeshare van overeenkomstige toepassing is verklaard, ook terugtreden uit met de koop verband houdende financieringscontracten.

De bedenktijd is korter dan bij timeshare (artikel 48c, eerste lid : tien dagen), maar timeshare heeft bijzondere aspecten; zie de memorie van toelichting bij artikel 48c. Een langere bedenktijd van drie dagen bij huizenkoop zou te bezwaarlijk zijn voor de verkoper, die veelal ook een 'consument' is.

Voor de berekening van de drie dagen, telt de dag van terhandstelling van de koopakte of het afschrift daarvan niet mee ('dies a quo non computatur in termino'). Voorts is de Algemene termijnenverordening van overeenkomstige toepassing. Deze schrijft onder meer voor dat een in een landsverordening gestelde termijn van ten minste drie dagen zo nodig zoveel verlengd wordt dat daarin ten minste twee dagen voorkomen die niet zijn een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag (artikel 2 Algemene termijnenverordening). Zou dus bijvoorbeeld de koopakte getekend en afgegeven zijn op zaterdag, dan moet de koper eventueel uiterlijk op dinsdagavond vóór 24.00 uur de koop ontbinden. De ontbinding is vormvrij (artikel 3:37, eerste lid). De ontbindingsverklaring moet de verkoper tijdig hebben bereikt (artikel 3:37, derde lid). De bedenktijd geldt ook voor een eventuele vóórovereenkomst, althans voor zover sprake is van een gebondenheid bij voorbaat tot koop (artikel 6:226).

De bedenktijd behoort in beginsel slechts eenmaal aan de koper ter beschikking te staan. Daarom is in de laatste volzin van artikel 2, tweede lid, bepaald dat nadat de koop gedurende de bedenktijd van drie dagen door de koper is ontbonden, het recht op ontbinding binnen drie dagen niet opnieuw ontstaat indien binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde object opnieuw een koop tot stand komt.

Onder het begrip ‘woning’ valt mede een tweede woning. Wel zal de woning onroerend moeten zijn. Ook hier zorgt artikel 7:47 voor uitbreiding tot erfpacht, opstal, appartementsrecht en vruchtgebruik inzake een woning. Onder de bescherming valt voorts ingevolge het derde lid van het onderhavige artikel 2 de koop van deelnemings- of lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van een woning; denk aan coöperatieve flatverenigingen.

Het spreekt van zelf dat artikel 2 moeilijk kan worden toegepast op een veilingkoop. Voor de kopers van timeshares geldt reeds een bijzondere bescherming. Voorts ligt de onderhandse verkoop door de hypotheekhouder met toestemming van de rechter (artikel 3:268, tweede lid, in verbinding met artikel 548 WBRvA) dicht tegen de openbare executoriale verkoop aan (Rapportage. Wet koop onroerende zaken: de evaluatie, november 2009, p. 222). De veilingkoop voor een notaris, de verkoop als bedoeld in artikel 3:268, tweede lid en de koop van timeshare zijn daarom in het vijfde lid uitgesloten van de toepasselijkheid van artikel 2.

Onderdeel B (artikel 5)

Algemeen

Sedert de inwerkingtreding op 1 januari 2002 van Boek 7 van het nieuwe BWA is in Nederland het consumentenkooprecht in belangrijke mate verbeterd in verband met Europese regelgeving; zie de Nederlandse wetten van 21 december 2000, Stb. 617 en 2001, 25 (Kamerstukken 26 861), 6 maart 2003, Stb. 110 (Kamerstukken 27 809), 22 april 2004 (Kamerstukken 28 851) en 12 mei 2005, Stb. 339 (Kamerstukken 29 507). Voorgesteld wordt bedoelde verbeteringen over te nemen.

Subonderdeel 1

Door de wijziging van het derde lid van artikel 5 is de regeling van de consumentenkoop ook van toepassing op de koop van registergoederen (grotere schepen, luchtvaartuigen) die geschiedt voor privé-doeleinden.

Subonderdeel 2

Dat een te leveren zaak nog moet worden vervaardigd zal er – zeker bij consumptiegoederen – doorgaans niet aan af doen dat er sprake is van een koopovereenkomst. Zo zal bij de bestelling van een nog te vervaar-

digen auto kunnen worden gesproken van koop van een toekomstige zaak. Zijn evenwel de te gebruiken materialen afkomstig van de ‘koper’, dan ligt de nadruk meer op de bewerking daarvan en zal eerder sprake zijn van een overeenkomst van aanneming van werk. Indien evenwel de materialen geheel of ten dele afkomstig zijn van degene die het werk moet opleveren en het bij het vervaardigen van de zaak van belang is dat deze op een bepaalde wijze tot stand wordt gebracht, kan dit afhankelijk van de omstandigheden als een koopovereenkomst, als aanneming van werk, danwel als een gemengde overeenkomst worden beschouwd. Men denke bijvoorbeeld aan de vervaardiging en levering van een kunstgebit of maatpak. Het zal dan van de omstandigheden afhangen hoe de overeenkomst moet worden getypeerd. Het nieuwe vierde lid van artikel 5 vereist in ieder geval dat indien het een consumptiegoed betreft de regels van koop van toepassing zijn. Dit betekent dat indien sprake zou zijn van aanneming van werk, toch ook de regels van consumentenkoop van toepassing zijn, en deze zo nodig de regels van aanneming van werk moeten verdringen. Zou evenwel sprake zijn van een gemengde overeenkomst, dan zijn ingevolge artikel 6:215 de bepalingen van beide soorten overeenkomsten naast elkaar van toepassing. Indien evenwel deze bepalingen voor een specifieke rechtsvraag niet verenigbaar zijn, moet gekozen worden tussen de regels van koop of van aanneming van werk. Artikel 5, vierde lid, vereist echter ook voor dat geval dat de regels van consumentenkoop prevaleren, zodat voor deze situatie een van artikel 6:215 afwijkende regel moet worden gecreëerd.

Onderdeel Bbis (artikel 6)

Door het nieuwe derde lid van artikel 6 wordt vermeden dat de consumentenbescherming ontdoken wordt door met name rechtskeuze voor het recht van een ander land. Artikel 7:6, eerste en tweede lid, en artikel 7:46j, eerste en tweede lid, bepalen welke de ‘dwingende bepalingen’ van deze titel zijn.

Onderdeel C (artikel 6a)

Artikel 6a geeft voor de consumentenkoop enige regels voor de garantie. Hierbij zij vooraf opgemerkt dat de term ‘garantie’ voor verschillende uitleg vatbaar is. Zo worden garantiebewijzen nog wel eens gebruikt om

de wettelijke rechten van de koper te beperken. De koper wordt bijvoorbeeld uitsluitend het recht toegekend om bij een gebrek herstel te vorderen. Een dergelijke garantie, die derhalve de koper het recht ontnemt om vervanging te vorderen of om de overeenkomst te ontbinden, is in feite een exoneration en is bij een consumentenkoop ingevolge artikel 7:6, eerste lid, vernietigbaar. Artikel 6a geeft evenwel regels voor garanties die de rechten van de koper vergroten. Het ziet, zoals in het eerste lid tot uitdrukking is gebracht, op garanties waarbij de verkoper of de producent bepaalde eigenschappen toezegt, bij het ontbreken waarvan hij de koper bepaalde rechten en vorderingen toekent. Dit lid bepaalt vervolgens dat de koper deze rechten en vorderingen kan uitoefenen, onverminderd alle andere rechten en vorderingen die de koper toekomen. Dit laatste vloeit uiteraard reeds voort uit artikel 7:6, eerste lid. Hierbij zij overigens aangekend dat de toezegging op zichzelf al het verwachtingspatroon van de koper beïnvloedt en dus mede van belang kan zijn voor de vraag of de zaak aan de overeenkomst beantwoordt. Dit brengt mee dat het feit dat de verkoper of de producent bepaalde eigenschappen toezegt, mede van invloed is op de aan de koper toekomende wettelijke rechten. Dit dus ook zonder dat de verkoper of de producent hem bij het ontbreken van die eigenschappen bepaalde rechten toekent. Het kan derhalve zo zijn dat de in de garantie toegekende rechten de koper reeds toekomen, omdat in de garantie bepaalde eigenschappen zijn toegezegd. De koper wordt in dat geval door de garantie niet in een betere positie geplaatst in de zin dat hem expliciet in de garantie meer rechten worden toegekend dan hem volgens de wet toekomen. Overigens is dit bij de fabrieks- of importeursgarantie waarin de koper bepaalde rechten worden toegekend wel altijd het geval, omdat – zoals hieronder zal worden toegelicht – de koper daardoor naast de verkoper een tweede debiteur heeft.

Artikel 6a ziet op zowel de leveranciersgarantie, als op de fabrieks- en importeursgarantie. Voor dit laatste, zie het vijfde lid, onder b, waar niet alleen de fabrikant van de zaak als producent wordt aangemerkt, maar ook degene die de zaak hier te lande invoert, alsmede een ieder die zich als producent presenteert door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op de zaak aan te brengen. Vergelijk ook artikel 6:187, tweede en derde lid. Fabrieks- en importeursgaranties vergroten per definitie de rechten van de koper in die zin dat de koper naast de rechten die

hij jegens de verkoper reeds kan uitoefenen, nu ook rechten krijgt toegekend jegens de fabrikant of importeur met wie hij (anders) niet in een contractuele relatie staat. Door aanvaarding van de garantie krijgt de koper er een tweede debiteur bij, hetgeen bijvoorbeeld voordelig kan zijn indien de fabrikant of de importeur beschikt over een service- en reparatieafdeling. Overigens zij er nogmaals op gewezen dat de toezeggingen van een fabrikant of importeur middels 7:18 ook mede van invloed kunnen zijn op de rechten die de koper jegens de verkoper kan uitoefenen. Artikel 7:25 bewerkstelligt evenwel dat de draagplicht van de mogelijke daaruit voor de verkoper voortvloeiende schade toch bij de fabrikant of importeur wordt gelegd, aan welk uitgangspunt met de hieronder toegelichte wijziging van dit artikel ook in de praktijk meer recht wordt gedaan.

Onder een garantie wordt ingevolge het vijfde lid, onder a, niet alleen verstaan een toezegging in een garantiebewijs, maar ook een toezegging in een reclame-uiting. Het moet daarbij wel gaan om toezeggingen waarbij de verkoper of de producent bij het ontbreken daarvan de koper bepaalde rechten toekent. Hieruit vloeit ook voor de reclame-uiting voort dat hetgeen door de verkoper of de producent op dit punt is toegezegd voldoende bepaalbaar moet zijn om na aanvaarding door de koper tot een garantieverbintens tussen hem en de garant te kunnen komen. Of een reclame-uiting daaraan voldoet is een vraag van uitleg. Artikel 6a heeft derhalve geen betrekking op een reclame-uiting waarin weliswaar bepaalde eigenschappen zijn toegezegd, zonder dat de verkoper of de producent bij het ontbreken daarvan de koper bepaalde rechten toekent. Uiteraard is een dergelijke uiting wel van belang voor beantwoording van de vraag of de zaak aan de overeenkomst beantwoordt. Artikel 6a ziet daarentegen ingevolge het vierde lid weer wel toe op een reclame-uiting van bijvoorbeeld de producent waarin hij bepaalde eigenschappen toezegt, zonder dat hij bij het ontbreken daarvan de koper bepaalde rechten toekent, maar hij in een bij de koop verstrekt garantiebewijs de koper wel bepaalde rechten toekent. De inhoud van de garantieverbintenis tussen de koper en de garant wordt dan mede ingekleurd door de in de reclame-uiting toegezegde eigenschappen.

Artikel 6a heeft niet alleen tot doel de garantie in een juridisch kader te plaatsen en haar relatie tot de wettelijke rechten van de koper te regelen,

maar ook om deze voor de koper meer transparant te maken. Daartoe moet de garant ingevolge het tweede lid in de garantie op duidelijke en begrijpelijke wijze vermelden welke rechten en vorderingen een koper worden toegekend en moet worden vermeld dat deze een koper toekomen onverminderd de rechten en vorderingen die de wet hem toekent. Voorts moet in een garantie de naam en het adres worden vermeld van de garant van wie de toezegging afkomstig is, alsmede de duur en het gebied waarvoor de toezegging geldt. Deze gegevens moeten niet alleen worden vermeld in een garantiebewijs, maar ook in een reclame-uiting waarin de koper een toezegging wordt gedaan als bedoeld in het eerste lid. Niet valt te verwachten dat in een dergelijke reclame-uiting op bijvoorbeeld de radio of televisie immer aan deze verplichting zal worden voldaan. Dit doet er echter niet aan af dat indien de toegezegde eigenschappen ontbreken, de garant desondanks jegens de koper aansprakelijk is.

De koper kan ingevolge het derde lid verlangen dat de zojuist genoemde gegevens schriftelijk of op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager worden verstrekt. Indien een (schriftelijk) garantiebewijs reeds voldoet aan de vereisten van het tweede lid heeft dit lid verder geen betekenis, maar indien daarin bepaalde in het tweede lid genoemde gegevens ontbreken kan derhalve de koper de verstrekking daarvan op een in het derde lid genoemde wijze verlangen. Hetzelfde geldt indien in een schriftelijke reclame-uiting deze gegevens ontbreken. Voorts is het derde lid voor de koper vooral van belang indien de reclame-uiting niet plaatsvond op een wijze als in het derde lid vermeld. Men denke voornamelijk aan een reclame op radio of televisie. De koper kan dan verlangen dat de in het tweede lid bedoelde gegevens hem op een wijze als genoemd in het derde lid worden verstrekt. Hierbij zij nog ten overvloede aangetekend dat alleen een koper dit kan verlangen, dus alleen diegene die de in de reclame bedoelde zaak heeft gekocht. Ook hier geldt dat indien de garant niet of niet volledig aan deze verplichting voldoet, dit niet af doet aan zijn aan de uit de garantie voortvloeiende verplichtingen jegens de koper. Een koper kan zo nodig wel een – door een dwangsom versterkt – bevel tot nakoming vorderen. De koper kan verlangen dat de in het tweede lid bedoelde gegevens hem worden verstrekt, waarbij de garant ervoor kan kiezen dit

schriftelijk, danwel op een andere voor de koper ter beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager (waaronder met name computerdiskettes, cd-rom en de harde schijf van de computer van de consument voor de opslag van elektronische boodschappen) te doen. Het is van belang deze keus aan de garant te laten, bijvoorbeeld voor de situatie dat de koop via internet is gesloten en schriftelijke informatieverschaffing te knellend kan zijn. De garant die er voor kiest de betreffende gegevens op een duurzame gegevensdrager te verstrekken doet er verstandig aan zich ervan te vergewissen of de koper over een computer beschikt in welk geval hij de gegevens op een computerdiskette of cd-rom kan verstrekken, mits de computer dit kan lezen. Beschikt de koper tevens over een e-mail-adres, dan kan de garant de gegevens elektronisch aan hem verzenden, waarbij de garant er verstandig aan doet de koper erop te attenderen deze gegevens op de harde schijf op te slaan.

Ten slotte zij nog opgemerkt dat artikel 6a niet beperkt is tot zonder bijkomende kosten aangegane garantieverbintenissen. Niet valt immers in te zien waarom de koper die tegen betaling een garantie heeft verkregen de mogelijke bescherming die artikel 6a hem biedt zou moeten ontberen, en waarom met andere woorden deze koper minder bescherming geniet dan de koper die zonder daarvoor betaald te hebben een garantie heeft verkregen.

Onderdeel D (artikel 7)

In artikel 7:7, eerste lid, is thans alleen de bevoegdheid opgenomen van de ontvanger van een zaak die redelijkerwijze mag aannemen dat de toezending is geschied om hem tot een koop te bewegen om deze zaak ongeacht enige andersluidende mededeling van de verzender om niet te behouden, tenzij het de ontvanger is toe te rekenen dat de toezending is geschied. Het ligt het meest voor de hand om bij deze regel, die geschreven is voor ontvangers die al dan niet consument zijn, aan te sluiten met een algemeen verbod van toezending aan consumenten. Zulks is geschied door dit verbod in een nieuw, alleen voor consumenten geldend, tweede lid neer te leggen. Het verbod heeft betrekking op de toezending met het verzoek om daarvoor een prijs te betalen van zaken die niet door de consument zijn besteld.

In vergelijking met artikel 7:7, eerste lid, is de formulering van deze regel minder open van karakter. Zo brengt de formulering van de slotzinsnede ('tenzij ...') van artikel 7:7, eerste lid, met zich dat de ontvanger zich niet op het artikel mag beroepen als hij de zaak weliswaar niet heeft besteld, maar wel de schijn van bestellen heeft opgewekt, terwijl het verbod in artikel 7:7, tweede lid, als hier voorgesteld in beginsel wel mede van toepassing is, ingeval de consument de schijn van bestellen heeft opgewekt. De bewijslast ter zake rust bij de verzender.

Denkbaar is dat in strijd met het verbod ongevraagd een zaak wordt toegezonden. In het nieuwe tweede lid is het eerste lid van overeenkomstige toepassing verklaard op deze situatie, voor zover het eerste lid de ontvanger jegens de verzender bevoegd verklaart, de zaak om niet te behouden, ongeacht enige andersluidende mededeling van laatstgenoemde. Het enkele niet reageren door de ontvanger kan geen instemming met de levering betekenen, indien zich niet tevens andere omstandigheden voordoen.

Het verbod van het nieuwe tweede lid brengt mee dat ongevraagde toezending in alle gevallen onrechtmatig is, zodat eventueel schadevergoeding kan worden gevorderd (als schade is geleden), of een rechterlijk verbod met een dwangsom. Indien het eerste lid van toepassing zou zijn, zou zulks slechts tot de mogelijkheden behoren, indien die onrechtmatigheid op andere grond zou berusten, nu het eerste lid zich niet uitlaat over de vraag of ongevraagde toezending al dan niet geoorloofd is. Ongeoorloofde en daarmee onrechtmatige toezending zou hier bijvoorbeeld aanwezig kunnen zijn, indien ongevraagd een hoeveelheid mest wordt bezorgd bij een restaurant, waardoor de fraaie tuin onbruikbaar wordt. Nu het onderhavige verbod is bedoeld om te verhinderen dat een koopovereenkomst tot stand komt door het behouden van de ongevraagd toegezonden zaak, geldt het niet voor een vervangende levering die plaatsvindt ter nakoming van een reeds bestaande koopovereenkomst. Evenmin geldt het verbod van ongevraagde toezending voor het in artikel 46f, derde lid, bedoelde geval dat de verkoper op grond van een tussen partijen overeengekomen beding in plaats van de door de consument bestelde zaak een andere zaak van gelijke kwaliteit en prijs levert, ingeval eerstbedoelde zaak niet beschikbaar is. Dit is een bij postorders gebruikelijke en algemeen aanvaarde praktijk.

In het huidige tweede lid wordt bepaald dat ingeval de ontvanger de zaak terugzendt, de kosten daarvan voor rekening van de verzender komen. Deze bepaling is vernummerd tot derde lid en is tevens van toepassing verklaard op het thans in het tweede lid geregelde geval. De hierboven uiteengezette regeling van het tweede lid is van overeenkomstige toepassing verklaard op ongevraagd verrichte diensten, met uitzondering van financiële diensten; men zie het vierde lid.

Onderdeel E (artikel 8)

In afdeling 2 van de voorgestelde titel 7.12 (Aanneming van werk) worden specifieke dwingendrechtelijke consumentenbeschermende bepalingen voorgesteld met betrekking tot de aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning. Het is wenselijk dat deze bepalingen ook gelden indien sprake is van een koop en ongeacht of de consument contracteert vóór, tijdens of na de bouw. Dit is gerealiseerd door artikel 767 (geen vooruitbetaling) van overeenkomstige toepassing te verklaren op de koop door een consument van een te bouwen en na de voltooiing te leveren woning of van een reeds voltooide nieuw gebouwde woning, tenzij het gaat om de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort terwijl de aannemingsovereenkomst niet met de koop van de grond verband houdt (artikel 766, derde lid). De schriftelijke vorm en bedenktijd van artikel 766 is voor de koop reeds afdoende geregeld in artikel 2.

Onderdeel F (artikel 17)

Subonderdeel 1

In de nieuwe redactie van artikel 7:17, tweede lid, eerste volzin, wordt een tweetal elementen woordelijk toegevoegd. Dit betreft de elementen 'de aard van de zaak' en de 'mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan'. Dit zijn beide elementen van de meer omvattende vraag of een zaak de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten (artikel 17, tweede lid, eerste zin). De mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, alsmede de aard van de zaak, beïnvloeden immers mede het verwachtingspatroon van de koper.

Subonderdeel 2

Het nieuw voorgestelde vijfde lid van artikel 7:17 bepaalt dat geen sprake kan zijn van gebrek aan overeenstemming wanneer het gebrek op het tijdstip van sluiting van overeenkomst de consument bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn, of wanneer het gebrek zijn oorsprong heeft in door de consument geleverde grondstoffen. Titel 7.1 kent niet de expliciete regel dat de koper zich niet op non-conformiteit kan beroepen wanneer de koper bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn met het gebrek. Niettemin kan in die situatie niet gezegd worden dat de koper die gemiste eigenschappen mocht verwachten. Het redelijkerwijs bekend kunnen zijn legt op de koper geen onderzoeksplicht, maar voorkomt dat de koper zich er op beroept dat hem het gebrek onbekend was terwijl het gebrek hem vrijwel onmogelijk kon zijn ontgaan. Het is raadzaam deze regel in titel 7.1 op te nemen, waarbij dan geen reden is om deze te beperken tot de consumentenkoop. Hierbij zij nogmaals opgemerkt dat de in artikel 7:17, tweede lid, tweede zin, voorkomende woorden 'niet behoefde te betwijfelen' onder omstandigheden wél een onderzoeksplicht op de koper legt.

De koper kan zich ook niet op non-conformiteit beroepen wanneer het gebrek zijn oorsprong heeft in door de consument geleverde grondstoffen. In veel gevallen zal wanneer de consument grondstoffen aanlevert de overeenkomst zijn aan te merken als aanneming van werk. Desalniettemin is denkbaar dat onder omstandigheden de overeenkomst toch als een koopovereenkomst of een gemengde overeenkomst moet worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat een (ander) deel van de grondstoffen van de verkoper afkomstig is, en de zaak derhalve mogelijk toch aan de koper geleverd moet worden. Vergelijk de artikelen 5:14 en 15. Ingevolge de nieuw voorgestelde vierde lid van artikel 5, prevaleren dan de regels van consumentenkoop. Ook hier is het raadzaam de regel niet te beperken tot consumentenkoop. Overigens zij nog opgemerkt dat de koper zich in deze situatie wel op non-conformiteit kan beroepen indien de verkoper hem voor de gebreken of ongeschiktheid van de grondstoffen had moeten waarschuwen.

Onderdeel G (artikel 18)

Met betrekking tot de kwaliteit en prestaties die het consumptiegoed moet bieden is niet alleen van belang wat de verkoper daarover heeft medegedeeld, maar ook wat de producent of diens vertegenwoordiger publiekelijk – met name in reclame of etikettering – over de bijzondere kenmerken daarvan heeft medegedeeld. Ingevolge artikel 7:17, tweede lid, eerste volzin, zijn de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan mede bepalend voor de vraag of de zaak de eigenschappen bezit – waaronder begrepen diens kwaliteit en prestaties – die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. In de nieuwe redactie van deze volzin is dit expliciet tot uitdrukking gebracht. Artikel 18 ziet vervolgens toe op mededelingen van voorschakels en bewerkt voor de consumentenkoop een gelijkschakeling van de mededelingen van dezen met die van de verkoper. Hierbij valt met name, maar niet alleen, te denken aan reclamemededelingen.

Er geldt vervolgens een drietal uitzonderingen op het uitgangspunt dat de verkoper gebonden is aan de mededelingen van zijn voorschakels. In de eerste plaats is hij daaraan niet gebonden indien hem de mededeling niet bekend was en hem redelijkerwijs niet bekend kon zijn. Deze uitzondering is in een iets andere bewoording ook te vinden in de huidige redactie artikel 18.

Dit geldt ook voor de tweede uitzondering, namelijk indien de verkoper aantoont dat de mededeling op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst was rechtgezet. In de nieuwe redactie van artikel 18, eerste lid, is expliciet genoemd het tijdstip waarop de mededeling moet zijn rechtgezet, namelijk uiterlijk bij sluiting van de overeenkomst.

Artikel 18 noemt thans slechts de verkoper die de mededeling heeft weersproken. Denkbaar is echter dat de voorschakel zelf de mededeling op een voor de koper duidelijk wijze heeft weersproken. Ook dit is in de nieuwe redactie van artikel 18, eerste lid, tot uitdrukking gebracht. Overigens berust de bewijslast van een en ander ingevolge artikel 18 telkens op de verkoper.

De derde uitzondering waarin de verkoper niet gebonden is aan mededelingen van zijn voorschakels betreft de situatie waarin hij aantoont dat de beslissing tot aankoop niet door deze mededelingen beïnvloed kan zijn. Artikel 18 kent deze uitzondering thans niet en wordt aangepast. Ook

hier volgt uit de (nieuwe) redactie van artikel 18, eerste lid, dat de bewijslast ter zake op de verkoper rust.

Of de zaak aan de overeenkomst beantwoordt moet worden beoordeeld naar het moment van aflevering. Indien evenwel pas op een later tijdstip blijkt dat de zaak afwijkt van hetgeen is overeengekomen, kan het voor de koper buitengewoon lastig zijn om te bewijzen dat deze afwijking reeds bestond op het moment van aflevering. Dit zal vooral lastig zijn indien de verkoper het erop houdt dat de afwijking het gevolg is van een onoordeelkundig gebruik. Wenselijk is dat in geval van een consumentenkoop de koper in zijn mogelijke bewijsnood tegemoet wordt gekomen. Met het nieuw voorgestelde artikel 18, tweede lid, wordt hieraan uitvoering gegeven. Het bepaalt dat bij een consumentenkoop vermoed wordt dat de zaak bij aflevering niet aan de overeenkomst heeft beantwoord, indien de afwijking van het overeengekomene zich binnen een termijn van zes maanden na aflevering openbaart, tenzij de aard van de zaak of de aard van de afwijking zich daartegen verzetten. Met dit wettelijk vermoeden moet de koper stellen, en bij voldoende gemotiveerde betwisting bewijzen, dat de zaak afwijkt van het overeengekomene en dat deze afwijking zich binnen een termijn van zes maanden na aflevering heeft geopenbaard. Daaruit moet dan door de rechter worden afgeleid dat de zaak reeds bij aflevering niet aan de overeenkomst heeft beantwoord. Het is dan aan de verkoper om te stellen en, zo nodig, te bewijzen dat de zaak bij aflevering wel aan de overeenkomst heeft beantwoord. Bepaald is dat dit vermoeden niet geldt indien de aard van de zaak of de aard van de afwijking zich daartegen verzet. Bij de aard van de zaak denke men bijvoorbeeld aan bederfelijke levenswaren indien ingevolge artikel 23, eerste lid, het gebrek aan overeenstemming na de op de verpakking vermelde uiterste datum van houdbaarheid wordt gemeld; bij de aard van de afwijking denke men aan de situatie waarin duidelijk is dat de afwijking is ontstaan door de handelwijze van de koper (bijvoorbeeld een overduidelijk door een val niet meer functionerende dvd-speler).

De eerste volzin van het nieuw voorgestelde artikel 18, derde lid, bewerkstelligt dat de koper zich ook op non-conformiteit kan beroepen indien de verkoper voor de installatie van het consumptiegoed moest zorg dragen en dit ondeugdelijk is uitgevoerd. In deze situatie is normaal gesproken sprake van twee te onderscheiden overeenkomsten: koop ten

aanzien van het consumptiegoed en aanneming van werk ten aanzien van de installatie daarvan. Artikel 18, derde lid, bewerkstelligt nu dat bij een ondeugdelijke installatie ook de regels inzake consumentenkoop van toepassing zijn, zodat de koper ook de rechten van artikel 7:21 toekomen. Dit laat overigens onverlet dat op de installatie zelve ook de regels van aanneming van werk van toepassing zijn. Een en ander geldt eveneens voor de situatie dat de koper de zaak ondeugdelijk heeft geïnstalleerd, maar dit het gevolg is van een gebrekkige montagehandleiding; zie de tweede volzin van artikel 18, derde lid. De koper kan zich daarbij overigens alleen op non-conformiteit beroepen indien de montagevoorschriften bij de levering van de zaak zijn verstrekt, en dus òf van de verkoper afkomstig zijn, òf van diens voorschakel en bijvoorbeeld verpakt zijn in de doos waarin de zaak wordt afgeleverd.

Onderdeel H (artikel 19)

In artikel 19, tweede lid, is tot uitdrukking gebracht dat de koper zich er niet op kan beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt indien de verkoop bij wijze van parate executie plaatsvindt. Men denke bij roerende zaken voornamelijk aan verkoop door de pandhouder (artikel 3:248). In de tweede volzin van artikel 19, tweede lid, wordt voor de consumentenkoop toegevoegd dat de koper bij een verkoop bij wijze van parate executie zich er wel op kan beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt.

Onderdeel I (artikel 21)

In het nieuwe artikel 7:21, tweede lid, wordt tot uitdrukking gebracht dat de kosten die verbonden zijn aan het herstel of de vervanging niet aan de koper in rekening kunnen worden gebracht. Artikel 7:6 staat dan wel toe dat daarvan bij een andere koop dan consumentenkoop kan worden afgeweken. Overigens geldt dit dan ook voor de kosten van aflevering van het ontbrekende, waarbij opgemerkt kan worden dat ingevolge artikel 7:12 de kosten van aflevering ook ten laste van de verkoper komen, zij het dat dit – ook voor de consumentenkoop – van regeland recht is (behoudens in geval van afwijking bij algemene voorwaarden). Voor aflevering van het ontbrekende is dit laatste derhalve bij een consumentenkoop met de wijziging van artikel 21, tweede lid, anders, en zal dus een beding

dat de kosten van aflevering voor rekening van de koper komen slechts tot gevolg hebben dat alleen de kosten van de eerste niet-correcte aflevering voor zijn rekening komen. Er zij nog op gewezen dat bij (kosteloze) vervanging de verkoper slechts in uitzonderingsgevallen recht heeft op een gebruiksvergoeding.

In het nieuwe artikel 21, derde lid, is tot uitdrukking gebracht dat het herstel of de vervanging binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de consument moet plaatsvinden, waarbij mede rekening moet worden gehouden met de aard van de goederen en het gebruik van de goederen dat de consument wenste. De termijn waarbinnen de verkoper tot herstel of vervanging dient over te gaan, alsmede de mate van overlast die de koper daarbij moet accepteren, is derhalve mede afhankelijk van de aard van de zaak en het bijzondere gebruik daarvan dat bij de overeenkomst is voorzien. Zo zal, om een voorbeeld te noemen, een niet deugdelijke bruidsjurk spoedig moeten worden hersteld of vervangen. Uiteraard is de mate van afwijking van het overeengekomene mede bepalend voor de vraag binnen welke termijn herstel moet plaatsvinden en welke mate van overlast voor de koper nog als aanvaardbaar mag worden beschouwd. De verplichting van de verkoper kom binnen redelijke termijn en zonder ernstige overlast tot herstel of vervanging over te gaan wordt in artikel 21, derde lid, niet beperkt tot alleen de consumentenkoop. Het zijn immers verplichtingen die ook bij andere koopvormen op zijn plaats zijn en daarom bezwaarlijk tot alleen de consumentenkoop beperkt kunnen worden.

In het nieuw voorgestelde artikel 21, derde lid, is voorts tot uitdrukking gebracht dat bij een consumentenkoop de koper de overeenkomst geheel of gedeeltelijk kan ontbinden zonder dat de verkoper in verzuim is, indien de verkoper niet binnen een redelijke termijn of niet zonder ernstige overlast tot herstel of vervanging is overgegaan. Het anders wellicht toch mogelijke vereiste van een schriftelijke aanmaning zou immers voor een passende prijsvermindering via een gedeeltelijke ontbinding een vereiste opleveren. Dit brengt overigens mee dat de verkoper om gehele of gedeeltelijke ontbinding te voorkomen, er extra op bedacht moet zijn dat hij uit eigen beweging spoedig tot herstel of vervanging overgaat. De koper hoeft immers niet voor hij de overeenkomst kan ontbinden de verkoper nog een redelijke termijn voor nakoming te gunnen, indien de ver-

koper al te lang met herstel of vervanging heeft gewacht. Omdat dit overigens voor andere vormen van koop dan een consumentenkoop wellicht wat te rigoreus is, is deze regel beperkt tot de consumentenkoop.

Indien overigens de verkoper niet zonder ernstige overlast of niet binnen een redelijke termijn tot herstel of vervanging is overgegaan, zou de vraag aan de orde kunnen komen of deze tekortkoming wel algehele ontbinding rechtvaardigt, vooral indien het herstel of de vervanging al wel is voltooid. Denkbaar is dat deze tekortkoming in dat geval van te geringe betekenis is om algehele ontbinding te rechtvaardigen. Wel zal dan een gedeeltelijke ontbinding gerechtvaardigd zijn, waarbij de daaruit voortvloeiende prijsvermindering evenredig is met de ernst van de tekortkoming.

Ten slotte zij er nog op gewezen dat in het geval de verkoper niet binnen een redelijke termijn tot herstel is overgegaan, maar de koper herstel verkiest boven ontbinding, de koper ingevolge het huidige artikel 21, derde lid, (vernummerd tot zesde lid) bevoegd is het herstel voor kosten van de verkoper door een derde te doen laten plaatsvinden. Daartoe is de koper echter in tegenstelling tot ontbinding pas bevoegd indien hij de verkoper schriftelijk heeft aangemaand om binnen redelijke termijn tot herstel over te gaan.

Ingevolge het nieuw voorgestelde vierde lid van artikel 21 komt in de eerste plaats de koper geen herstel of vervanging toe indien dat onmogelijk is. Vervanging zal niet snel onmogelijk zijn. Hiervan zal slechts sprake zijn indien een zaak die identiek is aan de afgeleverde zaak, niet meer te verkrijgen is. Dat vervanging mogelijk is laat uiteraard onverlet dat dit onder omstandigheden van de verkoper niet geleverd kan worden. Ook voor de vordering tot herstel geldt dat dit voor de verkoper mogelijk moet zijn. Ingevolge artikel 21, eerste lid, onderdeel b, staat bij onmogelijkheid van herstel deze vordering ook niet open, omdat dan uiteraard niet gezegd kan worden dat de verkoper daaraan redelijkerwijs kan voldoen. Overigens is dit laatste criterium ruimer. Zo kan herstel ingevolge artikel 21, eerste lid, onderdeel b, afgewezen worden indien dit uit bedrijfseconomisch oogpunt van de verkoper niet kan worden geleverd. Artikel 21, vijfde lid, werkt evenwel nader uit in welke gevallen vanuit dit oogpunt herstel niet geleverd kan worden.

Indien herstel of vervanging mogelijk zijn staan deze vorderingen voor de koper desondanks niet open indien dat van de verkoper niet gevegd kan worden. Indien overigens herstel van de verkoper niet gevegd kan worden, laat dat onverlet dat mogelijk wel vervanging van hem gevegd kan worden, en andersom. Zoals boven aangegeven kan onder omstandigheden uit bedrijfseconomisch oogpunt herstel of vervanging van de verkoper niet gevegd worden. Hiervan is in principe sprake indien de kosten van herstel of vervanging in geen verhouding staan tot de kosten van uitoefening van een ander recht of vordering dat de koper toekomt. Hiervan is sprake indien de kosten van herstel of vervanging in deze vergelijking onredelijk zijn omdat de kosten daarvan beduidend hoger liggen dan de kosten van uitoefening van een ander recht of vordering. Bij de vraag of hiervan sprake is komt gewicht toe aan alle omstandigheden, waaronder: de beschikbaarheid van vervangende zaken of onderdelen, de waarde van de zaak indien zij aan de overeenkomst zou beantwoorden, de mate van afwijking van het overeengekomene en de vraag of de uitoefening van een ander recht of vordering voor de koper geen ernstige overlast veroorzaakt. Zie het nieuwe artikel 21, vijfde lid. Zo zal, om een voorbeeld te noemen, de koper genoeg moeten nemen met herstel indien de afwijking te gering is om vervanging te rechtvaardigen (vergelijk artikel 21, eerste lid, sub c). Daarentegen zal de koper met vervanging genoeg moeten nemen indien de zaak zonder afwijking een geringe waarde heeft en de herstelkosten deze beduidend overschrijden. Ook zal de koper met vervanging genoeg moeten nemen indien de kosten van herstel op een wijze dat de koper daarvan geen ernstige overlast ondervindt, in geen verhouding staan tot de kosten van vervanging. Uiteraard spelen bij de toepassing van artikel 21, vierde en vijfde lid, de eisen van redelijkheid en billijkheid mede een rol (artikel 6:248).

Artikel artikel 21, vijfde lid, is ten opzichte van de Nederlandse pendant iets versoepeld. Behalve dat het woord 'redelijkerwijs' is toegevoegd (vergelijk het reeds bestaande artikel 21, eerste lid, onderdeel b) zijn door de term 'mede' de genoemde factoren waarmee rekening moet worden gehouden niet limitatief. Bovendien is duidelijkheidshalve als factor toegevoegd de beschikbaarheid van vervangende zaken of onderdelen. Per slot van rekening gaat het in Aruba om betrekkelijk kleine, door de zee gescheiden markten.

Onderdeel J (artikel 22)

Ingevolge artikel 6:265, eerste lid, is ontbinding niet mogelijk indien de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. In artikel 22, tweede lid, is voor de consumentenkoop een van artikel 6:265, eerste lid, afwijkende regel neergelegd. Hierbij zij aangetekend dat artikel 22, tweede lid, alleen ziet op de situatie dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt. Indien een tekortkoming van de verkoper op iets anders ziet – zoals bijvoorbeeld de verplichting om binnen redelijke termijn en zonder ernstige overlast tot herstel of vervanging over te gaan – geldt de hoofdregel van artikel 6:265, eerste lid, en blijft het derhalve mogelijk dat de bijzondere aard van de tekortkoming zich tegen ontbinding verzet. Indien nakoming – dat wil zeggen herstel en vervanging – onmogelijk is kan de koper ingevolge artikel 6:265 onmiddellijk de koopovereenkomst ontbinden. In de tweede volzin van artikel 22, tweede lid, is dit ook voor de consumentenkoop tot uitdrukking gebracht. Indien bij een consumentenkoop herstel en vervanging niet gevorderd zouden kunnen worden omdat dat van de verkoper niet gevegd kan worden, wil dat nog niet zeggen dat deze vormen van nakoming onmogelijk zijn. Maar omdat de koper desondanks geen nakoming in de vorm van herstel en vervanging kan vorderen, en voor hem derhalve nog slechts de vordering tot (gedeeltelijke) ontbinding openstaat, heeft een schriftelijke aanmaning tot nakoming geen zin. Daarom is in de tweede volzin van artikel 22, tweede lid, eveneens bepaald dat indien herstel en vervanging van de verkoper niet gevegd kunnen worden, de koper de overeenkomst geheel of gedeeltelijk kan ontbinden zonder dat de verkoper in verzuim is. Voor een passende prijsvermindering via een gedeeltelijke ontbinding is deze bepaling ook noodzakelijk omdat ook hier het vereiste van een schriftelijke aanmaning een ongewenst vereiste zou opleveren. Hierbij zij wel aange-tekend dat ontbinding zonder dat de verkoper in verzuim is alleen mogelijk is indien zowel herstel als vervanging van de verkoper niet gevegd kunnen worden. Zeer goed denkbaar is immers dat slechts herstel of slechts vervanging niet gevegd kan worden, zodat nog nakoming kan worden gevorderd in de vorm van de andere vordering. Men denke bijvoorbeeld aan een defecte wegwerpcamera, waarbij herstel niet, maar

vervanging wel gevergd kan worden. Alsdan kan die vorm van nakoming gevorderd worden en blijft het verzuim-vereiste in stand.

Onderdeel K (artikel 23)

Ingevolge artikel 7:23, eerste lid, eerste volzin, kan de koper er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Vergelijk ook artikel 6:89. Artikel 23, eerste lid, dat geldt voor alle koopvormen, wordt voor de consumentenkoop aangepast. In de eerste plaats verloopt voor de consumentenkoop de termijn waarbinnen de koper de verkoper in kennis moet stellen niet eerder dan na twee maanden na ontdekking van de afwijking van het overeengekomene. In de tweede plaats is het moment van ontdekking het startpunt van deze termijn en niet eventueel het moment waarop de koper de afwijking redelijkerwijs had behoren te ontdekken. Dit betekent dat bij een consumentenkoop op de koper niet een onderzoeksplicht rust in die zin dat hij de hem afgeleverde zaak op haar conformiteit dient te onderzoeken.

Denkbaar is dat, afhankelijk van de omstandigheden, de koper ook een langere termijn dan twee maanden na de ontdekking tot zijn beschikking heeft. Bij de koop van bepaalde zaken kan immers een langere termijn dan twee maanden acceptabel zijn. Wanneer de koper vermoedt dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, zal hij in beginsel eerst het advies van een deskundige mogen afwachten. Is het onderzoek tijdrovend dan is denkbaar dat de koper een mededeling moet doen aan de verkoper. Zie in dit verband HR 29-6-2007, RvdW 2007, 636 betreffende een huis met schimmel en houtrot.

Overigens geldt deze termijn van twee maanden ook voor bederfelijke levenswaren, waarbij aangetekend moet worden dat de koper daarvan die weliswaar binnen deze termijn, doch na de uiterste datum van houdbaarheid de verkoper daarvan in kennis stelt, zal moeten bewijzen dat deze afwijking reeds bestond op het moment van aflevering. In dat geval zal hij immers geen beroep kunnen doen op de bewijsregel van het nieuw voorgestelde artikel 18, tweede lid. Omdat het bewijs daarvan na de uiterste datum van houdbaarheid buitengewoon lastig kan zijn, is dit voor

een koper een aansporing om de verkoper voor die datum van het gebrek in kennis te stellen.

Ten slotte zij er nog op gewezen dat bij een consumentenkoop op de koper derhalve geen onderzoeksplicht rust na aflevering van de zaak, maar dat ingevolge artikel 17, tweede lid, tweede volzin, op de koper mogelijk wel een onderzoeksplicht rust vóór het sluiten van de overeenkomst, wat mogelijk mede bepalend is voor de vraag welke eigenschappen de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

Onderdeel L (artikel 25)

Artikel 25 beoogt te voorkomen dat de verkoper beknelde raakt tussen de koper die een goede bescherming geniet en zijn voorschakel. Door het regresrecht en de wijze waarop het in artikel 25 vorm is gegeven, wordt de schade (uiteindelijk) gedragen door degene bij wie de oorzaak van de afwijking ligt. Met de huidige redactie van het tweede lid blijft het echter voor een voorschakel zinvol zijn aansprakelijkheid te exoneren. De detaillist wordt daarmee gedwongen om tegenover zijn voorschakel de redelijkheid van de exonatie aan te vechten. Weliswaar zal in het geval van een dergelijke betwisting de redelijkheid van de exonatie door de voorschakel moeten worden aangetoond, maar aannemelijk is dat vele detaillisten – waaronder vooral diegenen die in een afhankelijke relatie tot hun voorschakels staan – de redelijkheid van de exonatie niet durven te betwisten. Zij worden dan immers gedwongen tegenover hun voorschakel de positie in te nemen dat deze onredelijk handelt, waarvan zij uit angst voor onaangename consequenties veelal afzien. Tegen deze achtergrond is een dwingend regresrecht voor de verkoper wenselijk. Men zie het nieuw voorgestelde tweede lid. Dit brengt mee dat de verkoper een door zijn voorschakel gehanteerde exonatiebeding ingevolge artikel 3:40, tweede lid, kan vernietigen. Het biedt bovendien de mogelijkheid dat brancheorganisaties een – door een dwangsom versterkt – verbod tot het gebruik van dergelijke bedingen vorderen, hetgeen vooral van belang is in het geval verkopers de vernietiging daarvan wegens hun afhankelijke positie niet aandurven.

Met deze wijziging wordt derhalve beoogd meer recht te doen aan de strekking van artikel 25. Ook consumenten zijn daarmee gediend omdat een niet beknelde verkoper bereidwilliger zal zijn de rechten van de ko-

per wegens non-conformiteit te honoreren. Dit roept wel de vraag op of het gevaar bestaat dat de verkoper – wetende dat hij regres kan nemen – zich mogelijk naar kopers juist te coulant zou kunnen opstellen. Dit gevaar bestaat niet omdat de voorschakel in het geval op hem regres wordt genomen kan betwisten dat de zaak niet aan de overeenkomst heeft beantwoord, zodat de gevolgen van een te coulante houding voor rekening van de verkoper blijven.

Niet ondenkbaar blijft overigens dat onder omstandigheden de verkoper ingevolge artikel 6:248, tweede lid, geen regres kan nemen omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Men denke aan het voorbeeld van de verkoop aan een detailhandelaar van een partij goederen van een incurant type of onbekend merk tegen een lage prijs. Het initiatief van het ter sprake brengen van de redelijkheid van het regres wordt met het gewijzigde tweede lid evenwel van de detaillist naar de voorschakel verschoven.

Onderdeel M (artikel 26)

De tweede volzin van het bestaande tweede lid van artikel 26 bevat reeds een bepaling omtrent vooruitbetaling, die betrekking heeft op de consumentenkoop van roerende zaken als bedoeld in artikel 7:5, eerste lid (vooruitbetaling van maximaal de helft van de koopprijs). Voor de koop door een consument van een onroerende zaak is een strengere regel wenselijk. Bepaald is dat de koper in het geheel niet tot vooruitbetaling aan de verkoper kan worden verplicht, behoudens de thans reeds gebruikelijke storting van 10% van de koopprijs bij de notaris. Het karakter van deze depotstorting – veelal is deze gekoppeld aan een boetebeding (artikelen 6:91 tot en met 94) – wordt aan de overeenkomst overgelaten. In plaats van een depotstorting kan ook zekerheid worden gesteld (waarover nader artikel 6:51). Bepaald is dat het hier gaat om dwingend recht. Het vijfde lid correspondeert met artikel 2, derde lid; men denke aan een coöperatieve flatvereniging. Het zesde lid zondert de koop van timeshare uit; vergelijk artikel 2, vijfde lid. Ook hier zorgt artikel 7:47 voor uitbreiding tot erfpacht, opstal, appartementsrecht en vruchtgebruik inzake een woning. De in artikel 8 in verbinding met artikel 767 neergelegde termijnbetalingregeling bij aanneming van werk ten aanzien van het

werk (te onderscheiden van de levering van de grond) wordt overigens onverlet gelaten.

Onderdeel N (afdeling 7.1.9A)

Artikel 46a

Een overeenkomst op afstand wordt gekenmerkt door het gebruik van een of meer technieken voor communicatie op afstand. Hiervan is sprake, zoals ook wordt gezegd in de hierna toe te lichten omschrijving van het begrip ‘techniek voor communicatie op afstand’ in onderdeel e, indien de partijen niet gelijktijdig persoonlijk aanwezig zijn tijdens hun onderlinge communicatie. Een ander bestanddeel van de omschrijving van ‘overeenkomst op afstand’ is dat de zojuist bedoelde technieken worden gebruikt in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand. De woorden ‘georganiseerd’ en ‘systeem’ duiden erop dat sprake moet zijn van een stelselmatige en niet van een min of meer toevallige gebruikmaking van één of meer middelen voor communicatie op afstand met het oog op het tot stand brengen van overeenkomsten op afstand. Voorts is vereist dat het de leverancier is die het systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand organiseert. Het ligt voor de hand dat wel van zo’n systeem sprake zal zijn bij bijvoorbeeld verkoop op de volgende wijzen:

- door een in postorderverkoop gespecialiseerde onderneming;
- regelmatige advertenties in kranten en tijdschriften met bestelbonnen of met de mededeling dat bijvoorbeeld per telefoon of fax kan worden besteld;
- structureel gedane aanbiedingen per telefoon of fax;
- met regelmaat terugkerende reclamespotjes op radio of televisie waarin een (bijvoorbeeld telefonische) bestelmogelijkheid wordt geboden; en
- van tijd tot tijd terugkerende e-mail met aanbiedingen via het internet.

In het voorgaande ligt besloten dat het de leverancier is van wie in ieder geval het initiatief uitgaat voor de bijzondere wijze van totstandkoming die meebrengt dat de overeenkomst een overeenkomst op afstand is. Denkbaar is dat de leverancier tevens het initiatief neemt tot het sluiten van een bepaalde overeenkomst door bijvoorbeeld een consument met

het oog daarop telefonisch te benaderen. Dit is echter niet vereist; zo zal ook van een overeenkomst op afstand sprake zijn indien de consument uit eigen beweging een catalogus aanvraagt bij een postorderbedrijf waarmee hij tot dan toe geen contact heeft gehad.

Van een door de leverancier georganiseerd systeem voor verkoop op afstand zal niet kunnen worden gesproken als bijvoorbeeld een consument op eigen initiatief telefonisch iets bestelt bij de winkelier bij wie hij normaliter boodschappen doet of bij een door hem in een algemene telefoongids opgezochte winkelier, indien deze niet tevens een speciale dienstverlening biedt die is toegespitst op de bestelling of verkoop met behulp van een communicatiemiddel.

Opmerking verdient dat, wil van een overeenkomst op afstand in de zin van onderdeel a sprake zijn, tot en met de contractssluiting uitsluitend gebruik gemaakt moet zijn van één of meer technieken voor communicatie op afstand. Indien partijen tot en met het sluiten van de overeenkomst dus ook maar op één moment in verband met de te sluiten overeenkomst gelijktijdig in elkaars persoonlijke aanwezigheid verkeren, bijvoorbeeld om over die overeenkomst te onderhandelen, is er geen sprake meer van een overeenkomst op afstand in de zin van onderdeel a.

Een overeenkomst op afstand kan in de eerste plaats zijn een koop die op afstand wordt gesloten. In de onderhavige afdeling wordt daarvoor de term 'koop op afstand' gebruikt. Deze term wordt omschreven in onderdeel b. Daarbij wordt uitgegaan van het begrip 'consumentenkoop' van artikel 7:5. Hierdoor wordt buiten twijfel gesteld dat op de koop op afstand de bijzondere regels voor de consumentenkoop, zoals bijvoorbeeld die inzake non-conformiteit (artikel 7:18, artikel 7:21, tweede en derde lid, en de artikelen 7:24 en 7:25), onverkort toepassing vinden.

Een overeenkomst op afstand kan in de tweede plaats strekken tot het verrichten van diensten (men denke aan de overeenkomst van opdracht, de aanneming van werk ten aanzien van roerende zaken, de huur- en de vervoerovereenkomst). Dit type overeenkomst wordt aangeduid als 'overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten'. Deze omschrijvingen zijn identiek met die in artikel 7:5, eerste lid, van de partij- en bij een consumentenkoop, waardoor onderdeel c ten aanzien van de omschrijving van de contractspartijen spoort met onderdeel b.

Onderdeel d omschrijft de financiële dienst als zijnde van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen.

Nu het in onderdeel e omschreven begrip ‘techniek voor communicatie op afstand’ wordt gebezigd in de omschrijving van de term ‘overeenkomst op afstand’, is de inhoud van eerstgenoemd begrip medebepalend voor de inhoud van de term ‘overeenkomst op afstand’. Onderscheidend kenmerk van deze technieken is dat zij kunnen – en in het kader van de onderhavige afdeling ook bij uitsluiting moeten – worden gebruikt voor het sluiten van de overeenkomst op afstand zonder de gelijktijdige persoonlijke aanwezigheid van partijen. Het opstellen van een uitputtende opsomming van de onderhavige technieken is onmogelijk wegens hun voortdurende ontwikkeling, hetgeen ertoe noopt beginselen vast te stellen die ook voor nog maar weinig gebruikte technieken gelden. Een enuntiatieve opsomming is:

- niet geadresseerd en geadresseerd drukwerk;
- standaardbrief;
- reclame in de pers met bestelbon;
- catalogus;
- telefoon met menselijke tussenkomst;
- telefoon zonder menselijke tussenkomst (oproepautomaat, audio tekst);
- radio;
- beeldtelefoon;
- videotekst (microcomputer, televisiescherm), met toetsenbord of aanraakbeeldscherm;
- elektronische post (met name via het internet);
- telefax;
- televisie (telewinkelen, televerkoop).

De natuurlijke of rechtspersoon die zijn bedrijf maakt van het ter beschikking stellen van één of meer van deze technieken aan verkopers of dienstverleners is een communicatietechniekexploitant. Aldus wordt bepaald in onderdeel f. Het lijkt niet voor de hand liggend om aan te nemen dat de exploitant alleen onder de hier gegeven omschrijving valt, indien hij een communicatietechniek uitsluitend ter beschikking stelt aan verkopers of dienstverleners die overeenkomsten op afstand sluiten, daar dit

naar mag worden verwacht een beperkte categorie exploitanten zou omvatten. Bij de hier bedoelde communicatietechniekexploitanten zal bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan de post- en telefoonbedrijven en aan de zogeheten internetproviders.

Artikel 46b

Naast de begripsomschrijvingen in artikel 46a dienen ook de in artikel 46b, tweede en derde lid, opgenomen bepalingen ter afbakening van het toepassingsgebied van de afdeling. Tevens is in het eerste lid voorzien in uitsluiting van de toepasselijkheid van artikel 5, derde lid, op de koop op afstand, zodat de afdeling ook door leidingen naar de gebruiker aangevoerd water kan betreffen.

In onderdeel a van het tweede lid wordt van het toepassingsgebied van afdeling 7.1.9A de koop op afstand uitgezonderd die wordt gesloten met gebruikmaking van distributieautomaten of geautomatiseerde handelsruimten. Hierbij kan worden gedacht aan automaten door middel waarvan bijvoorbeeld etenswaren, dranken en rookartikelen kunnen worden verkregen. Een voorbeeld van een geautomatiseerde handelsruimte zou kunnen zijn een hal waarin men bepaalde levensmiddelen ‘uit de muur’ kan verkrijgen.

In onderdeel b wordt uitgesloten de koop op afstand op een veiling. Nu van een koop op afstand alleen sprake kan zijn als tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend wordt gebruik gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand (artikel 46a, onderdeel a), kan uiteraard ook de onderhavige uitzondering van veilingen alleen zien op veilingen waaraan de consument via een techniek voor communicatie op afstand (bijvoorbeeld de telefoon of wellicht het internet) deelneemt.

Voor zover de in het derde lid genoemde overeenkomsten (hoofdzakelijk levensmiddelen die worden afgeleverd aan de koper op diens woon- of verblijfplaats of werkplek door frequent en op gezette tijden langskomende bezorgers) al koop op afstand mochten opleveren, is daarvoor de bescherming die deze afdeling biedt niet noodzakelijk.

Artikel 46c

Het is wenselijk te verzekeren dat de consument tijdig voordat de overeenkomst op afstand wordt gesloten beschikt over informatie omtrent

onder meer de essentialia van de overeenkomst en het al dan niet bestaan van een bedenktijd met ontbindingsbevoegdheid. Het gebruik van technieken voor communicatie op afstand niet mag niet leiden tot een vermindering van de aan de consument verstrekte informatie en het is daarom wenselijk om te bepalen welke informatie, ongeacht de gebruikte communicatietechniek, aan de consument moet worden verstrekt. Het eerste lid strekt hiertoe.

Het antwoord op de vraag of de hier aan de orde zijnde gegevens tijdig aan de consument zijn verstrekt, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Het ligt voor de hand om als uitgangspunt te nemen dat de consument in ieder geval voldoende gelegenheid moet hebben gehad om van de gegevens kennis te nemen voordat de overeenkomst wordt gesloten. Het belang van de onderhavige bepaling komt des te sterker naar voren indien bijvoorbeeld het door de verkoper gedane aanbod een beperkte geldigheidsduur heeft of, in de in artikel 46d, vierde lid, omschreven gevallen, de consument de overeenkomst als deze eenmaal is gesloten niet binnen een bedenktijd kan ontbinden.

De voorts gestelde eis dat het commerciële oogmerk van de informatie ondubbelzinnig moet blijken, zal aldus moeten worden verstaan dat de consument uit de inhoud en de wijze van presentatie van die informatie duidelijk moet kunnen opmaken dat deze hem wordt verstrekt in het kader van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de verkoper. Zo zal een aanbod tot het sluiten van een overeenkomst niet als louter een vorm van marktonderzoek mogen worden voorgesteld.

De verstrekte informatie moet tevens voldoen aan bepalingen inzake misleidende reclame. Van de artikelen 6:194 tot en met 196 is hier vooral van belang artikel 6:194, onderdeel e, waaruit volgt dat reclame onder meer niet misleidend mag zijn ten aanzien van de aanleiding of het doel van de gedane aanbieding.

Vervolgens wordt in het eerste lid verlangd dat de gegevens worden verstrekt met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen. Ook moet de informatie op duidelijke en begrijpelijke wijze aan de consument worden verstrekt.

Tegen de achtergrond van het voorafgaande wordt over de onderdelen b tot en met d, f, h en i nog het volgende opgemerkt. De omschrijving van de belangrijkste kenmerken van de zaak (onderdeel b) is van belang om-

dat de aspirant-koper, die de zaak immers niet vóór het sluiten van de overeenkomst daadwerkelijk kan zien, zich een toereikend beeld moet kunnen vormen van hetgeen hem te koop wordt aangeboden. De omschrijving is ook van belang indien na de aflevering onenigheid tussen verkoper en koper ontstaat over de vraag of het afgeleverde aan de koopovereenkomst beantwoordt.

De koop kan geldig worden gesloten zonder dat de prijs is bepaald (artikelen 7:1 en 7:4). Zoals bij het niet (correct) vermelden van alle in de onderdelen a tot en met i bedoelde gegevens het geval is, leidt het niet vermelden van de prijs van de zaak (onderdeel c), ingeval de koop op afstand wordt gesloten, tot een bedenktijd van drie maanden (artikel 46d, eerste lid).

Voor zover van toepassing is vermelding van de kosten van aflevering verplicht krachtens onderdeel d. Dit onderdeel gaat ervan uit dat de kosten van aflevering afzonderlijk aan de koper in rekening kunnen worden gebracht. Hierbij dient echter te worden bedacht dat in artikel 7:12, eerste lid, bij wijze van regeland recht wordt bepaald dat de kosten van aflevering ten laste van de verkoper komen. Afwijking van deze regel in algemene voorwaarden ten nadele van de koper wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt (artikel 7:6, tweede lid). De verkoper kan de afleveringskosten echter wel als onderdeel van de koopprijs aan de koper in rekening brengen.

Ten aanzien van de kosten van bezorging wordt nog het volgende opgemerkt. Behoudens afwijkend beding is de plaats van aflevering niet de woonplaats van de koper (artikel 6:41), zodat alsdan op grond van artikel 7:12, tweede lid, de kosten verbonden aan de bezorging, ook hier tenzij anders is bedongen, voor rekening van de koper komen. Dit laatste kan anders zijn krachtens artikel 7:13 (in verbinding met artikel 7:6, tweede lid).

De in artikel 46d geregelde bedenktijden en de ontbinding van eventuele in samenhang met de koop op afstand gesloten overeenkomsten van geldlening zijn essentiële onderdelen van afdeling 7.1.9A. Op grond van onderdeel f dient de aspirant-koper te worden geïnformeerd over het al dan niet van toepassing zijn daarvan. In het stadium vóór het sluiten van de overeenkomst behoeven de vereisten voor de gebruikmaking van het recht tot ontbinding overeenkomstig artikel 46d, eerste lid, en artikel 46e,

tweede lid, nog niet te worden vermeld; dit is nadien wel vereist (artikel 46c, tweede lid, onderdeel b).

Bij de in onderdeel h geëiste vermelding van een termijn voor de aanvaarding van het aanbod moet worden bedacht dat zodanige vermelding in beginsel met zich brengt dat het aanbod onherroepelijk is (artikelen 6:219, eerste lid, in verbinding met 217, tweede lid).

In onderdeel i wordt verlangd dat de minimale duur van de overeenkomst wordt medegedeeld indien deze strekt tot voortdurende of periodieke aflevering van zaken. Indien de overeenkomst vervolgens wordt gesloten, kan artikel 6:237, onderdeel k, zijn invloed doen gelden. Op grond daarvan wordt een beding in de overeengekomen algemene voorwaarden dat de (minimale) duur van de overeenkomst op meer dan een jaar bepaalt, zonder dat de koper de bevoegdheid heeft om de overeenkomst telkens na een jaar op te zeggen, vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

Het tweede lid van artikel 46c ziet op informatieverstrekking na het sluiten van de overeenkomst. Alsdan dient de vóór het sluiten van de overeenkomst krachtens artikel 46c, eerste lid, onderdelen a tot en met f, aan de koper te verstrekken informatie, aangevuld met nog enkele gegevens, in een bepaalde vorm aan de koper te worden verschaft. Deze informatieververschaffing dient tijdig bij de uitvoering van de overeenkomst te geschieden. Ook hier zal het afhangen van de omstandigheden van het geval wanneer de informatie tijdig is verstrekt, met dien verstande dat zulks uiterlijk bij de aflevering van de koopwaar moet geschieden. Op dit laatste wordt een uitzondering gemaakt voor zaken die aan derden moeten worden afgeleverd. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval dat de koper bij een bloemist een plant bestelt die niet aan de koper zelf, maar als geschenk aan een derde moet worden afgeleverd. Vanzelf spreekt dat de verkoper ook reeds vóór het sluiten van de overeenkomst de in artikel 46c, eerste lid, bedoelde informatie op de daar omschreven wijze aan zijn wederpartij kan verstrekken.

De uit hoofde van artikel 46c aan de koper te geven informatie zal onderdeel uitmaken van de overeenkomst op afstand. Indien de na totstandkoming van de overeenkomst ter voldoening aan het tweede lid al dan niet tijdig ter beschikking gestelde informatie het tussen partijen overeengekomene aanvult of daarvan afwijkt, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld of de nieuwe informatie tot contractsinhoud wordt.

Bij de beoordeling van deze vraag kan de omstandigheid dat de koper geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid, de koop binnen de bedenktijd te ontbinden, bijdragen aan een bevestigende beantwoording. Ten aanzien van de vorm waarin de informatie moet worden verschaft, beperkt het tweede lid zich niet tot de variant van schriftelijkheid. Volgens het tweede lid moet de informatie schriftelijk of op een andere ter beschikking van de koper staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager, en op duidelijke en begrijpelijke wijze aan hem worden verstrekt. In geval van overeenkomsten op afstand zou het eisen van schriftelijke informatieverstrekking te knellend kunnen zijn voor bepaalde verkopers. Omdat echter de met behulp van sommige communicatietechnieken, zoals elektronische post, verspreide informatie vaak vluchtig is voor zover zij niet op een duurzame drager is vastgelegd, dienen eisen te worden gesteld aan het anders dan schriftelijk geven van informatie: de gegevensdrager dient ter beschikking van de koper te staan, dient voor hem toegankelijk te zijn en dient duurzaam te zijn. Alsdan kan de koper ook in een later stadium de hem verschaft informatie raadplegen. Men denke met name aan computerdiskettes, cd-roms en de harde schijf van de computer van de consument voor de opslag van elektronische berichten. De verkoper kan de gegevens bijvoorbeeld per elektronische post toesturen.

Tegen de achtergrond van het voorafgaande wordt over de onderdelen b tot en met e nog het volgende opgemerkt. Indien de koper gerechtigd is tot ontbinding binnen een bedenktijd overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 (koop op afstand) en 46e, tweede lid, (met de koop op afstand samenhangende overeenkomst van geldlening), dient hij uiteraard ook op de hoogte te zijn van de vereisten voor en eventuele kosten als gevolg van gebruikmaking van deze rechten. Daarom wordt in onderdeel b mededeling van informatie hieromtrent verplicht gesteld. Uit de aanhef van het tweede lid volgt dat deze informatie schriftelijk moet worden verstrekt. Men denke aan gegevens als de volgende:

- het aanvangstijdstip en de duur van de bedenktijden die de koper ter beschikking kunnen staan (men zie artikel 46d, eerste lid, en de toelichting daarbij);
- het niet verschuldigd zijn van enige vergoeding in geval van uitoefening van het ontbindingsrecht, behalve voor de rechtstreekse

kosten van terugzending van de zaak (men zie artikel 46d, tweede lid, en de toelichting daarbij);

- voor gevallen waarin de koper de koopsom financiert met gelden die hij leent van de verkoper of van een derde ingevolge een overeenkomst tussen de verkoper en die derde, tevens: informatie over de ontbinding van rechtswege krachtens artikel 46e, eerste lid, (indien het de verkoper is die die gelden aan de koper leent) dan wel over de uitoefening van het recht van ontbinding op grond van artikel 46e tweede lid (indien het bedoelde derde is die die gelden aan de koper leent; men zie de toelichting bij genoemd artikel).

In laatstbedoeld geval zal uit de gegevens uiteraard ondubbelzinnig moeten blijken dat het de koper zelf is die tevens de met de koop op afstand samenhangende overeenkomst van geldlening zal moeten ontbinden, als hij de koop op afstand binnen zijn bedenktijd ontbindt.

Ten behoeve van de koper die bij de verkoper een klacht wil indienen, wordt in onderdeel c mededeling voorgeschreven van het bezoekadres van de vestiging van de verkoper of diens postadres waar de klacht kan worden ingediend.

Bij de beantwoording van de vraag wat in het tweede lid onderdeel d moet worden verstaan onder ‘garantie’, kan als richtsnoer worden gebruikt de omschrijving in artikel 7:6a.

Met het oog op ‘after sales services’ wordt in onderdeel d gesproken van de in het kader van de koop aangeboden diensten.

Bij onderdeel e (opzegging langlopende overeenkomst) zie men hetgeen hierboven is opgemerkt bij het eerste lid, onderdeel i.

Artikel 46d

Dit artikel bevat ter bescherming van de koper een stelsel van drie verschillende bedenktijden met bijbehorende mogelijkheden tot beëindiging van de overeenkomst. De bedenktijden zijn de volgende: a. één van zeven werkdagen vanaf de dag van ontvangst van de koopwaar door de koper; b. één van drie maanden vanaf bedoelde dag ingeval niet aan de informatieverplichtingen; c. één van zeven werkdagen vanaf het moment dat binnen genoemde drie maanden-termijn alsnog aan de informatiever-

plichtingen is voldaan. Vergelijk in dit verband artikel 7:48c, eerste lid, ten aanzien van timeshare.

De eerste volzin van het eerste lid artikel 46d bevat de hierboven onder a aangeduide bedenktijd. Deze begint te lopen op de dag die volgt op de dag van de ontvangst van de zaak door de koper. De koper behoeft aan de verkoper ter zake van de ontbinding binnen de bedenktijd geen redenen op te geven. De bedenktijd is uitgedrukt in werkdagen. Hieronder zijn te verstaan dagen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn (vergelijk artikel 1, eerste lid, en artikel 3 van de Algemene termijnenverordening).

Denkbaar is dat de verkoper niet heeft voldaan aan alle in artikel 46c, tweede lid, gestelde eisen, bijvoorbeeld doordat hij de gegevens niet in de juiste vorm aan de koper heeft verschaft. De op deze situatie betrekking hebbende en hierboven in punt 1 onder b respectievelijk c weergegeven regels zijn ondergebracht in artikel 46d, eerste lid, respectievelijk de tweede en de derde volzin. Op de bedenktijd van drie maanden is het bepaalde in de Algemene termijnenverordening van toepassing. Eindigt derhalve de termijn op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag, dan wordt deze verlengd tot en met de eerstvolgende dag die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag is (artikel 1, eerste lid, Algemene termijnenverordening).

Vanaf de dag na die waarop binnen de drie maanden-termijn alsnog aan alle in artikel 46c, tweede lid, gestelde eisen wordt voldaan heeft de koper nog een bedenktijd van zeven werkdagen, zodat hij de gelegenheid heeft om zich alsnog een volledig beeld van zijn rechten en verplichtingen te vormen en op grond daarvan al dan niet tot ontbinding binnen de bedenktijd over te gaan.

Ter verduidelijking van het bovenstaande volgen hier enkele voorbeelden. De koper ontvangt de koopwaar op 31 december, maar de verkoper heeft op die dag nog niet alle vereiste informatie aan de koper doen toekomen. De bedenktijd bedraagt dan drie maanden; hij begint op 1 januari en eindigt op 31 maart (artikel 46d, eerste lid, tweede volzin), tenzij de verlenging uit hoofde van artikel 1, eerste lid, van de Algemene termijnenverordening plaatsvindt. Indien in dit voorbeeld de niet vervulde informatieverplichtingen alsnog worden vervuld op 31 maart, en de koper alsdan nog geen gebruik heeft gemaakt van zijn ontbindingsbevoegdheid,

heeft hij nadien nog een bedenktijd van zeven werkdagen (artikel 46d, eerste lid, derde volzin). De totale bedenktijd kan derhalve maximaal drie maanden en zeven werkdagen bedragen. Indien de verkoper op 31 december, ervan uitgaande dat dit (bijvoorbeeld) een donderdag was, wel aan al zijn informatieverplichtingen zou hebben voldaan, dan zou de bedenktijd hebben geduurd tot en met 12 januari.

Het voorwaardelijk karakter van de koop op afstand die tevens een koop op proef is (artikel 7:45), staat aan toepasselijkheid van artikel 46d niet in de weg (vgl. artikel 6:26). Ook bij de koop op afstand die een koop op proef is, zullen de bedenktijden lopen vanaf de ontvangst van de zaak respectievelijk vanaf het moment dat de verkoper aan al zijn informatieverplichtingen heeft voldaan (artikel 46d, eerste lid), en dus niet vanaf het moment dat de koop op proef definitief is geworden.

De koper is aan de verkoper, behoudens de hierna te noemen uitzondering, geen enkele vergoeding verschuldigd, indien hij overgaat tot de ontbinding uit hoofde van het eerste lid. Dit wordt bepaald in het tweede lid. Men denke hier bijvoorbeeld aan vergoeding van kosten verbonden aan de totstandkoming van de overeenkomst (zoals kosten van het voldoen aan de informatie-eisen uit hoofde van artikel 46c, tweede lid), aan boetes en aan vergoeding van kosten verbonden aan de ontbinding van de overeenkomst. Achtergrond van de onderhavige bepaling is dat de uitoefening van het ontbindingsrecht niet moet worden belemmerd door de verplichting, aan de verkoper kosten te vergoeden of een boete te betalen. De enige uitzondering op de zojuist bedoelde regel betreft de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de zaak. Deze uitzondering is in het tweede lid overgenomen. Met 'rechtstreekse' kosten zijn bedoeld portokosten of kosten van vervoer anders dan per post, en niet tevens eventuele kosten van de verkoper als gevolg van de terugzending, bijvoorbeeld kosten verbonden aan het weer in ontvangst nemen van de zaak.

De rechtsgevolgen van de beëindiging van de overeenkomst op grond van artikel 46d, eerste lid, zijn met name, analoog aan artikel 271 van Boek 6, bevrijding van partijen van de door de ontbinding getroffen verbintenissen en de verplichting tot ongedaanmaking van reeds ontvangen prestaties. De verplichting tot retournering van de ontvangen koopwaar aan de verkoper wordt voorondersteld in de zoëven besproken bepaling

over de kosten van de terugzending. De verplichting van de verkoper tot terugbetaling aan de koper van door deze (vooruit)betaalde bedragen is geëxpliciteerd in het derde lid. Daarbij is tevens bepaald dat de terugbetaling kosteloos dient te geschieden en voorts zo spoedig mogelijk, doch in ieder geval binnen dertig dagen na de ontbinding. Op de onderhavige dertig dagen-termijn is het bepaalde in de Algemene termijnenverordening van toepassing.

De ontbindingsmogelijkheid binnen een bedenktijd geldt niet voor de in artikel 46d, vierde lid, omschreven categorieën. Het gaat hier om gevallen waarin:

- de ontbinding zou kunnen leiden tot (en dus ook zou kunnen zijn ingegeven door) een vermogensverschuiving tussen partijen als gevolg van schommelingen op de financiële markt die van invloed zijn op de prijs van de koopwaar en waarop de verkoper geen invloed heeft (onderdeel a);
- de koopwaar voor de verkoper (doorgaans) niet meer van waarde zal zijn (onderdeel b, onder 1°, 2° en 4°, alsook onderdeel d; men denke bijvoorbeeld aan de inhoud van kranten en tijdschriften, die snel achterhaald is);
- de koopwaar door haar aard niet kan worden teruggezonden (onderdeel b, onder 3°);
- de koopwaar vrijwel onmiddellijk kan worden gereproduceerd (onderdeel c).

Artikel 46e

Voor de situatie waarin de koper de koopprijs financiert met geleend geld bevat artikel 46e enige regels. Ook deze zijn ingegeven door de gedachte dat de ontbindingsrechten niet via een omweg illusoir gemaakt moeten kunnen worden. Vgl. wat betreft timeshare artikel 7:48e. In artikel 46e, eerste lid, is voorzien in de situatie waarin het de verkoper zelf is die aan de koper geld leent ten behoeve van de financiering van de koopprijs. De overeenkomst die partijen hiertoe hebben gesloten wordt krachtens genoemd artikellid van rechtswege ontbonden indien de koper gebruik maakt van zijn recht om de koopovereenkomst binnen zijn bedenktijd te ontbinden (artikel 46d). Tevens is bepaald dat de koper in dat geval geen boete verschuldigd is.

Het tweede geval is dat waarin een derde op grond van een overeenkomst tussen deze derde en de verkoper aan de koper geld leent waarmee deze de koopprijs aan de verkoper kan voldoen. Dit geval dient anders te worden behandeld dan dat waarin de overeenkomst van geldlening door koper en verkoper is gesloten. De keus voor een ontbinding van rechtswege ligt minder voor de hand als een derde de kredietverschaffer is, omdat deze van de ontbinding van de koop op afstand doorgaans niet op de hoogte zal zijn. Daarom is in het tweede lid van artikel 46e bepaald dat de koper, ingeval hij de koop ontbindt overeenkomstig artikel 46d, tevens het recht heeft om de overeenkomst van geldlening die hij met de derde heeft gesloten, zonder boete te ontbinden. Zoals in de toelichting bij artikel 46c, tweede lid, onderdeel b, reeds is opgemerkt, zal uit de gegevens die de verkoper aan de koper verstrekt over de uitoefening van het recht van ontbinding van de met een derde gesloten overeenkomst van geldlening uiteraard ondubbelzinnig moeten blijken dat het de koper zelf is die tevens deze overeenkomst van geldlening zal moeten ontbinden, als hij de koop op afstand binnen zijn bedenktijd ontbindt.

Artikel 46f

De artikelen 46f en 46g betreffen de uitvoering van de overeenkomst op afstand. Artikel 46f, eerste lid, regelt dat de verkoper de overeenkomst moet nakomen uiterlijk binnen een termijn van dertig dagen, welke begint te lopen op de dag na die waarop de koper zijn bestelling bij de verkoper heeft gedaan; partijen kunnen evenwel een kortere of langere termijn overeenkomen. Dit laatste volgt uit artikel 46j, tweede lid. Daarin is tot uitdrukking gebracht dat het hier, anders dan bij bijna alle andere bepalingen van afdeling 7.1.9A, gaat om een regel van aanvullend recht. Wat betreft de vraag wat voor gevolg het niet voldoen aan de aldaar bepaalde termijn heeft, is in artikel 46f, eerste lid, gekozen voor eenzelfde regel als artikel 6:83, onderdeel a, bevat voor het geval dat partijen wél zelf een termijn hebben bepaald voor de nakoming door de verkoper, namelijk dat het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, wanneer de termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft. Ook bij de in artikel 46f, eerste lid, opgenomen termijn kan blijken dat deze een andere strekking heeft.

Dit volgt uit bovengenoemde mogelijkheid tot afwijking van artikel 46f, eerste lid, die is neergelegd in artikel 46j, tweede lid.

Daar artikel 46f, eerste lid, een specifiek, niet in de artikelen 6:81 in verbinding met 83 geregeld geval betreft van verzuim dat van rechtswege intreedt, moest uit artikel 6:81 de slotzinsnede worden overgenomen, op grond waarvan aan verzuim niet wordt toegekomen voor zover de vertraging te wijten is aan overmacht van de schuldenaar, dan wel de nakoming reeds blijvend onmogelijk is.

Men zij erop bedacht dat de onderhavige termijn van dertig dagen moet worden gerekend vanaf de dag die volgt op die van het doen van de bestelling, en dus niet vanaf de dag die volgt op die van de ontvangst van de bestelling door de leverancier. Op de in artikel 46f, eerste lid, bedoelde termijn van dertig dagen is de Algemene termijnenverordening van toepassing.

Denkbaar is dat nakoming van de koop op afstand door de verkoper onmogelijk is doordat de gekochte zaak niet beschikbaar is. In artikel 46f, tweede lid, is uitdrukkelijk als verplichting van de verkoper opgenomen dat deze alsdan de koper daarvan op de hoogte stelt. Aan deze verplichting van de verkoper wordt nog toegevoegd het recht van de koper om hetgeen hij reeds heeft betaald zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen dertig dagen weer gerestitueerd te krijgen, waarmee in feite de overeenkomst ongedaan wordt gemaakt. De vereiste mate van spoed waarmee de kennisgeving dient plaats te vinden, is aangeduid met de uitdrukking 'zo spoedig mogelijk', die ook voorkomt in artikel 46d, derde lid. Als startpunt van de termijn van dertig dagen waarbinnen in ieder geval terugbetaling aan de koper moet geschieden, past het best de dag na die waarop de kennisgeving is gedaan; aldus is dan ook in artikel 46f, tweede lid, bepaald.

Uit artikel 46f, eerste lid, volgt dat bij blijvende onmogelijkheid van nakoming niet aan verzuim van de verkoper wordt toegekomen. Bij tijdelijke onmogelijkheid van nakoming is dit wel het geval; dan geldt de hoofdregel van het eerste lid. Bij blijvende onmogelijkheid van nakoming, ook indien deze binnen de in het eerste lid bedoelde dertig dagen-termijn blijkt, treden de gevolgen van de tekortkoming direct in.

Uit het tussen partijen overeengekomene kan voortvloeien dat de verkoper, ingeval de bestelde koopwaar niet beschikbaar is, andere koopwaar

van gelijke kwaliteit en prijs mag leveren. Deze mogelijkheid is in artikel 46f, derde lid, opgenomen. In afwijking van artikel 46d, tweede lid, draagt niet de koper, maar de verkoper de kosten van terugzending van de zaak in geval van de eventuele uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid binnen de bedenktijd. De gedachte achter deze regel is deze, dat het niet past om de koper bedoelde kosten te laten dragen indien het hem geleverde niet identiek is aan het door hem bestelde, ook al zijn kwaliteit en prijs gelijk. De koper moet van de hierboven bedoelde mogelijkheid tot levering van andere koopwaar en van de afwijkende regel over de kosten van terugzending op duidelijke en begrijpelijke wijze worden kennis gegeven (artikel 46f, derde lid, laatste volzin).

In de door artikel 46f, derde lid, bestreken gevallen is geen sprake van een niet bestelde zaak als bedoeld in artikel 7:7, tweede lid. In die gevallen wordt immers geleverd krachtens een contractueel beding dat uitdrukkelijk door de wet is toegelaten, zodat het in artikel 7:7, tweede lid, opgenomen verbod alsdan niet van toepassing is.

Artikel 46g

Indien een betaalkaart van de consument in het kader van een overeenkomst op afstand op frauduleuze wijze is gebruikt, moet de consument op grond van artikel 46g, kunnen vragen om annulering van de betaling en moeten de ter betaling overgemaakte bedragen aan hem worden geresitueerd. Wat betreft het begrip ‘betaalkaart’ kan gedacht worden aan krediet-, debet-, uitgestelde debiterings- en bankkaarten. In het geval van een kredietkaart of creditcard verplicht de uitgever daarvan zich om door de houder van de kaart getekende facturen van aangesloten winkels e.d. te voldoen. De houder van de kaart krijgt krediet, doordat de uitgever van de kaart de factuur voor hem voldoet en hem het betrokken bedrag eerst enige tijd later in rekening brengt. Creditcards worden ook wel gebruikt zonder dat de kaart aan de acceptant daarvan is overgelegd en de kaarthouder een factuur heeft getekend. Dan wordt, bijvoorbeeld via de telefoon, het nummer van de kaart aan de acceptant bekend gemaakt. Bij het gebruik van een debetkaart of debitcard (men denke aan een zogenoemde bankpas) wordt de bankrekening van de kaarthouder gedebiteerd. Dit geschiedt in beginsel nog op de dag van de transactie. Bij een ‘uitgestelde debiteringskaart’ is sprake van uitgestelde betaling. De kaarthouder is

verplicht om binnen een aantal weken het volledige verschuldigde bedrag te voldoen. Anders dan bij de creditcard bestaat bij deze kaartsoort niet de mogelijkheid om het verschuldigde, vermeerderd met rente, in termijnen af te lossen. De drie zojuist genoemde kaartsoorten kunnen tevens een bankkaart zijn.

Onder 'frauduleus gebruik' valt niet frauduleus gebruik door de consument die zelf de houder van de betaalkaart is. Dit is dan ook in artikel 46g tot uitdrukking gebracht. Artikel 46g bestrijkt ook situaties van frauduleus gebruik waarbij de betaalkaart wel wordt overgelegd (en de factuur wel wordt getekend, zoals bij de aflevering in geval van postorderkoop). Wil er sprake zijn van een overeenkomst op afstand in de zin van artikel 46a, onderdeel a, dan is immers niet vereist dat ook de betaling 'op afstand' plaatsvindt.

Uiteraard valt een koop op afstand niet onder afdeling 7.1.9A, indien daarvoor één van de in artikel 46b, tweede lid, omschreven uitzonderingen geldt, dan wel het recht van een derde land op de overeenkomst toepasselijk is, mits, in dit laatste geval, artikel 5, vijfde lid, in acht is genomen.

Het hier aan de orde zijnde frauduleuze gebruik van de betaalkaart van de consument zal in ieder geval aanwezig zijn indien opzettelijk gebruik is gemaakt van een valse of vervalste betaalpas of waardekaart, als ware deze echt en onvervalst, voor het verrichten van betalingen langs geautomatiseerde weg. Voorts kan worden gedacht aan gevallen als de volgende. Het nummer van een credit-card wordt, bijvoorbeeld nadat dit op één of andere wijze (zoals aan de hand van een factuur) is onderschept, al dan niet met behulp van een nagemaakte kaart te eigen behoefte aangewend voor voldoening van de koopprijs bij een koop op afstand. Het feit dat de consument de (originele) credit-card nog onder zich heeft, staat er niet aan in de weg dat hier sprake is van frauduleus 'gebruik van zijn betaalkaart' (dat wil zeggen de betaalkaart van de consument). Voor de hand ligt dat het begrip 'gebruik' niet beperkt is tot het zuiver fysieke gebruik van de betaalkaart. Indien het gevaar van frauduleus handelen bij het – juist bij de koop op afstand voorkomende – niet zuiver fysieke gebruik van de betaalkaart groter is dan bij het zuiver fysieke gebruik, heeft de consument in eerstbedoelde situatie zelfs nog meer behoefte aan bescherming. Een mogelijkheid van frauduleus gebruik is ook dat een leve-

rancier die door een transactie met een consument de beschikking heeft gekregen over het nummer van diens credit-card, dit nummer gebruikt voor eigen bestedingen. Voorts kunnen verloren of gestolen bankkaarten (bankpassen) worden misbruikt door derden.

Gevallen van frauduleus gebruik van zijn betaalkaart als de zojuist geschetste kunnen onder omstandigheden aan de consument worden toegerekend. Dit is met name dan het geval, indien hij niet de zorgvuldigheid heeft betracht die in de betrokken situatie van hem mocht worden verwacht. Zo is de houder van het betaalinstrument onder meer verplicht om alle redelijke maatregelen te nemen om de veiligheid van het elektronisch betaalinstrument en de middelen waarmee daarvan gebruik kan worden gemaakt (bijvoorbeeld een PIN-code) te waarborgen. Voorts is hij verplicht om de uitgever van het betaalinstrument onverwijld kennis te geven van verlies of diefstal daarvan of van de middelen waarmee daarvan gebruik kan worden gemaakt, en van boeking van transacties waarvoor geen toestemming is gegeven op de rekening van de houder. In artikel 46g kan, in tegenstelling tot de voorgaande bepalingen, niet worden uitgegaan van het begrip ‘koper’, omdat het in artikel 46g juist gaat om gevallen waarin de consument bij de gesloten koop op afstand geen partij is. Artikel 46g betreft derhalve natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Deze in het gebruikelijke omschrijving van het begrip ‘consument’ komt onder meer voor in artikel 7:5, eerste lid.

Artikel 46g houdt zowel rekening met de situatie waarin de betaling als gevolg van het frauduleuze gebruik nog niet ten laste van de consument is gebracht, als met de situatie waarin dit reeds wel het geval is. Voor eerstgenoemde situatie wordt bepaald dat de consument niet kan worden verplicht tot betaling van de bedragen die hem als gevolg van het frauduleuze gebruik in rekening zijn gebracht. Voor laatstgenoemde situatie houdt het artikel in dat het ter zake reeds betaalde geldt als onverschuldigd betaald (vgl. artikel 7:26, derde lid).

Artikel 46h

Het is in geval van telefonische contacten wenselijk dat de consument aan het begin van het gesprek voldoende informatie krijgt om te beslissen of hij al dan niet wil verdergaan. Daarom is in het eerste lid bepaald

dat in geval van telefonische communicatie de identiteit van de leverancier en het commerciële oogmerk van de oproep aan het begin van elk gesprek met de consument expliciet duidelijk moeten worden gemaakt. Evenals in artikel 46g moest hier in plaats van het begrip ‘koper’ een omschrijving van het begrip ‘consument’ worden gebruikt, daar op het moment van de oproep (nog) geen sprake is van een overeenkomst tussen de verkoper en de consument. Er zij op gewezen dat voor telefoon zonder menselijke tussenkomst hier niet een ander stelsel geldt dan voor telefoon met menselijke tussenkomst. In beide gevallen moeten de door artikel 46h gestelde eisen worden vervuld. Het gebruik van het woord ‘gesprek’ in artikel 46h, eerste lid, dat interactiviteit veronderstelt, doet aan het zojuist gestelde niet af, daar interactiviteit in geval van telefoon zonder menselijke tussenkomst niet uitgesloten lijkt (men denke aan het op zijn telefoon intoetsen van antwoorden door de consument). Het woord ‘gesprek’ heeft dus een ruime betekenis en omvat iedere vorm van interactiviteit. De ratio van het voorschrift dat de verkoper zijn identiteit moet mededelen, is dat de betrokken consument weet wie hij eventueel moet aanspreken, bijvoorbeeld indien hij alsnog van verdere oproepen verschoond wil blijven.

In het tweede lid wordt ten aanzien van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten een ‘opt-in’ regime geïntroduceerd.

Het derde lid schrijft voor dat een voormalige verkoper bevoegd is van e-mailadressen en dergelijke gebruik te maken, mits bij de vroegere verkoop de toenmalige koper gemeld en mits de verkoper bij ieder contact herhaalt hoe de toenmalige koper zich kan verzetten (men denke aan ‘spam’). Overtreedt een commerciële aanbieder een van de in dit artikel vervatte regels, dan levert dat een onrechtmatige daad op in de zin van artikel 6:162, tweede lid (strijd met wettelijke plicht), met alle mogelijke consequenties van dien.

Het vierde lid specificeert de inhoud van de mededelingsplicht van degene die met gebruik van internet en dergelijke een koop op afstand tot stand wil brengen. Onder postadres valt mede een e-mailadres.

Het vijfde lid betreft andere technieken dan automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten; hier geldt een ‘opt-out- regime.

Ingevolge het zesde lid dient de gebruiker passende maatregelen te nemen om de consument tenminste eenmaal per jaar bekend te maken met de mogelijkheid om de benadering met gebruikmaking van de in het vijfde lid bedoelde systemen tegen te houden. De term 'passende' verzet zich tegen het gebruik van al te kleine advertenties in dagbladen die bij de lezer nauwelijks zullen opvallen.

Het zevende lid bepaalt dat het een en ander kosteloos voor de consument geschiedt.

Artikel 46i

Er is voor gekozen de onderhavige afdeling, ook voor zover deze betrekking heeft op overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten (zoals de overeenkomst van opdracht, de aanneming van werk ten aanzien van roerende zaken, de huur- en de vervoerovereenkomst) en de voor de koop op afstand opgenomen bepalingen met enige nadere voorzieningen van overeenkomstige toepassing te verklaren op overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten. In artikel 46i is de afbakening verwerkt van het toepassingsgebied van de afdeling ten aanzien van overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten.

In artikel 46i, eerste lid, zijn de daarvoor in aanmerking komende artikelen uit afdeling 7.1.9A van overeenkomstige toepassing verklaard op overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten. Uitgezonderd van de overeenkomstige toepassing zijn die artikelen die hetzij reeds op beide typen overeenkomsten op afstand betrekking hebben, zoals artikel 46a, hetzij uitsluitend van belang zijn voor de koop op afstand, zoals artikel 46b, eerste en derde lid. De nadere voorzieningen die noodzakelijk zijn met het oog op de van overeenkomstige toepassingverklaring zijn opgenomen in het tweede tot en met zesde lid van artikel 46i.

Een tweetal categorieën overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten waarop geen van de in artikel 46i, eerste lid, genoemde bepalingen van toepassing is, wordt omschreven in artikel 46i, tweede lid. In de eerste plaats betreft het hier de overeenkomst op afstand die met een telecommunicatie-exploitant wordt gesloten door gebruikmaking van een openbare telefoon (onderdeel a). Deze is uitgesloten gelet op het ogenblikkelijk karakter van een overeenkomst bij het gebruik van openbare telefooncellen. Gedacht moet hier worden aan gevallen waarin een

publieke telefoon wordt benut door het voeren van een telefoongesprek waarvoor, bijvoorbeeld met een kaart, wordt betaald. Er moet van worden uitgegaan dat alsdan een incidentele overeenkomst tot het voeren van één telefoongesprek tot stand komt met de exploitant van de publieke telefoon. De tweede categorie van overeenkomsten waarop de in artikel 46i lid 1 genoemde bepalingen niet van toepassing zijn is die van de overeenkomsten op afstand tot aanneming van werk die strekken tot de bouw van een onroerende zaak (onderdeel b), dit in verband met het specifieke karakter van de vastgoedsector.

In het derde lid worden de artikelen 46c tot en met 46e (betreffende informatieverplichtingen en ontbinding binnen bedenktijd) en 46f, eerste lid, (betreffende de termijn waarbinnen de dienstverlener in beginsel moet presteren) uitgesloten van toepassing op overeenkomsten op afstand tot het verrichten van bepaalde diensten, indien daarvoor reservering plaatsvindt. Het gaat bij die diensten om logies, vervoer, het restaurantbedrijf en vrijetijdsbesteding. De termen 'restaurantbedrijf' en 'vrijetijdsbesteding' zijn niet geheel van vaagheid vrij te pleiten; bij twijfel of een overeenkomst onder één van de vier genoemde begrippen valt, kan de ratio van de onderhavige uitsluiting de doorslag geven. Onverkorte toepasselijkheid van de bepalingen inzake informatieverplichtingen, bedenktijd en uitvoeringstermijn op de onderhavige overeenkomsten zou onvoldoende werkbaar in de praktijk zijn. Zo zou die onverkorte toepasselijkheid meebrengen dat bijvoorbeeld bij elke plaatsreservering in een restaurant of bioscoop de informatieverplichtingen vóór en bij het sluiten van de overeenkomst zouden moeten worden vervuld, en dat de consument binnen een bedenktijd de overeenkomst zou kunnen ontbinden. Belangrijk is, wat betreft de uitzondering voor overeenkomsten op afstand betreffende logies en vervoer, dat titel 7.7A (Reisovereenkomst) niet zelden van toepassing zal zijn. In die titel is reeds voorzien in bescherming van de consument, onder andere door informatieverplichtingen van de reisorganisator of de doorverkoper.

Er zij op gewezen dat artikel 46i, derde lid, niet alleen geldt indien verrichting van de dienst op een bepaalde datum wordt overeengekomen, maar ook indien verrichting daarvan tijdens een bepaalde periode wordt overeengekomen. Men denke aan een vervoerbewijs voor een reis per schip, dat geldig is gedurende een bepaalde, daarop vermelde periode.

Indien echter de overeenkomst in dit geval wordt gesloten met gebruikmaking van een distributieautomaat, dan geldt de ruimere uitzondering uit hoofde van de artikelen 46b, tweede lid, onderdeel a, in verbinding met artikel 46i, eerste lid.

De dienst kan zelf ook met behulp van een techniek voor communicatie op afstand worden verricht, waarbij de communicatietechniekexploitant de tegenprestatie voor het verrichten van de dienst aan de consument in rekening brengt. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan inlichtingen over een telefoonnummer, het weer, het verkeer etc. die de consument via de telefoon inwint, al dan niet bij zijn telefoonmaatschappij, en die aan hem via zijn telefoonnota in rekening worden gebracht. Voor dit soort diensten is het eisen van (schriftelijke) bevestiging en aanvulling van de vóór het sluiten van de overeenkomst te verstrekken informatie niet passend. Men zie het vierde lid waarin is bepaald dat artikel 46c, tweede lid, inzake (schriftelijke) bevestiging van de informatie niet van toepassing is op de onderhavige categorie diensten, mits zij in één keer worden verleend en met dien verstande dat de consument in ieder geval kennis moet kunnen dragen van het geografische adres van de vestiging van de leverancier waar hij zijn klachten kan indienen. Met in één keer verrichte diensten zijn die gevallen bedoeld waarin de dienst in zijn geheel in één enkel contact met de consument wordt verleend (men denke aan de hierboven genoemde voorbeelden van een telefonisch weerbericht of telefonische verkeersinformatie).

Ook de ontbindingsbevoegdheid binnen de bedenktijd geldt niet onverkort. Het vijfde lid onts zegt de consument deze bevoegdheid onder meer voor het geval waarin het verrichten van de dienst met diens instemming is begonnen vóór het einde van de bedenktijd van zeven werkdagen en voorts voor weddenschappen en loterijen. Daar ongedaanmaking als zodanig van eenmaal verrichte diensten, anders dan terugzending van geleverde zaken, niet wel denkbaar is, kan de ontbindingsbevoegdheid binnen de bedenktijd in het geval van een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten niet op dezelfde wijze worden geregeld als bij koop op afstand. Zo ligt het voor de hand om de consument die heeft toegestemd in verrichting van de dienst vóór het einde van de bedenktijd, de ontbindingsbevoegdheid binnen die bedenktijd te onts zeggen, mits uiteraard de consument daarover voordat de verrichting van de dienst be-

gon, is geïnformeerd. In een verplichting van de dienstverlener om die informatie aan de consument te geven is voorzien in artikel 46c, eerste lid, onderdeel f, in verbinding met artikel 46i, eerste lid).

Voldoende is dat de verrichting van de dienst is begonnen voordat de bedenktijd is geëindigd; niet noodzakelijk is dus dat de volledige dienst reeds is verricht voordat de bedenktijd is geëindigd. Voorts is van belang dat de uitzondering uit hoofde van onderdeel a ziet op een begin van uitvoering vóór het einde van de in artikel 46d, eerste lid, eerste en derde volzin, bedoelde bedenktijd van zeven werkdagen. Indien de dienstverlener niet aan al zijn informatieverplichtingen uit hoofde van artikel 46c, tweede lid, heeft voldaan, waardoor de bedenktijd van zeven werkdagen wordt vervangen door een bedenktijd van maximaal drie maanden, geldt de uitzondering uit hoofde van onderdeel a niet en heeft de consument dus wel de ontbindingsbevoegdheid binnen die bedenktijd. Indien de dienstverlener binnen de bedenktijd van drie maanden alsnog aan al zijn informatieverplichtingen voldoet, heeft de consument nadien nog een bedenktijd van zeven werkdagen. Start de dienstverlener vóór het einde van die laatste bedenktijd met de verrichting van de dienst met instemming van de consument, dan komt de consument (op grond van artikel 46i, vijfde lid, onderdeel a) niet meer zijn ontbindingsbevoegdheid binnen de bedenktijd toe.

De achtergrond van de in artikel 46i, vijfde lid, onderdeel b, opgenomen uitzondering van de ontbindingsbevoegdheid binnen de bedenktijd voor diensten van weddenschappen en loterijen is gelegen in hun specifieke wijze van functioneren. Het is wenselijk om de mogelijkheid van ontbinding uit te sluiten door de consument die niets, dan wel minder dan zijn inleg gewonnen heeft.

In artikel 46i, zesde lid, is het aanvangstijdstip van het sluiten van de overeenkomst voor beide bedenktijden (die van zeven werkdagen en die van drie maanden) neergelegd. Voor het geval dat de dienstverlener binnen de bedenktijd van drie maanden alsnog aan al zijn informatieverplichtingen voldoet, geldt krachtens de overeenkomstige toepassing van artikel 46d, eerste lid, derde volzin, reeds dat vanaf het voldoen aan alle informatieverplichtingen nog een bedenktijd van zeven werkdagen loopt. Men zij erop bedacht dat deze termijn de bedenktijd van drie maanden na het sluiten van de overeenkomst kan overschrijden, namelijk indien de

dienstverlener pas korter dan zeven werkdagen vóór het einde van die bedenktijd aan al zijn informatieverplichtingen voldoet.

Het zevende lid betreft een contractueel beding dat de bewijslast voor de naleving van op de aanbieder van een financiële dienst rustende verplichting bij de consument legt. Zulk een beding is vernietigbaar.

Artikel 46j

Ter voorkoming van ondermijning van de aan de consument krachtens de onderhavige afdeling toegekende bescherming bevat artikel 46j een voorziening. In het eerste lid is voorzien in het tot dwingend recht verklaren van afdeling 7.1.9A. Een beding waarin op volgens artikel 46j, eerste lid, ongeoorloofde wijze wordt afgeweken van afdeling 7.1.9A is overeenkomstig artikel 3:40, tweede lid, vernietigbaar, nu afdeling 7.1.9A strekt tot bescherming van het belang van één van de partijen bij de koop, namelijk de consument.

Doordat artikel 46j, eerste lid, alleen betrekking heeft op afwijking bij contractueel beding ('Van ... kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken'), vallen de artikelen 46c, eerste lid, en 46h buiten het bereik van artikel 46j, eerste lid. Deze artikelen hebben immers juist betrekking op de situatie dat (nog) geen overeenkomst op afstand is gesloten met de consument. Afwijking bij contractueel beding van die artikelen is dan ook niet goed denkbaar. Wel denkbaar is dat de verkoper of dienstverlener de hem in artikel 46c, eerste lid, en artikel 46h opgelegde verplichtingen feitelijk niet naleeft, bijvoorbeeld door aan de aspirant-koper niet alle vereiste gegevens te doen toekomen. Een aparte voorziening hiervoor lijkt evenwel noodzakelijk noch wenselijk naast enerzijds de algemene regels in de Boeken 3 en volgende, bijvoorbeeld die omtrent de wilsgebreken (artikelen 3:44 en 6:228), en anderzijds de ter bescherming van het belang van de consument in de artikelen 46c e.v. neergelegde voorschriften, zoals de tot ten hoogste drie maanden verlengde bedenktijd ingeval ook bij de uitvoering van de overeenkomst niet alle vereiste gegevens worden verstrekt.

Afwijking bij contractueel beding ten nadele van de consument van artikel 46g lijkt in de praktijk niet goed denkbaar. Hoe dit ook zij, de consument ontleent al voldoende bescherming aan de in artikel 46g opge-

nomen regel dat reeds gedane betalingen als onverschuldigd betaald gelden.

Afwijking van afdeling 7.1.9A ten voordele van de consument wordt wel in artikel 46j, eerste lid, toegelaten. Van artikel 46f, eerste lid, is afwijking wel mogelijk, aldus artikel 46j, tweede lid.

Onderdeel O (titel 7.3: schenking)

Algemeen

Het onderhavige schenkingsrecht (titel 3 van Boek 7) is ontleend aan de Nederlandse wet van 18 april 2002, Stb. 227. De toelichting is ontleend aan het zogenaamde 'Groene Boek' betreffende Boek 7: Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van prof. mr. E.M. Meijers, ingevolge opdracht van de Minister van Justitie opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong, Toelichting, vierde gedeelte (Boek 7), 1972, p. 891-905, alsmede aan de Nederlandse Kamerstukken 17 213. De nieuwe titel 7.3 is opgezet als een regeling van de formele schenking; artikel 7:186 maakt deze echter ook toepasselijk op materiële schenkingen (giften).

Voorgesteld wordt het huidige vormvereiste van een notariële akte voor een (formele) schenking te doen vervallen, behalve als het gaat om registergoederen (artikel 7:175a). Als tegenwicht tegen het wegvallen van het vormvereiste dient een omkering van de bewijslast in geval van een beroep op misbruik van omstandigheden (artikel 7:176; bij deze regeling wordt aangesloten in het voorgestelde artikel 4:43, eerste lid, artikel 1:92a en artikel 1:152). Anders dan in Nederland wordt geen uitzondering gemaakt voor het geval dat van de schenking een notariële akte is opgesteld. Wel zal de omstandigheid dat een notariële akte is opgesteld de bewijs(leverings)last van de begiftigde vergemakkelijken, aangezien een onpartijdige buitenstaander getuige van de rechtshandeling is geweest.

Artikelsgewijs

Artikel 175

Dit artikel verstaat onder schenking iedere overeenkomst die tot strekking heeft dat de schenker om niet en ten koste van eigen vermogen de begiftigde verrijkt. Onder deze ruime omschrijving vallen in de eerste

plaats verbintenisscheppende overeenkomsten als omschreven in artikel 6:213. Een schenking kan niet alleen tot een geven, maar ook tot een doen of een niet doen verplichten, mits de overeenkomst maar tot gevolg heeft dat de begiftigde wordt verrijkt ten koste van het vermogen van de schenker. Als voorbeelden van een schenking waaruit voor de schenker een verbintenis om te doen voortvloeit, kunnen genoemd worden overeenkomsten waarbij hij zich jegens de wederpartij verbindt tot overname of betaling van de schuld die de wederpartij aan een derde heeft. Als voorbeelden van een schenking waarbij de schenker een verbintenis om niet te doen op zich neemt, overeenkomsten tot het niet gebruiken van een bevoegdheid uit het burendrecht, van een erfdienstbaarheid of van een merk.

De omschrijving laat verder de mogelijkheid open dat de schenking zich in een andere vorm dan in die van een verbintenisscheppende overeenkomst voordoet, zoals in die van een liberatoire of van een vaststellingsovereenkomst. Hierdoor wordt de rechtstreekse toepasselijkheid van de schenkingsregels onafhankelijk van de vraag in hoeverre de bevrijdende overeenkomst tevens als een verbintenisscheppende kan worden beschouwd. De verrijking waarop de overeenkomst, om als schenking te kunnen worden beschouwd, gericht moet zijn, bestaat in die gevallen uit de bevrijding van een verplichting, de afstand van een beperkt recht of een ten gunste van de begiftigde gedane vaststelling van de rechtsverhouding, zonder dat daarvoor de constructie behoeft te worden gevolgd dat de schenker zich tot deze verrijking verbonden heeft.

Op vermogensverschuivingen ter bevoordeling door middel van andere handelingen dan de in de definitie omschreven overeenkomsten, zoals eenzijdige rechtshandelingen, verklaart artikel 186 de regels van deze titel zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing. Hierdoor en door het feit dat het ontwerp de vormvereisten voor schenking laat vervallen, behalve als het gaat om registergoederen, zal het in minder gevallen dan in het geldend recht van belang zijn of een bepaalde overeenkomst al dan niet aan de omschrijving van artikel 175 beantwoordt.

Afgezien van de verruiming welke de omschrijving van dit artikel brengt in vergelijking met het huidige recht, bevat zij de klassieke vereisten, zoals die over het algemeen aan schenking worden gesteld. Tot uitdrukking is gebracht dat een overeenkomst, om schenking te kunnen zijn, aller-

eerst aan bepaalde objectieve vereisten moet voldoen. Deze zijn: een prestatie om niet, vermindering van het vermogen van de schenker en verrijking van dat van de begiftigde. Daarnaast moet duidelijk zijn dat partijen deze gevolgen tot stand hebben willen brengen. Duidelijkheids-halve worden hierna eerst de objectieve vereisten besproken, daarna het vereiste dat de overeenkomst op het tot stand komen van deze gevolgen gericht moet zijn geweest.

De omschrijving van artikel 175, eerste lid, verlangt in de eerste plaats dat de schenker de begiftigde verrijkt ten koste van zijn vermogen. Verarming enerzijds staat dus tegenover verrijking anderzijds, al hoeven deze niet altijd precies te corresponderen. Ten koste van het vermogen kan ook een overeenkomst tot overdracht van nog te verkrijgen vermogensbestanddelen gaan, zoals bij voorbeeld een schenking van toekomstig auteursrecht. Niet iedere prestatie om niet die iemand ten behoeve van een ander op zich neemt, voldoet aan de genoemde vereisten. Overeenkomsten waarbij arbeid of bepaalde diensten gratis worden toegezegd, zijn wel overeenkomsten om niet, maar behoeven geen schenkingen te zijn. Dit is met name niet het geval wanneer het vermogen van degene die de prestatie op zich neemt of verricht, niet verkleind wordt. En van een verrijking is geen sprake wanneer iemand een vermogensbestanddeel afstaat, waaraan zodanige verplichtingen zijn verbonden, dat er geen surplus-waarde is, hetgeen zich bij voorbeeld kan voordoen als een erfpachtscanon uitzonderlijk hoog is.

Het eerste lid stelt voorts de eis dat de verarming en de verrijking bij een overeenkomst om niet plaatsvinden. Daaronder wordt verstaan dat de prestatie plaatsvindt zonder juridisch verband met een van de tegenpartij reeds genoten of nog te verwachten contraprestatie. Een wederkerige overeenkomst kan dus, ook wanneer die ter bevoordeling van een van de partijen wordt aangegaan, geen schenking in de zin van dit artikel opleveren, omdat er niet om niet gepresteerd wordt. Wel zal de rechter een uiterst geringe contraprestatie als schijnprestatie en derhalve als non-existent kunnen beschouwen, Staat tegenover een bepaalde prestatie (bijvoorbeeld verkoop of ruil) een contraprestatie die wel reëel is, maar toch van aanzienlijk mindere waarde (zogenaamde ‘negotium mixtum cum donatione’), dan kan de rechter krachtens artikel 186 de schenkingsbepalingen analoog naast die van het andere contract — bijvoorbeeld koop of

ruil — toepassen, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet. Anderzijds behoeft een overeenkomst het karakter van schenking in de zin van dit artikel niet te verliezen door het enkele feit dat aan de begiftigde verplichtingen worden opgelegd, waarvan de schenker of zijn erfgenamen nakoming kunnen vorderen. De bevoegdheid tot het opleggen van dergelijke verplichtingen is van oudsher aan schenkers toegekend; men sprak daarbij meestal van lasten, welke benaming echter minder juist is voor verplichtingen waarvan nakoming door de schenker kan worden geëist. In het ontwerp is deze mogelijkheid van het opleggen van verplichtingen aan de begiftigde behouden, echter binnen de grenzen welke het karakter van de overeenkomst om niet daaraan stelt. Zo zal een overeenkomst in ieder geval het karakter van schenking behouden, wanneer de schenker door de nakoming van dergelijke verplichtingen in zijn vermogen niet wordt gebaat; aldus bij voorbeeld wanneer de begiftigde wordt opgedragen uitkeringen aan derden te doen, al dan niet ter bevordering van een sociaal of cultureel doel, of wanneer de begiftigde aanvaardt dat hij het geschonken goed voor een bepaald doel moet bestemmen. De grens waartoe door de begiftigde op zich genomen verplichtingen over het algemeen kunnen gaan zonder dat daardoor het karakter van schenking wordt opgeheven, wordt voornamelijk bepaald door de vraag in hoeverre er nog van een verrijking sprake is.

Ook wanneer de schenker door de nakoming van aan de begiftigde opgelegde verplichtingen wel in zijn vermogen wordt gebaat, behoeft dit op zich zelf nog niet te betekenen dat de overeenkomst daardoor het karakter van schenking verliest. Het schenkingskarakter blijft met name bewaard als de verplichting, zonder het karakter van een tegenprestatie aan te nemen, enkel strekt tot vermindering van de waarde van de verrijking. Zo kan aan een begiftigde de verplichting worden opgelegd tot betaling van een schuld waarvoor hypotheek gevestigd is op een geschonken onroerend goed, of tot het vestigen van een vruchtgebruik of erfdienstbaarheid op dit erf, in welk geval men pleegt te spreken van een schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik, respectievelijk erfdienstbaarheid. In beide gevallen is de toepasselijkheid van de schenkingsregels afhankelijk van de vraag of nog van verrijking kan worden gesproken. Anders wordt het eerst wanneer aan de verplichting die de begiftigde op zich

neemt, het karakter van een tegenprestatie niet kan worden ontzegd, zoals bij voorbeeld bij overdracht van een huis met het beding dat de verkrijger de vervreemder gedurende diens leven kost, inwoning en verpleging zal verschaffen. Ook wanneer in dat geval de waarde van het huis die van de tegenprestatie aanzienlijk zou overtreffen, zou niet van een overeenkomst om niet in de zin van artikel 175 gesproken kunnen worden, maar hoogstens van een mengvorm tussen schenking en pension-overeenkomst, waarop de bepalingen van deze titel slechts analoog toepasselijk kunnen zijn voor zover die toepasselijkheid door het pensionkarakter van de overeenkomst niet wordt uitgesloten. De onderscheiding tussen deze verschillende soorten verplichtingen die aan de begiftigde kunnen worden opgelegd, laat zich bezwaarlijk in algemene bewoordingen vastleggen; zij kan dan ook beter geval voor geval aan de rechter ter beoordeling worden gelaten.

Naar de omschrijving van het eerste lid moet voorts de overeenkomst er toe strekken dat de schenker de begiftigde ten koste van eigen vermogen verrijkt. Ook naar geldend recht wordt over het algemeen aanvaard dat de schenker de bedoeling moet hebben de begiftigde te bevoordelen, al verschilt men van mening over de mate waarin deze bedoeling tot uitdrukking moet zijn gekomen. Zou men op dit punt geen enkele eis stellen, dan zou bij iedere verrijking om niet van de een ten koste van het vermogen van de ander van een schenking gesproken moeten worden, hetgeen niet met de realiteit zou overeenstemmen. Het is immers niet in die mate normaal dat iemand zijn vermogen ten voordele van een ander wil verarmen, dat het recht de aanwezigheid van die rechtsgrond stilzwijgend bij iedere verrijking om niet zou mogen aannemen. Ook de enkele omstandigheid dat degene die een ander om niet bevoordeelt, zich daarvan bewust is, levert niet altijd voldoende grond op voor het aannemen van een schenking. Dit zou immers betekenen dat geen terugverdering wegens onverschuldigde betaling mogelijk zou zijn, wanneer de nietigheid van een verbintenis bekend zou zijn aan degene die voldoet.

Anderzijds hoeft men niet zo ver te gaan dat men voor schenking eist dat degene die zich verarmt, dit doet met het oogmerk de ander te bevoordelen. Door de overeenkomst hiervan afhankelijk te maken zou men zich verder begeven in de drijfveren van wat iemand tot bevoordeling van een ander beweegt, dan met het oog op de rechtszekerheid doelmatig en juist

geacht moet worden. Voor het onderhavige artikel is de formulering gekozen, dat de overeenkomst de strekking moet hebben dat de schenker ten koste van eigen vermogen de begiftigde verrijkt. Dit vereiste houdt in dat de vermogensverschuiving enerzijds wordt aangeboden, anderzijds wordt aanvaard als een verrijking van de een ten koste van het vermogen van de ander. Aan de hand hiervan zal de rechter in twijfelgevallen kunnen beoordelen of de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst rechtstreekse of analoge toepassing van de schenkingsbepalingen rechtvaardigt.

Het vereiste dat de overeenkomst er toe strekt dat de schenker de begiftigde ten koste van eigen vermogen verrijkt, houdt tevens in dat betaling van een schuld niet als schenking kan worden aangemerkt. Onder schuld dient in dit verband uiteraard te worden verstaan een andere schuld dan die welke uit de schenkingsbelofte zelf voortvloeit. Ook de voldoening aan een natuurlijke verbintenis kan niet als schenking worden beschouwd, omdat degene die betaalt ook daardoor van een rechtsplicht bevrijd wordt, Vergelijk artikel 6:5.

Nakoming van een loutere fatsoensplicht echter zal voor wat de in deze titel bepaalde rechtsgevolgen aangaat wel degelijk schenking zijn, mits de wil van de schenker en die van de begiftigde gericht zijn op een verrijking zonder daartoe bestaande rechtsplicht (remuneratoire schenking). Heeft daarentegen iemand een ander om niet verrijkt zonder dat een schuld bestond maar ook zonder dat zijn wil en die van de verrijkte op die verrijking gericht waren, dan zal hetgeen gepresteerd is over het algemeen als onverschuldigd betaald teruggevorderd kunnen worden. Hieronder is begrepen het geval van voldoen aan een vermeende verplichting.

Het vereiste van onherroepelijkheid wordt niet gesteld. Dat is met name van belang voor de schenking van een periodieke uitkering tot wederopzegging, die beschouwd moet worden als een schenking onder de ontbindende voorwaarde van opzegging.

Over het algemeen geldt het stelsel dat een op verrijking van een ander gerichte rechtshandeling door deze moet worden aanvaard om het beoogde resultaat tot stand te brengen. Aan de andere kant komt het zelden voor dat mensen of rechtspersonen van schenkingen niet gediend zijn. In het tweede lid van het onderhavige artikel is derhalve eenzelfde, de

rechtszekerheid bevorderende, regel over de aanvaarding van het aanbod tot schenking opgenomen als ook voorkomt in artikel 6:5, tweede lid, artikel 6:160, tweede lid, en artikel 6:253, vierde lid.

De bepaling van artikel 175, tweede lid, geldt ook wanneer het schenkingsaanbod aan twee of meer bepaalde personen wordt gedaan. Zij geldt echter alleen als het aanbod tot een of meer bepaaldelijk aangeduide persoon of personen is gericht. Is een aanbod bij wijze van openbare bekendmaking gericht tot een door min of meer ruime kenmerken omschreven maar overigens onbepaalde groep van personen, bij voorbeeld in de vorm van een uitdeling of een uitloving, dan kan de aanvaarding slechts geschieden door een tot de aanbieder gerichte verklaring. Heeft immers bij een zodanig aanbod de schenker niet een bepaalde termijn voor de aanvaarding gesteld, dan is hij in beginsel gerechtigd zijn aanbod te herroepen voor zover dit niet is aanvaard; het moet dan niet mogelijk zijn dat hij een herroeping doorkruist ziet doordat een gegadigde zich alsnog beroept op het in artikel 175, tweede lid, bepaalde.

Is het aanbod gericht tot een of meer bepaalde personen en vraagt, of vragen, deze(n) beraad, dan is er zolang dit beraad duurt geen sprake van aannemen noch van afwijzen.

Artikelen 175a en 176

In het geldende wetboek is de geldigheid van schenkingsovereenkomsten gebonden aan het vormvereiste van een notariële akte. Deze is zowel voor het aanbod als voor de aanvaarding van een schenking voorgescreven. Dat een schenking om geldig te zijn formeel moet worden aanvaard, wordt echter tegenwoordig vrijwel eenstemmig verworpen. Ook voor het aanbod tot schenking reikt de eis van een notariële akte echter verder dan met het oog op bescherming van de schenker tegen overijling en met het oog op de rechtszekerheid geboden is. Op het gemis van de akte wordt in de praktijk herhaaldelijk een beroep gedaan om te ontkomen aan de gevolgen van volkomen gerechtvaardigde, geenszins overijlde en bewijsbare beloften tot schenking.

De onbevredigende uitkomsten hiervan hebben dan ook geleid tot een communis opinio, die zich met betrekking tot het aanbod tot schenking in beginsel tegen handhaving van de eis van een notariële akte heeft uitgesproken. Voor afschaffing van de akte wordt onder meer aangevoerd

dat het motief van bescherming tegen overijling niet van doorslaggevende betekenis kan zijn nu in de praktijk zoveel schenkingen zonder voorafgaande belofte metterdaad geschieden. Bovendien zou deze bescherming dan niet alleen bij schenking nodig zijn, maar ook bij andere overeenkomsten om niet die onberaden kunnen worden aangegaan. Het ontwerp volgt deze communis opinio door van schenking, voor zover die niet ter zake van het overlijden van de schenker plaatsvindt, in beginsel een vormvrije overeenkomst te maken.

In een adres van het toenmalige Bestuurscollege van het Eilandgebied Curaçao aan de Minister van Justitie van de Nederlandse Antillen, ontvangen op 21 november 2007, wordt ervoor gepleit om, gezien de maatschappelijke verhoudingen, het vormvereiste te handhaven. Aan deze wens wordt in artikel 175a gehoor gegeven door ten aanzien van registergoederen de eis van notariële akte te handhaven. Ook in het ontwerp-nieuw Burgerlijk Wetboek van Suriname is deze bepaling opgenomen. Van veel mensen is een onroerende zaak (huis) het enige bezit van waarde. Het komt voor dat een kind betoogd en met getuigen wil bewijzen dat zijn ouder in het verleden die zaak aan hem heeft geschonken (zonder dat sprake is van een schenking ter zake des doods). Zoals ook in het huidige recht, geldt het vormvereiste alleen de formele schenking (zie de uitzondering in artikel 186, eerste lid). Zie voorts artikel 177 ten aanzien van schenking ter zake des doods.

Tegen het vervallen van het vormvereiste voor het overige is wel enig tegengewicht wenselijk. Daarin voorziet het onderhavige artikel 176. De diepere grond van het verlangen om voor de geldigheid of de bewijsbaarheid van schenkingsovereenkomsten enigerlei beperkende voorwaarde te stellen is hierin gelegen dat de schenking in zoverre van het normale type van het in het dagelijks leven verrichte rechtshandelingen afwijkt, dat zij een rechtshandeling om niet is, een rechtshandeling derhalve die haar auteur – althans in stoffelijke zin – per definitie benadeelt. Het is begrijpelijk dat het recht de waarborg wil scheppen dat de schenking werkelijk door de schenker wordt gewild; het is de taak van de rechtsorde de schenker zo nodig te beschermen tegen zich zelf – eigen onnadenkendheid of overijling – alsmede tegen ongeoorloofde beïnvloeding van buitenaf.

In het nieuwe BWA is geen bijzondere materiële regel nodig om deze bescherming te verwezenlijken, daar hierin reeds wordt voorzien door de regeling van artikel 3:44, vierde lid, inzake misbruik van omstandigheden, het zogenaamde ‘vierde wilsgebrek’. De voormelde overijling en ongeoorloofde beïnvloeding door derden zullen zo nodig zonder moeite onder de in artikel 3:44, vierde lid, genoemde bijzondere omstandigheden als ‘afhankelijkheid’, ‘lichtzinnigheid’ of ‘onervarenheid’ kunnen worden gebracht, waarbij bovendien te bedenken is dat de opsomming van de bijzondere omstandigheden in artikel 3:44, vierde lid, een enuntiatieve is.

In dit verband is uiteraard van groot praktisch belang de vraag wie een eventueel gesteld misbruik van omstandigheden in rechte zal moeten bewijzen. Naar geldend recht mag worden aangenomen dat deze bewijslast in beginsel op de schenker rust; men zie artikel 129 van het WBRvA. In beginsel: ‘uit enige bijzondere rechtsregel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid’ kan een andere verdeling van de bewijslast voortvloeien. Het komt gewenst voor ter versterking van de positie van de schenker in de onderhavige materie een bijzondere rechtsregel op te nemen, die bij een beroep zijnerzijds op vernietigbaarheid wegens misbruik van omstandigheden de bewijslast van het tegendeel in beginsel op de begiftigde legt.

Anders dan in artikel 7:176 Ned.BW wordt, mede in verband met het voorgestelde artikel 4:43, eerste lid, geen uitzondering gemaakt voor het geval dat van de schenking een notariële akte is opgemaakt. Wel zal die omstandigheid de bewijsleveringslast van de begiftigde vergemakkelijken, aangezien een onpartijdige buitenstaander getuige van de rechtshandeling is geweest.

Een uitzondering is opgenomen voor het geval de in de hoofdregel vervatte verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn. Van dit laatste zal de rechter dan wel uitdrukkelijk verantwoording moeten afleggen, ervan uitgaande dat feiten zijn gesteld die deze afwijking van de hoofdregel rechtvaardigen. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat alleen de schenker over het bewijsmateriaal beschikt of dat zijn betoog zo onwaarschijnlijk is dat voorlopige aanvaarding ervan de wederpartij in een onredelijke bewijspositie zou brengen. Voor de formulering van de uitzon-

deringsbepaling vergelijkte men de eerder geciteerde formulering van artikel 129 WBRvA alsmede artikel 6:2, tweede lid, en artikel 6:248, tweede lid.

Wat betreft makingen en huwelijkssluitingen onder invloed van misbruik van omstandigheden, zie men ook het voorgestelde artikel 4:43, eerste lid, artikel 1:92a en artikel 1:152.

Artikel 177

Dit artikel betreft de schenking ter zake des doods (*donatio mortis causa*). Iemand kan plausibele redenen hebben zich tijdens zijn leven jegens een ander te verbinden tot een prestatie om niet bij het overlijden van de schenker om daardoor aan de bevoordeelde zekerheid te verschaffen dat hij op dat ogenblik over een bepaalde geldsom of een bepaald goed zal kunnen beschikken. Men denke aan het geval waarin de schenker de kredietwaardigheid van een van zijn erfgenamen op deze wijze wil versterken, of aan dat waarin hij iemand die hem verzorgt, wil belonen voor bepaalde opofferingen die deze laatste zich getroost, zonder dat in het laatste geval van een overeenkomst onder bezwarende titel of van voldoening van een natuurlijke verbintenis kan worden gesproken. Ook kan een schenking die er toe strekt dat nakoming bij het overlijden van de schenker plaats vindt, deel uitmaken van een overeenkomst over de gevolgen van een toekomstige echtscheiding.

Het eerste lid houdt in dat het artikel alleen betrekking heeft op schenkingen die de strekking hebben dat de uitvoering daarvan eerst na het overlijden van de schenker zal kunnen worden gevorderd. Het begint met het woord 'Voor zover' met het oog op de mogelijkheid dat één schenkingsovereenkomst behalve tot eerst na het overlijden van de schenker te vorderen prestaties, ook verplicht tot bij diens leven te verrichten en vorderbare prestaties waarvoor het artikel niet geldt. Onder de omschrijving van het eerste lid vallen schenkingsovereenkomsten die een tot na schenkers dood opschortende termijn bevatten evenals die onder de opschortende voorwaarde dat de begiftigde de schenker overleeft. Het verschil is dat alleen in het eerste geval erfgenamen van de begiftigde in diens plaats opkomen wanneer de begiftigde vóór de schenker is overleden. Schenkingen onder de ontbindende voorwaarde dat de schenker de begiftigde overleeft of schenkingen waarbij de schenker zich herroeping of

beschikking heeft voorbehouden (zogenaamde ‘droit de retour’) zijn daarentegen geen schenkingen in de zin van het eerste lid, wanneer niet tevens de uitvoering is uitgesteld tot na het overlijden van de schenker. Doet zich twijfel voor of de nakoming door de overeenkomst inderdaad wordt uitgesteld tot na het overlijden van de schenker, dan zal uit de omstandigheden moeten worden afgeleid welke bedoeling deze had.

In artikel 177 is evenals bij uiterste wilsbeschikkingen (artikel 4:42, derde lid) voorgeschreven dat de schenking door de schenker persoonlijk moet zijn gedaan: een schenking bij dode krachtens algemene of bijzondere volmacht vervalt derhalve met het overlijden van de schenker.

Als de belangrijkste beperking die in het onderhavige artikel 177 aan schenkingen bij dode is gesteld geldt die van notariële tussenkomst (en ten aanzien van goederen waarover ook bij codicil kan worden beschikt: de aanwezigheid van een onderhandse akte). Het ontbreken van een notariële akte heeft overigens pas gevolgen bij het overlijden van de schenker: tot dat moment zal een schenking met de hierbedoelde strekking ook zonder notariële akte geldig zijn en (vervroegd) kunnen worden uitgevoerd. Opmerking verdient dat het voorschrift van de notariële akte mede betrekking heeft op de aanvaarding: na het overlijden van de schenker vervalt de schenking wanneer niet de hele schenkingsovereenkomst, en dus niet slechts het aanbod, notarieel is vastgelegd.

Op grond van de verwantschap van schenkingen bij dode met legaten wordt de Verordening op het Testamentenregister aangevuld met een voorschrift dat de notariële akte waarmee een schenking bij dode wordt aangegaan, bij het testamentenregister moet worden aangemeld.

Het tweede lid bepaalt dat als een bevoegdheid tot herroeping van een tot stand gekomen en van kracht zijnde, in het eerste lid omschreven schenking is bedongen – een beding dat naar inhoud of strekking ook kan insluiten dat na schenkers dood zijn erfgenamen nog tot herroeping kunnen overgaan – deze herroeping niet alleen kan geschieden bij een tot de begiftigde gerichte verklaring, maar eveneens bij een uiterste wilsbeschikking van de schenker zonder mededeling aan de begiftigde. Deze laatste faciliteit is opgenomen, in het bijzonder met het oog op het geval dat de schenker besluit van het herroepingsbeding gebruik te maken omdat hij alsnog tot de overtuiging is gekomen dat de schenking jegens zijn erfgenamen, jegens zijn overige schuldeisers of jegens andere bij zijn nalaten-

schap belanghebbenden niet verantwoord is, maar is niet beperkt tot het geval dat dit de beweegreden is voor zijn besluit tot toepassing van de bedongen herroepingsbevoegdheid.

Artikel 178

Het is gewenst, al ware het slechts om ontduikingen te voorkomen, de verbodsregels van artikel 4:59, die aan sommige verzorgers verbieden voordeel te trekken uit uiterste wilsbeschikkingen, ook bij schenkingen op te nemen.

Door het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 4:62, tweede en derde lid, is een schenking ten behoeve van een tussenbeide komende persoon (in elk geval: vader, moeder, afstammeling enz.) op gelijke wijze vernietigbaar als een schenking aan de uitgesloten persoon zelf.

Ingevolge artikel 3:52, eerste lid, onderdeel d, vangt de termijn van drie jaar voor de vernietiging van een schenking op de voet van artikel 178, eerste en tweede lid, aan op het tijdstip dat de vernietigingsmogelijkheid aan de schenker ten dienste is komen te staan. In het vierde lid wordt het aanvangstijdstip van deze verjaringstermijn concreet gesteld op het tijdstip dat de ziekte of het verblijf, bedoeld in het eerste en tweede lid, is geëindigd. Pas vanaf dat tijdstip doet zich immers de omstandigheid niet meer voor waarvan de wetgever een onjuiste beïnvloeding van de schenker vreest.

In het vijfde lid wordt een aanvullende regeling gegeven voor de vernietiging van giften aan verzorgers na het overlijden van de schenker. Hierdoor kunnen ook andere benadeelden dan de erfgenamen tot vernietiging overgaan, zoals een legataris wiens legaat ten gevolge van de schenking aan een verzorger niet of niet ten volle uit de nalatenschap kan worden voldaan.

Vernietiging op de voet van het vijfde lid heeft relatieve werking, evenals dit het geval is met een vernietiging op de voet van artikel 4:62, eerste lid.

In de derde volzin van het vijfde lid is een dubbele verjaringstermijn geformuleerd, waardoor de begiftigde na het overlijden van de schenker niet langer met een mogelijkheid van vernietiging rekening hoeft te houden dan wanneer de schenker in leven was gebleven.

Artikel 179

Dit artikel betreft het geval waarin het aanbod tot schenking ten tijde van het overlijden van de aanbieder nog kan worden herroepen. Weliswaar zouden erfgenamen die het herroepelijke aanbod kennen, dit rechtens ook nog kunnen herroepen op het ogenblik waarop zij de erflater in zijn vermogensrechtelijke positie opvolgen, maar de praktijk leert dat zo'n herroeping veelal bij gebreke van wetenschap achterwege blijft, terwijl zij later niet meer kan geschieden.

De in het eerste lid opgenomen afwijking van artikel 6:222 geldt slechts voor dit bijzondere herroepelijke aanbod; voor het overige blijft deze bepaling op schenkingsaanbiedingen toepasselijk. Dit laatste is onder meer het geval wanneer, zoals in de slotwoorden van de eerste volzin van het voorgestelde artikel is voorzien, uit een overeenkomst of uit de tekst of de strekking van het aanbod moet worden afgeleid dat dit laatste ondanks herroepelijkheid tot het overlijden van de aanbieder niettemin nadien in stand blijft.

Is het aanbod dat bij het overlijden van de aanbieder komt te vervallen, bij wijze van uitloving voor een bepaalde tijd gedaan (vergelijk artikel 6:220), dan behoort het eveneens te vervallen indien de aanbieder binnen die termijn overlijdt en er gewichtige redenen tot herroeping bestaan; men zie het tweede lid. Als zodanig kan in een gegeven geval juist ook de dood van de aanbieder in aanmerking komen ter rechtvaardiging van het verval. In dat geval dient de rechter tevens de bevoegdheid van artikel 6:220, tweede lid, te bezitten om aan iemand die op grond van de uitloving met de voorbereiding van een gevraagde prestatie is begonnen, een billijke schadeloosstelling toe te kennen.

Artikel 180

Deze bepaling impliceert een algemene erkenning van de mogelijkheid van schenkingen over de hand, dat wil zeggen een schenking onder ontbindende voorwaarde met daaraan verbonden een verkrijging onder opschortende voorwaarde. Enkele bepalingen betreffende voorwaardelijke makingen zijn van overeenkomstige toepassing verklaard. Zo zal ingevolge artikel 4:138, tweede lid, de verhouding tussen de begiftigde (de bezwaarde) en degene die het goed na hem zal verkrijgen (de verwach-

ter) beheerst worden door de voorschriften van titel 8 van Boek 3 inzake vruchtgebruik.

Artikel 181

In dit artikel wordt, evenals in het erfrecht (artikel 4:56, eerste lid), de eis van bestaan ten tijde van het overlijden van de aanbieder gesteld. Op deze eis dient dan, evenals in artikel 4:56 uitzonderingen te worden gemaakt voor geoorloofde schenkingen over de hand. Hoewel deze in de praktijk weinig voorkomen, dienen zij op overeenkomstige wijze als in dat artikel geregeld te worden om te voorkomen dat de gestelde regels voor makingen over de hand door schenkingen ontdoken zouden worden.

Artikel 182

Mits het aanbod tot schenking in een akte is neergelegd kan het geschonkene onder bewind worden gesteld. Een notariële akte is niet vereist, ook niet als het bewind betrekking heeft op een geschonken registergoed. Ook reeds het vorderingsrecht tot de toegezegde prestatie dat uit de schenkingsovereenkomst voortvloeit staat onder het bewind. Artikel 182 verwijst voor de rechtsgevolgen van het bewind naar de regeling van het testamentair bewind, met enkele modificaties. Artikel 187, eerste lid, sluit overigens de mogelijkheid van bewind uit in het geval van een gift waarbij de begiftigde gehouden is een tegenprestatie te verrichten.

Artikel 183

Dit artikel regelt de aansprakelijkheid van de schenker voor juridische of feitelijke gebreken in het geschonken goed. Schenking is een bevoordeling van de begiftigde; men kan derhalve aanvoeren dat deze, indien het geschonken goed hem door uitwinning of gebrek weer ontvalt, er niet slechter aan toe is dan vóór de schenking. De begiftigde kan echter tengevolge van verborgen gebreken van het geschonken goed schade lijden in zijn overige vermogen. Men denke aan het geval dat tengevolge van een gebrek van de geschonken auto een derde schade lijdt waarvoor de begiftigde aansprakelijk is, of aan het geval dat een geschonken dier aan een besmettelijke ziekte lijdt waardoor andere dieren van de begiftigde of van derden worden aangetast, of aan het geval dat een geschonken vat lekt en schade veroorzaakt aan andere goederen van de begiftigde of van

derden. Het is billijk dat de schenker voor dergelijke schade van de begiftigde aansprakelijk is als zich de situatie voordoet die in het eerste lid wordt beschreven: als de schenker de gebreken niet heeft opgegeven hoewel hij ze kende, terwijl de begiftigde de gebreken bij de aflevering van de geschonken zaak niet had kunnen ontdekken.

De beperking dat de aansprakelijkheid zich niet uitstrekt tot schade geleden ten aanzien van het geschonken goed zelf, is in het tweede lid vastgesteld. Deze beperking wordt opgeheven in het geval van bedrog, waaronder hier in het bijzonder is te verstaan een opzettelijke verzwijging waar spreken plicht was; men zie artikel 3:44, derde lid.

Artikel 184

Dit artikel en het volgende artikel 185 regelen de vernietiging van schenkingen op grond van bepaalde gedragingen van de begiftigde. Hoewel van oudsher gesproken werd van herroeping van schenkingen, is dit geen juiste benaming: van eigenlijke herroeping is geen sprake, maar de schenker heeft het recht de overeenkomst in de in artikel 184, eerste lid, genoemde gevallen te vernietigen. Ingevolge de regeling van de artikelen 3:49 en 3:50 kan dit in beginsel geschieden door een verklaring van de schenker.

De bepaling in onderdeel a van het eerste lid (een schenking is vernietigbaar indien de begiftigde in verzuim is de hem bij de schenking opgelegde verplichtingen na te komen) is beperkt tot gevallen waarin noch de schenker noch een derde begunstigde nakoming van de verplichting kan vorderen. Indien de schenker nakoming van de verplichting kan vorderen, zal hij in geval van niet-nakoming de overeenkomst kunnen ontbinden krachtens artikel 6:265, daar de overeenkomst alsdan hetzij een wederkerige overeenkomst is, hetzij een andere rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties als bedoeld in artikel 6:261, tweede lid. Aan een vernietigbaarheid, met haar van de ontbinding afwijkende rechtsgevolgen, bestaat daarnaast geen behoefte. Indien een derde nakoming van de verplichting kan vorderen (artikel 6:253), kan de schenker in beginsel niet meer alleen ontbinden; men zie artikel 6:279, derde lid). Een vernietigbaarheid krachtens het onderhavige artikel zou zich daarmee slecht verdragen.

Onderdeel b betreft de vernietiging van schenkingen wegens omstandigheden die gelijkenis vertonen met de erfrechtelijke onwaardigheid van artikel 4:3, eerste lid, onderdelen a en b. In het onderhavige onderdeel b wordt slechts het plegen van een misdrijf genoemd, terwijl in het tweede lid de overige strafrechtelijk relevante gedragingen zijn opgesomd die de schenking vernietigbaar maken. Behalve medeplichtigheid aan een misdrijf leveren ook andere deelnemingsvormen (doen plegen, medeplegen en uitlokken van een misdrijf) een grond op voor vernietiging.

Voor vernietigbaarheid van schenkingen wegens een door de begiftigde gepleegd misdrijf is geen strafrechtelijke veroordeling vereist, zoals in artikel 4:3. Van de schenker kan niet gevergd worden dat de schenking in stand moet blijven zolang geen strafrechtelijke veroordeling heeft plaatsgevonden.

Evenmin wordt geëist dat het misdrijf bedreigd wordt met een vrijheidsstraf van tenminste vier jaar, zoals in artikel 4:3. Ook bij minder ernstige misdrijven kan in beginsel van de schenker niet gevergd worden dat hij de schenking in stand dient te laten, behoudens de mogelijkheid voor de begiftigde om zich tegen de vernietiging in rechte te verweren met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Tenslotte geldt ook vernietigbaarheid in geval van een misdrijf tegen de naaste betrekkingen van de erflater. Ook hier geldt dat bij een dergelijk misdrijf instandhouding van de schenking veelal niet van de schenker gevergd kan worden. Onder naaste betrekkingen vallen te begrijpen de echtgenoot of andere levensgezel van de schenker, alsmede (andere) personen tot wie de schenker in een verhouding staat die te beschouwen valt als ‘family life’ in de zin van artikel 8 EVRM (Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden). Het verdient uit oogpunt van rechtszekerheid geen aanbeveling de kring van naaste betrekkingen ruimer op te vatten. Overigens valt niet geheel uit te sluiten dat in uitzonderlijke omstandigheden ook daarbuiten vernietiging van een schenking zou kunnen plaatsvinden wegens een misdrijf tegen een persoon in de omgeving van de erflater. Dat zou zich kunnen voordoen wanneer aanvaarding van het verweer dat deze persoon niet als ‘naaste betrekking’ valt te beschouwen, in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:2, tweede lid).

Voor de toepassing van onderdeel c maakt het geen verschil of de onderhoudsverplichting van de begiftigde voortvloeit uit de wet of uit een overeenkomst.

Artikel 185

Dit artikel bevat een bepaling omtrent de verjaring van de bevoegdheid om in rechte beroep te doen op de vernietigbaarheid van de schenking in de in artikel 184 genoemde gevallen; een soortgelijke bepaling bevat het huidige artikel 7A:1711. De bepaling van het tweede lid geldt alleen bij de dood van de schenker; de dood van de begiftigde laat de bevoegdheid van de schenker om de overeenkomst te vernietigen onaangetast.

Artikel 186

De verruiming die de omschrijving van schenking in artikel 175 ten opzichte van het huidige heeft ondergaan, sluiten niet uit dat iemand een ander ook op andere wijze kan verrijken ten koste van eigen vermogen dan door middel van de daar omschreven overeenkomst om niet. Men denke in de eerste plaats aan handelingen die zich buiten de begiftigde om voltrekken zoals afstand van een beperkt recht ten voordele van een andere beperkt gerechtigde van lagere rang op hetzelfde goed, of betaling van andermans schuld, zonder dat dit met de andere beperkt gerechtigde, onderscheidenlijk met de debiteur overeengekomen is, voorts aan feitelijke handelingen zoals het bouwen van een huis met eigen bouw materiaal op andermans grond en het ten koste van eigen vermogen bouwrijp maken van andermans terrein.

Daarnaast dient in dit verband genoemd te worden overeenkomsten waarin een beding ten behoeve van een derde is opgenomen. Tussen de gene die bedingt en de derde behoeft daarbij geen overeenkomst van schenking te worden gesloten, terwijl de overeenkomst tussen de bedinger en de belover op zichzelf ook niet een overeenkomst van schenking in de zin van artikel 175 is.

Ook valt te denken aan het zogenaamde 'negotium mixtum cum donatione', waarvan hierboven in de toelichting op artikel 175 werd opgemerkt dat daarbij de overeenkomst in haar geheel niet voldoet aan de vereisten van artikel 175, terwijl daarbij toch van verrijking van een ander ten koste van eigen vermogen sprake is.

Ten aanzien van deze uiteenlopende gevallen verleent het onderhavige artikel aan de rechter de bevoegdheid de bepalingen van deze titel overeenkomstig toe te passen voor zover de strekking van de betrokken bepaling in verband met de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Hierdoor wordt voorkomen dat de voor schenkingen geschreven regels worden ontdoken in de vorm van zogenaamde materiële schenkingen. Het artikel vat deze bevoordelingshandelingen samen onder de benaming 'gift', een term die ook elders voor bevoordelingen in het algemeen wordt gebruikt (vergelijk artikel 1:88, eerste lid, onderdeel b, afdeling 4 van titel 5 van Boek 4 en artikel 6:5, derde lid). Het vormvereiste van artikel 175a is echter uitgezonderd; ook in het huidige recht geldt het vormvereiste enkel voor de formele schenking.

De in het tweede lid van het onderhavige artikel gegeven omschrijving van gift sluit zoveel mogelijk aan bij die van schenking in artikel 175. Het verschil bestaat voornamelijk hierin, dat het begrip 'gift' ruimer is dan 'schenking' en ook andere handelingen dan een overeenkomst om niet omvat.

De tweede volzin van het tweede lid gaat uit van de gedachte dat de begunstiging als zodanig nog geen gift oplevert. Een handeling dient, om als gift te kunnen worden gekwalificeerd en de daaraan verbonden rechtsgevolgen te verkrijgen, niet slechts de strekking van verrijking te hebben, doch dient mede te zijn uitgevoerd, of te hebben geleid tot een mogelijkheid voor de begunstigde om aanspraak te maken op de met de gift gemoeide prestatie. Aanspraak kunnen maken omvat zowel het vorderingsrecht met betrekking tot de prestatie als het – door aanvaarding van een derdenbeding – kunnen verwerven van zodanig vorderingsrecht. De tweede volzin bewerkstelligt derhalve tevens dat in geval van een derdenbeding ook de aanwijzing van de derde een gift vormt, wanneer de begunstigde door aanvaarding van het beding zou worden verrijkt. Daarbij kan de aanvaarding van het derdenbeding besloten liggen in het aanspraak maken op de prestatie. Omgekeerd zal een aanwijzing als rechthebbende niet reeds vernietigbaar zijn, voordat zij door de begunstigde kan worden aanvaard.

Bij levensverzekeringen is het gebruikelijk dat een derde die is aangewezen als begunstigde, de aanwijzing tijdens het leven van de verzekeringnemer niet kan aanvaarden zonder diens toestemming. Zolang de verze-

keringnemer alle touwtjes nog in handen houdt, strekt de aanwijzing van de begunstigde nog niet tot diens verrijking. Zodra echter de begunstigde tot aanvaarding kan overgaan, verkrijgt de aanwijzing alsnog de bedoelde strekking.

De gelijkstelling met een gift van een tot verrijking strekkende aanwijzing bij een derdenbeding is mede van betekenis voor de toepassing van de erfrechtelijke regels omtrent vermindering, terugvordering en verhaal. Ook hier geldt dat de aanwijzing blootstaat aan erfrechtelijke consequenties, zodra aanvaarding mogelijk is. Dat een aanwijzing ondanks overlijden van de bedinger niet aanvaard kan worden, zal zich overigens slechts zelden voordoen. Mocht de begunstigde willen ontkomen aan de erfrechtelijke gevolgen van de aanwijzing, dan heeft hij de mogelijkheid de aanwijzing af te wijzen (artikel 6:253, vierde lid).

Artikel 187

Artikel 186 verklaart de bepalingen van deze titel van overeenkomstige toepassing op andere giften dan schenkingen, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Tot de giften, niet zijnde schenkingen, behoort onder meer behoort het zogenaamde ‘negotium mixtum cum donatione’ (zie de toelichting bij artikel 175 en bij artikel 186); men denke aan een verkoop tegen een koopprijs die aanzienlijk onder de waarde van de zaak ligt of aan een schenking onder een ‘last’ die het karakter van een tegenprestatie heeft. Zo kan de verkoop van een bedrijf, met name aan een familielid, soms gedeeltelijk als een gift worden beschouwd, indien zij ver beneden de verkeerswaarde geschiedt. In het bijzonder in de landbouw wordt zo'n transactie niet als zodanig beschouwd, indien een rendabele exploitatie van dat bedrijf een hogere prijs niet toelaat, en tevens een beding is opgenomen dat het voordeel bij latere doorverkoop binnen een zekere termijn mede doet toekomen aan anderen die de verkoper even na staan in de familieverhouding. Van deze en soortgelijke omstandigheden zal het vaak afhangen, of van een ‘negotium mixtum’ sprake is. Verwant met het ‘negotium mixtum’ is de prestatie die ten dele als voldoening aan een natuurlijke verbintenis moet worden aangemerkt, doch die in haar totaal de perken daarvan te buiten gaat. Ook een zodanige prestatie behoeft enige nadere aandacht van de wetgever.

Voor deze belangrijke groepen van giften nu geeft het onderhavige artikel 187 enige nadere regels. Het eerste lid stelt voorop dat ook op de ‘negotia mixta’ de bepalingen van titel 7.3 in beginsel van toepassing zijn, doch zondert daarvan artikel 182 ter zake van onderbewindstelling uit. Bewind over een onverdeeld gedeelte van het geschonkene, overeenkomend met de bevoordeling komt hier niet in aanmerking; afgezien van dogmatische en praktische bezwaren zou zo'n bewind niet met de bedoeling van de schenker overeenstemmen. De mogelijkheid van bewind over de gehele prestatie is ongewenst, omdat verschillende bepalingen inzake de rechtsgevolgen van het bij uiterste wil of schenking ingestelde bewind daarop slecht zouden passen; men denke bijvoorbeeld aan artikel 4:154, waarvan de verhaalsregeling is gebaseerd op de veronderstelling dat van een loutere bevoordeling sprake is.

Een andere moeilijkheid doet zich bij deze categorie van giften voor waar het de toepassing van artikel 177 betreft. Dit eist voor de geldigheid van de schenking die bestemd is om pas na het overlijden van de schenker te worden uitgevoerd, een bevestigingsverklaring in de vorm waarin een legaat van de prestatie kan worden gemaakt. De strekking van deze bepaling – te weten bescherming van de overige schuldeisers van de erflaters en van de somgerechtigden tegen bevoordelingen die voor de erflater tijdens zijn leven geen vermogensoffer vormen – brengt mee dat zij ook voor de onderhavige bevoordelingen moet gelden; het mag in beginsel geen verschil uitmaken of de erflater de bevoordeling op de voormelde wijze verricht of haar inkleedt als een legaat tegen inbreng van een bedrag dat onder de waarde van de zaak ligt. Dit maakt evenwel een aanvullende bepaling gewenst voor het geval de bevestigingsverklaring achterwege blijft, hetgeen in beginsel tot nietigheid van de gehele rechtshandeling zou leiden. Om deze te vergaande consequentie van de overeenkomstige toepasselijkheid van artikel 177 te vermijden, bevat het tweede lid een regeling die is geïnspireerd door de artikelen 3:54 en 6:230. Daartoe wordt allereerst de gift in het voormelde geval in afwijking van artikel 3:39 niet nietig, doch vernietigbaar verklaard. Vervolgens is bepaald dat de begiftigde alsdan de vernietiging kan voorkomen door tijdig het verschil tussen de waarde en de van hem bedongen prestatie op te leggen, en voorts kan de rechter in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de rechtshandeling wijzigen.

Het derde lid bevat een soortgelijke oplossing voor het geval de gift vernietigbaar is op grond van artikel 178. Artikel 4:62, vierde lid, bevat dezelfde regel voor legaten in verband waarmee de legataris gehouden is een tegenprestatie te verrichten, de zogenaamde legaten tegen inbreng. Het vierde lid breidt de toepasselijkheid van het eerste tot en met derde lid op handelingen uit die ten dele als gift, ten dele als nakoming van een natuurlijke verbintenis zijn te beschouwen. De toepassing is een overeenkomstige, onder meer omdat de begiftigde hier vaak geen tegenprestatie zal hebben verricht; alsdan is bij toepassing van het tweede lid, tweede volzin, niet van een aanvullende prestatie sprake. Dit doet echter niet af aan de mogelijkheid om de aan de vorige leden ten grondslag liggende gedachten ook op de onderhavige groep van giften toe te passen.

Artikel 188

Hierin wordt – in het belang van de rechtszekerheid – bepaald dat de aanwijzing als begunstigde van een sommenverzekering als gift moet worden aangemerkt, tenzij deze strekt tot nakoming van een verbintenis anders dan die uit schenking. Sommenverzekering zijn geenszins altijd als een gift te beschouwen: talloze sommenverzekeringen strekken tot voldoening aan een natuurlijke verbintenis, en ook zijn er, welke voldoening aan een in rechte afdwingbare verbintenis betekenen, zoals een pensioen- of alimentatieverbintenis en de nakoming van bedingen in kredietverlening. Verzekeringen van deze strekking worden door titel 7.3 niet geraakt.

De gift bij sommenverzekering schuilt in de begunstiging als zodanig. Deze begunstiging is de handeling die ertoe strekt een ander ten koste van eigen vermogen te verrijken. De verzekering betekent een vermogenswaarde waarover de verzekeringnemer door aanwijzing van een begunstigde, door afkoop of door belening kan beschikken. Door een ander dan zichzelf als begunstigde aan te wijzen, reserveert de verzekeringnemer, zij het wellicht herroepelijk, die vermogenswaarde voor een ander. Daarbij doet niet ter zake, of de begunstiging primair of subsidiair, herroepelijk of onherroepelijk is: volgens de omschrijving van artikel 186 komt het er immers op aan of de handeling waarin de gift bestaat, strekt tot verrijking. Aan deze strekking doet evenmin af, dat allerlei voorwaarden moeten zijn vervuld, eer de verzekering tot uitkering komt. Zo

zal premiebetaling in het algemeen de vervulling van zo'n noodzakelijke voorwaarde zijn. De uitkering zelf is geen gift, omdat zij een handeling is die ten laste van de verzekeraar komt.

De strekking van het eerste lid is verder om de geldigheid van een begunstiging bij sommenverzekering te onttrekken aan de artikelen 177, 179, 181, 182 en 187. Zo pleegt zulk een begunstiging nu eenmaal niet te geschieden met een bevestiging bij notariële akte, de vorm die artikel 177 voor overige giften bij dode verlangt. Sommenverzekering is een in de maatschappij erkend instituut, dat zijn eigen regels heeft. Er bestaat geen goede reden toe om de rechtszekerheid daarvan op het spel te zetten door het stellen van formele vereisten die voor verkapte legaten wel wenselijk zijn.

In het tweede lid wordt wat betreft de waarde van de gift als maatstaf onverkort gekozen voor de waarde van de uitkering. Wanneer de waarde moet worden bepaald op een moment dat nog geen uitkering opeisbaar is, zal van de contante waarde van de uitkering of uitkeringen moeten worden uitgegaan. Zolang de aanwijzing nog niet kan worden aanvaard, heeft de begunstigde nog generlei vermogensrecht uit de verzekering doch hooguit een verwachting, zodat aan de gift nog geen waarde kan worden toegekend. De tweede volzin schrijft evenredigheid voor indien de begunstiging slechts ten dele als een gift – en voor de rest bij voorbeeld als voldoening aan een natuurlijke verbintenis – is te beschouwen. Het derde lid houdt rekening met de mogelijkheid dat de begunstigde door de uitkering niet ten volle wordt gebaat. Soms is de verzekeraar bevoegd om bedragen op de uitkering in mindering te brengen, zoals een bedrag dat de verzekeringnemer krachtens belening van de polis verschuldigd kan zijn; voorts moet er rekening mede worden gehouden dat te zijner tijd ten laste van de verzekeringnemer verhaal op de verzekering zal kunnen worden genomen. Zulke bedragen komen ten volle in mindering op de gift.

Onderdeel P (titel 7.4: huur)

Algemeen

Het onderhavige ontwerp strekt tot hercodificatie van het in het BWA opgenomen huurrecht, met aansluiting op het algemeen deel van het vermogensrecht, zoals geregeld in de reeds ingevoerde Boeken 3 en 6.

Daarbij is van de gelegenheid gebruik gemaakt om de sterk verouderde en moeilijk leesbare Huurcommissieverordening (HCV) te herzien en in het BWA te integreren. Het gaat hier, zoals algemeen bekend, om een maatschappelijk belangrijke materie. Van de nieuwe titel 4 van Boek 7 worden in de afdelingen 1 tot en 4 algemene bepalingen gegeven, die in beginsel gelden voor alle verhuurde zaken. Deze afdelingen zijn ontleend aan de Nederlandse wet van 21 november 2002, Stb. 587 (Kamerstukken 26 089), maar met minder dwingend recht (verg. de niet overgenomen artikelen 7:206, derde lid, tweede volzin, 209, 231, 242 en 282 Ned.BW). Van de Nederlandse toelichtende stukken die zijn uitgegeven in: *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, eds. A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth-Vinke, 2008 – is hieronder gebruik gemaakt. Dat het algemeen deel minder dwingend recht bevat dan in Nederland impliceert een continuering van het huidige recht. Ook het huidige Arubaanse huurrecht, voor zover opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (in tegenstelling tot de Huurcommissieverordening), bevat weinig dwingend recht. Men zie voor het huidige recht C. de la Fuente en W.J. Noordhuizen, *Nederlands-Antilliaans en Arubaans huurrecht*, 2009. Hier te lande is van de noodzaak van meer dwingend recht in het algemeen deel onvoldoende gebleken. Overigens is in Nederland het op grote schaal tot dwingend recht verklaren niet onbekritiseerd gebleven; men zie onder andere de beschouwingen van de Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad J.L.R.A. Huydecoper in het *Nederlands Juristenblad* 2003, p. 1940 e.v. Men houde in het oog dat in Nederland de huurdersbescherming historisch zo gegroeid is als deze zich nu voordoet. Aruba heeft niet diezelfde weg gevolgd. Er is geen goede reden nu te breken met het eigen (rechtshistorische) verleden en het niveau van huurdersbescherming, ten koste van de verhuurder, die in Aruba in veel gevallen een niet-institutionele belegger/eigenaar van het gehuurde is, te brengen op het Nederlandse niveau. De onroerend goedmarkt hier te lande lijkt ook flexibeler te zijn dan die in Nederland.

Afdeling 5 daarentegen betreft uitsluitend de huur van woon-ruimte (waaronder niet begrepen zijn vakantiewoningen, hotel- en pensionverblijven, wisselwoningen e.d.; zie artikel 232). In deze afdeling is de dwingendrechtelijke Huurcommissieverordening gewijzigd opgenomen. Voorgesteld wordt om van de historische kostprijs over te stappen op de

marktwaarde (artikelen 240 en 243). Vaak blijkt het onmogelijk de historische kostprijs te achterhalen. Bovendien is het als het pand al in andere handen is overgegaan niet redelijk tegenover de verhuurder om de huurprijs af te leiden van de kostprijs van de eerste eigenaar in het verleden. Op verzoek van de woningbouwcorporaties is echter de mogelijkheid geopend dat zij in beginsel op de oude voet doorgaan (artikel 244).

In dit verband bedenke men dat de dat de Huurcommissieverordening – die in 1939 is ingevoerd in verband met de toenemende economische bedrijvigheid en grote toestroom van nieuwe bewoners – een inbreuk vormt op de contractvrijheid, welke als grondrecht geldt. Bovendien vindt het recht van de verhuurder bescherming in artikel 1 Protocol nr. 1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM): het recht op bescherming van ‘possessions’. In de recente zaak *Hutten-Czapska v. Poland* is Polen veroordeeld door het Europese Hof voor de rechten van de mens wegens een onevenredige belasting van verhuurders in de nationale huurwetgeving (EHRM Grote Kamer 19 juni 2006, appl. no. 35014/97). Zie in dit verband ook het vonnis het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 10 augustus 1999 in de zaak *Kundnani v. El Ayoubi* (Tijdschrift van Antilliaans recht-Justicia 2000, p. 48 e.v.), waarin ten aanzien van de overeenkomstige Nederlands-Antilliaanse Huurcommissie-Regeling werd overwogen:

‘4.4. Het Hof is van oordeel dat in de huidige tijd de Huurcommissie-Regeling – die sedert 1940 mede van toepassing is verklaard op onder meer winkels (artikel 17a) – in veel gevallen niet langer bevredigend functioneert. De regeling is weliswaar niet van toepassing wanneer het bedrag van de bouwkosten, waaronder begrepen de waarde van de grond, door de huurcommissie op Afl. 100.000,- of meer is gesteld (artikel 1 lid 9), maar het gaat daarbij om de historische stichtingskosten en de waarde van de grond ten tijde van de bouw.

4.5. Met ontwikkelingen in de marktwaarde wordt evenmin rekening gehouden – indien de regeling van toepassing is – bij de vaststelling van de hoogte van de huurprijzen, hetgeen tot het, in het algemeen maatschappelijk onaanvaardbaar te achten, resultaat kan leiden, bijv. in belangrijke winkelstraten, dat de eigenaar die zijn pand niet zelf gebruikt er uit economische overwegingen beter aan doet dit af te breken en te herbouwen,

dan te verhuren. De op basis van de Huurcommissie-Regeling vastgestelde disproportioneel lage huurprijzen leiden voorts op grote schaal tot verkrotting doordat door de eigenaars onvoldoende onderhoud wordt verricht. De huuropbrengst is daarvoor in veel gevallen ontoereikend.

4.6. Een aanwijzing dat de Huurcommissie-Regeling niet langer voldoet, is ook dat in de praktijk toepassing van artikel 9a – dat sedert 1 maart 1977 matiging (tot nihil) door de rechter van de vordering tot terugbetaling van teveel betaalde huur mogelijk maakt – thans eerder regel dan uitzondering is.’

In het onderhavige ontwerp wordt – in afdeling 5, § 2 (artikel 240) – voorgesteld om de grens tot welke de regeling van huurprijsvaststelling door de huurcommissie toepasselijk is, te stellen op een marktwaarde van Afl. 150.000,= (in plaats van een historische kostprijs van Afl. 100.000,= zoals thans). Het percentage ter vaststelling van de maximale huurprijs van woningen blijft gehandhaafd op 12% en voor bedrijfsruimte op 14%. Voor bestaande huurovereenkomsten blijft ingevolge het voorgestelde overgangsrecht het huidige regiem voor enige tijd gelden (zie artikel 153a Landsverordening overgangsbepalingen nieuw BWA). De regeling van de toestemming van de huurcommissie voor opzegging van de huur (zonder plafond) is ongewijzigd overgenomen in afdeling 5, § 3.

In de artikelen 233 tot en met 237 wordt bescherming geboden aan de echtgenoot en de ongehuwd samenlevende levensgezel ingeval van scheiding of overlijden. De echtgenoot of de tenminste tien jaren samenleefd hebbende levensgezel wordt van rechtswege medehuurder en bij scheiding kan de rechter beslissen wie in de woning mag blijven. Dat behalve met het huwelijk ook wordt rekening gehouden met het ongehuwd samenleven past in het Caraïbisch model van wetgeven. Zie behalve artikel 236 ook het reeds bestaande artikel 1:408b ten aanzien van alimentatie na verbreking van een langdurig samenleven anders dan door overlijden en in het voorgestelde Boek 4 artikel 4:30b ten aanzien van een verzorgingsvruchtgebruik na overlijden.

Wat betreft de nieuwe algemene afdelingen 2 en 3 verdient in het bijzonder de aandacht dat een nieuwe gebrekenregeling wordt voorgesteld (artikelen 204, 206, 207, 208 en 217), die de positie van de huurder verbetert door bepalingen inzake huurvermindering (artikel 207) en herstel van

het gebrek door de huurder met verrekening van de kosten (artikel 206). Zie ook de renovatieregeling in artikel 220.

Zoals uit het stelsel van het nieuw BWA voortvloeit zullen op de huurovereenkomst, zoals geregeld in titel 4 van Boek 7, in beginsel ook de algemene bepalingen van de Boeken 3 en 6 van toepassing zijn. Het nieuwe vermogensrecht is in een gelaagde structuur van algemeen naar bijzonder opgebouwd. Het systeem van de gelaagde structuur brengt onder meer mee dat de regels betreffende nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, opgenomen in titel 2 van Boek 3, ook op de huurovereenkomst van toepassing zijn. Dit is mede van belang voor zover in titel 4 van Boek 7 regels van dwingend recht zijn opgenomen, waarvan de gevolgen nader door titel 2 van Boek 3 worden bepaald.

In de tweede plaats brengt dit mee dat de totstandkoming van de huurovereenkomst moet worden beoordeeld aan de hand van de regels van Boek 3 en Boek 6 betreffende de totstandkoming van rechtshandelingen, onderscheidenlijk van overeenkomsten. Ook de regels betreffende toepasselijkheid en geldigheid van algemene voorwaarden uit Boek 6 zijn van toepassing, hetgeen in de praktijk een belangrijke aanvulling van de bescherming van in het bijzonder de huurder van woonruimte oplevert indien huurovereenkomsten worden gesloten door professionele verhuurders die daarbij algemene voorwaarden hanteren. Zo vloeit uit artikel 6:236, onderdeel c, voort dat onredelijk bezwarend en derhalve vernietigbaar is elk beding dat de huurder een hem volgens de wet toekomende bevoegdheid tot opschorting van nakoming van zijn verplichting tot huurbetaling ontnemt. Krachtens artikel 6:236, onderdeel b, is een beding in algemene voorwaarden waarbij de huurder de mogelijkheid tot ontbinding wordt ontnomen onredelijk bezwarend en derhalve vernietigbaar. Voorts kan onder omstandigheden een beding waarbij de huurder op zich neemt na het aangaan van de overeenkomst ontstane gebreken voor zijn rekening te herstellen krachtens artikel 6:237, onderdeel b, vernietigbaar zijn. Bovendien kan nog gewezen worden op artikel 6:237, onderdeel g, op grond waarvan een beding in algemene voorwaarden waarbij verrekening wordt uitgesloten, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn en kan derhalve vernietigbaar zijn. Uit artikel 6:237, onderdeel f, kan worden afgeleid dat een beding dat de verhuurder geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding,

daaronder begrepen een wettelijke verplichting uit contractenrecht zoals mede in titel 4 van Boek 7 is te vinden, wordt vermoed onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar te zijn. Ook verdient aandacht dat volgens artikel 6:236, onderdeel k, onredelijk bezwarend is elk beding dat de bevoegdheid van de huurder bewijs te leveren aantast of de bewijslast te zijnen nadele wijzigt.

Genoemd onderdeel f van artikel 6:237 is van belang voor de bevoegdheid tot opschorting die de huurder kan ontlenen aan artikel 6:262. De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk beslist dat de huurder een beroep toekomt op artikel 6:262 (HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128). Het stelsel van het onderhavige wetvoorstel brengt hierin geen verandering: de verplichting tot betaling van huur en de verplichting tot herstel van gebreken of het inhalen van achterstallig onderhoud zijn inderdaad tegenover elkaar staande verplichtingen in de zin van artikel 6:262.

Van de opschortingsregeling moet duidelijk worden onderscheiden de regeling van de partiële ontbinding. Met de opschorting van de huurbetaling loopt de huurder vooruit op een eventuele partiële ontbinding van de huurovereenkomst zoals voorgesteld in artikel 207. Men zie artikel 207, erop neerkomend dat, in geval van verminderd huurgenot als gevolg van een gebrek, de huurder recht heeft op partiële ontbinding overeenkomstig de algemene regel van artikel 6:270, zij het dat deze in rechte moet worden gevorderd. Het onderhavige voorstel bevat geen speciale van de algemene regels afwijkende opschortingsregeling. Voor de opschorting als inleiding op verrekening van de kosten in geval de verhuurder in gebreke blijft gebreken te verhelpen en de huurder zelf de gebreken herstelt moge verwezen worden naar de toelichting bij de artikelen 205 en 206.

Ook de regeling van ontbinding of wijziging van de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden, neergelegd in de artikelen 6:258 en 260, is van toepassing; men zie aldus voor het huidige recht HR 10 augustus 1994, NJ 1994, 688, en 14 juni 1996, NJ 1996, 729, beide betreffende huur van woonruimte. Deze rechtspraak blijft onder de regeling van het wetsvoorstel dus haar betekenis behouden.

Tenslotte kan worden gewezen op artikel 6:215 betreffende de gemengde overeenkomst. Artikel 6:215 betreft de gemengde overeenkomst, maar is blijkens art. 6:216 mede van toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen. Deze bepaling komt neer op de zo-

genaamde cumulatieve of combinatieleer. Uitgangspunt is dat een overeenkomst zeer wel onder de omschrijving van twee verschillende benoemde overeenkomsten kan vallen. De bepalingen van beide soorten van overeenkomsten zijn dan cumulatief van toepassing, behoudens een, van bepaling tot bepaling te beoordelen, onverenigbaarheid of zich tegen toepasselijkheid verzettende strekking.

Artikelsgewijs

Afdeling 1. Algemene bepalingen

Artikel 201

Uitgangspunt is dat het voorwerp van huur een zaak is. Het tweede lid geeft aan dat huur van vermogensrechten mogelijk is en dat dan de algemene bepalingen betreffende huur van toepassing zijn, maar het slot van dit lid bevat een veiligheidsklep. Dit stelsel, dat in de pas loopt met wat geldt bij koop (artikel 7:47) verdient om verschillende redenen de voorkeur. In de eerste plaats zijn de meeste huurbepalingen geredigeerd met het oog op het normale geval van huur van een lichamelijke zaak. In de tweede plaats moet er rekening mee worden gehouden dat deze bepalingen zich in het geheel niet lenen voor toepassing met betrekking tot voor een tegenprestatie in gebruik gegeven vermogensrechten, waar geheel andere behoeften kunnen bestaan dan in deze titel onder ogen zijn gezien. Men denke bijvoorbeeld aan intellectuele eigendom.

Het tweede lid spreekt van 'gebruik' en niet van 'genot'. Enerzijds wordt zo uitgedrukt dat het enkele verschaffen van het genot van de zaak zonder aflevering daarvan de overeenkomst nog niet tot huur maakt en anderzijds dat er wel huur is wanneer de zaak aan de huurder in gebruik is gegeven maar deze door aan hem toe te rekenen omstandigheden verhinderd wordt daarvan daadwerkelijk ook het genot te hebben. In de woorden 'in gebruik verstrekken' ligt niet besloten dat voor huur een in beperkt gebruik geven nodig is. Zo kan huur van een muur voor reclame doeleinden worden beschouwd als huur van de betreffende onroerende zaak strekkend tot een beperkt gebruik daarvan. Artikel 203 zegt dan ook dat de verhuurder de zaak aan de huurder ter beschikking moet stellen 'voor zover dat voor het overeengekomen gebruik noodzakelijk is'. Huur kan ook een gedeelte van een zaak betreffen, bijvoorbeeld een kamer.

Niet wordt geëist dat de verhuurder eigenaar of zelfs maar tot verhuur bevoegd is. Men denke aan onbevoegde onderhuur en zie artikelen 221. Voor huur is vereist dat het gebruik geschiedt voor een tegenprestatie. Deze behoeft niet in geld te bestaan. Wel moet de betreffende verbintenis naar de maatstaf van artikel 6:227 bepaalbaar zijn, waartoe niet nodig is dat zij op het tijdstip van totstandkoming van de overeenkomst al vastgesteld kan worden. In de eis van een tegenprestatie ligt besloten dat gebruik ten behoeve van de wederpartij geen huur kan opleveren. Men denke aan een dienstwoning, die de bewoner ten behoeve van de werkgever gebruikt.

De omschrijving verwijst, anders dan volgens het huidige recht, niet naar de duur van de overeenkomst. Zij kan voor bepaalde of voor onbepaalde tijd zijn gesloten. Een waarborg tegen onbeperkt voortdurende huur is niet nodig in verband met artikel 6:258 dat van dwingend recht is (artikel 6:250) en in geval van onvoorziene omstandigheden ontbinding van de overeenkomst mogelijk maakt dan wel een wijziging in die zin dat zij opzegbaar wordt gemaakt met inachtneming van een bepaalde termijn. De omschrijving brengt mee dat titel 4 van Boek 7 in beginsel mede van toepassing is in geval van leasing. Het gaat hier om een niet in de wet geregelde overeenkomst die economisch functioneert als een wijze van financiering van de zaak ten behoeve van degene die haar in gebruik neemt. Een dergelijke overeenkomst kan ook trekken van huurkoop vertonen of op huurkoop neerkomen. Artikel 6:215 brengt mee dat dan zowel de bepalingen betreffende huur als die betreffende huurkoop voor toepassing in aanmerking komen. Daartegen bestaat geen bezwaar. Uit artikel 6:215 zal, mede in verband met de aard van vaak dwingende regels betreffende huurkoop, voortvloeien dat dan in elk geval aan de geldigheidseisen voor huurkoop moet zijn voldaan.

De rechten van de huurder zijn noch een zakelijk recht, noch een beperkt recht in de zin van artikel 3:8. Men zie ook artikel 3:17, tweede lid. Het ligt niet in de bedoeling voor huur een inschrijfbaarheid als daar bedoeld mogelijk te maken.

Artikel 202

De huur zal kunnen meebrengen dat de huurder recht heeft op de vruchten van de zaak. Of dat zo is zal van de aard van de overeenkomst en van

de omstandigheden afhangen; zie de eerste volzin en ook de artikelen 5:1, derde lid, 3:216, en 5:90, eerste lid. De tweede volzin komt overeen met art. 7:14 voor koop. Het ingaan van de huur op een bepaald tijdstip, welk tijdstip aan de hand van de overeenkomst moet worden vastgesteld, betekent in de regel dat ook vanaf dat tijdstip de tegenprestatie verschuldigd wordt. Bij burgerlijke vruchten denke men aan onderhuur. De verwijzing in de eerste volzin van het onderhavige artikel 202 naar artikel 5:17 is niet bedoeld als beperking; achtergrond is dat artikel 202 niet langer, zoals het huidige artikel 7A:1565, spreekt van 'genot'.

Afdeling 2. Verplichtingen van de verhuurder

Algemeen

In deze afdeling (artikelen 203 tot en met 211) is gestreefd is naar een duidelijker systematiek, vermijding van onscherpe onderscheidingen en oplossing van onzekerheden. Uitgangspunt is het genot dat de huurder ingevolge de huurovereenkomst verwachten mag. Of hij in feite dit genot zal hebben hangt van de omstandigheden af. Of de verhuurder aansprakelijk is voor de omstandigheden die de huurder dit genot hebben belet, wordt geregeld met behulp van het begrip 'gebrek', dat in een bijzondere, van de huidige wet afwijkende betekenis wordt gebruikt, omschreven in artikel 204, tweede lid. Ter zake van zulk een gebrek rusten op de verhuurder de in de artikelen 206, 207 en 208 bedoelde verplichtingen, die op het volgende neerkomen:

- a. De verhuurder is verplicht tot herstel van elk gebrek, hoe ook ontstaan (artikel 206). Uitgangspunt is daarbij dat een gebrek een tekortkoming in de zin van de artikel 6:74 e.v. oplevert. Dat brengt evenwel nog niet mee dat hij tot vergoeding van de door het gebrek veroorzaakte schade is gehouden. Daarvoor is immers tevens nodig dat de tekortkoming aan de verhuurder is toe te rekenen. Zo zal de verhuurder wel verplicht zijn tot schadevergoeding, wanneer hij ter zake van zijn verplichting tot herstel in verzuim raakt, waarvoor in beginsel vereist is dat de verhuurder in gebreke is gesteld op de voet van artikel 6:81 e.v. De verplichting tot herstel bestaat niet indien herstel onmogelijk is of onevenredig hoge kosten zou vergen.
- b. De huurder kan volgens artikel 207 een evenredige vermindering van de huurprijs vorderen over de tijd dat het genot door een gebrek is

verhinderd. Deze vordering is toewijsbaar, ongeacht waardoor het gebrek is ontstaan en of de verhuurder tot herstel verplicht is.

c. Op vergoeding van door het gebrek zelf geleden schade heeft de huurder, zoals gezegd, slechts recht indien reeds de enkele aanwezigheid van het gebrek aan de verhuurder is toe te rekenen. Dit is blijkens artikel 208 met name het geval, wanneer het gebrek (i) bij het aangaan van de huur bestond en de verhuurder het toen kende of behoorde te kennen dan wel toen aan de huurder heeft te kennen gegeven dat de zaak het gebrek niet had, of (ii) na het aangaan van de overeenkomst is ontstaan en aan de verhuurder is toe te rekenen.

d. De verhuurder is niet verplicht tot schadevergoeding ten aanzien van herstellingen waartoe de huurder verplicht is, en van gebreken voor het ontstaan waarvan hij aansprakelijk is.

e. De bepalingen laten de rechten en vorderingen van de huurder uit anderen hoofde onverlet. Men denke niet alleen aan de in deze afdeling of elders gegeven bevoegdheid tot ontbinding of op andere wijze beëindigen van de huur of wijziging van de huurovereenkomst op de voet van artikel 6:258 en aan de bevoegdheid tot opschorten, bedoeld in artikel 6:262, maar ook aan aansprakelijkheid op grond van de artikel 6:174 of, in geval van huur van een roerende zaak of een dier, op grond van de artikel 6:173 of 179.

Het voorgaande wijkt in twee belangrijke opzichten af van de huidige regeling. Enerzijds is het begrip gebrek ruimer. Anderzijds zijn de verplichtingen van de verhuurder in de nieuwe regeling juist beperkter: hij staat niet in voor gebreken in dier voege dat de enkele aanwezigheid van een gebrek al toerekenbare tekortkoming in de nakoming oplevert.

Artikel 203

Het nieuwe artikel 203 brengt tot uiting dat niet elke huurovereenkomst verplicht tot aflevering – d.w.z. tot het verschaffen van de feitelijke macht over de zaak – en dat beslissend is dat de huurder een zodanige beschikking over zaak krijgt dat hij er het overeengekomen gebruik van kan hebben. Verder is tot uiting gebracht dat de verhuurder de zaak niet alleen ter beschikking van de huurder moet stellen, maar ook gedurende de gehele huurtijd ter beschikking van de huurder moet laten. Het artikel geldt ook in geval van huur van een gedeelte van de zaak. Ook dan geldt

immers dat de zaak zelf aan de huurder ter beschikking moet worden gesteld voor zover dit voor het overeengekomen gebruik van gehuurde gedeelte noodzakelijk is.

Artikel 204

Het eerste lid bevat een inleidende bepaling, die verwijst naar de in deze afdeling met betrekking tot gebreken omschreven verplichtingen. Hierboven, bij deze afdeling 2 algemeen, is de opzet van de gebrekenregeling al uiteengezet. Het tweede lid bevat de kern door een geheel eigen omschrijving van wat hier met ‘gebrek’ is bedoeld. Of de huurder het genot dat hij verwachten mocht, in concreto ook kan hebben, hangt uiteraard voor een deel van zijn persoonlijke omstandigheden af. Deze kunnen bijvoorbeeld maken dat hij het gehuurde huis niet kan betrekken of slechts een deel ervan kan gebruiken. Dergelijke omstandigheden komen voor rekening van de huurder die alsdan als crediteur in verzuim is, zodat de bepalingen van afdeling 8 van titel 1 van Boek 6 van toepassing zijn. Vergelijk ook HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544 en 545.

Alle genotbeperkende omstandigheden die niet aan de huurder zijn toe te rekenen, vormen een gebrek. Slechts duidelijkheidshalve en zonder tot het maken van onderscheid te nopen noemt het tweede lid van deze omstandigheden nog in het bijzonder die welke het meest voorkomen: een staat of eigenschap van de gehuurde zaak. Daarmee is niet enkel de stofelijke toestand van de zaak op zichzelf bedoeld, maar elke op de zaak betrekking hebbende omstandigheid die het genot ervan beperkt: een slechte staat van onderhoud, materiële beschadigingen, constructiefouten, ongedierte, een erfdienstbaarheid dat enig gebruik uitsluit, een wettelijk voorschrift dat, al of niet in verband met de gesteldheid van de zaak – bijvoorbeeld te geringe afmetingen –, een bepaald gebruik verbiedt. Uitdrukkelijk is bepaald dat sprake is van een gebrek, als de zaak niet het genot aan de huurder kan verschaffen, dat hij bij het aangaan van de overeenkomst van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft, mocht verwachten. Door deze formulering wordt voorkomen dat bij het aangaan van de overeenkomst aanwezige zichtbare gebreken, geen gebrek zouden opleveren. Men denke aan de huur van een gebouw waar het onderhoud enige tijd verwaarloosd is. Het enkele feit dat de huurder daarmee bekend is, behoeft uiteraard

niet mee te brengen dat de verhuurder wordt ontslagen van zijn verplichting dit onderhoud na het aangaan van de overeenkomst alsnog te verrichten. De bepaling is evenwel van aanvullend recht. Het staat de verhuurder derhalve vrij te bedingen dat het onderhoud voor de huurder zal zijn of dat deze voor het herstel van gebreken zal zorgen, wat uiteraard in de hoogte van de huurprijs tot uitdrukking zal komen. Zo kan ook een afwijking van de regeling besloten liggen in de aard van de overeenkomst. Indien het de huur van een bouwvallige schuur betreft tegen een lage prijs, zal mogen worden aangenomen dat het de bedoeling van partijen is geweest dat de huurder niet mocht verwachten dat het om een goed onderhouden zaak zou gaan en zich ermee heeft verenigd dat op de verhuurder geen verplichting tot herstel rust.

Anders dan in Nederland, is de bepaling niet voor woonruimte van dwingend recht gemaakt (artikel 7:242 Ned.BW in de Nederlandse afdeling 5 inzake Huur van woonruimte). In Nederland geldt dat als men een huis huurt dat bij het aangaan van de overeenkomst scheuren of andere gebreken vertoont, zulks een gebrek oplevert dat door de verhuurder verholpen moet worden, zelfs als met die staat van onderhoud bij de bepaling van de huurprijs rekening is gehouden. Dit past in het streven om de onderhoudstoestand van het woningenbestand in Nederland op peil te houden en om de positie van de huurder van woonruimte bij achterstallig onderhoud te versterken. Hier te lande zou deze inbreuk op de contractsvrijheid te ver gaan.

Het derde lid komt overeen met het huidige recht: geen gebrek is een feitelijke stoornis in het genot door derden; men denke aan verkeerslawaaï, spelende kinderen die een bal door een ruit gooien, burengerucht enz. Een dergelijke stoornis komt voor rekening van de huurder. Buiten de uitzondering valt het geval dat de derden zich voor hun feitelijke stoornis beroepen op een hen toekomend recht op het gehuurde, bijvoorbeeld een erfdienstbaarheid op de verhuurde onroerende zaak. Daarmee is dus tevens voor risico van de verhuurder gebracht de stoornis door een derde die beweert tot die stoornis gerechtigd te zijn doch het in werkelijkheid niet is. Ook is niet uitgesloten dat de verhuurder zodanige bevoegdheden tegenover de derden heeft dat gezegd kan worden dat hij zelf mede tot de feitelijke stoornis bijdraagt door van deze bevoegdheden geen gebruik te maken. Ook dat valt niet onder de uitzondering. Of dit zich voordoet

hangt van de omstandigheden af. Men zie bijvoorbeeld HR 5 oktober 1990, NJ 1991, 295, waar het een huurder betrof die een restaurantbedrijf uitoefende in het gehuurde en ernstige overlast van kamerbewoners had in hetzelfde pand.

Is de verhuurder niet ook de verhuurder van de overlast veroorzakende burelen dan kan de verhuurder alleen voor deze overlast aansprakelijk zijn, wanneer zulks in de huurovereenkomst is bedongen. De verhuurder is dan aansprakelijk volgens de regels van Boek 6. Van een gebrek is dan geen sprake. Ook de enkele bewering van recht op zichzelf, zonder feitelijke stoornis, vormt geen gebrek, naar het derde lid van het onderhavige artikel 204 volledigheidshalve nog bepaalt, zij stoort de huurder niet in zijn genot. Zij doet dat ook niet als zij geschiedt in de vorm van een rechtsvordering, al kan door toewijzing daarvan de aanwezigheid van een gebrek komen vast te staan.

Dat de huurder tegen de in het derde lid bedoelde derden zelf kan optreden, heeft een wettelijke basis in het slot van artikel 3:125, derde lid, op grond waarvan de houder van een zaak ter zake van schending van zijn rechten als houder een vordering uit onrechtmatige daad heeft; vergelijk ook HR 4 maart 1955, NJ 1955, 301.

Artikel 205

Zonder uitdrukkelijke bepaling zou men deze afdeling als een gesloten stelsel kunnen opvatten en met name de aansprakelijkheden uit titel 3 van Boek 6 uitgesloten kunnen achten. De redactie is ontleend aan het vergelijkbare artikel 7:22. De kwestie is belangrijk omdat de algemene regels van Boek 6 en de onderhavige afdeling vaak in elkaar grijpen. Zo is de huurder in afwachting van de uitoefening van de bevoegdheid die hij aan de artikelen 206 en 207 kan ontleen, bevoegd de nakoming van zijn verplichting tot betaling van huur op te schorten. Een dergelijke opschorting levert uiteraard geen bevrijding op van de verplichting tot betaling van huur, doch kan wel worden gebezigd om de huurbetaling geheel of ten dele stop te zetten, totdat de bevrijding als gevolg van verrekening op grond van artikel 206 of partiële ontbinding op grond van artikel 207 een feit is. Een bevoegdheid tot opschorten bestaat uiteraard alleen indien deze in de gegeven omstandigheden voldoende gerechtvaardigd is; men zie met name artikel 6:262, tweede lid, en artikel 6:263.

Artikel 206

Het artikel legt op de verhuurder een verplichting alle gebreken als bedoeld in artikel 204, tweede lid, te verhelpen, ongeacht door welke oorzaak zij zijn ontstaan en of de verhuurder voor de door het gebrek veroorzaakte schade aansprakelijk is. De term ‘verhelpen’ is gekozen omdat ‘herstellen’ niet past bij gebreken die niet door de fysieke toestand van de zaak veroorzaakt worden. Hierboven, bij artikel 204, is uiteengezet wat onder gebrek moet worden verstaan. Een gebrek is – kort gezegd – een omstandigheid die het genot beperkt zoals de huurder dat bij het aangaan van de overeenkomst mocht verwachten. Huurt men een zaak dan mag men verwachten dat de zaak in goede staat van onderhoud verkeert, tenzij partijen anders overeen zijn gekomen. Men is vrij tegen een lage prijs een gebouw te huren met zichtbare tekortkomingen. Dat levert in beginsel dan geen gebrek op.

De bepaling bevat een verplichting van de verhuurder, maar geeft hem geen bevoegdheid in het geval dat de huurder geen ingreep verlangt. Doet de huurder dat niet, dan is de verhuurder niet bevoegd de gebreken te verhelpen. De bevoegdheid van de verhuurder om aan de verhuurde zaak werkzaamheden te verrichten, wordt elders geregeld; men zie artikel 220. Verlangen moet hier niet formeel worden opgevat. De enkele mededeling van de huurder dat er een door de verhuurder te verhelpen gebrek is, is al voldoende. Op grond van artikel 222 moet de huurder onverwijld de verhuurder inlichten dat er een gebrek is. Is de huurder nalatig met zijn verplichting dan is hij aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade. Deze bepaling heeft tot resultaat dat de huurder er belang bij heeft ten aanzien van gebreken die de verhuurder schade toebrengen, onverwijld te verlangen dat deze ze verhelpt.

Het artikel gaat ervan uit dat de hoofdverplichting van de verhuurder zich niet beperkt tot het ter beschikking stellen van de zaak maar dat hij ook een zekere mogelijkheid van genot verschaffen moet. Daarmee strookt de regel van artikel 207 dat de huurder, voor zover door een gebrek de mogelijkheid tot genot vervalt, een evenredige vermindering van de door hem verschuldigde tegenprestatie op haar plaats is. De verplichting van de verhuurder tot genotsverschaffing houdt evenwel geen garantie van dat genot in. In de eerste plaats is de verhuurder niet reeds op

grond van de enkele aanwezigheid van een gebrek dat de mogelijkheid van genot belemmert, schadevergoeding verschuldigd, doch is hij slechts verplicht het gebrek te verhelpen. In de tweede plaats is hij tot verhelpen slechts gehouden tot de grens van overmacht; zie het eerste lid, de slotzinsnede.

Dat verhelpen van het gebrek in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze niet van de verhuurder is te vergen, zal niet snel aangenomen mogen worden. Herstelbare gebreken moeten in beginsel hersteld worden. Dat het herstel voor de verhuurder in verband met de verhouding tussen kosten toegevoegde waarde van de zaak onvoordelig is, maakt dit niet anders. Wel kan een wanverhouding op dit punt meewegen met andere omstandigheden zoals de omvang en aard van de te verkrijgen genotsvermeerdering en het belang daarvan voor de huurder, de resterende duur van de huur en de bestemming van de zaak na afloop van de huur. Vergelijk HR 2 juni 1993, NJ 1993, 582.

Het tweede lid houdt er rekening mee dat omgekeerd ook de huurder jegens de verhuurder een aansprakelijkheid heeft ter zake van de toestand van het gehuurde, met name op grond van zijn verplichting tot het doen van kleine herstellingen (artikel 217) en zijn verplichting zich als een goed huurder te gedragen (artikel 213), die nader wordt bepaald door zijn aansprakelijkheid voor de personen bedoeld in artikel 219. Voor gebreken waarvoor de huurder aldus aansprakelijk is, behoort de verhuurder het niet te zijn.

De bepaling is niet van dwingend recht. In Nederland is zulks anders. Daar zijn, voor zover het gaat om gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de overeenkomst kende of behoorde te kennen, het eerste en tweede lid – met de artikelen 207 en 208 – voor alle huurovereenkomsten van dwingend recht verklaard (artikel 209 Ned.BW). Voorts is de bepaling in Nederland voor woonruimte van dwingend recht verklaard ook voor gebreken die de verhuurder niet kende of behoorde te kennen (artikel 7:242 Ned.BW). Het derde lid van het onderhavige artikel 206 is in Nederland zonder meer van dwingend recht (artikel 7:206, derde lid, tweede volzin). Hier te lande is van de noodzaak van dwingend recht onvoldoende gebleken. Overigens is in Nederland het op grote schaal tot dwingend recht verklaren niet onbekritiseerd gebleven; men zie onder

andere de beschouwingen van de Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad J.L.R.A. Huydecoper in het Nederlands Juristenblad 2003, p. 1940 e.v. Het derde lid geeft de huurder een verder gaande bevoegdheid dan uit artikel 3:299 voor hem voortvloeit. Een rechterlijke machtiging is hier, nu het vaak om relatief kleine bedragen zal gaan en huurders zich niet gemakkelijk tot de rechter zullen wenden, een te zware maatregel. Het ter hand nemen van herstel door huurder zowel als door de verhuurder dient zoveel mogelijk te worden bevorderd, ook in het algemeen belang. Voor de hantering van de bepaling is daarom verzuim in de zin van artikel 6:81 e.v., waarvoor in de regel een ingebrekestelling vereist is, voldoende geacht. Kort gezegd komt het stelsel op het volgende neer. De huurder verlangt van de verhuurder dat deze een gebrek verhelpt. De verhuurder laat na de gebreken te verhelpen. De huurder stelt hem in gebreke door een schriftelijke aanmaning waarbij de verhuurder een redelijke termijn wordt gegeven om de gebreken te verhelpen (artikelen 6:81 en 82). Verhelpt de verhuurder de gebreken niet binnen deze termijn dan is de verhuurder in verzuim en kan de huurder zelf de gebreken verhelpen met verrekening van de kosten overeenkomstig de artikelen 6:127 e.v. De verhuurder wordt tegen misbruik van deze bepaling door een huurder die uit betalingsonwil niet bestaande gebreken inroept, voldoende beschermd door het feit dat de huurder zich aldus aan beëindiging van de huurovereenkomst wegens wanbetaling blootstelt (artikel 212). De onjuistheid van de bewering van de huurder zal in de regel makkelijk kunnen worden aangetoond.

Artikel 207

Artikel 206 ziet op de verplichting van de verhuurder met betrekking tot het genot van het gehuurde. Hij is in zoverre tot genotsverschaffing verplicht dat hij gebreken die het genot verhinderen, moet verhelpen als dit – kort gezegd – redelijkerwijs mogelijk is. Artikel 207 regelt de invloed van het ontbreken van genot op de tegenprestatie van de huurder: deze heeft recht op een aan de genotsvermindering evenredige huurvermindering op grond van de enkele aanwezigheid van het gebrek, ook als de verhuurder niet tot herstel verplicht is of nog niet ter zake van zijn verplichting tot herstel in verzuim is. Overigens zal niet ieder ‘wissewasje’ tot een ‘vermindering van het huurgenot’ van de gehuurde zaak leiden. In

de eerste plaats staan processuele voorschriften hieraan in de weg; zoals nog ter sprake zal komen, kan de huurvermindering slechts langs de weg van rechtsmaatregelen worden verkregen, waaraan kosten zijn verbonden. In de tweede plaats leidt ook de evenredigheidsmaatstaf ertoe dat alleen een substantiële aantasting van het huurgenot tot huurvermindering zal leiden. Tenslotte moet erop worden gewezen dat de huurder die de onderhavige bepaling hanteert, er verstandig aan doet daartoe niet onberaden over te gaan. Hij dient in het bijzonder te beseffen dat niet alle achterstallig onderhoud tot huurvermindering zal kunnen leiden. Nodig is dat het zover komt dat er a. een gebrek ontstaat van zodanige importantie, dat zulks b. tot een substantiële aantasting leidt van het huurgenot dat hij daadwerkelijk mocht verwachten. Dat een dak aan vernieuwing toe is, is niet voldoende; wel dat het dak lekt. Voor het geval dat geen verplichting tot herstel bestaat en het genot niet slechts vermindert, maar geheel onmogelijk wordt, geeft artikel 210 een nadere regeling in de vorm van de daar bedoelde bevoegdheid tot ontbinding.

De regel strookt met hetgeen voor wederkerige overeenkomsten in het algemeen voortvloeit uit artikel 6:270 in verbinding met artikel 6:265, tweede lid (vergelijk HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128). Zij vormt in wezen een uitwerking van wat deze bepalingen reeds meebrengen, maar wijkt daarvan in enige opzichten af. In de eerste plaats moet de huurder de vermindering in rechte vorderen en kan hij niet met een schriftelijke ontbindingsverklaring volstaan. Tot een dergelijke vordering kan de huurder zelf het initiatief nemen, waarna het voor de hand ligt dat de verhuurder, die verweer wil voeren, in reconventie doorbetaling van de huur vordert. Neemt de verhuurder, die met een huurvermindering wordt geconfronteerd, bijvoorbeeld omdat de huurder zich op een opschortingsrecht beroept (zie hiervoor bij artikel 205), het initiatief, dan ligt het voor de hand dat de huurder in reconventie huurvermindering vraagt. De enkele uitoefening van het opschortingsrecht, bevrijdt hem immers niet. Ook in ander opzicht is vertrouwen op een opschortingsrecht voor de huurder met gevaren verbonden. Loopt de huurachterstand te ver op en blijkt de huurder uiteindelijk geen huurvermindering van de rechter te krijgen, dan kan dat op een toewijzing van een ontruimingsvordering komen te staan, wanneer de huurder die achterstand niet terstond betalen kan. Te bedenken valt dat uitgangspunt van de regeling is dat het te ver gaat de huurder

toe te staan op eigen gezag tot huurvermindering over te gaan, al moet daaraan onmiddellijk worden toegevoegd dat dit de regeling minder efficiënt maakt omdat de gemiddelde huurder ervoor terugschrikt tegen zijn verhuurder rechtsmaatregelen te nemen. Maar de verhuurder geheel afhankelijk te maken van het oordeel van de huurder over de aanwezigheid van een gebrek en huurvermindering waarop dit aanspraak zou geven, zou te gemakkelijk misbruikt kunnen worden als dekmantel voor betalingsonwil.

In de tweede plaats dient er rekening mee te worden gehouden dat de verhuurder vaak niet met het gebrek bekend zal zijn. Het is daarom redelijk dat de huurvermindering pas ingaat op het ogenblik dat de huurder de verhuurder van het gebrek in kennis heeft gesteld of dat de verhuurder reeds voldoende ermee bekend was. De verhuurder moet immers, als het gebrek te zijnen aanzien gevolgen heeft, aanstonds in de gelegenheid worden gesteld tot onderzoek en tot eventuele voorzieningen. De verhuurder heeft het aldus in de hand dat niet later over een lange periode alsnog huurvermindering wordt gevorderd. Aantekening verdient nog dat ter zake van de kennisgeving de regels van artikel 3:37, derde en vierde lid, van toepassing zijn.

Aanspraak op huurvermindering bestaat alleen bij genotsvermindering als gevolg van een gebrek. De omschrijving van artikel 204, tweede lid, brengt mee dat van een gebrek geen sprake kan zijn wanneer de oorzaak van de genotsvermindering aan de huurder is toe te rekenen. Het tweede lid van het onderhavige artikel bepaalt bovendien dat evenmin aanspraak op huurvermindering bestaat als de genotsvermindering is ontstaan door het achterwege blijven van herstellingen die voor rekening van de huurder zijn, of door schade waarvoor de huurder aansprakelijk is.

Anders dan in Nederland geldt hier geen dwingend recht. In Nederland is, voor zover het gaat om gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de overeenkomst kende of behoorde te kennen, de bepaling – met de artikelen 206, eerste en tweede lid, en 208 – voor alle huurovereenkomsten van dwingend recht (artikel 7:209 Ned.BW). Voorts is de de bepaling voor woonruimte zelfs van dwingend recht verklaard voor gebreken die de verhuurder niet kende of behoorde te kennen (artikel 7:242 Ned.BW).

Artikel 208

Zoals bij afdeling 2 algemeen reeds aangestipt, gaat dit artikel ervan uit dat de enkele aanwezigheid van een gebrek weliswaar een tekortkoming oplevert, maar dat deze niet zonder meer aan de verhuurder mag worden toegerekend, zoals nodig is, wil de huurder recht op schadevergoeding ter zake van dit gebrek hebben. Dit artikel bepaalt nader op welke gronden toerekening aan de verhuurder kan plaatsvinden. Overigens laat de onderhavige bepaling de rechten en vorderingen van de huurder uit anderen hoofde onverlet.

Het artikel ziet op de schade die het gevolg is van het gebrek zelf. De schade die ontstaat doordat herstel van het gebrek uitblijft, wordt al bestreken door artikel 206 en de gewone regels van Boek 6 betreffende toerekenbare tekortkoming in de nakoming. Hantering van artikel 207 kan voorts tot beperking van de schade leiden: tegenover de genotsvermindering staat dan immers huurvermindering. Maar ook dan is denkbaar dat de huurder bovendien schade lijdt in de vorm van winstderving of bedrijfsschade dan wel de kosten van tijdelijke verplaatsing of een tijdelijke huur van een vervangend object tegen een wellicht hogere huurprijs. Ook kan worden gedacht aan een gebrek, bestaande in een lekkend dak, waardoor tevens waterschade ontstaat. Om het voorbeeld van het dak te nemen, uitgangspunt is dat de verhuurder slechts verplicht is het dak te herstellen en niet om de waterschade te vergoeden. Dat is alleen anders als aan de eisen van artikel 208 is voldaan hetzij omdat het lek er al bij het aangaan van de overeenkomst was en de verhuurder dat wist of had behoren te weten of uitdrukkelijk gezegd heeft dat het dak niet lekte, hetzij omdat het lek later is ontstaan door een oorzaak die hem is toe te rekenen, bijvoorbeeld door een ondeugdelijke reparatie.

Anders dan in Nederland is geen sprake van dwingend recht. In Nederland is, voor zover het gaat om gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de overeenkomst kende of behoorde te kennen, de bepaling – met de artikelen 206, eerste en tweede lid, en 207 – voor alle huurovereenkomsten van dwingend recht (artikel 7:209 Ned.BW). Voorts is de bepaling in Nederland voor woonruimte zelfs van dwingend recht verklaard ook voor gebreken die de verhuurder niet kende of behoorde te kennen. (artikel 7:242 Ned.BW).

Artikel 210

Het artikel bevat een soortgelijke regel als het huidige artikel 7A:1570 dat de huur van rechtswege geheel doet vervallen als het gehuurde geheel en al 'vergaat'. Het maakt een einde aan de discussie over de vraag wat onder dit vergaan moet worden verstaan door als maatstaf te bezigen dat het gebrek het genot dat de huurder mocht verwachten, geheel onmogelijk maakt. Van een geheel onmogelijk worden van een genot is ook sprake als weliswaar nog enig genot mogelijk is, maar dit genot door de beperking ten gevolge van het gebrek een wezenlijk ander genot is dan de huurder mocht verwachten. Zo zal een door brand onbewoonbaar gedeelte van een woonhuis een geheel tenietgaan van de mogelijkheid van genot van dat woonhuis opleveren, ook al is het overblijvende wellicht bewoonbaar gebleven. Het afbranden van alleen de bij het woonhuis behorende schuur, zal daarentegen het genot slechts ten dele onmogelijk maken, zodat dit artikel niet van toepassing is. Weer wel zal het van toepassing kunnen zijn als de opslagruimte die bij een verhuurde bedrijfsruimte afbrandt, en de aard van het bedrijf meebrengt dat het bedrijf dan niet kan worden uitgeoefend.

De bepaling geeft aan de huurder dan wel de verhuurder een bevoegdheid tot ontbinden op de voet van artikel 6:267 in verbinding met artikel 6:265. Deze bevoegdheid valt niet samen met de ontbinding van artikel 6:258 op grond van onvoorziene omstandigheden. Het artikel eist dan ook niet dat aan de maatstaf van artikel 6:258 is voldaan, al zal dat in de praktijk vaak het geval zijn. Een van rechtswege vervallen van de huurovereenkomst is uit een oogpunt van rechtszekerheid onwenselijk geacht. Aan de andere kant is evenzeer onwenselijk dat hier ontbinding slechts door de rechter kan worden uitgesproken. Nu de overeenkomst hier evident haar zin verliest, moet het partijen vrijstaan haar met onmiddellijke ingang door de schriftelijke verklaring te beëindigen.

Uit de omstandigheid dat het artikel slechts van toepassing is in geval van een gebrek als omschreven in artikel 204, tweede lid, volgt dat het toepassing mist, als de oorzaak van het onmogelijk worden aan de persoonlijke omstandigheden van de huurder ligt; zie hierboven het bij artikel 204.

De in artikel 7A:1570 voorkomende bepaling over vermindering van de huurprijs in geval van ten dele tenietgaan is opgegaan in artikel 207. Aan

een bevoegdheid tot ontbinding in geval van een ten dele tenietgaan is geen behoefte, wanneer het onmogelijk worden van genot wordt opgevat als hiervoor is uiteengezet.

Artikel 210a

Deze bepaling correspondeert met artikel 7:279 Ned.BW, behalve dat in Nederland het gehele artikel van dwingend recht is (zie artikel 7:282 Ned.BW), terwijl zulks in het voorgestelde artikel – met het oog op de contractsvrijheid – enkel voor het tweede lid (gevaarlijke situatie voor de huurder) geldt. De huurder die tijdelijk de gehuurde woonruimte niet kan gebruiken, is in de meeste gevallen slechts met een onmiddellijke en definitieve vervanging geholpen. Artikel 210a, eerste lid, geeft hem in dit geval de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden. De bepaling ziet niet op het geval dat het gebrek enkel ongemakken bij het bewonen veroorzaakt. Er moet onbewoonbaarheid zijn. Zij geldt ook niet bij elke onbewoonbaarheid van een gedeelte. Er moet een zodanig gedeelte onbewoonbaar zijn dat het overblijvende minder is dan de huurder met zijn gezin voor bewoning behoeft. Aansprakelijkheid is er als sprake is van een gebrek dat tot schadevergoeding verplicht.

Het tweede lid, dat zoals gezegd van dwingend recht is, dient in het bijzonder ter bescherming van de huurder die noodgedwongen of verleid door een lage huurprijs een in enig opzicht gevaar opleverende woning aanvaardt. Zij heeft naast het eerste lid zin omdat de omstandigheid dat het gebruik gevaren oplevert op zich zelf dat gebruik niet onmogelijk maakt. En voorts ook omdat de gevaarlijkheid niet altijd een gebrek in de zin van artikel 204 zal zijn: als de huurder bij het aangaan van de huur weet dat het gebruik een zeker gevaar meebrengt en dat hij geen opheffing van de gevaarlijkheid mag verwachten, vormt de gevaarlijkheid geen gebrek. Juist ook in dit geval wil de bepaling de huurder beschermen.

Artikel 211

De enkele bewering van een derde dat hij een recht op het gehuurde heeft vormt geen gebrek, ook niet als zij geschiedt in de vorm van een rechtsvordering; zie artikel 204, derde lid, slot. Wel kan zij met een feitelijke stoornis gepaard gaan, die dan wel een gebrek oplevert. Ook kan de

rechtsovereenkomst leiden tot vaststelling van een recht en zo tot feitelijke stroom. Men zie artikel 204, derde lid. Voor de aansprakelijkheid van deze gebreken gelden de gewone regels. Onafhankelijk daarvan schept het onderhavige artikel een zelfstandige verplichting van de verhuurder met betrekking tot tegen de huurder ingestelde rechtsovereenkomsten tot uitwinning of tot verlening van een recht waaraan de verhuurde zaak niet belast had mogen worden. De uitwerking sluit aan bij de redactie van artikel 7:16.

De verplichting van de verhuurder kan worden afgedwongen door toepassing van de artikelen 73 e.v. WBRvA. Komt de verhuurder zijn verplichting niet na, dan zal hij de huurder niet kunnen verwijten dat deze onvoldoende verweer heeft gevoerd. Wordt de verhuurde zaak met succes door een derde van de huurder opgeëist, omdat deze zijn recht slechts aan een bezitter die niet ook rechthebbende op de zaak was, ontleent, dan moeten de rechten van de huurder jegens de derde worden beoordeeld aan de hand van artikel 3:124. Dit brengt mee dat hij naar gelang van de omstandigheden jegens de derde de rechten van een bezitter te goeder trouw zal kunnen uitoefenen. Men zie met name artikel 3:120 en denke in het bijzonder aan vergoeding van ten behoeve van de zaak gemaakte kosten.

De redactie van het eerste lid houdt rekening met het geval dat slechts een gedeelte van de zaak is verhuurd. Ook dan is denkbaar dat een vordering als hier bedoeld tegen de huurder wordt ingesteld. Men denke aan de huurder van de benedenverdieping van een huis. Het artikel is ook dan van toepassing.

Het tweede lid legt een voor de hand liggende vergoedingsplicht op de huurder die de verhuurder niet onverwijld inlicht; zie artikel 222.

Het derde lid ziet op het geval dat de onderhuurder rechtstreeks door de hoofdverhuurder wordt opgeroepen en zijn vordering grondt op het niet of niet meer bestaan van de hoofdhuur dan wel op de onbevoegdheid van de hoofdhuurder tot de betreffende onderhuur (artikel 221), en dat de onderhuurder meent dat hoofdhuurder dit moet kunnen betwisten.

Afdeling 3. De verplichtingen van de huurder

Artikel 212

In artikel 212 wordt de hoofdverplichting van de huurder, die tot betaling van de tegenprestatie, vooropgesteld, zoals ook in afdeling 4 van titel 1 van Boek 7 de verplichting van de koper tot betaling van de koopprijs vooropstaat (artikel 7:26, eerste lid). Artikel 212 houdt er rekening mee dat de wijze van betaling en de tijdstippen waarop zij moet plaats vinden vaak niet uitdrukkelijk geregeld zijn, maar door uitleg uit de overeenkomst moeten worden afgeleid, zulks mede aan de hand van de bepalingen van de afdelingen 6 en 11 van titel 1 van Boek 6 en, zo daar geen oplossing is te vinden, de maatstaven van artikel 6:248. In de praktijk is hier aan een nadere regeling van aanvullend recht geen behoefte. De huurbetalingstermijn zal in het algemeen gelden als een ‘fatele termijn’, bedoeld in artikel 6:83, onderdeel a, zodat ingebrekestelling niet vereist is.

Artikel 213

Omtrent het gebruiken van de zaak – en dus ook omtrent de zorg daarvoor – wordt de algemene verplichting vooropgesteld zich ‘als een goed huurder’ te gedragen. Deze wending sluit aan bij terminologie van de artikel 6:27 (‘een zorgvuldig schuldenaar’), 7:401 (‘de zorg van een goed opdrachtnemer’) en 7:602 (‘de zorg van een goed bewaarder’). Hiermee wordt enigszins verkort uitgedrukt dat de huurder zich heeft te gedragen zoals een behoorlijke mens zich als huurder gedraagt. Tevens houdt deze wending er rekening mee dat wat hier van de huurder wordt geëist, afhangt van de omstandigheden. Zo zal een woning een andere zorg eisen dan een fabriekshal of een gehuurde fiets. Zoals een schuldeiser niet gehouden is van zijn rechten gebruik te maken, is ook de huurder dit niet. Maar een verplichting daartoe kan uit het onderhavige artikel voortvloeien, in het bijzonder wanneer de waarde van de zaak bij niet gebruik achteruit gaat. Men denke aan huur van een winkel die aldus goodwill verliest of aan huur van een paard dat dient te worden bereden, wil het in goede conditie blijven.

Artikel 214

Dit artikel brengt tot uiting dat het gebruik door de huurder is beperkt tot hetgeen is overeengekomen. Is niets overeengekomen, dan is gebruik beperkt tot dat waartoe de zaak naar zijn aard bestemd is. Wie een onroeo-

rende zaak als woning huurt, zal het niet mogen gebruiken als opslagruimte. Indien geen huur als woning is overeengekomen, maar het gehuurde naar zijn aard tot woning bestemd is, geldt hetzelfde. Maar het is anders, wanneer is overeengekomen dat de huurder de woning als opslagruimte mag bezigen. Uitgangspunt moet evenwel zijn dat wie een woning huurt, het gehuurde slechts als woning mag gebruiken, wie een winkel huurt slechts als winkel, en wie een opslagruimte huurt, slechts als opslagruimte. Wat de huurovereenkomst in een bepaald geval meebrengt, zal afhangen van hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer van elkaar mochten begrijpen. In dat verband kan bijvoorbeeld van belang zijn voor welk gebruik de vorige huurder de zaak bezigde en welke gevolgen een daarvan afwijkend gebruik voor de verhuurder heeft.

Artikel 215

Vooropgesteld wordt dat de huurder tot het aanbrengen van verandering bevoegd is met schriftelijke toestemming van de verhuurder. Daarop volgt dat indien de toestemming niet verleend wordt – ingevolge het tweede lid moet bij woonruimte de toestemming worden gegeven in bepaalde gevallen, met name indien de objectieve waarde van de woning niet wordt geschaad – deze kan worden vervangen door een rechterlijke machtiging. De rechter wijst de vordering toe indien de verhuurder toestemming had moeten geven ingevolge het tweede lid en indien de veranderingen noodzakelijk zijn voor een doelmatig gebruik van het gehuurde door de huurder (hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld bedrijfsruimte) of als de verandering het huurgenot voor de huurder verhoogt (hetgeen meer toegesneden is op woonruimte) en er geen zwaarwichtige bezwaren zijn aan de zijde van de verhuurder, aldus het vierde lid. Bij ‘zwaarwichtige bezwaren’ kan worden gedacht aan gevaren die de voorgenomen veranderingen of toevoegingen voor het verhuurde gebouw kunnen opleveren, aan een niet meer ongedaan te maken waardevermindering van de zaak. Voorts denke men aan het aanbrengen van een balkon aan een gebouw, waarvan de constructie dit extra gewicht niet toelaat of dat zo ontsierend is, dat de waarde van het gebouw daardoor wordt aangetast.

Wel is de huurder vrij veranderingen en toevoegingen aan te brengen, die zonder noemenswaardige kosten kunnen worden ongedaan gemaakt en verwijderd. Men zie de slotzinsnede van het eerste lid. Met de wending 'zonder noemenswaardige kosten' is aangegeven dat een eventuele verwijdering van de veranderingen of toevoegingen zo eenvoudig dient te zijn, dat het geen kosten meebrengt of zo geringe kosten dat deze voor de verhuurder geen redelijk argument opleveren om tegen het aanbrengen van die verandering of toevoeging bezwaar te maken. Men denke aan het aanbrengen van wandspiegels met schroeven waarvan de gaten naderhand moeten worden dicht gestopt. Als voorbeeld waar sprake is van noemenswaardige kosten, kan worden genoemd het geval dat de huurder het buitenwerk in een geheel andere kleur laat schilderen, hetgeen slechts ongedaan te maken valt door het geheel over te schilderen. Dat de veranderingen en toevoegingen zonder beschadiging weer moeten worden weggehaald volgt uit de verplichting van de huurder dat hij ze ongedaan moet maken.

In beginsel zal de verhuurder gebreken met betrekking tot de veranderingen en toevoegingen moeten verhelpen conform de regeling in de artikelen 204 en 206 en de huurder de kleine herstellingen conform artikel 217. Evenwel is goed denkbaar dat als de verhuurder toestemming verleent, over dit punt andere afspraken worden gemaakt. Ook de rechter kan een andere verdeling van genoemde verplichtingen voorschrijven in de voorwaarden die hij aan de machtiging kan verbinden. Een rol zal hierbij bijvoorbeeld kunnen spelen de afspraak dat de huurder de voorzieningen na afloop van de huur weer meeneemt (zie artikel 247).

Het vijfde lid biedt de mogelijkheid dat de verhuurder in rechte een verhoging van de huurprijs vordert. Hierbij moet gedacht worden aan de situatie dat de door de huurder aangebrachte veranderingen en toevoegingen de waarde van het gehuurde object verminderen. In dat geval moet de verhuurder de mogelijkheid tot compensatie hebben. Het is uiteraard niet de bedoeling dat de verhuurder huurverhoging kan vragen indien de veranderingen juist een waardeverhogend effect hebben op het gehuurde object. Dat zou immers betekenen dat de huurder dubbel zou moeten betalen: een hogere huurprijs en de kosten van de veranderingen. Heeft de verhuurder echter bijgedragen in de kosten, dan kan een eventuele huurverhoging wel op haar plaats zijn.

Bij het onderscheid tussen 'voorwaarden' en 'last' kan nog worden aangekend, dat niet-nakoming van de voorwaarden meebrengt dat de machtiging geacht wordt niet gegeven te zijn, terwijl de last bestaat in een zelfstandige verplichting die de rechter aan de huurder oplegt en waarvan de niet-nakoming de machtiging niet aantast. Het ligt voor de hand aan bijvoorbeeld huurverhoging de laatste vorm te geven. De verhuurder zal betaling van de huur op de gewone wijze kunnen afdwingen, maar het zou te veel onzekerheid geven om de machtiging afhankelijk te maken van het al of niet bestaan van latere huurachterstanden. Een voorwaarde zou evenwel kunnen zijn dat een verhuurder een bepaalde vergoeding ineens ontvangt of dat de veranderingen en toevoegingen niet plaats vinden zonder dat tevoren de huidige toestand van het gebouw door een deskundige is vastgelegd met het oog op bewijs van eventuele latere gevolgen van de verbouwing, waarbij aan die veranderingen of toevoegingen vorm wordt gegeven.

Indien geen toestemming wordt verleend en derhalve een rechterlijke machtiging wordt gevorderd, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat er ook andere belanghebbenden dan de verhuurder kunnen zijn die tegen de verandering bezwaar zouden kunnen hebben. In de tweede volzin van het derde lid is daarom op de verhuurder de verplichting gelegd om, indien hij niet tevens de eigenaar, vruchtgebruiker of erfpachter is, dezen in het geding te roepen. Dezelfde verplichting rust op hem ten aanzien van een eventuele hypotheekhouder. Komt de verhuurder zijn verplichting niet na, dan is hij schadevergoeding verschuldigd jegens deze rechthebbenden. Het niet nakomen van zijn verplichting tast evenwel niet de ontvankelijkheid van de huurder aan. Deze regel is vergelijkbaar met die van bijvoorbeeld de artikel 3:218 en 5:95; de oproeping dient te geschieden met toepassing van artikel 12a WBRvA, dat voor dergelijke gevallen is geschreven.

De bepaling behoort, althans in geval van huur van een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan (deze beperking ontbreekt in de Nederlandse pendant), van dwingend recht te zijn in die zin dat niet ten nadele van de huurder kan worden afgeweken, aldus het zesde lid. De verhuurder wordt voldoende beschermd doordat de bevoegdheid veranderingen aan te brengen niet afgedwongen kan worden zonder toetsing

door de rechter, die op grond van het vijfde lid, een ruime bevoegdheid heeft ook aan de belangen van verhuurder tegemoet te komen.

Artikel 216

Dit artikel hangt nauw met het vorige samen. Het geeft in de eerste plaats aan de huurder de bevoegdheid om tot de ontruiming de door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen ongedaan te maken, mits de zaak in de toestand wordt gebracht die bij het einde van de huur redelijkerwijs in overeenstemming met de oorspronkelijke kan worden geacht. Deze redactie houdt er rekening mee dat tussen de verandering of toevoeging en het einde van de huur lange tijd kan zijn verstreken en dat wat aanvankelijk een niet onmisbare toevoeging was als gevolg van veranderde gewoonten en opvattingen als een normaal onderdeel van een zaak als waarop de huur betrekking heeft, moet worden beschouwd. Met de term 'redelijkerwijs' is aangegeven dat het hier aankomt op een waardering van wat nodig is om de oorspronkelijke toestand – die voorgoed verouderd is – met de later tot herstel strekkende voorziening op één lijn te kunnen stellen.

De bevoegdheid van de huurder bestaat 'tot de ontruiming'. Het zou voor de verhuurder onredelijk bezwarend zijn, wanneer de huurder ook nadien nog bevoegdheden ter zake van de gehuurde zaak zou hebben. De bevoegdheid bestaat echter ongeacht of de huurder de veranderingen of toevoegingen bevoegd of onbevoegd heeft aangebracht. Onder ontruiming valt zowel de vrijwillige ontruiming als de gedwongen, bedoeld in artikel 555 WBRvA.

Volgens het tweede lid is de huurder niet jegens de verhuurder verplicht tot ongedaanmaking van de veranderingen of toevoegingen, uiteraard behoudens het geval dat de huurder tot het aanbrengen daarvan niet bevoegd was. Dat de verhuurder in dit laatste geval ongedaanmaking kan vorderen dan wel tot ongedaanmaking op kosten van de huurder kan overgaan, behoeft geen afzonderlijke regeling. Het gaat hier immers om een verplichting van de huurder om te doen, waarop de artikel 3:296 en 299 van toepassing zijn. Ook kan de verhuurder hier volgens de algemene regels nakoming op verbeurte van een dwangsom vorderen (artikelen 611a e.v. WBRvA).

Anders dan artikel 215 is artikel 216 van aanvullend recht. Het is dus mogelijk te bedingen dat de huurder niet bevoegd zal zijn tot ongedaanmaking of dat hij daartoe juist jegens de verhuurder verplicht zal zijn. Nu in de praktijk op dit punt vele uiteenlopende situaties kunnen bestaan, dienen deze mogelijkheden open te blijven. Naar gelang van de omstandigheden kunnen ook de eisen van redelijkheid en billijkheid nader bepalen wat op dit punt tussen partijen heeft te gelden. In het tweede lid is voorts tot uiting gebracht dat ook de rechter op de voet van artikel 215, vierde lid, aan de huurder een verplichting tot ongedaanmaking kan opleggen. Dat dit laatste niet bij de overeenkomst kan worden uitgesloten, volgt uit artikel 215, vijfde lid.

Veranderingen en toevoegingen kunnen een verrijking van de verhuurder ten koste van de huurder tengevolge hebben. Men denke aan veranderingen en toevoegingen die tevens verbeteringen zijn en niet ongedaan gemaakt kunnen worden of door de huurder niet ongedaan gemaakt werden, bijvoorbeeld omdat zulks niet zonder beschadiging mogelijk bleek. De vraag of de huurder in dergelijke gevallen aanspraak op vergoeding heeft, moet worden beantwoord aan de hand van artikel 6:212 betreffende ongerechtvaardigde verrijking. Teneinde twijfel hieromtrent te voorkomen wordt dit in het derde lid van de onderhavige bepaling uitdrukkelijk bepaald. Artikel 6:212 brengt mee dat men niet onder alle omstandigheden aan de verhuurder een verrijking kan opdringen, die tot vergoeding leidt. De vordering is immers slechts toewijsbaar ‘voor zover dit redelijk is’. Ook kan blijkens het tweede en derde lid van artikel 6:212 van belang zijn in hoeverre de verrijking inmiddels weer is verminderd. Aldus bestaat voldoende ruimte om ook hier in uiteenlopende situaties tot een redelijke oplossing te komen. De verwijzing naar de regels van de ongerechtvaardigde verrijking wil derhalve niet zeggen dat er – in geval de veranderingen en toevoegingen noch door de huurder noch door de verhuurder worden weggenomen – steeds sprake is van ongerechtvaardigde verrijking. De vraag of de vergoeding op haar plaats is, wordt aan artikel 6:212 overgelaten en derhalve ook aan de maatstaf ‘voor zover dit redelijk is’. Nodig is dat: a. de huurder kosten heeft moeten maken die hij noch heeft kunnen terugverdienen bijvoorbeeld door bezuiniging, noch ook vergoed heeft gekregen als gevolg van overname door de nieuwe huurder; en b. het resultaat redelijkerwijs voor de verhuurder een

voordeel oplevert waarvan hij daadwerkelijk profijt heeft (hogere huur van een nieuwe huurder of kostenbesparing op onderhoud). Er is ook geen sprake van ongerechtvaardigde verrijking als bijvoorbeeld de huurder en verhuurder hebben afgesproken dat elk de helft van de kosten voor zijn rekening zal nemen. Er is dan een rechtvaardiging voor een eventuele verrijking. Hetzelfde geldt als de verhuurder de huurverhoging achterwege laat, als de huurder veranderingen of toevoegingen aanbrengt. Het is van belang dat goede afspraken worden gemaakt, omdat dat ertoe zal leiden dat de verhuurder toestemming geeft. Worden er goede afspraken gemaakt dan is er geen aanleiding te vrezen, dat de verhuurder geen toestemming geeft. De bevoegdheid van de huurder de toevoeging en verandering weer ongedaan te maken staat aan ongerechtvaardigde verrijking niet in de weg. Zie ter zake van een eventuele ongerechtvaardigde verrijking van de verhuurder ook HR 25 juni 2004, NJ 2005, 338.

Artikel 217

Dit artikel regelt de materie van het huidige artikel 7A:1600, dat spreekt van ‘geringe en dagelijkse reparatiën’. De gedachte die aan het artikel ten grondslag ligt is dat voor rekening van de huurder zijn de herstellingen die nodig plegen te worden als gevolg van wat zich gewoonlijk bij een normaal gebruik van het gehuurde door een huurder voordoet. Die gedachte ligt ook aan de thans voorgestelde bepaling ten grondslag. Zij moet evenwel niet te strikt worden toegepast. Zo is in de bepaling niet de uitzondering opgenomen voor het geval de herstellingen nodig zijn geworden door overmacht. Ook herstellingen van kleine gebreken waarvan het ontstaan geheel buiten toedoen van de huurder of de zijnen is ontstaan, zijn voor zijn rekening. De bepaling is van aanvullend recht en de materie wordt vaak in huurcontracten nader geregeld, bijvoorbeeld door dat een onderscheid wordt gemaakt tussen herstel aan de buitenzijde van een gebouw, dat voor rekening van de verhuurder is, en herstel aan de binnenzijde, dat voor rekening van de huurder is.

Wat in een gegeven geval redelijk is, zal mede afhangen van de aard van het gehuurde en van de overige bepalingen van de overeenkomst, alsook van de vraag of het gaat om herstellingen aan onderdelen van het gehuurde die het gevolg zijn van door de huurder aangebrachte veranderingen en herstellingen. Het is met het oog op de uiteenlopende situaties die

zich hier kunnen voordoen, wenselijk geacht deze materie verder aan de huurcontracten tussen partijen over te laten en in dit algemene artikel niet verder in detail te treden.

Het artikel maakt een voor de hand liggende uitzondering voor het geval dat de herstellingen nodig zijn geworden door het tekortschieten van de verhuurder in de nakoming van zijn verplichting tot verhelpen van gebreken. Het is dus zaak voor de huurder om de verhuurder zo snel mogelijk van eventuele gebreken op de hoogte te stellen. Artikel 222 verplicht hem daar reeds toe, bij gebreke waarvan de huurder verplicht is de daardoor ontstane schade aan de verhuurder te vergoeden. Heeft de huurder de gebreken nog niet kunnen ontdekken omdat hij afwezig was, en als gevolg daarvan de verhuurder ook niet op de hoogte gesteld, dan zullen de kleine herstellingen die nodig zijn geworden door dat de gebreken nog niet zijn verholpen voor rekening van de huurder komen.

Artikel 218

De huurder is op grond van de huurovereenkomst jegens de verhuurder alleen aansprakelijk voor schade aan de zaak die is ontstaan doordat hij is tekortgeschoten in enige verplichting die krachtens die overeenkomst op hem rustte. Men denke aan de in deze afdeling opgenomen verplichtingen de zaak als een goed huurder te gebruiken, de kleine herstellingen te verrichten en geen veranderingen of toevoegingen aan te brengen die hij niet op de voet van artikel 215 mocht aanbrengen, alsook aan hetgeen door partijen verder in hun overeenkomst aan verplichting op de huurder is gelegd. Het eerste lid van het onderhavige artikel bevat dan ook geen materiële regel, doch slechts een samenvatting van wat ook zonder die bepaling uit de algemene regels van artikel 6:74 zou voortvloeien. Dit lid dient dan ook slechts als inleiding tot de volgende leden.

Het tweede lid schept een voor weerlegging vatbaar vermoeden dat de schade door een tekortschieten van de huurder is ontstaan. Deze bewijsregel wordt hierdoor gerechtvaardigd dat de huurder in de regel veel beter dan de verhuurder in staat is na te gaan door welke oorzaak de schade aan het gehuurde is ontstaan. Het door de huurder te leveren tegenbewijs is niet aan een bepaalde regel gebonden. Het kan bestaan in het bewijs dat geen tekortkoming aan zijn kant de schade heeft doen ontstaan. Of in een concreet geval dit bewijs geleverd moet worden geacht, ook als de

oorzaak van de schade niet is komen vast te staan, is aan het oordeel van de rechter overgelaten.

Het tweede lid bevat twee uitzonderingen. In de eerste plaats die voor brandschade, waaraan de gedachte ten grondslag ligt dat een aansprakelijkheid voor brand voor de huurder een te zware last zou meebrengen, wanneer het risico dat de oorzaak van de schade in het duister blijft, voor zijn rekening zou komen. Waar ieder verhuurder zijn onroerende zaken tegen brand verzekerd pleegt te hebben, is het punt daar overigens van ondergeschikt belang. Maar ook als het roerende zaken betreft die de verhuurder niet altijd tegen brand zal hebben verzekerd, is het wenselijk de huidige regel te handhaven en de bewijslast op de verhuurder te leggen. Het zou immers niet goed te begrijpen zijn dat de huurder van een woonwagen e.d. op dit punt anders behandeld wordt dan de huurder van een woning.

De tweede uitzondering betreft schade aan de buitenkant van het gehuurde in het geval dat de huur betrekking heeft op een gebouwde onroerende zaak. In dat geval zal immers ook de huurder vaak de oorzaak van de schade niet kennen. Dat neemt niet weg dat hier op hem wel een zekere stelplicht rust, zulks afhankelijk van de omstandigheden en de aard van de schade. Zulks vloeit voort uit de algemene regel van procesrecht dat hij, zo hij door de verhuurder aansprakelijk wordt gesteld, zijn betwisting van het hetgeen de verhuurder daartoe aanvoert, behoorlijk zal hebben te motiveren. Opmerking verdient dat de tweede uitzondering mede ziet op huur van een gedeelte van een gebouwde onroerende zaak en dat het dan gaat om schade aan de buitenkant van dat gedeelte. Daaronder valt niet alleen schade aan de buitenmuur van een gehuurde verdieping, maar ook die aan de buitenkant van de deur die wellicht in het gebouw tot het gehuurde toegang geeft.

De huurder is slechts aansprakelijk voor gedurende de huurtijd ontstane schade. Ook ten aanzien van het bewijs op dit punt komt het artikel de verhuurder tegemoet. Het derde lid bevat een weerlegbaar vermoeden dat de huurder de gehuurde zaak in onbeschadigde toestand ontvangen heeft. Het ligt voor de hand dat de huurder die de zaak in beschadigde toestand ontvangt, daartegen onverwijld protesteert. Hij is ook het best in staat zich te dier zake bewijs te verschaffen.

Artikel 219

Onder de omschrijving van dit artikel (aansprakelijkheid voor anderen) vallen allen die met goedvinden van de huurder de zaak gebruiken of zich daarop bevinden. Daarin zijn mede begrepen onderhuurders. De regel is ruimer dan die van artikel 6:76, omdat er ook personen onder vallen van wie niet kan worden gezegd dat de huurder bij de uitvoering van zijn verbintenis van hun hulp gebruik maakt. De aard van huurovereenkomst brengt mee dat aan een dergelijke verruiming behoefte bestaat.

Artikel 220

Het eerste lid bevat een gedoogplicht van de huurder ter zake van dringende werkzaamheden die aan het gehuurde moeten worden uitgevoerd. De verhuurder kan, ook al heeft hij het genot van de zaak aan de huurder afgestaan, zeer wel belang bij de werkzaamheden hebben, bijvoorbeeld omdat uitstel van onderhoud tot extra kosten of tot schade zou leiden. Anderzijds kan het zijn dat de huurder bij de werkzaamheden geen belang heeft, omdat zij zijn genot niet vermeederen en de huurovereenkomst binnen afzienbare tijd afloopt. De gedoogplicht van de huurder omvat de verplichting de verhuurder toegang tot het gehuurde te verlenen om op te nemen of, en zo ja welke, werkzaamheden moeten worden verricht. Voorts verdient opmerking dat uit het feit dat de wet bepaalde gedoogplichten van de huurder bevat, zoals in het onderhavige artikel en in artikel 223 niet mag worden afgeleid dat zij in andere gevallen niet kunnen bestaan. Partijen kunnen daaromtrent in hun huurovereenkomst een uitdrukkelijke regeling opnemen, terwijl deze verplichtingen en de daarmee corresponderende bevoegdheden van de verhuurder ook, de aard van de betrokken huurovereenkomst in aanmerking genomen, uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen voortvloeien (zie artikel 6:248). De bepaling brengt een verruiming ten opzichte van het huidige artikel 7A:1572, omdat het niet alleen dringende reparaties omvat, maar alle dringende werkzaamheden, ook die tot herstel van schade of ter voorkoming van schade. Hetgeen artikel 7A:1572 bevat ter zake van huurprijsvermindering en ontbinding bij onbewoonbaar worden, is niet overgenomen. De huurprijsvermindering wordt al geregeld in artikel 207. Met betrekking tot het onbewoonbaar worden, is artikel 210a opgenomen. In plaats van de huurovereenkomst te ontbinden, kan de huurder ook tijde-

lijk een vervangend object huren tegen wellicht een hogere huurprijs. De schade die de huurder hierdoor lijdt kan hij op de verhuurder verhalen (vergelijk de artikelen 203 en 205 in verbinding met de artikelen 6:74). De bepaling houdt mede rekening met de mogelijkheid dat de eigenaar van een naburig erf een beroep doet op artikel 5:56 dat de verhuurder verplicht is te honoreren. De huurder moet dan tot medewerking kunnen worden gedwongen. De bepaling strookt met wat in het algemeen ter zake van gebondenheid van de huurder aan bepalingen van burennrecht die de eigendom beperken, moet worden aangenomen op grond van het algemene beginsel dat de huurder aan de huurovereenkomst jegens de eigenaren van naburige erven niet meer rechten kan ontleen dan de eigenaar van het aan hem verhuurde erf had.

Het tweede en derde lid betreffen de gedoogplicht van de huurder ter zake van renovatie. Het tweede lid geeft daarvoor een maatstaf die aansluit bij hetgeen zich in de rechtspraak heeft ontwikkeld; men zie HR 16 mei 1986, NJ 1986, 779. Het is wenselijk geacht deze belangrijke ontwikkeling een wettelijke basis te geven die zich voor verdere uitwerking in de rechtspraak leent. De Nederlandse precisering voor wat betreft het percentage van 70% of meer van de huurders (artikel 7:220, derde lid, Ned.BW) is echter, als zijnde onnodig hier te lande, niet overgenomen. Het tweede lid heeft betrekking op renovatie met voortzetting, zij het ook wellicht aanpassing, van de huurovereenkomst. Uitgangspunt is dat de verhuurder daartoe aan de huurder een schriftelijk voorstel dient te doen. Indien de huurder het voorstel niet aanvaardt, zal de verhuurder op grondslag van dit voorstel een vordering kunnen instellen tot verkrijging van een veroordeling van de huurder gelegenheid tot de renovatie te geven. Dat zal, naar gelang wat de omstandigheden eisen, gepaard kunnen gaan met een bevel of verbod op verbeurte van een dwangsom en met een bevel tot gehele of gedeeltelijke tijdelijke ontruiming met toepassing van de artikelen 555 e.v. WBRvA. Het voorstel moet redelijk zijn, gelet op de belangen van de huurder en die van de verhuurder. Daarbij spelen een rol de aard van de werkzaamheden, de noodzaak van de medewerking van de huurder, de financiële consequenties voor de verhuurder, de huurprijsverhoging voor de huurder, de mogelijkheid van een vervangend huurobject voor de huurder en de overige omstandigheden van het

geval. De verhuurder zal moeten stellen en zo nodig bewijzen dat zijn voorstel redelijk is.

Het derde lid herinnert duidelijkheidshalve aan de mogelijkheid de huurovereenkomst met het oog op de renovatie te beëindigen door opzegging. Men zie voor het huidige recht bijvoorbeeld HR 6 maart 1992, NJ 1993, 583 en 3 mei 1996, NJ 1996, 665.

Artikel 221

Voor het afstaan door de huurder van het hem krachtens de huurovereenkomst toekomende gebruiksrecht aan een derde zijn in beginsel twee constructies mogelijk. Hij kan zijn rechten en verplichtingen jegens de verhuurder aan een derde overdragen en hij kan de derde bij een enkele tussen hem en deze derde werkende overeenkomst op zijn beurt een recht op gebruik van het gehuurde geven. De eerste weg kan niet buiten de verhuurder om gevolgd worden. Het gaat hier om een contractsovername waarbij de huurovereenkomst na de overname tussen de verhuurder en de derde wordt voortgezet. Een dergelijke figuur is mogelijk met toepassing van artikel 6:159. Een nadere regel daarover in het onderhavige artikel is niet nodig.

De tweede weg is die van onderhuur en eventueel bruikleen. Het wezenlijke hiervan is dat in beginsel tussen de hoofdhuurovereenkomst en de onderhuur geen juridisch, doch slechts een feitelijk verband bestaat, hierin bestaande dat de hoofdhuurder zich door de hoofdhuurovereenkomst de beschikking over de verhuurde zaak heeft verschaft en deze aldus aan de onderhuurder in gebruik kan geven. De onderhuur brengt geen wijziging in de hoofdhuur en schept geen rechtsbetrekking tussen hoofdverhuurder en onderhuurder. In artikel 221 wordt het huidige recht (artikel 7A:1576, eerste lid, BWA) in beginsel gehandhaafd. In het tweede lid wordt een verfijning aangebracht. Het komt voor dat een huis verhuurd wordt aan een echtpaar en dat dit echtpaar vervolgens onderhuurovereenkomsten aangaat met een groot aantal mensen, waaronder andere echtparen. Het spreekt vanzelf dat de eigenaar hiertegen bezwaar mag maken.

Artikel 222

Het kan voor de verhuurder van groot belang zijn dat hij tijdig van een gebrek of van enige rechtspretentie van een derde kennis krijgt, bijvoor-

beeld omdat dit verdere voor zijn rekening komende schade kan voorkomen; hiervoor is hij vaak afhankelijk van de huurder die de zaak onder zich heeft. De verplichting die deze bepaling op de huurder legt, is daarom redelijk. De bewering van recht is afzonderlijk vermeld, omdat zij niet onder de omschrijving van gebrek in artikel 204 valt.

De sanctie is uitsluitend schadevergoeding. Niet tijdig melden betekent niet dat de huurder geen recht op herstel van het gebrek heeft of bij het bestrijden van de rechtspretentie niet behoeft te worden bijgestaan. Wel kan dit tot gevolg hebben dat hij voor de melding ontstane kosten niet kan terugvorderen, zoals is bepaald in artikel 211, tweede lid.

Artikel 223

Het artikel stelt een verplichting buiten twijfel die anders uit artikel 6:248, eerste lid, zou voortvloeien, voor zover zij al niet, zoals vaak het geval is, in het huurcontract is opgenomen. Dat een uitdrukkelijke bepaling wenselijk is, houdt mede verband met het huisrecht dat zonder duidelijke wettelijke basis twijfelachtig maakt of de verplichting van de huurder als hier bedoeld bestaat, onderscheidenlijk hem bij overeenkomst kan worden opgelegd. In de praktijk bestaat aan een dergelijke verplichting bepaald behoefte.

Artikel 224

Een teruggaveplicht is in het huidige recht niet uitdrukkelijk neergelegd, maar wordt algemeen aanvaard. Het eerste lid legt deze verplichting vast. In welke staat de zaak moet worden teruggegeven volgt uit het stelsel van de onderhavige titel. De huurder moet haar teruggeven zonder dat zij nog herstellingen behoeft die krachtens artikel 217 voor zijn rekening zijn, en zonder schade waarvoor hij aansprakelijk is. Zij mag echter gebreken vertonen die de verhuurder verplicht is te verhelpen. Men zie de artikel 206, 217 en 218. Hoe het gaat met veranderingen en toevoegingen moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 216.

Met het tweede lid wordt gekozen voor een helder toetsingscriterium. Is een beschrijving, bijvoorbeeld een inspectierapport, van het gehuurde aanwezig, en is vastgelegd dat veranderingen ten opzichte van de oorspronkelijke toestand ongedaan gemaakt dienen te worden, dan is de huurder verplicht deze veranderingen ongedaan te maken.

Is geen beschrijving van het gehuurde aanwezig, dan wordt ingevolge het derde lid, dat overeenstemt met het huidige recht, de huurder vermoed het gehuurde in goede staat te hebben ontvangen. Veelal mag worden aangenomen dat de huurder bij teruggave van woonruimte verplicht is de binnenkant van het gehuurde te schilderen (na overleg met de verhuurder). Het derde lid wijkt af wat in Nederland geldt (artikel 7:224, tweede lid, tweede volzin, Ned.BW, wat betreft woonruimte in verbinding met artikel 7:242 Ned.BW).

Artikel 225

Ten aanzien van de verplichting tot teruggave van artikel 224 geleden de gewone regels betreffende toerekenbare tekortkoming in de nakoming en schadevergoeding. Op één punt is echter een bijzondere regel wenselijk geacht, die meebrengt dat bij te late ontruiming de huurder over de periode tot die ontruiming in elk geval een vergoeding ten bedrage van de huur verschuldigd is.

Afdeling 4. De overgang van de huur bij overdracht van de verhuurde zaken en het eindigen van de huur

Artikel 226

Het artikel regelt de materie van het huidige artikel 7A:1593 ('koop breekt geen huur'). De aanhef van het artikel is aangepast aan het spraakgebruik van Boek 3, het vervallen van het recht van beklemming en het feit dat artikel 201 spreekt van huur van 'een zaak of een gedeelte daarvan'. De bepaling is van dwingend recht voor gebouwde onroerende zaken, met een verfijning. Het gaat erom dat het verbod van beëindiging van de huur zonder toestemming van de huurcommissie, niet kan worden ontdoken (vierde lid). Er is geen reden de bepaling ook voor roerende zaken of voor onbebouwde grond dwingend te maken. Waarom zou iemand niet tegen betaling een stuk grond als opslagterrein mogen gebruiken tot het tijdstip dat de eigenaar een koper heeft gevonden en het aan deze overdraagt?

Wat betreft het tweede lid, lette men op de regeling van het huurbeding bij hypotheek in artikel 3:264 en van de executie door een gewone schuldeiser in artikel 505, tweede lid, WBRvA. Men moet de regel van

het tweede lid dan ook zien als een principiële hoofdregel die het uitgangspunt van de twee hiervoor genoemde bijzondere bepalingen is.

Artikel 227

Uit deze bepaling volgt dat degene die een erfdienstbaarheid op een reeds verhuurd erf verkrijgt, deze erfdienstbaarheid niet zo mag uitoefenen dat hij de huurder in diens recht om het genot van de zaak te hebben, beperkt. Zo zal ook een hypotheekhouder die jegens de eigenaar van de verhypothekerde zaak zijn bevoegdheid uit een beding als bedoeld in artikel 3:267 gebruik wil maken, dit niet zo mogen doen dat hij een huurder wiens huur van voor de vestiging van de hypotheek dateert, in diens genot van de zaak belemmert. Hetzelfde geldt voor degene die de erfdienstbaarheid of de hypotheek heeft verkregen door overdracht, d.w.z., nu het hier om afhankelijke rechten in de zin van artikel 3:82 gaat, door overdracht van het heersende erf dan wel door overdracht van de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid dient.

Artikel 228

Het onderscheid tussen schriftelijke en mondelinge huur is verlaten. Het stelsel dat voor opzegging geldt, wordt daardoor eenvoudiger. In het tweede lid wordt voor onroerende zaken (voor woonruimte lette men overigens op afdeling 5: toestemming huurcommissie) een minimumtermijn van een maand gegeven. Er is van afgezien om een maximum opzegtermijn op te nemen. De gevallen van huur van roerende zaken lopen te zeer uiteen om zich voor een algemene regel te lenen. Een opzegging op een te korte termijn zal vaak niet nietig zijn maar op grond van artikel 3:42 kunnen worden geconverteerd in een geldige opzegging tegen een later tijdstip.

Artikel 229

Voor wat betreft de dood van de verhuurder spreekt dit artikel vanzelf. Voor wat betreft de dood van de huurder is er meer reden voor twijfel, maar er mag toch van worden uitgegaan dat huurovereenkomst in de regel niet met het oog op de persoon van de huurder worden aangegaan. Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan artikel 221 waar de huurder in beginsel de bevoegdheid tot onderverhuren wordt toegekend. Het be-

zwaar dat de erfgenamen van de huurder wellicht niet weten wat ze met de zaak aanmoeten, wordt ondervangen, wanneer de bevoegdheid tot onderverhuren niet is uitgesloten. Een nadere regel is daarom alleen gegeven voor het geval deze bevoegdheid ontbreekt. De erfgenamen kunnen dan ingevolge het tweede lid gedurende zes maanden na het overlijden van de erflater de overeenkomst opzeggen. Bestaat de bevoegdheid tot onderverhuren, dan is het redelijk dat de verhuurder erop mag vertrouwen dat de overeengekomen huurperiode wordt afgemaakt.

Tenslotte is in het derde lid nog een oplossing gegeven voor het geval dat er meer erfgenamen zijn en de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst in aanmerking komen om aan een van hen te worden toegeedeeld. Daarvoor is medewerking van de verhuurder vereist; vergelijk artikel 3:186 in verbinding met artikel 6:159. Bij de term 'redelijke bezwaren' denke men aan mogelijke bezwaren, gelegen in de financiële arm-slag van de betreffende erfgenaam of aan bezwaren tegen diens persoon bijvoorbeeld in verband met de vrees dat hij het gehuurde door onvoorzichtig gedrag zal beschadigen of medehuurd-ers overlast zal bezorgen. Het derde lid maakt de verhuurder tot een zodanige medewerking verplicht, mits hij tegen de als huurder aangewezen erfgenaam geen redelijke bezwaren heeft. De medewerking kan worden afgedwongen doordat een rechterlijke uitspraak wordt uitgelokt, die op de voet van artikel 3:300 daarvoor in de plaats treedt.

Artikel 230

De bepaling geeft een aanzienlijk eenvoudiger regeling dan het huidige recht. Zij bevat een weerlegbaar vermoeden dat, zo de huurder na afloop van de huurtijd met goedvinden van de verhuurder in het genot van het gehuurde blijft, partijen bedoelen hun overeenkomst op dezelfde voorwaarden voor onbepaalde tijd voort te zetten. De vraag hoe het staat met de bevoegdheid de verlengde huurovereenkomst op te zeggen wordt beantwoord door artikel 228, tweede lid.

Artikel 231 Ned.BW, dwingendrechtelijk rechterlijke tussenkomst voorschrijvende voor een ontbinding, is niet overgenomen. Deze tussenkomst verdraagt zich moeilijk met het nieuwe artikel 250, derde lid, slot, waarin aan de huurcommissie de bevoegdheid wordt gegeven een bevel tot ontruiming te geven. Een onherroepelijk geworden bevel tot ontruiming van

de huurcommissie levert ingevolge artikel 251 een executoriale titel op. In de praktijk ziet men overigens dat als de huurder de huurprijs niet betaalt, in kort geding ontruiming wordt bevolen door de rechter. Men zie HR 10 november 1995, NJ 1996, 255, *erven Wathey v. ITO*, waarin is overwogen: ‘dat de rechter in kort geding, die ingevolge art. 226 RvNA bevoegd is om in alle zaken, waarin uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening wordt geëist, een beschikking bij voorraad te geven, bevoegd is om, zo zulks uit hoofde van onverwijlde spoed wordt geëist, de ontruiming van een gehuurd pand te gelasten, ook indien de eiser de voor de beëindiging van de huurovereenkomst ingevolge art. 10 van de Huurcommissie-regeling benodigde toestemming niet heeft verkregen. De rechter zal echter in zulk een geval de gevorderde ontruiming slechts kunnen bevelen, indien naar zijn voorlopig oordeel met voldoende mate van zekerheid kan worden aangenomen dat de eiser bedoelde toestemming van de Huurcommissie zou hebben verkregen, respectievelijk zal verkrijgen.’

Afdeling 5 (Bijzondere bepalingen inzake de huur van een woning)

§ 1. Algemeen

Artikel 231

Zoals onder Algemeen aan het begin van deze Memorie van Toelichting bij titel 7.4 vermeld, is de Huurcommissieverordening, voor zover gehandhaafd, overgebracht naar de onderhavige afdeling 5. De definitiebepaling, neergelegd in artikel 231, tweede lid, is ontleend aan artikel 17, derde lid, HCV. Weliswaar is de bepaling iets anders geformuleerd dan artikel 17, derde lid, HCV, inhoudelijk is de reikwijdte hetzelfde gebleven. De term ‘huurgrond’ in het tweede lid betreft zowel door de overheid als door particulieren in huur uitgegeven grond.

Artikel 232

Deze bepaling is ontleend aan artikel 7:232, tweede lid, Ned.BW. Bij het criterium ‘naar zijn aard slechts van korte duur’ moet gedacht worden aan overeenkomsten tot het gebruik van vakantiewoningen, hotel- en pensionverblijven, wisselwoningen e.d. Om misbruik tegen te gaan is gekozen voor een zuiver feitelijk criterium in plaats van de duur van de huurovereenkomst. Zou men een bepaalde termijn in de wet opnemen

dan zou dat tot gevolg kunnen hebben dat bijvoorbeeld in geval een verhuurder in verband met een door hem voorgenomen renovatie aan zijn huurders zogenaamde wisselwoningen ter beschikking stelt, na het verstrijken van de termijn afdeling 5 van toepassing zou worden. De rechter zal van geval tot geval moeten beslissen of het om een overeenkomst gaat welke slechts een gebruik van de woonruimte betreft dat naar zijn aard van korte duur is. In beginsel vallen tijdelijke huurovereenkomsten niet onder genoemde uitzondering en is op dergelijke overeenkomsten afdeling 5 van toepassing.

Artikelen 233 tot en met 237

Hierin wordt bescherming geboden aan de echtgenoot die niet (mede)huurder is van de gemeenschappelijk bewoonde woning, als de relatie is verbroken door scheiding of overlijden. Artikel 233 is ontleend aan artikel 7:266 Ned.BW.

De bescherming betreft bovendien – op dezelfde voet als in het ontwerp-nieuw Burgerlijk Wetboek van Suriname – levensgezellen die tenminste tien jaren hebben samengeleefd als waren zij gehuwd (vergelijk ook artikel 1:408b ten aanzien van alimentatie na verbreking van de samenleving anders dan door overlijden en artikel 4:30b ten aanzien van het verzorgingsvruchtgebruik na overlijden). De termijn van tien jaren is ontleend aan artikel 4:30b. Uiteraard moet, als het gaat om omgehuwd samenlevenden, voor ‘echtscheiding of scheiding van tafel’ in artikel 233, vijfde lid, worden gelezen een verbreking van het samenleven anders dan door de dood (vgl. artikel 1:408b) en voor ‘hertrouwt’ in artikel 235, in voorkomende gevallen, dat opnieuw een samenleven wordt aangevangen. De bescherming geldt slechts eenmaal, aldus artikel 235, dit met het oog op de belangen van de verhuurder. Vermeden moet worden dat, zoals in Nederland, er ‘huurdersdynastieën’ ontstaan.

Artikel 238

Afdeling 5, ten aanzien van de huur van een woning, is van dwingend recht uitsluitend ter bescherming van de huurder. Dit betekent dat overtreding van een regel in afdeling 5 tot vernietigbaarheid leidt (artikel 3:40, tweede lid) en dat slechts de huurder kan vernietigen; zie verder de artikelen 3:49 e.v.

§ 2. De huurprijs

Artikelen 239 tot en met 247

Men zie, wat betreft de overschakeling van historische kostprijs naar marktwaarde en de aanpassing van plafond en percentage, deze memorie van toelichting bij deze titel 7.4, onder Algemeen.

Artikel 239 stemt overeen met artikel 7:246 Ned.BW. Artikel 240, eerste lid, geeft het nieuwe plafond (Afl. 150.000= marktwaarde); het tweede lid maakt aanpassing bij landsbesluit, houdende algemene maatregel, van het plafond mogelijk, maar alleen aan de geldontwaarding. Een structurele wijziging van het plafond behoeft, principieel gezien, regeling door de formele wetgever. Hetzelfde geldt voor een aanpassing van het percentage van artikel 243. Het derde lid is ontleend aan artikel 2, derde lid, HCV; de toepasselijkheid wordt ingevolge het vierde lid uitgebreid tot servicekosten. Door de in artikel 241 neergelegde regeling van de ingangsdatum van de door de huurcommissie vastgestelde prijs is aan een bepaling als artikel 9a HCV (matiging terugbetalingsplicht) geen behoefte meer. Artikel 242 maakt contractuele aanpassing van de huurprijs aan de geldontwaarding, zoals in de praktijk gebruikelijk, mogelijk. Voor artikel 243, eerste lid, vergelijk men artikel 2, zevende lid, HCV en voor het tweede lid artikel 4, tweede lid, HCV.

Voor een woningbouwcorporatie (de Fundacion Cas Comunidad Arubano) kan echter ingevolge artikel 244 in beginsel op de oude voet worden doorgegaan. Hun woningbestand wisselt weinig en de historische kostprijzen van de woningen zijn inzichtelijk.

Artikel 245 is ontleend aan artikel 3, vierde lid, HCV. Artikel 246, betreffende het beroep bij de rechter in eerste aanleg, correspondeert met artikel 5 HCV; titel 10, afdelingen 3, 4 en 6, van Boek 1 WBRvA (regulende de zgn. EJ-procedure, die in een beschikking eindigt) is van toepassing verklaard; hoger beroep is in beginsel, zoals ook thans, uitgesloten. Artikel 247 (betreffende nietige onredelijke voordelen) komt overeen met artikel 7:264 Ned.BW.

§ 3. Opzegging door de verhuurder

Artikelen 248 tot en met 252

Deze bepalingen zijn eveneens ontleend aan Hoofdstuk 1 van de bestaande Huurcommissieverordening, behoudens enkele verbeteringen die zijn ontleend aan het artikel van C. de la Fuente en W.J. Noordhuizen, 'Beëindiging van huur van onroerende zaken', Tijdschrift voor Antilliaans recht-Justicia 2008, afl. 1. Afstemming heeft plaatsgevonden op titel 10 van Boek 1 van het WBRvA inzake de rechtspleging in zaken waarin een beschikking wordt gegeven.

Voor de inhoud van de artikelen 248 en 249, zie artikel 10 HCV; en voor de inhoud van artikel 250, zie artikel 12, eerste tot en met derde lid, HCV. Er is vanaf gezien de 'andere grond' voor toestemming als bedoeld in artikel 250, tweede lid, in te vullen. De bestaande praktijk kan in beginsel worden voortgezet.

In de praktijk is de wenselijkheid gebleken dat een onherroepelijke beslissing van de huurcommissie, inhoudende toestemming voor opzegging en bepaling van de datum van ontruiming, een titel voor ontruiming oplevert. Vertrekt de huurder niet, dan is de verhuurder in het huidige recht gedwongen (in kort geding) ontruiming te vorderen bij de rechter, met de vertraging en kosten van dien (griffierecht en eventueel advocatenkosten). Het nieuwe artikel 251, eerste lid (in verbinding met het slot van het derde lid van artikel 250) voorziet daarom in een executoriale titel, mits de beslissing van de huurcommissie onherroepelijk is. De beroepstermijn is zes weken na de dagtekening van de mededeling (artikel 246, eerste lid). Niet mogelijk is dat de huurcommissie haar bevel tot ontruiming uitvoerbaar bij voorraad maakt, aldus artikel 251, tweede lid, ter bescherming van de huurder. De huurcommissie bepaalt zonodig ambtshalve de datum van ontruiming.

Artikel 430, eerste lid, van het WBRvA bepaalt dat grossen van 'hier te lande gewezen vonnissen, van beschikkingen van de rechter hier te lande en van hier te lande verleden authentieke akten, alsmede van andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken', hier te lande kunnen worden ten uitvoer gelegd. Het bevel tot ontruiming van de huurcommissie moet worden gezien als behorende tot de 'andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken'. De wetgever kent wel meer voor executie vatbare bevelschriften of dwangbevelen en ook notariële (authentieke) akten kunnen, gelet op artikel 430 WBRvA, in voorkomende gevallen in executoriale vorm worden opgemaakt.

Voor de executie is wel nodig dat van het bevel tot ontruiming door de huurcommissie een grosse (een in executoriale vorm uitgegeven afschrift) wordt uitgegeven, met – door middel van een stempel – aan het hoofd de woorden ‘In naam van de Koning’ (artikel 430, tweede lid, WBRvA). De grosse wordt ingevolge artikel 268 ondertekend door de voorzitter en secretaris van de huurcommissie. Bij het vragen van een grosse moet de verhuurder een ‘griffiersverklaring’ overleggen, inhoudende dat binnen zes weken geen beroep is ingesteld, of een afschrift van de beschikking van de rechter in eerste aanleg waarbij het beroep is verworpen.

De gedwongen ontruiming wordt in het bijzonder in de artikelen 555 tot en met 558 WBRvA geregeld. Zo moet ingevolge artikel 555 WBRvA de gedwongen ontruiming worden voorafgegaan door een exploot van een deurwaarder, houdende bevel om binnen drie dagen aan de executoriale titel te voldoen. Doordat aan het slot van artikel 555 de artikelen 502 en 503 WBRvA van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, is buiten twijfel gesteld dat dit bevel en de betekening als bedoeld in artikel 430, derde lid, WBRvA bij één exploot kunnen geschieden.

Voor de inhoud van artikel 252, inzake de mogelijkheid van beroep op het gerecht in eerste aanleg, zie artikel 12, vierde lid, HCV in verbinding met artikel 5 HCV.

§ 4. De huurcommissie

Artikelen 253 tot en met 273

Artikel 253, eerste lid, is ontleend aan artikel 18, eerste lid, HCV, artikel 253, tweede tot en met vierde lid, aan artikel 19, eerste tot en met derde lid, HCV; artikel 254 aan artikel 21 HCV; artikel 255 aan artikel 22 HCV; artikel 256 aan artikel 56 HCV; artikel 257, eerste lid, aan artikel 23 HCV en het tweede lid aan artikel 71 HCV; artikel 258, eerste lid, aan artikel 57 HCV en het tweede lid aan artikel 54 HCV; artikel 259 aan artikel 14 HCV; artikel 260 aan artikel 16 HCV; artikel 261 aan artikel 58 HCV; artikel 262 aan artikel 61 HCV, waarbij moet worden opgemerkt dat de term ‘persoonlijk aangaat’ als bedoeld in artikel 262, breed moet worden uitgelegd, dit betreft bijvoorbeeld ook betrokkenheid via een nevenfunctie; artikel 263 aan artikel 62 HCV; artikel 264 aan artikel 64 HCV; de artikelen 265 tot en met 268 aan onderscheidenlijk de artikelen

67 tot en met 70 HCV; wat betreft de aan het slot van artikel 268 genoemde grosse, zij verwezen naar de toelichting bij de artikelen 250, derde lid, en 251; artikel 269, eerste lid, is ontleend aan artikel 3, eerste lid, HCV en het tweede lid aan artikel 5, eerste lid, HCV; de artikelen 270 tot en met 273 tenslotte aan onderscheidenlijk de artikelen 72 tot en met 76 HCV.

Een vernieuwing is dat de (plaatsvervangende) huurcommissieleden niet verdeeld moeten zijn in (plaatsvervangende) leden die de belangen van de huurders en (plaatsvervangende) leden die de belangen van de verhuurders vertegenwoordigen. Alle (plaatsvervangende) leden dienen naar eer en geweten de wet toe te passen en tot een redelijke beslissing te komen.

Het tweede lid van artikel 269, inhoudende dat na afloop van de behandeling aan partijen de dag van de uitspraak wordt medegedeeld, is ontleend aan artikel 429k, eerste lid, van het WBRvA.

Afdeling 6 (Bijzondere bepalingen inzake de huur van bedrijfsruimte)

Artikel 274

Hierin is de inhoud van het bestaande artikel 17a, eerste lid, HCV overgenomen. Dit betekent in het onderhavige ontwerp dat indien de marktwaarde van de bedrijfsruimte Afl. 150.000,= of minder bedraagt, de huurder de huurcommissie kan verzoeken de huurprijs vast te stellen (artikel 240), waarbij overigens rekening wordt gehouden met de marktwaarde van de zaak (artikel 243). Voor de opzegging van de huur is, zonder dat een plafond geldt, toestemming van de huurcommissie nodig (artikelen 248 e.v.).

De uitzondering ingevolge het tweede lid voor ‘zeehavens, luchthavens, hotels en op de in het eerste lid bedoelde panden voor zover deze in een zeehaven, op een luchthaven of in een hotel gevestigd zijn’ is ontleend aan het bestaande artikel 17a, eerste lid, slot, HCV. Toegevoegd zijn de slotwoorden ‘of daarmee ruimtelijk verbonden zijn’ in verband met de bestaande rechtspraak over deze uitzondering. Men zie recentelijk GHv-JNAA 3 februari 2006, KG 208/04-H-224/05, *Resort of the World v. Tromp*, waarin is overwogen: ‘dat het gehuurde deel uitmaakt van een voor het publiek als eenheid kenbaar complex, een resort, waarin een hotelgebouw met hotelkamers en lobby als hoofdgebouw een centrale posi-

tie inneemt. De wetgever heeft bij de term "hotels" in artikel 17a van de Huurcommissieverordening, blijkens de memorie van toelichting, met name gedacht aan grote complexen en daarbij belang gehecht aan het scheppen van een gunstig investeringsklimaat. Naar voorshands oordeel van het Hof moet het gehuurde daarom aangemerkt worden als gevestigd in een hotel als bedoeld in artikel 17a van de Huurcommissieverordening (vergelijk ook HR 9 oktober 1998, Jurdoc HR 1998/019 Suen/Karis Development Company).’ Het woord ‘daarmee’ slaat mede terug op de zeehaven en luchthaven. Overigens beperkte de wetgever zich tot de toeristische sector, internationale handel e.d. De wetgever had dus niet op het oog bijvoorbeeld een winkelcentrum dat zich op de lokale bevolking richt, ook al vergde de vestiging daarvan grote investeringen.

Artikel 275

Ook artikel 274 moet van dwingend recht zijn; verg. artikel 238 voor woningen.

Onderdelen Q en R (artikelen 423 en 438)

Indien de echtgenoot de nalatenschap ingevolge de wettelijke verdeling van artikel 4:13 verwerft en daarmee tevens verplicht wordt tot voldoening van alle nalatenschapsschulden, dient deze voor de uitoefening van de in artikel 7:423, tweede lid, tweede volzin, bedoelde bevoegdheid tot opzegging van de overeenkomst van lastgeving niet afhankelijk te zijn van de medewerking van de overige erfgenamen. De wijziging met betrekking tot de agentuurovereenkomst heeft dezelfde achtergrond.

Onderdeel T (artikel 454)

Artikel 7:454, derde lid bepaalt dat de hulpverlener de bescheiden omtrent de patiënt, bedoeld in het eerste en tweede lid van dat artikel (dus met name de aantekeningen omtrent de gezondheid van de patiënt en de te diens aanzien uitgevoerde verrichtingen alsmede eventuele verklaringen van de patiënt daaromtrent) gedurende tien jaren, te rekenen vanaf het tijdstip waarop zij zijn vervaardigd, moet bewaren. Langer bewaren is mogelijk indien en voor zover zulks uit de zorg van een goed hulpverlener voortvloeit of wanneer de patiënt hierom heeft verzocht. Gebleken

is dat deze termijn van tien jaren te kort is. De Nederlandse Gezondheidsraad heeft gewezen op recente ontwikkelingen in de geneeskunde. Zo zijn ziekten waaraan mensen vroeger kwamen te overlijden niet zelden nu behandelbaar, maar wel moet men dan vaak levenslang rekening houden met een verhoogd risico opnieuw ziek te worden. Bij steeds meer aandoeningen blijkt een erfelijke factor een rol te spelen. Familieleden van de patiënt kunnen er dan belang bij hebben dat gegevens over eerdere ziektegeschiedenissen in de familie niet al na tien jaar worden vernietigd. Verder is er meer inzicht in en aandacht voor diverse correlaties tussen eerder doorgemaakte ziektes of ondergane behandelingen en de kans op later in het leven optredende aandoeningen. Zowel voor onderzoek daarnaar als voor verdere zorg aan patiënten die blootgesteld zijn geweest aan behandelingen waarvan latere complicaties aan het licht zijn gekomen, is het van belang dat medische gegevens langer dan tien jaar worden bewaard, aldus de Nederlandse Gezondheidsraad. In Nederland heeft zulks voorlopig geleid tot de wet van 22 december 2005, Stb. 29, waarin, in afwachting van een definitieve regeling, de termijn van tien jaren is verlengd tot vijftien jaren; inmiddels bestaat in Nederland het voornemen om geen vaste termijn meer te stellen. Het onderhavige voorstel houdt in dat geen vaste termijn geldt. De hulpverlener bewaart het dossier zo lang als redelijkerwijs uit de zorg van een goed hulpverlener voortvloeit.

Onderdeel U (artikel 464)

Ook het in artikel 7:464, tweede lid, onderdeel b, neergelegde blokkeeringsrecht vergt aanpassing. Toepasselijkheid op lopende arbeidsverhoudingen en lopende burgerrechtelijke verzekeringen is niet gewenst. Wat betreft de arbeidsverhouding zou zo'n recht er immers toe kunnen leiden dat degene die volgens de keuringsarts geheel of gedeeltelijk zou moeten stoppen met werken, onder gebruikmaking van zijn recht om de resultaten van het onderzoek niet aan zijn werkgever of opdrachtgever door te geven, toch onverminderd zou kunnen blijven doorwerken. Daarmee zou hij een gevaar voor zichzelf of voor derden kunnen opleveren. Daar komt bij dat aangenomen kan worden dat degene die werk heeft aanvaard waarvoor periodieke medische keuring een voorwaarde vormt, bij die aanvaarding er ook ten minste impliciet mee akkoord is gegaan dat de

uitslag en de gevolgtrekking van deze keuringen aan zijn werk- of opdrachtgever worden doorgegeven. Wat betreft burgerrechtelijke verzekeringen geldt, dat een blokkeringsrecht gedurende de looptijd van de verzekering ertoe zou kunnen leiden dat de verzekeraar niet in staat is het uitkeringspercentage aan te laten sluiten op de werkelijke mate van arbeidsongeschiktheid. Voorts zou een blokkeringsrecht haaks staan op de verplichting van een verzekeringnemer en uitkeringsgerechtigde om binnen redelijke termijn de verzekeraar alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen die voor deze van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen. Eenzelfde bezwaar bestaat, indien iemand die tot een opleiding is toegelaten en gedurende die opleiding in verband daarmee een medische keuring moet ondergaan welke voor een verder mogen vervolgen van de opleiding van belang is, de uitslag en de gevolgtrekking daarvan zonder enige consequentie voor zich zou kunnen houden. Gelet op het voorgaande wordt voorgesteld het tweede lid, onderdeel b, van artikel 7:464 zodanig te wijzigen, dat het blokkeringsrecht voortaan uitsluitend betrekking heeft op handelingen omschreven in artikel 7:446, vijfde lid, die worden verricht in verband met een beoogde arbeidsverhouding, een beoogde burgerrechtelijke verzekering dan wel de toelating tot een opleiding. De keurling dient volgens de voorgestelde bepaling, ter zake van keuringen in verband met lopende arbeidsverhoudingen, burgerrechtelijke verzekeringen e.d. wel in de gelegenheid gesteld om mee te delen, dat hij de uitslag en de gevolgtrekking van het onderzoek wenst te vernemen. Een blokkeringsrecht kan hij daaraan evenwel niet ontnemen.

Onderdeel V (titel 7.10: arbeidsovereenkomst)

Algemeen

Bij Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100) heeft er een herziening van het arbeidsovereenkomstenrecht plaatsgevonden (AB 2013 no. 13). Het onderhavige ontwerp strekt tot hercodificatie van het in het BWA opgenomen arbeidsovereenkomstenrecht, inclusief de hiervoor bedoelde landsverordening. De voorgestelde wijzigingen zijn voornamelijk van technische aard. De voorgestelde technische herziening beoogt mede de regeling van de arbeidsovereenkomst in het systeem van het nieuwe BWA in te passen. De voorgestelde regeling is dan ook afgestemd op de

inhoud en de formuleringen van het overige nieuw BWA, en met name de Boeken 3 en 6 die handelen over het algemene vermogensrecht.

De Nederlandse titel 7.10 is vastgesteld bij de wet van 6 juni 1996, Stb. 406 (Kamerstukken 23 438). Met het oog op onder meer de praktische voordelen van een gelijkheid met het oog op raadpleging van rechtspraak en literatuur, wordt voorgesteld – zoals ook in beginsel is geschied met de andere onderdelen van het nieuwe BWA – de Nederlandse indeling van de titel over de arbeidsovereenkomst te volgen, met zoveel mogelijk dezelfde nummering van de artikelen. Deze systematiek van titel 7.10 nieuw BWA houdt overigens een aanzienlijke verbetering in ten opzichte van de huidige opzet.

De voorgestelde tekst van titel 7.10 is niet alleen ontdaan van ouderwets taalgebruik, maar ook heeft de gebruikte terminologie wijzigingen ondergaan. Zo wordt voorgesteld het woord ‘arbeider’ te vervangen door: werknemer; en ‘dienstbetrekking’ door: arbeidsovereenkomst. Een aantal verouderde artikelen is komen te vervallen (artikelen 7A:1613h, 1613i tot en met 1613l, 1613w, 1614a, 1614n, 1614s, 1615 en 1615c).

Ingevolge artikel 2 Landsverordening overgangsbepalingen nieuw BWA zal de nieuwe titel 7.10 in beginsel onmiddellijke werking hebben (vergelijk HR 10 december 1999, NJ 2000, 211); zie echter ook met name artikel 3 van die landsverordening. Tegen de onmiddellijke werking is geen bezwaar gelet op het overwegend technische karakter van de onderhavige herziening.

Artikelsgewijs

ARTIKEL I (Titel 10 van Boek 7 BWA)

Afdeling 1. Algemene bepalingen

Inleidende opmerkingen

In deze afdeling wordt voorgesteld een aantal onderwerpen te regelen die thans min of meer verspreid in de zevende titel A van Boek 7A van het BWA voorkomen. Het gaat om de definitie van de arbeidsovereenkomst, de gemengde overeenkomst, (weerlegbare) rechtsvermoedens inzake het bestaan en de omvang van een arbeidsovereenkomst, de arbeidsovereenkomst met een minderjarige, de (eenzijdige) wijziging van de arbeidsvoorwaarden, het goed werkgever- en werknemerschap en de niet-

toepasselijkheid van de titel op de arbeidsovereenkomst tussen de rederij en de schipper, tussen de schipper en de scheepsofficieren, alsmede op personen in dienst van de overheid.

Een aantal van de voorgestelde artikelen heeft redactionele wijzigingen ondergaan. De voorgestelde regeling van de arbeidsovereenkomst met een minderjarige bevat een aantal nieuwe elementen. Zie de artikelsgewijze opmerkingen hieronder. Nieuw is het voorgestelde artikel 614 dat een regeling geeft inzake de verjaring van rechtsvorderingen tot vernietiging van bepaalde rechtshandelingen. Nieuw is ook artikel 613 ten aanzien van 'eenzijdige wijzigingsbedingen'; de verouderde regeling van het 'reglement' vervalt.

Artikel 610 (definitie arbeidsovereenkomst)

De definitie van de arbeidsovereenkomst in het eerste lid van dit artikel is dezelfde als die in het huidige artikel 7A:1613a. In de praktijk is gebleken dat het element 'in dienst van', dat als het meest onderscheidende kenmerk van de arbeidsovereenkomst kan worden beschouwd, een bruikbaar criterium is om de arbeidsovereenkomst te onderscheiden van de overeenkomst van aanneming van werk (huidig artikel 7A:1613b; nieuw artikel 7:750) en de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400). De jurisprudentie laat zien dat dit criterium niet in de weg staat uiteenlopende rechtsverhoudingen als arbeidsovereenkomst aan te merken.

Hoewel in de jurisprudentie aan het vereiste 'gedurende zekere tijd' geen zelfstandige betekenis wordt toegekend, wordt het wenselijk geoordeeld het duurelement te handhaven, omdat dit kenmerk betekenis kan hebben in de gevallen waarin het criterium 'in dienst zijn van' (en de daaruit ontwikkelde begrippen 'gezagsverhouding' en 'ondergeschiktheid') te weinig houvast biedt.

Het huidige artikel 7A:1613c, eerste lid, vindt men terug in het voorgestelde tweede lid. Dit lid geeft de voorrangsregel die van toepassing is wanneer een overeenkomst zowel voldoet aan de omschrijving van de arbeidsovereenkomst als aan een andere bij de wet geregelde bijzondere soort van overeenkomst. Te denken valt bijvoorbeeld aan het samengaan van een arbeidsovereenkomst en een huurovereenkomst, een arbeidsovereenkomst en lastgeving en een arbeidsovereenkomst en geldlening. Bij een dergelijke gemengde overeenkomst zijn de bepalingen van titel

7.10 en de voor de andere soort van overeenkomst door het BWA gegeven bepalingen naast elkaar van toepassing. In geval van strijd zijn de bepalingen over de arbeidsovereenkomst van toepassing. Gelet op de redactie van de in artikel 6:215 gegeven algemene regel is aan het voorgestelde tweede lid behoefte. Artikel 6:215 bepaalt immers wel dat bij een gemengde overeenkomst de voor elk van de soorten van overeenkomsten gegeven bepalingen naast elkaar van toepassing zijn, maar regelt niet welke bepalingen voorgaan in geval van strijd.

Artikelen 610a (rechtsvermoeden)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel A in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 611 (goed werkgever en goed werknemer)

Dit artikel is een samenvoeging van de huidige artikelen 7A:1614y en 1615d. Men kan zich afvragen of dit voorgestelde artikel strikt juridisch wel noodzakelijk is naast de artikelen 6:2 en 6:248. De speciale vermelding hier ter plaatse blijft echter waardevol, omdat de bepaling – zoals ook bij de totstandkoming daarvan is bedoeld – niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling. In het bijzonder de verwijzing naar de (open) norm van het goed werkgeverschap van artikel 7A:1614y heeft in de loop van de jaren de mogelijkheid geboden rekening te houden met de ontwikkeling in rechtsopvattingen. Die rechtscheppende functie zal het ook in de toekomst kunnen blijven vervullen. Het artikel kan met name toegepast worden in situaties die noch in de wet, noch door partijen in de arbeidsovereenkomst zijn geregeld. Een uitdrukkelijke verwijzing naar het goed werkgeverschap is dan op haar plaats. Zo wordt beter aangesloten bij de eigen aard en terminologie van het arbeidsrecht en zal het voor de partijen bij de arbeidsovereenkomst gemakkelijker levend recht zijn.

Artikel 612 (arbeidsovereenkomst met minderjarige)

In dit artikel wordt de regeling van de huidige artikelen 7A:1613f, 1613g en 1614f samengevoegd. Voorgesteld wordt om in afwijking van het huidige recht te bepalen dat een minderjarige van zestien jaren of ouder zelfstandig een arbeidsovereenkomst kan aangaan, en voorts zonder bij-

stand van zijn wettelijke vertegenwoordiger in rechte kan verschijnen. Een dergelijke bepaling is meer in overeenstemming met de maatschappelijke realiteit.

In het huidige artikel 7A:1614f, derde lid, wordt bepaald dat de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige zich kan verzetten tegen voldoening van het door de werkgever aan de minderjarige verschuldigde loon. In dat geval moet het loon aan de wettelijk vertegenwoordiger worden betaald. Deze bepaling spoort niet met artikel 1:253, dat met ingang van 1 februari 2002 in werking is getreden. Daarbij is de regel vervallen dat elke met het gezag belaste ouder het vruchtgenot heeft over het inkomen van zijn minderjarig kind. In verband daarmee wordt voorgesteld de inhoud van het huidige artikel 7A:1614f, derde lid, te laten vervallen.

Artikel 613 (wijzigingsbeding arbeidsvoorwaarden)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel B in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 614 (verjaringstermijnen vernietigingsgronden)

Dit artikel regelt de aanvang van de termijn van drie jaar genoemd in artikel 3:52, eerste lid, onderdeel d. Daarbij is aansluiting gezocht bij artikel 6:235, eerste lid, betreffende de verjaringstermijn van een beroep op een grond voor vernietiging van een beding in algemene voorwaarden. Beslissend is niet het moment waarop de overeenkomst gesloten wordt, maar het moment waarop een beroep op het beding wordt gedaan.

Ingeval er geen sprake is van een beding, maar zich wel een vernietigingsgrond voordoet, geldt de algemene regel van artikel 3:52, eerste lid, onderdeel d. De rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling verjaart in een dergelijk geval drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan.

Artikel 614a (arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd)

Verwezen wordt de toelichting op onderdeel D in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 615 (zeevaart- en overheidspersoneel)

De bepaling van het huidige artikel 7A:1613y is overgebracht naar dit artikel. Het artikel heeft inhoudelijk geen wijziging ondergaan. Welke instellingen onder 'overheid' vallen is aan de rechtspraak overgelaten; verg. HR 11 december 1998, NJ 1999, 494 ten aanzien van de Nederlandse Orde van Advocaten en GHvJNAA 7 maart 2000, NJ 2000, 425 (en NJ 2002, 607) ten aanzien van de Bank van de Nederlandse Antillen.

Afdeling 2. Loon

Inleidende opmerkingen

In het huidige wetboek zijn de bepalingen over het loon over twee afdelingen verspreid. Deze worden thans zoveel mogelijk in één afdeling samengebracht. Een aantal artikelen zijn in redactioneel opzicht gewijzigd en inhoudelijk afgestemd op Boek 6, titel 1, afdeling 11. De volgorde van de artikelen is als volgt. Na een algemene bepaling over de verplichting van de werkgever het loon te betalen, komen aan de orde de bepalingen over de vaststelling van het loon, de wijze en plaats van voldoening van het loon en het tijdstip van betaling, de beperkingen van de verplichting tot loonbetaling, en ten slotte bepalingen over het bestedingsbeding en beperkingen van verrekening, beslaglegging, overdracht, verpanding en volmacht.

Artikel 616 (verplichting loon op tijd te voldoen)

Hierin wordt – overeenkomstig het huidige artikel 7A:1614 – de werkgever verplicht het loon als bedoeld in artikel 610 op de daarvoor bepaalde tijd te voldoen. Voor het tijdstip van betaling van het in geld naar tijdruimte vastgestelde loon wordt in artikel 623 een regeling gegeven; en voor wat betreft het in geld maar niet naar tijdruimte vastgestelde loon in artikel 624. De sanctie op het niet-tijdig voldoen van het loon vindt men in artikel 625 (wettelijke verhoging voor zover het in geld vastgesteld loon betreft) en in artikel 6:74 (schadevergoeding wegens wanprestatie voor zover het niet in geld vastgesteld loon betreft). Op grond van artikel 6:83, aanhef en onderdeel a, in samenhang met artikel 6:119 is over het niet-tijdig betaalde loon ook de wettelijke rente verschuldigd zonder de noodzaak van een ingebrekestelling.

Artikel 617 (geoorloofde vormen van loon)

Dit artikel, dat een limitatieve opsomming geeft van de vormen waarin het loon mag worden overeengekomen, is de nieuwe versie van het huidige artikel 7A:1613n. Het artikel is gebaseerd op het ILO-verdrag no. 95 betreffende de bescherming van het loon (Stb. 1951, no. 542 en Trb. 1962, no. 46). Het beoogt te voorkomen dat door betaling van een gedeelte van het loon in natura de wettelijke toepasselijke regelingen worden omzeild.

Het voorgestelde artikel 617 bevat ten opzichte van het huidige artikel 7A:1613n twee nieuwe elementen. Allereerst wordt in het eerste lid, onderdeel e, bepaald dat het loon ook mag bestaan uit effecten, vorderingen, andere aanspraken en bewijsstukken daarvan en bonnen. Hiermee wordt beoogd de weg vrij te maken voor loonvormen als het toekennen van bijvoorbeeld optierechten aan werknemers. Ter vermijding van mogelijke misverstanden wordt erop gewezen dat met het woord 'bonnen' bedoeld wordt 'vakantiebonnen' (zie artikel 639, tweede lid) en niet het systeem van de zogenoemde bonkredietlening, waarbij een winkelier een vordering op de eigenaar van de betreffende bon verkrijgt en deze laatste een vordering verkrijgt op de gebruiker, zijnde de consument.

Het woord 'verwarming' in onderdeel c van het eerste lid van het Nederlandse artikel is vervangen door 'luchtkoeling'. Voorts is in dit onderdeel het gebruik van water, gas en elektra opgenomen, aangezien dit gebruik alhier doorgaans een substantiële kostenpost oplevert.

Het tweede nieuwe element is te vinden in het tweede lid, waarin ter voorkoming van misbruik wordt voorgesteld dat aan de loonvormen genoemd in de onderdelen b, c en d geen hogere dan de werkelijke waarde mag worden toegekend. De strekking van deze bepaling is te voorkomen dat door een betaling van een gedeelte van het loon in natura, de wettelijke dan wel contractueel van toepassing zijnde regels betreffende de hoogte van het loon worden omzeild.

De vaststelling van ongeoorloofd loon wordt niet langer apart gesanctioneerd. Indien loon wordt voldaan in een andere loonvorm dan de in het artikel genoemde, geldt de sanctie van het voorgestelde artikel 621, eerste lid.

Tenslotte wordt erop gewezen dat blijkens de aanhef het artikel van dwingend recht is. Afwijking ten nadele van de werknemer is dan ook nietig. Voorts geldt bij afwijking de vorengenoemde sanctie van artikel 621, eerste lid.

Artikel 618 (recht op gebruikelijk of naar billijkheid vast te stellen loon indien partijen geen bepaald loon hebben vastgesteld)

Dit artikel komt inhoudelijk overeen met het huidige artikel 7A:1613o, met dien verstande dat niet alleen het plaatselijke gebruik in acht moet worden genomen, maar ook hetgeen in aanverwante bedrijfstakken of branches gebruikelijk is. In dat verband kunnen collectieve arbeidsovereenkomsten een rol spelen.

Het huidige artikel 7A:1613p, dat een sanctie geeft voor het geval dat het loon in niet door de wet geoorloofde bestanddelen is vastgesteld, kan vervallen. De regeling van het artikel is gecompliceerd en de sanctie van dit artikel op het vaststellen van het loon in niet door de wet toegestane bestanddelen lijkt nu, anders dan bij de totstandkoming van het artikel, niet meer noodzakelijk.

Voldoening van het loon in niet door de wet toegestane bestanddelen is volgens artikel 621 niet-bevrijdend; de werknemer behoeft volgens datzelfde artikel het door hem ontvangene niet terug te geven.

Overigens wordt in artikel 626 voorgeschreven dat de werkgever schriftelijk aan de werknemer het overeengekomen loon moet meedelen.

Artikel 618a (berekening van het loon per dag)

In Nederland is het oude artikel 7A:1637 Ned.BW, dat evenals het huidige artikel 7A:1613m, voorschreef hoe het loon per dag moet worden berekend, niet in titel 10 van boek 7 teruggekeerd, aangezien de Nederlandse wetgever de mening was toegedaan dat deze materie in collectieve arbeidsovereenkomsten dient te worden geregeld. Ten onzent bestaat evenwel behoefte aan een algemene wettelijke berekeningsmaatstaf; men denke aan niet genoten vakantiedagen. De in het voorgestelde artikel 618a gegeven maatstaf komt overeen met de berekeningswijze als genoemd in de definitie van 'loon' in artikel 1 van de Vakantieoverordening (AB 1993 no. GT 11), behoudens dat is toegevoegd dat het gemiddelde over de laatste drie maanden moet worden genomen (verg. artikel 624,

tweede lid). De aldaar gegeven berekeningsmethode is voldoende helder en in de praktijk zeer goed bruikbaar. Als minder dan vijf dagen is gewerkt, kan analogische toepassing in aanmerking komen. Met overwerkuren wordt hier geen rekening gehouden.

Artikel 619 (recht van inzage in de administratie van de werkgever ter berekening van het loon)

Ten opzichte van het huidige artikel 7A:1614e zijn er geen materiële wijzigingen aangebracht. De formulering heeft een enkele aanpassing ondergaan. In plaats van ‘mededeling van bewijsstukken’ vindt men thans ‘overlegging van bewijsstukken’. Het woordgebruik aan het slot van het eerste lid is gemoderniseerd. De wijziging van de laatste volzin van het tweede lid beoogt deze zin beter te laten aansluiten op de daaraan voorafgaande. Het artikel beoogt de werknemer wiens loon geheel of gedeeltelijk afhankelijk is gesteld van de boekhouding van de werkgever in staat te stellen de loonberekening door de werkgever te controleren dan wel zelfstandig een berekening op te stellen.

Het derde lid maakt afwijking van de het eerste lid of het tweede lid, tweede volzin, vernietigbaar in het belang van de werknemer. Omdat in de praktijk niet altijd duidelijk zal zijn of een beding ten voordele of ten nadele van een werknemer zal zijn, voldoet niet de formulering dat niet ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken. Daarom is bepaald dat slechts aan de werknemer een beroep op de vernietigingsgrond toekomt op een afwijkend beding.

De werkgever kan bij het verlenen van inzage geheimhouding van de werknemer of de derde die hem ingevolge het tweede lid vervangt verlangen. Deze verplichting tot geheimhouding is opgeheven indien de opgave in rechte wordt betwist. Het vierde lid mag niet zo worden gelezen dat de derde ook ten aanzien van de werknemer een geheimhoudingsplicht kan worden opgelegd met betrekking tot het gegeven van de winst.

Artikel 620 (voldoening van het loon in wettig betaalmiddel)

De onderhavige materie is thans geregeld in de artikelen 7A:1614h (voldoening van het in geld vastgestelde loon) en 7A:1614i (voldoening van het op andere wijze vastgestelde loon). Blijkens het voorgestelde eerste lid van artikel 620 kan de voldoening van het in geld vastgesteld loon

ook geschieden door girale betaling, waarbij wordt verwezen naar artikel 6:114. Deze mogelijkheid (die niet is opgenomen in de huidige titel 7A) sluit aan op de betalingspraktijk vandaag de dag en brengt derhalve feitelijk geen ingrijpende wijzigingen teweeg. De werknemer kan overigens volgens het slot van artikel 6:114 girale betaling uitsluiten.

Een tweede wijziging ten opzichte van het huidige recht geeft het voorgestelde tweede lid op grond waarvan partijen kunnen overeenkomen dat het loon in buitenlands geld wordt uitbetaald. Naar geldend recht blijkt impliciet uit het slot van artikel 7A:1614h dat vaststelling van het loon in buitenlands geld geoorloofd is; de voldoening dient echter in hier te lande gangbaar geld plaats te vinden waarvoor de wet een omrekeningsmaatstaf geeft. Er is onvoldoende reden is om partijen die betaling van het loon in buitenlands geld (bijvoorbeeld US dollars) wensen overeen te komen daarbij beperkingen op te leggen. Ter bescherming van de werknemer is bepaald dat de werknemer de bevoegdheid heeft voldoening in hier te lande gangbaar geld te verlangen, ook al is overeengekomen dat in buitenlands geld zal worden betaald. Om te voorkomen dat de werkgever met een dergelijk verzoek te zeer wordt verrast, is bepaald dat de werkgever eerst op de tweede betaaldag nadat het verzoek door de werknemer is gedaan, tot betaling in hier te lande gangbaar geld dient over te gaan. De artikelen 6:122 en 6:123 zijn wel van toepassing op de eerste betalingstermijn en naast de artikelen 620 en 622 op de latere termijnen. Zo kan de werknemer ook al heeft hij gebruik gemaakt van de bevoegdheid van artikel 620 om met ingang van de tweede komende betaaldag betaling in hier te lande gangbaar geld te verlangen toch later vorderen dat betaling geschiedt in het geld van de plaats van betaling, uiteraard slechts wanneer aan het nadere vereiste door artikel 6:122, tweede lid, gesteld is voldaan.

In de artikelen 6:123 e.v. vindt men enige nadere regels. Zo bepaalt artikel 6:123, eerste lid, dat de schuldeiser in het geval van een procedure de keuze heeft tussen een vordering tot betaling in buitenlands geld en een vordering tot betaling in hier te lande gangbaar geld. De derde volzin van het tweede lid verwijst naar de artikelen 6:124 en 6:125. Het gevolg hiervan is dat de regel met betrekking tot de koers van omrekening onder het dwingende regime van artikel 621 valt. Een uitdrukkelijke van toe-

passing verklaring van artikel 6:126 betreffende koerswijziging en schade in artikel 621 is niet meer nodig.

Artikel 620, derde lid, bepaalt dat de voldoening behalve volgens hetgeen overeengekomen is, volgens het gebruik geschiedt. De verwijzing naar het gebruik is overgenomen uit artikel 7A:1614t dat voor enkele met name genoemde niet in geld bestaande loonbestanddelen, namelijk inwoning, kost en andere levensbenodigdheden, verwijst naar het plaatselijk gebruik. Het gebruik kan ook bij de voldoening van andere niet in geld bestaande loonbestanddelen dan genoemd in artikel 7A:1614t een rol spelen.

Artikel 7A:1614t kan voor het overige vervallen. Aan deze bijzonder bepaling, waarmee de wetgever destijds misstanden op met name het terrein van de huisvesting van inwonende werknemers beoogde tegen te gaan, is thans geen behoefte meer. De algemene bepaling van artikel 3:40 (betreffende rechtshandelingen in strijd met de goede zeden en de openbare orde) en die van artikel 611 (de verplichting zich als een goed werkgever te gedragen) kunnen thans voldoende worden geacht.

Artikel 621 (sanctie op onjuiste voldoening van het loon)

Dit artikel correspondeert met het huidige artikel 7A:1614j en regelt de gevallen waarin de voldoening van het loon niet bevrijdend is. Duidelijker dan in de huidige wet, wordt bepaald dat het artikel ook geldt voor de voldoening in andere bestanddelen dan die volgens artikel 617 toegestaan zijn. Teneinde het artikel in overeenstemming met de terminologie van Boek 6 te brengen, wordt niet meer gesproken van nietige voldoening, maar van niet-bevrijdende voldoening. Indien partijen geen overeenstemming bereiken over de ‘waarde van de verschuldigde prestatie’ (eerste lid), zal de rechter moeten worden ingeschakeld.

In het derde lid is de vervalt termijn van het huidige artikel 7A:1614j, derde lid, gewijzigd in een verjaringstermijn. Voor regeling in de vorm van een vervalt termijn is geen speciale reden. Aldus wordt meer eenheid verkregen met de regeling van vergelijkbare vorderingen elders in deze titel. De terminologie is aangepast aan artikel 3:306 over de verjaring van rechtsvorderingen. Voorts wordt thans het tijdstip waarop de termijn begint te lopen in de wet genoemd.

Artikel 622 (plaats van voldoening van in geld vastgesteld loon)

Ten opzichte van het huidige artikel 7A:1614k worden in artikel 622 geen materiële wijzigingen voorgesteld. Het artikel is van regelend recht, zodat partijen – evenals onder het huidige recht – de bevoegdheid hebben bij overeenkomst daarvan af te wijken. Het artikel ziet slechts op de voldoening van in geld vastgesteld loon. Voor girale betaling geeft artikel 620 al een regeling. Voor andere loonvormen dan geld geeft artikel 6:41 een afdoende regeling of volgt uit artikel 617 wat hier zal gelden. De aanwijzing van de plaats van voldoening van het loon kan aldus beperkt blijven tot het in geld vastgestelde loon waarbij geen girale betaling plaatsvindt.

Artikel 623 (tijdstip van voldoening van naar tijdruimte vastgesteld loon)

De huidige regeling is te vinden in artikel 7A:1614l. Voorgesteld wordt het huidige derde lid te laten vervallen, nu in de praktijk van die bevoegdheid geen gebruik wordt gemaakt en ook overigens aan het bepaalde in dat lid geen behoefte bestaat. Het artikel wijkt verder inhoudelijk niet af van de huidige regeling.

De zinsnede ‘een week of korter is’ in het tweede lid van het Nederlandse artikel is in het voorgestelde artikel 623 gewijzigd in ‘korter dan een maand.’ Deze wijziging is noodzakelijk omdat in de Nederlandse tekst geen rekening wordt gehouden met een betalingsperiode van een ‘quin-cena’ (in de praktijk: twee weken), welke betalingsperiode hier te lande veelvuldig wordt gehanteerd.

In de laatste zinsnede van het eerste lid van artikel 7A:1614l, wordt bepaald dat indien het loon bij een langere tijdruimte dan een maand is vastgesteld – waarbij vooral te denken valt aan per jaar vastgestelde salarissen – de uitbetaling van het loon telkens na een kwartaal dient te geschieden. Deze bepaling is als verouderd geschrapt. Overigens is in artikel 3:288, onderdeel e, een algemeen voorrecht geregeld ten aanzien van onder meer achterstallig loon.

Het derde lid stelt buiten twijfel dat afwijking van het artikel – bijvoorbeeld een afspraak tot betaling per dag – (alleen) voor de werknemer grond tot vernietiging van het afwijkende beding oplevert.

Artikel 624 (tijdstip van voldoening van niet naar tijdruimte vastgesteld loon)

Na het vorige artikel over de betaling van het in geld naar tijdruimte vastgesteld loon bevat dit artikel enkele bepalingen over de betaling van het in geld niet naar tijdruimte vastgesteld loon. In de huidige wet vindt men deze bepalingen in de artikelen 7A:1614m, 7A:1614o en 7A:1614p. De zinsnede ‘ten aanzien van aard, plaats en tijd het meest nabijkomt aan de arbeid, waarvoor het loon verschuldigd is’ in artikel 7A:1614m en in het tweede lid van 7A:1614p is vervangen door ‘vergelijkbare arbeid’, aangezien dit laatste begrip duidelijker is.

De eerste drie leden geven voorschriften over tariefinkomsten (stukloon), omschreven als ‘loon dat afhankelijk is van de uitkomsten van de te verrichten arbeid’; deze omschrijving is uit artikel 7A:1614p overgenomen. De betalingstermijnen zijn volgens het eerste lid dezelfde als die voor naar tijdruimte vastgesteld loon voor vergelijkbare arbeid; zie artikel 623.

Als het loon berekend kan worden op de betaaldag, wordt uiteraard het hele loon uitbetaald. Een bepaling van die inhoud, die de huidige wet voor de bepaling van het verschuldigde loon in het algemeen kent in het eerste lid van artikel 7A:1614p, is overbodig. Niet alleen volgt uit de algemene beginselen – zie bijvoorbeeld artikel 6:29 – al dat het hele loon voldaan moet worden als de wederpartij zijn verplichting, het verrichten van arbeid nagekomen is, maar bovendien hebben de in hoofdzaak dwingende bepalingen van de artikelen 616 en 624 van deze afdeling uiteraard op het hele bedrag van het loon betrekking. Het bepaalde in artikel 7A:1614p, eerste lid, is dan ook niet overgenomen.

Bij de tariefinkomsten is echter een regeling nodig voor het geval dat het loon nog niet berekend kan worden op de betaaldag. De voorgestelde regeling in het tweede en derde lid is in hoofdzaak gebaseerd op artikel 7A:1614p dat bepaalt dat een recht op een voorschot kan worden overeengekomen. Nieuw is dat de werkgever thans verplicht wordt een voorschot te betalen. Voor de bepaling van de hoogte van het voorschot wordt verwezen naar het loon dat over de laatste drie maanden is verdiend. Indien de maatstaf van het arbeidsverleden ontbreekt, dient als vergelijking het loon voor vergelijkbare arbeid.

Het vierde lid betreft een andere vorm van in geld niet naar tijdruimte vastgesteld loon, namelijk het winstaandeel e.d. Het komt overeen met het huidige artikel 7A:1614n, eerste lid.

Het tweede lid van artikel 7A:1614n is geschrapt. Wat ook al de situatie geweest moge zijn ten tijde van de totstandkoming van deze bepaling, thans worden de balans en staat van baten en lasten op grond waarvan de winst wordt vastgesteld bij iedere rechtspersoon jaarlijks vastgesteld. Zie in dit verband de artikelen 2:15 en 3:15a. Ook werkgevers die geen rechtspersoon zijn, zijn genoodzaakt jaarlijks de jaarrekening op te maken voor de fiscus. De uitzondering van het tweede lid van artikel 7A:1613e kan daarom vervallen.

Artikel 7A:1614o dat bepaalt dat, als het loon in geld voor een gedeelte naar tijdruimte, voor een gedeelte op andere wijze, of in gedeelten naar verschillende tijdruimten is vastgesteld, voor ieder van die gedeelten de in de voorgaande artikelen neergelegde voorschriften van toepassing zijn, keert niet als afzonderlijke bepaling terug. Ook zonder uitdrukkelijk voorschrift geldt dat voor ieder van de delen de gegeven bepalingen van toepassing zijn.

In het vijfde lid is het dwingendrechtelijk karakter van het onderhavige artikel neergelegd.

Artikel 625 (wettelijke verhoging bij niet tijdige betaling)

Dit artikel is een gemoderniseerde versie van het huidige artikel 7A:1614q, met dien verstande dat het tweede lid, waarin wordt bepaald dat het artikel van dwingend recht is, nieuw is. Er zijn enkele redactionele wijzigingen aangebracht. Verder zijn de te algemeen luidende en daardoor niet geheel duidelijke formuleringen ‘na aftrek van hetgeen door de werkgever niet hoeft te worden uitbetaald en na aftrek van hetgeen, waarop derden overeenkomstig de bepalingen van deze titel rechten doen gelden’ exacter gemaakt door de artikelen die tot aftrek kunnen leiden te noemen. Ten slotte is in de literatuur terecht opgemerkt dat de huidige bepaling die spreekt van een aan de werkgever ‘toe te schrijven’ niet-betaling te ruim is. Daarom wordt thans gesproken van ‘toe te rekenen’, in aansluiting op het woordgebruik van Boek 6; met toepassing van artikel 6:75 kan worden beoordeeld of de niet-betaling toegerekend kan worden.

Artikel 626 (verstrekken van loonstrook)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel I in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 627 (geen arbeid, geen loon)

Deze bepaling correspondeert met het huidige artikel 7A: 1614b. De hierin neergelegde hoofdregel vloeit strikt genomen reeds uit de algemene regels betreffende wederkerige overeenkomsten voort, maar is opgenomen teneinde misverstanden te vermijden. Daarenboven doet deze bepaling dienst als inleiding op de volgende artikelen.

Artikel 628 (geen arbeid, wel loon)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel E in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 628a (minimumloonaanspraak bij oproeping)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel H in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 629 (wel loon bij ziekte of ongeval)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel G in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 629a (zwangerschap en bevalling)

Het zwangerschaps –en bevallingsverlof wordt ingevolge het eerste en tweede lid verleend met behoud van vol inkomen gedurende tenminste twaalf weken. De vermoedelijke bevaldatum dient ingevolge het vierde lid te worden vastgesteld door een huisarts, verloskundige of medisch specialist. Dit dient schriftelijk te worden opgegeven. Op basis van de vermoedelijke bevaldatum bepaalt de vrouw de ingangsdatum van het zwangerschapsverlof met inachtneming van het bepaalde in het vierde lid. Bij het bepalen van de ingangsdatum van het moederschapsverlof is de werkelijke bevaldatum nog onbekend. De vroegste ingangsdatum van

het moederschapsverlof is bepaald op de helft van het totale verlof. Ter bescherming van de gezondheid van moeder en kind moet het bevallingsverlof ook bij een late bevalling tenminste zes weken omvatten. Het totale moederschapsverlof kan daarmee langer dan twaalf weken zijn.

Artikel 629b (bevallingsverlof partner)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel F in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 630 (verhindering tot voldoening van loon in natura)

Het artikel stemt grotendeels overeen met het huidige artikel 7A:1614u. De verwijzing naar het plaatselijk gebruik is ook hier, evenals in artikel 620, veralgemeend tot een verwijzing naar het gebruik. Omdat het gebruik waarschijnlijk voor een specieus geval als dit een onvoldoende richtsnoer voor de rechter zou bieden, is de billijkheid expliciet in de bepaling opgenomen. In verband met de aanpassing van artikel 617 aan de hedendaagse loonvormen is ook artikel 630 aangepast. Het is immers niet logisch wel de toegestane loonvormen uit te breiden, doch bij de sanctie op de niet-tijdige voldoening daarvan aan te blijven knopen bij de klassieke loonvormen. Er is evenmin aanleiding de beperking in het huidige artikel 7A:1614u tot inwoning, kost en andere levensbenodigdheden te handhaven. Een uitdrukkelijke bepaling over de nietigheid van afwijkende bedingen is opgenomen, met een formulering die in overeenstemming is met de regeling in titel 2 van Boek 3.

Artikel 631 (looninhouding en loonbesteding)

In dit artikel is de inhoud van de huidige artikelen 7A:1613q en 1613r samengebracht, met enige wijzigingen. Artikel 7A:1613q bedoelde in de eerste plaats de gedwongen winkelnering tegen te gaan. Het artikel gaat echter veel verder en verbiedt alle afspraken tussen werkgever en werknemer over de besteding van het loon. Artikel 1613r geeft een nadere sanctie voor die gevallen waarin de nietigheid die artikel 1613q aan het beding verbindt onvoldoende of geen effect zou hebben, de gevallen namelijk waarin ter uitvoering van het beding een volgovereenkomst is gesloten hetzij tussen de werkgever en de werknemer, hetzij tussen de werknemer en een derde.

Het eerste lid betreft inhoudingen en het tweede lid bestedingen. Het eerste lid laat wel de mogelijkheid open voor de werknemer de werkgever herroepelijk te machtigen bedragen op het loon in te houden en daaruit betalingen te verrichten ten behoeve van bijvoorbeeld een zogenoemde personal-computer-privé-regeling of van een personeelsvereniging. Dit kunnen derhalve ook betalingen aan de werkgever zijn. Ook kan worden gedacht aan een door de werkgever opengesteld aandelenfonds waaraan de werknemer vrijwillig kan deelnemen.

In het derde lid wordt de uitzondering op het eerste en tweede lid gegeven, met een nadere bepaling in het vierde lid. Het derde lid correspondeert met het eerste onderdeel van het huidige tweede lid van artikel 1613q; vooral pensioenregelingen zijn van eminent belang voor werknemers. In titel 7.17 (Verzekering) wordt overigens een (verbeterde) bescherming tegen uitwinning van een levensverzekering in geval van derdenbeslag of faillissement geboden; zie thans reeds artikel 479p WBR-vA.

In het vijfde lid wordt ten aanzien van minderjarige werknemers verwezen naar artikel 612.

Het geval dat de werknemer op grond van het nietige beding een volgoovereenkomst met de werkgever sluit en dat waarin hij dat met een derde doet zijn thans in hetzelfde artikellid, het zesde, geregeld. Evenals in de huidige wet, heeft de werknemer het recht datgene wat hij uit hoofde van de volgoovereenkomst – hetzij aan de werkgever hetzij aan de derde – betaald heeft van de werkgever te vorderen. Voor de volgoovereenkomst met de werkgever is, evenals in de huidige wet, een nadere bepaling opgenomen. Volgens de huidige wet is deze overeenkomst nietig. Nietigheid van de overeenkomst is echter in zoverre minder gelukkig dat ook de werkgever daarop een beroep zou kunnen doen, terwijl de bepaling de bescherming van de werknemer beoogt. Juister is het aan de werknemer de vrijheid te laten om, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, te beslissen of hij de overeenkomst wil vernietigen of in stand houden. Daarom krijgt hij in het zesde lid de bevoegdheid de overeenkomst te vernietigen. Als hij tot vernietiging besluit, worden de gevolgen, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag of restitutie moet plaats vinden, beheerst door de algemene regels in de artikelen 3:49 e.v. In de formulering

is ermee rekening gehouden dat in het nieuwe WBRvA alle arbeidszaken EJ-zaken zijn geworden die eindigen in een beschikking.

De matigingsbevoegdheid van de rechter is gehandhaafd in het nieuwe zevende lid.

Het achtste lid correspondeert met het huidige vierde lid van artikel 7A:1613r. Evenals in het nieuwe artikel 621 is de vervaltermijn gewijzigd in een verjaringstermijn. De bepaling geldt voor alle rechtsvorderingen op grond van het artikel. Omdat daarover enige onzekerheid bestaat, is thans aangegeven op welk tijdstip de termijn begint te lopen. Overeenkomstig hetgeen meestal in de literatuur wordt aangenomen, is het begin van de termijn gelegd bij het ontstaan van de vordering, dat wil dus zeggen zodra loon ingehouden is of een betaling op grond van het beding gedaan is.

Artikel 632 (verrekening)

Zie het huidige artikel 7A:1614r. Omdat het artikel kan worden beschouwd als *lex specialis* die afwijkt van artikel 6:135, onderdeel a, en het niet gewenst is dat de beperking van de verrekeningsmogelijkheid die uit dat artikel voortvloeit niet zou gelden is in het tweede lid uitdrukkelijk bepaald dat verrekening niet plaatsvindt op het deel van het loon waarop beslag niet geldig is; zie artikel 632a. Onder de huidige wet is het een zowel in de jurisprudentie als in de literatuur in verschillende zin beantwoorde vraag of beslag en compensatie beide tot hun wettelijk toegestane maximum naast elkaar mogelijk zijn dan wel de cumulatie uit de twee oorzaken beperkt is. Aangezien de ratio van de beperking ten aanzien van beslag zowel als die ten aanzien van compensatie is, te verzekeren dat de werknemer op de uitbetalingsdag de vrije beschikking krijgt over een redelijk gedeelte van zijn loon, wordt in het derde lid van het voorgestelde artikel uitdrukkelijk bepaald dat hetgeen de werkgever inhoudt uit hoofde van een op het loon gelegd beslag, in mindering komt van het voor verrekening toegelaten maximum.

Het vierde lid maakt een beding dat de werkgever een ruimere bevoegdheid tot verrekening geeft vernietigbaar. In de praktijk behoeft het niet te gaan om een vernietiging van het hele beding, maar om een beroep op de vernietigingsgrond in een concreet geval.

Artikel 632a (beslagvrije voet)

Tijdens het overleg gehouden in de periode van 21 augustus tot en met 9 november 2012 inzake belastingen, is er door de sociale partners gesproken over mogelijke maatregelen die zouden kunnen leiden tot koopkrachtverbetering voor sociaal zwakkere groepen. Besproken werd het versterken van de beslagvrije voet door inperking van het loonbeslag. Momenteel is het zo dat op slechts een derde van het inkomen van een werknemer beslag mag worden gelegd. Daarmee werd beoogd om ervoor te zorgen dat werknemers altijd aan bepaalde verplichtingen zouden kunnen blijven voldoen. Dat wil zeggen het betalen van huur, water, elektriciteit en het aanschaffen van de hoogst noodzakelijke levensmiddelen.

Het beslag mag namelijk hetgeen minimaal nodig is voor het bestaan niet aantasten. De huidige regeling volstaat daarmee niet, omdat het beslag van een derde dus ook over het minimuminkomen wordt toegestaan. Hierdoor zijn er groepen werknemers die niet eens een minimum bestaansmogelijkheid hebben. Voorgesteld wordt om het loonbeslag voor werknemers met een minimaal inkomen, te beperken tot maximaal 10% van dit minimum loon. Voor de groep met een inkomen tot Afl. 50.000,-, wordt het loonbeslag ingeperkt tot 25%.

Artikel 633 (overdracht, verpanding en volmacht)

In dit artikel vindt men de regels over de overdracht en de in pandgeving en de volmacht tot de vordering van loon. In het eerste lid wordt aangesloten bij de beslagvrije voet van artikel 632a.

In het tweede lid is het vereiste dat de volmacht tot de vordering van loon schriftelijk moet worden verleend, ondergebracht, tezamen met de bepaling dat de volmacht herroepelijk is. De bijzondere bepalingen zijn naast de regeling van de volmacht in titel 3 van Boek 3 noodzakelijk: titel 3.3 gaat er vanuit dat de volmacht alleen aan een vorm is gebonden indien de wet dit vereist en in verband met artikel 3:74 van Boek 3 is een uitdrukkelijke bepaling over de herroepelijkheid noodzakelijk.

Afdeling 3. Vakantie en verlof

Algemeen

Het is wenselijk – gelet op het codificatiebeginsel – om het civielrechtelijk gedeelte van de Vakantieverordening (AB 1993 no. GT 11) onder te brengen in het BWA. De voorgestelde artikelen van deze afdeling handelen over het recht van de werknemer op een (minimaal) aantal betaalde vakantiedagen per jaar. De Vakantieverordening bevat een aantal verouderde bepalingen, terwijl daarin een aantal onderwerpen die verband houden met het recht op onbetaalde vakantie ongeregeld worden gelaten. De voorgestelde afdeling wijkt dan ook nogal af van de tekst van de Vakantieverordening. Het Nederlandse artikel 643 ten aanzien van politiek verlof is niet overgenomen. In Nederland heeft dit enkel betrekking op de Eerste Kamer, provinciale staten en gemeenteraden en niet op de Tweede Kamer. Hier te lande ontbreekt thans een vergelijkbare regeling.

Artikel 634 (verwerving vakantiedagen)

Men zie het huidige artikel 2 Vakantieverordening. Voor het recht op loon over de vakantiedagen zij verwezen naar artikel 639. Uitgangspunt is dat voor de opbouw van vakantiedagen de aanspraak op loon als beslissend criterium wordt genomen (eerste lid). Op dit criterium worden vervolgens uitzonderingen gemaakt. Het principe is derhalve: geen loon, geen vakantiedagen. Het looncriterium is iets verfijnder dan het criterium dat uitgaat van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Immers, als er geen sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst, is er in het geheel geen aanspraak op vakantiedagen. Als er wel sprake is van een arbeidsovereenkomst, moet er nog een nader criterium worden gevonden; in die zin zijn er altijd twee criteria nodig. Het looncriterium sluit reeds in zich dat er een arbeidsovereenkomst bestaat.

Het tweede lid regelt de gevallen waarin de werknemer niet gedurende een geheel jaar recht op loon heeft gehad en de gevallen waarin de werknemer gedurende het gehele jaar of een deel van het jaar slechts gedeeltelijk recht op loon heeft gehad. Het derde lid biedt een beperkte mogelijkheid om van de zuivere evenredigheid van het tweede lid af te wijken.

Artikel 635 (bijzondere regelingen bij opbouw vakantiedagen)

De gevallen, waarin de werknemer niet recht heeft op loon, maar desalniettemin aanspraak op vakantie verwerft, worden hier genoemd. De tekst wijkt ten dele af van de Nederlandse doordat hier te lande een Wet

arbeid en zorg ontbreekt alsmede, zoals reeds is opgemerkt, een politiek verlof voor de Eerste Kamer, provinciale staten e.d.

Het eerste lid betreft de militaire dienst e.a. (onderdeel a, ontleend aan het huidige artikel 1615h, derde lid), het vakbondsverlof (onderdeel b) en de onvrijwillige werkloosheid (onderdeel c). In het tweede lid betreft de eerste volzin de volledige arbeidsongeschiktheid en de tweede volzin de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Ziekte door opzet van de werknemer e.d. komt aan de orde in de derde en vierde volzin van het tweede lid; verg. artikel 629, derde lid. Het vierde lid is relevant voor zover er wetgeving bestaat of in de toekomst tot stand wordt gebracht die de werkgever verplicht jeugdige werknemers in staat te stellen onderwijs te volgen. De jeugdige blijft dan vakantiedagen opbouwen. Gedurende zwangerschaps- en bevallingsverlof bestaat er recht op loon (artikel 629a) en dientengevolge ook recht op de opbouw van vakantie (artikel 634).

Artikel 636 (als vakantiedagen aan te merken dagen)

Evenals in artikel 637 wordt hier de mogelijkheid geboden dat wordt overeengekomen dat ziektedagen als vakantiedagen gelden mits het gaat om bovenwettelijke vakantiedagen. Benadrukt zij dat artikel 636 niet impliceert dat de werkgever op voorhand zou kunnen bedingen dat dagen, die voorheen niet mochten worden aangemerkt als vakantie, als vakantiedagen zullen worden aangemerkt. De bedoeling is dat werkgever en werknemer van geval tot geval (op het moment dat de desbetreffende situatie zich voordoet), zonder vormvoorschrift en zonder beperking tot uitsluitend de bovenwettelijke dagen, kunnen overeenkomen dat perioden van niet-werken, bedoeld in artikel 635, in mindering komen op het vakantietegoed. Men zie de woorden 'in een voorkomend geval'.

Artikel 637 (ziektedagen en vakantiedagen)

Anders dan ingevolge artikel 636, kan thans wel bij voorbaat worden afgesproken – bij individuele of collectieve arbeidsovereenkomst – dat ziektedagen als vakantiedagen gelden, mits het gaat om bovenwettelijke vakantiedagen. De Nederlandse regeling is tot stand gekomen bij Wet Terugdringing arbeidsongeschiktheidsvolume van 26 februari 1992, Stb. 82 (Kamerstukken 22 228). De bedoeling is dat partijen prikkels kunnen

creëren tot terugdringing van het ziekteverzuim. Anders dan in artikel 636 is de schriftelijke vorm hier verplicht. Bovendien gaat het hier uitsluitend om ziektedagen.

Het tweede lid stelt als hoofdregel dat indien een werknemer tijdens de vakantie ziek wordt de vakantiedagen overgaan in ziektedagen. Bij schriftelijke overeenkomst kan hiervan worden afgeweken, echter wederom mits het gaat om bovenwettelijke vakantiedagen.

Wat betreft het derde lid, zij opgemerkt dat het maximale aantal ziektedagen dat als vakantie mag worden aangemerkt onafhankelijk is gemaakt van het sparen of opnemen van vakantiedagen; het aantal dagen dat per jaar bij ziekte als vakantie mag worden aangemerkt is beperkt tot het aantal in een bepaald jaar te verwerven bovenwettelijke vakantiedagen. De situatie kan zich voordoen dat een werknemer in geval van ziekte inmiddels niet meer over (voldoende) vakantiedagen beschikt om de uit een schriftelijke overeenkomst voortvloeiende verplichting tot compensatie van ziektedagen na te komen. Indien deze situatie zich voordoet kan toepassing van die overeenkomst slechts plaatsvinden voor zover het te goed toereikend is. Het voorgestelde artikel 637 beoogt te voorkomen dat een werknemer alle over voorafgaande jaren verworven tegoeden moet aanspreken.

Hierin past evenmin dat ziekte wordt verrekend met in een volgend jaar te verwerven vakantiedagen.

Artikel 638 (vaststelling vakantiedagen)

De voorgestelde regeling komt er op neer dat de werkgever de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie vaststelt, maar daarbij gevolg moet geven aan de wensen van de werknemer tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. De eis van gewichtige redenen betekent dat niet lichtvaardig kan worden gesteld dat de wensen van de werknemer niet gehonoreerd kunnen worden. Van gewichtige redenen zal bijvoorbeeld sprake zijn als de door de werknemer gewenste vakantie de gang van zaken in het bedrijf zo zou ontwrichten dat het belang van de werknemer daar niet tegen opweegt.

De werkgever moet deze redenen binnen twee weken schriftelijk meedelen aan de werknemer. Indien de werkgever daaraan niet voldoet, is de vakantie, conform de wensen van de werknemer, vastgesteld. De werk-

gever moet voorts de vakantie zo tijdig vast stellen dat de werknemer zijn vakantie kan voorbereiden. De werkgever is verplicht de schade te vergoeden die de werknemer lijdt wanneer de werkgever op grond van gewichtige redenen alsnog de toestemming voor een eenmaal vastgestelde vakantie intrekt. Tenslotte is de verplichting van de werkgever om aan een werknemer de overige vakantiedagen te verlenen aldus geregeld dat de ‘overige’ vakantiedagen ook in uren mogen worden opgenomen.

Artikel 639 (recht op loon over vakantiedagen)

Doorbetaling van loon is een van de essentiële kenmerken van de regeling van vakantie; men zie het eerste lid. Het tweede lid geeft de mogelijkheid een vakantiebonnensysteem erop na te houden (waarbij de werkgever vakantiebonnen inkoopt en aan zijn werknemers verstrekt), maar daarvoor moet dan de basis gelegd worden in een collectieve arbeidsovereenkomst of een publiekrechtelijke regeling. Zie ook artikel 617, eerste lid, onderdeel e, slot.

Artikel 640 (geen afkoop van niet genoten vakantiedagen)

De strekking van dit artikel is dat de werknemer, althans voor zover het de minimaanspraak van artikel 634 betreft, daadwerkelijk de vakantie opneemt. De ‘recuperatiefunctie’ van dit deel van de vakantieaanspraken is zo belangrijk, dat het de werkgever niet is toegestaan deze minimaanspraken af te kopen. Men zie het eerste lid.

De bovenwettelijke dagen kunnen ingevolge het tweede lid wel worden afgekocht, mits schriftelijk. Handhaving van het afkoopverbod voor de minimumvakantie leidt ertoe dat aan de beschermende functie van de minimumvakantie niet wordt getornd. De mogelijkheid van afkoop van bovenwettelijke vakantierechten bevordert het leveren van maatwerk voor op de wensen van de werknemer en de mogelijkheden van het bedrijf afgestemde vakantieafspraken. Bij de afspraken over de bestemming van afgekochte bovenwettelijke vakantierechten kan een koppeling worden gelegd met andere regelingen, zoals bijvoorbeeld pensioenregelingen.

Artikel 641 (aanspraken bij einde arbeidsovereenkomst)

Wat tijdens de arbeidsovereenkomst (ten dele) niet mag (zie artikel 640), mag aan het einde van de arbeidsovereenkomst wel: het uitbetalen in geld van nog openstaande vakantiedagen. Heeft de werknemer echter vakantiebonnen ontvangen (slot van het eerste lid), dan kan hij die later alsnog verzilveren.

Artikel 642 (verjaring vakantieaanspraken)

Voorgesteld wordt in de wet een vast tijdstip te noemen waarop de termijn begint te lopen voor de verjaring van vakantie-aanspraken en wel de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan. Dat de vakantie-aanspraken telkens per 31 december verjaren sluit goed aan bij de vraag die de gemiddelde werknemer zich zal stellen, namelijk hoeveel vakantiedagen hij in het nieuwe jaar tegoed heeft. Zoals ook in andere artikelen over de verjaring gedaan, is de terminologie aangepast aan die van artikel 3:306 e.v.

Anders dan in Nederland, waar de verjaringstermijn vijf jaren bedraagt, wordt voorgesteld om in aansluiting op het huidige artikel 9 (in verband met artikel 2) Vakantieverordening de verjaringstermijn (voor zowel de wettelijke als de bovenwettelijke vakantieaanspraken) te stellen op twee jaren; zie ook HR 15 mei 1987, NJ 1988, 22. Één verjaringstermijn voor wettelijke en bovenwettelijke vakantie-rechten verlicht de administratieve lasten.

Artikel 645 (dwingend recht)

Hierin worden de voorgaande artikelen tot dwingend recht verklaard, met als sanctie in beginsel vernietigbaarheid.

Afdeling 4. Gelijke behandeling

Algemeen.

Dat personen – hier in het bijzonder: mannen en vrouwen – niet ongelijk mogen worden behandeld tenzij daar een voldoende rechtvaardiging voor bestaat, vloeit voort uit de mensenrechtenverdragen waarbij Aruba is aangesloten, in het bijzonder artikel 14 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM), artikel 1 Protocol no. 12 EVRM en artikel 26 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en poli-

tieke rechten (IVBPR); zie ook het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (Vrouwenverdrag). In de onderhavige afdeling wordt dit verbod van discriminatie uitgewerkt voor de arbeidsovereenkomst. Een aantal bepalingen is ontleend aan regelgeving van de Europese Unie. Uiteraard is de Arubaanse rechter niet gebonden aan de rechtspraak ter zake van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, maar deze rechtspraak kan bij de uitleg van de bepalingen wel als inspiratiebron fungeren.

Artikel 646 (gelijke behandeling van mannen en vrouwen)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel M in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 646a

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel N in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 647 (discriminatoire ontslag en victimisatieontslag)

De opzegging van de arbeidsovereenkomst die direct of indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen teweegbrengt is vernietigbaar. Hetzelfde geldt voor een beëindiging op de grond dat de werknemer het discriminatieverbod heeft ingeroepen (zogenaamd victimisatieontslag) of ter zake bijstand heeft verleend (bijvoorbeeld aan een collega).

Het tweede en derde lid geven bepalingen ter zake van verval (van de mogelijkheid van vernietiging) na twee maanden en verjaring (van een rechtsvordering in verband met de vernietiging) na zes maanden (verg. artikel 683). Verval laat, in tegenstelling tot verjaring, geen stuiting toe en moet ambtshalve door de rechter worden toegepast.

Evenals geldt voor de andere opzegverboden maakt schending de werkgever op zich niet schadeplichtig, maar de schending geeft de werknemer het recht de opzegging te vernietigen (vierde lid); vergelijk artikel 677, vijfde lid. Overigens wordt in de literatuur verdedigd dat de werknemer kan berusten in het ontslag en wegens kennelijke onredelijkheid schadevergoeding kan vorderen (artikel 681).

Het vijfde lid bepaalt ten aanzien van de werknemer die beroep doet op het discriminatieverbod van artikel 646, eerste lid, of ter zake bijstand verleent dat de werkgever deze werknemer ook niet op andere wijze mag benadelen dan door opzegging van de arbeidsovereenkomst.

Artikel 648 (onderscheid naar arbeidsduur)

Dit artikel beoogt aan werknemers een wettelijke aanspraak te bieden op gelijke behandeling ongeacht de omvang van hun arbeidsduur bij de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel beëindigd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Overigens voorziet artikel 648 niet in een recht om in deeltijd te werken.

In de normstelling van artikel 648 zijn twee elementen te onderscheiden: een verbod om onderscheid te maken op grond van arbeidsduur en de mogelijkheid om, als onderscheid wordt gemaakt, dit objectief te rechtvaardigen. Een objectief gerechtvaardigd onderscheid is niet verboden. De toetsing of in strijd met de norm wordt gehandeld omvat derhalve twee stappen. De eerste stap betreft de beoordeling of onderscheid wordt gemaakt, in die zin dat de handelwijze een benadeling, c.q. bevoordeling impliceert van werknemers op grond van hun arbeidsduur. De tweede stap betreft de beoordeling of een aangevoerde objectieve rechtvaardiging van de handelwijze, indien deze als benadeling is gekwalificeerd, aan de daarvoor gestelde criteria voldoet.

Van onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur is sprake als werknemers op die grond worden benadeeld bij de voorwaarden – vastgesteld bij c.a.o., per onderneming of individueel – waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet, dan wel beëindigd. In veruit de meeste gevallen zal een relatering van aan werknemers toe te kennen aanspraken aan hun contractuele arbeidsduur geen benadeling in bovengenoemde zin meebrengen en dus geen onderscheid opleveren als hier bedoeld. Het kan echter voorkomen, dat uit aard en strekking van een bepaalde arbeidsvoorwaarde voortvloeit dat een toekenning naar rato tot benadeling zou leiden, zodat in die gevallen ofwel het toekennen van identieke aanspraken ofwel een nog andere gedragslijn uitgangspunt dient te zijn. Daarom is gekozen voor een algemeen geformuleerde bepaling. Per arbeidsvoorwaardelijke regeling zal derhalve, in het licht van

aard en strekking van de betreffende arbeidsvoorwaarde, bezien moeten worden welke gedragslijn uitgangspunt behoort te zijn, wil geen sprake zijn van onderscheid op grond van arbeidsduur. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan de beloning, overwerktoeslagen, toeslagen voor arbeid op inconveniente uren, regelingen ter vergoeding van onkosten, regelingen ter zake van vervroegde uittreding, buitengewoon verlofregeelingen, opleidingsfaciliteiten.

Indien wordt vastgesteld dat bij een bepaalde arbeidsvoorwaardelijke regeling onderscheid op grond van arbeidsduur wordt gemaakt, is dit verboden, tenzij aangetoond kan worden dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Dat houdt in dat aangetoond moet kunnen worden dat een handelwijze verklaard kan worden door factoren die niets van doen hebben met ongerechtvaardigd onderscheid. De ter bereiking van het doel gekozen middelen dienen te beantwoorden aan een werkelijke behoefte (van de onderneming) (legitimiteit), zij moeten geschikt zijn om dat doel te bereiken (doelmatigheid) en zij moeten daarvoor ook noodzakelijk zijn (proportionaliteit). Zo zal de redenering dat werknemers die in voltijd of ten minste drievierde van de normale arbeidstijd werken sneller bekwaamheden en geschiktheden verwerven dan werknemers die minder dan drievierde van de normale arbeidstijd werken veelal te algemeen zijn en als zodanig geen afdoende rechtvaardiging voor een verschil in promotie naar een hogere loongroep opleveren. Te algemene argumenten of het enkele argument van kostenbesparing of budgettaire redenen zullen in het algemeen niet dienst kunnen doen als een voldoende rechtvaardiging.

De tweede volzin van het eerste lid van artikel 648 correspondeert met het eerste lid van artikel 647; het derde lid met het vierde lid van artikel 647; en het vierde lid met het vijfde lid van artikel 647. Wat betreft de nietigheidssanctie van het tweede lid van artikel 648, zie het elfde lid van artikel 646.

Artikel 649 (onderscheid naar tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst) Tijdelijke werknemers mogen ten opzichte van vergelijkbare werknemers in vaste dienst niet worden onderscheiden bij de arbeidsvoorwaarden, tenzij er een objectieve rechtvaardiging is voor het verschil in behandeling. Van een onderscheid op grond van de al dan niet tijdelijke

aard van de arbeidsovereenkomst is sprake als werknemers op die grond worden benadeeld bij de arbeidsvoorwaarden. Deze voorwaarden kunnen zijn neergelegd in een individuele arbeidsovereenkomst of in een collectieve arbeidsovereenkomst.

Onder onderscheid wordt verstaan: direct en indirect onderscheid. Bij direct onderscheid wordt het (tijdelijke) karakter van de arbeidsovereenkomst rechtstreeks als onderscheidend criterium gehanteerd. Bijvoorbeeld bepaalde opleidingsfaciliteiten worden uitgesloten voor de werknemer die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft. Van indirect onderscheid is sprake indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze uitsluitend of in overwegende mate werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd benadeelt in vergelijking met werknemers voor onbepaalde tijd. Zo kunnen regelingen die een dienstverband van een bepaalde minimumduur vereisen voordat ze toepasselijk zijn (bijvoorbeeld recht op aanvulling tot 100% van het loon tijdens ziekte voor werknemers die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn aangegaan of ten minste zes maanden in dienst zijn) een indirect onderscheid opleveren.

Wat betreft de objectieve rechtvaardiging (legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit), zij verwezen naar de toelichting bij artikel 648. In elk individueel geval zal op grond van de feitelijke omstandigheden moeten worden beoordeeld of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging. In het tweede lid van het onderhavige artikel 649 is geregeld dat opzegging wegens een beroep op dit discriminatieverbod vernietigbaar is. Een overeenkomstige sanctie is ook voorzien in de andere gelijke behandelingsartikelen in deze afdeling 4. In dit verband zij opgemerkt dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt wanneer de tijd is verstreken die bij overeenkomst, wet of gebruik is aangegeven. Opzegging is daarbij slechts nodig indien dat bij schriftelijk aangegane overeenkomst is bepaald of uit wet of gebruik voortvloeit. Tussentijdse opzegging is mogelijk, mits dit recht voor ieder van de partijen schriftelijk is overeengekomen (artikel 667). In de praktijk zal het tweede lid in het bijzonder van belang zijn voor de tussentijdse opzegging wegens beroep op dit discriminatieverbod.

In aansluiting bij artikel 648 zijn de in artikel 647, tweede en derde lid, genoemde termijnen van toepassing. Dit betekent dat een werknemer

binnen twee maanden na de opzegging een beroep moet doen op de vernietigingsgrond en dat een rechtsvordering in verband met de vernietiging verjaart door verloop van zes maanden na de dag waartegen is opgezegd. Het derde en vierde lid sluiten eveneens aan bij de andere gelijke behandelingsartikelen van afdeling 4.

De uitzondering in het vijfde lid houdt verband met de bijzondere aard van de uitzendovereenkomst. Bij een 'normale' arbeidsovereenkomst zijn twee partijen betrokken. De vraag met wie een werknemer met een arbeidsovereenkomst kan worden vergeleken is relatief eenvoudig te beantwoorden. Bij uitzendovereenkomsten ligt dit anders. Bij een uitzendovereenkomst zijn drie partijen betrokken: de uitzendkracht (werknemer), het uitzendbureau (werkgever) en de opdrachtgever.

Artikel 649a (onderscheid op grond van lidmaatschap vakbond)

Dit artikel strekt ter implementering van het ILO-verdrag no. 87 betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht en het ILO-verdrag no. 98 betreffende de toepassing van de beginselen van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen (1949). Het voorgestelde artikel is algemener dan artikel 670, vierde lid, van het onderhavige ontwerp dat slechts ontslagbescherming biedt. Aangesloten wordt bij het voorgaande artikel 649; zie aldaar de toelichting.

Afdeling 5. Enkele bijzondere bedingen in de arbeidsovereenkomst

Artikel 650 (boetebeding)

Hierin is het huidige artikel 7A:1613s opgenomen. Aangezien de artikelen 7A:1613i tot en met 1613l komen te vervallen, is het woord 'reglement' telkens vervangen door 'arbeidsovereenkomst'. Indien de werkgever de mogelijkheid wil hebben aan de werknemer een boete op te leggen, zal in de arbeidsovereenkomst, een c.a.o. daaronder begrepen, moeten worden vastgelegd in welke gevallen hij een boete kan opleggen. Voorts dient het bedrag schriftelijk voor iedere overtreding zijn vastgelegd.

De in de eerste twee leden gestelde eisen zijn van dwingend recht, afwijking daarvan is nietig. De eisen van het derde tot en vijfde lid zijn echter

van semi-dwingend recht, met de mogelijkheid van interventie door de rechter als de boete hem bovenmatig voorkomt. Aldus het zesde lid.

De algemene boeteregeling van de artikelen 6:91 tot en met 6:94 is ook in het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing, met de regeling van het onderhavige artikel 650.

Artikel 651 (boete en schadevergoeding)

Ook op grond van het huidige artikel 7A:1613t kan de werkgever ter zake van een zelfde feit geen boete heffen én schadevergoeding vorderen. De eerste volzin van het voorgestelde artikel 651 stemt overeen met het bepaalde in artikel 6:92, eerste lid, maar is van dwingend recht.

Artikel 652 (proeftijdbeding)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel C in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 653 (concurrentiebeding)

Het concurrentiebeding, bedoeld in artikel 1613v, is het beding waarbij de werknemer beperkt wordt om na het einde van de dienstbetrekking op zekere wijze werkzaam te zijn, veelal op straffe van een boete. Het beding strekt ertoe te voorkomen dat de werknemer na afloop van de dienstbetrekking met de kennis, vaardigheden of klantenkring zoals opgebouwd in dienst van de werkgever, als concurrent van diezelfde werkgever gaat opereren. In de praktijk echter functioneert het concurrentiebeding vaak als een middel om de werknemer aan het bedrijf te binden. Immers, in dezelfde branche werkzaam zijn wordt voor de werknemer erg moeilijk, zeker gezien de kleinschalige markt van Aruba.

Mocht een werknemer na afloop van de dienstbetrekking als concurrent van de werkgever optreden, terwijl hij daarbij op onrechtmatige wijze gebruik maakt van zijn arbeidsverleden bij de voormalige werkgever, dan kan de werkgever steeds, ook als er geen concurrentiebeding geldt, schadevergoeding vorderen wegens oneerlijke concurrentie, daar dit een onrechtmatige daad kan opleveren. Ook kan alsdan een verbod van verdere oneerlijke concurrentie worden gevraagd.

Om deze reden is in het onderhavige ontwerp opgenomen dat een concurrentiebeding nietig is.

In Nederland kan wel een concurrentiebeding worden overeengekomen (artikel 7:653 Ned.BW). Overigens sluit het ontbreken van een concurrentiebeding niet uit dat onder bijzondere omstandigheden een onrechtmatige daad van de werknemer jegens de werkgever moet worden aangenomen.

Afdeling 6. Enkele bijzondere verplichtingen van de werkgever

Artikel 654 (kosten schriftelijke arbeidsovereenkomst)

Het eerste lid stemt overeen met het huidige artikel 7A:1613d, met dien verstande dat nu ook wordt bepaald dat de kosten van een wijziging van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor rekening van de werkgever is.

Het tweede lid is nieuw en strekt ertoe aan beide partijen duidelijkheid te verschaffen omtrent de rechten en verplichtingen die bij het tot stand komen of een wijziging van de arbeidsovereenkomst zijn aangegaan, waardoor onzekerheden en ongenoegen in de onderlinge verhoudingen in de toekomst kan worden voorkomen. In de huidige praktijk is het gebruikelijk dat aan de werknemer een afschrift gegeven wordt. Het verdient aanbeveling de verplichting daartoe als rechtsregel vast te leggen. De werknemer kan nakoming hiervan vorderen. Het niet nageleefd zijn of worden van deze verplichting betekent uiteraard niet dat de arbeidsovereenkomst niet zou bestaan of ongeldig is geworden.

Artikel 655 (informatieplicht)

Anders dan het op Europese regelgeving gebaseerde artikel 7:655 Ned.BW (ingevoerd bij wet van 2 december 1993, Stb. 636; Kamerstukken 22 810), is de werkgever tot de hier omschreven informatieverstrekking pas verplicht als erom gevraagd is. Hier te lande bestaat geen traditie van ongevraagde uitgebreide informatieverstrekking en het opleggen daarvan zou een aanmerkelijke administratieve last voor het bedrijfsleven betekenen.

Zie nog wel artikel 626 ten aanzien van de loonstrook. Met dit artikel wordt in het tweede lid rekening gehouden, alsmede met de mogelijkheid

dat een schriftelijke arbeidsovereenkomst, een c.a.o. of een publiekrechtelijke regeling bestaat.

Het derde lid geeft schadeplichtigheid als sanctie, al zal schade zich niet spoedig voordoen voor de werknemer. Men denke bijvoorbeeld aan de mogelijkheid dat de werkgever de werknemer jarenlang onjuist heeft geïnformeerd omtrent het aantal vakantiedagen en de rechtsvordering van de werknemer ter zake ingevolge artikel 642 verjaard is.

Het vierde en vijfde lid betreffen andere arbeidsverhoudingen. Gedacht moet worden aan voorovereenkomsten die bij oproeparbeid en uitzendarbeid worden gebruikt en aan een restcategorie waardoor ook in gevallen dat een arbeidsovereenkomst niet kan worden aangenomen de informatieplicht bestaat.

Artikel 656 (getuigschrift)

De huidige verplichtingen van de werkgever inzake het getuigschrift zijn te vinden in artikel 7A:1614z. Nieuw is de in het eerste lid vastgelegde eis dat het getuigschrift de arbeidsduur per dag of per week vermeld. Op deze wijze wordt rekening gehouden met het toenemende belang van deeltijdarbeid. De omvang van arbeidstijd kan worden uitgedrukt in het aantal wekelijkse werkuren of in een percentage van de gebruikelijke wekelijkse arbeidsduur.

In het vijfde lid zijn de woorden ‘tegen beter weten’ (zie het huidige derde lid) die wel erg eng zijn, vervangen door ‘opzet of schuld’, waarmee tevens een betere aansluiting op de terminologie van Boek 6 is verkregen.

In het zesde lid is, evenals dat op andere plaatsen is titel 7.10 is gebeurd, de in het vierde lid van het huidige artikel neergelegde bepaling dat elk beding, waardoor de verplichtingen van de werkgever worden uitgesloten, nietig is, vervangen door de bepaling dat niet ten nadele van de werknemer afgeweken kan worden, zodat het thans om een vernietigbaarheid gaat.

Artikel 656a

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel L in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 657 (in kennis stellen van vacature)

Het eerste lid bepaalt dat werkgevers hun tijdelijke werknemers in kennis stellen van vacatures in de onderneming teneinde hun dezelfde kans op een vaste baan te garanderen als andere werknemers. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren door een algemene bekendmaking op een geschikte plaats in de onderneming.

Men zie ten aanzien van werknemers met een tijdelijke aanstelling ook het discriminatieverbod van artikel 649. Het tweede lid bevat dezelfde uitzondering als artikel 649, vijfde lid.

Artikel 657a (geen arbeid op zondag)

In Nederland komt deze bepaling niet langer in het BW voor in verband met de Nederlandse Arbeidstijdenwet. In Aruba zijn deze onderwerpen slechts voor bepaalde werknemers geregeld, aangezien de Arbeidsverordening niet op iedere werknemer van toepassing is. Op grond hiervan wordt voorgesteld de tekst van het huidige artikel 7A:1614w te handhaven, met dien verstande dat de zinsnede ‘of uit de wet’ is toegevoegd.

Artikel 657b (inwonende werknemer)

In de Nederlandse titel 7.10 zijn de artikelen, waarin regels werden gegeven met betrekking tot inwonende werknemers vervallen. Blijkens de Nederlandse Memorie van Toelichting (Kamerstukken 23 438, nr. 3, p. 7) is het aantal inwonende werknemers in Nederland zeer gering en zijn de betreffende bepalingen overbodig geworden. Dit gaat niet op voor Aruba. De huidige regeling van de artikelen 7A:1614t tot en met 7A:1614v kan dan ook niet gemist worden; de bepalingen zijn overgebracht naar het onderhavige artikel 657b. Het vijfde lid is nieuw. Het bepaalt dat van het artikel niet mag worden afgeweken.

Artikel 657c (borstvoeding)

Deze bepaling komt overeen met het huidige artikel 7A:1614cb, vastgesteld bij Landsverordening van 15 augustus 2007, AB 2007 no. 73.

Artikel 658 (zorgverplichting en aansprakelijkheid werkgever)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel J in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 658a (reïntegratie arbeidsongeschikte werknemer)

Met dit artikel wordt de jurisprudentie op grond van het huidige artikel 7A:1614y ('goed werkgever'; zie het voorgestelde artikel 611) gecodificeerd met betrekking tot de op de werkgever rustende verplichting om te bevorderen dat zijn werknemer, die wegens ziekte niet in staat is de bedongen arbeid te verrichten, in staat wordt gesteld de arbeid te hervatten. In dit verband wordt met name verwezen naar HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248 (Roovers/De Toekomst), HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (Van Haaren/Cehave), HR 13 december 1991, NJ 1992, 441 (Goldsteen/Roeland) en HR 26 september 2001, JAR, 2001, 238 (Bons/Ranzijn). De plicht van de werknemer om mee te werken aan de reïntegratie is neergelegd in artikel 660a; zie ook artikel 629, tweede lid, onderdelen c en d.

In Nederland is voorts bepaald (in een tweede volzin van het eerste lid) dat wanneer binnen het bedrijf van de werkgever geen andere passende arbeid aanwezig is de werkgever dient te bevorderen, bijvoorbeeld door inschakeling van een reïntegratiebureau, dat de werknemer in voor hem passende arbeid in het bedrijf van een andere werkgever wordt ingeschakeld. Mede gelet op de kleinschaligheid van het bedrijfsleven hier te lande gaat deze verplichting te ver. Voorgesteld wordt dan ook bedoelde verplichting in Aruba niet te introduceren.

Het Nederlandse tweede lid van 658a schrijft voor dat de werkgever in overeenstemming met de werknemer een plan van aanpak dient op te stellen, is gebaseerd op het bepaalde in artikel 71a, tweede lid, Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, welke bepaling in de sociale verzekeringswetgeving hier te lande niet voorkomt. Voorgesteld wordt ook dit artikellid niet over te nemen.

Voorts wordt voorgesteld ook het Nederlandse artikel 658b, dat eveneens is gebaseerd op de Nederlandse sociale verzekeringswetgeving, niet over te nemen.

Tenslotte wordt erop gewezen dat met ingang van 29 december 2005 in Nederland de Wet Invoering en financiering Wet werk en inkomen naar

arbeidsvermogen (Stb. 2005, 619) in werking is getreden. Daarbij is onder meer de tekst van het eerste lid van artikel 658a gewijzigd. Deze wijziging is alhier niet van belang en is derhalve niet overgenomen.

Afdeling 7. Enkele bijzondere verplichtingen van de werknemer

Artikel 659 (arbeid zelf verrichten; geen dwangsom of gijzeling)

Dit artikel komt overeen met het huidige artikel 7A:1615a. De bepaling vormt een uitwerking van artikel 6:30 dat bepaalt dat een ander dan de schuldenaar de verbintenis kan nakomen tenzij haar inhoud of strekking zich daartegen verzet. Het artikel is momenteel bijvoorbeeld van belang voor de duiding van contracten, bijvoorbeeld met oproep- en afroepkrachten, waarbij overeengekomen is dat de arbeidskracht zich door een derde mag laten vervangen, in die zin dat zo'n afspraak niet in de weg hoeft te staan aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Het tweede lid is nieuw. Het bepaalt – met het oog op het recht van vrijheid van arbeidskeuze – dat nakoming van de arbeidsverplichting van de werknemer onder de bepaling van een dwangsom of van gijzeling niet is toegestaan.

Artikel 660 (instructies werkgever)

De verplichting zich te houden aan instructies van de werkgever is thans neergelegd in artikel 7A:1615b. De woorden 'al dan niet tegelijk met andere werknemers' aan het slot zijn nieuw ingevoegd. Hierdoor wordt verworpen de in oude literatuur (in verband met een poging aldus een scherpe afscheiding te vinden tussen deze voorschriften en de voorschriften van het reglement) gebruikelijke opvatting dat artikel 7A:1615b uitsluitend betrekking heeft op aan de individuele werknemer persoonlijk gegeven instructies, en wordt de in latere literatuur gegeven en in de praktijk doelmatige en steeds gevolgde opvatting duidelijk aanvaard, dat de werkgever bevoegd is werkinstructies en ordevoorschriften binnen de in het artikel omschreven perken eenzijdig ook voor alle werknemers tegelijk te geven, hetzij mondeling hetzij bijvoorbeeld door aanplakking of per circulaire.

Wat betreft de 'goede orde' kan worden gedacht aan het dragen van een helm of bedrijfskleding, een rookverbod, een verbod op het gebruik van

alcoholhoudende dranken enz. De grens van de gezagsbevoegdheid ingevolge artikel 610 en de onderhavige plicht ingevolge artikel 660 is moeilijk te trekken.

Het tweede lid is thans neergelegd in artikel 7A:1615c. In Nederland is deze verplichting niet langer in het BW opgenomen. Anders dan in Nederland komt het verschijnsel van inwoning bij de werkgever alhier veelvuldig voor, zodat het wenselijk is deze verplichting van de inwonende werknemer te handhaven; men zie ook de toelichting bij artikel 657b.

Artikel 660a (verplichtingen werknemer bij ziekte)

Dit artikel is de spiegelbepaling van artikel 658a; men zie aldaar. De werknemer moet meewerken aan de reïntegratie. Men zie ook de sanctie van artikel 629, tweede lid, onderdelen c en d, ter zake van de stopzetting van de doorbetaling van loon; uiteindelijk kan ook opzegging gerechtvaardigd zijn.

Artikel 661 (aansprakelijkheid werknemer)

Dit artikel correspondeert met het huidige artikel 7A:1615da, zoals in de aanpassingswetgeving nieuw Burgerlijk Wetboek is vastgesteld.

Afdeling 8 rechten van de werknemer bij overgang onderneming (artikelen 662-666)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel O in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Afdeling 9. Einde van de arbeidsovereenkomst

Inleidende opmerkingen.

Afdeling 9 bevat de nieuwe regeling van het einde van de arbeidsovereenkomst. De afdeling in het huidige BWA over het einde van de arbeidsovereenkomst wordt algemeen als ingewikkeld beschouwd. Er zijn verschillende oorzaken aan te wijzen waardoor de regeling zo gecompliceerd is. Soms zijn verschillende bepalingen naast elkaar van toepassing. Bij het niet in acht nemen van de opzegtermijn kan een beroep op artikel

7A:1615o worden gedaan; onder omstandigheden kan daarnaast sprake zijn van een kennelijk onredelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst (artikel 7A:1615s). De wet kent verschillende soorten schadevergoedingsvorderingen. De terminologie is niet steeds helder en niet steeds zuiver. En tenslotte doorbreekt uiteraard de regeling van de Landsverordening beëindiging arbeidsovereenkomsten (AB 1987 no. GT 9), die naast die van het BWA bestaat, de systematiek van de regeling in het BWA. Zo kan de werknemer die betwist dat sprake was van een dringende reden voor zijn ontslag op staande voet kiezen tussen één van de schadevergoedingsvorderingen van artikel 7A:1615o en een loonvordering gegrond op de nietigheid van de beëindiging ingevolge de Landsverordening beëindiging arbeidsovereenkomsten.

In de nieuwe afdeling over het einde van arbeidsovereenkomst is geprobeerd om, binnen het gestelde kader van een technische herziening, de regeling te vereenvoudigen en te verduidelijken. Daartoe is in de eerste plaats de indeling van de afdeling enigszins gewijzigd door artikelen of artikelleden die systematisch bij elkaar horen bij elkaar te plaatsen.

In de tweede plaats is de terminologie kritisch gezien op doorzichtigheid en consistentie. Dit heeft tot een aantal wijzigingen aanleiding gegeven. Voor zover deze van meer algemene strekking zijn, worden ze hier besproken, voor het overige zullen ze in de toelichting op de artikelen aan de orde komen. Een eerste wijziging betreft het begrip 'opzegging'. In de huidige wet komt het woord opzegging in drieërlei verband voor. Een eerste groep bepalingen zijn de artikelen 7A:1615e, 1615f, 1615h, eerste lid, 1615i, 1615j, 1615k, 1615m, 1615v, die alle handelen over de opzegging van de overeenkomst die voor bepaalde tijd en die voor onbepaalde tijd is aangegaan, en over de in acht te nemen opzegdata en opzegtermijnen. Het woordgebruik in deze artikelen is niet onzuiver of onhelder. Opzegging betekent in deze artikelen de wilsverklaring van een van de partijen die na afloop van de opzegtermijn tot het einde van de overeenkomst leidt. Wel doet de term 'doen eindigen door opzegging' in artikel 7A:1639m nogal omslachtig aan. Het is juister om in plaats hiervan van 'opzeggen' te spreken zoals thans al in artikel 7A:1615v wordt gedaan.

In de artikelen 7A:1615n, eerste lid, over de proeftijd en 7A:1615o over de dringende reden, komt het woord opzegging in een ander verband

voor. Uit die artikelen blijkt dat de wet een onderscheid kent tussen ‘doen eindigen door opzegging’ en ‘doen eindigen zonder opzegging’. Meestal wordt aangenomen dat met ‘doen eindigen zonder opzegging’ de wil om tot het einde van de overeenkomst te geraken indirect blijkt uit een handelen of nalaten van een van de partijen en bij een ‘doen eindigen door opzegging’ die wil blijkt uit een uitdrukkelijke wilsverklaring. Het is niet gebruikelijk om verschillende benamingen te hanteren al naar gelang van een uitdrukkelijke dan wel een stilzwijgende wilsverklaring sprake is. In artikel 3:37 is thans uitdrukkelijk bepaald dat een wilsverklaring ook in een gedraging besloten kan liggen. Daarom wordt voorgesteld het begrip ‘doen eindigen zonder opzegging’, dat verwarrend is, in de betreffende artikelen te schrappen.

In de huidige regeling van de arbeidsovereenkomst houdt het begrip opzegging in dat een opzegtermijn in acht genomen moet worden; de wilsverklaring van een van de partijen leidt na afloop van de opzegtermijn tot het einde van de overeenkomst. Voor de gevallen waarin de overeenkomst onmiddellijk nadat de wilsverklaring gedaan is, eindigt, namelijk tijdens de proeftijd (artikel 7A:1615n) en bij ontslag op staande voet wegens een dringende reden (artikel 7A:1615o) wordt het woord opzegging niet gebruikt. De wet spreekt hier van doen eindigen (zonder opzegging of) zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen. Dit is onzuiver, daar het ook in deze gevallen gaat om een wilsverklaring die gericht is op het ten einde brengen van de overeenkomst. Voorgesteld wordt om ook in de gevallen waarin de overeenkomst eindigt onmiddellijk nadat de wilsverklaring gedaan is, van ‘opzeggen’ te spreken, en wel van ‘opzeggen met onmiddellijke ingang’. De inachtneming van een termijn is ook bij andere overeenkomsten niet als een wezenskenmerk te beschouwen, ook al zal daar doorgaans wel sprake van zijn. Dezelfde formulering wordt gebruikt in het nieuwe artikel 7:929, tweede lid. De toepasselijkheid van de opzegverboden wordt uitdrukkelijk uitgesloten. Dit is helderder.

Hierboven kwam het woord ‘beëindiging’ ter sprake. Het is niet steeds duidelijk wat de verhouding is tussen opzegging en beëindiging. Bovendien heeft het woord op de verschillende plaatsen waar het voorkomt niet steeds dezelfde betekenis. Dit laatste is al heel onwenselijk. Het bleek mogelijk het woord ‘beëindiging’ overal te vervangen door omschrijvin-

gen die aansluiten op al in de wet gebruikte formuleringen. Bij de verschillende artikelen worden deze wijzigingen nader toegelicht.

Ten slotte nog een laatste meer algemeen punt. Het huidige BWA spreekt in de afdeling waarin het einde van de arbeidsovereenkomst geregeld wordt - behalve als het om de ontbinding door de rechter in artikel 7A:1615w, eerste lid, gaat - niet van arbeidsovereenkomsten, maar van 'dienstbetrekkingen'. Het woord 'dienstbetrekking', dat ook elders in de titel van de huidige wet wel gebruikt wordt, zij het minder stelselmatig, is meestal synoniem met arbeidsovereenkomst in de zin van de rechtsverhouding die in het leven geroepen is tussen werkgever en werknemer; een enkele maal bijvoorbeeld in artikel 7A:1615p, duidt het woord het feitelijk in dienst zijn aan. In de moderne literatuur is er geen kritiek op dit woordgebruik. Het komt echter juist voor om op de plaatsen waar de twee woorden synoniem zijn het woord arbeidsovereenkomst te gebruiken, dat tenslotte het normale civielrechtelijke begrip is. Er kan dan ook geen twijfel zijn wat bedoeld wordt. Het gebruik van het woord dienstbetrekking werkt in zoverre versluisend dat de suggestie wordt gewekt dat iets anders wordt bedoeld dan 'arbeidsovereenkomst'.

Artikel 667(einde van rechtswege en opzegging)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel P in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 668 (voortzetting voor bepaalde tijd)

Dit artikel komt overeen met het huidige artikel 1615f, zoals recent gewijzigd bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100). Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel Q

Artikel 669 (opgave ontslagreden)

De opgezegde krijgt het recht schriftelijk de reden van opzegging te vernemen. Een bijzondere sanctie op weigering om de reden schriftelijk op te geven is niet voorzien en ook niet nodig. In de procedure ter verkrijging van de toestemming ingevolge de Landsverordening beëindiging arbeidsovereenkomsten (AB 1989 GT no. 14) zal de reden van de voorgenomen beëindiging schriftelijk worden genoemd. Indien de werknemer

zou willen ageren op grond van kennelijk onredelijk ontslag, zal een weigering deze reden schriftelijk mee te delen het oordeel of er sprake is van kennelijke onredelijkheid kunnen kleuren. Tenslotte heeft de opgezegde werknemer de mogelijkheid om in rechte een gebod uit te lokken tot schriftelijke mededeling van de ontslagreden.

De plicht om desverlangd opgave van reden van de opzegging te doen geldt ook voor wat de opzegging tijdens de proeftijd betreft. Dit kan van belang zijn, nu een opzegging tijdens de proeftijd getoetst kan worden aan bijvoorbeeld discriminatieverboden.

Artikel 670 (opzegverboden)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel S in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 670b (uitzonderingen opzegverboden)

In het eerste lid wordt bepaald dat de in artikel 670 geformuleerde opzegverboden niet van toepassing zijn in het geval van opzegging tijdens de proeftijd en wegens een dringende reden; dit volgt ook al, enigszins verborgen, uit de artikelen 676 en 677.

In het tweede lid zijn twee uitzonderingen op de opzegverboden opgenomen. De eerste uitzondering heeft het oog op de toestemming door de werknemer in de eenzijdige opzegging door de werkgever in strijd met een opzegverbod. De werknemer dient schriftelijk toe te stemmen in de opzegging.

De tweede uitzondering betreft de opzegging wegens beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een onderdeel van de onderneming waarin de werknemer werkzaam is. De strekking van de bepaling is dat aanvullende ontslagbescherming zin heeft verloren indien ondernemingsactiviteiten geheel beëindigd worden. Een vermindering van activiteit of het opheffen van een arbeidsplaats is uiteraard niet voldoende. Het derde lid correspondeert met artikel 629, tweede lid, onderdelen c en d, en artikel 660a (zie ook artikel 635, tweede lid).

Artikel 672 (opzegtermijn)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel T in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikel 674 (overlijden werknemer)

Het eerste lid correspondeert met het huidige artikel 7A:1615l. De overige leden, betreffende een overlijdensuitkering zijn nieuw. In Nederland is de overlijdensuitkering ingevoerd bij wet van 14 september 1970, Stb. 420. Er zij op gewezen dat nagelaten betrekkingen ingevolge artikel 5 van de Cessantia-landsverordening ook recht hebben op een cessantieuitkering. De kring nagelaten betrekkingen (artikel 5, tweede lid, Cessantia-landsverordening) is echter niet identiek aan die van het onderhavige artikel 674 (derde lid).

Artikel 675 (overlijden werkgever)

Deze bepaling correspondeert met het huidige artikel 7A:1615m.

Artikel 676 (proeftijd)

Zie hetgeen bij artikel 652 is opgemerkt.

Artikel 677 (dringende reden voor ontslag)

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel W in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Artikelen 678 en 679 (dringende reden voor de werkgever en voor de werknemer)

Deze bepalingen corresponderen met de huidige artikelen 7A:1615p en 7A:1615q. Het tweede lid geeft telkens slechts (niet-limitatieve) voorbeelden van een dringende reden.

Artikel 680 (gefixeerde schadevergoeding)

Dit artikel correspondeert met het huidige artikel 7A:1615r.

Artikel 680a (matiging loonvordering)

Dit artikel geeft de rechter de mogelijkheid in voorkomende gevallen een loonvordering na een vernietigde opzegging te matigen. Het beoogt de

onwenselijke situatie te voorkomen waarin een loonvordering onbeperkt kan oplopen zonder dat met de omstandigheden van het geval rekening kan worden gehouden; vergelijk HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207. De bevoegdheid tot matiging strekt er alleen toe een onaanvaardbaar nevenresultaat van de vernietigbaarheid van een opzegging te vermijden. De matigingsbevoegdheid is voorts beperkt tot het loon dat voor de duur van de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 672 verschuldigd zou zijn, en gaat in ieder geval niet verder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden. In het nieuwe WBRvA zijn arbeidszaken EJ-zaken geworden die eindigen in een beschikking. Vandaar dat gesproken wordt van ‘verzoek in rechte’ in plaats van ‘vordering’. Zie ook het vijfde lid van artikel 680. Op grond van deze laatste bepaling heeft de rechter een matigingsbevoegdheid ten aanzien van de schadevergoeding na de beëindiging van een arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang.

Artikel 681 (kennelijk onredelijke opzegging)

Deze bepaling correspondeert met het huidige artikel 7A:1615s. Toegevoegd is een nieuw onderdeel e aan het tweede lid inzake ernstige gewetensbezwaren, ook al zijn er zijn hier te lande geen zaken bekend waarin ernstige gewetensbezwaren een rol speelden. Bij gewetensbezwaren in dienstbetrekking gaat het om uit het individuele normbesef omtrent goed en kwaad voortvloeiende onoverkomelijke bezwaren tegen bepaalde in het kader van de arbeidsovereenkomst opgedragen werkzaamheden. Dat de werkgever rekening moet houden met ernstige gewetensbezwaren van de werknemer volgt overigens reeds uit artikel 611: de werkgever moet zich als goed werkgever gedragen. Bij de toepassing en interpretatie van dit artikel moet mede rekening worden gehouden met de in internationale verdragen verwoorde grondrechten van vrijheid van denken, geweten en godsdienst en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Artikel 682 (herstel van de arbeidsovereenkomst)

Deze bepaling correspondeert met het huidige artikel 7A:1615t.

De mogelijkheid van een veroordeling van de werknemer om weer bij de werkgever in dienst te treden na een ontslagneming, wordt echter geschrapt. Deze bepaling kan worden gezien als een beperking van het

recht van de werknemer om in zijn onderhoud te voorzien door vrijelijk gekozen werkzaamheden. Werkelijke betekenis heeft de bepaling niet meer. Beëindiging van de dienstbetrekking door de werknemer kan hem dus alleen schadeplichtig maken in de zin van artikel 677 of hem verplichten tot een schadevergoeding op grond van artikel 681, eerste lid. Ter verklaring van de ‘andere wijze’ in het vijfde lid, diene dat de afkoopsom contractueel kan zijn vastgesteld, maar men kan ook denken aan een bindend advies van een derde.

Artikel 683 (verjaringstermijn)

Het eerste lid correspondeert met het huidige artikel 7A:1615u.

De korte verjaringstermijn van zes maanden geldt ingevolge het tweede lid (in verbinding met artikel 677, vierde lid) ook voor vorderingen (tot feitelijk herstel of loon) in verband met de vernietiging van de opzegging wegens strijd met een opzeggingsverboden van artikel 670.

Artikel 684 (opzegging arbeidsovereenkomst met looptijd van meer dan vijf jaren)

Het eerste lid correspondeert met het huidige artikel 7A:1615v. De bepaling is van dwingend recht. Een verboden afwijking is niet van rechtswege nietig, maar vernietigbaar (tweede lid).

Artikel 685 (ontbinding wegens gewichtige redenen)

Deze bepaling correspondeert met het huidige artikel 7A:1615w.

Aan het eerste lid is toegevoegd dat de rechter zich bij een verzoek om ontbinding ervan vergewist of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod (bijvoorbeeld wegens ziekte) voor de betrokken werknemer. Dit betekent dus, dat de rechter bij zijn beoordeling rekening houdt met de strekking van de opzegverboden.

Wat betreft het derde lid, zij erop gewezen dat ingevolge artikel 429c, zevende lid, WBRvA mede bevoegd is de rechter in eerste aanleg van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt of laatstelijk werd verricht.

Om de behandeling van de zaak te bespoedigen is in het zesde lid, in aanvulling op artikel 429f WBRvA, bepaald dat de behandeling plaats vindt uiterlijk in de vijfde week na de indiening van het verzoekschrift.

Artikel 686 (ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming)

Deze bepaling correspondeert met het huidige artikel 7A:1615x.

Afdeling 10 (artikelen 687 tot en met 689). Bijzondere bepalingen voor handelsvertegenwoordigers

Een handelsvertegenwoordiger is iedere werknemer die ten behoeve van zijn werkgever overeenkomsten sluit en van wie het loon niet of niet geheel naar tijdruimte is vastgesteld maar geheel of gedeeltelijk uit provisie bestaat. Men denke hierbij aan een ‘salesmanager’, ‘salespromotor’, buitendienstmedewerker enzovoort.

De term handelsvertegenwoordiger onderscheidt zich in voldoende mate van het begrip vertegenwoordiger, dat wordt gebezigd indien een door deze verrichte rechtshandeling wordt toegerekend aan een vertegenwoordigde. De handelsvertegenwoordiger kan overigens als vertegenwoordiger in deze zin in naam van de patroon overeenkomsten sluiten, maar kan ook bij de totstandkoming van overeenkomsten bemiddeling verlenen. In dit laatste geval is een handelsvertegenwoordiger niet als vertegenwoordiger in de hierboven gegeven zin aan te merken.

De handelsvertegenwoordiger onderscheidt zich van de handelsagent doordat de eerste in dienst is van de patroon. Desalniettemin behoeven zij op vele punten een gelijke bescherming. Men denke bijvoorbeeld aan wettelijke beperkingen betreffende de omvang van de aansprakelijkheid uit een beding van delcredere (zie artikel 7:429). Voorts zijn de bepalingen aangaande de provisiebetaling voor beide van gelijk belang. Mede ter verzekering van deze laatste looncomponent is een aparte wettelijke regeling voor de handelsvertegenwoordiger wenselijk.

De kern van deze regeling bestaat uit het van overeenkomstige toepassing verklaren van bepalingen van afdeling 4 van titel 7 van Boek 7 (Agentuurovereenkomst; ingevoerd met ingang van 1 januari 2002), waarin onder meer de betaling van provisie aan de handelsagent centraal staat. De handelsagent en de handelsvertegenwoordiger behoeven immers een gelijke bescherming voor wat betreft het ontstaan van het recht op provisie en het moment van verschuldigdheid daarvan. Zonder wettelijke regeling zouden hier in de praktijk tal van vragen kunnen rijzen en zou er te veel ruimte zijn om voor de handelsvertegenwoordiger ongun-

stige regelingen te treffen. Handhaving van een aparte regeling voor de overeenkomst van handelsvertegenwoordiging is dan ook op haar plaats. Met de plaatsing van de regeling van de handelsvertegenwoordiger in de onderhavige titel 10 van Boek 7 (Arbeidsovereenkomst) wordt beoogd duidelijk aan te geven dat de regeling van de arbeidsovereenkomst, behoudens voor zover anders bepaald, onverkort van toepassing is.

Afdeling 11 (artikelen 690 en 691). Bijzondere bepalingen ter zake van de uitzendovereenkomst

Verwezen wordt naar de toelichting op onderdeel X in de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 12 maart 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no. GT 100).

Onderdeel W (titel 7.12: aanneming van werk)

Algemeen

Zie de toelichting bij artikel 7:2, onder Algemeen. De nieuwe titel 7.12 inzake aanneming van werk is ontleend aan de Nederlandse wet van 5 juni 2003, Stb. 238. Voor de Nederlandse wetsgeschiedenis, zie J.M. Hebly, m.m.v. N.L. van Rooij, Aanneming van werk. De parlementaire geschiedenis, 2004, waarvan in de onderhavige Memorie van Toelichting gebruik is gemaakt. Niet is overgenomen de Nederlandse 5%-regeling: de bevoegdheid van de consumentkoper/opdrachtgever om, als het gaat om een nieuw gebouwde woning, 5% van de prijs in depot te storten bij de notaris in verband met eventuele gebreken van de gebouwde woning (artikel 7:768 Ned.BW). Deze regeling (die overigens in Nederland wellicht in de toekomst zal worden vervangen door een zgn. standaardregeling als bedoeld in artikel 6:214 Ned.BW) leidt gemakkelijk tot chicanes. Het geraadpleegde notariaat voelt ook weinig voor een 'toeziende rol' bij de oplevering in verband met het al dan niet handhaven van het depot. Ook bij de totstandkoming van het aannemingscontract betreffende de bouw van een woning in opdracht van een consument zal een bedenktijd van drie dagen gelden (artikel 766, tweede lid). Men lette er overigens op dat deze bijzondere consumentenbescherming niet geldt als het gaat om de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort terwijl de aannemingsovereenkomst niet met de koop van de grond verband houdt (artikel 766, derde lid).

Artikel 750 (definitie)

Als kenmerkende eigenschappen van het aannemingscontract noemt artikel 750: de verplichting van de aannemer om een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen, buiten dienstbetrekking en tegen een door de aanbesteder te betalen prijs. Aanneming van werk van een niet stoffelijk karakter valt niet onder deze titel maar onder titel 7.7 (opdracht).

Artikel 750 eist niet dat het bedrag van de door de aanbesteder te betalen prijs bij de overeenkomst moet zijn bepaald. In zeer veel gevallen gebeurt dit niet en wordt er van uitgegaan dat de aannemer de voor hem of in zijn branche normale prijs zal berekenen als uitgewerkt in 752. Als er bij het sluiten van de overeenkomst niet over een prijs is gesproken, zal op grond van de omstandigheden moeten worden uitgemaakt of een vergoeding in de bedoeling van partijen lag.

De definitie in artikel 750 is zo geformuleerd dat zij ook de zgn. regiecontracten kan omvatten. Wel zijn niet alle bepalingen van deze titel van toepassing op dit soort overeenkomst (met name niet artikel 753).

Artikel 751 (uitvoering door anderen)

In de moderne maatschappij past het beginsel dat de aannemer het werk door anderen mag laten uitvoeren mits onder zijn leiding. Zelfs kan men zich afvragen of het niet als beginsel (behoudens afwijkende overeenkomst of gebruik) aan de aannemer vrij zou moeten staan ook de leiding van het werk aan anderen over te laten, uiteraard met behoud van de verantwoordelijkheid van de aannemer jegens de aanbesteder. Toch zou daarmee geen recht worden gedaan aan het belang voor de aanbesteder van de keuze van een aannemer, welk belang zeker niet hoofdzakelijk bepaald wordt door de solvabiliteit van de aannemer. Natuurlijk kan de aard van de overeenkomst ook de bevoegdheid voor de aannemer meebrengen het hele werk aan een ander over te laten.

Mag de aanbesteder er in het algemeen dus van uitgaan dat de leiding van het gehele werk bij de aannemer berust, hij zal er in het normale geval geen bezwaar tegen kunnen maken dat onderdelen ervan tot stand komen onder leiding van anderen, die daartoe door de aannemer zijn ingeschakeld. Aan de verantwoordelijkheid van de aannemer doet dit natuurlijk niet af.

Aan een regel betreffende de verplichting voor de aannemer tot het verschaffen van de nodige hulpmiddelen of werktuigen bestaat geen behoefte. Deze regel vloeit voldoende duidelijk voort uit de algemene beginselen van het contractenrecht in verband met de aard van deze speciale overeenkomst.

De aansprakelijkheid voor hulppersonen wordt geregeld in artikel 6:76. In beginsel is niet van belang of de schuldenaar de hulppersoon inschakelt op eigen initiatief of op verzoek of zelfs op aanwijzing van de schuldeiser. Dit sluit echter niet uit dat met deze en andere omstandigheden van het geval wordt rekening gehouden.

Artikel 752 (redelijke prijs)

Zoals reeds bij artikel 750 is opgemerkt, wordt voor aanneming niet vereist dat de prijs reeds bij de overeenkomst is uitgedrukt. Bij de talrijke kleine aannemingsovereenkomsten van het dagelijkse leven zal dit zelfs veelal niet het geval zijn. Hierbij kan nog onderscheiden worden tussen de gevallen waarin geen enkele prijs is genoemd, en die waarin de aannemer een richtprijs heeft opgegeven. Voor deze beide categorieën geeft het eerste lid van artikel 752 een regel die grotendeels overeenkomt met de regel voor de koop (artikel 7:4). Artikel 752 bevat echter ook de verwijzing naar de door de aannemer ter zake van de vermoedelijke prijs gewekte verwachtingen.

In talrijke gevallen kan of wil de aannemer zich nog niet binden aan een precies bedrag voor de aannemingssom en beperkt hij zich tot het ongeveer aangeven van de prijs. Het staat de partijen dan natuurlijk vrij de gevolgen van een dergelijke richtprijs te regelen zoals zij willen, maar meestal zal een contractuele regeling van de gevolgen achterwege blijven. Voor die gevallen geeft het tweede lid een nadere regeling die beoogt de aanbesteder een redelijke bescherming te bieden tegen het 'op kosten jagen', zonder de aannemer volledig te belasten met het risico van een overschrijding van zijn prijsschatting. Voorop dient te worden gesteld dat de richtlijnen van het eerste lid ook toepasselijk zijn in het geval dat de aannemer de prijs slechts ten naaste bij had aangegeven. Wat het tweede lid echter hieraan toevoegt, is in de eerste plaats de verplichting voor de aannemer om de aanbesteder bij een dreigende overschrijding van de geschatte prijs met meer dan 10% tijdig te waarschuwen, zodat

deze de gelegenheid krijgt het uit te voeren werk te beperken of te vereenvoudigen; in de tweede plaats de verplichting, aan een dergelijke beperking of vereenvoudiging dan binnen de grenzen van de redelijkheid zijn medewerking te verlenen. De sanctie op deze verplichtingen van de aannemer is, dat hij bij niet nakomen ervan zijn recht verspeelt de richtprijs met meer dan 10% te overschrijden. Indien zij dat willen, kunnen partijen natuurlijk van de wettelijke marge van 10% afwijken. Contractuele afwijking van het voorschrift is ook mogelijk in die zin, dat bepaalde posten uitdrukkelijk of stilzwijgend buiten de 10%-grens worden gebracht. Hiervan zal bij voorbeeld sprake zijn bij het opnemen van ‘stelposten’ of het werken met ‘glijdende schalen’.

Artikel 764 wordt in het onderhavige artikel niet uitgeschakeld. De opdrachtgever kan ‘te allen tijde’, ook voordat de werkzaamheden zijn aangevangen, de overeenkomst opzeggen, maar moet dan wel ingevolge artikel 764, tweede lid, een vergoeding betalen: in beginsel de voor het gehele werk geldende prijs, verminderd met de besparingen. Ter bepaling van deze prijs zal dan met een mogelijke beperking of vereenvoudiging als bedoeld in artikel 752, tweede lid, rekening worden gehouden.

Artikel 753 (onvoorziene kostenverhoging)

Dit artikel geeft een regeling van de invloed van kostenverhogende omstandigheden waarmee bij het bepalen van de prijs geen rekening was gehouden. Artikel 753 is niet beperkt tot omstandigheden ontstaan na het sluiten van het contract, maar het is ook toepasselijk op omstandigheden die bij het contracteren reeds bestonden maar pas later aan het licht zijn gekomen. Voor zover het voorschrift betrekking heeft op kostenverhogende omstandigheden ontstaan na het sluiten van het contract, kan het worden gezien als een precisering van de algemene regel van artikel 6:258 voor een speciaal geval van gewijzigde omstandigheden. Met betrekking tot de omstandigheden die reeds ten tijde van het contract bestonden, geeft het een uitwerking van artikel 6:228 (betreffende een ‘onjuiste veronderstelling’ die aan de overeenkomst ten grondslag was gelegd).

Willen kostenverhogende omstandigheden kunnen leiden tot een verhoging van de overeengekomen prijs, dan zal – afgezien van speciale bepalingen – aan de volgende eisen moeten zijn voldaan: 1e. het na het slui-

ten van het contract ontstaan of aan het licht komen van de omstandigheden moet niet aan de aannemer zijn toe te rekenen; in hoeverre zulks het geval is, hangt af van de aard van de overeenkomst en van de omstandigheden; de beginselen van artikel 760, tweede en derde lid, zijn mede van toepassing. 2e. de aannemer behoefde bij het bepalen van de prijs geen rekening te houden met de kans op dergelijke omstandigheden; de kostenverhogende risico's waarvan de aanbesteder mocht aannemen dat zij in de prijs verdisconteerd waren, dienen voor rekening van de aannemer te blijven.

De prijsverhoging ingevolge kostenverhogende omstandigheden geschiedt – tenzij anders is bedongen – in het algemeen niet van rechtswege of door een verklaring van de aannemer, maar moet van de rechter worden gevorderd. Hetzelfde geldt voor de wijziging of ontbinding van de overeenkomst krachtens artikel 6:258, maar niet voor de vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 6:228 (onjuiste veronderstelling), die immers door een buitengerechtelijke verklaring kan geschieden (3:49 e.v.). Gezien de vele factoren die bij de beoordeling van het of en hoeveel van de prijsaanpassing een rol kunnen spelen, moet aan de rechter een grote vrijheid worden toegekend ('geheel of gedeeltelijk kunnen aanpassen').

Intussen is de rechterlijke tussenkomst krachtens het tweede lid niet nodig als de aannemer de prijs te laag heeft berekend ten gevolge van onjuiste gegevens die de aanbesteder hem heeft verschaft. Dit zal zich bijvoorbeeld kunnen voordoen als de hoeveelheid of de kwaliteit van bepaalde materialen, opgegeven in het bestek van de aanbesteder, niet voldoende of niet bruikbaar is voor de uitvoering van het werk. Maar had de aannemer de onjuistheid van de gegevens moeten ontdekken, dan zal hij de fout in zijn prijsberekening voor eigen rekening moeten nemen. In welke gevallen de aannemer dergelijke fouten behoort te ontdekken en welke zorgvuldigheid en deskundigheid daarbij van hem gevergd kan worden, hangt van vele omstandigheden af, waarvan de beoordeling aan de rechter zal moeten worden overgelaten. Ook gebreken in van de aanbesteder afkomstige zaken, als bedoeld in artikel 760, tweede lid, kunnen kostenverhogend werken. Voor zover het gaat om 'gebreken' in 'plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften' (vergelijk artikel 760, derde lid) zullen zij meestal vallen onder het twee-

de lid van artikel 753. De aannemer zal dan de prijs zonder rechterlijke tussenkomst kunnen aanpassen. Voor gebreken in andere van de aanbesteder afkomstige zaken, hetzij zaken waarop het werk moet worden uitgevoerd, hetzij zaken waarmee het moet worden uitgevoerd (materialen en andere hulpmiddelen), zou de automatische prijsaanpassing van het tweede lid, gezien de veelheid van situaties die zich hierbij kunnen voordoen, te ver gaan. In deze gevallen zal de aannemer, als de aanbesteder niet vrijwillig in een prijsverhoging toestemt, de rechter moeten inschakelen, tenzij alweer partijen anders zijn overeengekomen.

Het derde lid verplicht de aannemer die de hem in het eerste of tweede lid gegeven bevoegdheden wil uitoefenen, de aanbesteder zo tijdig mogelijk voor de prijsverhoging te waarschuwen. Deze waarschuwing geeft de aanbesteder de gelegenheid de overeenkomst te beëindigen overeenkomstig artikel 764, maar ook om een voorstel tot beperking of vereenvoudiging van het werk te doen ter voorkoming van de dreigende prijsverhoging. Indien een dergelijk voorstel redelijk is, zal de aannemer er in het geval van het eerste lid verstandig aan doen het te aanvaarden, daar hij na een dergelijk voorstel verworpen te hebben met een vordering tot prijsverhoging bij de rechter niet veel kans zal krijgen. In het geval van het tweede lid zal de aannemer op een dergelijk voorstel – waardoor hij zijn recht op de winst over het niet uit te voeren deel van het werk geheel of gedeeltelijk zou prijs geven – slechts ingaan, hetzij op grond van coulance-overwegingen, hetzij omdat niet geheel zeker is of aan de voorwaarden van het tweede lid volledig is voldaan.

Overigens bedenke men dat artikel 753 niet van toepassing is op kostenverhogende omstandigheden die van dien aard zijn, dat de niet-uitvoering van het werk ten gevolge daarvan niet meer aan de aannemer zou kunnen worden toegerekend (overmacht). Zijn immers de gerezen obstakels voor de uitvoering van het werk zó ernstig, dat voltooiing van het werk zelfs bij aanpassing van de prijs niet van de aannemer gevergd kan worden, dan geldt niet artikel 753 maar gelden de artikelen 6:74 e.v.

Artikel 754 (waarschuwingplicht)

Dit artikel regelt de waarschuwingplicht van de aannemer, al valt aan een vage omschrijving van de norm niet goed te ontkomen. Terminologisch is aangesloten bij het tweede en derde lid van artikel 760. De bete-

kenis van het onderhavige artikel betreft in het bijzonder de ondeugdelijke uitvoering van het werk. Maar ook denkbaar is dat de aannemer die tekortschiet in de naleving van zijn waarschuwingsplicht, aansprakelijk is voor andere schade, bijvoorbeeld vertragingsschade. In voorkomende gevallen kan de schade wegens eigen schuld worden verdeeld overeenkomstig artikel 6:101.

Men vergelijkte in dit verband de beslissing van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven van 7 oktober 1983, *Bouwrecht* 1984, p. 166 e.v.; HR 24 november 1994, NJ 1995, 154 en HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba).

Artikel 755 (meerwerk)

De betekenis van dit artikel is dat toestemming tot meerwerk niet zonder meer toestemming tot prijsverhoging impliceert. De aanbesteder zal op deze consequentie van de verandering in of toevoeging aan het opgedragen werk moeten worden gewezen, tenzij de aanbesteder die uit zich zelf had behoren te begrijpen. Of dit laatste het geval is, zal grotendeels afhangen van de vraag, hoeveel deskundigheid de aannemer bij de aanbesteder mocht verwachten. Dit betekent dat bij een werk 'onder directie' de aanbesteder niet gemakkelijk een beroep op dit artikel zal kunnen doen; nog minder, bij onderaanneming, de hoofdaannemer tegenover de onderaannemer. De hier gegeven bescherming van de aanbesteder tegen ongewenste prijsverhogingen is van dwingend recht.

Evenmin als in het huidige BWA is geregeld welke gevolgen een door de aannemer opgevolgde wens van de opdrachtgever tot minder werk moet hebben op het bedrag van de verschuldigde aanneemsom. Een regeling zou, gelet op de veelvormigheid waarin de aanneming van werk zich kan voordoen (zowel de bouw als een eenvoudige reparatie valt eronder), te strak zijn en licht ten nadele strekken van de niet-professionele opdrachtgever. Indien de aannemer zonder meer meewerkt aan de wijziging van de opdracht, kan wellicht in veel gevallen ervan worden uitgegaan dat hij ook instemt met een evenredige verandering van het contract wat de aanneemsom betreft. Soms echter zal de aannemer de opdracht tot minder werk mogen beschouwen als een gedeeltelijke opzegging in de zin van artikel 764. Alles hangt af van de omstandigheden: in het bijzonder van de aard van het contract, de aard van het uit te voeren werk, de

aard van de gevraagde wijziging en de manier waarop het verzoek daartoe is gedaan

Artikel 756 ('anticipatory breach')

Dit artikel geeft een verruiming van de ontbindingsmogelijkheid die reeds in het algemeen voortvloeit uit artikel 6:80 in verband met artikel 6:265. Terwijl artikel 6:80 behalve in de onder b en c genoemde gevallen eist dat 'vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn', is voor de ontbinding volgens artikel 756 voldoende de waarschijnlijkheid dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zal worden opgeleverd. Een dergelijke verruiming van de mogelijkheid van tijdige ontbinding is voor het aannemingscontract dáárom gewenst, omdat de uitvoering van dit contract zich nog al eens over een lange tijd uitstrekt en ontbinding achteraf veelal geen bevredigende oplossing geeft.

Daar voor ontbinding waarschijnlijkheid van een niet tijdige of niet behoorlijke nakoming reeds voldoende is, zal de ontbinding in dit geval niet reeds door een enkele schriftelijke kennisgeving van de partij jegens wie de wanprestatie dreigt (vergelijk artikel 6:267) kunnen volgen, maar moet zij door de rechter worden uitgesproken. Deze heeft daarbij de vrijheid de overeenkomst geheel of slechts gedeeltelijk te ontbinden. Bij spoed kan in kort geding aan de rechter een voorlopige voorziening worden gevraagd die hetzelfde effect heeft als een ontbinding.

Krachtens het derde lid bepaalt de rechter de gevolgen van de ontbinding en kan hij de ontbinding ook voorwaardelijk uitspreken, bijvoorbeeld voor het geval dat de aanbesteder niet binnen een bepaalde tijd voldoende zekerheid heeft gesteld. Bovendien opent het tweede lid dan nog voor de aannemer de mogelijkheid om ontbinding te vorderen, als waarschijnlijk wordt dat hij de overeenkomst door overmacht niet zal kunnen uitvoeren. Een dergelijke bevoegdheid komt niet aan iedere schuldenaar uit een wederkerige overeenkomst toe. Overigens blijft de bevoegdheid om de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden op grond van artikel 6:265 in verbinding met artikel 6:80, eerste lid, onder b of c naast de in artikel 756 geopende mogelijkheden om tot ontbinding te komen in stand.

In spoedeisende gevallen kan de rechter in kort geding worden geadieerd. Deze kan een voorlopige voorziening treffen met een resultaat dat de fac-

to overeenkomt met dat in het onderhavige artikel bedoeld. Verder houde men in het oog dat indien méér dan ‘waarschijnlijk’ is dat wanprestatie zal volgen – zo geeft de Orde van Advocaten Curaçao als voorbeeld dat de aannemer het werk verlaat en duidelijk is dat het werk niet op tijd zal worden opgeleverd – ontbinding bij eenvoudige schriftelijke mededeling kan geschieden (artikel 6:267 in verbinding met de artikelen 6:265 en 6:80), nog afgezien van een gebruik van de exceptio non adimpleti contractus dat daaraan vooraf kan gaan (artikelen 6:262 e.v.).

Artikel 757 (risico tenietgaan zaak)

Dit artikel geeft een speciale regeling voor een bepaald geval van het onmogelijk worden van de prestatie van de aannemer, dat karakteristiek is voor het aannemingscontract, namelijk het onmogelijk worden door het tenietgaan of verloren raken van de zaak waarop of waaraan het werk moest worden uitgevoerd (dus niet: van het werk in uitvoering zelf; zie hierna). Gedeeltelijk concretiseert deze regeling de algemene regeling, vervat in de artikelen 6:265 e.v. (in verbinding met de artikelen 6:58 e.v. betreffende crediteursverzuim en met artikel 6:75 betreffende overmacht), gedeeltelijk geeft zij een daarvan afwijkende oplossing. Volgens de algemene regels van Boek 6 kan de crediteur (in dit geval: de aanbesteder) in geval van niet-nakoming die niet aan de debiteur (de aannemer) kan worden toegerekend, de overeenkomst door een schriftelijke of gerechtelijke kennisgeving ontbinden. De gevolgen van deze ontbinding worden uitgewerkt in de artikelen 6:271 e.v. . Een dergelijk ontbindingsrecht komt de crediteur echter niet toe, als de oorzaak van de verhindering aan zijn zijde is opgekomen, tenzij de oorzaak van de verhindering niet aan hem kan worden toegerekend (artikel 6:266, eerste lid, in verbinding met artikel 6:58). Kan de oorzaak van de verhindering hem wèl worden toegerekend, dan blijft hij dus tot volledige nakoming van zijn eigen verplichting gebonden. Wel zal hij nog tot zover vergoeding kunnen vorderen voor het niet ontvangen van de gecontracteerde prestatie, als zijn wederpartij door het verhinderd zijn van zijn prestatie voordeel heeft genoten (artikel 6:78). Tegen deze achtergrond heeft artikel 757 nu de volgende betekenis:

(a) Het geeft een antwoord op de vraag in hoever het tenietgaan of verloren raken van de zaak waaraan of waarop het werk moest worden uitge-

voerd, een oorzaak van verhindering is die de aanbesteder kan worden toegerekend in de zin van artikel 6:58, en wel in die zin dat het tenietgaan of verloren raken van de zaak niet voor rekening van de aanbesteder komt als de zaak zich voor reparatie of bewerking onder de aannemer bevond (tweede lid), doch wèl, wanneer zulks niet het geval was (eerste lid). Als criterium is dus gekozen het zich al of niet 'onder de aannemer' bevinden van de zaak tijdens het tenietgaan of verloren raken. In de praktijk zal dit veelal samenvallen met het al of niet roerend zijn van de zaak, waaraan het werk moet worden uitgevoerd, maar dit behoeft niet altijd het geval te zijn. Een enkele keer zal het twijfelachtig kunnen zijn of een onroerende zaak zich onder de aannemer bevond. Het is aan de rechter om in zulke uitzonderlijke gevallen de nodige precisering van het criterium te geven.

(b) Bevond de zaak zich niet onder de aannemer (zoals meestal bij aanneming van werk met betrekking tot onroerende zaken), dan geeft het eerste lid voor de meeste gevallen een oplossing die vrij ingrijpend afwijkt van de regeling, zoals die voortvloeit uit de artikelen 6:266 en 6:78. De aannemer behoudt immers niet zijn recht op de volle aanneemsom onder aftrek van het door hem door de niet-voltooiing van het werk genoten voordeel (bespaarde kosten en dergelijke), maar hij heeft slechts recht op een evenredig deel van de aanneemsom, berekend op grondslag van de reeds verrichte arbeid en gemaakte kosten. Wel zullen deze kosten alle kosten omvatten die met het oog op de uitvoering van het werk zijn gemaakt (dus ook het loon van uitsluitend voor dit werk aangetrokken krachten, wanneer door het onmogelijk worden van het werk niet volledig van hun arbeid gebruik kon worden gemaakt). Slechts wanneer het tenietgaan van de zaak te wijten zou zijn aan opzet of grove schuld van de aanbesteder, geldt een regeling (van artikel 764, tweede lid) die praktisch niet veel afwijkt van de gecombineerde werking van de artikelen 6:266 en 6:78. De hier gegeven oplossing lijkt voor de bedoelde gevallen beter aan te sluiten bij de in de maatschappij levende opvattingen dan een regeling die er toe zou leiden dat bijvoorbeeld een schilder, in geval van brand van een huis waaraan schilderwerk moest worden verricht, de rekening zou kunnen presenteren voor het ten gevolge van de brand niet uitgevoerde schilderwerk.

(c) Is het tenietgaan van de zaak te wijten aan opzet of grove schuld van de aanbestedder, dan zou het onbillijk zijn de aannemer zijn recht te ontfangen op de volle winst die hij bij voltooiing van het werk zou hebben gemaakt. Het ontwerp stelt hem dan in dezelfde positie als zou de aanbestedder gebruik hebben gemaakt van zijn recht om te allen tijde de overeenkomst te beëindigen (artikel 764). Men bedenke hierbij dat de ernst van de schuld beoordeeld moet worden op basis van de contractuele verhouding met de aannemer. Het lijkt minder billijk deze oplossing te aanvaarden voor iedere vorm van schuld aan de kant van de aanbestedder. Of en wanneer er, in gevallen van handelingen van de aanbestedder in noodtoestand, gesproken zal kunnen worden van opzet in de zin van dit artikel, moet aan de rechter worden overgelaten.

(d) Gaat de zaak, zonder dat dit aan de aannemer kan worden toegerekend, teniet of raakt zij verloren terwijl zij zich onder de aannemer bevindt, dan geeft het tweede lid in zoverre een eigen regeling, afwijkend van die van Boek 6 (in casu artikel 6:265), dat het de betalingsplicht automatisch doet vervallen zonder dat hiervoor nog een schriftelijke of gerechtelijke kennisgeving tot ontbinding is vereist. Bovendien heeft het tweede lid, zoals boven is aangegeven, de betekenis dat het tenietgaan van de zaak in deze situaties op zichzelf als een niet aan de aanbestedder toe te rekenen oorzaak van verhindering in de zin van artikel 58 (crediteursverzuim) karakteriseert. Dit laatste wordt natuurlijk anders als de aanbestedder schuld zou hebben aan het tenietgaan of verloren raken van de zaak. In dat geval verklaart het tweede lid weer de regeling van het eerste lid van toepassing; d.w.z. dat in geval van – niet grove – schuld de oplossing van de eerste volzin van het eerste lid zal gelden (evenredige vermindering van de aanneemsom) en in geval van opzet of grove schuld die van de tweede volzin (volle aanneemsom onder aftrek van de door de aannemer uitgespaarde kosten). Onder schuld van de aanbestedder moet mede worden begrepen schuld van personen wier diensten hij bij de uitvoering van de overeenkomst, voor zover hier van belang, heeft gebruikt. Maar omstandigheden die krachtens artikel 760, tweede lid, voor rekening van de aanbestedder komen, zullen, bij afwezigheid van schuld, niet mogen leiden tot een afwijking van de algemene regel van ‘gezond verstand’, zoals die in de eerste helft van het tweede lid is neergelegd. Een te

ver gaande nuancering in deze situaties zou de eenvoud van de rechtstoepassing onnodig schaden.

Het onmogelijk worden van de uitvoering van het werk moet wel onderscheiden worden van de gebrekkige oplevering die niet aan de aannemer kan worden toegerekend, al zullen zich grensgevallen kunnen voordoen. Over de gebreken in de oplevering die het gevolg zijn van gebreken in van de aanbesteder afkomstige zaken, handelt artikel 760, tweede en derde lid.

Artikel 757 handelt uitsluitend over het geval dat de uitvoering van het werk onmogelijk is geworden door een omstandigheid die niet aan de aannemer kan worden toegerekend. Kan de onmogelijkheid aan de aannemer worden toegerekend, dan is de aannemer aansprakelijk volgens de algemene regelen van aansprakelijkheid wegens de niet-nakoming van verbintenissen (artikel 74 e.v.).

Artikel 757 bevat geen aparte voorziening voor het geval dat de uitvoering van het aangenomen werk afstuit op wettelijke voorschriften, daaronder begrepen het ontbreken van wettelijk voorgeschreven vergunningen. Of een dergelijke omstandigheid voor rekening van de aanbesteder behoort te komen in de zin van het eerste lid, zal van geval tot geval moeten worden beslist. Ook kan het zijn dat de aard van het contract of de bestaande gebruiken op een van beide partijen ter zake een garantieplicht leggen.

Dit artikel regelt niet het risico van tenietgaan van het werk in uitvoering zelf. Bestaat de mogelijkheid van vervanging dan kan de aannemer zich niet op overmacht beroepen en dient hij voor eigen rekening de vervanging te verrichten. Voor zover dit onbillijk is, kan hij beroep doen op artikel 753 (onvoorziene kostenverhoging). Is de mogelijkheid van vervanging er niet – men moet aannemen dat dit uitzonderlijk is – dan kan de opdrachtgever op grond van artikel 6:265 de overeenkomst ontbinden. De gevolgen van deze ontbinding zijn geregeld in de artikelen 6:269 e.v. . Na oplevering is het werk voor risico van de opdrachtgever. Zie artikel 758, tweede lid.

Artikel 758 (oplevering)

Wanneer de aannemer meent dat het werk voltooid is, moet hij, al naar gelang van hetgeen overeengekomen is, hetzij de opdrachtgever meede-

len dat het werk voltooid is, hetzij het werk aan de opdrachtgever opleveren. De opdrachtgever moet daarop nagaan of het werk conform de bepalingen van de overeenkomst uitgevoerd is. Die controle zal het de opdrachtgever mogelijk maken: (a) het werk te aanvaarden, of (b) het werk te aanvaarden onder voorbehoud voor bepaalde door hem vermelde gebreken, of (c) te weigeren het werk te aanvaarden.

De aanvaarding van het werk valt dus niet altijd samen met de oplevering. De oplevering kan aan de aanvaarding vooraf gaan, bijvoorbeeld wanneer het werk ten huize van de opdrachtgever opgeleverd wordt in diens afwezigheid. Zij komt na de aanvaarding bij een bouwwerk waar het voltooide werk op uitnodiging van de aannemer wordt gecontroleerd en de oplevering pas daarna plaatsvindt door overhandiging van de sleutels. Tenslotte kunnen de oplevering en de aanvaarding samenvallen, bijvoorbeeld bij eenvoudige werken die bij de oplevering kunnen worden gecontroleerd (bijvoorbeeld een foto na ontwikkeling).

De controle en de aanvaarding van het werk of de weigering van de aanvaarding moeten geschieden binnen een redelijke termijn na de oplevering van het werk of de uitnodiging door de aannemer om te aanvaarden. Welke termijn redelijk is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval en van hetgeen ter zake gebruikelijk is. Voor werken die gemakkelijk gecontroleerd kunnen worden op het ogenblik van de oplevering, kan die termijn kort zijn of zelfs ontbreken.

Het werk is stilzwijgend aanvaard wanneer de opdrachtgever nalaat binnen een redelijke termijn het werk te aanvaarden of op een andere wijze te reageren. De vorm en het ogenblik van de aanvaarding variëren naar gelang van de aard van het werk en de omstandigheden. Zodra het werk echter aanvaard is, is de aannemer bevrijd van alle aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken waarvoor de opdrachtgever geen voorbehoud heeft gemaakt. De uitdrukking 'zichtbaar gebrek' is ondefinieerbaar maar zal naar gelang van de omstandigheden verschillende betekenissen hebben. Een gebrek dat zichtbaar is voor iemand van dezelfde beroepstak als de aannemer kan een verborgen gebrek zijn voor een leek-opdrachtgever die niet bijgestaan wordt door een deskundige.

Artikel 759 (herstel gebreken)

In het algemeen heeft de crediteur die een gebrekkige prestatie heeft ontvangen, krachtens artikel 6:74 het recht ter zake van die gebrekkigheid schadevergoeding te vorderen, tenzij de gebrekkige nakoming niet aan de debiteur kan worden toegerekend. Dit recht wordt slechts getemperd door de artikelen 6:74, tweede lid, en 6:248, tweede lid, . Alleen wanneer hij in plaats van de aangeboden prestatie vervangende schadevergoeding vordert, zal hij ingevolge artikel 6:87 de debiteur door een schriftelijke aanmaning eerst nog in staat moeten stellen alsnog deugdelijk na te komen, tenzij zulke nakoming niet meer mogelijk is. In het geval van het aannemingscontract is het echter in het algemeen gewenst dat de aannemer ook het betalen van een aanvullende schadevergoeding zoveel mogelijk kan ontgaan door de gebreken in het opgeleverde werk binnen redelijke termijn weg te nemen. Een dergelijke mogelijkheid biedt het eerste lid van artikel 759. Maar die mogelijkheid zal ook niet onbeperkt mogen zijn. Juist in sommige typische aannemingssituaties zal niet altijd van de aanbesteder gevergd kunnen worden dat hij de aannemer toelaat tot het wegnemen van de gebreken. Met name zal dit zich kunnen voordoen als de noodzakelijke herstelwerkzaamheden groot ongerief voor de aanbesteder zouden meebrengen, of als in verband met de gebleken onbekwaamheid van de aannemer geen goed resultaat van de herstelwerkzaamheden is te verwachten, of als niet valt aan te nemen dat de herstellingen binnen redelijke termijn voltooid kunnen worden.

Maakt de aannemer gebruik van de hem in het eerste lid toegekende bevoegdheid, dan behoort dit uiteraard de aanbesteder niet te beroven van een vergoeding van de schade die hij door de gebrekkige levering lijdt, ook als de gebreken later worden weggenomen. Voor zover het daarbij alleen om vertragingsschade gaat, zal in beginsel moeten zijn voldaan aan de eis van ingebrekestelling (artikelen 6:81 e.v.), tenzij in de overeenkomst een bepaalde termijn voor nakoming was aangewezen (artikel 6:83 onder a).

Het tweede lid vormt een tegenhanger van het eerste in zoverre het aan de aanbesteder een recht op herstel van gebreken toekent, tenzij de kosten daarvan in geen verhouding staan tot het belang van de aanbesteder bij het wegnemen van de gebreken. In sommige gevallen vloeit het hier aan de aanbesteder toegekende recht ook reeds voort uit het algemene

beginsel van artikel 3:296, met name wanneer het wegnemen van de gebreken beschouwd kan worden als een gewone – zij het vertraagde – nakoming van de overeenkomst. Maar niet altijd behoeft daarvan sprake te zijn.

Voor de vraag of de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de aanbestedder bij herstel in plaats van schadevergoeding, zal natuurlijk niet alleen met het financieel belang van de aanbestedder rekening moeten worden gehouden. De aanbestedder kan eisen dat de gebreken binnen een redelijke tijd worden weggenomen. Daarvoor zal hij een termijn kunnen stellen. Voldoet de aannemer hieraan niet, dan zal de aanbestedder de gebreken voor eigen rekening kunnen laten wegnemen en de kosten daarvan als schade op de aannemer verhalen. In plaats van zijn recht uit het tweede lid te gebruiken, zal de aanbestedder ook krachtens artikel 6:265 de overeenkomst kunnen ontbinden, ‘tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet kan rechtvaardigen’.

Artikel 760 (gebreken of ongeschiktheid van materialen)

Dit artikel geeft een risicoregeling voor de gevolgen van gebreken of ongeschiktheid van zaken die bij de uitvoering van het werk een rol hebben gespeeld, en breidt deze regeling, voor wat betreft zaken afkomstig van de aanbestedder, uit tot de gevolgen van fouten of gebreken in door de aanbestedder verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, enz. (derde lid). Het eerste lid geeft een uitwerking en precisering van de algemene regels van de artikelen 6:75 en 6:77, en wel in die zin dat voor de aannemingsovereenkomst gebreken of ongeschiktheid van door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen in de regel moeten worden beschouwd als oorzaken welke voor rekening van de aannemer komen. Het is gewenst dat de wetgever op dit voor het aannemingscontract praktisch zo belangrijke punt enige richtlijn geeft. Het artikel bevat een voorbehoud voor het geval dat uit de overeenkomst een andere risicoverdeling voortvloeit. Dit laatste kan het gevolg zijn van de aard van de overeenkomst of van een uitdrukkelijke of stilzwijgende afwijking van de wettelijke regel door partijen.

Zijn de door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen afkomstig van de aanbestedder, dan komen de gevolgen krachtens het tweede lid

voor rekening van de aanbesteder. Blijkens het derde lid is dit ook het geval, indien bepaalde materialen op aanwijzing van de aanbesteder zijn gebruikt en deze materialen in het algemeen ondeugdelijk blijken voor het doel waarvoor zij moeten worden aangewend. Dat de gevolgen van de fouten van de personen van wier hulp de aannemer bij de uitvoering van de overeenkomst gebruik maakt, voor zijn rekening komen, volgt uit artikel 6:76 en vindt zijn bevestiging in de slotwoorden van artikel 751.55

Het tweede lid heeft betrekking op de voor het aannemingscontract zo karakteristieke gevallen dat voor de door de aannemer te leveren prestatie zaken worden gebruikt die van de aanbesteder afkomstig zijn. Dat is natuurlijk in de eerste plaats het geval, indien het werk moet worden uitgevoerd aan een zaak van de aanbesteder (reparatie, onderhoud, verfraaiing), maar ook als er grondstoffen en/of hulpmiddelen door de aanbesteder worden verschaft. Indien zulke van de aanbesteder afkomstige zaken gebreken vertonen, kan dat op verschillende manieren een nadelige invloed hebben op de uitvoering van het werk: a. de oplevering van het werk kan gebrekkig zijn door gebrekkigheid van de gebruikte materialen of van de zaak waarop het werk moest worden uitgevoerd (het kleed dat gestoomd moest worden, bleek zó vergaan te zijn, dat het niet tegen die behandeling bestand was); b. de uitvoering van het werk kan er door zijn vertraagd; c. de aannemer heeft ten gevolge van de gebreken in de zaken van de aanbesteder extra kosten moeten maken of extra arbeid moeten verrichten om het werk op deugdelijke wijze uit te kunnen voeren; d. de uitvoering van het werk is door een gebrek in een van de aanbesteder afkomstige zaak onmogelijk geworden. De onder a en b genoemde gevallen zijn geregeld in artikel 760, tweede lid, terwijl onder c en d genoemde gevallen beheerst worden door artikel 753 en artikel 757.

Om alle twijfel dienaangaande uit te sluiten, wordt onder 'zaken afkomstig van de aanbesteder' gebracht de grond waarop deze het werk laat uitvoeren. Voor al deze zaken geldt dat de in artikel 760, tweede lid, genoemde gevolgen van de gebreken voor rekening van de aanbesteder komen, ongeacht of deze schuld aan de gebreken heeft. De aanwezigheid van schuld bij de aanbesteder wordt relevant, als de gebreken leiden tot het tenietgaan van de zaak waaraan het werk moest worden uitgevoerd, en dan nog (tenzij in geval van grove schuld) slechts wanneer deze zaak

aan de aannemer was toevertrouwd (artikel 757, tweede lid). Wil er sprake zijn van gebreken in van de aanbesteder afkomstige zaken, dan zal de betreffende zaak niet die kwaliteiten moeten bezitten, die de aannemer er van mocht verwachten. Zo zal een antiek meubel dat ter stoffering aan een stoffeerder wordt toevertrouwd, nog niet gezegd kunnen worden ‘gebreken’ te hebben in de zin van dit artikel, ook al zou het in vergelijking met een nieuw meubel gebrekkig kunnen worden genoemd.

De gevallen van gebrekkige oplevering moeten onderscheiden worden van de gevallen waarin de uitvoering van het werk onmogelijk is (geworden). Bij gebrekkige oplevering is er sprake van een prestatie die de aannemer als het door hem verschuldigde werk aanbiedt. Bij onmogelijkheid van (volledige) uitvoering beroept de aannemer er zich juist op dat het hem onmogelijk is het door hem verschuldigde werk (volledig) op te leveren. Het verschil is van belang in het geval van het tenietgaan of verloren raken van de zaak waarop of waaraan het werk moest worden uitgevoerd (artikel 757). Is er in een zodanig geval sprake van een omstandigheid die voor rekening van de aanbesteder komt, dan behoeft deze slechts een evenredig verminderde prijs te betalen, terwijl hij bij een gebrekkige oplevering ten gevolge van gebreken in zaken die van hem afkomstig zijn, ondanks de gebrekkigheid van de oplevering de volledige prijs zal moeten betalen. De gebrekkigheid komt immers voor zijn rekening. Ook als de gebreken in van de aanbesteder afkomstige zaken er toe leiden dat de uitvoering van het werk onmogelijk wordt, zodat artikel 757 toepasselijk is, vervult artikel 760, tweede en derde lid, nog deze functie, dat het de gebreken in zaken afkomstig van de aanbesteder, voor zover de aannemer ter zake niet in deskundigheid of zorgvuldigheid is tekortgeschoten, ook voor toepassing van artikel 757 tot omstandigheden stempelt die voor rekening van de aanbesteder komen.

Artikel 760, tweede lid, brengt de nadelige gevolgen van gebreken in zaken, afkomstig van de aanbesteder, alleen voor rekening van de aanbesteder ‘voor zover de aannemer niet zijn in artikel 754 bedoelde waarschuwingsplicht heeft geschonden of anderszins met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten’. Bij het aangaan van de overeenkomst zal de aannemer tekort zijn geschoten, als hij met de deskundigheid die van hem verwacht mocht worden en met de onder de omstandigheid te vergen zorgvuldigheid de gebreken in de za-

ken zou hebben ontdekt. Bij de uitvoering zal de aannemer tekortschieten, als hij de schadelijke gevolgen van de gebreken had kunnen voorkomen bij inachtneming van de onder de omstandigheid vereiste zorgvuldigheid en bij aanwezigheid van de vereiste deskundigheid. Het artikel legt de bewijslast ter zake van de inachtneming van de vereiste zorgvuldigheid op de aannemer. De van hem te vergen deskundigheid brengt mee dat hij de hem verschaftte grondstoffen niet blindelings gebruikt. Bij werken 'onder directie' kan dit anders zijn – en zulks zal vooral het geval zijn bij de overeenkomstige toepassing krachtens het derde lid – maar deze plegen beheerst te worden door uitvoerige standaardcondities. Het derde lid verklaart de risicoregeling van het tweede lid van overeenkomstige toepassing bij fouten of gebreken in door de aanbesteder verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, enz., aan de hand waarvan het werk moet worden uitgevoerd. Van een gebrek in bestek of uitvoeringsvoorschriften is ook sprake als het daarbij voorgeschreven materiaal van een bepaald fabrikaat ondeugdelijk blijkt te zijn voor het uit te voeren werk.

Artikel 761 (verjaring)

Dit artikel voorziet in een dubbele verjaringstermijn voor acties van de aanbesteder wegens gebreken in het opgeleverde werk: (a) een tweejarige termijn lopende vanaf het tijdstip dat de aanbesteder ter zake van de gebreken heeft geprotesteerd (vergelijk artikel 7:23, tweede lid, eerste volzin, ten aanzien van de koop), en (b) een tien-, respectievelijk twintigjarige termijn die loopt vanaf het moment van oplevering. Deze verjaring geldt voor alle vorderingen tegen de aannemer ter zake van gebreken in het opgeleverde werk. De tweejarige termijn moet worden gezien in verband met artikel 6:89, hetwelk bepaalt dat de schuldeiser 'op een gebrek in de prestatie geen beroep meer (kan) doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd'.

De tweejarige verjaring laat echter de mogelijkheid open van vorderingen die pas vele jaren na de oplevering worden ingesteld, voor zover het namelijk gaat om gebreken die de aanbesteder niet eerder had ontdekt en ook niet redelijkerwijs had moeten ontdekken. Artikel 3:310 voorziet in het algemeen voor het geval van een onbekend gebleven schade in een

twintigjarige verjaring lopende vanaf de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Voor bouwwerken, die in het algemeen belang bestemd zijn een lange tijd mee te gaan en waarbij gebreken zich veelal pas later openbaren, lijkt een twintigjarige verjaring – maar dan vanaf het moment van oplevering – inderdaad redelijk. Het lijkt niet rechtvaardig de aanbesteder die slaagt in het moeilijke bewijs dat het gebrek reeds aanwezig was op het moment van oplevering, en aan wie niet verweten kan worden dat hij het gebrek niet eerder heeft ontdekt, spoedig van een vordering te beroven.

Het onderhavige artikel 761, in samenhang met artikel 6:89, leidt ertoe dat de aannemer tegen een vordering ter zake van gebreken – naast zijn verweer ter zake van de vraag óf, de oplevering gebrekkig is geweest – de volgende verweren kan voeren: (a) Eiser heeft niet tijdig geprotesteerd nadat hij het gebrek had ontdekt of had moeten ontdekken (artikel 6:89); de bewijslast ter zake van het eerder ontdekt (moeten) hebben van het gebrek berust op de aannemer, doch in vele gevallen zal deze bewijslast verlicht worden door feitelijke vermoedens. (b) Ook al zou eiser tijdig hebben geprotesteerd, dan heeft hij zijn vordering niet binnen twee jaren na zijn (beweerde) protest ingesteld. (c) Ook al zou hij zijn vordering binnen twee jaren na zijn – tijdig – protest hebben ingesteld, dan heeft hij zulks toch niet binnen tien, respectievelijk twintig jaren na de oplevering gedaan of na het protest, als dit een schriftelijke aanmaning in de zin van artikel 3:317, eerste lid, inhoudt.

De korte verjaringstermijn van het eerste lid begint te lopen vanaf het moment dat de aanbesteder ter zake van het gebrek heeft geprotesteerd. Dit zou tot onbillijke resultaten leiden, als de aanbesteder overeenkomstig artikel 759 aan de aannemer een termijn had gesteld om het gebrek te herstellen. Hierin voorziet de tweede volzin van het eerste lid. Daar met het onderzoek naar, en het herstellen van gebreken veel tijd kan zijn gemoeid, is het gewenst de verjaringstermijn gedurende deze periode te laten doorlopen overeenkomstig de regeling van artikel 3:320. Vandaar de bepaling van het derde lid. In het vierde lid is een bepaling gegeven die correspondeert met de tweede volzin van artikel 23, tweede lid ten aanzien van de koop.

Artikel 762 (geen exoneration bij verzwijging)

Artikel 762 bepaalt dat de aansprakelijkheid van de aannemer voor door hem verzwegen gebreken niet kan worden uitgesloten of beperkt. Ook aan een contractuele verkorting van de verjaringstermijn zal in zulke gevallen geen betekenis mogen worden gehecht. Niet alleen een uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid door de aannemingsovereenkomst wordt door artikel 762 getroffen. Ook op een door de aanbesteder bij de aanvaarding van het opgeleverde werk getekende afstand van mogelijke rechten ter zake van nog niet door hem gekende gebreken zal de aannemer geen beroep kunnen doen, als hij die gebreken opzettelijk verzwegen had.

De tweede volzin breidt de draagwijdte van het artikel in zóver uit, dat ook verzwijging door personen die de aannemer met de leiding over de uitvoering van het werk heeft belast, er onder wordt gebracht. Anderzijds wordt hiermee tevens duidelijk gemaakt dat het verzwijgen van gebreken door andere leden van het personeel of door niet ondergeschikte personen die bij de uitvoering van de overeenkomst worden gebruikt (zoals onderaannemers), niet gelijk mag worden gesteld met opzet van de aannemer.

Artikel 763 (overlijden aannemer)

Zowel de erfgenamen van de aannemer als de aanbesteder kunnen na overlijden van de aannemer een redelijk belang hebben bij beëindiging van de overeenkomst. De erfgenamen van de aannemer zullen een redelijk belang hebben als de voltooiing van het werk door de dood van de aannemer veel moeilijker of kostbaarder zou zijn geworden. Zonder een speciale regeling zouden zij dan slechts krachtens artikel 753 aan de rechter een aanpassing van de prijs kunnen vragen als aan de vereisten van dat artikel is voldaan. Zou de dood van de aannemer de voltooiing van het werk onmogelijk maken, dan zouden de erfgenamen zich veelal op overmacht kunnen beroepen (artikel 6:74 in verbinding met artikel 6:75). De aanbesteder kan dan de overeenkomst ontbinden (artikel 6:265), in welk geval hij het reeds ontvangen deel van het werk (respectievelijk de waarde ervan) moet teruggeven (artikel 6:272).

Het mogelijk belang van de aanbesteder bij beëindiging in geval van overlijden van de aannemer ligt natuurlijk dáárin, dat hierdoor de be-

hoorlijke aflevering van het werk in gevaar kan worden gebracht, en dit zal zich vooral voordoen als de overeenkomst met het oog op de persoonlijke kwaliteiten van de aannemer was afgesloten. Zonder een speciale beëindigingsregeling zou de aanbestedder slechts via een beroep op de rechter tot ontbinding van de overeenkomst kunnen komen (artikel 756). Het ontwerp eist voor beëindiging in geval van dood van de aannemer een wilsverklaring van de partij die bij die beëindiging belang heeft. De mogelijkheid om de overeenkomst in dit geval te beëindigen is niet beperkt door eisen te stellen aan het persoonlijk karakter van de door de aannemer verschuldigde prestatie, maar door te eisen dat de partij die wil beëindigen (hetzij de erfgenamen van de aannemer, hetzij de aanbestedder), aan het overlijden van de aannemer een redelijk belang kan ontlelen bij de beëindiging van de overeenkomst. Of dit in een concrete situatie het geval is, zal bij geschil door de rechter moeten worden beslist. Niet voldoende is dat degene die beëindigt daarbij op zichzelf een redelijk belang heeft, maar hij moet dat belang speciaal aan het overlijden van de aannemer ontlelen. Voor de beëindiging door de aanbestedder zal zulk belang meestal schuilen in het persoonlijk karakter van de door de aannemer verschuldigde prestatie, maar het kan ook zijn dat het overlijden van de aannemer tot een ontvrachting leidt die de ernstige vertraging van de voltooiing van het werk waarschijnlijk maakt. Op grond van artikel 756 zal de aanbestedder in dat geval ook gehele of gedeeltelijke ontbinding door de rechter kunnen vorderen. Wat betreft beëindiging door de erfgenamen van de aannemer zal hun redelijk belang bij beëindiging meestal geen verband houden met het persoonlijk karakter van de verschuldigde prestatie, maar veeleer met de moeilijkheid voor hen om deze prestatie zonder extra grote kosten en moeite nog te leveren. Zonder artikel 763 zouden zij dan nog wel de mogelijkheid van aanpassing van de aannemingsprijs hebben (artikel 753), maar daarvoor is gerechtelijke tussenkomst vereist, terwijl zonder artikel 763 twijfel zou kunnen bestaan over de vraag of de dood van de aannemer een feit is dat hem niet kan worden toegerekend.

Het ontwerp heeft aan de dood van de aannemer als beëindigingsgrond toegevoegd zijn duurzame arbeidsongeschiktheid. Deze moet zo zijn dat daaraan een redelijk belang bij beëindiging van de overeenkomst kan worden ontleend. Er bestaat geen reden ook het faillissement van de aan-

nemer tot een wettelijke grond voor beëindiging te maken. Bijna altijd zal de aanbestedder dan het recht van artikel 33 Faillissementsverordening kunnen uitoefenen. Zou hij de aannemingssom volledig vooruit hebben betaald, wat niet vaak voorkomt, dan zal hij een beroep moeten doen op artikel 756.

Ingevolge de tweede volzin van artikel 763 hebben de aannemer of zijn erfgenamen bij beëindiging van de overeenkomst aanspraak op een naar redelijkheid en met inachtneming van alle omstandigheden te bepalen vergoeding.

Artikel 764 (opzegging door opdrachtgever)

Dit artikel bevat het beginsel dat de aanbestedder te allen tijde de overeenkomst mag beëindigen. Zolang de aannemer er financieel niet op achteruitgaat, is het belang dat de aanbestedder kan hebben bij niet-voortzetting van het werk, groter dan het belang van de aannemer bij de voltooiing ervan. Het ontwerp ziet de uitoefening van het recht van de aanbestedder als een opzegging die slechts een beperkte invloed heeft op de verplichting van de aanbestedder tot betalen van de aannemingsprijs. De opzegging brengt geen verandering in de aard van die schuld, wèl – in de meeste gevallen – in de omvang. Artikel 764 geeft de aanbestedder ook de bevoegdheid de overeenkomst gedeeltelijk op te zeggen, d.w.z. op te zeggen met betrekking tot een deel van het opgedragen werk.

Wat betreft de door de aanbestedder bij beëindiging verschuldigde prijs maakt het tweede lid onderscheid al naar gelang de overeengekomen prijs niet of wel afhankelijk was gesteld van de werkelijk door de aannemer te maken kosten. Voor de aannemingscontracten waarbij de prijs van het begin af aan vaststaat, wordt de prijs berekend door uit te gaan van de overeengekomen prijs voor het hele werk, welke slechts wordt verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de beëindiging van het werk voortvloeien. De besparingen voor de aannemers omvatten natuurlijk in de eerste plaats de bespaarde kosten van materialen en arbeid. Maar de term is ruim genoeg om er ook de vergoeding voor niet gelopen risico onder te brengen, voor zover het gebruikelijk is in de begroting van het werk een post daarvoor op te nemen buiten de eigenlijke winst. Ook de bespaarde eigen arbeid van de aannemer, voor zover deze in het kader van het gegeven contract als een werkelijke besparing moet

worden gezien, zal er onder bepaalde omstandigheden onder kunnen vallen. Gezien de veelheid van situaties lijkt het gewenst, door een elastische term als ‘besparingen’ een zekere vrijheid voor de rechter (of arbiter) te laten. Artikel 764 spreekt van de ‘voor het gehele werk geldende prijs’. Dit doelt op de prijs, zoals deze uitdrukkelijk was gecontracteerd of kon worden vastgesteld aan de hand van artikel 752.

De tweede volzin van het tweede lid geeft een eigen berekeningswijze voor de aannemingscontracten waarbij de prijs afhankelijk is gesteld van de werkelijk door de aannemer te maken kosten, de zogenaamde regiecontracten. De formule van de eerste volzin geeft in deze gevallen geen oplossing. Het verschil in de berekeningswijzen van de eerste en tweede volzin van het tweede lid kan nog van belang zijn voor de bewijslastverdeling. Als de aanbesteder de hele prijs moet betalen, verminderd met de bespaarde kosten, ligt het voor de hand dat het bewijsrisico ten aanzien van door de aanbesteder beweerde besparingen op de aanbesteder rust, ook al zal de aannemer een belangrijke mededelingsplicht hebben. Maar bij de berekeningswijze van de tweede zin moet de aannemer bewijzen welke kosten hij heeft gemaakt en welke winst hij derft.

Afdeling 2 Bijzondere bepalingen voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf

Artikel 765 (toepassingsbereik)

Verwezen zij naar artikel 2 ten aanzien van de koop van een woning door een consument en de toelichting bij dat artikel.

Artikel 766 (schriftelijke vorm en bedenktijd)

Het eerste en tweede lid corresponderen met artikel 2 ten aanzien van de koop. Verwezen zij naar de toelichting bij die bepaling. Uit het derde lid vloeit voort dat dit artikel 766 alleen geldt voor zogeheten koop/aannemingsovereenkomsten; men denke in het bijzonder aan woningbouwprojecten. De overwegingen die ten grondslag liggen aan de voor de koop van een woning voorgestelde schriftelijke vorm en bedenktijd gelden niet tevens voor die gevallen waarin de grond waarop de woning dient te worden gebouwd reeds aan de opdrachtgever toebehoort en

de overeenkomst derhalve alleen strekt tot de bouw van een woning. Teneinde ontduiking door splitsing van de koop/aannemingsovereenkomst in een aparte koop van de grond en aanneming van de bouw van de woning te voorkomen, is tevens bepaald dat de uitsluiting van de toepasselijkheid van dit artikel slechts geldt, indien de aannemingsovereenkomst niet met de koop van de grond in verband staat.

Artikel 767 (geen vooruitbetaling)

Vóórfinanciering wordt in dit artikel uitgesloten. Bepaald wordt dat, althans bij benadering, de betalingen gelijke tred moeten houden met de voortgang van de bouw dan wel moeten overeenstemmen met de waarde van de aan de opdrachtgever overgedragen goederen (met name de grond). Een wettelijke regeling inzake termijnbetalingen zou een te statisch karakter hebben. Het Nederlandse Garantie-Instituut Woningbouw hanteert een standaard-termijnregeling die in de koop/aannemingsovereenkomst moet zijn opgenomen, maar ook deze laat afwijking (met toestemming van de directeur van het GIW) toe. Deze termijnregeling – 10% bij de aanvang van de bouw na fundering; 20% na het leggen van de ruwe beganegrondvloer; 20% na het leggen van de ruwe verdiepingsvloer(en); 20% na het waterdicht maken van het dak; 20% na het stuc- en tegelwerk; 10% voor oplevering – kan wellicht steun bieden bij de concretisering van de norm ‘althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw’.

Het artikel bevat een uitzondering vergelijkbaar met die in artikel 26, derde lid, ten aanzien van de koop van een woning door een consument: de opdrachtgever kan worden verplicht 10% van de aanneemsom als waarborgsom te storten of vervangende zekerheid te stellen, waarover nader artikel 6:51 (men denke in het bijzonder aan een bankgarantie). Storting van de waarborgsom is mogelijk op de ‘derdenrekening’ van een notaris of van een advocaat.

Artikel 769 (dwingend recht)

Deze tweede afdeling wordt hier van dwingend recht verklaard; vergelijk wat betreft de huizenkoop artikel 2, vierde lid, artikel 8 en artikel 26, vierde lid.

Onderdeel X (titel 7.13: vennootschap)

Algemeen

Het ontwerp – dat ontleend is aan de Nederlandse wetsontwerpen 28 746 (Vaststelling van titel 7.13 [vennootschap] van het Burgerlijk Wetboek) en 31 065 (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek – strekt tot vaststelling van titel 13 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarin de regeling met betrekking tot de personenvennootschappen is neergelegd. De nieuwe titel vervangt de huidige achtste titel van Boek 7A van het BWA, die betrekking heeft op de maatschap, en de tweede afdeling van de tweede titel van het Eerste Boek van het Wetboek van Koophandel, waarin de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap regeling hebben gevonden. Deze beide, sterk verouderde en weinig duidelijk geredigeerde, regelingen behoeven een fundamentele herziening die resulteert in een moderne en voor de praktijk bruikbare regeling van de personenvennootschappen.

Niet is overgenomen van het Nederlandse ontwerp titel 7.13 de mogelijkheid dat, indien de vennoten daarvoor kiezen, een openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid verwerft (artikelen 802 en 832 NedBW). Tot het vennootschappelijk vermogen is dan de vennootschap als rechtspersoon gerechtigd. Door de invoering van de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de flexibilisering ook van het NV-recht in Boek 2 is deze mogelijkheid onnodig geoordeeld. Wel is overgenomen de bijzondere regeling voor de aansprakelijkheid van de vennoten bij opdrachtverlening een bijzondere regeling getroffen (artikel 813, tweede lid). Het voorstel brengt voorts de regeling van de maatschap (stille vennootschap) en de andere personenvennootschappen, die thans over twee wetboeken zijn verspreid, samen in één geïntegreerde regeling.

Andere vernieuwingen betreffen de ontbinding en voortzetting van de vennootschap (afdeling 5). Hier is voor het geval dat slechts één of enige vennoten uittreden, voorzien in continuïteit van de vennootschap (partiële ontbinding; artikel 818). Ook wordt de mogelijkheid geregeld van opvolging van een vennoot door zijn erfgenamen of een derde (artikel 822). Ten slotte is een afzonderlijke regeling opgenomen voor de vereffening en verdeling, welke geheel is toegesneden op de personenvennootschap (afdeling 6). Vereffening van het vermogen van de vennootschap na ont-

binding daarvan kan overigens achterwege blijven als het beroep of bedrijf wordt voortgezet (artikel 831a).

De voorgestelde titel 7.13 telt zeven afdelingen, die als volgt kort kunnen worden gekenschetst. Afdeling 1 bevat Algemene bepalingen. Hier vindt men behalve een omschrijving van het begrip vennootschap (artikel 800), de onderscheiding tussen openbare en stille vennootschap, zijnde de nieuwe term voor maatschap (artikel 801). Afdeling 2 heeft betrekking op de Inbreng. Hier is geregeld op welke wijze de inbreng geschiedt en worden voorts enige regels over vennootschapsgoederenrecht gegeven, inclusief regeling van het 'eigen vermogen' van de vennootschap (artikel 806, tweede lid). Afdeling 3 behelst een regeling met betrekking tot Besturende vennoten. Van bijzonder belang zijn hier de bepalingen omtrent de handelingsbevoegdheid van de besturende vennoot, zowel in zijn interne verhouding tot de overige vennoten (artikel 810) als in zijn verhouding tegenover derden (artikelen 811 tot en met 813). In afdeling 4 zijn bepalingen samengebracht over het Voeren van administratie en de verdeling van winst en verlies. Afdeling 5 bevat bepalingen omtrent Ontbinding en voortzetting van de vennootschap. Hierin wordt een onderscheid gemaakt tussen ontbinding van de vennootschap in haar geheel (artikel 817) en partiële ontbinding waarbij de vennootschap alleen wordt ontbonden ten aanzien van een vennoot die uittreedt en wordt voortgezet door de overigen (artikel 818). In het laatste geval kan de uittreedende vennoot worden opgevolgd, bijvoorbeeld door een of meer van zijn erfgenamen. Ook los daarvan is voorzien in de mogelijkheid van toetreding van een nieuwe vennoot. Afdeling 6 geeft in aansluiting op de regeling van de ontbinding een voor personenvennootschappen geldende eigen regeling van Vereffening en verdeling. Afdeling 7 (in Nederland gewijd aan Verkrijgen en opgeven van rechtspersoonlijkheid en omzetting) is weggelaten. Afdeling 8 ten slotte bevat enkele bepalingen met betrekking tot de Commanditaire vennootschap. De commanditaire vennootschap is een bijzondere vorm van de openbare vennootschap (artikel 836).

Met de term 'vennootschap' wordt in deze titel in de eerste plaats bedoeld op een overeenkomst. Zoals ook in de omschrijving van artikel 800 tot uitdrukking wordt gebracht, is de vennootschap een overeenkomst tot samenwerking. Daarmee strookt dat de regeling met betrekking tot de vennootschap is opgenomen in Boek 7. Met deze overeenkomst

wordt evenwel een rechtsfiguur, een rechtsbetrekking, in het leven geroepen, die zelf eveneens als ‘vennootschap’ wordt aangeduid, en die tot op zekere hoogte lijkt te worden gepersonifieerd en losgemaakt lijkt te zijn van de aan haar ten grondslag liggende overeenkomst; men zie bijvoorbeeld artikel 813, waar wordt gesproken van een vennootschap die een opdracht heeft ontvangen. De omstandigheid dat met één term zowel de rechtshandeling als de met die handeling in het leven geroepen rechtsbetrekking wordt aangeduid, valt weliswaar bij de vennootschap sterk op, maar is in feite niet ongewoon; vgl. bij voorbeeld in de contractuele sfeer de term ‘huur’ en daarbuiten de term ‘huwelijk’. In de onderhavige titel wordt tussen beide betekenisnuances geen onderscheid gemaakt; uit de context zal wel steeds duidelijk zijn op welk aspect (in het bijzonder) wordt gedoeld. Men houde echter voor ogen dat het in wezen toch steeds gaat om twee kanten van dezelfde medaille, en dat de overeenkomst het groundbegrip blijft.

Dat de vennootschap in de eerste plaats een overeenkomst is, brengt mee dat evenals bij andere bijzondere overeenkomsten de algemene bepalingen van de Boeken 3 en 6, voor zover deze betrekking hebben op overeenkomsten, in beginsel van toepassing zijn. Het gaat hier meer in het bijzonder om de toepasselijkheid van de titels 3.2 (Rechtshandelingen) en 6.5 (Overeenkomsten in het algemeen). Die toepasselijkheid kan uitgesloten zijn door een uitdrukkelijke bepaling, of doordat bijzondere bepalingen met betrekking tot de vennootschap zich tegen toepasselijkheid verzetten.

In dit voorstel is dan ook gekozen voor een nauwkeurige omschrijving van het begrip vennootschap. Daarbij is de vraag onder ogen gezien of de voorkeur moet worden gegeven aan een ruime omschrijving die zo veel mogelijk vormen van samenwerking zou omvatten, dan wel aan een beperktere omschrijving. Laatstgenoemde benadering is tot uitgangspunt genomen. Een omschrijving is gegeven die alleen de samenwerking van een bepaalde aard en structuur onder het wettelijke begrip vennootschap brengt. Deze benadering sluit evenwel niet uit dat sommige bepalingen betreffende de vennootschap, die zich daarvoor lenen, analogisch kunnen worden toegepast op andere samenwerkingsvormen. In het vervolg van deze memorie zal in de toelichting op artikel 800 op een en ander nader worden ingegaan.

Overeenkomstig het stelsel van Boek 7 bevat titel 7.13 in beginsel regelend recht. Bij de afzonderlijke bepalingen zal telkens worden aangegeven of en zo ja, in hoeverre zij van dwingend recht zijn. Dat een wettelijke bepaling van regelend recht is, wil zeggen dat daarvan bij overeenkomst kan worden afgeweken: waar het gaat om de verhouding tussen de vennoten onderling wordt met deze overeenkomst bedoeld op de overeenkomst van vennootschap; en waar het gaat om de verhouding tot derden op een overeenkomst met de betrokken derde(n). Of een overeenkomst in een concreet geval een afwijking van de wettelijke bepaling inhoudt, zal moeten worden bepaald door uitleg van die bepaling. Het dwingendrechtelijke karakter van een wettelijke bepaling behoeft niet in alle gevallen met zoveel worden in de wet tot uitdrukking te zijn gebracht. Voldoende kan zijn dat het naar zijn aard uit de wet voortvloeit, zoals bijvoorbeeld het geval is bij wettelijke omschrijvingen van de artikelen 800, 801 en 802. Ten slotte verdient opmerking dat de thans gekozen opzet het beter mogelijk maakt te onderscheiden tussen verschillende gradaties van dwingend recht. Soms is in het geheel geen afwijking mogelijk, soms is afwijking niet mogelijk ten nadele van bepaalde personen, of afwijking slechts mogelijk in bepaalde gevallen dan wel indien aan bepaalde vormvereisten is voldaan.

Artikelsgewijs

Afdeling 1 (Algemene bepalingen)

Artikel 800 (definitie)

In de omschrijving van de vennootschap in het eerste lid is in de eerste plaats tot uitdrukking gebracht dat de vennootschap een overeenkomst tot samenwerking is. Met samenwerking wordt hier bedoeld op samenwerking op voet van een min of meer gelijkwaardige positie. Dat de partijen bij de overeenkomst een dergelijke samenwerking beogen, moet worden afgeleid uit de inhoud van de overeenkomst, mede in verband met de wijze waarop zij in feite wordt ten uitvoer gelegd; de subjectieve wil van partijen is derhalve niet beslissend.

De samenwerking tussen de vennoten zal veelal min of meer duurzaam van aard zijn, maar noodzakelijk is dit niet. Een vennootschap met het oog op één bepaalde transactie of één bepaald werk is mogelijk.

Het hiervoor toegelichte element samenwerking op voet van gelijkwaardigheid heeft in het bijzonder betekenis als criterium waarmee de vennootschap van andere overeenkomsten, als bijvoorbeeld arbeidsovereenkomst, huur en geldlening, wordt onderscheiden; wat betreft de arbeidsovereenkomst, zie nader het derde lid.

In de tweede plaats is in de omschrijving uitdrukkelijk opgenomen dat de samenwerking moet zijn gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten; zie in verband met dit laatste tevens artikel 815, vierde en vijfde lid. Het is van belang dit element in de omschrijving op te nemen, in het bijzonder om de vennootschap te onderscheiden van de vereniging, die wel mag beogen winst te maken, maar die winst niet onder de leden mag verdelen (zie artikel 2:70, derde lid). Het begrip voordeel moet ruim worden opgevat: daaronder valt niet alleen een positief voordeel, maar ook vermijding van verlies en besparing van kosten. Het moet echter wel een vermogensrechtelijk voordeel zijn: een zuiver ideëel voordeel als uitsluitend doel van de samenwerking is niet voldoende. Niet uitgesloten is evenwel dat het behaalde vermogensrechtelijke voordeel geheel of ten dele voor een ideëel doel wordt aangewend.

Ten slotte is in de omschrijving opgenomen de inbreng. Met de redactie 'door middel van inbreng door ieder van de vennoten' is de functie van de inbreng als middel voor het te bereiken doel aangegeven en wordt een afbakening verkregen van de vennootschap met bijvoorbeeld een pot of poolovereenkomst en de enkele regeling van vermogensrechtelijke betrekkingen in samenlevingsverbanden buiten huwelijk. Waaruit de inbreng kan bestaan, wordt geregeld in artikel 805.

In de omschrijving is ook tot uitdrukking gebracht dat de vennoten degenen zijn die de overeenkomst van vennootschap hebben gesloten. In dit verband dient evenwel nog te worden gewezen op de mogelijkheid dat iemand die niet behoort tot degenen die de overeenkomst hebben gesloten, later tot de vennootschap toetreedt en daarmee partij wordt bij de overeenkomst en alsnog de hoedanigheid van vennoot verkrijgt. In deze toelichting zal bij artikel 823 nader op deze mogelijkheid worden ingegaan.

De in het tweede lid neergelegde regel komt overeen met hetgeen in het algemeen voor overeenkomsten reeds voortvloeit uit artikel 6:248, eerste

lid. Niettemin is het wenselijk geoordeeld dit beginsel in een aangepaste formulering ook hier op te nemen, zoals ook wel bij andere bijzondere overeenkomsten is geschied; zie bij voorbeeld artikel 7:611. Uit deze regel vloeit voort dat de rechten en verplichtingen van de vennoten jegens elkaar niet alleen worden bepaald door de inhoud van de overeenkomst als zodanig, maar mede door de redelijkheid en billijkheid. Men vergelijkte voorts het voor rechtspersonen in het algemeen geldende artikel 2:7, eerste lid, dat voor de verhouding tussen de rechtspersoon en de bij haar organisatie betrokkenen een bepaling van dezelfde strekking vormt. Niet voor niets wordt vennootschap vanouds beschouwd als een contract *'uberrimae fidei'*.

Voor alle duidelijkheid is in het derde lid gekozen voor de uitdrukkelijk bepaling dat tussen de vennootschap en een vennoot geen arbeidsovereenkomst kan bestaan. Een andere vraag betreft de positie van derden die met de vennootschap een arbeidsovereenkomst aangaan. De vennoten gezamenlijk, in hun vennootschappelijk verband, vormen dan de werkgever.

Artikel 801 (openbare en stille vennootschap)

In dit artikel worden de onderscheidende kenmerken van de verschillende categorieën vennootschappen gegeven. Het betreft het onderscheid tussen de openbare en de stille vennootschap (maatschap) en bevat de vereisten voor de openbare vennootschap. Voor de openbare vennootschap gelden drie vereisten: (a) de vennootschap moet gericht zijn op het uitoefenen van een beroep of bedrijf; (b) zij moet op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreden; en (c) zulks moet geschieden onder een door haar als zodanig gevoerde naam.

Ad a: Met het uitoefenen van een beroep of bedrijf wordt tot uitdrukking gebracht dat het moet gaan om een regelmatige, min of meer duurzame maatschappelijke werkzaamheid. Van oudsher heeft men het onderscheid tussen beroep en bedrijf hierin gezocht dat bij het uitoefenen van een beroep de nadruk ligt op het persoonlijk karakter van de werkzaamheden, zoals het geval is bij bijvoorbeeld, artsen, advocaten, belastingadviseurs e.d., terwijl bij het uitoefenen van een bedrijf veeleer het commerciële karakter en de gerichtheid op winst op de voorgrond staan. Er zijn echter in de praktijk grensgevallen, waarin dit criterium geen duidelijk ant-

woord geeft, terwijl ook afgezien hiervan de grenzen tussen beroep en bedrijf vervagen. Hoe dit echter zij, voor de in dit artikel opgenomen omschrijving van de openbare vennootschap is het onderscheid niet van belang. Ad b: Het belang van dit vereiste is hierin gelegen dat de vennootschap naar buiten optreedt, d.w.z. dat zij zich in het maatschappelijk verkeer op een voor derden duidelijk kenbare wijze als eenheid manifesteert. Dit houdt in dat namens haar en in haar naam wordt gehandeld. Wanneer de vennoten enkel op eigen naam handelen en de vennootschappelijke band uitsluitend bestaat in een interne verplichting tot verrekening, is geen sprake van een openbare vennootschap.

Ad c: Dit vereiste hangt nauw samen met het onder b genoemde vereiste: het duidelijkste kenmerk dat een vennootschap als eenheid naar buiten optreedt, is dat zij dit doet onder een door haar als zodanig gevoerde naam waaruit dus ook moet blijken dat het een openbare vennootschap betreft. Dit kan buiten twijfel worden gesteld door bijvoorbeeld bij de naam de aanduiding Openbare Vennootschap of afgekort O.V. te bezigen. De naam kan overigens een zuivere fantasienaam zijn, maar ook een aanduiding van de activiteiten van de vennootschap bevatten, bijvoorbeeld 'Caribische Drankenhandel'. Wanneer de namen van vennoten worden gebruikt, zal het van de verkeersopvattingen afhangen of van een als zodanig gevoerde naam sprake is. Dit zal niet het geval zijn indien de namen van alle vennoten op het briefpapier worden vermeld, zoals bij voorbeeld in de advocatuur soms gebruikelijk is, maar wel indien een advocatenkantoor, zoals vaker voorkomt, optreedt onder de aanduiding van de naam of de namen van een of meer, al dan niet reeds uitgetreden, vennoten. Hierbij valt overigens wel te bedenken dat in het laatste geval deze wijze van aanduiden op zichzelf nog niet voldoende grond oplevert om te concluderen dat van een openbare vennootschap sprake is. Daarvoor is ook van belang of aan de onder a en b vermelde criteria is voldaan

Ten aanzien van de vraag of de exploitatie van een schip in de rechtsvorm van een openbare vennootschap kan geschieden, zij in de eerste plaats verwezen naar artikel 8:160. Indien een zeeschip blijkens de openbare registers aan twee of meer personen gezamenlijk toebehoort, bestaat tussen hen een rederij. Indien echter de eigenaren onder een gemeenschappelijke naam optreden, is er volgens de tweede volzin van genoemd

artikel slechts een rederij, indien aan de daar gestelde vereisten is voldaan, te weten dat zulks uitdrukkelijk bij akte is overeengekomen en de akte in de openbare registers is ingeschreven. Indien de eigenaren onder gemeenschappelijke naam optreden, kan naar huidig recht sprake zijn van een vennootschap onder firma en overeenkomstig het voorstel van een openbare vennootschap. Het bestaan van een rederij sluit derhalve het zijn van een vennootschap uit. Nu het de gezamenlijke eigenaren van een schip vrijstaat om voor hun samenwerking hetzij te kiezen voor een rederij, hetzij voor een vennootschap, bestaat er voor wijziging van de regels betreffende rederijen geen behoefte.

Zoals hiervoor al is aangestipt, is de stille vennootschap in het tweede lid uitsluitend negatief omschreven als de vennootschap die niet openbaar is. Aldus worden overlappingsen en hiaten voorkomen.

Artikel 803 (nietige overeenkomst van vennootschap)

In deze bepaling is de situatie onder ogen gezien dat de overeenkomst van vennootschap nietig is. Er is dan geen vennootschap ontstaan. Voor deze situatie is in het eerste lid van het onderhavige artikel aansluiting gezocht bij het bepaalde in artikel 2:2, derde lid. In het tweede lid wordt een bepaling gegeven die overeenstemt met artikel 2:2, derde lid, slot.

Artikel 804 (terminologie ‘vennootschap’ buiten deze titel)

Het begrip ‘vennootschap’ komt voor in tal van wettelijke bepalingen. Het kan betrekking hebben op kapitaalvennootschappen zoals geregeld in Boek 2 en op vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen. Worden de begrippen rechtspersoon en vennootschap in één adem gebezigd, zoals in artikel 101 van het WBRvA, dan zal met vennootschap bedoeld worden op personenvennootschappen als een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap. Voorts kan daarmee bedoeld worden op een personenvennootschap naar buitenlands recht, ook als deze rechtspersoonlijkheid bezit. Ingevolge dit artikel wordt met het begrip ‘vennootschap’ steeds bedoeld of mede bedoeld op vennootschappen als bedoeld in artikel 800 (personenvennootschappen). Door de formulering wordt niet uitgesloten dat het begrip ‘vennootschap’ mede betrekking heeft op kapitaalvennootschappen.

Afdeling 2 (De inbreng)

Artikel 805 (verplichting tot inbreng)

In artikel 800 is in de omschrijving van het begrip vennootschap de inbreng door ieder van de vennoten opgenomen als het middel tot het bereiken van het vennootschappelijke doel. Uit deze omschrijving volgt ook dat ieder van de vennoten tot de inbreng verplicht is. In het onderhavige artikel is die verplichting nader uitgewerkt. In algemene zin kan men onder inbreng verstaan het leveren van een bijdrage tot het bereiken van het gemeenschappelijke doel; zie reeds voor het huidige recht HR 7-12-1955, NJ 1956, 163. Die bijdrage kan bestaan in geld of (het genot van) een vermogensbestanddeel, maar is daartoe niet beperkt. Van oudsher is ook de inbreng van arbeid mogelijk geacht, zelfs in die vorm dat geen van de vennoten iets anders dan arbeid inbrengt. Daarnaast zijn echter nog andere vormen van inbreng mogelijk, die niet onder het begrip 'goederen' in de zin van artikel 3:1 vallen, zoals goodwill, know-how en dergelijke. Men zie het eerste lid.

Het moet echter wel gaan om een positieve prestatie: een loutere verplichting om niet te doen is geen prestatie die op zichzelf kan worden ingebracht, tenzij zij is verbonden aan een andere voor inbreng vatbare bijdrage. Zou een vennoot zich slechts verplichten tot een negatieve prestatie, dan wordt niet voldaan aan het uit artikel 800, eerste lid, voortvloeiende vereiste van 'samenwerking'.

Niet vereist is dat de vennoten bij het aangaan van de vennootschaps-overeenkomst daadwerkelijk iets inbrengen. Waar het om gaat is dat zij een verplichting tot inbreng op zich nemen, waarbij uit de overeenkomst of de aard van de inbreng kan voortvloeien dat de nakoming van die verplichting niet terstond geschiedt, hetgeen zich bij voorbeeld bij inbreng van arbeid ook niet goed anders laat denken. De verplichting van de vennoten tot inbreng is een verbintenis. Dit betekent onder meer dat het voorwerp van die verbintenis, de prestatie, voldoende bepaalbaar moet zijn en niet in strijd mag zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden.

Iedere vennoot is gehouden tot inbreng, dat wil zeggen tot het iets afstaan voor het gemeenschappelijk doel. Zie ook de omschrijving van vennootschap in artikel 800, eerste lid. Verbindt niet iedere vennoot zich hiertoe, dan is er geen overeenkomst van vennootschap. Bij een in dit

opzicht nalatige 'vennoot' kunnen de overblijvende partijen die zich wel tot inbreng verbinden, alsnog een tussen hen geldende overeenkomst van vennootschap aangaan. Ook kan tussen de oorspronkelijke partijen op grond van conversie (artikel 3:42) of door kwalificatie sprake zijn van een samenwerkingsovereenkomst sui generis; zie ook hierna de toelichting bij artikel 815.

Na het eerste lid van het artikel, dat betrekking heeft op de inhoud van de inbreng, geeft het tweede lid enige regels over de wijze van inbreng, voor zover het betreft de inbreng van geld, goederen of genot van goederen. Voor wat betreft de inbreng van andere prestaties, met name van arbeid, zijn nadere bepalingen niet noodzakelijk. Het begrip inbreng kan vanuit verschillende gezichtshoeken worden gezien. Geheel in het algemeen beschouwd is inbreng, overeenkomstig het eerste lid van dit artikel, de terbeschikkingstelling van iets ten behoeve van de vennootschap. Datgene wat ter beschikking is gesteld, wordt daarmee dienstbaar gemaakt aan het bereiken van het vennootschappelijke doel. In die zin behoort het economisch gezien als actief tot het vermogen van de vennootschap. Het bijeengebrachte vermogen mag gedurende het bestaan van de vennootschap uitsluitend worden aangewend ter bereiking van haar doel; vgl. HR 17-12-1993, NJ 1994, 301, rov. 3.6, derde alinea. Met het voorgaande is evenwel nog niets gezegd over de goederenrechtelijke positie van hetgeen ter beschikking van de vennootschap is gesteld. Denkbaar is dat dit gaat behoren tot het vermogen van de vennootschap in juridische zin, dat wil zeggen tot een gemeenschap waarvan de vennoten de deelgenoten zijn, maar noodzakelijk is dit niet. De eerste volzin van het tweede lid houdt als hoofdregel in dat inbreng dient te geschieden in de vennootschappelijke gemeenschap.

Wat de inbreng van genot van een goed betreft kan worden onderscheiden tussen twee vormen. Aan beide is gemeen dat het goed in juridische zin aan de inbrengende vennoot blijft toebehoren, maar het onderscheid bestaat hierin dat de vermeerderingen of verminderingen van de waarde van het goed al dan niet voor rekening van de vennootschap komen. In eerstbedoeld geval, indien dus de waardeveranderingen voor rekening van de vennootschap komen, spreekt men van inbreng van economische eigendom. Is dit niet het geval dan wordt het inbreng van het zuiver genot genoemd. Welke van deze twee vormen zich in een concreet geval

voordoet, zal moeten worden vastgesteld door uitlegging van de vennootschapsovereenkomst.

Indien partijen in hun overeenkomst enkel spreken over inbreng van een goed, moet worden aangenomen dat zij bedoeld hebben de volledige inbreng van het goed en niet alleen het genot daarvan. Dit goed zal dan aan de gemeenschap moeten worden geleverd, waarbij dan de verplichting tot inbreng de titel tot levering is.

Bij het voorgaande verdient nog opmerking dat de vennootschappelijke gemeenschap veelal niet alleen zal bestaan uit hetgeen de vennoten bij de oprichting of later hebben ingebracht. Ook hetgeen door de vennootschap tijdens haar bestaan is verworven, gaat tot die gemeenschap behoren.

De tweede volzin van het tweede lid verklaart op de inbreng van een goed de bepalingen omtrent koop en op de inbreng van genot van een goed die omtrent huur van overeenkomstige toepassing. De vraag wanneer de aard van de rechtsverhouding zich tegen deze overeenkomstige toepassing verzet, behoort door de rechtspraak en de literatuur te worden beantwoord.

Het is, mede gelet op artikel 6:15, wenselijk in de wet uitdrukkelijk te bepalen wie nakoming van de verplichting tot inbreng kan vorderen; daartoe strekt het derde lid. Deze bepaling laat vanzelfsprekend onverlet dat ook de vennootschap zelf nakoming kan vorderen.

De verplichting tot inbreng, die in het onderhavige artikel nader wordt geregeld, behoort tot de essentialia van de overeenkomst van vennootschap. Het is dan ook niet wenselijk dat bij die overeenkomst afwijkende regelingen worden getroffen, bijvoorbeeld in die zin dat slechts de besturende vennoten ten behoeve van de vennootschap de naleving van deze verplichting kunnen vorderen (vgl. het derde lid). Met het oog hierop is in het vierde lid bepaald dat van dit artikel niet kan worden afgeweken.

Artikel 806 (beschikking over aandeel en ‘afgescheiden vermogen’)

Artikel 3:189, eerste lid, houdt, verkort weergegeven, in dat de bepalingen van titel 3.7 (Gemeenschap) niet van toepassing zijn op onder meer de vennootschap, zolang zij niet is ontbonden. Voor de ontbonden vennootschap houdt titel 3.7 thans nog wèl een regeling in, te weten die van afdeling 2 van die titel, alsmede van afdeling 1 voor zover daarvan in afdeling 2 niet is afgeweken (artikel 3:189, tweede lid); deze regeling zal

worden vervangen door een op de vennootschap toegespitste regeling in deze titel (zie hierna bij artikel 827). Bij deze stand van zaken behoort de onderhavige titel in de eerste plaats een regeling te geven met betrekking tot de gemeenschap van de niet-ontbonden vennootschap. Zoals hiervoor al is uiteengezet, bestaat die gemeenschap uit hetgeen de vennoten hebben ingebracht, alsmede uit hetgeen de vennootschap tijdens haar bestaan heeft verworven. Slechts bij uitzondering zal zich dan ook de situatie voordoen dat geen vennootschappelijke gemeenschap bestaat.

Zoals ook al in artikel 805, eerste lid, tot uitdrukking is gebracht, strekt de inbreng van goederen in de vennootschappelijke gemeenschap ten behoeve van de samenwerking, dat wil zeggen tot het bereiken van het vennootschappelijke doel. De goederen kunnen dan ook slechts tot dat doel worden gebezigd. In die zin kan men spreken van een gebonden gemeenschap. Met het karakter van deze gemeenschap zou niet stroken dat een vennoot over zijn aandeel daarin of over zijn aandeel in een tot die gemeenschap behorend goed zou kunnen beschikken. Ook echter aan de overdracht van een aandeel aan een derde met de bepaling dat dit ten dienste van de vennootschap zou blijven staan, zijn belangrijke praktische bezwaren verbonden. Met het oog hierop is in het eerste lid bepaald dat een vennoot niet over zijn aandeel in de gemeenschap of in een tot de gemeenschap behorend goed afzonderlijk kan beschikken, waaraan volledigheidshalve – schuldeisers kunnen immers niet meer rechten uitoefenen dan hun schuldenaar – in de tweede volzin is toegevoegd dat schuldeisers van de vennoot zodanig aandeel ook niet kunnen uitwinnen. Met het bovenstaande houdt nauw verband dat blijkens artikel 823, eerste lid, de positie van vennoot behalve in het geval van opvolging of toetreding niet overdraagbaar is; de vennootschap is immers in beginsel ‘*intuitu personae*’ aangegaan.

Ook door verdeling van de gemeenschap zou de vennootschappelijke band voor wat de goederen betreft verdwijnen, hetgeen in strijd zou zijn met het hiervoor bedoelde gebonden karakter van de gemeenschap. In het verlengde van de hiervoor besproken bepalingen en om het gebonden karakter van de gemeenschap te onderstrepen is in de derde volzin bepaald dat geen verdeling van de gemeenschap kan worden gevorderd. Het gaat hier in het bijzonder erom een vordering tot verdeling door de vennoten

of door schuldeisers van de vennoten of van de vennootschap uit te sluiten.

De in het tweede lid neergelegde regel dat tot de vennootschappelijke gemeenschap behorende schulden – de zogenaamde zaakschulden, dat wil zeggen de schulden waarvoor de vennootschap, respectievelijk de gezamenlijke vennoten als zodanig, jegens derden verbonden en aansprakelijk zijn – op de goederen van die gemeenschap kunnen worden verhaald, welke regel overeenkomt met de voor het huidige recht in vaste rechtspraak voor de vennootschap onder firma aanvaarde regel, wordt uitgebreid tot alle vennootschappen. Van zaakschulden zoals bedoeld zal bij een stille vennootschap (maatschap) overigens slechts sprake zijn indien de besturende vennoot krachtens volmacht in naam van de stille vennootschap, dat wil zeggen van de gezamenlijke vennoten, heeft gehandeld (zie artikel 812). Men pleegt in dit verband te spreken van een ‘afgescheiden vermogen’. Aldus wordt, in samenhang met hetgeen in het eerste lid is bepaald, bereikt dat de vennootschapsschuldeisers met betrekking tot de vennootschappelijke gemeenschap voorrang hebben boven de privé-schuldeisers van de vennoten: deze laatsten kunnen zich immers niet op die gemeenschap verhalen.

Het spreekt vanzelf dat aan de bevoegdheid van zaakschuldeisers zich op de vennootschappelijke gemeenschap te verhalen, geen afbreuk kan worden gedaan doordat na het ontstaan van de schuld vennoten toetreden of uittreden. Die gemeenschap strekt tot waarborg voor deze crediteuren en, mede uit een oogpunt van continuïteit van de vennootschap ook bij wisseling van de personen van de vennoten, zou daarmee niet stroken indien de verhaalsmogelijkheden van de vennootschapscrediteur zouden wijzigen bij het toe- of uittreden van vennoten.

Artikel 808 (huwelijksgemeenschap)

Met de regel dat een vennoot niet over zijn aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap kan beschikken, strookt dat een zodanig aandeel ook niet valt in een gemeenschap van goederen waarin hij is gehuwd (vgl. onder meer HR 15-12-1961, NJ 1962, 48). Zou men het anders zien, dan zouden, in het bijzonder bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap, ernstige complicaties worden opgeroepen door het bestaan van twee ineengestrengelde gemeenschappen.

Er bestaat evenwel geen bezwaar tegen de figuur dat tot de huwelijksgemeenschap weliswaar niet het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap behoort, maar wel de economische deelgerechtigdheid van de vennoot; zie voor dit begrip hiervoor bij artikel 806. Het gevolg hiervan is dat bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap de waarde van deze deelgerechtigdheid moet worden verrekend, hetgeen hierop zal neerkomen dat in beginsel de andere echtgenoot een vordering op de echtgenoot-vennoot heeft ter grootte van de helft van de waarde van die deelgerechtigdheid. Discussies die in dit verband plaats vinden over de betekenis van artikel 1:94, derde lid, worden door de voorgestelde speciale voorziening achterhaald.

Afdeling 3 (De besturende vennoten en de gebondenheid tegenover derden)

Artikel 809 (besturende vennoten)

Dit en het volgende artikel bevatten een aantal algemene bepalingen met betrekking tot het bestuur van de vennootschap en wel ongeacht of het gaat om een openbare vennootschap of een stille vennootschap (maatschap). Daarbij verdient opmerking dat ten aanzien van de inrichting van het bestuur (eerste lid van het onderhavige artikel) en de interne bevoegdheid van een besturend vennoot (artikel 810) contractuele vrijheid bestaat om een en ander te regelen zoals men gewenst acht.

Het eerste lid bevat de wettelijke regel dat iedere vennoot besturend vennoot is. Zoals reeds aangestipt is dit een regel van aanvullend recht en aan te nemen valt dat in de praktijk veelal een contractuele regeling met betrekking tot de samenstelling van het bestuur zal worden getroffen. Dit kan geschieden bij overeenkomst van alle vennoten en wel niet alleen bij de overeenkomst waarbij de vennootschap wordt opgericht, maar ook bij een latere overeenkomst. Aldus bestaat de mogelijkheid op eenvoudige wijze de inrichting van het bestuur aan te passen aan gewijzigde omstandigheden of inzichten. Ook krachtens de oprichtingsovereenkomst of een latere overeenkomst van de vennoten kan worden afgeweken van de wettelijke hoofdregel. Te denken valt aan een in de overeenkomst voorzien meerderheidsbesluit of aan een ingevolge de overeenkomst vastgesteld roulatieschema.

De mogelijkheid bestaat dat het bestuur uitsluitend aan een of meer derden is opgedragen en dat derhalve geen van de vennoten besturend vennoot is. Het tweede lid bevat de voor de hand liggende regel dat voor derden-bestuurders dezelfde rechten en verplichtingen gelden als voor besturende vennoten. Voor zover deze rechten en verplichtingen van de besturende vennoten voortvloeien uit dwingendrechtelijke bepalingen, zal ook met betrekking tot derden aan wie het bestuur is opgedragen, gelden dat van deze rechten en verplichtingen niet kan worden afgeweken.

Een volgende vraag is of, zo het gaat om rechten en verplichtingen die hun grondslag vinden in bepalingen van regelend recht (zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid tot vertegenwoordiging, geregeld in artikel 811, eerste lid), met betrekking tot derden een afwijking in andere zin kan gelden dan met betrekking tot vennoten. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord; als ten aanzien van vennoten een verschillende regeling kan worden getroffen valt niet in te zien dat hetzelfde niet met betrekking tot derden mogelijk zou zijn.

De bepaling van het derde lid correspondeert met artikel 2:14, eerste lid, voor de rechtspersoon in het algemeen. Er is geen reden waarom een dergelijke regel niet zou gelden voor de besturende vennoten van vennootschappen. Indien er meerdere besturende vennoten zijn, is er sprake van een collectieve verantwoordelijkheid.

Het afleggen van rekening en verantwoording ingevolge het vierde lid dient tenminste eenmaal per jaar te geschieden, en wel, in overeenstemming met het gebruik, in de regel bij gelegenheid van het vaststellen van de balans en de staat van baten en lasten (artikel 814, vierde lid). De gezegde formulering laat open dat vaker dan eenmaal per jaar of op een ander tijdstip dan bij het opmaken van de jaarstukken rekening en verantwoording moet worden afgelegd. In dit verband kan worden geacht aan een vennootschap die voor een bepaald werk of voor korte duur is opgericht. Indien een besturend vennoot nalatig is in het afleggen van rekening en verantwoording, kan ieder van de medevennoten vorderen dat hij daartoe wordt veroordeeld. Van de rekeningprocedure van artikel 771 e.v. WBRvA kan gebruik worden gemaakt.

Artikel 810 (interne bevoegdheid)

Ook deze bepaling ziet op de interne verhouding van de vennoten: zij regelt tot welke handelingen een besturend vennoot in zijn verhouding tot de andere vennoten bevoegd is, dat wil zeggen welke handelingen voor rekening van de vennootschap, dus de gezamenlijke vennoten komen. De vraag in hoeverre een besturend vennoot bevoegd is ten opzichte van derden, met andere woorden hoever zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid strekt, vindt behandeling in de volgende twee artikelen. Als maatstaf is gekozen dat het moet gaan om rechtshandelingen die, gelet op het doel van de vennootschap tot haar normale werkzaamheden behoren. In geval van geschil zal door uitleg van hetgeen in de overeenkomst omtrent het doel is opgenomen, moeten worden vastgesteld of de rechtshandeling kan worden aangemerkt als een die tot de normale werkzaamheden ter bereiking van het doel behoort. Voor andere, veelal ingrijpende, handelingen, dus handelingen die buiten de normale exploitatie vallen, is afzonderlijke instemming van de andere vennoten vereist, willen zij voor rekening van de vennootschap komen.

Ook hier geldt dat de wettelijke bepalingen regelend recht bevatten. Partijen kunnen dus afwijkende regelingen treffen, bijvoorbeeld de bevoegdheid beperken tot handelingen tot een bepaald bedrag, bepalen dat slechts twee vennoten gezamenlijk bevoegd zijn, bepaalde handelingen binden aan een meerderheidsbesluit van de vennoten, enz. Ook een verruiming van de bevoegdheid is mogelijk, bijvoorbeeld in die zin dat voor andere handelingen dan die tot de normale exploitatie behoren, geen instemming van alle andere vennoten is vereist, maar dat instemming van bepaalde of een meerderheid van de andere vennoten voldoende is.

Artikel 811 (vertegenwoordigingsbevoegdheid)

Dit artikel dat van toepassing is op de openbare vennootschap heeft, evenals het volgende dat geldt voor de stille vennootschap (maatschap), betrekking op de bevoegdheid de vennootschap onderscheidenlijk de gezamenlijk vennoten (extern) te vertegenwoordigen. Volgens de in het eerste lid neergelegde wettelijke hoofdregel is bij een openbare vennootschap ieder van de besturende vennoten volledig vertegenwoordigingsbevoegd, met dien verstande dat het moet gaan om handelingen die dienstig kunnen zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap.

Met de omschrijving 'dienstig kunnen zijn' is een ruimere maatstaf gegeven dan die van artikel 810 ('behoren tot de normale werkzaamheden'); vgl. HR 8-6-1990, NJ 1990, 607. Daardoor kan zich de situatie voordoen dat een vennoot als vertegenwoordiger van de vennootschap bevoegd heeft gehandeld, zodat de gevolgen van die rechtshandeling komen te rusten op de vennootschap en bijvoorbeeld voor de vennootschap een verbintenis ontstaat, terwijl de vennoot intern niet bevoegd was tot die handeling. In een dergelijke situatie zal dus extern de handeling wel ten laste van de vennootschap komen, waarbij ook de vennoten in persoon jegens de derde verbonden zijn (artikel 813), maar intern blijft de handeling voor rekening van de vennoot die zijn bevoegdheid heeft overschreden. Een vennoot die op grond van zijn persoonlijke verbondenheid door de derde is aangesproken en aan deze heeft betaald, zal zich dan ook op de besturende vennoot kunnen verhalen.

Naast de aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de besturend vennoot gestelde grens die hierdoor wordt bepaald dat de handeling dienstig moet kunnen zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, bestaat de mogelijkheid de bevoegdheid op ander wijze te beperken. Bij de overeenkomst van vennootschap (inclusief latere wijzigingen; vgl. het slot van artikel 802, derde lid) kan namelijk anders worden bepaald, bijvoorbeeld in die zin dat een besturend vennoot in het geheel niet vertegenwoordigingsbevoegd is, of slechts tot een bepaald bedrag of tezamen met een andere vennoot. Partijen zijn hier vrij de huns inziens wenselijke regeling te treffen. De nadruk zij erop gevestigd dat hier alleen bij de overeenkomst en niet ook, zoals in artikel 810, bij of krachtens overeenkomst anders kan worden bepaald. Dit hangt samen met de bescherming van derden, die aldus van de beperking kunnen kennis nemen (het Handelsregisterbesluit (AB 1989 no. GT 87) zal worden aangepast).

Het tweede lid houdt voor het geval de inschrijving in het handelsregister nog niet heeft plaatsgevonden in de eerste plaats in dat met betrekking tot de vertegenwoordigingsbevoegdheid geen beperking bestaat wat betreft doeloverschrijdende handelingen, nu immers de vennootschap ten aanzien van een derde geldt als algemeen voor alle zaken, zodat geen handelingen denkbaar zijn die niet dienstig kunnen zijn tot verwezenlijking van het doel. Ingeval de inschrijving niet is geschied, geldt voorts dat alle vennoten onbeperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben,

tenzij de derde van een in de overeenkomst opgenomen uitsluiting of beperking van die bevoegdheid niet onkundig was.

Artikel 812 (vertegenwoordiging stille vennootschap)

Ook deze bepaling heeft betrekking op de besturend vennoot, die, ook als hij in eigen naam handelt, nog wel voor rekening van de vennootschap kan handelen; men denke bijvoorbeeld aan de in maatschapsverband samenwerkende advocaat die een overeenkomst met een cliënt sluit, waarbij hij uitsluitend zelf partij is. Of een besturende vennoot in een gegeven geval inderdaad voor rekening van de stille vennootschap (maatschap) handelt, hangt hiervan af of is voldaan aan de maatstaf van artikel 810. Dit is een interne kwestie.

De onderhavige bepaling heeft betrekking op het externe effect, namelijk de bevoegdheid in naam van de vennootschap, dat betekent hier steeds in naam van de gezamenlijke vennoten als zodanig, te handelen. Daartoe is vereist dat de handelende vennoot van de andere vennoten volmacht heeft. In dat geval ontstaat een 'zaakschuld', die verhaalbaar is op de vennootschappelijke gemeenschap (artikel 806, tweede lid) en waarvoor bovendien de vennoten in beginsel voor gelijke delen verbonden zijn (artikel 813, derde lid). Deze regeling staat uiteraard niet eraan in de weg dat een of meer vennoten een andere (besturende) vennoot volmacht geven tot het verrichten van een of meer rechtshandelingen. Wanneer zij dat niet als zodanig, in hun hoedanigheid van vennoot doen, geldt niet de regel van het onderhavige artikel en ontstaat geen zaakschuld die op de vennootschappelijke gemeenschap verhaalbaar is. De algemene regels van het verbintenissenrecht zijn in zodanig geval van toepassing.

Artikel 813 (aansprakelijkheid jegens derden)

Zoals hiervoor is uiteengezet, betekent het ontstaan van een vennootschappelijke schuld (zaakschuld) dat de schuldeiser zich op het vennootschappelijke vermogen onderscheidenlijk de vennootschappelijke gemeenschap kan verhalen. Dit wil echter niet zeggen dat dit de enige verhaalsmogelijkheid voor de schuldeiser is. Volgens het eerste lid is dan, wanneer het gaat om een openbare vennootschap sprake van hoofdelijke verbondenheid van de vennoten. Voor processuele aspecten zie de toelichting bij de wijzing van het WBRvA.

In het tweede lid wordt dit uitgangspunt bij het aanvaarden van opdrachten verzacht; zie hierna. Er is van afgezien om in dit ontwerp de in het buitenland wel bekende figuur van de beroepsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid apart te regelen. Wil men beperkte aansprakelijkheid van de vennoten realiseren, dan staat de figuur van de kapitaalvennootschappen hiertoe open.

Gaat het om een stille vennootschap (maatschap), dan kunnen op de voet van artikel 812, wanneer de besturende vennoot volmacht van de andere vennoten heeft, verbintenissen ten laste van de stille vennootschap, dat wil zeggen ten laste van de maten als zodanig, ontstaan. Betreft de verbintenis een deelbare prestatie, dan zijn volgens het derde lid de maten voor gelijke delen verbonden, maar in de overeenkomst met de derde kan zijn bepaald dat zij hoofdelijk of voor ongelijke delen verbonden zijn. Gaat het om een ondeelbare prestatie, dan volgt uit artikel 6:6, tweede lid, dat de maten hoofdelijk verbonden zijn. Er zij op gewezen dat de in het derde lid neergelegde verbondenheid voor gelijke delen voor het geval van schadevergoeding (wegens wanprestatie) een afwijking vormt van artikel 6:102.

Opmerking verdient nog dat ook de besturend vennoot die in naam van de stille vennootschap heeft gehandeld, is begrepen onder de vennoten waarop het derde lid ziet. Anders dan bij de gewone gevallen van bevoegde vertegenwoordiging, waar de gevolgen van de door de vertegenwoordiger verrichte rechtshandeling – uitsluitend – de vertegenwoordigde treffen, is hier de besturend vennoot op dezelfde voet als de anderen, dus in beginsel voor een gelijk deel, verbonden.

Het tweede lid sluit aan bij artikel 7:407, tweede lid, waar het gaat om een opdracht die door twee of meer personen tezamen is ontvangen. In geval van een openbare vennootschap geeft de onderhavige bepaling eenzelfde regeling als artikel 7:407, tweede lid, inclusief de mogelijkheid om aan de hoofdelijkheid te ontkomen. De bepaling heeft in het bijzonder betekenis voor openbare vennootschappen tot het uitoefenen van een beroep waarbij het veelal zal gaan om opdrachten tot dienstbetoon die verplichten tot niet bij voorbaat kwantitatief meetbare prestaties. Ook bij bedrijfsuitoefening komen dergelijke opdrachten echter voor. De voorgestelde dwingendrechtelijke regel prevaleert boven de bepaling van artikel 7:407, tweede lid (zie ook artikel 7:400, tweede lid). Men lette erop dat

de hoofdregel van het tweede lid, aansprakelijkheid voor het geheel, overeenkomt met wat reeds uit het eerste lid volgt; de afwijking is gelegen in het slot van het tweede lid, die meebrengt dat de vennoot aan wie de tekortkoming niet kan worden toegerekend – vgl. artikel 6:74, eerste lid, en artikel 6:75 – niet aansprakelijk is.

De hier gegeven regels hebben, als gezegd, betrekking op een vennoot die in naam van de vennootschap handelt en daartoe bevoegd is. Zij sluiten op zichzelf niet uit dat een (besturend) vennoot in eigen naam, maar wel voor rekening van de vennootschap handelt. Bij een openbare vennootschap zal echter duidelijk moeten blijken dat dit het geval is; zo is persoonlijke ondertekening op het papier van de vennootschap hiertoe niet voldoende. Vgl. in dit verband ook HR 3-12-1971, NJ 1972, 117. Bij een handelen op eigen naam maar voor rekening van de vennootschap is er voor wat betreft de relatie met de derde uitsluitend persoonlijke gebondenheid van de handelende vennoot; in de interne verhouding zal de handelende vennoot met de andere vennoten moeten afrekenen. Opmerking verdient hierbij nog dat de overeenkomst kan inhouden dat een vennoot niet in eigen naam mag handelen: in dat geval pleegt de vennoot die dat toch doet wanprestatie jegens de vennootschap, respectievelijk de overige vennoten, maar in de externe verhouding maakt het geen verschil.

De bepalingen van de artikelen 811 tot en met 813 zien niet op handelen in naam van de vennootschap door een vennoot die onbevoegd is. Ten aanzien van die vennoot gelden dan de regels die in Boek 3 zijn gegeven (zie artikel 3:70 in verbinding met artikel 3:78). Overigens kan bij een dergelijk onbevoegd handelen de vennootschap onder bijzondere omstandigheden toch gebonden zijn. Men denke aan het te goeder trouw door de derde afgaan op een gewekte en aan de vennootschap of de medevennoten toe te rekenen schijn van bevoegdheid, aan bekrachtiging van de onbevoegd verrichte handeling door de overige vennoten en aan zaakwaarneming.

Afdeling 4 (Het voeren van administratie en winst en verlies)

Algemeen

Onderscheiden dient te worden tussen het opmaken en vaststellen van stukken (balans en staat van baten en lasten) die de gemaakte winst of

het geleden verlies aanwijzen en het delen van de vennoten in die winst of dat verlies. Aan het laatste is het voorziene artikel 815 gewijd (waarbij artikel 816 handelt over uitkering van de winst en aanzuivering van het verlies). De plicht tot administratie, het bewaren, en het vaststellen en opmaken van de balans en staat van baten en lasten zijn geregeld in het voorziene artikel 814.

De regeling in de voorziene bepalingen geldt voor iedere vennootschap, zowel de openbare als stille. Ook bij een stille vennootschap noopt de vennootschappelijke samenwerking tussen de vennoten zoals aangeduid in artikel 800 tot een behoorlijke administratie en tot (mogelijk eenvoudige) jaarstukken aan de hand waarvan de afrekening van de financiële resultaten volgens de krachtens overeenkomst of wet geldende verdeelsleutel kan plaatsvinden.

Artikel 814 (administratie)

De redactie van het eerste lid komt overeen met artikel 3:15a, eerste lid, en artikel 2:15, eerste lid, waarin in verband met de ontwikkelingen in de techniek van de administratie ook wordt gesproken van andere (in het bijzonder moderne elektronische) gegevensdragers. In de administratie dienen niet alleen transacties ten name van de vennootschap doch alle transacties voor rekening van de vennootschap te worden opgenomen, evenals verrekeningen in verband met dergelijke transacties tussen een vennoot en de vennootschap of de andere vennoten. Tot de in het eerste lid aangeduide verplichting zijn de besturende vennoten gehouden. Het nakomen van deze verplichting valt onder de in artikel 809, derde lid, aangeduide gehoudenheid van iedere besturend vennoot zijn taak behoorlijk te vervullen.

Ingevolge het tweede lid heeft ieder van de vennoten in beginsel een inzagerecht. De bepaling omtrent de bij overeenkomst te maken uitzondering op dit inzagerecht van ieder van de vennoten zelf is ingegeven door de overweging dat soms zulk een inzage, bijvoorbeeld door een commanditaire vennoot die concurrerend werkzaam is, bezwaarlijk kan zijn en voorts door een uitspraak van het Gerechtshof Leeuwarden 20-6-1956, NJ 1956, 602, gewezen naar aanleiding van de voor een vennoot van een vennootschap onder firma geldende overleggingsplicht (in casu werd de subsidiaire vordering tot overlegging aan een accountant toege-

wezen). Los van deze regeling heeft iedere vennoot recht op de inlichtingen en bewijsstukken die hij redelijkerwijze nodig heeft om zich een oordeel te vormen over de omvang van de gemaakte winst en daarmee van het hem toekomende bedrag. Zie ten aanzien van het participatiecontract: HR 25-3-1977, NJ 1977, 448. De plicht van de besturende vennoot tot rekening en verantwoording aan ieder van zijn medevennoten, is neergelegd in artikel 809, derde lid.

Het behoort tot de taak van de besturende vennoten tenminste eenmaal per jaar de jaarstukken op te maken aan de hand waarvan in overeenstemming met het gebruik ook rekening en verantwoording kan worden afgelegd ingevolge voornoemd artikel 809, derde lid. Een tussentijds opmaken blijft mogelijk en is soms aangewezen. Dit opmaken dient ingevolge het derde lid in beginsel te geschieden binnen acht maanden na afloop van het boekjaar (zie ook artikel 2:15, tweede lid), doch in de overeenkomst van vennootschap kan worden voorzien in een verlenging van deze termijn, bijvoorbeeld door de besturende vennoten zelf, door alle vennoten tezamen of bij meerderheidsbesluit van de vennoten. Het is echter redelijk deze verlenging niet langer te laten voortduren dan zes maanden. Na verloop van de eventueel verlengde termijn kan iedere vennoot in rechte vorderen dat de bedoelde jaarstukken door de besturende vennoten worden opgemaakt. Tenslotte is een volzin opgenomen over het boekjaar die correspondeert met hetgeen in artikel 2:15, vijfde lid, voor rechtspersonen is bepaald.

De bevoegdheid tot vaststelling, bedoeld in het vierde lid, brengt anders dan die tot goedkeuring mee de bevoegdheid tot het anders bepalen van sommige posten van de jaarstukken, tot het gewijzigd vaststellen van de opgemaakte stukken. De bevoegdheid tot het vaststellen komt in beginsel toe aan alle vennoten tezamen. In de overeenkomst van vennootschap kan echter worden voorzien dat die vaststelling geschiedt bij een besluit van vennoten. Dit kan een meerderheidsbesluit zijn; men denke aan vennootschappen met een groot aantal vennoten. Het kan ook zijn dat men een voorziening treft dat bijvoorbeeld alleen de zgn. senior-partners het besluit kunnen nemen. In alle gevallen dient iedere vennoot aan de beraadslaging over de besluitvorming te kunnen deelnemen. Steeds dienen de redelijkheid en billijkheid in acht te worden genomen. In de overeenkomst kan ook worden voorzien dat een of meer derden de stukken kun-

nen vaststellen. Dat de vaststelling dient te geschieden binnen een redelijke termijn na het opmaken spreekt eigenlijk voor zich. Reeds op grond van de redelijkheid en billijkheid dient ieder van de vennoten hieraan mee te werken. In het algemeen zal een redelijke termijn niet meer dan enige maanden bedragen.

De in het vijfde lid vervatte bepaling omtrent de bewaartermijn is ontleend aan artikel 2:15, derde lid. Het zesde lid verklaart artikel 2:15, vierde lid, inzake overbrenging op andere gegevensdragers van toepassing.

Artikel 815 (winst- en verliesdeling)

De verdeling van winst en verlies bij de vennootschap is een zaak van wezenlijk belang. De samenwerking tussen de vennoten, die tot de essentialia van de overeenkomst behoort, is immers gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel. Vandaar dat als maatstaf voor de winst- en verliesdeling in het eerste lid wordt uitgegaan van gelijke delen en dat daarvan slechts kan worden afgeweken bij de overeenkomst van vennootschap. Aan de hand van de geldende maatstaf zal telkenjare moeten worden vastgesteld wat ieders deel is in de gemaakte winst of het geleden verlies. Met het oog op het belang van de winst- en verliesdeling voor de vennoten is, evenals bij de vaststelling van de jaarstukken, tot uitgangspunt genomen dat alle vennoten daaraan moeten meewerken; zie hierna. Desgewenst kunnen de vennoten in de overeenkomst een afwijkende regeling treffen, in die zin dat de vaststelling ook kan geschieden door een besluit van vennoten, maar daarbij zal evenals bij de vaststelling van de jaarstukken ten minste voor elk van de vennoten gelegenheid moeten bestaan aan de beraadslaging deel te nemen. Ook kan de vaststelling ingevolge de overeenkomst van vennootschap worden opgedragen aan een of meer derden. Aldus wordt zowel recht gedaan aan het belang dat elk van de vennoten een voldoende stem heeft in de vaststelling van winst- en verliesdeling als aan het belang van flexibiliteit.

Om ieder misverstand uit te sluiten, is in het eerste lid (gelijk delen) toegevoegd de zinsnede ‘ongeacht de waarde van ieders inbreng in de vennootschap’ (of deze nu uit geld of goederen bestaat of uit arbeid). Men kan echter in de vennootschapsovereenkomst een winst- en verliesdelingsregeling opnemen die in meerdere of mindere mate is gerelateerd

aan de (feitelijke) inbreng waarvoor men is gecrediteerd, terwijl daarbij ook ten aanzien van de arbeid inbrengende vennoot een overeen te komen redelijke maatstaf kan worden gehanteerd. Variaties daarbij zijn denkbaar. Zie over de mogelijkheid om over of voor de inbreng in de vennootschap een bepaalde rente of vaste vergoeding te bedingen: het vijfde lid.

De regeling van het tweede lid geeft een nadere uitwerking van wat het 'anders bepalen' ingevolge het eerste lid kan inhouden. Gehandhaafd is de hoofdregel dat de vaststelling van ieders aandeel door alle vennoten tezamen dient te geschieden. In de vennootschapsovereenkomst zelf zal vaak al nauwkeurig de hoegrootheid van ieders aandeel zijn bepaald zodat dan vanzelf aan deze eis is voldaan. Maar ook kan worden bepaald dat de vaststelling van ieders aandeel (alsnog en eventueel jaarlijks) door alle vennoten tezamen geschiedt. Is er niets bepaald, dan geldt ingevolge het eerste lid een gelijkelijke winst- en verliesdeling. Indien zulks in de vennootschapsovereenkomst is voorzien, is vaststelling daarvan door een of meer derden die daartoe opdracht ontvangen, mogelijk. Dit laat onverlet dat ook bij gebreke van een zodanige voorziening in geval van een geschil omtrent de winst- en verliesdeling ingevolge een daartoe te treffen regeling door bindend adviseurs of arbiters kan worden beslist.

Ingevolge het tweede lid is het ook mogelijk dat in de vennootschapsovereenkomst wordt bepaald dat de vaststelling kan geschieden bij een besluit van vennoten. Ook hier kan men denken aan een meerderheidsbesluit of bijvoorbeeld aan een besluit van de zgn. senior-partners. Dit is in de praktijk van belang bij grote vennootschappen waarin aldus, uiteraard met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, ieders aandeel, bijvoorbeeld aan de hand van een puntensysteem, kan worden vastgesteld. Ook hier dient iedere vennoot in de gelegenheid te worden gesteld aan de beraadslaging over zulk een besluitvorming deel te nemen. Zie ook hierboven de toelichting bij artikel 814. Deze toevoeging waarborgt dat niet te zeer wordt getornd aan het karakter van de vennootschap als een overeenkomst tot samenwerking.

Het derde lid verheft tot wettelijke uitlegregel hetgeen in literatuur en rechtspraak (zie HR 19-12-1934, NJ 1935, 881) wordt aanvaard.

Gelet op de omschrijving van vennootschap in artikel 800, eerste lid, waarin het element 'samenwerking van de vennoten gericht op het beha-

len van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten' als een wezenlijk kenmerk is opgenomen, is in het vierde lid ten aanzien van het beding dat een vennoot niet in de winst zal delen ('societas leonina'), ondanks het bepaalde in artikel 3:40, tweede lid, nietigheid meer aangewezen dan vernietigbaarheid. Niet nietig is het beding dat een vennoot niet of slechts tot een bepaald bedrag in het verlies zal delen.

De thans voorgestelde bepaling moet mede in het licht van Boek 3 als volgt worden begrepen. De nietigheid van het eerstgenoemd beding is op zich een partiële. Ingevolge artikel 3:41 blijft de overeenkomst van vennootschap voor het overige in stand voor zover deze gelet op haar inhoud en strekking niet in onverbrekelijk verband staat met het nietige deel. Hierbij zal krachtens het eerste lid een gelijkelijke winstverdeling of krachtens het derde lid eenzelfde winstdeel als het eventueel wel contractueel voorziene deel in het verlies gelden, doch partijen kunnen zelf deze winstverdelingsregeling aanpassen. Bij vennootschapsovereenkomsten met een beperkt aantal vennoten zal een onverbrekelijk verband echter al gauw aanwezig worden geacht. Zie voor het huidige recht HR (Derde Kamer) 6-6-1956, NJ 1957, 333. Dit leidt dan tot nietigheid van de gehele overeenkomst als overeenkomst van vennootschap. In zulk een geval kan op grond van artikel 3:42 (conversie) sprake zijn van een samenwerkingsovereenkomst sui generis wanneer blijkt de strekking van de overeenkomst moet worden aangenomen dat partijen haar ook zouden hebben gesloten, indien zij vanwege de nietigheid van de overeenkomst van vennootschap van deze laatste overeenkomst hadden afgezien. Zie in dit verband Gerechtshof Amsterdam 5-11-1954, NJ 1955, 383. Het moet dan wel dezelfde partijen bij de overeenkomst betreffen: vgl. HR 10-5-1996, NJ 1996, 692.

Ook is mogelijk dat een gesloten overeenkomst mede blijkt haar bedoelingen van meet af aan niet is bedoeld als overeenkomst van vennootschap en ook niet als zodanig kan worden gekwalificeerd, doch bijvoorbeeld wel als een samenwerkingsovereenkomst sui generis of als een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid. Zie voor dit laatste HR 4-11-1942, NJ 1942, 773. De toepasselijkheid van dit lid en eventuele conversie komen dan niet aan de orde.

Ook indien een uitdrukkelijk en nietig beding dat een vennoot niet in de winst zal delen, niet in de overeenkomst van vennootschap is opgeno-

men, kan deze overeenkomst bezien in haar geheel de strekking hebben dat een of meerdere vennoten in het geheel geen aandeel kunnen hebben in de winst. In een dergelijk geval zal gelet op de omschrijving van vennootschap in artikel 800, eerste lid, de overeenkomst evenmin kunnen gelden als overeenkomst van vennootschap. Wegens het ontbreken van een wezenskenmerk is zij als zodanig nietig, doch ook hier kan door de hierboven aangeduide conversie de overeenkomst als andere overeenkomst worden gered. Op dergelijke gevallen doelt het vijfde lid. Het brengt een beperking aan op de mogelijkheid om in de overeenkomst een bepaalde rente over of een vast bedrag aan een vennoot toe te kennen voor zijn inbreng (kapitaal of arbeid). De bepaling betekent niet dat de vennoot geen rentevergoeding of vast bedrag voor zijn inbreng zou kunnen bedingen. Het gaat erom of dergelijke voorzieningen naar hun strekking meebrengen dat ook op langere termijn een vennoot stelselmatig van ieder deel in de winst verstoken blijft. Wordt deze grens overschreden, dan riskeert men nietigheid van de overeenkomst als overeenkomst van vennootschap. Naast hun afspraken omtrent winst- en verliesdeling of rentes c.q. vaste vergoedingen, kunnen vennoten ook overeenkomen dat zij periodiek tot een bepaald maximum voorschotten op een winstaandeel uit de vennootschapskas kunnen opnemen, die dan met hun winstaandeel over het betreffende boekjaar dienen te worden verrekend.

Artikel 816 (recht op uitkering)

Ingevolge het eerste lid ontstaat het recht op uitkering eerst nadat de balans en de staat van baten en lasten overeenkomstig artikel 814, vierde lid, zijn vastgesteld. De vraag hoe groot het aandeel is waarop de betreffende vennoot recht kan doen gelden, moet worden beantwoord aan de hand van artikel 815. De vennootschapsovereenkomst kan diverse voorzieningen inhouden, bijvoorbeeld uitkering van een bepaald percentage of, eventueel krachtens de overeenkomst, bepaling van de omvang van de uitkering telkens door de gezamenlijke vennoten of bij meerderheidsbesluit. Indien in de overeenkomst van vennootschap niets omtrent dit punt is bepaald, heeft iedere vennoot in beginsel recht op uitkering van zijn gehele aandeel in de winst. Onder bijzondere omstandigheden kan echter het vorderen van een integrale uitkering in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Men denke bijvoorbeeld aan de harde noodzaak

van een (gedeeltelijke) interne financiering. Indien het aandeel in de winst niet of niet volledig wordt uitgekeerd, wordt door bijboeking van het niet uitgekeerde gedeelte op de kapitaalrekening van de betreffende vennoot diens inbreng verhoogd.

Ingevolge het tweede lid kan bij overeenkomst worden bepaald dat iedere vennoot zijn aandeel in het verlies moet aanzuiveren. Bij vereffening na ontbinding ligt het anders; zie artikel 830, tweede lid, waarin op dit punt een bevoegdheid aan de vereffenaar is toegekend. Uiteraard zal het verlies moeten blijken uit de vastgestelde balans en staat van baten en lasten. Indien in de overeenkomst waarbij de vennootschap is opgericht of in een latere overeenkomst omtrent dit punt niets is bepaald, kunnen de redelijkheid en billijkheid er onder bijzondere omstandigheden toch toe nopen dat de vennoten hun aandeel in het verlies aanzuiveren. Men denke bijvoorbeeld aan een operatie tot sanering van de financiën die in het belang is van iedere vennoot.

Afdeling 5 (Ontbinding en voortzetting van de vennootschap)

Artikel 817 (ontbinding van vennootschap in haar geheel)

Dit artikel handelt over de ontbinding van de vennootschap in haar geheel. De ontbinding betreft de vennootschap als overeenkomst. Bij ontbinding op grond van het in eerste lid, onderdeel a, bepaalde ('waarin zulks uit de overeenkomst van vennootschap volgt') kan men denken aan de volgende gevallen. In die overeenkomst kan bijvoorbeeld zijn bepaald dat de vennootschap wordt ontbonden bij meerderheidsbesluit van de vennoten, na verloop van een in de overeenkomst bepaalde tijd, door opzegging door een vennoot aan de andere vennoten (vgl. artikel 818, eerste lid, onderdeel d) of na het voltooien van een bepaald, in de overeenkomst nauwkeurig omschreven werk. Daarnaast is het mogelijk dat gelet op de strekking van de overeenkomst van vennootschap het tenietgaan van het goed welks exploitatie het eigenlijke doel is van de vennootschap, de ontbinding met zich brengt.

Aandacht verdient dat de dood, het onbekwaam worden of het faillissement van een van de vennoten niet langer zijn voorzien als gronden tot ontbinding van de vennootschap in haar geheel, doch in het hierna voorziene artikel 818, eerste lid, onderdeel b, als gronden tot uittreding van de betreffende vennoot. Niettemin kunnen partijen, bijvoorbeeld wanneer

de vennootschap in bijzondere mate 'intuitu personae' wordt aangegaan, in de vennootschapsovereenkomst bepalen dat in deze gevallen de vennootschap in haar geheel wordt ontbonden.

Voor zover in de in het eerste lid, onderdeel a, bedoelde gevallen gesproken kan worden van een in de vennootschapsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde (afhankelijkheid van een toekomstige en onzekere gebeurtenis), zijn de (gewezen) vennoten na vervulling van die voorwaarde niet verplicht op grond van artikel 6:24 de reeds verrichte prestaties ongedaan te maken omdat uit inhoud en strekking van de overeenkomst van vennootschap anders voortvloeit. Evenmin is met betrekking tot de verrichte inbreng en levering van goederen artikel 3:84, vierde lid, van toepassing omdat uit het dan geldend, hierna volgend artikel 830 blijkt dat de gewezen vennoten bij de op de ontbinding volgende vereffening en verdeling slechts recht hebben op een uitkering van de waarde van hun inbreng. Overigens heeft de ontbinding ook in deze gevallen geen terugwerkende kracht; zie artikel 3:38, tweede lid, en artikel 6:22.

Uiteraard kan, ook al is zulks niet in de vennootschapsovereenkomst voorzien, de vennootschap worden ontbonden door een latere overeenkomst tussen alle vennoten tot beëindiging van hun samenwerking in vennootschappelijk verband. Zulks is bepaald in het eerste lid, onderdeel b.

Voor wat betreft de ontbindingsgrond genoemd in het eerste lid, onderdeel c, zij het volgende opgemerkt. In het hierna volgend artikel wordt de uittreding van een of meer vennoten geregeld. Een dergelijke uittreding met voortzetting van de vennootschap door de overblijvende vennoten is uiteraard slechts mogelijk indien twee vennoten overblijven. Is dit laatste niet het geval, dan wordt de vennootschap noodzakelijkerwijs ontbonden.

Wat betreft de ontbindingsgrond in onderdeel d (faillietverklaring van de vennootschap) bedenke men dat ook vennootschappen en ook stille vennootschappen failliet kunnen worden verklaard. Zie daarover nader bij de toelichting op de wijzigingen van de Faillissementsverordening. De in het eerste lid, onderdeel e, genoemde ontbinding (door de rechter in de gevallen die de wet bepaalt), doet zich voor bij rechterlijke ontbinding van de vennootschap in haar geheel op de gronden aangeduid in het hier-

na volgende artikel 820, en mogelijk ook bij toepassing van artikel 6:258.

In het tweede lid wordt rekening gehouden met de mogelijkheid van voortzetting in geval van akkoord. Wordt de vennootschap aldus na het einde van het faillissement voortgezet, dan heeft zij uiteraard niet langer te gelden als ontbonden. Het tweede lid komt in aanmerking voor overeenkomstige toepassing in gevallen dat weliswaar alle vennoten failliet zijn maar de vennootschap zelf niet; daaraan staat niet in de weg dat de vereffening van de vennootschap niet plaatsvindt op grond van de Faillissementsverordening doch op de voet van de artikelen 825 e.v.

Het derde lid van artikel 817 beslecht een kwestie waarover naar huidig recht in de literatuur verschillend wordt gedacht. In dit verband zij erop gewezen dat in dit ontwerp onder een vennootschap voor een bepaalde tijd aangegaan, is te verstaan de vennootschap waarbij aan de hand van de overeenkomst van meet af aan kan worden vastgesteld op welke datum de vennootschap zal eindigen. Vennootschappen voor het leven aangegaan of voor de voltooiing van een bepaald werk zijn niet voor een bepaalde doch voor onbepaalde tijd aangegaan.

Artikel 818 (partiële ontbinding)

Dit artikel vindt zijn grondslag in de gedachte dat bij uittreding van een (of meer) van de vennoten ten gevolge van diverse oorzaken, waarover hierna, de vennootschap, mits er ten minste twee vennoten overblijven (zie het hierboven aangeduide artikel 817, eerste lid, onderdeel c), door de overblijvende vennoten moet kunnen worden voortgezet waarbij die vennootschap haar identiteit behoudt. In de praktijk bestaat ook behoefte aan continuïteit van de vennootschap bij een dergelijke uittreding, en meer in het algemeen bij wisseling in het personenbestand die ook het gevolg kan zijn van opvolging en toetreding van nieuwe vennoten. Zie over opvolging en toetreding hierna de toelichting bij artikel 823.

Het behoud van identiteit van de vennootschap kan worden bereikt door te aanvaarden dat bij uittreding van een vennoot de vennootschap alleen ten aanzien van deze vennoot wordt ontbonden. De ontbinding van de vennootschap ten aanzien van de uittredende vennoot betreft de verbin-tenisrechtelijke kant van de zaak; zie over de goederenrechtelijke conse-

quenties bij voortzetting van de vennootschap door de overblijvende vennoten hierna de toelichting bij artikel 821.

Dat een vennoot moet kunnen uittreden indien alle vennoten daaromtrent overeenstemming bereiken (eerste lid, onderdeel a), spreekt wel haast vanzelf.

Hierboven de toelichting bij artikel 817 is reeds opgemerkt dat in dit ontwerp de dood, het faillissement of het onbekwaam worden van één van de vennoten niet leidt tot ontbinding van de gehele vennootschap (tenzij zulks in de vennootschapsovereenkomst is bepaald: artikel 817, eerste lid, onderdeel a) doch tot uittreding van de betreffende vennoot (onderhavige artikel 818, eerste lid, onderdeel b). Voor wat de dood betreft, houdt deze bepaling een afwijking in van artikel 6:249. In het hierna volgend artikel 822 wordt geregeld op welke wijze in de overeenkomst van vennootschap kan worden voorzien dat de vennootschap voortduurt met de aangewezen erfgenamen of erfgenaam van de door zijn dood uittredende vennoot. Met de dood van een natuurlijke persoon is vergelijkbaar het ophouden te bestaan van een rechtspersoon die vennoot is. Dit kan zich voordoen bij ontbinding van de rechtspersoon, bij fusie en bij splitsing. Voor de laatste gevallen kan in de vennootschaps-overeenkomst worden voorzien in de opvolging door de verkrijgende rechtspersoon, die indien zulks niet is voorzien, alsnog met medewerking van alle vennoten kan opvolgen (artikel 823, eerste lid). Bij omzetting behoudt de vennoot als rechtspersoon zijn identiteit. Maar onder omstandigheden kan de rechter de vennootschap ten aanzien van de omgezette rechtspersoon ontbinden op grond van gewichtige redenen (artikel 820, eerste lid).

De voortzetting van de vennootschap met een failliet verklaarde vennoot (al dan niet rechtspersoon) zou tot grote praktische moeilijkheden leiden. Bij voortzetting met een onbekwaam geworden vennoot kunnen de dan rijzende moeilijkheden goeddeels worden ondervangen door die vennoot dan niet langer besturend vennoot te doen zijn. Het derde lid van het onderhavige artikel geeft de mogelijkheid zulks in de vennootschapsovereenkomst te bepalen.

Niet onder de uittredingsgronden is opgenomen de aan een vennoot verleende surséance van betaling, die immers niet is gericht op liquidatie doch op sanering. Wel kan in de vennootschapsovereenkomst worden

voorzien dat (ook in deze gevallen) opzegging van de vennootschap aan de betreffende vennoot kan plaatsvinden door de andere vennoten; zie hierna de toelichting bij onderdeel d. Ook zou de rechter de vennootschap ten aanzien van hem kunnen ontbinden op grond van gewichtige redenen. Zie hierna artikel 820, eerste lid.

Als uittredingsgrond is wel opgenomen (eerste lid, onderdeel c): het aanbreken van een in de overeenkomst voor uittreding aangeduid tijdstip. Men denke bijvoorbeeld aan het bereiken van een bepaalde leeftijdsgrens.

Aan het slot van het eerste lid is bepaald dat de vennootschap ten aanzien van een vennoot niet wordt ontbonden door het in vervulling gaan van een in de overeenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde. Het is niet wenselijk dat in andere gevallen dan de hierboven (in het eerste lid) genoemde een buitengerechterlijke partiële ontbinding automatisch zou kunnen plaatsvinden op grond van het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde. Onzeker kan zijn of en wanneer een niet concreet omschreven voorwaarde (bijvoorbeeld een toerekenbare tekortkoming of een gewichtige reden) is vervuld, en ook overigens dient te worden gelet op de belangen van de potentieel uittredende vennoot. Bij de door dit ontwerp gevolgde systematiek is er ook geen behoefte aan de mogelijkheid van ontbindende voorwaarden. Contractueel kan immers zijn voorzien in de mogelijkheid van opzegging aan een vennoot (zie hierna de toelichting bij onderdeel d) die echter vernietigbaar is indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geschied (zie hierna artikel 819). Ook staat de mogelijkheid open van een rechterlijke ontbinding ten aanzien van een of meer vennoten (zie hierna artikel 820, eerste lid).

De grond tot partiële ontbinding opgenomen in het eerste lid, onderdeel d, betreft vrijwillige uittreding van een vennoot die opzegt aan de andere vennoten en de gedwongen uittreding of uitstoting van een (of meer) van de vennoten doordat aan hen de vennootschap wordt opgezegd door een of meer andere vennoten. In de thans geldende wetgeving wordt deze materie niet geregeld doch ook naar huidig recht wordt aangenomen dat deze opzeggingsmogelijkheden bestaan, mits hieromtrent (uitdrukkelijk) in de overeenkomst van vennootschap is voorzien. Zie voor wat betreft uitstoting in het bijzonder HR 13-6-1969, NJ 1969, 384. In deze zin is onderdeel d dan ook geformuleerd. Bij uitstoting dient uit de vennoot-

schapsovereenkomst duidelijk te blijken of deze via opzegging kan geschieden door de overige vennoten gezamenlijk, door een meerderheid van hen, of zelfs door een of meer bepaalde vennoten zonder medewerking van de overige vennoten. Een algemene opzeggingsclausule die in dit opzicht verschillend kan worden geïnterpreteerd, is niet voldoende. Uitstoting door opzegging kan in de vennootschapsovereenkomst zijn voorzien op grond van meerdere redenen. Men kan bijvoorbeeld denken aan surséance van betaling, verlies van beheer of bestuur over eigen goederen, verlies van een bepaalde kwaliteit of bevoegdheid, een strafrechtelijke veroordeling of het toepassen van een tuchtrechtelijke maatregel, blijvende arbeidsongeschiktheid. Naar huidig recht recht is er discussie over de vragen of de redenen tot opzegging zoals hier bedoeld in de overeenkomst van vennootschap moeten worden vermeld en of er bij zulk een opzegging in elk geval sprake moet zijn van gewichtige redenen. In de formulering van onderdeel d ligt een ontkennende beantwoording van beide vragen besloten. Het ontwerp gaat er echter van uit – zie hierna artikel 819 – dat iedere opzegging moet voldoen aan de eisen van de door contractspartijen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. Onder omstandigheden kan zulks meebrengen dat een behoorlijke reden tot opzegging is vereist.

De in het eerste lid, onderdeel e, genoemde ontbinding (door de rechter in de gevallen die de wet bepaalt) doet zich voor bij rechterlijke ontbinding van de vennootschap ten aanzien van een of meer vennoten op de gronden aangeduid in het hierna volgend artikel 820, en mogelijk ook bij toepassing van artikel 6:258. Zie hierna de toelichting bij artikel 820.

Naar huidig recht kunnen voortzettingsbedingen bij uittreding van een vennoot direct of automatisch werken zonder dat een andere rechtshandeling nodig is in de vorm van een wilsverklaring van de overblijvende vennoten; deze hebben zich reeds in de overeenkomst van vennootschap definitief gebonden om de vennootschap voort te zetten. Hiernaast staan voortzettingsbedingen die niet direct of automatisch werken maar waarbij een nadere wilsverklaring van de overblijvende vennoten nodig is om de voortzetting van de vennootschap te doen plaatsvinden. Dit ontwerp wil ook de laatste mogelijkheid open houden. Vandaar het tweede lid dat inhoudt dat in de vennootschapsovereenkomst kan worden bepaald dat in de gevallen genoemd in het eerste lid, onderdelen b, c en d, de overblij-

vende vennoten zich met bekwame spoed moeten uitspreken of zij de vennootschap willen voortzetten.

Met bekwame spoed wil zeggen: zo spoedig als gezien de omstandigheden redelijkerwijze mogelijk is, waarbij echter wel enige ruimte voor be raad gelaten wordt. In het geval van het eerste lid, onderdeel a, zal deze kwestie bij de bedoelde overeenkomst nader onder ogen zijn gezien. Bij het geval van het eerste lid, onderdeel e, bedenke men dat op de in artikel 820 aangeduide gronden ook steeds ontbinding van de vennootschap in haar geheel kan worden gevorderd. Indien de overblijvende vennoten in gevolge het tweede lid niet met bekwame spoed met de voortzetting van de vennootschap instemmen, wordt de vennootschap behoudens een subsidiaire voorziening in de vennootschapsovereenkomst in haar geheel ontbonden; dit geval valt dan onder artikel 817, eerste lid, onderdeel a. Het artikel is van dwingend recht, behoudens voor zover uit het artikel zelf anders blijkt (vierde lid).

Artikel 819 (redelijkheid en billijkheid)

Zoals eerder opgemerkt, moet iedere opzegging, zowel die aan alle andere vennoten als die aan een of meer andere vennoten, met als gevolg partiële ontbinding van de vennootschap (artikel 818, eerste lid, onderdeel d), in overeenstemming zijn met de eisen van de redelijkheid en billijkheid welke partijen tegenover elkaar in acht hebben te nemen. De voorgestelde bepaling betekent dat bij opzegging rekening moet worden gehouden met de redelijke belangen van de medevennoten of medevennoot. Of deze belangen in onevenredige mate worden geschaad, zal afhangen van de omstandigheden van het concrete geval. De redelijkheid en billijkheid moeten in acht worden genomen zowel bij de opzegging zelf als bij de termijn van opzegging. Een ontijdige opzegging zal vrijwel steeds in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.

De vernietigbare opzegging in strijd met de redelijkheid en billijkheid wordt vernietigd hetzij door een buitengerechtelijke verklaring hetzij door een rechterlijke uitspraak (artikel 3:49 e.v.). Intussen kan een opzegging die wegens haar ontijdigheid in verband met de eisen van de redelijkheid en billijkheid is vernietigd, worden geconverteerd in een geldige opzegging tegen een later tijdstip, indien aan de voorwaarden van artikel 3:42 is voldaan.

Artikel 820 (ontbinding door de rechter)

De bepaling vervat in het eerste lid houdt in tweeërlei opzicht een uitbreiding in ten opzichte van het huidige recht. In de eerste plaats is rechterlijke ontbinding op vordering van ieder van de vennoten niet alleen mogelijk van een vennootschap in haar geheel doch ook ten aanzien van een (of meer) van de vennoten, waardoor die vennoot gedwongen wordt uit te treden (of wordt 'uitgestoten'). Naar huidig recht wordt aangenomen dat dit laatste alleen mogelijk is indien een hiertoe strekkend beding in de vennootschapsovereenkomst is opgenomen. De thans voorgestelde bepaling stelt deze eis niet. Ontbinding ten aanzien van een of meer van de vennoten kan steeds door de rechter geschieden, ook al is hieromtrent niets in de overeenkomst bepaald. De voorgestelde bepaling is in het bijzonder van belang in de gevallen dat partijen geen gebruik hebben gemaakt van de in artikel 818, eerste lid, onderdeel d, geboden mogelijkheid in de vennootschapsovereenkomst te bedingen dat aan een (of meer) van de vennoten kan worden opgezegd. Door rechterlijke interventie kan dan onder omstandigheden mogelijk toch een oplossing worden bereikt waarbij de vennootschap door de overblijvende vennoten wordt voortgezet.

In de tweede plaats houdt de voorgestelde bepaling in dat rechterlijke ontbinding van de vennootschap in haar geheel of ten aanzien van een (of meer) van de vennoten niet alleen kan geschieden op grond van gewichtige redenen doch ook op andere gronden die in de overeenkomst van vennootschap zijn voorzien. Van een gewichtige reden is sprake indien, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijkerwijs van een of meer van de vennoten niet langer kan worden gevergd om het vennootschappelijk verband in zijn geheel of ten aanzien van een vennoot voort te zetten. De beoordeling hiervan is aan de rechter. Het staat partijen niet vrij om 'gewichtige redenen' als rechterlijke ontbindingsgrond in hun overeenkomst uit te sluiten of te beperken. Vennoten moeten niet tot samenwerking gedwongen blijven indien zulks redelijkerwijs niet meer van hen kan worden gevergd. De voorgestelde bepaling bevat echter wel uitdrukkelijk de mogelijkheid om daarnaast andere rechterlijke ontbindingsgronden in de vennootschapsovereenkomst te voorzien. Zie onder het huidig recht reeds HR 5-6-1970, NJ 1970, 429.

Tenslotte verdient aandacht dat de rechterlijke ontbinding van de vennootschap in haar geheel of ten aanzien van een of meer van de vennoten uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Zie ook hierna de toelichting bij artikel 825.

Het tweede en derde lid sluiten aan bij HR 3-12-1948, NJ 1949, 358. Wel verdient aandacht dat op een vennootschap van toepassing blijft artikel 6:258 betreffende wijziging, gehele of gedeeltelijke ontbinding door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden. Ook een dergelijke ontbinding valt onder de categorie ‘door de rechter in de gevallen die de wet bepaalt’ zoals aangeduid in artikel 817, eerste lid, onderdeel e, en in artikel 818, eerste lid, onderdeel e.

Aanwezigheid van een vernietigingsgrond ten aanzien van de overeenkomst van vennootschap kan slechts leiden tot ontbinding door de rechter (vierde lid). Vernietiging van de overeenkomst met terugwerkende kracht past slecht bij een vennootschap, zeker als deze tussen meer dan twee personen is aangegaan. De mogelijkheid van toepassing van artikel 3:53, tweede lid, heft de ontstane rechtsonzekerheid niet aanstonds op. En ook kan de vraag rijzen of, indien één van de partijen bij de overeenkomst zich beroept op een vernietigingsgrond, de overeenkomst tussen de overige partijen in stand blijft of niet. Het is daarom aangewezen om bij het zich voordoen van vernietigingsgronden in alle gevallen aan de rechter de bevoegdheid te geven desverzocht de vennootschap geheel of partieel (ten aanzien van één of meer vennoten) ex nunc te ontbinden. Zonder uitdrukkelijke bepaling zou wellicht twijfel kunnen bestaan over de vraag of dit artikel wel in alle opzichten van dwingend recht is. Met het oog daarop is dit uitdrukkelijk bepaald in het vijfde lid.

Voor de situatie dat de overeenkomst van vennootschap van meet af aan nietig is en ten aanzien van deze niet bestaande vennootschap een vermogen is gevormd, geeft artikel 803 de nodige voorzieningen.

Artikel 821 (uittreding en voortzetting)

Indien de vennootschap in haar geheel wordt ontbonden, zijn de hierna volgende bepalingen vervat in afdeling 6 betreffende vereffening en verdeling van toepassing. Voor het geval dat de vennootschap slechts wordt ontbonden ten aanzien van de vennoot die uittreedt waarbij de vennootschap wordt voortgezet door de overblijvende vennoten, dienen voorzie-

ningen te worden getroffen om te bereiken dat het aan de vennootschap gebonden en dienstbare vermogen zoveel mogelijk in stand blijft, en dat de goederen van de vennootschap onder het vennootschappelijk verband blijven, zodat de vennootschap door de overblijvende vennoten metterdaad kan worden voortgezet en haar identiteit wordt gewaarborgd. Hierbij zal ervoor moeten gezorgd dat de uittredende vennoot een genoegzame financiële compensatie krijgt voor het verlies van zijn aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap.

Naar huidig recht worden met het oog op het bovenstaande in overeenkomsten van vennootschap voortzettingsregelingen getroffen waarin naast obligatoire voortzettingsbedingen ook vermogensbedingen zijn opgenomen, te weten verblijvensbedingen (met een definitieve binding) en toedelingsbedingen (de voortzettende vennoten moeten dan nader hun wil verklaren; men spreekt ook wel van verblijvensopties). Het is echter zinvol om deze materie in de wet zelf te regelen zodat bij uittreding de continuïteit en identiteit van de vennootschap zo min mogelijk in gevaar komen. Daarbij moet worden bedacht dat naar huidig recht onzekerheid bestaat over het antwoord op de vraag of onder omstandigheden mag worden aangenomen dat een contractuele voortzettingsregeling die slechts een voortzettingsbeding van verbintenisrechtelijke aard inhoudt, ook een vermogensbeding impliceert.

Het ontwerp behelst geen regeling van het zgn. overnemingsbeding waarbij aan de voortzettende vennoten c.q. de vennootschap het recht wordt toegekend een dan te leveren goed tegen een bepaalde waarde van de uittredende vennoot over te nemen. Naar huidig recht wordt het beding in de praktijk gehanteerd voor situaties dat een aan de vennootschap dienstbaar goed geen deel uitmaakt van de vennootschappelijke gemeenschap. Aan een wettelijke regeling van zulk een beding bestaat geen behoefte. Partijen zijn intussen vrij om in voorkomende gevallen een dergelijk beding in hun overeenkomst op te nemen. Overigens zal veelal het ingebrachte recht op genot van een goed ook deel uitmaken van de vennootschappelijke gemeenschap, zie artikel 805, derde lid, zodat ook dit genotsrecht valt onder de hierna toe te lichten, in het eerste lid van het onderhavige artikel aangeduide toedeling c.q. wordt geleverd zoals verwoord in het vierde lid.

Het eerste lid verlangt een toedeling aan de overblijvende vennoten. Overgang van rechtswege is onwenselijk. Deze zou te zeer op gespannen voet staan met de systematiek van verdeling van gemeenschappen in artikel 3:186, in verbinding met artikel 3:189, tweede lid. Rechtszekerheid en kenbaarheid van de overgang spelen in die systematiek een belangrijke rol.

Daarbij hoeft het belang van continuïteit niet in het gedrang te komen. Het risico dat de levering door de uittredende vennoot uitblijft, kan immers genoegzaam worden ondervangen door bijvoorbeeld in de vennootschapsovereenkomst of bij de uittreding voor de andere vennoten een onherroepelijke volmacht te bedingen om het hun door de wet toegedeelde aandeel in de goederen van de vennootschappelijke gemeenschap aan zichzelf te leveren. In de derde volzin van het eerste lid is daarbij nader bepaald dat een onherroepelijke volmacht zijn werking behoudt in faillissement. Aldus wordt twijfel vermeden over de vraag of de curator gehouden is medewerking te verlenen aan de levering. Voorts kan daarmee het bezwaar worden vermeden dat een levering onder opschortende voorwaarde niet kan worden toegepast bij toekomstige registergoederen (artikel 3:97) en evenmin bij toekomstige vorderingen op naam, dit laatste in verband met het vereiste van mededeling aan de schuldenaar (artikel 3:94, eerste lid).

Een voorziening voor wat onder het huidig recht een toedelingsbeding of verblijvensoptie wordt genoemd (zie hierboven), is overigens niet nodig omdat blijkens artikel 818, tweede lid, in de overeenkomst kan worden bepaald dat in de daar bedoelde gevallen uittreding slechts plaatsvindt indien de voortzettende vennoten hiermee met bekwame spoed instemmen. Die instemming kan worden geweigerd indien men de toedeling zoals bedoeld als gevolg van de uittreding niet wenst te aanvaarden.

Wel kan het in de praktijk voorkomen dat er in een concreet geval behoefte aan bestaat om sommige goederen behorend tot de vennootschappelijke gemeenschap in handen te laten van de uittredende vennoot, bijvoorbeeld om het bedrag van hetgeen ingevolge het tweede lid van het onderhavige artikel 821 aan die vennoot moet worden uitgekeerd, te verminderen. Dit kan worden bereikt doordat na de effectuering van de bedoelde toedeling en levering, in overeenstemming tussen de overblijvende vennoten en de uittredende vennoot, bepaalde goederen door

eerstgenoemden aan de laatstgenoemde in betaling worden gegeven voor het krachtens het tweede lid door hen aan hem verschuldigde. Zie artikel 6:45. Bij rechterlijke partiële ontbinding kan bij gebreke van een dergelijke overeenstemming de rechter zulk een inbetalinggeving opnemen onder de door hem ingevolge artikel 820, tweede lid, te stellen voorwaarden, waarin overigens niet kan worden afgeweken van het in het eerste lid van het onderhavige artikel 821 bepaalde.

Aandacht verdient dat het eerste lid ook geldt bij uittreding door overlijden van een vennoot waarbij de vennootschap wordt voortgezet door de overblijvende vennoten. In het systeem van het ontwerp is dit de regel. In de overeenkomst van vennootschap kan echter worden bedongen dat de vennootschap voortduurt met de aangewezen erfgenamen of erfgenaam van de overleden vennoot. Zie daarover hierna de toelichting bij artikel 822.

Blijkens het eerste lid is voor de overgang van het aandeel levering vereist op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven (artikel 3:186, eerste lid). Een levering bij voorbaat die op zich mogelijk blijft, stuit op complicaties in verband met toekomstige registergoederen en vorderingen op naam. Om toch zekerheid te bereiken dat de levering zonder moeilijkheden wordt geëffectueerd, zorgt men er in de praktijk meestal voor dat vennoten elkaar te dien einde een onherroepelijke volmacht geven; zie voornoemde derde volzin van het eerste lid.

Het tweede lid betreft de financiële compensatie van de uittredende vennoot voor het verlies van zijn aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap. De hoofdregel is dat de voortgezette vennootschap gehouden is een bedrag te betalen dat gelijk is aan de waarde van de economische deelgerechtigdheid van de uittredende vennoot in het vermogen van de vennootschap. Hier wordt evenals het geval is in artikel 808 (huwelijks-gemeenschap), in artikel 823, vierde lid, (opvolging) en in artikel 830, derde lid, (vereffening na algehele ontbinding), het begrip 'economische deelgerechtigdheid' geïntroduceerd dat in de terminologie van het ontwerp duidelijk moet worden onderscheiden van de begrippen 'aandeel' in de vennootschappelijke gemeenschap. Met deelgerechtigdheid is bedoeld de economische deelgerechtigdheid; de gerechtigdheid in de (goederen)gemeenschap wordt aangeduid met het begrip 'aandeel'. Die economische deelgerechtigdheid in het vermogen van de vennootschap re-

flecteert (de obligatoire) aanspraak in geld die de vennoot heeft op de gezamenlijke (in casu overblijvende) vennoten c.q. de vennootschap. Die deelgerechtigdheid loopt niet parallel met de mate van gerechtigd zijn in de goederengemeenschap, met de grootte van het 'aandeel'. Tenzij anders blijkt, is ieder van de vennoten in die tussen hen ontstane gemeenschap voor een gelijk gedeelte gerechtigd. Zie HR 3-10-1984, NJ 1985, 623. Dit laatste is intussen niet van praktisch belang omdat een vennoot behoudens in het geval van opvolging toch niet over dit aandeel kan beschikken; zie artikel 806, eerste lid.

De economische deelgerechtigdheid wordt bepaald door de inhoud van de overeenkomst, waarbij in het bijzonder van belang zijn de bepalingen die regelen wat de vennoten of hun erfgenamen uit het vennootschapsvermogen toekomt, ingeval bij liquidatie, uittreden of overlijden te hunnen aanzien aan de vennootschap een einde komt, terwijl bij gebreke aan zodanige regelingen ieders economische deelgerechtigdheid wordt bepaald enerzijds door zijn inbreng, anderzijds door de grondslag waarop hij deelt in de winsten en verliezen. Zie voor het huidig recht HR 3-5-1968, NJ 1968, 267. De formulering van het voorgestelde tweede lid sluit hierbij aan.

Net zoals in de huidige praktijk kunnen allerlei contractuele regelingen worden getroffen, waarbij ook kan worden gedifferentieerd al naar gelang het gaat over algehele ontbinding, het uittreden en de oorzaak hiervan, bijvoorbeeld het overlijden van een vennoot. Bepaald kan worden dat (in sommige gevallen) de uitkering wordt berekend op basis van de laatst opgemaakte en vastgestelde balans, tegen de boekwaarde, of op basis van de werkelijke waarde waarbij stille reserves moeten worden verdisconteerd en waarbij ook kan worden voorzien dat aan de uittredende vennoot niet-geactiveerde goodwill dient te worden vergoed.

In de literatuur is omstreden of bedongen kan worden dat in bijzondere gevallen van ontbinding de deelgerechtigdheid van de uittredende vennoot nihil is. Op zichzelf is dit mogelijk, al komt dit in de huidige praktijk zelden voor. Men ziet in dat de uittredende vennoot in de regel ten minste recht zal kunnen moeten doen gelden op de uitkering van het bedrag van het tegoed op zijn kapitaalrekening zoals dit zich sinds de creditering bij zijn inbreng van goed of geld en rekening houdend met zijn bijgeschreven of afgeboekte winst- en verliesdeling heeft ontwikkeld.

Echter, voor het geval dat door geleden verliezen waarin die vennoot moet delen, sprake is van een negatieve waarde van zijn economische deelgerechtigheid, geldt de dwingende regel van het voorgestelde tweede lid dat die vennoot deze aan de vennootschap moet vergoeden.

Wordt die negatieve waarde aldus vergoed, dan ligt het voor de hand de regel van het voorgestelde derde lid te aanvaarden dat de overblijvende vennoten gehouden zijn de schulden van de vennootschap voor hun rekening te nemen. Meer in het algemeen gaat deze wettelijke regeling ervan uit dat bij het bepalen van de (uiteindelijk wellicht toch nog positieve) economische deelgerechtigheid de vennootschapsschulden dienen te worden verdisconteerd waar tegenover staat dat de draagplicht van deze schulden gaat berusten bij de overblijvende vennoten. Partijen dienen met de bedoelde regels in hun waarderingsbedingen rekening te houden. In het systeem van het ontwerp moet eveneens worden aanvaard de reeds naar huidig recht onderschreven regel dat de overblijvende gezamenlijke vennoten als zodanig c.q. de vennootschap die haar identiteit behoudt, voor de bij de uittreding bestaande vennootschapsschulden kunnen blijven worden aangesproken waarbij zonodig ook de vennootschappelijke gemeenschap kan worden uitgewonnen. Zie hierboven artikel 806, tweede lid. Ook de voortzettende vennoten in persoon blijven op voet van artikel 813 voor dergelijke verbintenissen extern gebonden. Zie over de externe verbondenheid van de uittredende vennoot voor de ten tijde van zijn uittreden bestaande verbintenissen hierna artikel 824, eerste lid. De positie van de zaakcrediteuren wordt bij een uittreden derhalve niet ernstig aangetast.

De positie van privé-crediteuren van een uittredende vennoot kan in het geding zijn indien in de vennootschapsovereenkomst is voorzien in een uitkering op basis van een aanzienlijk lagere waarde dan de werkelijke waarde of zelfs in het geheel geen uitkering. De privécrediteur en de curator in diens faillissement kunnen voor wat betreft de contractueel voorziene waardebeoordeling (echter niet voor wat betreft de toedeling zelf die immers berust op de wet; zie hierboven) een beroep doen op de Pauliana, al zal de bevoordelingsbedoeling, zeker bij uitkeringsbedingen op wederkerige basis, niet altijd even gemakkelijk aan te tonen zijn. Bij vernietiging van de waarderingsslausule kan de rechter de verplichting opleggen tot een uitkering in geld (artikel 3:53, tweede lid).

Bij uittreden van een vennoot door diens overlijden dient te worden gelet op artikel 4:126, tweede lid, onderdeel a, waarin bedingen (met als gevolg) dat een goed van een van de partijen onder opschortende voorwaarde of onder opschortende tijdsbepaling zonder redelijke tegenprestatie (wederkerigheid geldt niet als tegenprestatie) op een ander overgaat of kan overgaan, worden beschouwd als een quasi-legaat waarop artikel 4:126, eerste lid, van overeenkomstige toepassing is.

Indien over de waardebepaling niets in de overeenkomst is bepaald en bij uittreding daaromtrent geen overeenstemming tussen partijen kan worden bereikt, is ingevolge het tweede lid het bedrag van de waarde van de economische deelgerechtigdheid verschuldigd, zonder dat daarbij in de wettekst zelf een maatstaf wordt gegeven voor de berekening van die waarde. In het hierboven genoemde arrest HR 3-5-1968, NJ 1968, 267, ligt mede besloten dat indien een waardebepalingsregeling in de overeenkomst ontbreekt voor het geval van uittreden doch wel zulk een regeling is voorzien voor algehele ontbinding, deze laatste regeling tevens van invloed is op de bepaling van de waarde van de deelgerechtigdheid tijdens het bestaan van de vennootschap, dus ook in het geval van uittreden. Indien in het geheel niets over de waardebepaling in de overeenkomst is geregeld, geldt, aldus het genoemde arrest, dat ieders deelgerechtigdheid wordt bepaald enerzijds door zijn inbreng en anderzijds door de grondslag (contractueel bepaald en anders voor gelijke delen: zie artikel 815, eerste lid) waarop hij deelt in de winsten en verliezen. Hiervan gaat ook de in artikel 830, achtste tot en met tiende lid, neergelegde regeling van de vereffening bij algehele ontbinding uit.

De werkelijke waarde van de vennootschappelijke goederen dient in aanmerking te worden genomen; de boekwaarde van de activa is niet beslissend. Stille reserves en de eventuele waarde van niet-geactiveerde goodwill komen als surplus boven het kapitaal (de waarde van de ingebrachte activa) tot uitdrukking en worden verdeeld overeenkomstig de winstverdelingsmaatstaf. In het geval van uittreding waarbij de goederen dienstbaar blijven aan de voortgezette vennootschap, zal bij de bepaling van de werkelijke waarde de going concern-maatstaf meestal de juiste zijn.

Op drie punten wordt nog de aandacht gevestigd. Het voorgestelde tweede lid bepaalt ook dat in de overeenkomst kan worden bedongen dat het

te betalen bedrag in een of meer termijnen of afhankelijk van een toekomstige gebeurtenis zal worden uitgekeerd. Deze bepaling komt tegemoet aan de behoeften van de praktijk in gevallen dat uitkering ineens een te grote aanslag zou betekenen op de liquiditeit van de vennootschap. Naar huidig recht wordt deze mogelijkheid algemeen aanvaard.

Het te betalen bedrag is zoals het tweede lid tot uitdrukking brengt, een schuld van de (voortgezette) vennootschap c.q. de gezamenlijke (overblijvende) vennoten als zodanig. Het betreft een zaakschuld waarvoor de gemeenschap van die vennootschap kan worden uitgewonnen. Daarnaast zijn de vennoten op de voet van artikel 813, eerste en derde lid, in persoon verbonden voor deze verbintenissen van de vennootschap.

Tenslotte zij gewezen op de formulering dat de vennootschap is gehouden het bedoelde bedrag te betalen 'ten behoeve van' de uitgetreden vennoot of ingeval van diens overlijden van zijn erfgenamen. In de regel zal dit bedrag ook rechtstreeks dienen te worden betaald 'aan' de genoemde personen. Doch in gevallen waarin uiteindelijk een voortzetting van de vennootschap met een bepaalde in de vennootschapsovereenkomst aangeduide erfgenaam of derde wordt beoogd, kan indien zulks in de overeenkomst van vennootschap is voorzien, ook een constructie worden gevolgd waarbij het bedrag aan die erfgenaam of derde wordt betaald, doch ten behoeve van de erfgenamen van de overleden vennoot of de uitgetreden vennoot. Zie nader hierover de toelichting bij artikel 822 en de toelichting bij artikel 823.

Het artikel is van dwingend recht, behoudens voor zover uit het artikel zelf anders blijkt (vierde lid).

Artikel 822 (opvolging door erfgenaam)

Uitgangspunt van dit ontwerp is dat bij het overlijden van een van de vennoten de vennootschap wordt voortgezet door de overblijvende vennoten; zie artikel 818, eerste lid, onderdeel b, en in verband hiermee artikel 821. In de vennootschapsovereenkomst kan echter zijn bedongen dat bij overlijden van een vennoot de vennootschap in haar geheel wordt ontbonden (artikel 817, eerste lid, onderdeel a).

Het onderhavige artikel 822 regelt hoe men kan bereiken dat de vennootschap bij overlijden van een vennoot voortduurt met zijn erfgenamen of een bepaalde erfgenaam. Het artikel kiest ten aanzien van de voortzetting

van de vennootschap met een, meerdere, of alle erfgenamen voor de mogelijkheid van een beding ten behoeve van derden. De opvolging in de vennootschap door een of meerdere vennoten bij overlijden van een vennoot, wordt aldus zoveel mogelijk los gemaakt van het erfrecht. De contractuele positie van een overleden vennoot gaat niet door zijn overlijden over op zijn erfgenamen; zie artikel 818, eerste lid, onderdeel b, dat een afwijking inhoudt van artikel 6:249. Onder erfgenamen moet hier worden verstaan zij die tot de nalatenschap zijn geroepen: de wettelijke of testamentaire erfgenamen. Niet van belang is derhalve of deze erfgenamen de nalatenschap aanvaarden of verwerpen.

In de redactie van het artikel is er rekening mee gehouden dat de als opvolger aangewezen erfgenaam bezwaarlijk gebonden geacht kan worden zolang hij van het derdenbeding geen kennis heeft genomen (vergelijk bij deze formulering artikel 6:5, tweede lid, artikel 6:160, tweede lid, artikel 6:253, vierde lid, en artikel 7:175, tweede lid). Teneinde onzekerheid te voorkomen in het geval dat de erfgenaam pas langere tijd na het overlijden van de erflater-vennoot van zijn aanwijzing kennis krijgt, kan in het derdenbeding zelf een termijn worden opgenomen waarbinnen het aanvaard kan worden. Voorts zullen de overblijvende vennoten het beding kunnen herroepen (artikel 6:253, tweede lid).

Wensen erfgenamen het beding niet te aanvaarden, dan kunnen zij het met bekwame spoed afwijzen. Zij behoeven dan niet de nalatenschap te verwerpen. Zie hiervoor de betekenis van de woorden 'met bekwame spoed' hierboven de toelichting bij artikel 818, tweede lid. Omdat de keuze van de erfgenamen met betrekking tot het voortzettingsbeding los staat van de beslissing met betrekking tot de nalatenschap, zullen zij bij die keuze steeds bekwame spoed moeten betrachten, ongeacht of zij zich nog beraden omtrent de nalatenschap of deze slechts onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarden.

Wijzen een of meer erfgenamen het beding af, dan zullen behoudens een andere subsidiaire voorziening in de overeenkomst (bijvoorbeeld opvolging door een bepaalde andere aangewezen erfgenaam of door een derde die geen erfgenaam is, zie artikel 823), de regels gelden van artikel 818 (voortzetting door de overblijvende vennoten), in verbinding met artikel 821. In de overeenkomst kan ook zijn bepaald dat de vennootschap dan in haar geheel wordt ontbonden (artikel 817, eerste lid, onderdeel a).

Zoals reeds aangestipt, beschouwt het ontwerp het voortduren van de vennootschap met de aangewezen erfgenaam of erfgenamen als een bijzonder geval van opvolging, die in het algemeen, ook indien een derdebuitenstaander opvolgt, wordt geregeld in het hierna volgend artikel 823. In het onderhavige artikel kan derhalve in hoofdzaak worden volstaan met de verwijzing naar het hier van toepassing verklaarde tweede, derde en vierde lid van artikel 823. Ingevolge het tweede lid van dit artikel 823 wordt de positie van de aangewezen erfgenaam of erfgenamen die de overledene als vennoot opvolgen, bepaald door de rechten en verplichtingen die voor hem uit de vennootschapsovereenkomst voortvloeien. Goederenrechtelijk valt het aandeel van de overleden vennoot in de gemeenschap van goederen. Voor zover de erfgenamen niet als vennoten opvolgen, zullen zij dit aandeel moeten leveren aan de als vennoot opvolgende erfgenaam die daartegenover de uitkering krijgt als aangeduid in artikel 823, vierde lid. Indien alle erfgenamen als vennoten opvolgen, gaan deze verplichtingen door vermenging teniet (artikel 6:161).

Het van toepassing verklaarde derde lid van artikel 823 betreft dan de levering van het aandeel van de overledene in de goederen van de vennootschappelijke goederengemeenschap. De levering van het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap, geschiedt overeenkomstig artikel 3:96. Aandacht verdient dat ten aanzien van de leveringshandelingen door een vennoot een onherroepelijke volmacht kan worden verleend die niet eindigt door de dood van die vennoot (artikel 3:74, eerste lid).

Het van toepassing verklaarde vierde lid van artikel 823 houdt in dat de levering geschiedt tegen een uitkering van een bedrag dat gelijk is aan de waarde van diens deelgerechtigdheid in het vermogen van de vennootschap zoals die nader in de overeenkomst van vennootschap kan worden bepaald. Zie over het begrip economische deelgerechtigdheid hierboven de toelichting bij artikel 821.

Artikel 823 (opvolging door een derde of toetreding)

Dit artikel handelt voornamelijk over opvolging van een uit de vennootschap tredende vennoot door een derde. Zie voor opvolging van een overleden vennoot door een in de vennootschapsovereenkomst aangewezen erfgenaam het hierboven toegelichte artikel 822, dat overigens in de slotzin verwijst naar het tweede tot en met vierde lid van het onderhavige

artikel 823. Het eerste lid van het onderhavige artikel betreft ook toetreding van een nieuwe vennoot. Bij een opvolging of toetreding als bedoeld in dit lid blijft de identiteit van de vennootschap bestaan. Aan opvolging behoeft niet in de weg te staan dat de op te volgen vennoot al is uitgetreden (tweede volzin van het eerste lid).

Toetreding van een nieuwe vennoot wordt overigens in dit ontwerp niet verder geregeld. In de vennootschapsovereenkomst kan een optie tot toetreding worden verleend of een desbetreffend beding ten behoeve van die derde zijn vervat. Bij aanvaarding en toetreding zullen op de derde rechten en verplichtingen gaan rusten zoals die uit de vennootschapsovereenkomst voor hem voortvloeien. Hij zal moeten inbrengen (artikel 805) waarvoor hij in de in aanmerking komende gevallen door de vennootschap zal worden gecrediteerd. Aan hem kan een aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap door de bestaande vennoten worden geleverd overeenkomstig artikel 3:96.

Het tweede tot en met vierde lid betreffen alleen de opvolging van een uit de vennootschap tredende vennoot. Uitgangspunt is dat de vennootschap ten aanzien van de uittredende vennoot wordt ontbonden, evenals dit het geval is bij voortzetting door de overblijvende vennoten (artikel 818), zodat er niets over te dragen is. Hier moet bovendien kunnen worden gedifferentieerd. Zo moet bijvoorbeeld in de vennootschapsovereenkomst kunnen worden voorzien dat de opvolgende vennoot in de eerste jaren na zijn toetreding een lager winstaandeel heeft. In het tweede lid is daarom bepaald dat voor de opvolgende vennoot die de (te zijnen behoeve in de vennootschapsovereenkomst opgenomen optie of het derdenbeding tot) opvolging heeft aanvaard, de rechten en verplichtingen gelden die voor hem uit de overeenkomst van vennootschap voortvloeien. Indien de opvolging niet wordt aanvaard, gelden behoudens een andere subsidiaire voorziening in de overeenkomst (bijvoorbeeld opvolging door een andere derde) de regels van artikel 818, in verbinding met artikel 821 (voortzetting door de overblijvende vennoten). In de overeenkomst kan ook zijn bepaald dat dan de vennootschap in haar geheel wordt ontbonden (artikel 817, eerste lid, onderdeel a).

Het tweede lid houdt, net als artikel 817, eerste lid, onderdeel c, rekening met de mogelijkheid dat aanvaarding van de opvolging door een opvolgend vennoot eerst plaatsvindt op een tijdstip na de ontbinding ten aan-

zien van de uittredende vennoot. In overeenstemming met hetgeen in het algemeen geldt voor bedingen ten behoeve van een derde, heeft de aanvaarding geen terugwerkende kracht. De door aanvaarding van de opvolging voor de opvolgende vennoot uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen nemen derhalve een aanvang op het tijdstip van de aanvaarding. In het beding kan evenwel, nu de mogelijkheid van afwijking van het tweede lid niet wordt uitgesloten (zie het vijfde lid), besloten liggen dat de opvolgend vennoot ook rechten en verplichtingen aanvaardt die betrekking hebben op de periode voorafgaand aan zijn aanvaarding. Deze mogelijkheid wordt buiten twijfel gesteld in de tweede volzin van het tweede lid, welke in het verlengde ligt van het voor derdenbedingen in het algemeen geldende artikel 6:254, tweede lid. Gaat het om aansprakelijkheid voor de vennootschapsschulden die zijn ontstaan in de periode tussen het uittreden van de overleden vennoot en de aanvaarding van de opvolging, dan zal in zoverre in het opvolgingsbeding mede een beding ten behoeve van de schuldeisers kunnen worden gelezen.

Ingevolge het derde lid, dat hierboven de toelichting bij artikel 822 reeds ter sprake is gekomen, dient bij opvolging het aandeel van de uittredende vennoot in de goederen van de vennootschappelijke gemeenschap overeenkomstig artikel 3:96 aan de opvolgende vennoot worden geleverd.

De regeling omtrent de vergoeding aan de uittredende vennoot in artikel 821, tweede lid, komt eveneens voor toepassing in aanmerking in het in artikel 823 geregelde geval dat de uittredende vennoot wordt opgevolgd door een nieuwe vennoot. Door de verwijzing in het vierde lid naar artikel 821, tweede lid, wordt eveneens rekening gehouden met de mogelijkheid dat de waarde van de economische deelgerechtigdheid van de uittredende vennoot negatief is. Zie over het begrip economische deelgerechtigdheid hierboven de toelichting bij artikel 821.

Het vijfde lid stelt buiten twijfel dat het eerste, derde en vierde lid van dwingend recht zijn.

Artikel 824 (verjaring ten behoeve van uittredende vennoot en aansprakelijkheid toetredende en opvolgende vennoot)

Ten aanzien van de rechtsvorderingen tegen de uitgetreden vennoot of zijn erfgenamen tot nakoming van ten tijde van het uittreden bestaande

verbintenissen van de openbare vennootschap is in het eerste lid gekozen voor een korte verjaringstermijn van vijf jaren. De termijn begint te lopen vanaf de dag volgend op die waarop de uittreding in het handelsregister is ingeschreven. Dergelijke korte verjaringstermijnen komen ook elders in het vermogensrecht voor, zulks in het belang van de schuldenaar en van de rechtszekerheid, zonder dat daarmee wezenlijk aan de belangen van de schuldeisers wordt tekort gedaan. Zie artikel 3:307 e.v. De hier bedoelde verjaring kan eveneens overeenkomstig artikel 3:316 e.v. worden gestuit.

Voor verbintenissen van de vennootschap na zijn uittreding ontstaan, zal de uittredende vennoot niet zijn verbonden behoudens in het geval dat de derde onbekend was met de uittreding en de uittreding niet in het handelsregister was ingeschreven. Voor duurovereenkomsten geldt dat de uit deze overeenkomsten op het moment van uittreden voortvloeiende vorderingen ten laste van de vennootschap verjaren overeenkomstig deze bepaling.

De zinsnede 'op het tijdstip dat ook de rechtsovereenkomst tegen de vennootschap verjaart', is opgenomen om te verzekeren dat een eerdere verjaring van de rechtsovereenkomst tegen de vennootschap op grond van de artikelen 3:307 e.v., ook de verjaring meebrengt van de op een dergelijke vordering gebaseerde rechtsovereenkomst tegen de uitgetreden vennoot in persoon. De bepaling geldt voor de openbare vennootschap. Voor de stille vennootschap (maatschap) geldt dat (ook langlopende) verbintenissen van die vennootschap uit overeenkomst slechts kunnen ontstaan krachtens volmacht van de andere maten (artikel 812), terwijl van een toerekening van een gedraging als onrechtmatige daad aan zulk een stille vennootschap geen sprake kan zijn. Aan een bepaling als vervat in dit eerste lid bestaat ten aanzien van de stille vennootschap derhalve veel minder behoefte. Voorts ontbreekt een ook voor derden herkenbaar aanknopingspunt voor de aanvang van de verjaringstermijn als in dit lid bedoeld, omdat de stille vennootschap niet in het handelsregister hoeft te worden ingeschreven. Uiteraard gelden wel de korte verjaringstermijnen aangeduid in artikel 3:307 e.v.

Het tweede lid gaat ervan uit dat voor het aanvaarden van hoofdelijke verbondenheid op voet van artikel 813, eerste lid, van toetredende vennoten voor op het moment van hun toetreden reeds bestaande verbinte-

nissen van de vennootschap geen deugdelijke grond kan worden aangewezen. Zaakcrediteuren behouden bij een dergelijke toetreding hun aanspraken jegens de reeds aanwezige vennoten en jegens de vennootschap, waarbij zij verhaal kunnen blijven nemen op de goederen van de vennootschappelijke gemeenschap (artikel 806, tweede lid). Hun rechten worden niet verkort. Van aansprakelijkheid voor het geheel van een toetredende vennoot bij een tekortkoming in de nakoming van een vóór zijn toetreden door de vennootschap ontvangen opdracht, zal ingevolge artikel 813, tweede lid, geen sprake zijn indien die tekortkoming vóór zijn toetreden plaatsvond en deze reeds hierom niet aan hem kan worden toegerekend.

De bepaling van het onderhavige tweede lid zoals thans uitdrukkelijk verwoord, heeft zowel betrekking op de toetreding van een nieuwe vennoot als op de opvolging. Bij opvolging treedt de opvolgende vennoot als het ware in de plaats van de uittredende vennoot ook al hoeft zijn rechtsverhouding tot de medevennoten niet dezelfde te zijn. Zie de toelichting bij artikel 822. Het betreft hier de interne verhoudingen binnen de vennootschap. Voor wat betreft de externe verbondenheid ligt het voor de hand de opvolgende vennoot op één lijn te stellen met de toetredende vennoot.

Het voorgestelde tweede lid geldt ingeval van toetreding tot of opvolging in een vennootschap, zowel bij een openbare vennootschap als bij een stille vennootschap. Bij toetreding tot of opvolging in een stille vennootschap speelt de kwestie echter in beduidend mindere mate. Verbintenis van de vennootschap uit overeenkomst, en op grond hiervan gedeeltelijke of hoofdelijke verbondenheid van de vennoten ingevolge artikel 813, derde lid, kunnen slechts ontstaan krachtens volmacht van de medevennoten (artikel 812), terwijl van een aan de stille vennootschap toe te rekenen onrechtmatige daad geen sprake zal kunnen zijn.

Afdeling 6 (Vereffening en verdeling)

Algemeen

Ten aanzien van de vereffening en verdeling voor de in haar geheel ontbonden vennootschap wordt een eigen, niet te ingewikkelde regeling gegeven die voldoet aan de behoeften van de praktijk. Uitgangspunt is dat vereffening zal moeten plaatsvinden, behoudens voortzetting van het be-

roep of bedrijf (artikel 831a). Deze vereffening is niet alleen gericht op de voldoening van de zaakcrediteuren, maar de vereffenaar heeft hier ook een belangrijke taak ten aanzien van de verdeling door toedeling of uitkering aan de gerechtigde gewezen vennoten van hetgeen overblijft na voldoening van de zaagschuldeisers; en voorts ten aanzien van de afwikkeling indien er onvoldoende saldo is om de zaagschuldeisers te voldoen of een tekort om de aanspraken van de gewezen vennoten te honoreren. De aanspraken van de gewezen vennoten worden bepaald door hun deelgerechtigdheid, waarbij hun aandeel in het ontbrekende in beginsel wordt gerelateerd aan hun aandeel in het verlies. Dit alles wordt nader uitgewerkt in artikel 830; zie de toelichting bij dit artikel. Wanneer men dit eigen karakter van de vereffening en verdeling van het vermogen van een in haar geheel ontbonden vennootschap in ogenschouw neemt, ligt een afzonderlijke regeling in deze titel voor de hand. Bij de vereffening zijn bij uitstek de belangen van derden, onder wie met name ook de crediteuren van de vennootschap, betrokken. Dit brengt mee dat de artikelen van deze afdeling in het algemeen van dwingend recht zijn, behalve voor zover daaruit anders voortvloeit. Ofschoon dit tegen de achtergrond van deze strekking met voldoende duidelijkheid uit de formulering van de artikelen van deze afdeling blijkt, is ter vermijding van mogelijk misverstand artikel 831c opgenomen.

Artikel 825 (vereffenaars)

Dit artikel betreft in de eerste plaats de vraag door wie de vereffening geschiedt. In het eerste lid is de regel vervat dat dit bij een ontbonden stille vennootschap gebeurt door de gewezen vennoten gezamenlijk tenzij bij of krachtens overeenkomst anders is bepaald. Deze regel sluit aan bij de eerste zin van het tweede lid van artikel 3:170, tweede lid, eerste volzin; het complicerende derde lid van dit artikel en artikel 3:171 zijn echter niet meer van toepassing. Partijen kunnen een afwijkende regeling treffen zowel in de vennootschapsovereenkomst als nadien, bijvoorbeeld bij de ontbinding. Zij kunnen overeenkomen dat de vereffening zal geschieden door een of meerdere maten, of door een derde als liquidateur. Ook kunnen krachtens overeenkomst vereffenaars worden aangewezen bij meerderheidsbesluit.

De in het tweede lid vervatte regel geldt voor de ontbonden openbare vennootschap. De vereffening geschiedt door de gewezen besturende vennoten gezamenlijk, wederom tenzij bij of krachtens overeenkomst anders is bepaald. Het ligt in het systeem van het ontwerp voor de hand om deze regel te doen gelden voor elke openbare vennootschap.

Tijdens de vereffening kunnen zich moeilijkheden voordoen die verband houden met de personen door wie de vereffening dient te geschieden. Vereffenaars kunnen op verschillende manieren in hun vereffeningstaak tekort schieten. Zij kunnen te weinig doen of te traag handelen, zij kunnen vereffeningshandelingen verrichten op onjuiste wijze, zij kunnen niet voldoen aan de verplichtingen die voor hen voortvloeien uit de bepalingen van deze afdeling. Ook denke men aan het geval dat de vereffening dient te geschieden door de gezamenlijke gewezen vennoten of door de gezamenlijke daartoe bij of krachtens overeenkomst aangewezen personen, waarbij één van die vennoten of personen op onredelijke wijze onwillig is aan gerechtvaardigde vereffeningshandelingen mee te werken. Los van de reeds naar huidig recht bestaande mogelijkheden om in sommige gevallen de nakoming van de verplichtingen van een vereffenaar in rechte af te dwingen, is het voor de rechtspraktijk van belang dat in het bijzonder bij wezenlijk of herhaaldelijk tekortschieten van een vereffenaar diens vervanging door de rechter op korte termijn kan worden werkstelligd. Het derde lid van de onderhavige bepaling voorziet in deze mogelijkheid.

De rechter kan wegens gewichtige redenen op verzoek van een medevereffenaar, een gewezen vennoot of een belanghebbende (men denke aan een belanghebbende zaakcrediteur of privé-crediteur die belang heeft bij een spoedige verdeling), een vereffenaar ontslaan. Hij kan dit ook ambtshalve doen, bijvoorbeeld in het geval dat een door hem benoemde vereffenaar (zie hierna) aan hem onvoldoende inlichtingen verstrekt of zijn aanwijzingen niet opvolgt. Zie hierna de toelichting bij artikel 826. Het is niet nodig om aan het openbaar ministerie de bevoegdheid toe te kennen een vordering tot ontslag in te dienen. De rechter kan een vereffenaar ook ontslaan op diens eigen verzoek.

Bij ontslag kan de rechter een andere vereffenaar benoemen. Dit is niet altijd nodig; bij meerdere vereffenaars kunnen de overige niet-ontslagen vereffenaars de vereffening ook voortzetten. Het is onder omstandighe-

den mogelijk dat vereffenaars geheel ontbreken, bijvoorbeeld bij hun voortijdig overlijden of indien derden die bij of krachtens overeenkomst zijn aangewezen, hun benoeming niet hebben aanvaard. De rechter benoemt dan een vereffenaar op verzoek van een gewezen vennoot of een belanghebbende, of ambtshalve. Dit laatste zal zich kunnen voordoen bij de rechterlijke ontbinding van een vennootschap in haar geheel ingevolge artikel 820.

Een benoeming tot vereffenaar door de rechter gaat in daags nadat de griffier de benoeming aan de vereffenaar heeft meegedeeld; de griffier doet die mededeling terstond indien de beslissing tot benoeming bij voorraad uitvoerbaar is, en anders zodra zij in kracht van gewijsde is gegaan. In dit verband verdient aandacht dat ook een rechterlijke ontbinding van de vennootschap in haar geheel of ten aanzien van een of meer van de vennoten uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. De rechter kan zelf het best beoordelen of zijn uitspraak bij voorraad uitvoerbaar behoort te zijn. Voorts dient de ontslagen vereffenaar rekening en verantwoording af te leggen aan degenen die de vereffening voortzetten. Is de opvolger door de rechter benoemd, dan geschiedt deze rekening en verantwoording ten overstaan van de rechter. Ingevolge de laatste volzin van het derde lid heeft de vereffenaar die door de rechter is benoemd, recht op de beloning welke deze hem toekent.

Het vierde lid bepaalt, in navolging van artikel 3:170, eerste lid, dat handelingen die geen uitstel kunnen lijden door iedere vereffenaar zonodig zelfstandig kunnen worden verricht.

Artikel 826 (bevoegdheden en verplichtingen van vereffenaars)

Dit artikel betreft de bevoegdheden en enige verplichtingen van de vereffenaars. Mede omdat in dit ontwerp de artikelen 3:166 e.v., in het bijzonder ook de artikelen 3:170 en 3:171, niet van toepassing zijn op de vereffening van een ontbonden vennootschap, is het nuttig om in het eerste lid van dit artikel de bevoegdheid van vereffenaars in algemene zin aan te duiden voor alle typen van vennootschap, openbaar of niet. In de voorgestelde bepaling komt tot uitdrukking dat de vereffenaars hier niet alleen vereffening in enge zin moeten bewerkstelligen maar ook een taak hebben bij de verdeling en afwikkeling. Zie hierboven, onder Algemeen bij deze afdeling 7.13.6, en hierna de uitwerking in artikel 830 welk arti-

kel vereffenaars bij het uitoefenen van hun bevoegdheden in acht hebben te nemen. Het woord 'vereffenen' is in dit lid ter wille van de duidelijkheid en ter onderscheiding van de verdeling of verdere afwikkeling in enge zin gebezigd, hoewel in de opzet van deze afdeling de vereffening in ruime zin eerst eindigt wanneer ook die verdeling of afwikkeling met inachtneming van het bepaalde in artikel 830 en al dan niet met behulp van de rechter is afgerond. Zie hierna de toelichting bij artikel 831, eerste lid.

Ten aanzien van die vereffening in enge zin geldt het gebruikelijke patroon. De vereffenaars dienen de lopende zaken af te wikkelen en zijn gerechtigd de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de vennootschap tot zich te nemen. De gewezen vennoten dienen hun medewerking te geven. Zij dienen de vorderingen van de vennootschap te innen en de hun bekende, vaststaande schulden van de vennootschap te voldoen (zie in dit verband ook artikel 830, tweede lid) waartoe zij zonnodig activa van de vennootschap te gelde moeten maken. Ingeval vorderingen van zaakschuldeisers hun ongegrond voorkomen, dienen zij deze te betwisten. Zij dienen zoveel mogelijk hun nog niet bekende zaakschuldeisers te achterhalen, zie in dit verband artikel 830, eerste lid, zonnodig in overleg met en op aanwijzing, bijvoorbeeld tot herhaalde oproeping, van de rechter die hen heeft benoemd (zie het derde lid van het onderhavig artikel).

Alle handelingen, ook beschikkingshandelingen, die dienstbaar zijn aan het doel van de bedoelde vereffening, vallen onder de bevoegdheid van de vereffenaars. Geen beroep op overschrijding van het vereffeningendoel kan worden gedaan tegenover derden die redelijkerwijze mochten aannemen dat de vereffenaars bij hun handeling bleven binnen het doel van hun werkzaamheden. Bij overschrijding van beperkingen van de vereffeningbevoegdheid moet men onderscheid maken tussen het geval dat (bij een openbare vennootschap) een plicht tot inschrijving van de bevoegdheid van ieder van de vereffenaars bestaat ingevolge het Handelsregisterbesluit en het geval dat (bij een stille vennootschap) zulk een inschrijvingsplicht niet bestaat. In het laatste geval kan een derde onder omstandigheden worden beschermd indien hij te goeder trouw is afgegaan op een gewekte schijn van bevoegdheid.

De regel dat de vereffenaars gehouden zijn tot een behoorlijke vervulling van de hen opgedragen taak, correspondeert met hetgeen in het tweede lid van artikel 809 ten aanzien van besturende vennoten is bepaald. Tot een behoorlijke taakvervulling behoort ook het betrachten van redelijke spoed.

Het is mede ter wille van de positie van derden van belang dat vereffenaars als zodanig optreden, zodat zij bij hun handelen als vereffenaars herkenbaar zijn. Dit is dan ook in het tweede lid bepaald, waaraan is toegevoegd dat zij bij een openbare vennootschap handelen onder de door deze gevoerde naam. Handelen vereffenaars aldus en blijven zij hierbij binnen de in het eerste lid aangeduide bevoegdheid, dan worden zij geacht met dit handelen de (andere) gewezen vennoten te vertegenwoordigen. Zijn de vereffenaars slechts gezamenlijk bevoegd tot vereffening, dan kan voor het vertegenwoordigend handelen door één vereffenaar door de mede-vereffenaars een onherroepelijke volmacht worden gegeven. Door het herkenbaar en bevoegdelijk handelen van vereffenaars kunnen derhalve zaakschulden ontstaan; zie in verband hiermee artikel 827.

De verplichting in de laatste volzin van het tweede lid tot toevoeging van de woorden 'in liquidatie' aan de naam van de openbare vennootschap in stukken en aankondigingen die van haar uitgaan bevordert de duidelijkheid van optreden van een zodanige vennootschap.

Het derde lid sluit aan bij artikel 825, derde lid, voor zover hierin de mogelijkheid is geopend dat een rechter een vereffenaar benoemt. De vereffenaar dient aan de rechter alle gewenste inlichtingen te geven en is verplicht diens aanwijzingen op te volgen. Die aanwijzingen kunnen allerlei onderwerpen betreffen, bijvoorbeeld herhaalde bekendmakingen of oproepingen, het betrachten van spoed zulks mede in verband met de belangen van privé-crediteuren, boedelbeschrijving enz. Zie voor de mogelijke interventie van de rechter bij verdeling: artikel 830, zevende lid. Tegen de aanwijzingen staan geen rechtsmiddelen open. Indien door de vereffenaar onvoldoende inlichtingen worden verstrekt of de aanwijzingen niet door hem niet worden opgevolgd, kan de rechter hem ambtshalve ontslaan; zie hierboven de toelichting bij artikel 825.

Artikel 827 (vennootschappelijke gemeenschap na ontbinding)

Dit artikel geeft regels omtrent vragen van goederenrechtelijke aard. Bij een vennootschap hebben wij te maken met een vennootschappelijke gemeenschap die tot vereffening en verdeling moet worden gebracht. Deze vennootschappelijke gemeenschap dient voort te bestaan totdat de vereffening (in ruime zin) is geëindigd. Het eerste lid van artikel 831 bepaalt wanneer dit het geval is. Tijdens dit voortbestaan van de gemeenschap moeten de vereffening en verdeling niet kunnen worden verstoord door een beschikking van de gewezen vennoot over zijn aandeel in die gemeenschap of in afzonderlijke goederen daarvan, of door uitwinning van zulk een aandeel door zijn privé-schuldeiser. Dit is zowel in het belang van de zaakschuldeisers die niet van de ene op de andere dag moeten kunnen worden geconfronteerd met een andere deelgenoot, als van de gezamenlijke gewezen vennoten, die er belang bij hebben dat eerst de zaakschuldeisers zoveel mogelijk naar behoren worden voldaan (vgl. ook artikel 830, tweede lid).

Te dien einde bevat het eerste lid van dit artikel enige voorzieningen die in de plaats komen van de thans geldende artikelen 3:190 en 191 (zie artikel 3:189, tweede lid) en enige afwijkingen hiervan bevatten. De voorzieningen zijn in het bijzonder toegesneden op de ook na ontbinding van de vennootschap wenselijke gebondenheid van de vennootschappelijke gemeenschap totdat deze is vereffend en verdeeld. In de eerste plaats is er derhalve de regel dat een gewezen vennoot niet kan beschikken over zijn aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap. Het voorgestelde eerste lid bepaalt in navolging van artikel 806, eerste lid (geldend voor een bestaande vennootschap) voorts dat de gewezen vennoot ook niet over zijn aandeel in een tot de vennootschappelijke gemeenschap behorend goed afzonderlijk kan beschikken. Over deze regel die ertoe strekt om partiële verdelingen met alle complicaties van dien te voorkomen, bestaat geen onenigheid. Hij correspondeert met artikel 3:190, eerste lid, zij het dat de toestemming van de overige gewezen vennoten hier aan het dwingend karakter van de bepaling geen afbreuk kan doen.

Uit de hierboven aangeduide regels van beschikkingsgebondenheid vloeit voort dat privé-schuldeisers van de gewezen vennoot de bedoelde aandelen niet kunnen uitwinnen. Zij kunnen immers niet meer rechten doen gelden dan hun debiteur. Deze regel is in navolging van het eerste

lid van artikel 806 eveneens in het onderhavige eerste lid opgenomen. Zie ook artikel 3:190, eerste lid, en artikel 3:191, eerste lid.

Naar huidig recht wordt aangenomen dat een gewezen vennoot na ontbinding van een vennootschap niet ingevolge artikel 3:178 in verbinding met artikel 3:189, tweede lid, verdeling kan vorderen van een tot de gemeenschap behorend goed, omdat uit de aard van de vennootschappelijke gemeenschap na ontbinding anders voortvloeit. Maar naar huidig recht kunnen de gewezen vennoot en zijn privé-crediteur die een opeisbare vordering op hem heeft, na ontbinding van de vennootschap ingevolge de artikel 3:179 en 3:180 in verbinding met artikel 189, tweede lid, wel verdeling van de vennootschappelijke gemeenschap in haar geheel vorderen, de schuldeiser echter niet verder dan nodig is voor het verhaal van zijn vordering. Daar staat dan weer tegenover dat ingevolge artikel 3:193 een (zaak)schuldeiser wiens vordering op de goederen van de gemeenschap ingevolge artikel 3:192 kan worden verhaald, bevoegd is zich tegen zulk een verdeling van de gemeenschap te verzetten om zich aldus ervan te verzekeren dat hij bij vereffening eerst uit de activa van de boedel zoveel mogelijk wordt voldaan voordat deze wordt verdeeld. De zin van een vordering tot vroegtijdige verdeling zag men wel in de noodzaak die hierdoor voor de gewezen vennoten ontstond mee te werken aan een behoorlijke vereffening en verdeling.

Uitgangspunten van het huidig ontwerp zijn echter: dat steeds een behoorlijke vereffening moet plaatsvinden (zie hierboven onder Algemeen bij deze afdeling 7.13.6) waaraan de gewezen vennoten reeds op grond van de redelijkheid en billijkheid dienen mee te werken; dat deze met redelijke spoed dient te geschieden; en dat vereffenaars die hiertoe niet voldoende inspanning betrachten, op verzoek van een gewezen vennoot of een belanghebbende, onder wie mogelijk ook een zaakcrediteur of een privé-crediteur van een gewezen vennoot, kan worden vervangen door de rechter die dan aan de door hem benoemde vereffenaar zonodig aanwijzingen kan geven (zie hierboven artikel 825, derde lid, en artikel 826, derde lid). In deze opzet is het niet langer nodig de bedoelde bevoegdheden tot vordering van een vroegtijdige verdeling te handhaven. Zulk een vroegtijdige verdeling zou de normale en steeds noodzakelijke vereffening waarbij de vereffenaar eerst de zaakcrediteuren voldoet voordat een uitkering of toedeling aan de gewezen vennoten geschiedt, doorkruisen

en complicerend werken. In het voorgestelde eerste lid is daarom ook bepaald dat verdeling van de gemeenschap niet kan worden gevorderd. Ook de artikelen 677 tot en met 680 WBRvA zijn dan niet langer van toepassing. Aan een bepaling zoals thans vervat in artikel 3:193 omtrent het mogelijk verzet van zaakcrediteuren is dan evenmin langer behoefte. Op hun belangen wordt gelet door de steeds optredende vereffenaar; zij hebben voorts het verhaalsrecht als aangeduid in het tweede lid van het onderhavig artikel.

Het tweede lid van het onderhavig artikel correspondeert met het huidige artikel 3:192, en ook met artikel 806, tweede lid van dit ontwerp geschreven voor de situatie tijdens het bestaan van de vennootschap. Tot de vennootschappelijke gemeenschap behorende schulden, de zgn. zaakschulden, zijn schulden waarvoor de vennootschap c.q. de gezamenlijke gewezen vennoten als zodanig gebonden en aansprakelijk zijn. Zie hierboven de toelichting bij artikel 806. In verband met dit tweede lid geldt dat onder de bedoelde zaakschulden niet alleen vallen dergelijke schulden die voor de ontbinding van de vennootschap zijn ontstaan, maar ook schulden die door de vereffenaars bevoegdelijk in het kader van hun vereffening zijn aangegaan.

Het derde lid bepaalt dat tijdens de vereffening het vennootschappelijk vermogen blijft bestaan als afgescheiden vermogen, ook als door erfopvolging of fusie er nog slechts één rechthebbende is. Dit betekent in het bijzonder dat tijdens de vereffening slechts zaakscrediteuren zich daarop kunnen blijven verhalen.

Artikel 829 (aansprakelijkheid vennoten)

Uitgaande van de gedachte dat de vereffenaar bij zijn herkenbaar en bevoegdelijk handelen de gewezen vennoten wordt geacht te vertegenwoordigen, zie hierboven de toelichting bij artikel 826, zodat er aldus zaakschulden ontstaan, ligt het voor de hand de regels van artikel 813 ook in het vereffeningstadium toe te passen. Ter wille van de duidelijkheid is dit dan ook met zoveel woorden bepaald.

Artikel 830 (vereffening, verdeling en afwikkeling)

In dit artikel worden de vereffening, verdeling en afwikkeling, die bij de ontbonden vennootschap een eigensoortig karakter hebben (zie hierbo-

ven onder Algemeen bij deze afdeling 7.13.6) nader geregeld. Bij die regeling dient bij iedere ontbonden vennootschap zowel te worden gelet op de belangen van de zaakschuldeisers als op die van de gewezen vennoten. Voor wat betreft de zaakcrediteuren, behoort het tot de taak van de vereffenaar deze eerst te voldoen.

Het eerste lid bepaalt dat de vereffenaar bij een openbare vennootschap deze schuldeisers publiekelijk, en voor zover hem bekend per brief, oproept. Dit laatste geldt ook bij een stille vennootschap. De vereffenaar zal indien er bij hem gerede twijfel bestaat of er hem nog niet bekende schuldeisers zijn, pogingen in het werk moeten stellen om deze te achterhalen. Bij aanwijzing door de rechter van een door hem benoemde vereffenaar kan ook herhaalde oproeping worden gelast.

Het tweede lid, eerste volzin, ter zake van de aanvulling van tekorten door vennoten in de liquidatiekas, is niet alleen in het belang van schuldeisers, maar strekt vooral ook tot bescherming van de gewezen vennoten. Deze zijn immers ook persoonlijk verbonden voor een zaakschuld en zij hebben er belang bij dat de zaakschulden vóór de verdeling van de boedel zoveel mogelijk worden voldaan, zodat wordt voorkomen dat zij na verdeling nog persoonlijk worden aangesproken, en dat zij in geval van hoofdelijke verbondenheid indien hun gewezen mede-vennoot insolvent blijkt, zouden moeten bijspringen. De hier voorgestelde eerste volzin van het tweede lid bewerkt ook dat bij voldoening van zaakschuldeisers zoveel mogelijk aan de onderlinge draagplicht van de gewezen vennoten ten aanzien van die zaakschulden wordt voldaan, zodat in zoverre intern verhaal niet meer nodig is. Zodra blijkt dat de schulden de baten overtreffen en er een concursus creditorum ontstaat, dienen vereffenaars faillissement aan te vragen, aldus de tweede volzin; vgl artikel 2:29, derde lid.

Het gaat hier in het tweede lid om voldoening van zaakschuldeisers. Denkbaar is echter dat een handeling voor rekening van de vennootschap komt indien de handelende vennoot binnen zijn bestuursbevoegdheid heeft gehandeld doch zelf extern verbonden is. Voor een dergelijk geval is in het vijfde lid voorzien in een gedwongen verrekening met de deelgerechtigdheid van de gewezen mede-vennoten. Zie hierna. Een 'toedeling' van zaakschulden aan een van de gewezen vennoten is overigens niet onmogelijk doch zal alleen kunnen plaatsvinden met inachtneming

van de bepalingen van afdeling 3 van titel 2 van Boek 6. De schuldeiser moet hierin toestemmen (zie ook artikel 3:179, derde lid).

Bij ontbinding van personenvennootschappen hebben wij evenals naar huidig recht, te maken met een bijzondere regeling van de afwikkeling nadat de zaakcrediteuren zijn voldaan. Hetgeen na die voldoening is overgebleven, dient te worden verdeeld onder de gewezen vennoten in verhouding tot ieders economische deelgerechtigdheid zoals deze mede in de overeenkomst van vennootschap kan zijn bepaald; zie het derde lid. Die economische deelgerechtigdheid wordt bepaald door de inhoud van de overeenkomst, en bij gebreke daarvan door de inbreng van de vennoot, in de regel het bedrag waarvoor hij op zijn kapitaalrekening is gecrediteerd, en door de grondslag waarop hij deelt in de winsten en verliezen. Zie hierboven de toelichting bij artikel 821. Na betaling van de zaakcrediteuren kunnen de gewezen vennoten rechten doen gelden op het overschot. In de regel gaat het hierbij om een recht op de vermogenswaarde van het door hen ingebrachte, zie HR 24-1-1947, NJ 1947, 71, en indien er dan nog iets resteert, over een recht hierop naar evenredigheid van hun winstaandeel (zie hierna het negende lid).

Is er na voldoening van de zaakschuldeisers een tekort (d.w.z. dat het dan resterende vermogenssaldo onvoldoende is om de kapitaalrekeningen van de vennoten te voldoen), dan dienen de gewezen vennoten, anders dan aandeelhouders bij kapitaalvennootschappen, in de regel (tenzij in de overeenkomst van vennootschap anders is bepaald) naar evenredigheid van ieders aandeel in het verlies op te komen voor dit tekort (zie hierna het tiende lid). Hierbij zal moeten worden verdisconteerd hetgeen zij ingevolge het tweede lid van het onderhavig artikel reeds ter voldoening van de zaakcrediteuren in de liquidatiekas hebben gestort. Dit kan ertoe leiden dat het aldus bepaalde aandeel van een gewezen vennoot in het tekort wordt afgeboekt op hetgeen hij krachtens zijn kapitaalrekening zou verkrijgen. Zijn deelgerechtigdheid wordt verminderd. Zie HR 24-1-1947, NJ 1947, 71. Het kan ook zijn dat de kapitaalrekening van een vennoot ontoereikend is voor de afboeking van zijn aandeel in het tekort. Hij zal dan in de regel tegenover zijn mede-vennoten gehouden zijn het resterende bedrag van zijn aandeel in het verlies ten behoeve van de afwikkeling ter beschikking te stellen, waarbij storting in de liquidatiekas het meest aangewezen is. In zulk een geval kan men zeggen dat zijn econo-

mische deelgerechtigheid een negatieve is en omslaat in een economische deelverschuldigdheid. Indien hij insolvent blijkt, moet zijn aandeel in het verlies in de regel zelfs worden omgeslagen over de overige vennoten in verhouding tot hun draagplicht voor het verlies. Zie over een en ander HR 5-1-1939, NJ 1939, 931.

Overigens is nog voorzien dat er steeds een zgn. gedwongen verrekening plaatsvindt met de deelgerechtigdheid van een gewezen vennoot voor hetgeen hij ter zake van de vennootschap aan de gewezen mede-vennoten schuldig is (zie verder hierna). Uit het bovenstaande blijkt dat de bepaling van de economische deelgerechtigheid of deelverschuldigdheid een ingewikkelde kan zijn, ook al geeft de overeenkomst van vennootschap in de regel nadere aanwijzingen hieromtrent.

Het is redelijk en aangewezen dat de vereffenaar van alle gewezen vennoten, gelet op hun in het geding zijnde belangen, instemming krijgt met deze bepaling en de mogelijke, hierboven geschetste gevolgen hiervan, en dat bij gebreke van die instemming de rechter kan interveniëren. Dit is dan ook voorzien in het zesde en zevende lid, waarover hierna.

Is er een overschot, dan dient dit te worden verdeeld. Voor een verdeling van de vennootschappelijke gemeenschap na ontbinding van een vennootschap eist artikel 3:182 naar huidig recht reeds dat alle gewezen vennoten die deelgenoot zijn in die gemeenschap, hiertoe medewerken. De woorden 'toegedeeld' of 'uitgekeerd' zijn in het derde lid bewust gebezigd, gelet op de krachtens het vierde lid mogelijke wijzen van verdeling voor zover tot het overschot iets anders dan geld behoort. Zie hierna. De terminologie 'door overdracht' wordt gehanteerd om duidelijk te maken dat levering is vereist en dat er sprake is van verkrijging onder bijzondere titel.

Wordt de overeenstemming niet bereikt, dan geldt het zevende lid: de rechter bepaalt op verzoek van de vereffenaar of een gewezen vennoot op welke wijze, aan wie en in welke omvang de toedelingen of uitkeringen door de vereffenaar (eveneens ingevolge het derde lid) dienen te geschieden. Hij kan hierbij ook de wijzen van verdeling toepassen zoals in het vierde lid aangeduid. Zie in dit verband het huidige artikel 3:185, eerste lid, ten aanzien van verdeling van een gemeenschap. In de vennootschapsovereenkomst zal veelal zijn bepaald dat de gewezen vennoten uit het overschot in verhouding tot ieders deelgerechtigdheid geld of in het

bijzonder de door hen ingebrachte goederen ontvangen. Ook indien de overeenkomst geen nadere aanwijzingen hieromtrent bevat, kan het mede gelet op de normen van de ook tussen gewezen vennoten in acht te nemen redelijkheid en billijkheid voor de hand liggen dat het goed wordt toegedeeld aan degene die het heeft ingebracht.

Bij voortzetting van de onderneming van de vennootschap door een of meer gewezen vennoten in het geval dat er niet is voorzien in een voortzettingsregeling, kunnen die redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de aan die onderneming gebonden goederen aan hen worden toegedeeld, waarbij een eventuele overbedeling boven hun mate van economische deelgerechtigdheid door hen kan worden gecompenseerd door geldelijke vergoedingen van de overwaarde.

Het zal ook kunnen voorkomen dat een behoorlijke en passende verdeling alleen kan worden bereikt door het te gelde maken van de activa. In verband met dit alles is de bepaling van het vierde lid opgenomen; vgl ook artikel 3:185, tweede lid.

Het vijfde lid geeft in de eerste plaats aan hoe de bepaling van ieders economische deelgerechtigdheid dient te geschieden. Die deelgerechtigdheid wordt in de eerste plaats bepaald door de inhoud van de overeenkomst van vennootschap. Voor zover die overeenkomst geen uitsluitel geeft, behelzen het achtste tot en met tiende lid waarnaar wordt verwezen nadere voorzieningen die in overeenstemming zijn met hetgeen naar huidig recht wordt aanvaard. Het stramien is hierboven reeds uiteengezet. Zie in verband hiermee ook de toelichting bij artikel 821.

Ten aanzien van het achtste lid waarnaar wordt verwezen, zij nog het volgende opgemerkt. Bepaald is dat de vennoten zoveel mogelijk de waarde van hun inbreng in geld of goederen ten tijde van die inbreng ontvangen. Tenzij in de overeenkomst van vennootschap anders is bepaald, komen waardeveranderingen na de inbreng als winst of verlies van de vennootschap tot uitdrukking. Veelal wordt het ten aanzien van de inbreng ontstane vorderingsrecht aan de passiefzijde van de vennootschapsbalans, op de zgn. kapitaalrekening van de betrokken vennoot geboekt waarbij die vennoot voor dit bedrag wordt gecrediteerd. In dit geval geldt dit gecrediteerde bedrag als waarde van de inbreng. Hierbij moet echter worden bedacht dat dit bedrag veranderingen kan ondergaan als gevolg van reeds tijdens het bestaan van de vennootschap bijgeboekte

of afgeboekte winst- respectievelijk verliesdelingsbedragen van de betrokken vennoot. Ook kan tijdens het bestaan van de vennootschap ingevolge de vennootschapsovereenkomst of met instemming van alle vennoten het kapitaalbedrag zijn verminderd door uitkering c.q. terugbetaling aan de betrokken vennoot. In het algemeen zal geen rente over de kapitaalinbreng zijn verschuldigd, tenzij dit is bedongen. Onder bijzondere omstandigheden kunnen de eisen van de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat renteverrekening over ieders kapitaalinbreng dient plaats te vinden. Zie HR 15-4-1994, NJ 1994, 628.

Het negende en tiende lid waarnaar eveneens wordt verwezen, zijn hierboven reeds ter sprake gekomen. De winst- en verliesaandelen zullen meestal contractueel zijn bepaald. Is dit niet het geval, dan delen de gewezen vennoten gelijkelijk in de winst en in het verlies. Zie artikel 815, eerste lid.

In verband met het tiende lid zij erop gewezen dat het ingevolge het zesde lid door de vereffenaar op te stellen plan in geval van een tekort (het resterende vermogenssaldo is onvoldoende om de kapitaalrekeningen van de vennoten te voldoen) ook de grondslagen bevat van de bijdragen van de gewezen vennoten in het verlies. Zie voor deze bijdragen hierboven. Geven de gewezen vennoten niet hun instemming, dan gelast de rechter ingevolge het zevende lid op verzoek van de vereffenaar of een gewezen vennoot op welke wijze, aan wie en door wie, en in welke omvang aan deze bijdrageplicht moet worden voldaan. Hij zal een afboeking kunnen gelasten op hetgeen een gewezen vennoot krachtens zijn kapitaalrekening zou verkrijgen. Hij zal bij ontoereikendheid van die kapitaalrekening een storting door die vennoot in de liquidatiekas kunnen gelasten. De economische deelgerechtigdheid slaat dan om in een economische deelverschuldigdheid. De vereffenaar zal de bevelen van de rechter moeten effectueren. Overigens gelden bij een optreden van de rechter ingevolge het zevende lid ook de bepalingen van het vierde en vijfde lid en derhalve mede die van het achtste tot en met tiende lid, tenzij bij de vennootschapsovereenkomst anders is voorzien.

De externe verbondenheid van de vennootschap of de vennoten moet worden onderscheiden van de onderlinge draagplicht van de vennoten. Zo is bij een stille vennootschap denkbaar dat een handeling voor rekening van de stille vennootschap, de gezamenlijke vennoten, komt indien

de handelende vennoot binnen zijn bestuursbevoegdheid heeft gehandeld doch zelf extern verbonden is. Zie hierboven de toelichting bij artikel 812. Dit heeft tot gevolg dat de mede-vennoten moeten bijdragen aan die voor rekening van de vennootschap gekomen schuld; de vennoot die gehandeld heeft, heeft een vordering op zijn mede-vennoten voor zover hij ter zake van die schuld meer heeft voldaan dan waarvoor hijzelf intern draagplichtig is. Mede om te voorkomen dat in een dergelijk geval die laatste vennoot te zijner tijd bij het nemen van regres zou moeten concurreren met de privécrediteuren van zijn mede-vennoten, is in het vijfde lid, tweede volzin, een regel van zgn. gedwongen verrekening opgenomen. Een soortgelijke regel vindt men ook in artikel 3:184 ten aanzien van deelgenoten in een gemeenschap.

Het zesde en zevende lid zijn hierboven reeds ter sprake gekomen. Wat betreft het zesde lid bedenke men dat, zoals uit het bovenstaande reeds bleek, niet alleen de deelgerechtigdheden van de gewezen vennoten na voldoening van de zaakschuldeisers moeten worden bepaald als grondslagen voor de toedelingen of uitkeringen indien er een saldo resteert. Bij een tekort moeten immers de gewezen vennoten naar evenredigheid van ieders aandeel in het verlies bijdragen aan dit tekort. Daarom is ten behoeve van een goede afwikkeling hier bepaald dat het plan bij zulk een tekort ook de grondslagen bevat van de bijdragen van de gewezen vennoten in dit verlies.

De opstelling van de rekening en verantwoording en het daarop gebaseerde plan geschiedt ten behoeve van de gewezen vennoten; aan hen zullen deze stukken door de vereffenaar ter beschikking moeten worden gesteld. Uit de rekening en verantwoording kunnen de gewezen vennoten opmaken hoe groot het overschot of tekort is. Uit het plan dat op basis hiervan is opgesteld, kunnen zij afleiden welke rechten zij kunnen doen gelden, of in welke mate zij aan het tekort moeten bijdragen. Het is daarom aangewezen dat de rekening en verantwoording van de vereffenaar aan de gewezen vennoten in dit stadium geschiedt. In de regel zal een (soms simpele) boedelbeschrijving aangewezen zijn. In eenvoudige gevallen, bijvoorbeeld wanneer slechts een geldsom resteert, zal men hieraan praktisch niet toe hoeven te komen. Kunnen de vennoten zich niet met de rekening en verantwoording verenigen, dan zullen zij het ook niet eens zijn met het daarop gebaseerde plan. Ook is denkbaar dat de reke-

ning en verantwoording ongenoegzaam is. Maar ook in dit stadium is de vervanging van de vereffenaar door de rechter ambtshalve nog mogelijk ingevolge artikel 825, derde lid, waarbij de rechter aanwijzingen aan de door hem benoemde vereffenaar kan geven ingevolge artikel 826, derde lid. Overigens zal de rechter zich bij het bepalen en gelasten van toedelingen, uitkeringen of bijdragen in het verlies baseren op een door hem juist bevonden rekening en verantwoording. Uit deze opzet volgt dat voor het gebruik maken van de rekeningprocedure ingevolge artikel 771 e.v. WBRvA hier geen plaats is. De voorgestelde wetsbepaling geeft hier een bijzondere, aan deze procedure derogerende regeling.

Of tussentijds verantwoording door de vereffenaar dient te worden afgelegd (van een genoegzame rekening zal dan nog geen sprake kunnen zijn) hangt niet alleen af van wat hieromtrent eventueel in de vennootschapsovereenkomst is bepaald, doch ook van het antwoord op de vraag of de gewezen vennoten hierbij wel belang hebben, bijvoorbeeld met het oog op hun eventueel verzoek tot vervanging van de vereffenaar.

De hier bedoelde rekening- en verantwoordingsplicht in het eindstadium geldt voor iedere vereffenaar, of deze nu door de rechter is benoemd of niet. Daarnaast geldt artikel 825, derde lid, betreffende de rekening en verantwoording door de ontslagen vereffenaar en diens door de rechter benoemde opvolger.

Het zevende lid is ten aanzien van de door de rechter te gelasten toedelingen of uitkeringen hierboven toegelicht, eveneens wat betreft van door hem te gelasten bijdragen in het verlies. Er is gekozen voor de procedure die met een beschikking eindigt: het ligt hier voor de hand de rechter bevoegd te verklaren binnen wiens rechtsgebied een van de vereffenaars woonplaats heeft. De bepaling van het zevende lid sluit niet uit dat bij gebreke van instemming de betrokkenen een arbitrage of bindend advies kunnen overeenkomen, evenals dit naar huidig recht het geval is ten aanzien van verdeling van een ontbonden gemeenschap.

Het achtste tot en met tiende lid zijn hierboven ook reeds ter sprake gekomen.

Artikel 831 (einde vereffening)

Zoals hierboven uiteengezet, omvat de vereffening hier niet alleen het voldoen van de zaakcrediteuren, doch is zij ook gericht op de verdeling

van een overschot en de verdere afwikkeling bij het bestaan van een tekort. Die vereffening in ruime zin moet hier steeds plaatsvinden, behoudens artikel 831a.

Voor het geval van een vereffening van de rechtspersoon, bedoeld in Boek 2, is in artikel 2:31, zevende lid, bepaald dat de vereffening eindigt op het tijdstip waarop geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn, en ook dan houdt de rechtspersoon ingevolge artikel 2:31, zevende lid, op te bestaan. Onder 'baten' moet worden verstaan het restant na betaling van de zaakcrediteuren en uitkering aan de gerechtigden. Het eerste lid van het hier voorgestelde artikel neemt deze gedachte, voor de vennootschap (zie artikel 827, eerste lid), in meer geconcretiseerde vorm over. Dientengevolge eindigt de vereffening door de toedelingen of uitkeringen aan de gewezen vennoten ingevolge het derde lid van artikel 830, overeenkomstig het door de vereffenaars opgestelde plan als bedoeld in het zesde lid van dat artikel, waarmee de gewezen vennoten hebben ingestemd. Er kan hier echter ook sprake zijn van een tekort waarbij de gewezen vennoten ter nadere afwikkeling naar evenredigheid van hun aandelen in het verlies moeten bijspringen. Doen zij dit vrijwillig overeenkomstig het in het zesde lid van artikel 830 aangeduide plan, dan eindigt de vereffening ingevolge het voorgestelde eerste lid eveneens.

Blijkens het zevende lid van artikel 830 moeten de gewezen vennoten instemmen met de in het bedoelde plan voorziene toedelingen, uitkeringen of bijdragen in het verlies. Voor zover die instemming er niet komt, beslist de rechter door te bevelen hoe het moet. In het verlengde hiervan ligt dat de vereffening eveneens eindigt doordat gevolg wordt gegeven aan die bevelen van de rechter. Dit is dan ook mede voorzien in het voorgestelde eerste lid van artikel 831.

De vereffenaar doet opgave van de beëindiging in het handelsregister waarin de vennootschap is ingeschreven. Een openbare vennootschap zal moeten worden ingeschreven in het handelsregister.

Ten aanzien van zaakcrediteuren die achteraf nog zouden opkomen, moet worden bedacht dat deze anders dan bij kapitaalvennootschappen voor zover hun vorderingen niet zijn verjaard, de gewezen vennoten alsnog kunnen aanspreken vanwege hun persoonlijke verbondenheid voor dergelijke schulden overeenkomstig artikel 813 en artikel 829. Voor

wat betreft de gerechtigde gewezen vennoten geldt dat aan hun volgens de opzet van het ontwerp rekening en verantwoording moet worden afgelegd en dat zij op basis hiervan moeten instemmen met het plan van uitkeringen, toedelingen of bijdragen in het verlies. Bij de rekening en verantwoording zullen zij erop kunnen letten dat alle activa zijn verdisconteerd. Zie hierboven. In het uitzonderlijke geval dat er achteraf alsnog een dan aan hun gezamenlijk toebehorend overschot blijkt, hebben de gewezen vennoten er naar analogie van artikel 830, vijfde lid in verband met negende lid, recht op dat dit alsnog aan hun ten goede komt naar evenredigheid van hun deelgerechtigdheid, hetgeen in de regel betekent overeenkomstig hun winstaandeel dat contractueel is bepaald en anders volgens de wettelijke maatstaf van artikel 815, eerste lid. Zie in dit verband ook artikel 3:179, tweede lid. Zie voorts het vijfde lid (heropening van de vereffening).

Het tweede lid betreft de plicht tot bewaren van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van een ontbonden vennootschap na de beëindiging van haar vereffening. Het ligt voor de hand om aan de vereffenaar die in eerste instantie bij of krachtens overeenkomst is aangewezen, de taak van bewaren toe te vertrouwen. Onder de vereffenaar valt ook degene die mogelijk door de rechter is benoemd; op deze laatste rust dan die taak. Zijn er meerdere vereffenaars, bijvoorbeeld in het geval er bij of krachtens overeenkomst niets is bepaald de gewezen (besturende) vennoten gezamenlijk (zie artikel 825, eerste en tweede lid), dan bewaart degene die daartoe door de meerderheid van dezen is aangewezen. Deze aan te wijzen persoon kan een van de vereffenaars zijn, doch ook een gewezen vennoot die geen vereffenaar is of een derde zoals de accountant of de notaris van de vennootschap. Het bewaren betreft de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de ontbonden vennootschap. De termijn van tien jaren stemt overeen met die welke is genoemd in artikel 3:15a, derde lid, artikel 2:15, derde lid, en artikel 814, vijfde lid van het onderhavige ontwerp.

Het kan zijn dat de vereffenaar ontbreekt, bijvoorbeeld door overlijden of omdat hij onvindbaar is, terwijl door de rechter niet ingevolge artikel 827, derde lid, een nieuwe vereffenaar is benoemd. Het kan ook zijn dat de vereffenaar of de eventueel door de meerderheid aangewezen persoon niet bereid is te bewaren. Voor deze gevallen is bepaald dat de bewaarder

op verzoek van een belanghebbende kan worden benoemd door de rechter in eerste aanleg binnen wiens rechtsgebied een van de gewezen vennoten woonplaats heeft. Die bewaarder kan worden benoemd uit de kring van de gewezen vennoten, maar kan ook een derde zijn zoals de accountant of de notaris van de vennootschap. Belanghebbende is in het bijzonder een gewezen vennoot, degene die niet bereid is te bewaren, of een niet als bewaarder aangewezen medevereffenaar. Rechtsmiddelen staan niet open.

Wat betreft het derde lid bedenke men dat een openbare vennootschap met soms zeer veel vennoten, zal moeten worden ingeschreven in het handelsregister. Mede met het oog op het vierde lid van dit artikel moet het voor de gewezen vennoten en hun rechtverkrijgenden mogelijk zijn om de naam en het adres van de bewaarder op een eenvoudige wijze te achterhalen. De gewezen vennoot of zijn rechtverkrijgende kan er een redelijk belang bij hebben om de boeken, bescheiden en gegevensdragers te raadplegen.

Het vierde lid bepaalt dat de genoemde rechter in eerste aanleg desverzocht hiertoe machtiging kan geven. Deze bepaling geldt evenals de eerdere leden van dit artikel zowel voor de ontbonden niet-openbare vennootschap (stille vennootschap) als voor de ontbonden openbare vennootschap.

Indien er na het eindigen van de vereffening nog een bate van de vennootschap opkomt, zal deze in de meeste gevallen tussen de vennoten kunnen worden verdeeld; zie hiervóór bij het eerste lid. Onder omstandigheden kan het evenwel wenselijk zijn dat de vereffening wordt heropend, bijvoorbeeld om recht te doen aan de volgorde van de daarop verhaalbare schulden. Voor het geval er nog een schuld van de vennootschap opkomt, is heropening van de vereffening niet nodig: daarvoor volstaat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten.

Artikel 831a (voortzetting beroep of bedrijf door gewezen vennoot)

Artikel 831a is geschreven met het oog op het vergemakkelijken van de voortzetting van het beroep of bedrijf van de vennootschap door een der gewezen vennoten of door een ander dan een der vennoten. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan een voortzetting door een van de kin-

deren van een vennoot of een door de vennoten daartoe opgerichte naamloze of besloten vennootschap.

Indien overeenstemming bestaat dat de onderneming van de vennootschap zal worden voortgezet buiten het verband van de vennootschap, hetzij door een van de gewezen vennoten, hetzij door een derde, opent het eerste lid de mogelijkheid om af te zien van vereffening overeenkomstig deze afdeling. Een daartoe strekkende overeenkomst tussen de vennoten kan deel uitmaken van de vennootschapsovereenkomst. Het kan ook gaan om een afzonderlijke overeenkomst, bijvoorbeeld in gevallen dat de vennootschap reeds tot ontbinding is gekomen. Met het oog op de rechtszekerheid wordt voorgeschreven dat de overeenkomst schriftelijk dient te geschieden. Vereist is voorts dat schriftelijk wordt aangewezen wie de onderneming zal voortzetten. Is dat niet een der (gewezen) vennoten, dan zal deze derde zijn aanwijzing bovendien – eveneens schriftelijk – dienen te aanvaarden. Ten slotte is voor het achterwege laten van (verdere) vereffening óók vereist dat aan de voorgenomen voortzetting van het door de vennootschap uitgeoefende beroep of bedrijf daadwerkelijk uitvoering wordt gegeven door degene die daartoe is aangewezen. Voortzetting kan aldus geschieden hetzij door een natuurlijke persoon of rechtspersoon, hetzij door een andere vennootschap. Met betrekking tot de voorwaarde van aanvaarding van de aanwijzing door degene die het beroep of bedrijf voortzet, is nog van belang dat als het gaat om voortzetting door een der (gewezen) vennoten, diens aanvaarding uiteraard besloten ligt in de omstandigheid dat hij partij is bij de overeenkomst. Hetzelfde is het geval als het gaat om voortzetting door een rechtspersoon die ontstaat uit een fusie van of met de vennoten of een deel van hen.

In de tweede volzin wordt met het oog op de rechtszekerheid voorgeschreven dat de hier geregelde wijze van voortzetting van het beroep of bedrijf wordt opgegeven aan het handelsregister. De bepaling vormt als het ware de pendant van de in artikel 831, eerste lid, neergelegde verplichting om van het einde van de vereffening opgave te doen.

Bij voortzetting van het beroep of bedrijf zullen de daartoe dienstbare goederen (behorend tot de vennootschappelijke gemeenschap dan wel toebehorend aan de rechtspersoon) ter beschikking moeten komen van degene die voortzet (tweede lid). Indien het gaat om goederen van de vennootschappelijke gemeenschap die ter beschikking moeten komen

van een gewezen vennoot die het beroep of bedrijf voortzet, ligt in de overeenkomst om van vereffening af te zien tevens een toedeling besloten aan deze gewezen vennoot. Voor deze gevallen vloeit de in het tweede lid neergelegde verplichting tot levering derhalve ook reeds voort uit artikel 3:186, eerste lid.

De tweede volzin voorziet in de bevoegdheid om de benodigde leveringshandelingen te verrichten: deze komt in beginsel toe aan de gezamenlijke besturende vennoten of gewezen besturende vennoten. Zonder deze voorziening zou twijfel kunnen rijzen over de vraag of – zolang de vennootschap niet is ontbonden – daarvoor een grondslag kan worden gevonden in artikel 811, eerste lid, een bepaling die zich overigens beperkt tot openbare vennootschappen. Na ontbinding van de vennootschap zou men kunnen denken aan de vereffenaars (ingevolge artikel 825, eerste lid, derhalve in beginsel de gewezen vennoten gezamenlijk), doch twijfel is denkbaar wegens de omstandigheid dat hier juist van vereffening wordt afgezien. Is een (gewezen) vennoot overleden of heeft hij, indien hij rechtspersoon is, opgehouden te bestaan, dan kunnen zijn rechtverkrijgenden onder algemene titel in zijn plaats optreden. De tweede volzin houdt rekening met de mogelijkheid dat de vennoten omtrent de bevoegdheid tot vertegenwoordiging anders overeenkomen. Behalve ten aanzien van de benodigde leveringen is denkbaar dat de overeenkomst ook voor andere handelingen bepaalt in hoeverre daarvoor, ook na ontbinding van de vennootschap, vertegenwoordiging mogelijk zal zijn. Het zal in beginsel voor de hand liggen om dienovereenkomstig voor de gezamenlijke vennoten aangegane verbintenissen aan te merken als verbintenissen van de vennootschap.

De derde volzin houdt een regeling in, ontleend aan artikel 821, eerste lid, derde volzin: indien degene die het beroep of bedrijf voortzet door de (gewezen) vennoten onherroepelijk is gemachtigd om de benodigde leveringen te bewerkstelligen, eindigt deze niet doordat een of meer van hen failliet gaan.

In het derde lid is opgenomen dat als wordt overeengekomen dat het beroep of bedrijf wordt voortgezet door een der gewezen vennoten, de bepalingen betreffende de financiële afrekening tussen de vennoten en de draagplicht voor de schulden van de vennootschap (artikel 821, tweede en derde lid) van overeenkomstige toepassing zijn.

Een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid doet geen afbreuk aan bestaande mogelijkheden van verhaal voor schulden van de vennootschap. Deze schulden kunnen derhalve ook na ontbinding worden verhaald op de goederen van de vennootschappelijke gemeenschap (artikel 827, tweede lid) of – indien de vennootschap rechtspersoonlijkheid bezit – op de goederen van de rechtspersoon (vierde lid). Ook het in artikel 827, eerste lid, bepaalde omtrent het voortduren van de vermogensafschieding, is hier van toepassing. En voorts doet de overeenkomst tot het afzien van vereffening niet af aan de mogelijkheden voor schuldeisers van de vennootschap om de vennoten van de openbare vennootschap (in privé) hoofdelijk aansprakelijk te houden (artikel 813; vergelijk ook artikel 829). In aanvulling op dit alles kunnen alle schulden van de vennootschap ingevolge de eerste volzin van het vijfde lid tevens worden verhaald op de goederen van de persoon of vennootschap die de onderneming voortzet. Deze verhaalsmogelijkheid is aanwezig vanaf het tijdstip van voortzetting van de onderneming, dat niet in alle gevallen hoeft samen te vallen met de ontbinding.

Degene die de onderneming voortzet, treedt ingevolge de tweede volzin bij vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen tussen de vennootschap en derden in de plaats van de vennootschap. Dit brengt niet alleen mee dat contractuele posities overgaan, maar leidt er ook toe dat op de voortzetter aansprakelijkheid voor schulden van de vennootschap komt te rusten. Ook deze mogelijkheid doet uiteraard niet af aan de aansprakelijkheid van de vennoten in privé. Hoewel met de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de tweede volzin in de meeste gevallen hetzelfde kan worden bereikt als met het verhaalsrecht van de eerste volzin, is het naast elkaar bestaan van beide mogelijkheden geenszins bezwaarlijk.

Aan de schuldeiser komt bij verhaal op goederen die hebben behoord tot het vermogen van de vennootschap (uit hoofde van het verhaalsrecht van het vijfde lid, eerste volzin, of de aansprakelijkheid die voortvloeit uit het vijfde lid, tweede volzin) voorrang toe boven andere schuldeisers van degene die de onderneming voortzet (vijfde lid). De voorrang doet uiteraard niet af aan een pand- of hypotheekrecht op bepaalde goederen. In het zesde is de mogelijkheid geopend voor schuldeisers om de rechter te verzoeken alsnog vereffening te doen plaatsvinden. Het verzoek kan slechts kan worden gedaan tot uiterlijk zes maanden na het tijdstip waar-

op overeenkomstig het eerste lid bij het handelsregister opgave omtrent de voortzetting is gedaan. Benoeming van een vereffenaar kan mede worden verzocht op de grond dat een schuldeiser zich gaat verhalen op de goederen die hebben behoord tot het vermogen van de vennootschap. In het verlengde daarvan zal de vereffening dan mede betrekking hebben op deze goederen. Daarmee kan de vereffenaar effectief recht doen aan de uit het vijfde en zesde lid voortvloeiende verhaalsrechten op deze goederen.

Artikel 831b (vernietiging toedeling, uitkering of verdeling)

Niet-naleving van de vereffeningsvoorschriften moet niet tot gevolg hebben dat elke levering op grond van een vervolgens gedane toedeling, uitkering of verdeling, nietig is (vgl. artikel 3:40). Met het oog op de rechtszekerheid is het wenselijk dienaangaande in de wet een voorziening te treffen, inhoudende dat zulks niet leidt tot nietigheid, doch (hooguit) tot de mogelijkheid van vernietiging ter opheffing van het door een schuldeiser daardoor ondervonden nadeel (vgl. artikel 3:193, derde lid, derde volzin). Eveneens met het oog op de rechtszekerheid is hierbij in het voorgestelde artikel 831b rechterlijke tussenkomst voorgeschreven.

Als alternatief voor de vernietiging kent de rechter desgevraagd aan de schuldeiser een vergoeding in geld toe ten laste van een van de gewezen vennoten. Deze regeling is geïnspireerd door artikel 3:53, tweede lid. De rechtsvordering tot vernietiging verjaart door verloop van drie jaren nadat de benadeling is ontdekt (artikel 3:52, tweede lid, onder c).

Artikel 831c (dwingend recht)

De artikelen van deze afdeling zijn in het algemeen van dwingend recht, behalve voorzover daaruit anders voortvloeit. Ofschoon dit met voldoende duidelijkheid uit de formulering van de artikelen van deze afdeling blijkt, is ter vermijding van mogelijk misverstand artikel 831c opgenomen.

Afdeling 7 Omzetting in een naamloze vennootschap

Artikel 832 (totstandkoming omzetting)

Het eerste lid bepaalt dat de openbare vennootschap zich kan omzetten.

De commanditaire vennootschap van artikel 836 e.v. is per definitie een openbare vennootschap. De regeling is dus ook van toepassing op de commanditaire vennootschap. Eenvoudigheidshalve blijft overigens de regeling beperkt tot omzetting in een NV. Desgewenst kan echter de al-dus in het leven geroepen rechtspersoon, met gebruikmaking van de artikelen 2:300 e.v., zich weer omzetten in weer een andere rechtspersoon, een buitenlandse rechtspersoon daaronder begrepen.

Het tweede lid bepaalt onder meer dat de uitdrukkelijke instemming van alle vennoten is vereist. Gaat het om een commanditaire vennootschap, dan is dus ook de instemming van alle commanditaire vennoten vereist. Het lijkt wenselijk het besluit en de uitdrukkelijke instemming van alle vennoten schriftelijk vast te leggen, maar de regeling schrijft dat niet voor. Overigens zal, zoals volgt uit het derde lid, onder a, in verbinding met artikel 834, tweede lid, van die instemming blijken uit de akte van omzetting. Gesproken wordt verder van de vereisten die voortvloeien uit de overeenkomst van vennootschap. De toevoeging 'die voor ontbinding van de vennootschap daaronder begrepen' is opgenomen in verband met de eerste volzin van artikel 834, eerste lid. Zij is vooral van belang voor het geval dat de overeenkomst voor omzetting geen vereisten bevat, wel echter voor ontbinding. Vgl. artikel 817, eerste lid, onder a.

De eerste volzin van het derde lid sluit aan op het bepaalde in artikel 2:300, tweede lid, tweede volzin, zij het dat in dit geval de akte van omzetting tevens fungeert als akte van oprichting. Het gegeven dat er mede sprake is van een akte van oprichting brengt mee dat de artikelen 2:2, 2:4 en 2:5 alsmede de artikelen 2:101 en 2:102 rechtstreeks of analogisch van toepassing zijn. Duidelijkheidshalve worden enkele van de daarin vervatte bepalingen in een meer op de omzetting toegespitste terminologie herhaald. Zie bijvoorbeeld het in het derde lid, onder a, gestelde dat aansluit op artikel 2:101, vijfde lid, en het eerste lid van artikel 833, dat aansluit op artikel 2:102, derde en vierde lid. Onder de in het derde lid, onder a, genoemde personen behoren alle besturende vennoten. Het onder b gestelde is ingevoegd voor het daar genoemde geval dat het bestuur van de vennootschap uitsluitend is opgedragen aan een of meer derden. Omzetting van een openbare vennootschap in een NV brengt in beginsel mee – zie echter artikel 834, derde en vierde lid – dat er geen sprake meer is van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bij de nieuwe rechts-

persoon betrokken personen. Toekomstige crediteuren moeten hierop bedacht zijn. Bepaald is daarom dat de instrumenterende notaris zorg draagt dat van de omzetting mededeling wordt gedaan in het blad waarin van overheidswege de officiële berichten worden geplaatst en in een hier te lande verspreid nieuwsblad, zulks onverminderd zijn verplichtingen uit het eerste lid van artikel 2:5.

Artikel 833 (omzettingsbalans)

Het eerste lid sluit aan op artikel 2:102, derde en vierde lid. Het tweede lid sluit aan op artikel 2:301, vierde lid. Het derde lid is – enigszins vereenvoudigd – ontleend aan artikel 2:300, negende lid.

Artikel 834 (gevolg omzetting)

De overgang onder algemene titel brengt in beginsel mee dat de nieuwe rechtspersoon in de plaats treedt van de vennootschap bij alle vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen die op het moment van de omzetting bestonden tussen de vennootschap en derden. Voor andere dan (zuiver) vermogensrechtelijke verhoudingen geldt dit niet zonder meer. Men denke in dit verband aan verhoudingen die mede een publiekrechtelijk karakter hebben (overheidsvergunningen bijvoorbeeld) en procesrechtelijke verhoudingen. Een algemene regel is hiervoor niet te geven. In voorkomende gevallen zullen de betrokkenen daaraan aandacht moeten besteden. Voor contractuele verhoudingen geeft artikel 835 aanvullende regels.

Het tweede lid regelt het aandeelhouderschap van de ten tijde van de omzetting bestaande vennoten. De bepaling loopt parallel aan de eerste volzin van artikel 2:301, tweede lid. Voorafgaand aan het verlijden van de akte van omzetting zullen de betrokkenen het eens moeten worden, niet over de waarde van ieders aandeel in de vennootschap, maar over de onderlinge verhouding. Daarover kan onzekerheid bestaan. De slotzinsnede van het tweede lid bepaalt dat die onderlinge verhouding in de akte van omzetting moet worden vastgesteld. In dit opzicht geldt dus de akte van omzetting mede als een notarieel vastgelegde vaststellingsovereenkomst.

Het derde lid beoogt enerzijds het risico te verminderen dat onoplettende relaties van de vroegere openbare vennootschap door de omzetting lopen,

anderzijds zo veel mogelijk te voorkomen dat de omzettingsmogelijkheid wordt aangewend om de bestaande onderneming in een weinig kredietwaardige NV voort te zetten. Een termijn van zes maanden moet voldoende worden geacht om de nieuwe crediteuren de gelegenheid te geven zich op de nieuwe situatie te oriënteren. De figuur dat aandeelhouders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van een NV sluit in zoverre aan op het recht van de NV dat daarin de mogelijkheid wordt geopend voor een statutaire regeling in die zin; vgl. artikel 2:102, vijfde lid. Nu het in casu gaat om een wettelijke aansprakelijkheid is een bepaling in de geest van het zesde lid van artikel 2:102 niet nodig. De vervalregeling in de tweede en derde volzin van het derde lid sluit in essentie aan op de regeling van artikel 2:102, zevende lid. De aandacht moge ten slotte hebben dat de hier voorgestelde regeling een bepaling als vervat in het achtste lid van artikel 2:102 niet kent. Zij die door de omzetting aandeelhouder zijn geworden blijven dus aansprakelijk volgens het derde lid, ook als zij voor het einde van de relevante periode ophouden aandeelhouder te zijn.

In het vierde lid komt de aansprakelijkheid van de vennoten voor op het tijdstip van de omzetting bestaande schulden aan de orde. Twee categorieën kunnen daarbij worden onderscheiden. In de eerste plaats de vennoten die ingevolge de wet hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de op het tijdstip van de omzetting bestaande schulden van de vennootschap, dat wil zeggen: alle gewone vennoten en de commanditaire vennoten die ingevolge artikel 837, tweede of derde lid, aansprakelijk zijn geworden. In de tweede plaats degenen die vóór het tijdstip van de omzetting als vennoot uitgetreden zijn. Voor de laatste categorie en hun erfgenamen geldt de verjaringsregeling van artikel 824, eerste lid, rechtstreeks. Voor de eerste en hun erfgenamen geldt deze omdat ingevolge de slotzinsnede van het vierde lid vennoten van de eerste categorie voor de toepassing van artikel 824, eerste lid, als uitgetreden vennoten worden aangemerkt.

Artikel 835 (redelijkheid en billijkheid)

Zoals in de toelichting op het eerste lid van artikel 834 werd opgemerkt, brengt de overgang onder algemene titel in beginsel mee dat de nieuwe rechtspersoon in de plaats treedt van de vennootschap bij alle vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen tussen de vennootschap en derden

die op het moment van de omzetting bestonden. Overeenkomsten zijn daaronder begrepen. Het ongewijzigd voortbestaan van een overeenkomst kan echter voor de wederpartij tot onredelijke gevolgen leiden. Men denke aan een overeenkomst die juist met het oog op de persoon van een of meer vennoten is aangegaan. Te denken is ook aan een overeenkomst die verplicht tot het aangaan van nieuwe overeenkomsten over een aanmerkelijk langere periode dan de in artikel 834, derde lid, genoemde. Gedacht kan ook worden aan het geval dat de omgezette rechtspersoon door de omzetting een noodzakelijke overheidsvergunning verliest of dreigt te verliezen of in een andere procesrechtelijke positie treedt. Men vergelijk het hiervoor bij artikel 834, eerste lid opgemerkte. Artikel 835 beoogt een handvat te bieden om in dit soort situaties tot een redelijke oplossing te komen. De regeling is ontleend aan het voor fusie van rechtspersonen geschreven artikel 2:322. Die regeling is op haar beurt geïnspireerd door de gedachten die ten grondslag liggen aan de regeling voor onvoorziene omstandigheden in artikel 6:258.

Afdeling 8 (De commanditaire vennootschap)

Algemeen

De commanditaire vennootschap is in de opzet van het ontwerp een gekwalificeerde vorm van openbare vennootschap zoals die is aangeduid in artikel 801, tweede lid. De aanduiding van de commanditaire vennootschap als gekwalificeerde vorm van een openbare vennootschap brengt tevens mee dat de bepalingen in de voorgaande afdelingen die betrekking hebben op de openbare vennootschap en op de vennootschap in het algemeen, ook op de commanditaire vennootschap van toepassing zijn, behoudens voor zover de in deze afdeling vervatte artikelen 836, 836a en 837 afwijkende voorzieningen behelzen. Zo geldt de in artikel 800, eerste lid, gegeven omschrijving ook voor de commanditaire vennootschap. De bepalingen in afdeling 2 betreffende de inbreng (artikel 805) zijn ook van toepassing op de inbreng zijdens de commanditaire vennoot, zij het dat deze steeds mede geldt of (genot van) goederen moet betreffen en niet alleen arbeid (zie het voorgestelde artikel 836, tweede lid). Ten aanzien van de inbreng in de vennootschappelijke gemeenschap bij een commanditaire vennootschap zij het volgende opgemerkt. Reeds onder huidige recht wordt aanvaard dat bij een commanditaire vennootschap, ook een

met slechts één besturend vennoot, een vennootschappelijke gemeenschap kan worden gevormd tussen de gewone vennoot c.q. vennoten en de commanditair c.q. commanditair. Zulks wordt immers bepaald door de regels omtrent goederenrechtelijke verkrijging. Artikel 805, derde lid, dat ook voor de commanditaire vennootschap geldt, gaat hiervan uit. Hieruit volgt dat de in artikel 806 vervatte bepalingen omtrent het gebonden karakter van die gevormde gemeenschap en de verhaalsmogelijkheid van zaakcrediteuren op de goederen van die gemeenschap, hier eveneens van toepassing zijn.

Tot de vennootschappelijke gemeenschap behorende schulden zijn bij een commanditaire vennootschap schulden die de besturende vennoot namens de commanditaire vennootschap (de gezamenlijke vennoten als zodanig) is aangegaan (of uit een onrechtmatige daad van een besturend vennoot bij het vervullen van zijn bestuurstaak kunnen zijn ontstaan). De opvatting dat de besturende vennoot de commanditaire vennoten nimmer zou kunnen vertegenwoordigen, wordt in dit ontwerp niet gevolgd. De algemene regeling omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid van besturende vennoten vervat in artikel 811 geldt ook hier. Zo heeft het bevoegd aangaan van zaakschulden tot gevolg dat de zaakschuldeisers de gemeenschap inclusief het aandeel daarin van de commanditair kunnen uitwinnen, en voorts dat de gewone vennoten hiervoor hoofdelijk verbonden zijn (artikel 837, eerste lid). Krachtens een uitdrukkelijke wetsbepaling (eveneens vervat in artikel 837, eerste lid) zijn de commanditaire vennoten in persoon echter niet verbonden voor verbintenissen van de vennootschap. Men zou kunnen zeggen dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van (mede) de commanditaire vennoot hier haar wettelijke grens heeft en door de wet wordt beperkt. In deze benadering kan de besturend vennoot tijdens het bestaan van een commanditaire vennootschap mede namens de commanditair een vorderingsrecht verkrijgen dat dan valt in de vennootschappelijke gemeenschap en waarover hij alleen tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap kan beschikken. En ook kan hij namens de commanditaire vennootschap, dus mede namens de commanditair, ten dienste van het vennootschapsdoel door levering aan hem goederen verkrijgen die dan gaan behoren tot de vennootschappelijke gemeenschap, terwijl hij mede namens de commanditair ook goederen behorend tot die gemeenschap kan vervreemden en leveren

of bezwaren. De mogelijke vertegenwoordiging van de commanditair kan zich hier dus ook uitstrekken tot goederenrechtelijke handelingen, waarbij echter dient te worden gelet op het hier ook van toepassing zijnde artikel 810: dat voor ingrijpende, niet onder de normale exploitatie vallende beschikkingshandelingen voor rekening van de vennootschap mede de instemming is vereist van de commanditair, tenzij bij of krachtens de overeenkomst anders is bepaald. In dit stelsel worden de complicaties vermeden van cessie, doorlevering en teruglevering aan en door de commanditaire vennoot, die voortvloeien uit de visie dat de besturend vennoot de commanditair nimmer zou kunnen vertegenwoordigen.

Ten aanzien van artikel 809, eerste lid (iedere vennoot is, tenzij anders is bedongen, besturend vennoot), zij nog opgemerkt dat artikel 836, tweede lid, een afwijking hiervan behelst door een bepaling die erop neerkomt dat een commanditaire vennoot geen besturend vennoot kan zijn. Zie ook hierna de toelichting op dit artikel.

Ook afdeling 4 betreffende het voeren van administratie, en winst en verlies, is in beginsel op de commanditaire vennootschap van toepassing. Wel behelst artikel 836a een dwingendrechtelijke afwijking of beperking van artikel 815, eerste en derde lid (en ook van artikel 816, tweede lid): bepaald is immers dat de commanditair nimmer gehouden is in het verlies van de vennootschap meer bij te dragen dan het bedrag van hetgeen hij heeft ingebracht of verplicht is in te brengen. Dit betekent ook dat hij nimmer tot teruggave van eenmaal door hem genoten winsten verplicht is. Geoorloofd is echter een contractuele regeling waardoor de commanditair in het geheel niet in de verliezen bijdraagt; niet echter een beding dat hij niet in de winst zal delen (artikel 815, vierde lid). Ook de commanditair zal met inachtneming van artikel 815, vijfde lid, een bepaalde rente over zijn inbreng kunnen bedingen.

De bepalingen omtrent ontbinding en voortzetting van de vennootschap opgenomen in afdeling 5, gelden eveneens voor de commanditaire vennootschap. De volgende punten verdienen daarbij aandacht. Onder omstandigheden kan het antwoord op de vragen of er een gewichtige reden tot rechterlijke ontbinding is (artikel 810) en of een opzegging in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geschied (artikel 819), mede beïnvloed worden door het gegeven dat de ontbinding of de opzegging een commanditaire vennoot betreft. Waar sprake is van betaling aan de uit-

trede van een bedrag dat gelijk is aan de waarde van diens economische deelgerechtigdheid in het vermogen van de vennootschap (artikel 821, tweede lid, en artikel 823, vierde lid) bedenke men dat ook de commanditair bij zijn inbreng, tenzij anders overeengekomen, zijn recht op de vermogenswaarde daarvan houdt; hij wordt voor dit bedrag gecrediteerd op zijn kapitaalrekening. Ook zijn economische deelgerechtigdheid, zie over dit begrip hierboven de toelichting bij artikel 821, wordt indien hierover niets in de overeenkomst is geregeld, bepaald enerzijds door zijn inbreng en anderzijds door de grondslag waarop hij deelt in de winsten en verliezen waarbij echter ten aanzien van dit laatste als grens geldt het bedrag van zijn (verplichte) inbreng. Die grens geldt natuurlijk ook bij de toepassing van de laatste volzin van het tweede lid van artikel 821 waarover hierboven de toelichting bij artikel 821: dat bij een negatieve waarde van de economische deelgerechtigdheid, dus bij een economische deelverschuldigheid, de uitgetreden vennoot, in casu de commanditair, gehouden is die negatieve waarde aan de vennootschap te vergoeden. Omdat de commanditaire vennoot niet is verbonden voor verbintenissen van de vennootschap, heeft artikel 824 voor hem in beginsel geen betekenis.

Het is mogelijk bij de vennootschapsovereenkomst te bepalen dat erfgenamen of een erfgenaam commanditaire vennoten zullen zijn. Zie hierboven de toelichting bij artikel 822. Ook toetreding of opvolging door een commanditaire vennoot (artikel 823) bij een openbare vennootschap is mogelijk. De vennootschap wordt een commanditaire vennootschap en de regels van de onderhavige afdeling worden dan mede van toepassing. In haar identiteit komt geen wijziging. Partijen bij een openbare vennootschap kunnen ook met ieders instemming (tenzij de overeenkomst op dit punt een nadere regeling behelst) een gewone vennoot tot commanditair maken en omgekeerd een commanditaire vennoot tot gewone vennoot. De vormen van openbare vennootschap en commanditaire vennootschap zijn verwisselbaar. Wordt echter een vennoot commanditair, dan is hij tegenover derden niet aanstonds ontheven van zijn verbondenheid voor de verbintenissen van de vennootschap die op dat moment bestaan. Artikel 837, eerste lid, waarover hierna, verklaart voor die situatie artikel 824, eerste lid, (korte verjaringstermijn van 5 jaren) van overeenkomstige toepassing.

Ook de bepalingen omtrent vereffening en verdeling (afdeling 6) zijn van toepassing op de ontbonden commanditaire vennootschap. Met het volgende moet echter rekening worden gehouden. In de eerste plaats heeft artikel 829 voor de commanditaire vennoot geen betekenis. Artikel 837, eerste lid, behelst een afwijking van artikel 813; commanditaire vennoten zijn niet verbonden voor verbintenissen van de vennootschap, ook niet wanneer deze zijn ontstaan door het handelen van vereffenaars. Voorts moet bij de vereffening en verdeling ingevolge artikel 830 rekening worden gehouden met de bijzondere positie van de commanditaire vennoot. In geval van een overschot na voldoening van de zaakschuldeisers heeft deze evenals de gewone vennoot, tenzij bij de overeenkomst van vennootschap anders is voorzien, aanspraak op de waarde van het bedrag van zijn inbreng (artikel 830, achtste lid) vermeerderd met een deel van het overblijvende (nadat alle kapitaalrekeningen van de vennoten zijn voldaan) naar evenredigheid van zijn winstaandeel (artikel 830, negende lid). In het geval van een tekort na voldoening van de zaakschuldeisers geldt de algemeen geldende regel dat tenzij anders overeengekomen, de commanditaire vennoot aanspraak heeft op de terugbetaling van het bedrag van zijn inbreng voor zover dit niet door zijn aandeel in het verlies is opgeteerd (HR 24-1-1947, NJ 1947, 71).

Ook hier geldt dat het aandeel van een insolvente vennoot in het verlies moet worden omgeslagen over de overige vennoten in verhouding tot hun draagplicht in het verlies. Maar ingevolge het voorziene artikel 836a dat bij de toepassing van het tiende lid van artikel 830 in aanmerking moet worden genomen, is de commanditaire vennoot nimmer gehouden tot het verlies meer bij te dragen dan het bedrag van de inbreng waartoe hij is verplicht. Het meerdere verlies wordt gedragen door de gewone vennoten telkens naar evenredigheid van hun aandeel in het verlies. De zojuist aangeduide regel van artikel 836a zal ook in aanmerking moeten worden genomen bij de toepassing van artikel 830, tweede lid, (storting in de liquidatiekas naar evenredigheid van het verliesaandeel). Bij de bepaling van de economische deelgerechtigdheid van de commanditaire vennoot wordt ervan uitgegaan dat eerst de schuldeisers van de vennootschap zijn voldaan (artikel 830, derde lid). Het op grond van die deelgerechtigdheid aan hem uitgekeerde kan niet door de vennootschap worden

teruggevorderd; hij is niet meer jegens de vennootschap aansprakelijk voor haar schulden. Zie HR 8-5-1998, NJ 1998, 888.

Aan een commanditaire vennootschap op aandelen bestaat niet of nauwelijks behoefte. Men zie artikel 836, derde lid. Intussen is er wel de ook thans reeds bestaande mogelijkheid van een commanditaire vennootschap met (eventueel beperkt) overdraagbare deelnemingen of participaties van de commanditaire vennoten.

Artikel 836 (omschrijving commanditaire vennootschap)

In de omschrijving van de commanditaire vennootschap in het eerste lid is opgenomen dat de commanditaire (openbare) vennootschap als zodanig optreedt. Zij dient derhalve, mede gelet op artikel 801, tweede lid, als zodanig op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten op te treden onder een door haar als commanditaire vennootschap gevoerde naam. Zie in dit verband voor het huidig recht ook HR 4-1-1937, NJ 1937, 586, waarin gesproken wordt van de naam waaronder wordt gehandeld en waaruit het bestaan van een commanditaire vennootschap blijkt, en HR 3-2-1956, NJ 1960, 120 waarin wordt gewaagd van een als zodanig naar buiten optredende commanditaire vennootschap.

Naast een of meer gewone vennoten moeten er een of meer commanditaire vennoten zijn; zie voor de omschrijving van de commanditaire vennoot het tweede lid van dit artikel. Zijn er meerdere gewone vennoten, dan geldt ten aanzien van de vraag wie van hen besturende vennoten zijn: het eerste lid van 809 (ieder van hen tenzij bij of krachtens overeenkomst anders is bepaald). Is er slechts één gewone vennoot dan zal deze in de regel besturend vennoot zijn. Er moet steeds één voor het geheel van de verbintenissen van de vennootschap verbonden gewone vennoot aanwezig zijn. De gewone vennoten zijn ook als zij geen besturende vennoten zijn, ingevolge artikel 837, eerste lid, hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap. Zie reeds HR 6-5-1966, NJ 1966, 287.

Wil een vennoot commanditaire vennoot zijn, als zodanig worden gekwalificeerd, dan moet blijken het tweede lid zijn voldaan aan twee in cumulatieve zin op te vatten elementen. Hij moet uitgesloten zijn van de bevoegdheid om rechtshandelingen voor rekening van de vennootschap te verrichten. Dit komt er in het licht van artikel 810 op neer dat hij geen

besturend vennoot kan zijn. In deze bepaling is immers voorzien dat alleen een besturend vennoot dergelijke handelingen kan verrichten. Voorts is als element opgenomen dat de commanditair niet uitsluitend arbeid mag inbrengen. Dit is een afwijking van artikel 805, eerste lid, en wordt reeds naar huidig recht aanvaard.

Deze elementen hoeven niet noodzakelijk met zoveel woorden in de vennootschapsovereenkomst te worden genoemd. Het gebruik van de term commanditaire vennoot geeft in de regel aan dat deze elementen aanwezig zijn. Blijkt echter uit die overeenkomst dat een als commanditair aangeduide vennoot wél rechtshandelingen voor rekening van de vennootschap kan verrichten of uitsluitend arbeid inbrengt, dan is deze geen commanditaire doch gewone vennoot met de daaraan verbonden hoofdelijke verbondenheid voor de verbintenissen van de vennootschap (artikel 837, eerste lid). Blijven er in zo'n geval geen commanditaire vennoten over, dan is er sprake van een openbare vennootschap waarvan hij vennoot is en waarvoor artikel 813 geldt.

Het geval dat een als commanditair geldende vennoot zelf in naam van de vennootschap optreedt of op zulk een optreden door de besturende vennoten beslissende invloed uitoefent, wordt geregeld in artikel 837, tweede lid, dat voor deze situatie een civiele sanctie behelst. Zie hierna de toelichting op deze bepaling.

Voor het element dat de commanditaire vennoot in het verlies niet verder moet delen dan tot het bedrag van hetgeen hij heeft ingebracht of verplicht is in te brengen – met een andere sanctie – zie artikel 836a.

Artikel 836a (beperkt delen in verlies)

De commanditair moet in het verlies niet verder delen dan tot het bedrag van hetgeen hij heeft ingebracht of verplicht is in te brengen. Dit element is hierboven, onder Algemeen bij deze afdeling 8.13.8, reeds meerdere malen ter sprake gekomen. De terminologie 'niet verder behoeft te delen' enz. sluit aan bij die welke is gebezigd in artikel 815, eerste lid. Een met dit artikel strijdig beding leidt niet, zoals in artikel 836, tweede lid, ertoe dat de commanditaire vennoot een gewoon hoofdelijk verbonden vennoot is, maar leidt tot aantastbaarheid van het beding. Zoals reeds voor het huidige recht wordt aangenomen, gaat het hier om dwingend recht.

Artikel 836b (register van commanditaire vennoten)

Ingevolge artikel 17 van het Handelsregisterbesluit hoeft van een commanditaire vennootschap in het handelsregister slechts het aantal commanditaire vennoten te worden opgegeven. In het op Nederland betrekking hebbende *Peer Review Report* van het *Global forum on transparency and exchange of information for tax purposes* (onder de auspiciën van de OECD en de G20) is de volgende aanbeveling gedaan: ‘It is recommended that an obligation be established for limited partnerships in the Netherlands and the Caribbean Netherlands to keep identity information concerning all of their limited partners.’

De onderhavige bepaling strekt ertoe zulks te realiseren. Door een aanvulling van artikel 3:23 Wetboek van Strafrecht zal de sanctie dezelfde zijn als geldt voor het niet behoorlijk bijhouden van een aandelhoudersregister voor de naamloze vennootschap (artikel 2:109 BWA) of het zich niet op de hoogte houden van de gegevens betreffende begunstigten van een trust (artikel 3:137a BWA).

Artikel 837 (aansprakelijkheid)

De eerste volzin van het eerste lid is hierboven bij artikel 836 reeds ter sprake gekomen. Het voornaamste gevolg van het zijn van commanditaire vennoot is dat deze niet verbonden is voor verbintenissen van de vennootschap. Dat deze bepaling bij een commanditaire vennootschap een beperking behelst van de bevoegdheid van de besturende vennoten om (mede) de commanditaire vennoot te vertegenwoordigen, is hierboven, onder Algemeen bij deze afdeling 8.13.8, toegelicht. De hoofdelijke verbondenheid voor de verbintenissen van de vennootschap van de gewone vennoten correspondeert met die welke is neergelegd in artikel 813, eerste lid. Voor de gewone vennoten geldt ingevolge de tweede volzin van het eerste lid van het onderhavig artikel 837 ook hetgeen in artikel 813, tweede lid, is bepaald voor het geval de commanditaire vennootschap een opdracht heeft ontvangen. Voor alle duidelijkheid is een en ander hier uitdrukkelijk bepaald.

Zoals hierboven, onder Algemeen bij deze afdeling, is aangegeven, kan een openbare vennootschap commanditaire vennootschap worden. Wordt een vennoot van die openbare vennootschap daarbij commanditair, dan is hij tegenover derden niet aanstonds ontheven van zijn verbondenheid

voor de verbintenissen van de vennootschap die op dat moment bestaan. Hetzelfde geldt indien bij een bestaande commanditaire vennootschap een gewone vennoot commanditair wordt. De derde volzin van het eerste lid bepaalt voor deze situaties dat artikel 824, eerste lid, van overeenkomstige toepassing is. Dit betekent dat de rechtsvorderingen tegen hem of zijn erfgenamen tot nakoming van ten tijde van het commanditair worden bestaande verbintenissen van de openbare vennootschap verjaren door verloop van vijf jaren nadat in het handelsregister de verandering van zijn status (door opgave van de commanditaire vennootschap of door doorhaling als gewoon vennoot) is ingeschreven.

Dat de commanditaire vennoot niet verbonden is voor verbintenissen van de vennootschap, hangt ten nauwste samen met de omstandigheid dat hij niet besturend vennoot kan zijn, zie hierboven de toelichting bij artikel 836, en derhalve ook niet als besturend vennoot ingevolge artikel 811 bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Daarom wilde de wetgever vanouds voorkomen enerzijds dat bij derden toch de indruk postvat dat de commanditair in werkelijkheid besturend vennoot zou zijn en anderzijds dat deze in staat zou zijn om zonder eigen persoonlijke verbondenheid de commanditaire vennootschap eventuele gewaagde handelingen in het rechtsverkeer te laten verrichten. Deze ratio geldt nog steeds.

Het tweede lid van het onderhavig artikel 837 sanctioneert in de eerste plaats het handelen van een commanditaire vennoot in naam van de vennootschap. Dit is in overeenstemming met hetgeen naar huidig recht algemeen als wenselijk wordt aanvaard. Ook indien de commanditair krachtens algemene of bijzondere volmacht van de besturende vennoten namens de vennootschap optreedt, dient de hierna nog te bespreken sanctie in te treden. Onduidelijkheid omtrent diens rechtspositie wordt door een zodanig optreden immers bevorderd.

In de tweede plaats sanctioneert de bepaling de situatie dat een commanditair door zijn handelen een beslissende invloed uitoefent op het optreden door de besturende vennoten namens de vennootschap. Dit sluit aan bij het tweede element van de hierboven aangeduide ratio van een regeling als hier bedoeld. Gedoeld wordt op de (misbruik-)situatie dat de positie van de besturende vennoten wordt uitgehold tot die van stromannen die bij hun optreden naar buiten volledig naar het pijpen moeten dansen

van de commanditair(en). Die beslissende invloed op het (actieve) optreden van de besturende vennoten zal moeten worden gesteld en aannemelijk gemaakt. Zo zal van een dergelijke invloed sprake zijn in de situatie dat een commanditair tevens directeur-enig aandeelhouder is van de BV die optreedt als besturend vennoot.

Dit betekent echter geenszins dat de commanditair geen medezeggenschap zou kunnen doen gelden in de vennootschap. Zo zal, tenzij anders is overeengekomen, ingevolge artikel 810 zijn instemming benodigd zijn voor ingrijpende, niet onder de normale exploitatie vallende beschikkingshandelingen voor rekening van de vennootschap. Zo kan ook worden overeengekomen dat de commanditair toezicht zal hebben op het bestuur en dat hij voor bepaalde categorieën van ingrijpende externe handelingen van de besturende vennoten zijn goedkeuring of instemming moet geven. In dergelijke gevallen kan hij zulk een handeling beletten doch de besturende vennoten niet tot zulk een handeling noodzaken; hij heeft dan geen beslissende invloed op het actief en extern (in naam van de vennootschap) optreden van de besturende vennoten.

Als sanctie bepaalt het onderhavig tweede lid: tegenover derden is de commanditair alleen hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan en niet ook voor dergelijke verbintenissen die vóórdien zijn ontstaan. Omdat er gevallen zijn dat een handelen van de commanditair in naam van de vennootschap onder omstandigheden zeer weinig impact heeft of positief te waarderen valt omdat in het belang van de vennootschap niet langer met zodanig handelen kon worden gewacht, is aan de bepaling toegevoegd dat de bedoelde verbondenheid er niet of niet ten volle is indien zijn handelen een dergelijke verbondenheid niet rechtvaardigt. Door deze toevoeging wordt aan de rechter de mogelijkheid geboden de sanctiebepaling onder bijzondere omstandigheden buiten toepassing te laten of de toepassing ervan te verzachten.

Bij een onbevoegd optreden van de commanditair zal naast de onderhavige sanctiebepaling voorts op hem van toepassing zijn artikel 3:70, in verbinding met artikel 3:79; hij staat jegens de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van zijn volmacht c.q. vertegenwoordigingsbevoegdheid. Intussen betekent het van toepassing worden van de onderhavige sanctie niet dat er daarmee wijziging komt in de interne rechtsposi-

tie van de commanditaire vennoot. Evenals naar huidig recht wordt zijn positie tot de overige vennoten van de vennootschap hierdoor niet gewijzigd. Zijn draagplicht blijft beperkt tot het bedrag van zijn verplichte inbreng. Ter zake van hetgeen hij op grond van de onderhavige bepaling betaalt aan derden-crediteuren voor vennootschapsschulden, kan hij met inachtneming van deze draagplicht regres zoeken op zijn mede-vennoten. Aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot bestaat ingevolge het derde lid ook indien zijn naam in de naam van de vennootschap is opgenomen. De opneming van zijn naam kan bij derden de schijn wekken dat de commanditaire vennoot gewoon vennoot is. Op deze regel wordt een uitzondering gemaakt indien een vennoot commanditaire vennoot wordt. Afweging van de belangen van de vennoten en de derden doet deze uitzondering wenselijk zijn. Voor de vennootschap kan het van groot belang zijn dat de naam van de vennootschap – waaraan een belangrijke goodwill kan zijn verbonden – behouden mag worden. Deze uitzondering geldt niet alleen wanneer in een bestaande commanditaire vennootschap een gewone vennoot tot commanditair wordt, maar ook wanneer, zie hierboven onder Algemeen bij deze afdeling 8.13.8, een openbare vennootschap met behoud van haar identiteit commanditaire vennootschap wordt. De aan overtreding van deze bepaling verbonden sanctie wordt echter ook hier aanmerkelijk verlicht. Er is alleen hoofdelijke verbondenheid voor de verbintenissen van de vennootschap ontstaan terwijl de vennootschap deze naam voert, en niet ook voor verbintenissen ontstaan vóórdat de vennootschap deze naam is gaan voeren.

Onderdeel Xbis (artikel 857)

Met deze wijziging wordt ook rekening gehouden met de AVV en VBA.

Onderdeel Y (artikel 906)

Hierin wordt ten aanzien van toepasselijkheid van titel 15 (Vaststellings-overeenkomst) een uitzondering aangebracht in verband met Boek 2.

Onderdeel Z (titels 7.17 en 7.18: verzekering en lijfrente)

Titel 17 - Verzekering

Algemeen

Het onderhavige ontwerp strekt tot hercodificatie in het nieuwe BWA van het verouderde thans in het Wetboek van Koophandel geregelde verzekeringsrecht. Het ontwerp is ontleend aan de Nederlandse wet van 22 december 2005, Stb. 700 (Kamerstukken 19 529), vernummerd in Stb. 2006, 1, in werking getreden op 1 januari 2006. De invoering en aanpassing van de overige wetgeving in Nederland is geregeld bij de Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 Burgerlijk Wetboek van 22 december 2005, Stb. 701 (Kamerstukken 30 137). De toelichting bij het onderhavige ontwerp is ontleend aan de Nederlandse parlementaire stukken; men zie Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17, De verzekeringsovereenkomst, ed. M.L. Hendrikse e.a., 2007. Het ontwerp bouwt voort op de hier te lande op 1 januari 2002 ingevoerde Boeken 3, 5 en 6 nieuw.

Gekozen is voor een opzet, waarbij verzekering wordt onderscheiden in schade- en sommenverzekering. Het ontwerp trekt de grens tussen beide aldus, dat schadeverzekering ertoe strekt vermogensschade te vergoeden, terwijl het bij sommenverzekering onverschillig is of, en in hoeverre, met de uitkering schade wordt vergoed. Als gevolg hiervan bevat het ontwerp voor titel 7.17 drie afdelingen. In de eerste afdeling zijn de bepalingen opgenomen die bij schade- en sommenverzekering beide gelden. De tweede afdeling is aan schadeverzekering gewijd en de derde aan sommenverzekering. Deze laatste afdeling bestaat op haar beurt uit twee paragrafen. De eerste bevat de artikelen welke voor alle sommenverzekeringen gelden; de tweede heeft uitsluitend betrekking op levensverzekering.

Het ontwerp brengt onder meer wijziging in de regeling van de mededelingsplicht (artikelen 928 tot en met 930 en artikel 977), de mogelijkheid van bewijslevering door de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde (beperking daartoe ontbreekt), de elektronische polis (artikel 932 in verband met artikel 135a WBRvA), de betaling door de verzekeraar aan een tussenpersoon ter doorbetaling aan de tot uitkering gerechtigde (artikel 937), de opzegging (artikel 940), het bedrog bij schadevaststelling (artikel 941, vijfde lid), de verjaring (artikelen 942 en 985), de eigen roekeloosheid van de verzekerde (artikel 952), de ‘directe actie’ van de benadeelde tegen de verzekeraar bij een aansprakelijkheidsverzekering (artikel 954), de subrogatie (artikel 962), de verzwaring van het risico

(bepaling ontbreekt), de sommenverzekering in het algemeen (artikelen 964 tot en met 974), de verzorgingsbescherming van de verzekeringnemer of begunstigde tegen uitwinning van een levensverzekering in geval van faillissement of derdenbeslag (artikel 986, vierde lid, en buiten titel 7.17: artikel 4:215, vijfde lid, artikel 479p WBRvA en artikel 18a Faillissementsverordening).

Het ontwerp bevat belangrijke consumentenbescherming, naast de bestaande elders in het nieuwe BWA (zoals ter zake van algemene voorwaarden in afdeling 6.5.3). In aansluiting op de Boeken 6 en 7 nieuw BWA wordt de consument omschreven als de natuurlijke persoon die de verzekering sluit anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf; zie artikel 943, derde lid. Een iets ruimere omschrijving is voor de levensverzekering gekozen; zie artikel 986, derde lid. De bescherming van de particulier komt in het ontwerp allereerst hierin tot uiting dat van verschillende bepalingen niet ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde kan worden afgeweken indien de nemer een particulier is als hierboven aangeduid. Bij persoonsverzekering is de tot uitkering gerechtigde vrijwel steeds een natuurlijke persoon. Daarom mag bij persoonsverzekering nimmer ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde van een aantal artikelen worden afgeweken, dus ook niet indien de verzekeringnemer geen particulier is in de zin van het ontwerp. Ten slotte profiteert de consument van bepalingen die ter bescherming van alle verzekeringnemers en tot uitkering gerechtigden dwingend recht voorschrijven.

In afzonderlijke slotartikelen wordt aangegeven van welke bepalingen in één of meer opzichten niet mag worden afgeweken. Deze zijn voor de afdelingen 1 en 2 de artikelen 943 en 963, en voor de paragrafen van afdeling 3 de artikelen 974 en 986. Indien in een artikel dwingend recht voorkomt, verwijst de toelichting naar het desbetreffende slotartikel. Ontbreekt zulk een verwijzing, dan bevat het artikel uitsluitend regelend recht. Het ontwerp kent drie mogelijkheden: 1. afwijking is in het geheel niet toegelaten; 2. afwijking is niet toegelaten ten nadele van een of meer met hun hoedanigheid aangeduide personen, zoals de nemer; 3. afwijking is niet toegelaten ten nadele van een of meer personen indien de nemer een particulier is. Dient zulk een bepaling van dwingend recht ter bescherming van een van de partijen of van de uitkeringsgerechtigde, dan is

afwijking niet nietig, doch vernietigbaar; zie artikel 3:40, tweede lid. In formule 3 wordt met de verzekeringnemer alleen de oorspronkelijke nemer bedoeld, en niet de mogelijke opvolgende nemers. Met name bij transportverzekering zou het voor de verzekeraar teveel onzekerheid geven, indien hij, wanneer hij een verzekeringsovereenkomst sluit met een nemer die geen particulier is, rekening zou moeten houden met de mogelijkheid dat de oorspronkelijke nemer inmiddels is vervangen door een particulier.

Omdat de praktijk niet steeds dezelfde termen bezigt om de bij de verzekering betrokken personen aan te duiden, moest in het onderhavige ontwerp een keuze worden gedaan. De wederpartij van de verzekeraar bij het sluiten van de overeenkomst wordt steeds aangeduid als de verzekeringnemer. Voor degene die recht heeft op de uitkering is in afdeling 1 de algemene term: de tot uitkering gerechtigde, gekozen. In afdeling 2 heet deze in overeenstemming met de meestal gevolgde terminologie verzekerde, en in afdeling 3 heet degene aan wie de uitkering moet worden gedaan overeenkomstig vast gebruik begunstigde. Eveneens overeenkomstig vast gebruik in binnen- en buitenland is degene op wiens leven of gezondheid de verzekering loopt, in afdeling 3 als verzekerde aangeduid.

Afdeling 1. Algemene bepalingen

Artikel 925 (definitie)

Evenals dit bij de meeste andere titels van Boek 7 het geval is, wordt ook hier een omschrijving van de overeenkomst, waarover de titel handelt, vooropgesteld. De aanduiding 'premie' in de eerste volzin van het eerste lid, omvat zowel het vaste, bij schadeverzekering veelal in een percentage van de verzekerde som uitgedrukte, bedrag als de variabele omslag of naheffing bij sommige onderlinge verzekeringen. Indien bij levensverzekering de premie voor de ganse duur van de overeenkomst ineens wordt betaald, spreekt men ook wel van koopsom.

Voor de verplichting van de verzekeraar is de neutrale term: uitkering, en niet: schadevergoeding, gekozen om ook de sommenverzekering te omvatten. De verzekeraar verbindt zich jegens de verzekeringnemer tot het doen van een uitkering. Dit neemt niet weg dat de daartoe gerechtigde een derde kan zijn.

Kenmerkend voor de verzekeringsovereenkomst is het element van onzekerheid; zij is een kansovereenkomst. Die onzekerheid kan in vier opzichten bestaan: of de verzekeraar ooit een uitkering verschuldigd zal worden, wanneer dat dan het geval zal zijn, hoeveel de eventuele uitkering zal bedragen en wat de duur van de door de verzekeringnemer verschuldigde periodieke premiebetaling zal zijn.

Of de uitkering ooit zal worden verschuldigd, is bijvoorbeeld onzeker als tegen een mogelijke schade in de toekomst wordt verzekerd. Meestal is dan tevens onzeker, wanneer de uitkering zal worden verschuldigd en hoe groot zij zal zijn. Maar soms, zoals bij de levenslange overlijdensverzekering en de gemengde verzekering, staat wel vast dat het eens tot een uitkering zal komen, doch niet wanneer. Bij een onmiddellijk ingaande lijfrente-verzekering staat wel vast dat de uitkering verschuldigd wordt, en ook van welk tijdstip af, maar niet het totale bedrag van de uitkering.

Bij de verzekering van een kapitaal op vaste termijn – zoals bij bepaalde vormen van studieverzekering – staat wel de verschuldigdheid van de uitkering vast, en ook het tijdstip waarop en het bedrag waartoe, doch is van te voren nog onzeker hoeveel de totale premie zal bedragen. De formulering sluit niet uit dat partijen het risico doen ingaan vóór het tijdstip van het aangaan van de overeenkomst, mits op dat tijdstip nog wel subjectieve onzekerheid bestaat.

In de definitie ontbreekt het element van het ‘onzekere voorval’. Dit element doet zich wel voor bij talloze verzekeringsvormen, en vrijwel steeds bij schadeverzekering, doch niet bij alle vormen van verzekering, zoals uit enige van de hierboven gegeven voorbeelden blijkt. Zo is het vereiste van in leven zijn op een bepaald toekomstig tijdstip wel een onzeker feit, doch men kan het moeilijk een ‘voorval’, d.i. een gebeurtenis, noemen. Onder het nieuwe recht zal dan ook niet meer relevant zijn de vraag wat het ‘onzeker voorval’ is, zoals dat nog het geval was in HR 4-1-1980, NJ 1984, 305 (schade uit eigen gebrek), maar of er bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst de in de tekst aangegeven onzekerheid bestaat.

Zoals reeds bij de algemene inleiding tot deze titel is vermeld, maakt het onderhavige ontwerp een principieel verschil tussen schade- en sommenverzekering. In het onderhavige ontwerp geldt voor schadeverzeke-

ring dat zij de strekking moet hebben vermogensschade te vergoeden (artikel 944). Om de tegenstelling zuiver te houden is daarom ook voor de sommenverzekering bepaald dat het daarbij onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed (artikel 964).

Uitdrukkelijk is vermeld in de tweede volzin van het eerste lid dat de wet slechts twee vormen van verzekering kent, te weten schadeverzekering en sommenverzekering. Wel kan een overeenkomst deels schade-, deels sommenverzekering zijn. In dat geval wordt de overeenkomst deels door de bepalingen omtrent schade-, deels door die omtrent sommenverzekering beheerst.

Nu in de onderhavige afdeling enige bepalingen met betrekking tot persoonsverzekering worden voorgesteld, kan een omschrijving daarvan niet ontbreken. De definitie volgens het tweede lid omvat lichamelijke en geestelijke gesteldheid en ziekten, ongevallen en overlijden. Niet de bedoeling is dat de omschrijving ook uitkering van smartegeld krachtens persoonsverzekering mogelijk zou maken. Persoonsverzekering is hetzij schadeverzekering hetzij sommenverzekering. De belangrijkste persoonsverzekering in de schadesector is de ziektekostenverzekering. Onder persoonsverzekering als sommenverzekering valt allereerst de levensverzekering. Zij draagt niet als kenmerk vergoeding van schade. Ongevallen-, arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsverzekering strekken in beginsel wel tot vergoeding van schade, maar de daarvoor uit te keren vergoeding is reeds bij de overeenkomst vastgelegd, ongeacht of het bedrag door op geld waardeerbare schade wordt gerechtvaardigd. Daarom is ook hier sprake van sommenverzekering. Voor sommenverzekering die geen persoonsverzekering is, zij verwezen naar artikel 964 en de toelichting daarop.

Artikel 927 (uitkering en tot uitkering gerechtigde)

Het eerste lid doelt op het geval dat de verzekeraar het verrichten van diensten op zich neemt, zoals het vernieuwen van gebroken ruiten, het verlenen van rechtsbijstand of lijkbezorging.

Wat betreft het tweede lid zij het volgende opgemerkt. Zolang een derde zijn aanwijzing nog niet heeft aanvaard, heeft hij krachtens de verzekering nog geen recht op uitkering. Deze derde valt echter ingevolge het tweede lid wel onder de term 'de tot uitkering gerechtigde'. Men denke

in dit verband aan artikel 940, vierde lid, artikel 941, eerste lid, en artikel 942, eerste lid. Vergelijk ook artikel 945 uit afdeling 2.

Over artikel 941, eerste lid, zij opgemerkt dat de daar bedoelde meldingsplicht voor de derde die nog niet heeft aanvaard, niet als een verbintenis kan worden aangemerkt. Hij is immers nog geen partij bij de verzekeringsovereenkomst. De plicht voor deze derde om de schade te melden dient dan ook te worden opgevat als een ‘Obliegenheit’ die bij niet-nakoming afbreuk doet aan het recht op uitkering voor het geval de derde na verwezenlijking van het risico alsnog aanvaardt. Met de aan de Duitse doctrine ontleende term ‘Obliegenheit’ wordt hier bedoeld op een gehoudenheid waarbij – anders dan bij een verplichting, waarvan in beginsel de nakoming kan worden gevorderd en die in geval van niet-nakoming degene die daardoor schade lijdt recht geeft op schadevergoeding – niet-inachtneming leidt tot vermindering of verval van de eigen rechten van degene op wie de Obliegenheit rust. Dit geldt evenzo bij de niet-aanvaard hebbende derde voor de bereddingsplicht van artikel 957, die dan als ‘verplichting’ vergelijkbaar is met de uit artikel 6:101 voortvloeiende ‘verplichting’ van de gelaedeerde om zijn schade te beperken. Immers, ook bij artikel 6:101 heeft de niet-nakoming van deze ‘Obliegenheit’ voor de gelaedeerde geheel of gedeeltelijk verlies van zijn recht op schadevergoeding tot gevolg.

Artikel 927 (herverzekering)

Herverzekering wijkt in vele opzichten af van gewone verzekering, terwijl ook herverzekeringen onderling sterk verschillen: facultatief of verplicht, herverzekering ten behoeve van de primaire verzekeraar (in de praktijk minder juist retrocessie genoemd), eenzijdige of wederkerige herverzekering. Voorts zijn contracten van herverzekering veelal internationaal. Te bedenken is tenslotte dat bij herverzekering gelijkwaardige partijen tegenover elkaar staan.

Dit alles leidt ertoe de herverzekering niet rechtstreeks aan enige bepaling van het onderhavige verzekeringsrecht te binden. Wel kunnen herverzekeringsovereenkomsten worden uitgelegd mede in het licht van beginselen van verzekeringsrecht, zoals die in deze titels zijn neergelegd.

Artikel 928 (mededelingsplicht)

De omstandigheid dat de verzekeraar in hoge mate moet afgaan op mededelingen van de verzekeringnemer bij het sluiten van de overeenkomst, heeft van oudsher tot regeling van deze materie geleid. Het bestaande recht geeft de verzekeraar het recht zich op nietigheid van de overeenkomst te beroepen indien de verzekeringnemer hem, hoezeer ook te goeder trouw, onjuist of onvolledig heeft voorgelicht, zodat hij bij kennis van de ware feiten de verzekering niet of slechts op andere voorwaarden zou hebben gesloten. De bezwaren hiertegen zijn bekend: nietigheid als enig mogelijke sanctie zonder nuance naar het gewicht van de verzwijging en de intenties van de verzekeringnemer treft deze en de tot uitkering gerechtigde veelal te zwaar. Hiertegenover legt het onderhavige ontwerp de verzekeringnemer een bijzondere mededelingsplicht op. Deze constructie maakt het mogelijk op afdoende wijze aan de bovengenoemde bezwaren tegemoet te komen. De verhouding tot dwaling en bedrog als de meer algemene vernietigingsgronden, wordt geregeld in artikel 931; naar de toelichting daarop zij verwezen.

In het eerste lid van het onderhavige artikel 928 staat voorop dat de verzekeringnemer steeds verplicht is de verzekeraar vóór het sluiten van de overeenkomst in te lichten omtrent alle feiten die hij kent of behoort te kennen. Dit strekt zich niet uit tot alles wat voor de verzekeraar van belang is, of van belang kan zijn, maar is beperkt tot de feiten waarvan de nemer weet, of waarvan hij behoort te weten, dat zij voor de verzekeraar van belang zijn of kunnen zijn. Wat de verzekeringnemer te dezen weet of behoort te weten, zal dikwijls in de eerste plaats zijn af te leiden uit de in het zesde lid genoemde vragenlijst, en verder uit hetgeen bij hem bekend mag worden verondersteld omtrent het acceptatiebeleid in de verzekeringsbranche in het algemeen of juist van deze verzekeraar in het bijzonder. Ook moet rekening worden gehouden met wat een persoon als de verzekeringnemer in deze weet of behoort te begrijpen (HR 3-11-1978, NJ 1980, 500).

Heeft de verzekeraar door middel van een vragenlijst dan wel anderszins naar bepaalde feiten of omstandigheden gevraagd, dan weet de nemer dat deze punten de verzekeraar interesseren, daargelaten of zij tot een voor de verzekeringnemer ongunstige beslissing zouden hebben geleid; dit laatste zal de verzekeraar zo nodig hebben te bewijzen.

De mededelingsplicht van de verzekeringnemer omvat blijkens het tweede lid ook hetgeen een hem bekende derde wiens belang bij het sluiten van de verzekering is gedekt, had moeten mededelen indien hij zelf nemer was geweest: de verzekeraar mag er niet de dupe van worden dat er ook een andere belanghebbende naast de verzekeringnemer is. Verzuim van die derde wordt dus de verzekeringnemer toegerekend.

In de tweede volzin van het tweede lid wordt bepaald dat de eerste volzin niet geldt voor persoonsverzekering. Voor dit soort verzekering geldt volgens het derde lid een eigen regeling die is beperkt tot de (mede)verzekering betreffende derden die zestien jaren of ouder zijn, en wel op hun leven of gezondheid, onverschillig of zij zelf ook belanghebbende zijn. Bij persoonsverzekering geldt alleen in dit geval de in het tweede lid, eerste volzin, uitgedrukte regel. De vader die zich wenst te verzekeren tegen de ziektekosten die hij ten behoeve van zijn jongere kinderen zal moeten maken, behoeft dus niet mede te delen wat die kinderen zelf omtrent hun gezondheid weten of behoren te weten; alleen wat hijzelf als verzekeringnemer daaromtrent weet of behoort te weten, komt in aanmerking. De grens is bij zestien jaren gelegd omdat mag worden aangenomen dat personen die de leeftijd van zestien jaren hebben bereikt, voldoende oordeel des onderscheids hebben om degene die de verzekering mede sluit in te kunnen lichten omtrent de van belang zijnde feiten. Met de persoon wie het risico betreft, wordt hetzelfde bedoeld als met de in de praktijk van de persoonsverzekering vaak gebezigde term 'het lijf'. In het vierde lid is bepaald dat de mededelingsplicht niet de feiten betreft die de verzekeraar reeds kent of behoort te kennen. Deze beperking mag niet zover gaan dat indien naar deze feiten een gerichte vraag wordt gesteld, een onjuist of onvolledig antwoord zonder gevolgen dient te blijven. Weliswaar zou de verzekeraar in dit geval de juistheid van het antwoord kunnen controleren, maar dit dient niet zover te gaan dat indien dat niet geschiedt, de verzekeraar de gevolgen van het onjuiste antwoord moet dragen. Het (onjuiste of onvolledige) antwoord zal er immers voor de verzekeraar vaak toe leiden dat hij zal nalaten zijn beschikbare gegevens te raadplegen. Het is dan aan de verzekeringnemer te wijten dat de verzekeraar in dwaling is gebracht. In verband hiermee is een tweede volzin aan het vierde lid toegevoegd.

Hierover zij nog opgemerkt dat alleen bij een onjuist of onvolledig antwoord er geen beroep op kan worden gedaan dat de verzekeraar deze feiten reeds kent of behoort te kennen. Dit laat de mogelijkheid open dat de verzekeringnemer die weet dat bepaalde feiten bij de verzekeraar bekend zijn op een daarop gerichte vraag geen antwoord geeft. De eerste volzin van het vierde lid brengt dan mee dat de verzekeraar zich er niet op kan beroepen dat deze vraag niet is beantwoord. Indien de verzekering is gesloten op grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, volgt dit bovendien uit het zesde lid. De verzekeraar kan, indien hij daar geen genoegen mee neemt, via zijn informatiesystemen trachten het antwoord te vinden, dan wel de verzekeringnemer om nadere opheldering vragen.

Feiten omtrent het strafrechtelijk verleden kunnen voor de verzekeraar van groot belang zijn voor de beoordeling van het morele risico; vergelijk ook HR 8-6-1962, NJ 1962, 336. Daartegenover staat het belang van de verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde, dat zij door hun strafrechtelijk verleden niet door de jaren heen vervolgd blijven. De in het vijfde lid voorgestelde bepaling – met een termijn van acht jaren – tracht aan beide belangen recht te doen wedervaren.

Vrij unaniem is men in de literatuur van oordeel dat van de verzekeringnemer niet verwacht mag worden dat hij spontaan mededelingen doet omtrent zijn strafrechtelijk verleden. Indien in een vragenlijst daar niet naar wordt gevraagd, behoeft de verzekeringnemer ingevolge het zesde lid daarover ook geen mededelingen te doen. Dit omdat het strafrechtelijk verleden de persoonlijke levenssfeer van de aanvrager diepgaand kan raken. Zie HR 18-12-1981, NJ 1982, 570.

Zonder uitdrukkelijke vraag, al dan niet onderdeel uitmakend van een vragenlijst, zou de verzekeringnemer ook niet spontaan mededelingen daarover behoeven te doen. Dit is in het slot van het vijfde lid tot uitdrukking gebracht. Dit betekent dat de verzekeraar die informatie wil hebben over het strafrechtelijk verleden van de verzekeringnemer of omtrent dat van derden, daar uitdrukkelijk naar dient te vragen.

In veel gevallen kan het voor een verzekeringnemer, aan wie daarover een vraag wordt gesteld, onduidelijk zijn wat onder het strafrechtelijk verleden moet worden verstaan. Dit kan er toe leiden dat een verzekeringnemer, hoe zeer te goeder trouw, tegengeworpen krijgt dat hij be-

paalde feiten daaromtrent niet heeft medegedeeld. Het strafrechtelijk verleden is niet beperkt tot veroordelingen. Ook het opleggen van een maatregel, zoals ontzegging van de bevoegdheid tot het besturen van een motorrijtuig, valt daaronder. Volgens HR 23-2-1984, NJ 1984, 765 valt voorts ook een sepot onder het strafrechtelijk verleden. Of eventuele andere feiten of omstandigheden daartoe behoren, zoals een aanhouding door de politie wegens verdenking van een strafbaar feit of een vrijpraak of een ontslag van rechtsvervolging, zal voor veel verzekeringnemers onduidelijk zijn. Verder is denkbaar dat een verzekeringnemer bij bijvoorbeeld een inboedelverzekering er niet aan denkt een veroordeling wegens een snelheidsovertreding mede te delen. Om deze onduidelijkheden weg te nemen is in het vijfde lid tevens tot uitdrukking gebracht dat de verzekeringnemer alleen verplicht is omtrent het strafrechtelijk verleden feiten mede te delen voor zover de verzekeraar omtrent dat verleden een vraag heeft gesteld 'in niet voor misverstand vatbare termen'. Dit betekent dat de verzekeraar in exacte bewoording moet aangeven welke feiten en omstandigheden omtrent dit verleden voor hem van belang zijn, en alleen met betrekking tot die feiten behoeft de verzekeringnemer mededelingen te doen. Dit betekent dat de verzekeraar in zijn vraag zal moeten aangeven in welke strafbare feiten hij geïnteresseerd is, en of hij daarbij alleen geïnteresseerd is in strafrechtelijke veroordelingen, of wellicht ook in een vrijpraak, een schikking, een maatregel enz. Aldus wordt bereikt dat indien de daarover gestelde vragen juist zijn beantwoord de verzekeraar die feiten worden medegedeeld die voor zijn beslissing van belang zijn, en de verzekeringnemer niet later tegengeworpen krijgt dat hij bepaalde feiten omtrent het strafrechtelijk verleden niet heeft medegedeeld.

Het zesde lid houdt in dat bij gebruik van een vragenlijst de verzekeraar er zich achteraf ook niet op mag beroepen dat vragen onbeantwoord zijn gebleven. Dit lijdt alleen uitzondering indien is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden. Hieronder is te verstaan: het opzet de verzekeraar te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders in het geheel niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Men zie het hierboven aangehaalde arrest HR 18-12-1981, NJ 1982, 570.

Van het artikel kan niet ten nadele van de nemer of van de tot uitkering gerechtigde worden afgeweken indien de nemer een particulier is, aldus

artikel 943, derde lid. Dit betekent ook dat in die gevallen het soms gemaakte beding dat de verzekeringnemer instaat voor de juistheid van de door hem opgegeven feiten, zoals gebruikelijk voor niet ten beurze gesloten verzekeringen, kan worden vernietigd. Artikel 943, derde lid, sluit echter niet uit, dat de verzekeraar met succes een beroep doet op het niet-ervuld zijn van bepaalde voorwaarden waarvan de dekking afhankelijk was gesteld, zoals aanwezigheid van een blus- of een alarminstallatie.

Artikel 929 (reactie verzekeraar binnen twee maanden)

De gevolgen van niet-nakoming van de in artikel 928 omschreven mededelingsplicht worden zelfstandig uitgewerkt in de artikelen 929 en 930. Artikel 929 regelt de wederzijdse bevoegdheden en verplichtingen naar aanleiding van ontdekking van de niet-nakoming, artikel 930 de invloed van de niet-nakoming op het recht op uitkering.

De rechten die de verzekeraar in beginsel ontleent aan de ontdekking, bestaan uit een beperkte bevoegdheid tot opzegging volgens artikel 929, tweede lid, en uit de bevoegdheid tot weigering of vermindering van uitkering overeenkomstig de regels van artikel 930. Aan de verzekeringnemer staat na de ontdekking de weg tot opzegging open (artikel 930, derde lid).

Het eerste lid van het onderhavige artikel 929 gaat uit van de gedachte dat, indien de verzekeraar ontdekt dat de mededelingsplicht niet is nagekomen, hij de verzekeringnemer niet in onzekerheid mag laten, of hij zich een beroep op zijn rechten wil voorbehouden. Zo ja, dan moet hij dat binnen twee maanden na de ontdekking schriftelijk (artikel 933) doen weten. Laat de verzekeraar deze periode ongebruikt voorbij gaan, dan kan hij bij een daaropvolgende verwezenlijking van het risico de gevolgen van de niet-nakoming verbonden, niet meer inroepen.

De verzekeraar dient ingevolge het slot van het eerste lid de verzekeringnemer op de mogelijke gevolgen van de niet-nakoming van de mededelingsplicht te wijzen. Zulks verhindert dat de verzekeringnemer de gevolgen daarvan te optimistisch inschat en hem vervolgens bij verwezenlijking van het risico een uitkering onthouden wordt. Doordat de verzekeringnemer van dit mogelijke gevolg eerder op de hoogte is, kan hij wellicht trachten een andere verzekering te sluiten.

Ingevolge het tweede lid kan de verzekeraar de overeenkomst alleen opzeggen indien de verzekeringnemer de fout heeft gemaakt met het opzet hem te misleiden of indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken in het geheel geen verzekering zou hebben gesloten. De verzekeraar kan de verzekering dus niet opzeggen, indien slechts de tot uitkering gerechtigde met dat opzet handelde. In het eerste geval mag van de verzekeraar niet worden gevergd dat hij de overeenkomst nog langer voortzet, in het tweede geval heeft voortzetting geen zin (zie artikel 930, vierde lid).

Het ontwerp heeft de beslissing over het voortbestaan van de verzekering slechts in deze uiterste gevallen in de handen van de verzekeraar gelegd om te voorkomen dat hij op grond van minder ernstige tekortkomingen een verzekering zou opzeggen, waarvan hij op andere gronden af zou willen. In alle gevallen blijft de verzekering dus bestaan, hoewel zij ingevolge artikel 930 slechts tot een verminderde uitkering zal leiden. De kans is dan ook groot dat er een niet-volwaardige verzekering blijft bestaan. Daarom geeft het derde lid de verzekeringnemer het daar omschreven opzeggingsrecht.

De eerste volzin van dit derde lid geeft de verzekeringnemer in twee soorten gevallen dit opzeggingsrecht. In de eerste plaats kan de verzekeringnemer de bevoegdheid uitoefenen gedurende twee maanden nadat de verzekeraar overeenkomstig het eerste lid heeft gehandeld, dat wil zeggen de verzekeringnemer heeft meegedeeld dat – naar het oordeel van de verzekeraar – aan de mededelingsplicht niet is voldaan, en dat hij zich het recht voorbehoudt zich daarop in de toekomst te beroepen. Dit geval vormt het sluitstuk van het onderhavige artikel, waarvan, gelijk gezegd, de opzet is het aan de nemer over te laten of hij, geconfronteerd met het oordeel van de verzekeraar omtrent de niet-nakoming van de mededelingsplicht, de overeenkomst desondanks wil voortzetten.

Daarnaast kent het derde lid de verzekeringnemer het recht toe de verzekering op te zeggen indien het risico zich heeft verwezenlijkt en de verzekeraar zich op de – zijns inziens – gemaakte fout beroept. Hieronder valt in de eerste plaats de vermoedelijk meest voorkomende, doch niet door het eerste lid bestreken, situatie dat de verzekeraar de gemaakte fout eerst ontdekt nadat het risico zich reeds heeft verwezenlijkt, en zich, met een beroep daarop, tegenover de tot uitkering gerechtigde en de verzeke-

ringnemer op het standpunt stelt slechts binnen de grenzen van artikel 930 tot uitkering gehouden te zijn. Voorts valt onder het geval dat de verzekeraar zich op de gemaakte fout beroept de situatie, waarin, nadat de verzekering is voortgezet ondanks de waarschuwing van de verzekeraar volgens het eerste lid, de tot uitkering gerechtigde bij een latere verwezenlijking van het risico wordt geconfronteerd met het reeds aangekondigde beroep op de niet-nakoming van de mededelingsplicht. Ingevolge artikel 939 wordt de lopende premie dan naar billijkheid vermindert.

De tweede volzin van het derde lid kan toepassing vinden bij verzekering van een gezin, met name tegen ziektekosten, en bij collectieve contracten. Hij mag niet zo worden uitgelegd dat gedeeltelijke opzegging buiten persoonsverzekering nimmer gerechtvaardigd is. Ook bij zgn. parapluieverzekeringen waarin verschillende geheel zelfstandige dekkingen zijn ondergebracht, kan de nemer de opzegging tot één (of meer) dekkingen beperken; in zulke gevallen is niet zozeer sprake van één overeenkomst, alswel van een samenstel van afzonderlijk van elkaar staande verzekeringen.

Ten aanzien van het dwingend recht geldt hetzelfde als voor artikel 928; zie artikel 943, derde lid.

Artikel 930 (beperkt recht op uitkering)

Dit artikel regelt de gevolgen van niet-nakoming van de mededelingsplicht voor het recht op uitkering. Die gevolgen treden alleen in, indien de verzekeraar deze gevolgen inroept, en hij de bevoegdheid daartoe niet heeft verloren. Dit laatste kan het geval zijn hetzij omdat de bevoegdheid daartoe volgens artikel 929, eerste lid, is vervallen, hetzij doordat hij die bevoegdheid bij een tussen partijen getroffen regeling heeft prijsgegeven. De uitkering geschiedt onverkort indien aan de in het tweede lid gestelde eisen is voldaan. Het gestelde criterium verlangt dat de niet of onjuist opgegeven feiten niet alleen geen enkele rol hebben gespeeld bij de verwezenlijking van het risico, maar ook dat zij de kans, dat het risico zich op deze wijze zou verwezenlijken, niet hebben vergroot. Enkele voorbeelden mogen dit verduidelijken. Indien in een pand naast het tegen brand verzekerde huis brandgevaarlijke werkzaamheden worden verricht, welk feit was verzwegen, doch het verzekerde huis door blikseminslag

afbrandt, is aan beide gestelde voorwaarden voldaan. Hetzelfde geldt indien het huis zowel tegen brand als tegen storm is verzekerd en het stormschade lijdt. Wanneer daarentegen bij het sluiten van een automobielverzekering tegen eigen schade vorige aanrijdingen zijn verzwegen en opnieuw door eigen schuld een aanrijding ontstaat, dan hebben de vorige aanrijdingen weliswaar daartoe niet bijgedragen, maar hun bekendheid zou het oordeel over de kans van een nieuwe aanrijding ongunstiger hebben doen uitvallen. In dit laatste geval bestaat dus geen recht op volledige uitkering.

Volgens het derde lid bestaat wanneer aan het tweede lid niet is voldaan, toch nog in drie gevallen recht op een, zij het verminderde, uitkering. In de eerste twee gevallen, bestreken door de eerste volzin, is er door de onjuiste voorlichting een wanverhouding tussen premie en verzekerde som ontstaan, die door een daaraan evenredige vermindering van de uitkering wordt gecorrigeerd. Had bijvoorbeeld de premie het dubbele moeten bedragen, dan wordt de uitkering gehalveerd. Het eerste geval (hogere premie) zal zich voornamelijk voordoen bij schade-, het tweede (lagere verzekerde som) bij levensverzekering. Vaak zal de vraag welke premie of welke verzekerde som is overeengekomen, blijken uit de tarieven van de betrokken verzekeraar of uit algemene tarieven, en bij gebreke van dien kunnen worden vastgesteld aan de hand van het gebruik of van het oordeel van deskundigen.

Het derde geval doet zich voor indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken andere voorwaarden zou hebben gesteld. Men zie de tweede volzin van het derde lid. Er is dan een uitkering verschuldigd is als waren deze voorwaarden in de verzekering opgenomen (vergelijk ook Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf IV 99/1, te kennen uit Verzekeringsrechtelijke berichten 1999, blz. 53 e.v.). Zou bijvoorbeeld de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken een eigen risico hebben bedongen, dan dient toch een uitkering plaats te vinden, maar dan met aftrek van het eigen risico. En zou bijvoorbeeld de verzekeraar extra veiligheidsmaatregelen hebben geëist, met als sanctie verval van uitkering, dan is geen uitkering verschuldigd.

Met deze benadering wordt hetzelfde bereikt als met de conversie van een nietige rechtshandeling, waarbij deze wordt omgezet in een geldige rechtshandeling indien aangenomen mag worden dat deze rechtshandeling

zou zijn verricht indien van de nietige rechtshandeling wegens haar ongeldigheid was afgezien (artikel 3:42). Deze benadering dient aldus evenals conversie de doelmatigheid doordat aan het ontbreken van kennis van de ware stand van zaken geen verdere gevolgen worden verbonden dan die welke partijen bij de juiste kennis daarvan daar zelf aan verbonden zouden hebben.

Bij het niet voldoen aan de mededelingsplicht zal het overigens doorgaans de verzekeraar zijn die zich zal beroepen op één van de rechtsgevolgen van het onderhavige artikel. Zou hij zich er op beroepen dat hij bij kennis van de ware stand van zaken op andere voorwaarden de verzekering zou hebben geaccepteerd, dan zal hij moeten stellen onder welke voorwaarden hij de verzekering anders had geaccepteerd en rust op hem de bewijslast daarvan. Wel moet hierbij nog worden bedacht dat bij kennis omtrent de ware stand van zaken de verzekeraar naast andere voorwaarden wellicht ook een hogere premie zou hebben bedongen. In dat geval is de verzekeraar een uitkering verschuldigd die in de eerste plaats verminderd wordt volgens de maatstaf van de eerste volzin van het derde lid, waarna vervolgens deze uitkering nog onderhevig zal zijn aan de voorwaarden die anders in de overeenkomst zouden zijn opgenomen.

Ingevolge het vierde lid bestaat in het geheel geen recht op uitkering, ook al zou dit volgens het tweede of derde lid anders zijn. Het gaat hier om het geval dat de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken in het geheel geen verzekering zou hebben gesloten.

Het vijfde lid betreft de opzet tot misleiding van onderscheidenlijk de verzekeringnemer of de derde. Er is dan geen uitkering verschuldigd aan onderscheidenlijk de verzekeringnemer of de derde. Zie ook artikel 929, tweede lid.

Voor uitkeringen die de verzekeraar heeft gedaan vóórdat hij ontdekte dat de mededelingsplicht van artikel 928 niet is nagekomen, heeft een geslaagd beroep op de gemaakte fout tot gevolg dat die uitkeringen achteraf alsnog gedeeltelijk of geheel zonder rechtsgrond blijken te zijn voldaan. Voor zover dit het geval is, kan de verzekeraar die uitkeringen, als onverschuldigd betaald, terugvorderen (artikel 6:203). De verjaring van deze vordering wordt geregeld in artikel 3:309. Voor de toepassing van het daar genoemde criterium van de dag waarop de schuldeiser met het bestaan van zijn vordering is bekend geworden, zal gelden de dag waar-

op de verzekeraar – na de verwezenlijking van het risico, immers na zijn uitkering – zijn ontdekking heeft gedaan.

Ook voor dit artikel geldt ten aanzien van dwingend recht hetzelfde als voor artikel 928; zie artikel 943, derde lid.

Artikel 931 (geen beroep op wilsgebreken)

Indien een verzekeraar zich terecht op niet-nakoming van de mededelingsplicht beroept, doet zich een geval van dwaling of bedrog voor. De thans voorgestelde regeling vormt echter een volledig geheel dat niet door de voorschriften van die rechtsfiguren in de Boeken 3 en 6 mag worden doorkruist.

Bovendien is die regeling op verschillende punten voor verzekering onbruikbaar en onwenselijk. De voornaamste zijn de volgende: a. De artikelen 3:44 en 6:228 laten het antwoord op de vraag wanneer en waarover men de wederpartij vóór het aangaan van de overeenkomst behoort in te lichten, grotendeels aan de rechtspraak over. Bij verzekering behoort de mededelingsplicht van de verzekeringnemer door de wetgever te worden uitgewerkt. b. Artikel 6:230 zou de tot uitkering gerechtigde in de gelegenheid kunnen stellen om, zojuist geconfronteerd met een omvangrijke schade, de vergoeding daarvan alsnog ten volle veilig te stellen door bijbetaling van de premie. Dat past niet bij verzekering. c. Is de mededelingsplicht naar behoren nagekomen dan moet een beroep van de verzekeraar op gemeenschappelijke dwaling (artikel 6:228, eerste lid, onderdeel c) niet meer aan de orde kunnen komen. Tegen vernietiging als sanctie bestaan voorts bezwaren; zie hierboven de inleiding bij artikel 928.

Van artikel 931 kan niet worden afgeweken; men zie artikel 943, eerste lid.

Artikel 932 (polis)

Dit artikel betreft de afgifte van een polis. In het midden wordt gelaten wie de polis opmaakt. Essentieel is slechts dat de verzekeraar haar ondertekent – dit uit het vereiste van een akte – en afgeeft. Voorgesteld wordt in een nieuw artikel 135a van het WBRvA om de elektronische onderhandse akte mogelijk te maken. Een elektronische onderhandse akte moet zijn voorzien van een op een certificaat gebaseerde elektronische

handtekening als bedoeld in artikel 7 van de ontwerp-landsverordening overeenkomsten langs elektronische weg, in verbinding met het ontwerp-landsbesluit elektronische handtekeningen, certificaten en certificatie-dienstverleners. De polis is voor de verzekeringnemer een belangrijk document omdat hij daarmee zijn rechten tegenover de verzekeraar dwingend kan bewijzen. Vanwege deze bewijsfunctie is het van belang dat de verzekeringnemer de beschikking heeft over de polis. Om werkelijk over een elektronische polis te beschikken dient deze op het e-mailadres van de verzekeringnemer te zijn terecht gekomen. Men zie het tweede lid van artikel 135a WBRvA dat de uitdrukkelijke instemming verlangt van de gene aan wie de akte moet worden verschaft.

Overigens zij benadrukt dat wanneer de verzekeraar nalaat een polis af te geven, dat niet betekent dat er geen verzekeringsovereenkomst tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer tot stand is gekomen. Voor de verzekeringnemer is echter het bewijzen van het bestaan en de inhoud van een verzekeringsovereenkomst zonder polis onmogelijk of veel moeilijker dan met polis. De verzekeringnemer doet er daarom goed aan de elektronische polis, en niet alleen een papieren uitdraai daarvan, goed te bewaren. Een papieren uitdraai van een elektronische polis heeft namelijk minder bewijskracht dan de elektronische polis zelf. De elektronische polis heeft dwingende bewijskracht maar de papieren uitdraai heeft vrije bewijskracht.

Onder polis is ook begrepen een akte waarin de overeenkomst niet volledig is omschreven, maar die naar een bijbehorend document verwijst: polis en algemene voorwaarden, bewijs van deelneming en reglement van de onderlinge waarborgmaatschappij, ponskaart en mantelpolis bij collectieve verzekeringen.

De derde volzin houdt rekening met het feit dat soms, met name bij kortlopende transportverzekeringen, in het geheel geen polis wordt opge maakt. Deze wijze van doen wordt onder de in de bepaling vervatte eisen toegelaten.

Het tweede lid houdt rekening met verzekering van lange duur en dus met wijziging van de overeenkomst. Bepaald is dat hetgeen voor de oorspronkelijke overeenkomst is voorgeschreven, ook ten aanzien van de wijzigingen geldt.

Het derde lid legt de verplichting tot vervanging van verloren gegane bewijsstukken vast. Het feit van het verloren gaan moet desverlangd worden bewezen, maar dan is de verzekeraar ook tegen vergoeding van de kosten tot afgifte van een nieuw stuk verplicht. Zulks geldt ook indien de polis aan toonder of order is gesteld, of het een verzekering van zaken betreft die door middel van documenten plegen te worden verhandeld. Wat betreft het risico dat de verzekeraar bij afgifte van een nieuwe polis dan mogelijk tweemaal een uitkering moet doen, zij erop gewezen dat ingevolge artikel 949 het enkel tonen van de polis onvoldoende is om uitkering te krijgen. Dit artikel vereist immers dat men daarnaast ook zijn belang moet tonen. In de tweede plaats plegen deze documenten in meer dan één exemplaar te worden uitgegeven.

Het komt echter in de praktijk nogal eens voor dat de polis een clause kent die erop neerkomt dat de verzekeraar zich verplicht tot het doen van de uitkering aan de houder van de polis, ongeacht of deze ten tijde van de schade reeds belanghebbende was (dit in afwijking van artikel 949). In dat geval is het risico van dubbele betaling bij uitgifte van een nieuwe polis uiteraard wel reëel. Dit risico kan ook gelegen zijn in de mogelijk moeilijke bewijspositie waarin de verzekeraar bij afgifte van een nieuwe polis aan order of toonder kan komen te verkeren. Desalniettemin is het voor een houder van polissen als hier aan de orde van groot belang dat bij verlies een nieuwe polis wordt afgegeven. De verzekeraar die echter vreest dat hij het risico van dubbele betaling loopt, kan als voorwaarde voor de betaling aan de houder van de nieuwe polis ingevolge de tweede volzin van het derde lid verlangen dat hem zekerheid wordt gesteld gedurende de tijd dat hij nog aan een vordering bloot zal kunnen staan (zoals ook geldt ten aanzien van wissels).

Artikel 933 (mededelingen schriftelijk)

Deze bepaling bevordert de toepassing van artikel 932. Zij geeft aan op welke wijze de verzekeraar zich van zijn verplichting tot schriftelijke mededeling moet, en kan kwijten. Zij beschermt ook de geadresseerde, daar deze uit een oogpunt van zekerheid belang heeft bij schriftelijke mededelingen.

De geadresseerde kan de verzekeringnemer, de tot uitkering gerechtigde of de zelfstandige tussenpersoon zijn. De term 'schriftelijk' omvat alle

vormen die de modernste techniek kent. Indien de verzekeraar de mededeling per gewone brief aan de laatste hem bekende woonplaats verzendt, kan hem niet worden tegengeworpen dat de mededeling niet per aangetekende brief is gedaan, noch dat zij op het verkeerde adres is aangekomen.

Ingevolge het tweede lid kan worden afgeweken van het eerste lid door (onder voorwaarden) elektronische berichtgeving toe te staan bij een landsbesluit, houdende algemene maatregelen. Wanneer de verzekeraar op grond van het tweede lid en het landsbesluit dat daaraan uitvoering geeft bevoegd is mededelingen langs elektronische weg te doen, is het gerechtvaardigd die bevoegdheid wederkerig te maken

Ingevolge artikel 943, tweede lid, kan van de eerste volzin van het eerste lid van het onderhavige artikel niet ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde worden afgeweken.

Artikel 934 (niet-betalen vervolgpremie)

Sommige polissen verbinden aan wanbetaling van de premie schorsing of beëindiging van de dekking of van de verzekering. Voor zover dit de eerste premie betreft, bestaat daartegen geen bezwaar, maar de tot uitkering gerechtigde moet er tegen worden beschermd dat ook bij een reeds lopende verzekering het enkele achterwege blijven van de betaling van vervolgpremie hem van dekking of zelfs van de verzekering berooft.

Naast een aanmaning zoals dit artikel eist voordat de verzekering of dekking kan worden geschorst of beëindigd, is ook nodig dat de verzekeringnemer door de verzekeraar duidelijk is gewezen op de gevolgen van het niet tijdig betalen van de premie (vergelijk Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf, 8 september 1986, nr. III-86/25). Hierbij is ook van belang het moment waarop de aanmaning waarin op deze gevolgen gewezen wordt dient uit te gaan om effect te hebben. Een aanmaning voor de vervaldag, zoals bijvoorbeeld op de nota ter zake van de vervolgpremie, beschermt onvoldoende de verzekeringnemer die tijdig wil betalen, maar dat uit vergeetachtigheid voor de vervaldag niet heeft gedaan. Een standaardformulering op de nota van de vervolgpremie heeft immers niet het karakter van een extra aansporing. Daarom is bepaald dat alleen het achterwege blijven van betaling na een aanmaning 'na de vervaldag' kan leiden tot beëindiging of schorsing. Aldus zal dit feitelijk

tot effect hebben dat indien betaling na de premienota uitblijft, de schuldenaar in een zelfstandig bericht ten tweede male wordt herinnerd aan zijn betalingsverplichting. Na deze herinnering, die na de vervaldag uitgaat, is een termijn voor betaling van veertien dagen voldoende.

Het artikel mist toepassing in het geval van artikel 6:83, onderdeel c, te weten dat de verzekeraar uit een mededeling van de schuldenaar heeft moeten afleiden, dat deze de premie niet tijdig zal betalen. Dit is een van de gevallen waarin verzuim van de schuldenaar intreedt, zonder dat daartoe een ingebrekestelling nodig is. Alsdan mag ook de polis wel direct verval van de dekking en dergelijke voorschrijven.

Het artikel wordt slechts voorgesteld om de tot uitkering gerechtigde tegen de in het artikel genoemde sancties te beschermen en niet tegen andere gevolgen die aan niet-nakoming door de schuldenaar zijn verbonden. Bij die andere gevolgen is bovenal te denken aan de wettelijke rente (artikel 6:119), eventuele koersschade (artikel 6:125) en de incassokosten bedoeld in artikel 6:96, tweede lid, onderdeel c.

Schuldenaar van de premie is overeenkomstig artikel 925, eerste lid, aanvankelijk in beginsel steeds de verzekeringnemer. Gevolg van artikel 948 is echter dat de schuldenaar van de premie in een later stadium een ander dan de oorspronkelijke nemer kan zijn.

Voor levensverzekering geldt een afzonderlijke regeling in artikel 980. Van het bepaalde in dit artikel kan niet worden afgeweken indien de nemer een particulier is; zie artikel 943, derde lid.

Artikel 935 (verrekening)

Dit artikel staat in aanvulling op artikel 6:127, tweede lid, ook verrekening van opeisbare premies, schade en kosten met een uitkering toe indien niet de verzekeringnemer, maar een derde de tot uitkering gerechtigde is. De bepaling is geharmoniseerd met die van artikel 936, tweede lid, zodat een derde die zich verzekerd denkt te weten geen verrekening van opeisbare premies tegengeworpen kan krijgen ter zake van verzekeringen waar hij buiten staat.

Als gezegd kan de verzekeraar ingevolge artikel 6:127 een opeisbare premie verrekenen met een uitkering, en maakt het onderhavige artikel dit ook mogelijk als de schuldenaar van de premie en de tot uitkering gerechtigde niet dezelfde persoon zijn. Uiteraard wordt hierbij een uitzon-

dering gemaakt indien de akte aan toonder of order is gesteld. De houder van de polis wordt dan immers beschermd tegen omstandigheden die niet uit de akte blijken (vergelijk artikel 6:146). Bij verzekering van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld en waarbij de polis niet door de verzekeraar van een order- of toonderclausule is voorzien, kan de uitgever niet geacht worden afstand te hebben gedaan van zijn relatieve verweermiddelen, zoals verrekening. Daarom is de tweede volzin van de onderhavige bepaling beperkt tot verzekeringen die aan toonder of order zijn gesteld. Hierover zij nog opgemerkt dat ook in het Engelse recht de verzekeraar aan de houder van de in blanco geëndosseerde polis de relatieve verweermiddelen kan tegenwerpen (section 50, tweede lid, Marine Insurance Act 1906), zoals verrekening van nog openstaande premies.

Artikel 6:127, tweede lid, staat ook verrekening toe voor premieschulden van andere verzekeringen dan de verzekering ingevolge waarvan een uitkering wordt gedaan, indien de uitkering toekomt aan de verzekeringnemer. Deze mogelijkheid ondervindt kritiek voor zover het gaat om een uitkering krachtens een aansprakelijkheidsverzekering. Het gevaar bestaat dan immers dat aan de rechten van de benadeelde, die bijzondere bescherming verdienen, afbreuk wordt gedaan, omdat mogelijk de benadeelde daardoor niet zijn (volledige) schade vergoed krijgt. Met het oog hierop is het wenselijk de mogelijkheid tot verrekening bij een aansprakelijkheidsverzekering te beperken door alleen verrekening toe te staan voor premies ter zake van dezelfde verzekering. Aldus is dit in het tweede lid tot uitdrukking gebracht, waarmee deze bepaling tevens geharmoniseerd is met artikel 936. Ook door deze bepaling wordt immers de benadeelde in dezelfde zin beschermd voor het geval de verzekeringnemer nog premies verschuldigd is aan de tussenpersoon (artikel 936, tweede lid, in verbinding met vijfde lid, onderdeel b).

Artikel 936 (gevolgen delcredere)

Dit artikel regelt de gevolgen van het delcredere. In de Beurspolissen is het niet letterlijk opgenomen, maar vloeit het voort uit de clausule dat de tussenpersoon voor de premie is – of: zal worden – belast en de verzekeringnemer daardoor is – of: zal zijn – gekweten. Deze laatste woorden hebben tot gevolg dat de tussenpersoon niet slechts borg staat voor de

verplichtingen van de nemer, maar dat hij diens schuld tegenover de verzekeraar overneemt. Deze kan zich tegenover de nemer niet op het in gebreke blijven van de tussenpersoon beroepen. Deze laatste heeft verhaal op de verzekeringnemer.

Het thans voorgestelde artikel spreekt hier niet van hetgeen de tussenpersoon aan de verzekeraar heeft betaald, doch van hetgeen voor zijn rekening is gekomen, omdat zijn afrekening met de verzekeraar in rekening-courant geschiedt. Hij heeft dus verhaal zodra hij daarin is gedebiteerd, en natuurlijk ook indien hij op andere wijze aan de verzekeraar heeft betaald. Bovendien is de verzekeringnemer gekwet, zodra hijzelf – of een ander voor hem – de premie en de kosten aan de tussenpersoon heeft voldaan, voordat deze is gedebiteerd of anderszins aan de verzekeraar heeft voldaan. Uiteindelijk komen premie en kosten ten laste van de verzekeringnemer, hetzij doordat hij deze aan de tussenpersoon vergoedt, hetzij doordat premie en kosten van een uitkering worden afgehouden. In de Beurspolissen gaat de zojuist genoemde clausule steeds gepaard aan het beding dat de verzekeraar de bevoegdheid geeft, de door hem verschuldigde uitkering bevrijdend aan de tussenpersoon te voldoen. Omdat dit slechts de bevoegdheid van de verzekeraar tot afrekening met de tussenpersoon inhoudt, biedt het deze laatste geen zekerheid. Daarom legt het tweede lid van het onderhavige artikel de verzekeraar de daar omschreven verplichting op.

Het tweede en derde lid bieden de tussenpersoon bescherming indien enerzijds de verzekeringnemer hem niet heeft voldaan en anderzijds de verzekeraar tot uitkering verplicht is geworden. De eerste volzin van het tweede lid verplicht de verzekeraar, desverlangd, af te houden en aan de tussenpersoon uit te keren al hetgeen de verzekeringnemer uit hoofde van dezelfde verzekering aan premie en kosten nog aan de tussenpersoon verschuldigd is. Aan deze verplichting kunnen, behoudens het in het vierde lid van het artikel bepaalde, rechten van derden geen afbreuk doen ('ongeacht rechten van derden').

In geval de verzekeringnemer krachtens de verzekeringsovereenkomst de tot uitkering gerechtigde is, geeft de tweede volzin van dit tweede lid de tussenpersoon een verdergaande bescherming. De verzekeraar heeft dan, desgevorderd, gelijke verplichting tot afhouding en afdracht ten aanzien van andere premies en kosten, welke de tussenpersoon op grond van een

delcredere beding in andere verzekeringsovereenkomsten tussen dezelfde partijen heeft betaald, doch die hem nog niet zijn voldaan. De woorden ‘krachtens de verzekeringsovereenkomst’ brengen tot uitdrukking dat verkrijging van rechten op de uitkering door derden – men denke bij voorbeeld aan cessie en subrogatie – geen afbreuk doet aan de rechten van de tussenpersoon.

Teneinde het de tussenpersoon mogelijk te maken zijn rechten van het tweede lid uit te oefenen, verplicht het derde lid de verzekeraar alvorens tot uitkering aan een ander over te gaan, de tussenpersoon van zijn voornemen daartoe te verwittigen. De tussenpersoon heeft dan tien dagen de tijd om opgave te doen van het bedrag waarop hij aanspraak maakt: doet hij eerst daarna opgave dan loopt hij het risico dat de verzekeraar inmiddels tot uitkering is overgegaan.

In het vierde en vijfde lid zijn enige uitzonderingen op het tweede en derde lid opgenomen, gevallen waarin er een ander is, die buiten de driehoeksverhouding verzekeraar-tussenpersoon-verzekeringnemer staat, maar die bijzondere bescherming behoeft.

Als zodanig worden in het vierde lid in de eerste plaats (onder a) genoemd de tot uitkering gerechtigde uit een polis aan order of toonder. De reden is dezelfde als waarom bij deze verzekeringen een verrekening ingevolge artikel 935 is uitgesloten. Zie de toelichting hierboven bij dat artikel. Aldaar is ook aangegeven waarom dit anders is bij verzekeringen van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld. Om die reden wordt ook hier deze uitzondering beperkt tot verzekeringen die aan toonder of order zijn gesteld.

De tweede uitzondering (onder b) betreft de benadeelde ten behoeve van wie juist de verzekering moest worden gesloten; men denke aan de verplichte aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen. Aan de rechten van deze benadeelden behoort geen afbreuk te worden gedaan door de interne verwickelingen binnen de bovengenoemde driehoeksverhouding.

Het vijfde lid werkt ten gunste van derden, die zelf niet tot uitkering zijn gerechtigd, maar die zouden worden gedupeerd doordat de verzekeraar, krachtens het tweede lid, tweede volzin, op de uitkering waarmee zij hebben te maken, bedragen inhoudt die door de verzekeringnemer, tevens de tot uitkering gerechtigde, uit andere verzekeringen zijn verschuldigd. Als zodanig wordt in de eerste plaats (onder a) genoemd de pand-

houder krachtens artikel 3:229 (de pand- of hypotheekhouder die is gedupeerd door aantasting van het goed waarop zijn recht rustte) en degenen met een voorrecht als bedoeld in artikel 3:283 (voorrecht op een bepaald goed). Aldus wordt bereikt dat het recht van de tussenpersoon op vergoeding van door hem betaalde premies alleen sterker is voor zover het gaat om premies ter zake van de verzekering waaruit de uitkering, waarop het voorrecht rust, voortvloeit. De rechtvaardiging voor deze beperking is immers dat wanneer de tussenpersoon de premies niet had voldaan, er waarschijnlijk geen dekking was en diens gevolg ook geen pandrecht of voorrecht op de vordering op de verzekeraar. Dit argument gaat echter niet op voor de premies ter zake van andere verzekeringen. Alsdan dienen het pandrecht en het voorrecht van artikel 3:283 sterker te zijn dan het recht op afdracht.

In de tweede plaats (onder b) wordt in het vijfde lid genoemd de benadeelde die profiteert van een te zijnen behoeve, zij het onverplicht, gesloten aansprakelijkheidsverzekering. Deze laatste kan een beroep doen op het voorrecht van artikel 3:287. Zijn rechtspositie is beperkter gehouden dan die van de benadeelde ten opzichte van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering.

In de Beurspolissen gaat het beding van delcredere steeds gepaard aan het beding dat de verzekeraar de bevoegdheid geeft, de door hem verschuldigde uitkering bevrijdend aan de tussenpersoon te voldoen. De tussenpersoon is dan gevolmachtigd tot inning en ontvangt deze als vertegenwoordiger van de tot uitkering gerechtigde. De tussenpersoon is verplicht de uitkering aan deze te voldoen, en is in die zin als schuldenaar aan te merken. Hij kan dan eventuele openstaande premies ingevolge artikel 6:127, tweede lid, met de uitkering verrekenen als de tot uitkering gerechtigde premieschuldig is. Zonder nadere bepaling is het dan echter de vraag of hij hierbij het vierde en vijfde lid in acht moet nemen. Het zesde lid beoogt dit duidelijk te stellen. Tevens wordt hiermee veilig gesteld dat de tussenpersoon ook de bevoegdheid tot verrekening heeft indien de uitkering aan een derde verschuldigd is. Ingevolge artikel 6:127, tweede lid, zou hij dat recht immers missen. De verzekeraar heeft voor dat geval ook de bevoegdheid tot verrekening (artikel 935), evenals de tussenpersoon, indien de verzekeraar rechtstreeks aan de tot uitkering ge-

rechtigde derde betaalt, ingevolge het onderhavige artikel een recht op afdracht heeft.

Artikel 937 (onvermogen tussenpersoon)

Dit artikel dient ter bescherming van de klant tegen het onvermogen van de verzekeringstussenpersoon. Artikel 936 geeft reeds deze bescherming voor zover het bepaalt dat de verzekeringnemer is gekweten indien de premie aan de tussenpersoon is voldaan. Het onderhavige artikel beschermt de klant tegen het onvermogen van de tussenpersoon om de uitkering aan de verzekerde te voldoen. Gekozen is voor de constructie dat de verzekeraar bij betaling aan de tussenpersoon pas is gekweten zodra de uitkering aan de tot uitkering gerechtigde is voldaan.

Dit betekent dat indien de polisvoorwaarden het aan de verzekeraar toestaan de verschuldigde uitkeringen aan de tussenpersoon te voldoen, de verzekeraar desondanks door uitbetaling aan de tussenpersoon nog niet is gekweten. Dat is hij pas nadat de uitkering (door de tussenpersoon) aan de tot uitkering gerechtigde is voldaan. Artikel 937 ziet ook op de situatie waarbij de tussenpersoon van de verzekerde een volmacht heeft verkregen tot het incasseren van de uitkering. Wel zij daarbij aangetekend dat bij faillissement van de tussenpersoon de volmacht vervalt, zodat de verzekeraar in dat geval ook thans niet meer bevrijdend aan de tussenpersoon kan betalen. Zie artikel 3:72 en HR 15-4-1994, NJ 1994, 607. De verzekeraar is ingevolge artikel 937 jegens de tot uitkering gerechtigde gekweten voor zover hetgeen aan hem verschuldigd is aan hem wordt voldaan. Met de woorden 'hetgeen aan de tot uitkering gerechtigde verschuldigd is' wordt er rekening mee gehouden dat in bepaalde gevallen de tot uitkering gerechtigde niet de gehele uitkering toekomt. Men denke aan de bevoegdheid van de verzekeraar tot verrekening met nog openstaande premies.

Voorts bepaalt het artikel dat de verzekeraar ook is gekweten voor zover de tot uitkering gerechtigde door betaling aan de tussenpersoon is gebaat. Men denke hierbij aan een bevoegdheid tot verrekening van de tussenpersoon, bijvoorbeeld ingevolge het zesde lid van artikel 936, en aan de situatie waarbij onder de tussenpersoon executoriaal derdenbeslag is gelegd.

Tenslotte zij erop gewezen dat deze bepaling is opgenomen in artikel 943, tweede lid, zodat van deze bepaling niet ten nadele van de verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde kan worden afgeweken.

Artikel 938 (geen risico, geen premie)

Het eerste lid stelt een van oudsher geldende regel omtrent premierestorno voorop: indien in het geheel geen risico is gelopen, is ook geen premie verschuldigd. De tweede volzin bevat een uitbreiding met het oog op langlopende verzekeringen. Met de woorden: geen risico is gelopen, wordt tot uitdrukking gebracht, dat de bepaling eerst toepassing vindt, indien noch de verzekeraar, noch de tot uitkering gerechtigde het risico heeft gelopen waartegen werd verzekerd. De bepaling vindt aldus toepassing indien koopmansgoederen voor een bepaalde reis zijn verzekerd, doch niet worden verzonden. Zij vindt geen toepassing indien een gebouw tegen brand is verzekerd op voorwaarde dat bepaalde blusmiddelen aanwezig zijn, terwijl aan die voorwaarden gedurende een vol verzekeringsjaar niet is voldaan. Dan is wel risico gelopen, zij het niet door de verzekeraar.

Indien premie ingevolge dit artikel zonder rechtsgrond blijkt te zijn betaald, kan zij op grond van artikel 6:203 worden teruggevorderd. Wel heeft de verzekeraar recht op een billijke vergoeding van te zijnen laste gekomen kosten, te weten provisie en administratiekosten. De bepaling laat alle ruimte deze kosten op een percentage van de premie te stellen. De aanhef van het eerste lid brengt tot uitdrukking dat de premie wel ten volle verschuldigd is indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde de verzekeraar door misleiding tot het sluiten van de overeenkomst heeft bewogen, doch uiteindelijk geen risico blijkt te zijn gelopen. Men heeft bij voorbeeld een niet-bestaande zaak verzekerd en deze daarna als gestolen of als vernietigd aangemeld. Dan behoudt de verzekeraar de premie.

Het tweede lid geeft elke partij het recht, een langlopende verzekering op te zeggen, indien over een vol jaar geen risico is gelopen; zie over de term 'geen risico lopen' de toelichting op het eerste lid. Of dit laatste het geval is kan eerst na afloop van zulk een jaar worden vastgesteld. Na afloop daarvan heeft men een maand de tijd om op te zeggen. De tweede volzin voorkomt dat de verzekeraar opzegt om van een intussen ontstane

vergoedingsplicht af te komen. Voor het opzeggingsrecht maakt het geen verschil of al dan niet met het in het eerste lid bedoelde opzet is gehandeld.

Het derde lid vindt toepassing indien bijvoorbeeld slechts een deel van de verzekerde zaken is verzonden.

Artikel 939 (tussentijdse opzegging)

Dit artikel regelt de gevolgen van tussentijdse opzegging voor de verschuldigheid van de lopende premie. De bepaling omvat niet alleen opzegging krachtens overeenkomst, maar ook krachtens de wet: artikel 929, artikel 948, tweede lid, en artikel 949.

Onder lopende premie is te verstaan de laatst vervallen (en veelal reeds betaalde) premie, die mede betrekking heeft op de periode gelegen nadat de overeenkomst tussentijds is beëindigd. Deze lopende premie dient, aldus de hoofdregel van het artikel, naar billijkheid te worden verminderd. Niet wordt voorgeschreven vermindering naar evenredigheid van de tijdsduur, waarvoor de verzekering vervalt. Bij de bepaling van de vermindering moet immers naast de tijd ook op andere factoren worden gelet, zoals op de provisie en de administratiekosten, terwijl bij verzekering van objecten in aanbouw het tijdsverloop veelal geen uitgangspunt zal zijn. Men zie verder de toelichting bij artikel 938, eerste lid.

Blijkens de aanhef wordt de lopende premie niet verminderd indien de opzegging heeft plaats gevonden wegens opzet de verzekeraar te misleiden.

Ingevolge artikel 943, eerste lid, kan van dit artikel niet worden afgeweken, behalve wat betreft de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen. De Nederlands Antilliaanse Vereniging van Verzekeraars heeft medegedeeld in het algemeen de gedachte dat bij tussentijdse opzegging de premie naar billijkheid wordt gerestitueerd te onderschrijven. Bij motorrijtuigverzekeringen op grond van de Landsverordening aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (AB 1999 no. GT 12) hebben verzekeraars echter, juist ter voorkoming van het onverzekerd rijden, hun polissen zodanig geredigeerd dat tussentijdse beëindiging door de verzekeringnemer financieel onaantrekkelijk is. Dit beleid heeft geresulteerd in minder uit financiële motieven gedreven royementen.

Artikel 940 (opzeggingstermijn)

Dit artikel bevat enkele voorschriften omtrent opzegging van de overeenkomst. Het eerste lid betreft verzekeringen die behoudens tijdige opzegging automatisch doorlopen. In de praktijk wordt het recht om dit doorlopen te verhinderen soms illusoir gemaakt door een onnodig lange opzegtermijn. Daaraan stelt het lid paal en perk door een opzegtermijn van twee maanden voor te schrijven. De overeenkomst mag geen langere termijn noemen, maar partijen mogen wel reeds voordien opzeggen.

Het tweede lid keert zich tegen een onredelijk lange tijd, waarvoor de verzekering is gesloten, of waarvoor zij automatisch wordt voortgezet. Deze termijn kan door elk van de partijen tot vijf jaar worden teruggebracht indien hij meer belooft. Indien bij voorbeeld een overeenkomst voor zeven jaar is gesloten met verlenging voor dezelfde tijd, kan elk van de partijen de overeenkomst tegen het einde van het vijfde jaar opzeggen. Hij kan ook wachten tot het einde van het zevende jaar. Dezelfde mogelijkheden bestaan voor opzegging na verlenging; in het gegeven voorbeeld kan dan tegen het einde van het twaalfde jaar, maar ook tegen het einde van het veertiende jaar worden opgezegd. In alle gevallen geldt een opzegtermijn van twee maanden.

Bij persoonsverzekering mist de verzekeraar het recht van vervroegde opzegging. Hiermee sluit het lid aan op de aard van vele persoonsverzekeringen, die meebrengt dat de mogelijkheid van verzwaaring van het gezondheidsrisico voor rekening van de verzekeraar komt; men zie ook het vijfde lid.

In het derde lid, omtrent tussentijdse opzegging, is de termijn van twee maanden uit artikel 7:940, derde lid, Ned.BW niet overgenomen. De Nederlands Antilliaanse Vereniging van Verzekeraars heeft op het volgende gewezen. De verzekeraar heeft veelal limitatief in de overeenkomst omstandigheden benoemd die kunnen leiden tot tussentijdse beëindiging. Een bekende tussentijdse beëindiginggrond is na melding van een schade. Bij schade komt de verzekeraar er veelal achter dat hij een ongewenst risico in de boeken heeft. Als voorbeeld wordt het geval genoemd van iemand die onder invloed van alcohol een ongeval heeft veroorzaakt. Een opzegtermijn van twee maanden zou in dat geval contraproductief werken.

De laatste volzin van het derde lid regelt de wijze waarop de verzekeraar gebruik maakt van een door hem bedongen bevoegdheid tot tussentijdse opzegging van de verzekering. Bij de verzekeringsovereenkomst past in het algemeen dat de verzekeraar in beginsel terughoudend is in het hantieren van een bevoegdheid tot tussentijdse opzegging, zeker als er geen sprake is van kwade trouw bij de verzekeringnemer. De van verzekeraars te vergen terughoudendheid is tot uitdrukking gebracht in deze slotzin. In elk geval zal voldaan moeten zijn aan de in de verzekeringsvoorwaarden gestelde vereisten. Voorts zal de verzekeraar veelal zorgvuldig moeten overwegen of de omstandigheden voldoende ernstig zijn om opzegging te rechtvaardigen en moeten nagaan of in redelijkheid geen minder ingrijpende maatregel kan worden gevonden die evenzeer recht doet aan de belangen van beide partijen. Alvorens tot opzegging over te gaan, kan een waarschuwing op zijn plaats zijn. Ook kan gedacht worden aan het instellen van een eigen risico per gebeurtenis als voorwaarde voor het voortzetten van de verzekering. In het geval van tussentijdse opzegging zal de verzekeraar steeds gehouden zijn schriftelijk mee te delen welke redenen aan de opzegging ten grondslag liggen, reeds omdat de verzekeringnemer deze informatie bij het sluiten van een nieuwe verzekering nodig heeft. Voor de formulering van de laatste volzin is aansluiting gezocht bij artikel 6:237, onderdeel d.

Het komt nog al eens voor dat krachtens de polis de verzekeraar en de verzekeringnemer ongelijke opzegmogelijkheden hebben. Zo komt het voor dat de verzekeringnemer alleen kan opzeggen tegen de contractsvervaldatum, maar de verzekeraar ook tegen elke jaarlijkse premievervaldatum. Ook komt de verzekeraar nog al eens de bevoegdheid toe de overeenkomst tussentijds op te zeggen na het vallen van schade, terwijl die bevoegdheid de verzekeringnemer wordt onthouden. Het derde lid, eerste volzin, van dit artikel beoogt de opzegmogelijkheden voor beide partijen gelijk te doen zijn. Dit vooral om evenwichtige opzegmogelijkheden te creëren. Het belang daarvan voor de verzekeringnemer kan bijvoorbeeld daarin gelegen zijn dat deze ontevreden is over een afwikkeling van de schade. De mogelijke vrees – met name bij meerjarige contracten tegen een lagere premie – dat door het gelijktrekken van de opzegmogelijkheden de verzekeringnemer onder omstandigheden te gemakkelijk de overeenkomst tussentijds kan opzeggen, kan door de ver-

zekeraar weggenomen worden door zijn eigen opzegmogelijkheden restrictief te formuleren.

Het vierde lid heeft het oog op het beding, dikwijls in langlopende overeenkomsten voorkomend, dat de verzekeraar de overeenkomst eenzijdig mag wijzigen. Hiertegen bestaat, afgezien van het in het vijfde lid bepaalde, geen bezwaar, mits de verzekeringnemer de overeenkomst kan opzeggen. Dit wordt hem in dit vierde lid gewaarborgd. De term 'ten nadele van' moet ruim worden uitgelegd. Het recht tot opzegging bestaat dus ook indien de dekking deels wordt beperkt en deels wordt uitgebreid. Geen recht op opzegging bestaat indien de premie uitsluitend wordt verhoogd als gevolg van een overeengekomen indexering van de verzekerde som. Dan is het niet de verzekeraar die de overeenkomst wijzigt, doch vloeit de wijziging rechtstreeks uit de overeenkomst voort.

Het vijfde lid derogeert aan artikel 6:258 en behoeft geen verdere toelichting; de ratio kwam reeds bij de toelichting op het tweede lid ter sprake. Men zie voor levensverzekering artikel 977. Het zesde lid maakt het mogelijk dat de consument de verzekering elektronisch opzegt.

Van het in het eerste, derde, vijfde en zesde lid bepaalde, kan ingevolge artikel 943, tweede lid, niet ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde worden afgeweken. Ten aanzien van het tweede en vierde lid geldt ingevolge artikel 943, derde lid, hetzelfde indien de verzekering is gesloten door een particulier.

Artikel 941 (melding van verwezenlijking van risico)

Het eerste lid preciseert de meldingsplicht bij verwezenlijking van het risico in twee opzichten. In de eerste plaats maakt het duidelijk dat deze verplichting niet alleen op de tot uitkering gerechtigde maar ook op de verzekeringnemer rust. In de tweede plaats legt het vast dat de verplichting niet reeds ontstaat op het moment dat het risico zich verwezenlijkt, maar eerst zodra de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde daarvan op de hoogte is of behoort te zijn, maar dan moet de mededeling ook zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is worden gedaan. Deze woorden kunnen van betekenis zijn voor de keuze van het communicatiemiddel.

Het tweede lid legt vast hetgeen ook zonder dien de redelijkheid en de billijkheid zouden meebrengen; vgl. HR 16-1-1959, NJ 1960, 46.

De meldingsplicht kan een verbintenis zijn welke ingevolge artikel 6:74 bij een toerekenbare niet-nakoming in beginsel tot schadevergoeding verplicht. Is het de tot uitkering gerechtigde die deze verplichting niet nakomt, dan kan de verzekeraar zijn aanspraak op schadevergoeding verrekennen met de uitkering. Deze mogelijkheid ontbreekt echter indien de tot uitkering gerechtigde zijn aanwijzing nog niet heeft aanvaard, omdat op hem in dat geval door de verzekering geen verbintenissen kunnen worden opgelegd. Zie ook de toelichting bij artikel 926, tweede lid. In die situatie kan de meldingsplicht beter worden opgevat als een ‘Obliegenheid’, die bij verzaking aanleiding geeft tot vermindering van de uitkering. Daarom verdient het aanbeveling dat de wet bij de niet-nakoming van de meldingsplicht door de tot uitkering gerechtigde een zelfstandige grondslag biedt voor vermindering van de uitkering. Het derde lid van dit artikel biedt deze grondslag.

Overigens kan worden aangenomen dat indien de tot uitkeringsgerechtigde de verwezenlijking van het risico niet heeft gemeld door een omstandigheid die hem niet kan worden toegerekend, bijvoorbeeld omdat hij niet op de hoogte is van het bestaan van de verzekering of zijn aanwijzing, de tweede volzin van het eerste lid in de weg staat aan vermindering van zijn uitkering.

In het bijzonder de stipte nakoming van de verplichting van het eerste lid is voor de verzekeraar van groot belang: zij stelt hem in staat zijn uitkeringsplicht naar behoren te beoordelen, schadebeperkende maatregelen aan te wijzen en, zonodig, tegenbewijs te verzamelen. Een vordering tot schadevergoeding is daarbij een moeilijk te hanteren sanctie, en veelal wordt dan ook overeengekomen dat bij niet-nakoming het recht op uitkering vervalt. Deze sanctie is te straf, en het vierde lid geeft dan ook slechts de mogelijkheid deze sanctie te bedingen voor het geval de verzekeraar door de niet-nakoming van het in het artikel bepaalde in een redelijk belang is geschaad. Aangenomen moet worden dat deze regel ook geldt naar huidig recht (vgl. HR 5-10-2007, NJ 2008, 57).

Voor het geval dat die verplichtingen niet worden nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden, geeft het ontwerp zelf die sanctie in het vijfde lid. Daarbij volgt het ontwerp het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad niet. Het is niet gewenst dat bedrog bij de schaderegeling de verplichting van de verzekeraar, de werkelijk geleden schade te ver-

goeden, onverlet zou laten, omdat de bedrieger dan geen enkel risico loopt en er alleen maar ontoelaatbaar voordeel uit zou kunnen trekken. Anderzijds lijkt bij partieel bedrog, mede gelet op artikel 6:237, aanhef en onderdeel h, een genuanceerde toepassing geboden (zie onder meer Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf II-96/40, te kennen uit Verzekeringsrechtelijke berichten 1997, blz. 43 e.v.). Door toevoeging aan het slot van het vijfde lid van de woorden 'behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt', wordt de rechter bij toepassing van de sanctie de mogelijkheid gegeven met de bijzonderheden van elk geval rekening te houden. Aldus kan de rechter een gezien de zwaarte van het bedrog passende, meer proportionele sanctie toepassen, bijvoorbeeld indien het frauduleus handelen slechts betrekking heeft op één van de verschillende vorderingen die de verzekerde onder verschillende rubrieken van de polis heeft ingediend. Wel zal als uitgangspunt moeten gelden dat gezien de opzet tot misleiding, alleen in bijzondere omstandigheden aangenomen kan worden dat het (gehele) verval van uitkering niet gerechtvaardigd is.

Van het eerste, tweede, vierde en vijfde lid kan niet ten nadele van de nemer of de tot uitkering gerechtigde worden afgeweken (artikel 943, tweede lid).

Artikel 942 (verjaring)

De bepalingen omtrent verjaring, vervat in titel 11 van Boek 3, zijn in zoverre van regelend recht dat zij bij overeenkomst kunnen worden verkort, met dien verstande dat artikel 6:236, onderdeel g, een verkorting tot minder dan een jaar op de 'zwarte lijst' plaatst. Aldus wordt echter aan de verzekeraar meer ruimte gelaten dan noodzakelijk en gewenst is. Daarom geeft het eerste lid van het onderhavige artikel 942 een bijzondere verjaringstermijn ten aanzien van het geldend maken van het recht op uitkering.

Het tweede lid regelt de stuiting van de in het eerste lid bedoelde verjaring. Het is ingegeven door hetgeen vele overeenkomsten thans bepalen. (Dit geschiedt soms in de vorm van een vervaltermijn, maar voortaan is dit niet steeds mogelijk; zie hieronder). Ook na afwijzing is de verjaringstermijn drie jaren.

Het derde lid (ontleend aan de Nederlandse Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade van 17 december 2009, Stb. 221) houdt rekening met het bijzondere karakter van een aansprakelijkheidsverzekering. Zo is één van diens karakteristieken dat de beantwoording van de vraag of en tot welk bedrag ingevolge een verzekering tegen aansprakelijkheid een uitkering verschuldigd is, vaak meer tijd vergt dan bij andere verzekeringen. Deze vragen hebben bovendien mede betrekking op een derde die geen partij is bij de verzekering maar met wie in de praktijk vaak wel de onderhandelingen plaatsvinden.

Het derde lid houdt met het voorgaande rekening door aan iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de tot uitkering gerechtigde of de benadeelde stuitende werking toe te kennen. Dat is ook in overeenstemming met de realiteit dat, zolang er nog onderhandelingen worden gevoerd, de verzekeraar er rekening mee zal houden dat zijn wederpartij zijn recht op nakoming voorbehoudt. Voor ‘onderhandeling’ is voldoende een uitwisseling van berichten waarbij de benadeelde de verzekeraar aansprakelijk stelt en deze de aanspraak in behandeling neemt, zonder ervan blijk te geven de aanspraak (gedeeltelijk) te honoreren (aldus laatstelijk ten aanzien van artikel 10, vijfde lid, van de Nederlandse Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen: HR 18-1-2008, NJ 2008, 58).

De tweede volzin van het derde lid bepaalt dat een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de verzekeraar hetzij de aanspraak erkent, hetzij ondubbelzinnig aan de andere partij kennis geeft dat hij de onderhandelingen afbreekt. Indien de verzekeraar in onderhandeling is met de benadeelde dient hij aan de verzekerde te laten weten dat hij de onderhandelingen heeft afgebroken. De verzekerde heeft er immers groot belang bij te weten dat er een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen, bijvoorbeeld indien hij de verjaring op enig moment weer zou willen stuiten. Indien een verzekeraar er aldus kennis van geeft dat hij de onderhandelingen afbreekt, bedraagt de nieuwe termijn weer drie jaren (vgl. ook artikel 3:319, tweede lid). Opgemerkt zij nog dat het begrip ‘onderhandeling’ in ruime zin moet worden opgevat, zodat daaronder elke briefwisseling en elke mondelinge bespreking over de mogelijke uitkering moet worden begrepen.

Dat aldus bij aansprakelijkheidsverzekeringen aan onderhandelingen stuitende werking wordt toegekend, laat onverlet dat de verjaring daarnaast ook op andere wijze kan worden gestuit, zoals door een schriftelijke aanmaning (artikel 3:317). Dit is bijvoorbeeld van belang indien de verzekeraar weigert in onderhandeling te treden. De benadeelde heeft dan toch de mogelijkheid om de verjaring te stuiten. Daarbij zij wel opgemerkt dat door de woorden 'in afwijking van het tweede lid, eerste volzin' de wijze van stuiting zoals dat in dit lid is omschreven, bij aansprakelijkheidsverzekeringen toepassing mist.

Het onderhavige artikel 942 kent geen absolute verjaringstermijn. Dit is vooral van belang bij zgn. 'long tail-risico's', waarbij de schade zich mogelijk pas kan manifesteren nadat een absolute verjaringstermijn is verstreken. Het opnemen in de polis van een absolute verjaringstermijn is ingevolge artikel 943, tweede lid, ook niet mogelijk. Dit omdat anders mogelijk geen dekking zou kunnen bestaan voor 'long tail-schades', ook als deze tijdens de geldigheidsduur van de dekking zijn gemeld.

Artikel 943 (dwingend recht)

Dit artikel is telkens toegelicht bij de artikelen waarnaar het verwijst. Zie ook het Algemeen deel van deze Memorie van Toelichting bij titel 7.17.

Afdeling 2. Schadeverzekering

Artikel 944 (definitie)

De in dit artikel opgenomen definitie vult die van artikel 925 aan. Zij bevat alleen een omschrijving van het kenmerk van de schadeverzekering ten opzichte van verzekering in het algemeen. Met het woord: vermogensschade, sluit het artikel aan bij artikel 6:95, hetgeen meebrengt dat daaronder mede zijn begrepen de vergoeding van kosten, als bedoeld in artikel 6:96, waarvoor de verzekerde kan komen te staan, en gederfde winst.

Ook overigens moet de term 'vermogensschade' ruim worden opgevat; de grens ligt slechts daar, waar de verzekerde door het ontvangen van de schadevergoeding in een duidelijk voordeliger positie zou geraken: artikel 960. Slechts een verzekering die de strekking heeft die grens te overschrijden is in zoverre nietig; vgl. HR 6-10-1978, NJ 1980, 534 betreffende imaginaire winst (met vervolg in HR 4-2-1983, NJ 1983, 626).

Artikel 945 (begrippen)

Dit artikel bevat de omschrijving van het begrip ‘verzekerde’ in deze afdeling. Zij vloeit voort uit de voor titel 7.17 gekozen terminologie. Door de woorden ‘krachtens de verzekering’ brengt de bepaling tot uitdrukking dat uitsluitend van de overeenkomst en hetgeen daaruit voortvloeit, afhangt wie in geval van schade tot vergoeding is gerechtigd. Zo zal, indien de verzekering verschillende achtereenvolgende belangen dekt, zoals bij koopmansgoederen, uit de overeenkomst moeten worden afgeleid wie van de belanghebbenden tegenover de verzekeraar aanspraak kan maken op vergoeding van de door hem geleden schade, en op welk moment men een gedekt belang dient te hebben: ten tijde van de verwezenlijking van het risico of ten tijde van het vaststellen van de schade. Ook een derde die nog niet heeft aanvaard moet ingevolge het slot als verzekerde worden aangemerkt.

Artikel 946 (belangen verzekeringnemer)

Dit artikel brengt tot uitdrukking dat de verzekeraar erop mag rekenen dat slechts de belangen van zijn wederpartij zijn gedekt, tenzij anders is overeengekomen. Het is niet nodig dat het belang reeds bij het sluiten van de overeenkomst bestaat.

Indien een echtgenoot een zaak verzekert die in de gemeenschap valt, zijn ingevolge het eerste lid slechts de belangen van deze echtgenoot gedekt. Tenzij derhalve anders is overeengekomen, zijn daarmee niet de belangen van de andere echtgenoot gedekt. Daardoor kan er vooral bij een huwelijksgoederengemeenschap onduidelijkheid bestaan over de vraag of dat meebrengt dat het verzekerd belang dan ook niet meer dan de helft van de waarde van het verzekerde object belooft. Om deze onduidelijkheid te vermijden, en dit voor echtgenoten onwenselijke gevolg te voorkomen, wordt in het tweede lid van het onderhavige artikel bepaald dat iedere echtgenoot voor zijn belang verzekerde is. Voor andere gemeenschappen geldt deze regel niet, omdat de deelgenoten daarvan niet zonder meer een zodanige band met elkaar hebben dat wenselijk is dat bij een verzekering van een zaak door een deelgenoot ook de belangen van de andere deelgenoten gedekt zijn.

Artikel 947 (herroeping aanwijzing begunstigde)

Veel schadeverzekeringen kennen derdenbedingen, als gevolg waarvan de belangen van derden zijn (mee)verzekerd. In de commerciële sfeer zijn dit bijvoorbeeld de aanbouwverzekering voor gebouwen of schepen, waarbij praktisch een ieder is meeverzekerd die met de bouw maar iets van doen heeft, de verzekering van landmaterieel waarbij naast de eigenaar ook (bijvoorbeeld) de huurder van het materieel is gedekt. Ook in de privé-sfeer komen derdenbedingen veelvuldig voor: de overeenkomst geeft niet alleen de nemer dekking, maar ook diens echtgenoot, zijn kinderen en (eventueel) andere huisgenoten; de inboedelverzekering dekt ook wel de bagage van logé's; de verzekering van voertuigen en pleziervaartuigen pleegt ook dekking te verlenen aan degene die het voer- of vaartuig met machtiging van de verzekeringnemer bestuurt, enz.

Hierbij moet men uitgaan van het beding ten behoeve van een derde, geregeld in de artikelen 6:253 tot en met 6:256. Aan een afwijking bestaat echter behoefte. Artikel 6:253, tweede lid, bepaalt dat tot de aanvaarding door de derde het beding kan worden herroepen door degene die het heeft gemaakt. Dit past echter niet goed bij verzekering waarbij naast de zojuist genoemde gevallen ook algemene clausules als 'voor wie het aangaat' enz. zo veelvuldig voorkomen, ook op standaardformulieren, dat zij a.h.w. deel uitmaken van het produkt van de verzekeraar. Daarom wordt in het onderhavige artikel 947 bepaald dat de verzekeringnemer de aanwijzing niet kan herroepen zonder medewerking van de verzekeraar of van de derde. Verzekeringnemer en verzekeraar kunnen door wijziging van hun overeenkomst de aanwijzing ongedaan maken, maar de tweede zinsnede verhindert dat dit geschiedt nadat de schade is gevallen, en dus ten nadele van de derde.

Artikel 948 (verzekering volgt belang)

Dit artikel geeft vorm aan de aloude regel dat de verzekering het belang volgt. De verkrijger moet de vervreemder in zijn door de verzekering gedekte belang zijn opgevolgd. Is dus een huis door de eigenaar tegen brand verzekerd, dan loopt bij overdracht van het huis de verzekering ten bate en ten laste van de nieuwe eigenaar. De uitzondering is neergelegd in de derde volzin.

Het tweede lid dwingt de nieuwe verzekerde, nadat hij de zaak of het beperkte recht heeft verkregen, te kiezen of hij de verzekering wil voortzetten. Daartegenover kan van de verzekeraar niet worden geveerd dat hij de overeenkomst met iedere willekeurige verzekerde wil voortzetten. Daarom geeft dit lid hem een opzeggingsrecht.

Het derde lid berust op het feit, dat de verzekeraar niet weet wie de nieuwe verzekerde is, zolang deze hem niet heeft doen weten de verzekering over te nemen. Hoe vervreemder en verkrijger de premiebetaling onderling regelen, raakt de verzekeraar niet.

De in het tweede lid genoemde termijnen mogen niet tot verlenging van de verzekering of tot belemmering van opzegging uit anderen hoofde leiden. Zou bijvoorbeeld de verzekering zonder overdracht van de zaak nog slechts acht dagen hebben gelopen, dan brengt de overdracht van de zaak daarin geen wijziging. Dit is in het vierde lid neergelegd.

Indien de verzekering een derdenbeding bevat, en de verkrijger aan de omschrijving daarvan voldoet, is zijn rechtspositie door artikel 947 bepaald. Daarbij is geen plaats voor opzegging door de verzekeraar. Dit verklaart de inhoud van het vijfde lid.

Artikel 949 (bewijsstuk aan toonder of order en documenten)

Evenals in artikel 932, derde lid, worden in deze bepaling verzekeringen van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld gelijk gesteld met verzekeringen die aan toonder of order luiden. Bij deze verzekeringen zijn de artikelen 947 (herroeping aanwijzing) en 948 (overgang van belang) uitgesloten. De uitsluiting van artikel 948 houdt verband met de mogelijkheid om de dekking ten behoeve van een derde te herroepen. Dit kan uiteraard gezien hun waardepapierkarakter niet bij order- en toonderpolissen, maar dient uiteraard ook niet de bedoeling te zijn bij verzekeringen van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld. Overigens betekent dit dat niet kan worden volstaan met uitsluiting van artikel 948. Ook artikel 6:253, tweede lid, dient te worden uitgesloten. Immers, door uitsluiting van het eerstgenoemde artikel zou anders gedacht kunnen worden dat artikel 253, tweede lid, dan wel van toepassing is.

Ook is het raadzaam om eveneens artikel 950 uit te sluiten. Dit artikel geeft de erfgenamen van de verzekeringnemer het recht van opzegging

na overlijden van de verzekeringnemer. Een dergelijke opzegging dient evenwel bij verzekeringen als hier aan de orde niet mogelijk te zijn, omdat daardoor de opvolgende belanghebbenden ernstig gedupeerd zouden kunnen worden.

Artikel 950 (opzegging na overlijden)

Dit artikel berust op de gedachte dat erfgenamen redenen kunnen hebben een lopende verzekering niet voort te zetten.

Artikel 951 (aard en gebrek van de zaak)

De aard van de verzekerde zaak is een aan haar soort inherente eigenschap, bijvoorbeeld bederfelijkheid. Een gebrek van de zaak is een slechte eigenschap die zij niet behoorde te hebben, bijvoorbeeld overrijpheid van fruit bij verzending. De schade moet, wil zij van vergoeding uitgesloten zijn, door die aard of het gebrek zijn veroorzaakt. Bederven zaken doordat als gevolg van een ten laste van de verzekeraar komende oorzaak de reis abnormaal lang duurt of de ruimen van het schip niet kunnen worden gelucht, terwijl in normale omstandigheden geen bederf zou zijn ingetreden, dan moet de schade worden vergoed.

Artikel 952 (opzet of roekeloosheid)

In overeenstemming met de terminologie die in het nieuwe BWA gebruikelijk is, wordt gesproken van opzet of roekeloosheid. Voor de invulling van de roekeloosheid kan HR 12-3-1954, NJ 1955, 386 betekenis behouden. Partijen kunnen ook lichtere graden van schuld van de dekking uitsluiten. In hoeverre zij de dekking kunnen uitbreiden zonder dat dit in strijd komt met de goede zeden en de openbare orde, moet aan artikel 3:40 worden getoetst; zie bijvoorbeeld HR 30-5-1975, NJ 1976, 572. Indien er meer verzekerden zijn, kan opzet of roekeloosheid van een van de verzekerden niet ook aan de anderen worden tegengeworpen. Dit brengt dan onder meer mee dat de andere verzekerden vergoeding kunnen vorderen voor zover hun belang bij verzekerde zaken strekt. Er zij op gewezen dat ingevolge artikel 962 de verzekeraar voor de uitkering die hij aan de andere verzekerden moet doen, door het bepaalde in de tweede volzin van het derde lid, wel gesubrogeerd wordt in hun rechten jegens de tekortschietende medeverzekerde.

Artikel 953 (erkenningen)

Op straffe van verval van uitkering bepaalt een polis nog al eens dat de verzekerde geen aansprakelijkheid jegens de benadeelde mag erkennen. Het onderhavige artikel voorkomt dat de verzekerde die terecht zijn aansprakelijkheid erkent, van uitkering verstoken blijft.

In de literatuur wordt wel aangenomen dat een verbod van erkenningen geen betrekking zou mogen hebben op de erkenning van feiten, omdat dit in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden. Het zou immers de verzekerde verbieden om de feitelijke toedracht van een schadeval te bespreken, waartoe bovendien de verzekerde in bepaalde gevallen als getuige of in een strafrechtelijk onderzoek zelfs verplicht is. Om derhalve duidelijk te maken dat het verbod van erkenningen zich nimmer mag uitstrekken tot de erkenning van feiten, is dit in een tweede volzin bij dit artikel tot uitdrukking gebracht.

Artikel 954 (directe actie)

Deze bepaling strekt tot invoering van wat wel wordt genoemd een directe actie. Een directe actie duidt op de bevoegdheid van een benadeelde om rechtstreeks van een verzekeraar betaling aan hem te vorderen van hetgeen degene die voor de schade aansprakelijk is, van zijn aansprakelijkheidsverzekeraar te vorderen heeft. In het algemeen is men van mening dat indien een veroorzaker van schade zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt, de verzekeringspenningen zoveel als mogelijk bij de benadeelde terecht moeten komen. De aansprakelijkheidsverzekering zou in het perspectief van slachtofferbescherming tekort schieten, indien de verzekeringspenningen bij de aansprakelijke verzekerde zouden blijven steken of bij insolventie van de laatste diens schuldeisers ten goede zouden komen. Hiertegen is wel aangevoerd dat juist deze laatsten door de doorbreking van de *paritas creditorum* benadeeld worden ten opzichte van de benadeelde, echter zij behoeven niet te profiteren van het vaak toevallige feit dat de benadeelde schade is berokkend. Bovendien is er een onverbreekelijke band tussen de vordering van de benadeelde op de verzekerde en de vordering van deze laatste op zijn verzekeraar, en zou de verzekering niet aan zijn doel voldoen indien het anderen dan de benadeelde zijn die van de uitkering profiteren.

Tot op zekere hoogte vindt de benadeelde bescherming in het voorrecht zoals neergelegd in artikel 3:287. Dit voorrecht met zeer hoge rang schiet echter in een aantal gevallen tekort, onder andere omdat toch de mogelijkheid bestaat dat de verzekeringspenningen bij insolventie bij de schuldeisers van de aansprakelijke verzekerde terecht komen. In artikel 3:287 gaat het om een voorrecht op de vordering op de verzekeraar. Heeft de verzekeraar reeds uitgekeerd aan de verzekerde, dan heeft de benadeelde niets aan zijn voorrecht en heeft hij bij faillissement nog slechts een concurrente vordering. Ook schiet het voorrecht tekort indien de verzekerde failliet is gegaan voordat de verzekeraar heeft uitgekeerd omdat de benadeelde dan in beginsel moet wachten op de uitdelingslijst en tevens moet bijdragen in de faillissementskosten.

Het in het huidige recht bestaande bezwaar dat de verzekeringspenningen onder omstandigheden mogelijk niet of pas na langere tijd bij de benadeelde terecht komen, is voor deze vooral bezwaarlijk bij schade door dood of letsel. Het oplopen van letsel of het overlijden van een verwant grijpt doorgaans diep in op het persoonlijk leven van betrokkenen. Het uitblijven van of een vertraging in de vergoeding van de geleden schade maakt de gevolgen en het leed vaak nog erger, en is voor zover het een gekwetste betreft bovendien niet bevorderlijk voor diens revalidatie. De werking van de directe actie is daarom beperkt tot schade door dood of letsel. Aangenomen mag ook worden dat degenen die groot belang hechten aan het behoud van de waarde van een zaak, om die reden reeds hun zaak verzekerd hebben, waarmee genoemde problemen niet spelen. De beperking van de werking van de directe actie tot schade door dood of letsel moet voorts ook gezien worden tegen het licht van het feit dat zo verzekeraars al door een directe actie zwaarder belast worden, de gevolgen daardoor beperkt zijn, nu het grootste aantal vorderingen ter zake van aansprakelijkheid vorderingen ter zake van zaakschade en zuivere vermogensschade betreft. Het bovenstaande brengt mee dat waar in het vervolg gesproken wordt over de benadeelde, vrijwel steeds bedoeld is de benadeelde met schade door dood of letsel.

Een directe actie voor alle – dus ook onverplichte – aansprakelijkheidsverzekeringen dient niet zover te gaan dat de verzekeraar mogelijk tegenover de benadeelde een ruimere dekking moet bieden dan waartoe hij jegens zijn verzekerde is gehouden. Dit betekent dat de verzekeraar zich

ook tegenover de benadeelde moet kunnen beroepen op een uit de wet of polisvoorwaarden voortvloeiende nietigheid, verweer of verval (denk aan de mededelingsplicht, verrekening, opzet, schorsing of beëindiging dekking wegens niet betalen vervolgprijs, de meldings- en reddingsplicht). Dit artikel neemt derhalve tot uitgangspunt dat indien er een verzekering is gesloten die dekking biedt, de uitkering bij de benadeelde terecht komt. Aan de benadeelde wordt echter jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar geen eigen recht op schadevergoeding toegekend, waardoor er een aparte verbintenis tussen de verzekeraar en de benadeelde ontstaat. In dit artikel is voor de constructie gekozen waarbij de benadeelde rechtstreekse betaling aan hem kan vorderen van hetgeen de verzekerde van de verzekeraar te vorderen heeft. Deze constructie is het meest in overeenstemming met bovengenoemd uitgangspunt. Deze constructie komt er derhalve op neer dat de nakoming van de verbintenis tussen de verzekeraar en de verzekerde tot betaling van hetgeen de laatste te vorderen heeft, door de benadeelde gevorderd kan worden, en wel door rechtstreekse betaling aan hem. De benadeelde is met andere woorden bevoegd om in de plaats van de verzekerde betaling te ontvangen. Daardoor ontstaat met andere woorden geen aparte verbintenis tot betaling tussen de verzekeraar en de benadeelde, maar kan alleen de benadeelde de nakoming van de verbintenis tussen de verzekerde en verzekeraar vorderen. Dit betekent dat de bevoegdheid om betaling te vorderen en om zo nodig in rechte betaling af te dwingen (het vorderingsrecht of *ius agendi*) niet toekomt aan de verzekerde, maar aan de benadeelde. De verzekeraar kan bovendien alleen nog bevrijdend betalen aan de benadeelde. De gevolgen van de hier voorgestelde directe actie zijn in die zin vergelijkbaar met die van een lastgeving met privaatieve werking. Ingevolge artikel 7:423 is het mogelijk dat een lastgever en lasthebber overeenkomen dat de laatste een aan de lastgever toekomend recht in eigen naam en met uitsluiting van de lastgever zal uitoefenen. Een beding van die strekking heeft in beginsel derdenwerking, zodat niet bevrijdend aan de lastgever kan worden betaald. Ook kunnen de gevolgen als bedoeld vergeleken worden met een vordering waarop een pandrecht rust en waarbij de pandhouder in en buiten rechte bevoegd is nakoming daarvan te eisen en betalingen te ontvangen (vergelijk artikel 3:246, eerste lid).

De hierboven beschreven constructie brengt derhalve mee dat de verzekerde de schuldeiser van de verzekeraar blijft. Hij is immers degene aan wie de uitkering toekomt, al kan het aan de uitkering verbonden vorderingsrecht nog slechts door de benadeelde worden uitgeoefend. Hierdoor blijft het ook mogelijk dat de verzekeraar een eventuele vordering op de verzekerde met de uitkering kan verrekenen. Aan de andere kant is de benadeelde, die slechts het vorderingsrecht kan uitoefenen en aan wie niet de uitkering toekomt, geen schuldeiser van de verzekeraar. Van pluraliteit van schuldeisers is dan ook geen sprake. Dit betekent ook dat de verzekeraar een eventuele vordering op de benadeelde niet met de uitkering kan verrekenen. Overigens zij nog wel opgemerkt dat alvorens de verzekeraar krachtens de directe actie de benadeelde wil betalen, hij mogelijk ingevolge artikel 936, derde lid, verplicht is daarvan aan de tussenpersoon een bedrag af te dragen in verband met nog openstaande premies. Omdat de benadeelde geen schuldeiser van de verzekeraar is, is deze door de directe actie geen debiteur van de verzekeraar geworden. De benadeelde houdt daarom ter zake van zijn schade slechts één debiteur, te weten de verzekerde. Van hoofdelijke verbondenheid (artikel 6:6 e.v.) is dan ook geen sprake, al kan de benadeelde wel van de verzekeraar rechtstreekse betaling aan hem verlangen. Hierdoor heeft de benadeelde wél de keuze of hij de verzekerde, danwel de verzekeraar tot betaling zal aanspreken. Ook kan hij beide aanspreken, des dat betaling door de een de ander bevrijdt. Daar de benadeelde geen vordering op de verzekeraar heeft, kan door de schuldeisers van de benadeelde geen beslag worden gelegd onder de verzekeraar. Dezen kunnen uiteraard wel beslag leggen onder de verzekerde, maar indien de verzekeraar de benadeelde voldoet, zullen de schuldeisers van de benadeelde daar weinig aan hebben. Dit is thans overigens ook het geval indien de verzekeraar krachtens een beding of ingevolge artikel 6:30 de benadeelde rechtstreeks betaalt. Verder brengt genoemde constructie mee dat, omdat de benadeelde geen vordering op de verzekeraar heeft, voor de artikelen 3:229 en 3:283 de daar bedoelde zaaksvervanging alleen betrekking heeft op de vordering van de benadeelde op de verzekerde.

Nu de benadeelde rechtstreekse betaling aan hemzelf kan verlangen, en desnoods in rechte kan afdwingen, ligt het nog meer dan thans voor de hand dat de verzekeraar en de benadeelde onderling de afwikkeling van

de schade trachten te regelen. Het is dan echter het bestaan en de omvang van de vordering van de verzekerde op de verzekeraar, waarover onderhandeld wordt. Dit heeft als nadeel dat de verzekerde daarbuiten staat, ofschoon hij bij de uitkomst daarvan wel belang kan hebben, bijvoorbeeld in verband met zijn no claim-korting of eigen risico. Indien echter de verzekeraar en de benadeelde een schikking bereiken, is de verzekerde in beginsel niet aan deze overeenkomst gebonden. Een (vaststellers)overeenkomst (artikel 7:900) bindt immers alleen de partijen. De verzekerde kan dan de aan de schikking ten grondslag liggende aanname van aansprakelijkheid jegens de benadeelde en de verzekeraar blijven betwisten. Wel zij hierover opgemerkt dat thans vele – zo niet alle – polissen bepalen dat de verzekerde de behandeling en afwikkeling van elke onder de polis vallende vordering aan zijn verzekeraar dient over te laten. Dit brengt mee dat de verzekeraar als vertegenwoordiger van de verzekerde bevoegd is tot het treffen van schikkingen en tot het voeren van verweer in en buiten rechte. In dat geval is de verzekerde wel gebonden aan een vaststellingsovereenkomst. Wel vloeit in dat geval uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voort dat de verzekeraar bij de schaderegeling rekening dient te houden met de belangen van de verzekerde. Overigens zij bij dit alles aangetekend dat de verzekerde kan besluiten om de verzekeraar niet op de hoogte te brengen van het schadevoorval, waardoor – zoals hieronder zal worden toegelicht – de benadeelde geen betaling van de verzekeraar kan verlangen. Indien de benadeelde geen schikking met de verzekeraar weet te treffen, kan hij in rechte de verzekeraar tot betaling aanspreken. Ook bij de uitkomst van deze procedure kan de verzekerde belang hebben, wederom in verband met zijn no claim-korting, eigen risico of omdat de schade een verzekerde som overtreft. In beginsel zou ook hier gelden dat de verzekerde niet gebonden is aan de uitspraak van de rechter, tenzij de verzekeraar ingevolge een hierboven genoemd beding de verzekerde vertegenwoordigt. Dat evenwel de verzekerde in beginsel niet gebonden is, is onpraktisch, bijvoorbeeld indien de vordering van de benadeelde is afgewezen en deze alsdan kan trachten in rechte de verzekerde aan te spreken. Of indien de benadeelde krachtens de verzekering slechts gedeeltelijk schadeloos wordt gesteld, en voor het overige mogelijk de verzekerde in rechte tot betaling moet dwingen. Om deze complicaties te voorkomen is de benadeelde die een

rechtsovereenkomst stelt tegen de verzekeraar ingevolge het zesde lid verplicht er voor zorg te dragen dat de verzekerde in het geding wordt geroepen (vgl. ook artikel 3:218). Voor dat geval geeft artikel 12a WBRvA regels voor de wijze van oproeping. De uitspraak van de rechter heeft daarmee gezag van gewijsde in de onderlinge verhoudingen tussen de verzekeraar, de verzekerde en de benadeelde. Dit heeft tevens als voordeel dat de verzekerde in de procedure voor zijn belangen kan waken. Omdat de verzekerde in het geding moet worden geroepen, wordt tevens de lastige vraag vermeden of in een procedure tussen de verzekeraar en de benadeelde wel kan worden beslist of en tot welk bedrag de verzekerde aansprakelijk is, danwel of dit alleen kan in een procedure tussen de benadeelde en de verzekerde.

De directe actie strekt ter bescherming van de belangen van benadeelden: de uitkering dient zoveel als mogelijk bij hen terecht te komen en dient niet bij de aansprakelijke verzekerde te blijven steken of bij insolventie van de laatste diens schuldeisers ten goede te komen. Dit brengt mee dat van deze bepaling niet ten nadele van de benadeelde afgeweken dient te kunnen worden. Daardoor heeft bijvoorbeeld een beding waarin is bepaald dat de verzekeraar eerst betaalt nadat de verzekerde de benadeelde schadeloos heeft gesteld, geen werking jegens de benadeelde. De benadeelde kan dan toch rechtstreeks van de verzekeraar betaling verlangen. Hetzelfde geldt voor een beding waarin bepaald is dat de verzekeraar bevrijdend aan de tussenpersoon kan voldoen. Ook hier kan de verzekeraar zich wel tegenover de verzekerde op het beding beroepen, maar dat belet de benadeelde niet betaling van de verzekeraar te verlangen. Omdat overigens in een dergelijk geval de schadeafwikkeling veelal aan de tussenpersoon wordt overgelaten, zal in veel gevallen – met name indien er meer verzekeraars zijn – de tussenpersoon reeds spoedig daarna tot uitkering overgaan, waarna deze in rekening-courant door de verzekeraar(s) wordt voldaan. De benadeelde zal er in dergelijke gevallen vaak vanaf zien van de verzekeraar(s) betaling te verlangen, temeer omdat daarbij voldoende gewaarborgd is dat hij schadeloos wordt gesteld.

De benadeelde kan ingevolge de onderhavige bepaling alleen rechtstreekse betaling verlangen indien de verzekeraar ingevolge artikel 941 de verwezenlijking van het risico is gemeld. Dit biedt de verzekerde de mogelijkheid om buiten de verzekering om de benadeelde schadeloos te

stellen. Denkbaar is dat de verzekerde om hem moverende redenen hiervoor verkiest, bijvoorbeeld om het verlies van een no claim-korting te voorkomen. Onwenselijk is dat de benadeelde door rechtstreekse betaling van de verzekeraar te verlangen dit streven zou kunnen doorkruisen. Indien evenwel de verzekerde zich wel wil beroepen op de verzekering, dan zal hij de verwezenlijking van het risico ingevolge artikel 941 zo spoedig mogelijk bij de verzekeraar moeten melden. Overigens komt de benadeelde alleen deze bevoegdheid toe indien de verwezenlijking van het risico door de verzekerde of door de verzekeringnemer is gemeld. Daarmee geven zij immers aan zich op de verzekering te willen beroepen. Een melding door andere personen geeft de benadeelde deze bevoegdheid niet. Dat de bevoegdheid voor de benadeelde om rechtstreekse betaling te verlangen alleen ontstaat indien de verzekerde of verzekeringnemer de verwezenlijking van het risico heeft gemeld, kan er wel toe leiden dat de benadeelde – indien er geen melding plaatsvindt – alleen de verzekerde kan aanspreken. Zoals gezegd kan een dergelijke melding achterwege blijven omdat de verzekerde er voor kiest zelf de schade te vergoeden. Hiertegen bestaat uiteraard geen bezwaar, maar de vraag kan gesteld worden of dan het gevaar bestaat dat bij insolventie van de verzekerde de benadeelde slechts een gedeelte van zijn schade vergoed krijgt. Dit gevaar bestaat echter niet omdat bij faillissement van de verzekerde de curator de schade wel zal moeten melden, daar hij anders de boedel benadeelt. Voorts is denkbaar dat de verzekerde melding achterwege laat omdat hij iedere aansprakelijkheid ontkent. Aangenomen mag echter worden dat indien al dan niet in rechte diens aansprakelijkheid toch wordt vastgesteld, hij alsnog tot melding overgaat en de benadeelde alsnog rechtstreekse betaling kan verlangen. Hierbij zij nog aangetekend dat ingevolge het vierde lid geen beslag kan worden gelegd op de vordering op de verzekeraar voor zover deze vordering schade door dood of letsel betreft en deze ook niet kan worden verpand of gecedeerd. Hiermee wordt voorkomen dat ook reeds voor melding de verzekerde de vordering op de verzekeraar voor een ander doel aanwendt. Tevens is in het vierde lid tot uitdrukking gebracht dat de benadeelde met schade door dood of letsel wél beslag onder de verzekeraar kan leggen, zodat, indien melding achterwege blijft, de benadeelde veilig kan stellen dat de uiteindelijke uitkering toch bij hem terecht komt.

Indien de verzekerde een rechtspersoon is die heeft opgehouden te bestaan, kan deze de verzekeraar de verwezenlijking van het risico niet meer melden. Deze situatie kan zich voordoen bij een long tail-schade waarbij tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en het zich manifesteren van de schade een lange periode ligt waarin de rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan. Omdat in dat geval geen melding door de verzekerde aan de verzekeraar kan worden gedaan, kan de benadeelde ingevolge het tweede lid zonder melding aan de verzekeraar rechtstreekse betaling verlangen. Vaak houdt een rechtspersoon op te bestaan na ontbinding, of door een vereffening na ontbinding. Het voordeel van een directe actie bij het zich nadien manifesteren van schade is dat de benadeelde dan niet om heropening van de vereffening moet verzoeken. Vgl. HR 31-10-1997, NJ 1998, 258. De benadeelde kan zich immers direct tot de verzekeraar wenden. Hierbij zij wel opgemerkt dat in die situatie niet ondenkbaar is dat de aansprakelijkheidsverzekering van de rechtspersoon die heeft opgehouden te bestaan geen of slechts een beperkte uitloopdekking biedt in welk geval het mogelijk is dat de benadeelde geen betaling van de verzekeraar meer kan verlangen. Dan dient de benadeelde toch tot heropening van de vereffening te verzoeken, wat overigens alleen kan indien er een saldo is (geweest). Het kan zijn dat de rechtspersoon na een fusie of splitsing ophoudt te bestaan, in welk geval echter diens vermogen onder algemene titel door een andere rechtspersoon wordt verkregen. In dat geval gaat de verplichting tot vergoeding van de schade van de benadeelde over op de verkrijgende rechtspersoon. Alsdan kan deze de verwezenlijking van het risico melden bij de verzekeraar en kan de benadeelde niet zonder melding rechtstreekse betaling verlangen. Deze melding zal overigens afhankelijk van de dekking dienen te geschieden bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de rechtspersoon die heeft opgehouden te bestaan, danwel bij de verzekeraar van de verkrijgende rechtspersoon. Overigens zij nog opgemerkt dat ook denkbaar is dat de verplichting van een rechtspersoon tot vergoeding van de schade van de benadeelde op een andere rechtspersoon is overgegaan, zonder dat de eerste rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan. Dit kan zich voordoen bij afsplitsing of bij een overname onder bijzondere titel. Ook in dat geval zal de verkrijgende rechtspersoon de verwezenlijking van het risico kunnen melden en kan de benadeelde niet zonder deze melding rechtstreekse be-

taling verlangen. Bij afsplitsing is overigens naast de verkrijgende rechtspersoon ook de gesplitste rechtspersoon subsidiair gedeeltelijk voor deze schade aansprakelijk. Ten slotte zij opgemerkt dat indien de verzekerde een natuurlijk persoon is die is overleden, de verplichting tot vergoeding van de schade van de benadeelde vererft en derhalve de erfgenamen de verwezenlijking van het risico kunnen melden.

Het spreekt voor zichzelf dat alleen indien de verzekeraar een uitkering verschuldigd is, de benadeelde rechtstreekse betaling kan verlangen. Op het moment van melding kan immers de aansprakelijkheid en de omvang daarvan mogelijk nog niet vaststaan. Voorts is denkbaar dat de verzekering geen dekking biedt. Aldus is in het eerste lid bepaald. Door voorts in het eerste lid naast elkaar te stellen 'de uitkering' en 'het bedrag dat de verzekerde daarvan (...) te vorderen heeft', wordt tot uitdrukking gebracht dat de benadeelde alleen rechtstreekse betaling kan verlangen van de uitkering met mindering van de eventuele bedragen die daarmee verrekend mogen worden. Ook spreekt voor zich dat de benadeelde alleen betaling kan verlangen van het bedrag dat de verzekeraar ter zake van de schade van de benadeelde verschuldigd is, en niet bijvoorbeeld datgene wat de verzekeraar ter zake van een ander schadevoorval of ter zake van andere benadeelden van hetzelfde schadevoorval verschuldigd is. Ook dit is in het eerste lid tot uitdrukking gebracht.

Na een melding ingevolge artikel 941 kan de benadeelde verlangen dat indien een uitkering verschuldigd is deze aan hem wordt betaald. De verzekeraar kan niet bevrijdend aan de verzekerde betalen. Het kan echter zijn dat de verzekeraar na het vallen van de schade spoedig tot uitkering wil overgaan en de benadeelde de verzekeraar nog niet heeft medegedeeld of hij rechtstreekse betaling verlangt. Ook kan het zijn dat de benadeelde tot dat moment nog niet op de hoogte was van het bestaan van de verzekering of van de identiteit van de verzekeraar. Het derde lid bepaalt voor die situaties dat de verzekeraar de benadeelde moet verzoeken binnen vier weken mede te delen of hij rechtstreekse betaling verlangt. Laat de benadeelde deze termijn verlopen zonder te reageren, dan kan de verzekeraar bevrijdend aan de verzekerde betalen. Dat kan hij uiteraard ook indien de benadeelde binnen deze termijn of reeds eerder aangegeven heeft dat hij geen rechtstreekse betaling verlangt. Overigens zij hierbij aangetekend dat de verzekeraar ook ingevolge artikel 6:30 bevoegd is

om de uitkering aan de benadeelde te voldoen, en deze betaling de verzekeraar ingevolge artikel 6:32 bevrijdt, zodat hij, indien hij in genoemde situaties voornemens is een uitkering te doen, zonder het verzoek, bedoeld in het derde lid, direct tot betaling aan de benadeelde kan overgaan.

Het hierboven genoemde vierde lid is noodzakelijk om verder veilig te stellen dat verzekeringspenningen daadwerkelijk bij de benadeelde terechtkomen en niet bij de schuldeisers van de verzekerde of bij een andere derde. Het voorkomt daartoe in de eerste plaats dat de verzekerde zijn vordering wegens schade door dood of letsel op de verzekeraar kan cederen of dat deze op een andere wijze over zijn vordering kan beschikken, zoals door verpanding van de vordering. Tevens wordt de benadeelde hierdoor beschermd tegen een kwijtschelding door de verzekerde van zijn vordering of een deel daarvan op de verzekeraar. Doordat bepaald is dat de verzekerde niet ten nadele van de benadeelde over zijn vordering kan beschikken, blijft de mogelijkheid behouden dat de verzekerde zijn vordering aan de benadeelde cedeert. Verder voorkomt het vierde lid dat op de vordering wegens schade door dood of letsel door schuldeisers van de verzekerde onder de verzekeraar beslag wordt gelegd. Ook hier wordt een uitzondering gemaakt ten behoeve van de benadeelde.

Indien de benadeelde schadeloos is gesteld kan uiteraard diens bevoegdheid om rechtstreeks betaling te verlangen, vervallen. Het zevende lid brengt dit tot uitdrukking en heeft onder meer tot gevolg dat indien de verzekerde de benadeelde schadeloos heeft gesteld de verzekeraar wel bevrijdend aan de verzekerde kan betalen. Tevens heeft het tot gevolg dat indien de benadeelde schadeloos is gesteld, de verzekerde wel over de uitkering kan beschikken en daarop wel door diens schuldeisers beslag kan worden gelegd. Denkbaar is ook dat anderen dan de verzekerde de benadeelde schadeloos hebben gesteld, bijvoorbeeld een sociale verzekering, een schadeverzekering aan de zijde van de benadeelde of een mededader. Het zevende lid voorkomt dat zij via de directe actie regres nemen op de verzekeraar van de veroorzaker. Dit is ook niet noodzakelijk omdat hun positie niet vergelijkbaar is met die van het slachtoffer, dat er immers groot belang bij heeft dat zijn schade daadwerkelijk vergoed wordt.

Denkbaar is dat de wet in een bijzonder geval de benadeelde jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar een eigen recht op schadevergoeding toekent, zoals wegens schade veroorzaakt door motorrijtuigen. Omdat de benadeelde in deze gevallen een bescherming krijgt die afwijkt van en ook verder gaat dan de bescherming die het onderhavige artikel biedt, is de toepassing van dit artikel in het zevende lid voor deze gevallen uitgesloten.

Omdat het ingevolge de onderhavige bepaling in beginsel niet de verzekerde, maar de benadeelde is die van de verzekeraar betaling verlangt, zou het gevaar kunnen bestaan dat indien bij meer benadeelden een verzekerde som wordt overschreden, alleen de benadeelden die als eerste van de verzekeraar betaling verlangen van deze hun schade (volledig) vergoed krijgen. De overige benadeelden zouden nog slechts de verzekerde tot vergoeding kunnen aanspreken, met als risico dat deze niet solvabel is. Het vijfde lid beoogt te bereiken dat de benadeelden in dat geval gelijk worden behandeld. In beginsel kunnen de benadeelden in evenredigheid van de verzekeraar betaling verlangen. Omdat denkbaar is dat de verzekeraar niet van het bestaan van mogelijke andere benadeelden kon weten, kan hij echter aan een benadeelde meer hebben uitgekeerd dan deze volgens de regel van evenredige inkorting toekomt. De tweede volzin van het vijfde lid houdt daarmee rekening. Om tot betaling in evenredigheid over te kunnen gaan dient wel bekend te zijn welke benadeelden schade hebben geleden, alsmede wat de omvang van ieders schade is. Dit is niet altijd bij voorbaat bekend. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een verzekeraar er van op de hoogte is dat er meer benadeelden zijn dan zich hebben gemeld. Hem is dan niet bekend welk deel van de verschuldigde uitkering uiteindelijk aan de respectievelijke benadeelden toekomt. Dit laatste is ook het geval indien al wel alle benadeelden bekend zijn, maar nog niet bekend is wat de omvang van ieders schade is. Deze situaties kenmerken zich daardoor dat wel duidelijk is dat de bekende benadeelden een opeisbare vordering hebben, maar nog niet duidelijk is tot welk bedrag. De verzekeraar verkeert in dat geval in een moeilijke positie. De verzekeraar die immers toch tot uitkering overgaat, loopt het risico dat hij niet te goeder trouw aan deze benadeelden heeft uitgekeerd, en uiteindelijk gehouden is tot het doen van uitkeringen voor een groter bedrag dan de verzekerde som. Goed te verdedigen is wel dat de verzekeraar

nog niet tot betaling verplicht is omdat het voorwerp van de prestatie die hij moet verrichten nog nader bepaald moet worden. Ter vermijding van ieder misverstand verdient het echter aanbeveling om de verzekeraar expliciet een opschortingsrecht te geven.

Ten slotte zij opgemerkt dat het voorrecht van artikel 3:287 naast de directe actie zelfstandige betekenis blijft behouden, vooral waar het om andere schade dan schade door dood of letsel gaat. Dit artikel zal dan ook niet vervallen.

Artikel 955 (verzekerde som)

In het ontwerp heeft de verzekerde som twee samenhangende functies. In de eerste plaats geeft zij, behoudens het in artikel 959 bepaalde, het maximum aan van de schadevergoeding per evenement (eerste lid van het onderhavige artikel 955). Daarnaast speelt zij een rol bij de berekening van de vergoeding bij verzekering van zaken (artikel 958, vijfde lid).

Het tweede lid wijkt af van – oude – rechtspraak (HR 25-6-1915, NJ 1915, p. 937), maar bevestigt het systeem dat in de huidige praktijk in de meeste branches wordt gevolgd. Achtereenvolgende schaden worden telkens tot ten hoogste de verzekerde som vergoed.

Artikel 956 (herbouwwaarde en vervangingswaarde)

Het belang bij het behoud van een zaak kan in verschillende waarden worden uitgedrukt, zoals verkoopwaarde, vervangingswaarde, nieuwwaarde en herbouwwaarde. Deze maatstaven kunnen tot geheel verschillende uitkomsten leiden, en het is dus van groot belang te weten naar welke waarde is verzekerd, omdat daaruit – afgezien van de invloed van het indemniteitsbeginsel – voortvloeit hoe de te vergoeden schade moet worden berekend. In de huidige praktijk komt het regelmatig voor, dat partijen zich bij het aangaan van de overeenkomst onvoldoende rekenschap hebben gegeven van de vraag naar welke waarde de verzekering wordt gesloten, waardoor achteraf onzekerheid ontstaat. Daarom wordt bij wijze van regelend recht een maatstaf vooropgesteld. De term ‘vervangingswaarde’ wordt daarbij zodanig omschreven dat een duidelijke tegenstelling tot nieuwwaarde en herbouwwaarde ontstaat.

Artikel 957 (bereddingsplicht)

Dit artikel regelt de zogenaamde bereddingsplicht. Deze plicht ontstaat zodra de verwezenlijking van het risico op handen is of reeds is aangevangen. De bereddingsplicht bestaat alleen – en het niet-nakomen daarvan heeft alleen gevolgen – bij bekendheid met de verwezenlijking van het risico of het op handen zijn daarvan.

Evenals de meldingsplicht kan de bereddingsplicht in veel gevallen worden gezien als een verbintenis welke ingevolge artikel 6:74 bij een toerekenbare niet-nakoming tot schadevergoeding verplicht. Indien in dat geval de verzekerde deze verplichting niet nakomt, dan kan de verzekeraar zijn aanspraak op schadevergoeding verrekenen met de uitkering. Deze mogelijkheid ontbreekt echter indien de verzekerde zijn aanwijzing nog niet heeft aanvaard, omdat op hem in dat geval door de verzekering geen verbintenissen kunnen worden opgelegd. In die situatie kan evenals bij de meldingsplicht de bereddingsplicht beter worden opgevat als een ‘Obliegenheit’, die bij verzaking aanleiding geeft tot vermindering van de uitkering. Daarom verdient het ook hier aanbeveling dat de wet bij de niet-nakoming van de bereddingsplicht door de verzekerde een zelfstandige grondslag biedt voor vermindering van de uitkering; men zie het derde lid. Hierbij zij nog aangetekend dat indien de verzekerde zijn bereddingsplicht niet nakomt door een omstandigheid die hem niet kan worden toegerekend, de in het eerste lid voorkomende woorden ‘daartoe in de gelegenheid is’ er in dat geval aan in de weg staan de uitkering te verminderen.

Anders dan bij de meldingsplicht moet worden aangenomen dat de bereddingsplicht ook bestaat indien de verzekerde niet op de hoogte is van het bestaan van de verzekering of zijn aanwijzing. De ‘Obliegenheit’ moet hier immers ook worden opgevat als een gehoudenheid om zorg te dragen voor zijn eigen belangen. Heeft de verzekerde met andere woorden onvoldoende over zijn eigen belangen gewaakt en de vergroting van de schade geaccepteerd, dan dient hij deze schade niet door de verzekeraar vergoed te krijgen, indien later blijkt dat er een verzekering bestaat die dekking biedt voor zijn schade.

De innerlijke samenhang tussen de verplichting tot beredden voor de verzekerde enerzijds en de verplichting tot het vergoeden van de daaraan verbonden kosten voor de verzekeraar anderzijds, rechtvaardigt dat de

verzekeraar van deze verplichting niet kan afwijken. Dit temeer omdat het niet-nakomen van de bereddingsplicht tot schadevergoeding verplicht c.q. tot vermindering van de uitkering leidt. Om dit te bereiken is het onderhavige artikel 957, tweede lid, in artikel 963, vijfde lid, opgenomen, echter met een uitzondering, in afwijking van wat in Nederland geldt, voor dreigende stormschaade. De Nederlands Antilliaanse Vereniging van Verzekeraars heeft erop gewezen dat een strikte toepassing van de wet met zich kan brengen dat bij elke stormdreiging de verzekeraar opgezaald wordt met kosten voor de extra maatregelen die verzekerden treffen. Nog daargelaten, dat de vraag welke kosten nog als redelijke te bestempelen zijn voor uitputtende discussies met verzekerden kan leiden, meent de NAVV dat gezien de omstandigheid dat de stormdreiging hier te lande frequenter is dan in Nederland en ook de bebouwing in veel opzichten verschilt met het beter gereguleerde moederland, een deviatie met de wetgeving van Nederland geïndiceerd is.

De boven bedoelde innerlijke samenhang brengt echter niet mee dat dit te allen tijde een ongelimiteerde dekking voor de bereddingskosten zou vergen. Met name bij het verzekeren van industriële en commerciële activiteiten kunnen de bereddingskosten tot nauwelijks voorzienbare, zeer grote hoogte oplopen. Men denke aan het risico van een 'product-recall'. Hierbij is een verplichte ongelimiteerde dekking van deze kosten niet op zijn plaats. Dit is evenwel anders voor particulieren. Voor hen dient wel als uitgangspunt te gelden dat de bereddingskosten dwingend onder de dekking vallen. Maar ook hier geldt dat een ongelimiteerde dekking daarvan niet van de verzekeraar gevergd kan worden, temeer omdat het moeilijk is daarvoor premies te berekenen en reserveringen te maken. Het belang dat de verzekeraar bij beredding heeft strekt zich bovendien uit tot maximaal de verzekerde som. Immers, dit is het maximale bedrag waarvoor de verzekeraar in geval van schade aangesproken kan worden en diens belang bij maatregelen ter voorkoming van deze schade strekt zich derhalve tot dit bedrag uit. Daarom wordt in artikel 963 bepaald dat van artikel 959, eerste lid, slechts ten nadele van particulieren kan worden afgeweken voor zover de in dit lid bedoelde kosten meer bedragen dan een bedrag gelijk aan de verzekerde som. Dit brengt mee dat indien de getroffen maatregelen niet het beoogde resultaat hebben gehad, de verzekeraar in het ongunstigste geval dwingend verplicht is een bedrag

gelijk van tweemaal de verzekerde som uit te keren, te weten eenmaal de verzekerde som als het hoogste bedrag van schadevergoeding tot uitkering waartoe de verzekeraar gehouden is en eenmaal een bedrag gelijk aan de verzekerde som ter vergoeding van de bereddingsmaatregelen.

Artikel 958 (berekening schade)

Dit artikel geeft enkele regels over de berekening van schade aan zaken voor het geval de polis daarin niet voldoende voorziet. Het eerste lid omschrijft totaal verlies. Het tweede lid bevat het uitgangspunt van de volledige vergoeding.

Het derde lid doelt voornamelijk op het geval dat de verzekerde zaak is gestolen of verloren en de verzekeraar de waarde heeft vergoed, doch de zaak daarna wordt opgespoord. Blijkens artikel 962, eerste lid, wordt de verzekeraar alleen gesubrogeerd in vorderingen tot schadevergoeding van de verzekerde jegens derden. Hij wordt dus niet gesubrogeerd in een zakelijk recht. De uitkering ingevolge de verzekering laat derhalve de eigendom van de verzekerde intact. Aangenomen dat de verzekerde de zaak met succes kan revindiceren, heeft hij per saldo veelal geen schade geleden. Hij zou dan ook de uitkering aan de verzekeraar moeten terugbetalen. Indien de zaak niet kort na haar verdwijning is opgespoord, zal de verzekerde meestal een andere zaak hebben aangeschaft, zodat hij aan de oorspronkelijke zaak geen behoefte meer heeft. Men denke aan een gestolen voertuig. Dan behoort de verzekerde de uitkering te kunnen behouden, doch de zaak moet de verzekeraar in handen komen. Het ware ondoenlijk in de wet vast te leggen wanneer de ene, of de andere weg dient te worden bewandeld. Daarom heeft de verzekerde de keuze tussen twee verplichtingen. Hij kan de ontvangen vergoeding aan de verzekeraar teruggeven en de zaak behouden, of hij kan zijn zaak leveren volgens de artikelen 3:90 of 3:95.

Het vierde lid regelt de gedeeltelijke schade, zij het alleen in geval van verzekering tegen vervangings-, herbouw- of nieuwwaarde (vgl. artikel 956). Het ontwerp geeft, in overeenstemming met de praktijk, de verzekeraar dan de keus: hetzij herstel, hetzij vervanging. Daarbij zal de verzekeraar zich laten leiden door een afweging van de kosten in beide gevallen: komt het herstel duurder uit dan de vervanging, dan zal hij allicht

de laatste kiezen. In de praktijk wordt de keuze gebaseerd op een deskundigenschatting.

Kiest de verzekeraar voor herstel, dan herwint weliswaar de beschadigde zaak haar gebruikswaarde, doch daarmee is veelal nog niet alle vermogensschade ongedaan gemaakt, omdat haar verkoopwaarde ondanks het herstel heeft geleden; men denke aan het onderscheid dat in het onteigeningrecht wordt gemaakt tussen de twee belangen van de eigenaar, het eerste gelegen in het feit dat hij eigenaar van de zaak is, het tweede in het gebruik dat hij ervan maakt.

Kiest de verzekeraar voor vervanging, dan mag hij de waarde van de restanten, inclusief de schrootwaarde, aftrekken, opdat de benadeelde niet wordt bevoordeeld. Anderzijds wordt een aftrek 'nieuw voor oud' niet voorgeschreven: primair is verzekerd het belang dat de verzekerde heeft bij voortzetting van het gebruik dat hij van de zaak maakte en de aftrek zou hem dwingen tot het bijpassen van eigen middelen om dat gebruik te continueren.

Het ontwerp bevat slechts een beperkte regeling, die trouwens van regelend recht is. Zo is achterwege gelaten de zogenaamde rafactiemethode bij verzekering naar verkoopwaarde, die bij koopmansgoederen in de transportverzekering gebruikelijk is. Nu in het ontwerp geen bijzonderheden voor de verschillende branches zijn opgenomen, kan ook deze wijze van schadeberekening het beste aan standaardvoorwaarden worden overgelaten.

Het vijfde lid legt de vanzelfsprekende gevolgen van te lage verzekering vast. Wanneer partijen de regel van het vijfde lid niet willen doen gelden, en de gevolgen van onderverzekering niet willen laten doorwerken, wordt overeengekomen dat alle schade en verlies tot een bepaald maximum wordt vergoed. Men noemt dit premier risque verzekering. (Zo vergoeden de meeste verzekeringen van voertuigen tegen eigen schade ten hoogste de dagwaarde. Dit zijn dus premier risque verzekeringen, ook al wordt die term daarbij niet gebruikt.)

Bijzondere regels omtrent voortaxatie zijn hier niet opgenomen. Zulke taxatie heeft ten doel, voor partijen het uitgangspunt voor de schaderegeling te bieden; zie hieromtrent artikel 960 en de toelichting daarop. Is de verzekerde som gelijk aan het getaxeerde bedrag, dan zal er bij voorbeeld bij transportverzekering van onderverzekering geen sprake zijn, ook niet

als de werkelijke waarde hoger is; dit brengt onder andere mee dat herstelkosten volledig worden vergoed. Is de verzekerde som lager dan het getaxeerde bedrag, dan is er wel onderverzekering, en zal het vijfde lid toepassing vinden.

Bij een verzekering die verscheidene zaken omvat, zoals een inboedel, zijn dikwijls afzonderlijke objecten getaxeerd. Daarbij kan het voorkomen, dat de totale verzekerde som wel hoog genoeg is, maar de afzonderlijke taxatie niet. Het kan ook zijn dat de verzekerde som, die mede niet-getaxeerde zaken omvat, niet de totale waarde dekt. In dat geval drukt de te lage verzekering ook op alle voorwerpen, getaxeerd of niet, afzonderlijk.

Artikel 959 (kosten)

Dit artikel regelt de verplichtingen van de verzekeraar naast en eventueel boven de vergoeding van de verzekerde waarde, zover het de in artikel 957 genoemde kosten betreft, is dit reeds bij dat artikel toegelicht. De expertisekosten komen ook bij te lage verzekerde waarde geheel ten laste van de verzekeraar, omdat zij alleen met het oog op verzekering plegen te worden gemaakt.

Artikel 960 (indemniteitsbeginsel)

Het criterium in de eerste volzin (met het: 'duidelijk voordeliger positie') is ontleend aan HR 17-2-1978, NJ 1978, 577 inzake landgoed Kraaijbeek. Uit dit arrest blijkt dat in geval van twijfel achteraf kan worden nagegaan hoe de verzekerde de schadevergoeding naar herbouwwaarde had willen besteden, om aan de hand daarvan te beslissen of hij door die uitkering in een duidelijk voordeliger positie zou zijn geraakt. In het daar berechte geval werd de uitkering niet aan herbouw besteed, maar wel aan andere maatregelen om degenen die in Kraaijbeek werden verzorgd, elders onder dak te brengen. Uit dit voorbeeld volgt dat een wettelijke eis van herbouw het doel voorbij zou schieten. Wel kunnen partijen dit in voorkomende gevallen overeenkomen, of bepalen dat bij gebreke van herbouw slechts op basis van vermogenswaarde zal worden afgerekend. Bij verzekering van nieuwwaarde treft men wel een andere correctie aan, namelijk dat bij een vermogenswaarde van minder dan de helft slechts deze wordt vergoed.

In het thans gekozen systeem behoeft de voortaxatie door partijen niet afzonderlijk te worden geregeld. Zij moet wijken voor de wettelijke regel. Met de voortaxatie die rechtstreeks of indirect op het oordeel van een of meer deskundigen berust is het anders gesteld. De praktijk bleek hieraan behoefte te hebben voor kostbare voorwerpen of verzamelingen waarvan de waarde achteraf niet of nauwelijks kan worden vastgesteld en waarbij de verzekerde zodanig bedrag behoort te ontvangen, dat hij zonder al te veel moeite een gelijksoortige zaak kan verkrijgen. Ook in de transportverzekering komt voortaxatie van casco en lading voor. Deze geldt voor de gehele duur van de reis, eventueel van de verzekeringsperiode. Schommelingen in de waarde, zelfs ten gevolge van niet door de verzekering gedekte schade, hebben geen invloed op het effect van de voortaxatie: het getaxeerde bedrag blijft het uitgangspunt voor de berekening van de door de verzekeraar uit te keren schadevergoeding. Daarom doorbreekt een dergelijke taxatie de hoofdregel. Zij vormt een vaststelling(sovereenkomst) volgens Boek 7, titel 15. Voor de vernietigbaarheid van de taxatie, zie men voorts artikel 7:904.

Niet is vereist dat de deskundige niet in enige maatschappelijke betrekking tot een van de partijen mag staan. Bij sommige gespecialiseerde takken van verzekering bestaan geen deskundigen die aan zulk een eis voldoen.

Van dit artikel kan niet worden afgeweken; zie artikel 963, eerste lid.

Artikel 961 (meerdere verzekeraars)

De eerste drie leden hebben betrekking op meervoudige verzekering. De regeling belet dat een aangesproken verzekeraar zich achter anderen verschuilt. Wel moet de verzekerde die anderen noemen (eerste lid, tweede volzin), opdat de verzekeraar verhaal op hen kan uitoefenen (derde lid). De regeling kan door een daartoe strekkende bepaling in alle betrokken verzekeringen terzijde worden gesteld. Het eerste lid verwijst naar artikel 960: de verzekeringen kunnen elkaar wel aanvullen, maar de totale vergoeding wordt door de normen van het indemniteitsbeginsel begrensd. Ingevolge het tweede lid kan ook een verzekeraar die onverplicht de schade van de verzekerde vergoedt – een zgn. coulance-uitkering doet – verhaal nemen op een andere verzekeraar die deze schade wel dekt. Het derde lid heeft dan tot gevolg dat indien bij het onderling verhaal vast-

staat dat de schade onverplicht is vergoed, de verzekeraar die de uitkering heeft gedaan binnen de verzekerde som voor het volledige bedrag verhaal heeft op de andere verzekeraar. Hierover zij nog opgemerkt dat uit het eerste lid volgt dat het tweede lid alleen toeziet op een door de verzekeraar gedane uitkering aan diens verzekerde, zodat voor de toepassing van dit lid vereist is dat de verzekeraar – zij het onverplicht – de schade van de verzekerde vergoedt in verband met een tussen hen gesloten verzekeringsovereenkomst.

Het derde lid van dit artikel regelt het onderling verhaal voor een gedane uitkering bij meervoudige verzekering. Maatstaf zijn niet de verzekerde sommen, maar de bedragen waarvoor een ieder kan worden aangesproken. Het is redelijk een gelijke regeling te treffen voor de door de aangesproken verzekeraar gemaakte kosten, als kosten van advocaten, medische experts, proceskosten enz.

Het vierde lid slaat op verzekeringen waarbij meer dan één verzekeraar is toegetreden. Het stemt met een vast gebruik overeen. Indien een dergelijke verzekering samenloopt met een of meer andere, geldt zij voor de toepassing van de voorafgaande leden als één verzekering.

Artikel 962 (subrogatie)

Dit artikel regelt de subrogatie. Hiervan kan afstand worden gedaan, maar als de wet het niet kent, kan het niet worden bedongen. Om te voorkomen dat de derde de verschuldigdheid van de door de verzekeraar gedane uitkering zou betwisten – een betwisting waarbij hij geen redelijk belang heeft doch die de verzekeraar van coulance zou kunnen afhouden – zijn de woorden ‘al dan niet verplicht’ in het artikel opgenomen. De subrogatie van het eerste lid omvat niet de vordering tot opeising van een zaak, als bedoeld in artikel 5:2. Het lid staat uiteraard niet in de weg aan een regeling opgenomen in de verzekeringsovereenkomst, waarbij de verzekerde bij diefstal slechts recht op uitkering heeft tegen overdracht van de zaak; de wijze van levering daartoe wordt onder het nieuwe recht voorgeschreven in artikel 3:95. De tweede volzin van het eerste lid bevat een precisering van de in artikel 6:154 vervatte regel.

Mogelijkerwijs wordt niet de gehele schade die de verzekerde lijdt door de verzekeraar vergoed. Men denke aan te lage verzekering en ongedekte schade, zoals stilligschade of eigen risico. Dan hebben zowel de verzeke-

raar als de verzekerde een vordering op de schuldlige. Indien deze insolvent is, of indien zijn aansprakelijkheid beperkt is krachtens de wet of door toepassing van artikel 6:109, bestaat een rangordeprobleem dat in het tweede lid ten gunste van de verzekerde wordt opgelost.

Er zijn gevallen waarin uitsluiting van subrogatie zozeer voor de hand ligt, dat deze in de wet behoort te worden vastgelegd. Men zie het derde lid. Het neutrale woord 'krijgt' in de aanhef van het lid sluit niet alleen uit de overgang ingevolge het eerste lid, maar ook die krachtens cessie. De eerste volzin strekt ertoe de subrogatie in beginsel uit te sluiten ten aanzien van een aantal categorieën van aansprakelijke personen. Het betreft hier personen van wie mag worden aangenomen dat de verzekering mede in hun belang is gesloten, voor zover zij al niet uitdrukkelijk zijn meeverzekerd. Hun relatie met de verzekerde is van duurzame aard, voortvloeiend uit het familierecht of een affectieve relatie, dan wel een arbeidsverhouding. Het uitoefenen van verhaal zou deze relatie kunnen verstoren en de verzekerde, bij echtgenoten ook economisch, kunnen treffen. Een dergelijk gevolg verdraagt zich niet met het doel waartoe de nemer de verzekering sloot.

De tweede volzin van het derde lid heft de uitsluiting weer op indien hun aansprakelijkheid uit bijzondere omstandigheden voortvloeit. Het criterium hiervoor is een vergelijking met de positie van de verzekerde zelf: zou deze op grond van wet of overeenkomst zijn recht op uitkering door zo'n omstandigheid geheel of ten dele hebben verspeeld, dan is in zoverre ook de subrogatie niet uitgesloten. Een sprekend voorbeeld vormt artikel 952: veroorzaakt een van de in de eerste volzin genoemde personen de schade door opzet of roekeloosheid, dan is op hem ook subrogatie toegelaten.

Artikel 963 (dwingend recht)

Men zie het algemeen deel van deze memorie van toelichting bij titel 7.17.

Afdeling 3. Sommenverzekering

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 964 (definitie sommenverzekering)

De eerste volzin van dit artikel is reeds bij artikel 925 toegelicht. De tweede volzin houdt rekening met het feit dat zich in de praktijk sommenverzekeringen hebben ontwikkeld – en kunnen ontwikkelen – die niet als persoonsverzekering kunnen worden aangemerkt, maar waartegen geen bezwaar bestaat. Deze zijn, voor zover aangewezen bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, geldig. Hierbij is bijvoorbeeld gedacht aan de regenverzekering, de verzekering die tot uitkering leidt bij voortijdig afbreken van vakantie, en aan het in ziektekostenverzekeringen wel opgenomen beding dat de verzekerde een klein, vast bedrag toekent voor elke dag dat hij in een ziekenhuis is opgenomen, en wel om hem in staat te stellen de bezoekers iets te presenteren. De aanwijzing bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, kan beperkingen inhouden ten aanzien van de hoogte van de verzekerde som.

Artikel 965 (definitie verzekerde, begunstigde en uitkering)

De omschrijving van de verzekerde en van de begunstigde is in het algemeen deel van deze memorie van toelichting bij titel 7.17 toegelicht. Bij andere dan persoonsverzekering is er geen verzekerde in de zin van deze afdeling. Onder uitkering zijn naast de bedongen betalingen alle andere bedragen begrepen die de verzekeraar krachtens de onderhavige afdeling aan de begunstigde moet voldoen; men zie de toelichting op de in de tekst genoemde artikelen. Hierdoor konden vele bepalingen in deze afdeling eenvoudiger luiden.

Artikelen 966 tot en met 969 (Inleidende opmerkingen)

Wanneer de verzekeringnemer een derde als begunstigde aanwijst, komt een derdenbeding tot stand. De begunstiging bij sommenverzekering verlangt echter een uitwerking die op belangrijke punten afwijkt van het in de artikelen 6:253 e.v. (goeddeels bij wijze van regelend recht) bepaalde. De nemer kan in het algemeen over de aanwijzing beschikken: hij kan haar wijzigen of herroepen, al dan niet onder aanwijzing van een andere begunstigde. Het hangt dus geheel van de wil van de verzekeringnemer af of de aangewezen begunstigde te zijner tijd tot de uitkering gerechtigd zal worden. Daarom wordt algemeen aangenomen dat de aanwijzing van een derde als begunstigde geen recht op uitkering geeft, doch slechts een kans op het ontvangen van een uitkering schept.

Ingevolge artikel 6:253, eerste lid, verkrijgt de derde, ten behoeve van wie een derdenbeding is gemaakt, eerst een recht op de ten behoeve van hem bedongen prestatie, indien hij dit beding aanvaardt. Aan deze regel die overeenstemt met het geldende recht, wordt in de onderhavige afdeling vastgehouden: artikel 969, eerste lid.

Indien een derde als begunstigde is aangewezen, heeft de verzekeringnemer geen recht op de voor de derde bestemde uitkering. De verzekerde som wordt als eigen recht verkregen en dus niet uit het vermogen van de verzekeringnemer. Ook aan dit uitgangspunt wordt in het onderhavige ontwerp vastgehouden. Dit heeft in beginsel belangrijke gevolgen voor het erfrecht, het huwelijksgoederenrecht en de positie van de schuldeisers van de nemer.

Indien de nemer zichzelf als begunstigde heeft aangewezen is er wel sprake van een hem toekomend recht. Weliswaar kan hij ook dan te allen tijde in plaats van zichzelf een derde als begunstigde aanwijzen, maar dit heeft niet tot gevolg dat er geen sprake zou zijn van een recht, want hij heeft het zelf in de hand. Met de aanwijzing door de nemer van zichzelf als begunstigde stelt artikel 967, zevende lid, het ontbreken van iedere aanwijzing gelijk. Dan spreekt men van een blanco-polis.

Is de aanwijzing van een begunstigde onherroepelijk, dan kan de nemer de aanwijzing niet herroepen of wijzigen. In die omstandigheden is de verzekeringnemer bovendien ook overigens belemmerd in zijn mogelijkheid buiten de begunstigde om zijn uit de overeenkomst voortvloeiende rechten uit te oefenen, of daarover te beschikken: artikel 972. Deze bepaling brengt echter niet mee, dat de derde, wiens aanwijzing onherroepelijk is geworden, een recht op uitkering heeft verkregen. Dit is alleen het geval indien hij de aanwijzing uitdrukkelijk heeft aanvaard: artikel 969, eerste lid. Ook dan is hij er niet steeds zeker van de uitkering, voor zover de aanwijzing daarop betrekking heeft, ten volle te genieten. Bijzondere omstandigheden kunnen anders meebrengen: niet-nakoming van de mededelingsplicht (artikel 930), wanbetaling (artikel 934 in verbinding met artikel 980), het optreden van een van het risico uitgesloten doodsoorzaak (artikel 981) of onwaardigheid (artikel 973). Deze mogelijkheden doen geen afbreuk aan het bestaan van een recht; zij betekenen slechts dat dit recht aan voorwaarden is onderworpen. Dit geldt ook voor het recht van de verzekeringnemer op een uitkering.

Artikel 966 (aanwijsbevoegdheden verzekeringnemer)

Het eerste lid is hierboven reeds goeddeels toegelicht. De aanwijzing van meer dan één begunstigde kan gelijktijdig of in volgorde zijn. In geval van gelijktijdigheid geldt de aanwijzing voor gelijke delen, tenzij uit de aanwijzing anders voortvloeit; vgl. artikel 6:15. De meeste polissen bevatten, voor het geval dat een aangewezen persoon niet meer in leven is, een aanwijzing van een opvolgende (subsidiäre) begunstigde. Denkbaar is ook een voorwaardelijke aanwijzing, bij voorbeeld onder de voorwaarde dat de als begunstigde aangewezen weduwe niet zal zijn hertrouwd.

Blijkens het eerste lid, onderdeel a, kan de nemer zijn aanwijzing zo formuleren dat de begunstigde (na aanvaarding) slechts een beperkt recht op de uitkering krijgt, dat wil zeggen dat hij vruchtgebruiker of pandhouder wordt, al naar gelang de aanwijzing, ongeacht aan wie de uitkering als hoofdgerechtigde toekomt. De vruchtgebruiker is tot inning van de uitkering bevoegd volgens artikel 3:210 en de pandhouder volgens artikel 3:246.

Het eerste lid, onderdeel b, stelt buiten twijfel dat de verzekeringnemer bevoegd is het recht op uitkering onder bewind te stellen. Het onder c bepaalde spreekt vanzelf: men zie echter artikel 972.

Ingevolge de aanhef van het eerste lid komen beschikkingen onder a tot en met c bedoeld tot stand door een schriftelijke mededeling (inclusief een exploit: artikel 3:37, tweede lid) aan de verzekeraar. Dit is een constitutief vereiste. Een aanwijzing in een testament heeft op zichzelf geen gevolg, omdat een testament geen gerichte wilsverklaring is, en dus geen mededeling aan de verzekeraar. Aan het constitutief vereiste is wel voldaan indien de verzekeringnemer aan de verzekeraar schriftelijk doet weten, dat de begunstigde iemand is, die hij daartoe bij testament als begunstigde zal hebben aangewezen.

Artikel 974 legt vast dat het eerste lid van het onderhavige artikel 966 dwingend recht vormt, voor zover het betreft de wijze van totstandkoming van de aanwijzing van de begunstigde en de wijziging of herroeping daarvan. Hiermee wordt afstand genomen van het beding inhoudend dat deze beschikkingen slechts van kracht zijn na aantekening daarvan op de polis. Zulk een bepaling geeft de verzekeraar een bescherming ten

aanzien van de beoordeling aan wie hij moet uitkeren, die verder gaat dan nodig is. Het eerste lid, dat voor zulke beschikkingen een schriftelijke verklaring aan de verzekeraar verlangt, beschermt in combinatie met artikel 6:37 de verzekeraar in dit opzicht voldoende.

Artikel 6:253, eerste lid, veronderstelt dat de inhoud van het derdenbeding in gemeen overleg wordt bepaald door de partijen die de overeenkomst aangaan. Voor sommenverzekering is in het eerste lid van het onderhavige artikel een afwijkend uitgangspunt neergelegd. De nemer is vrij in de keuze van een begunstigde en de verzekeraar heeft de aanwijzing te respecteren. Blijkens het tweede lid kan hij echter een aanwijzing als daar omschreven, afwijzen. Men denke bij voorbeeld aan een aanwijzing die zal leiden tot een recht op periodieke uitkeringen zolang de begunstigde niet met een ander is gehuwd of samenleeft. De afwijzing geschiedt schriftelijk: artikel 933. De gestelde termijn voorkomt een te lange periode van onzekerheid.

Het derde lid regelt de gevolgen van onderbewindstelling op een wijze die ten nauwste aansluit bij de rechtsgevolgen van bewind over een schenking. Men zie artikel 7:182. Het enige verschil is dat artikel 7:182, tweede lid, onderdeel a, de daarin genoemde termijnen doet aanvangen op het tijdstip waarop de schenking wordt uitgevoerd, terwijl het onderhavige lid van artikel 966 deze laat aanvangen op het tijdstip waarop de eerste van een reeks uitkeringen opeisbaar wordt.

Ten aanzien van het vierde lid bedenke men dat in het bijzonder bij kredietverlening aan particulieren de levensverzekering een middel kan zijn om zekerheid te verschaffen. Het praktische belang van het vierde lid is vooral gelegen in het feit dat daardoor artikel 3:253 van toepassing wordt, dat de kredietgever die alle verzekeringspenningen heeft geïnd, dwingt rekening en verantwoording af te leggen van hetgeen hij uit hoofde van zijn financiering inhoudt.

In de tweede volzin van het vierde lid wordt echter rekening gehouden met de praktijk dat de begunstiging van een financier tot aflossing van een geldschuld wordt beperkt tot het bedrag dat deze op het moment dat een uitkering wordt gedaan te vorderen heeft van de verzekeringnemer. Bij een dergelijke aanwijzing pleegt te worden bepaald dat de verzekeraar mag afgaan op de verklaring van de financier over de hoogte van zijn vordering op de verzekeringnemer. Voor zover de uitkering de vor-

dering van de financier overtreft, komt deze toe aan de opvolgend begunstigde, of bij gebreke daarvan aan de verzekeringnemer. Het is niet nodig – en de praktijk heeft er geen behoefte aan – om deze wijze van begunstiging op één lijn te stellen met een aanwijzing tot zekerheid en deze te converteren tot een aanwijzing als pandhouder. Naar verwachting zal deze tweede volzin meebrengen dat de rechtsfiguur van de aanwijzing als pandhouder slechts weinig zal voorkomen.

Artikel 967 (begunstiging)

Het eerste lid strekt ertoe recht te doen aan de veelal bij partijen bestaande bedoeling om de aanwijzing van een begunstigde niet te doen vervallen, ook niet als deze reeds door aanvaarding tijdens het leven van de verzekeringnemer onherroepelijk was geworden. De bepaling is ook van toepassing wanneer een aanwijzing weliswaar onherroepelijk is geworden, doch de begunstigde overlijdt zonder te hebben aanvaard. Ook in zo'n geval valt, tenzij van een andere bedoeling blijkt, de uitkering toe aan eventuele subsidiaire begunstigten. Opmerking verdient nog dat wanneer overeenkomstig het voorgestelde artikel 479ka, eerste lid, onderdeel b, WBRvA beslag is gelegd ten laste van de begunstigde, de aanwijzing geacht wordt te zijn aanvaard 'voor zover de executie strekt' (artikel 479ka, tweede lid, WBRvA). Het beslag wordt dan derhalve niet meer geraakt door een eventueel overlijden van de begunstigde.

Voor aanwijzing van een persoon in zijn hoedanigheid, die in de praktijk tot problemen kan leiden, geeft het tweede lid een enkele regel. Indien de nemer als begunstigde heeft aangewezen: mijn echtgenote, doch hij is nadien van zijn eerste vrouw gescheiden en hertrouwd, dan zal hij in de regel niet zijn eerste maar zijn tweede vrouw willen bevoordelen. De woorden 'volgens artikel 968, eerste lid, onderdelen b tot en met e onherroepelijk wordt' brengen uiteraard mee dat beslissend is het moment waarop de aanwijzing onherroepelijk wordt. Bevat de aanwijzing zowel de naam als de hoedanigheid, dan prevaleert de naam. De vermoedens welke in dit lid worden uitgesproken, wijken voor een andere bedoeling. Het derde lid bevat een afzonderlijke bepaling voor het geval dat de aanwijzing van een begunstigde, die de aangeduide kwaliteit bezit, door aanvaarding onherroepelijk wordt. Aangezien zulk een onherroepelijk worden door aanvaarding slechts met toestemming van de verzekering-

nemer kan plaatsvinden (zie artikel 969, eerste lid), dient voor dat geval steeds de kwaliteit te prevaleren, en is – anders dan in de gevallen bedoeld in het eerste lid – voor een weerlegbaar vermoeden geen plaats. Het vierde lid regelt het geval waarin als begunstigden letterlijk zijn aangewezen: ‘de erfgenamen’ van de verzekeringnemer dan wel van de verzekerde. In het lid is dit aangegeven met: de als zodanig aangeduide erfgenamen. Het woord ‘erfgenamen’ is dubbelzinnig. Er kunnen mee bedoeld zijn degenen die tot de nalatenschap zijn geroepen, onverschillig of zij haar hebben aanvaard, maar ook degenen die in werkelijkheid erven. Het lid geeft aan de eerste betekenis de voorkeur. Wie als erfgenamen zijn geroepen, vloeit voort uit de wet of het testament. Verwerping van de nalatenschap, hetzij door alle, hetzij door één of meer erfgenamen doet aan dit geroepen zijn niet af. De hier bedoelde begunstigden kunnen dus de nalatenschap waaraan zij hun kwaliteit ontleen, ieder voor zich verwerpen en toch hun aanwijzing als begunstigde aanvaarden. Om alle onzekerheid te vermijden wordt in de tekst van het voorgestelde lid uitdrukkelijk bepaald dat zij in dezelfde verhouding tot de uitkering gerechtigd zijn als waarin zij tot de nalatenschap zijn geroepen. Wenst de verzekeringnemer dat de uitkering wél in de nalatenschap van hem of de verzekerde valt, dan kan hij dat bereiken door als begunstigde aan te wijzen: de nalatenschap.

Het vijfde lid stelt buiten twijfel dat wanneer de verzekeringnemer zijn nalatenschap als begunstigde heeft aangewezen, de erfgenamen die in de nalatenschap delen de uitkering op grond van een eigen recht verkrijgen. Omdat derhalve de uitkering niet uit het vermogen van de verzekeringnemer wordt verkregen, behoeft de uitkering derhalve, indien de verzekeringnemer in gemeenschap van goederen was gehuwd, niet in de afwikkeling daarvan te worden betrokken.

Voor het zesde lid zie artikel 4:10, tweede lid, en voor het zevende lid artikel 4:2, eerste lid.

Uitgangspunt van het achtste lid is dat aan de verzekeringnemer vanaf het moment van het sluiten van de verzekering een recht op uitkering toekomt (eerste volzin). Na aanwijzing van een derde als begunstigde kan deze derde door aanvaarding een recht op uitkering verkrijgen. Als er echter geen aanwijzing plaatsvindt, of aan de aanwijzing (of aanwijzingen) geen gevolg toekomt – hetzij doordat zij wordt afgewezen hetzij

doordat de begunstigde zijn recht verspeelt door het opzettelijk teweegbrengen van het verzekerde voorval – dient de uitkering toe te komen aan de verzekeringnemer. Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan artikel 6:255, tweede lid, waarvan de werking echter mede afhankelijk is van een door de promissor aan de stipulator te stellen termijn.

De redactie van artikel 6:255 laat verder enige ruimte voor twijfel over de vraag in hoeverre de stipulator, voor het geval de aanwijzing van een derde als begunstigde geen gevolg heeft en hij ook niet op andere wijze tot aanwijzing overgaat, vanaf den beginne geacht moet worden zichzelf te hebben aangewezen. In de redactie van het achtste lid van het onderhavige artikel 967 wordt deze twijfel althans voor de sommenverzekering vermeden. De verzekeringnemer behoudt ook bij aanwijzing van een derde als begunstigde een voorwaardelijk recht op uitkering, onder de opschortende voorwaarde dat geen begunstiging van een derde gevolg zal hebben. Dit voorwaardelijk recht behoort tot het vermogen van de verzekeringnemer en valt derhalve in een eventuele huwelijksgemeenschap of nalatenschap van de verzekeringnemer. Wordt het voorwaardelijk recht nadien onvoorwaardelijk, bijvoorbeeld doordat de begunstiging na verwezenlijking van het risico wordt afgewezen, dan behoort ook het onvoorwaardelijk geworden recht op uitkering tot de huwelijksgemeenschap of nalatenschap.

Opmerking verdient nog dat het recht op uitkering dat de derde door aanvaarding van zijn aanwijzing verkrijgt een ander recht is dan het voorwaardelijk recht dat aan de verzekeringnemer toekomt. Het recht van de derde is een zelfstandig recht, originair verkregen en dus niet als rechtsopvolger (derivatief) van de verzekeringnemer.

Aandacht verdient tenslotte dat wanneer de derde zijn aanwijzing aanvaardt en vervolgens van het recht op uitkering afstand doet, ingevolge artikel 969, derde lid, mede tot gevolg heeft dat de aanwijzing geen gevolg heeft.

Artikel 968 (geen herroeping)

Dit artikel bepaalt wanneer een aanwijzing van een derde als begunstigde onherroepelijk wordt. Het geval onder a spreekt voor zichzelf en sluit aan op artikel 6:253, tweede lid. Aanvaarding van de begunstiging voordat het risico een einde heeft genomen komt in de praktijk bijvoorbeeld

voor wanneer de verzekering een onderdeel vormt van de regeling van de financiële gevolgen van echtscheiding. Voorts zal zulk een aanvaarding plaatsvinden indien de begunstiging strekt tot zekerheid van een vordering (meestal uit geldlening) van de begunstigde-pandhouder.

Onder b en c zijn de meest gebruikelijke gevallen opgenomen, waarbij de aanwijzing van een derde als begunstigde zonder aanvaarding onherroepelijk wordt. Het geval onder b heeft naast dat onder c zelfstandige betekenis. Men denke bijvoorbeeld aan de kapitaalverzekering op vaste termijn en aan de studieverzekering, waarbij de uitkering opeisbaar kan worden lang nadat de verzekerde is overleden. Het is niet de bedoeling dat in de tussentijd nog de begunstiging wordt herroepen.

Onder d is onder meer rekening gehouden met de mogelijkheid dat de verzekeringnemer wenst de aanwijzing onherroepelijk te doen zijn ook indien hij niet de verzekerde is, doch overlijdt vóórdat zijn aanwijzing om andere reden onherroepelijk zou worden.

Artikel 969 (aanvaarding van aanwijzing)

Het eerste lid van dit artikel stelt vast, dat de begunstigde niet door het enkele feit van de onherroepelijkheid van de aanwijzing, maar, overeenkomstig de regeling van het derdenbeding, door een uitdrukkelijke van hem uitgaande aanvaarding zijn recht verkrijgt. Wat betreft de wijze van aanvaarding geldt bij sommenverzekering steeds de regel dat de aanvaarding tot de verzekeraar moet worden gericht.

Indien de aanwijzing reeds voor de aanvaarding onherroepelijk was geworden is deze voor de nemer – of diens rechtsopvolgers – slechts van ondergeschikte betekenis. De in artikel 972 genoemde gevolgen zijn dan reeds ingetreden. Daarom schrijft het ontwerp voor de verklaring geen bepaalde vorm, bijvoorbeeld geschrift, voor, maar partijen kunnen dit wel overeenkomen. Indien de aanwijzing eerst door de aanvaarding onherroepelijk wordt, is deze laatste voor de nemer c.s. van essentieel belang, omdat het dan de aanvaarding is, die bovenbedoelde gevolgen doet intreden. Daarom schrijft het onderhavige artikel voor dat geval schriftelijk toestemming door de verzekeringnemer voor, en het ligt voor de hand dat de aanvaarding dan ook schriftelijk dient te geschieden.

Het tweede lid regelt de afwijzing van een onherroepelijk geworden, doch nog niet aanvaarde aanwijzing. Heeft de begunstigde wel aanvaard,

maar wil hij de aanwijzing toch weer afwijzen, dan moet hij daartoe een overeenkomst met de verzekeraar sluiten: artikel 6:160, eerste lid.

Ingevolge artikel 974 kan niet worden afgeweken van het vormvoorschrift van het eerste lid, tweede volzin. Krachteloos is derhalve het be-
ding dat aanvaarding eerst tot een tegenover de derde onherroepelijke
aanwijzing leidt, indien die aanvaarding door de verzekeraar in de polis
is aangetekend.

Artikel 970 (overdracht)

Het begrip 'de rechten van de verzekeringnemer' bezigt het wetsvoorstel, in navolging van de verzekeringspraktijk, ter aanduiding van het geheel van rechten en bevoegdheden die voor de verzekeringnemer uit de verzekering (kunnen) voortvloeien. Het omvat derhalve niet alleen vorderingsrechten van de verzekeringnemer, maar ook zogenaamde 'wilsrechten' als het recht tot het doen afkopen of het belenen van de verzekering, alsmede de bevoegdheid tot het wijzigen van de begunstiging. Van deze rechten van de verzekeringnemer wordt in sommige polissen bepaald dat zij slechts gezamenlijk kunnen worden overgedragen. Om de praktijk op dit punt duidelijkheid te bieden, is het onderhavige artikel opgenomen. In de eerste volzin van het eerste lid is tot uitdrukking gebracht dat de rechten van de verzekeringnemer in beginsel (artikel 974 laat ruimte voor afwijking) slechts gezamenlijk kunnen worden overgedragen – en derhalve in beginsel ook slechts gezamenlijk kunnen worden bezwaard. In hoeverre deze gezamenlijke overdraagbaarheid meebrengt dat deze rechten, waaronder in vele gevallen ook een recht op uitkering, tezamen een subjectief vermogensrecht vormen, alsmede in hoeverre de afzonderlijke rechten niet zelf als vermogensrechten kunnen worden beschouwd, kan aan de wetenschap worden overgelaten.

Tegen afzonderlijke overdracht van een recht op een uitkering bestaat intussen geen bezwaar. Hetzelfde geldt voor andere uit de verzekering voortvloeiende geldvorderingen, zoals een vorderingsrecht ter zake van afkoop of belening. Heeft de verzekeringnemer een bevoegdheid tot belening uitgeoefend en heeft hij daardoor een opeisbare geldvordering jegens de verzekeraar verkregen, dan dient hij deze vordering – als iedere andere vordering – te kunnen cederen. Daarom is in de tweede volzin van het eerste lid bepaald dat dergelijke vorderingsrechten ook afzonder-

lijk kunnen worden overgedragen. Deze afzonderlijke overdraagbaarheid kan in de wet, bijvoorbeeld ten aanzien van pensioenen, of de polis zijn uitgesloten of beperkt.

Het tweede lid, dat de vereisten van artikel 3:94, eerste lid (in verbinding met artikel 3:98), aanscherpt door een schriftelijke mededeling te verlangen, is van toepassing op levering van alle rechten uit een verzekering. Derhalve zal zowel voor levering van de gezamenlijke rechten van de verzekeringnemer (eerste lid, eerste volzin), als voor de afzonderlijke levering van een recht op uitkering door een als begunstigde aangewezen derde die zijn aanwijzing heeft aanvaard, een daartoe bestemde akte en schriftelijke mededeling aan de verzekeraar nodig zijn. Artikel 974 laat ruimte om van de bepaling af te wijken, doch dat kan niet buiten de verzekeraar om (zie artikel 3:83, tweede lid).

Artikel 971 (pandrecht)

In deze bepaling zijn enige regels samengebracht met betrekking tot verpanding van rechten uit een sommenverzekering. In het eerste lid is voor alle rechten uit de verzekering, derhalve ook voor het recht op uitkering, bepaald dat daarop geen stil pandrecht kan worden gevestigd. Stille verpanding is met name van belang voor handelsvorderingen die gezamenlijk worden verpand. Bij een recht op uitkering uit een sommenverzekering zal daaraan geen behoefte bestaan, terwijl het met het oog op de eenvoud van de te regelen verhoudingen tussen verzekeraar, verzekeringnemer, derdebegunstigde en pandhouder de voorkeur verdient dat verpanding geschiedt met kennisgeving aan de verzekeraar. Ook stille cessie tot zekerheid wordt uitgesloten.

Het tweede lid is nodig omdat de daarin genoemde wetsartikelen ervan uitgaan dat de pandgever van een vordering tevens schuldeiser is, terwijl bij aanwijzing van een derde-begunstigde het overschot dat na executie en verdeling resteert niet aan de pandgever-verzekeringnemer behoort toe te komen. Het gebruik van de term 'hoofdgerechtigde' voorkomt dat een eventueel surplus zou moeten worden uitgekeerd aan de begunstigde die zijn aanwijzing nog niet heeft aanvaard. Voor de hoedanigheid van begunstigde is aanvaarding immers niet vereist (artikel 965), terwijl een als hoofdgerechtigde aangewezen derde eerst door aanvaarding ook daadwerkelijk hoofdgerechtigde wordt (vergelijk artikel 969, eerste lid,

eerste volzin). In de tweede volzin is een regeling getroffen voor het geval dat voor de uitkering een derde als (hoofd)begunstigde is aangewezen, die zijn aanwijzing nog niet heeft aanvaard. Deze begunstigde dient alsnog in de gelegenheid te worden gesteld om door aanvaarding van zijn aanwijzing hoofdgerechtigde te worden. Het spreekt vanzelf dat de derde van zijn aanvaarding mede aan de pandhouder mededeling zal moeten doen. Zijn er geen derde-begunstigden, dan zal de verzekeringnemer zelf de hoofdgerechtigde zijn tot het recht op uitkering.

Er is van afgezien te bepalen dat een aanwijzing van de pandhouder tot begunstigde slechts geldig is tot het beloop van zijn vordering op de schuldenaar. Een dergelijke bepaling zou de verzekeraar namelijk kunnen betrekken in discussies over de vraag of aan een bepaalde begunstiging een pandkarakter toekomt (vergelijk artikel 966, vierde lid), hetgeen dan van belang zou zijn voor de omvang van zijn betalingsverplichting jegens die begunstigde. Wel kan de begunstiging door de verzekeringnemer zelf met zoveel woorden beperkt zijn tot het bedrag van hetgeen de begunstigde van hem te vorderen zal hebben (zie artikel 966, vierde lid, tweede volzin). Maar ook voor de pandhouder zal het veelal de voorkeur verdienen dat niet hij maar de verzekeraar zorgdraagt voor uitkering van een eventueel overschot aan de opvolgend rechthebbende. Die mogelijkheid is in het derde lid van het onderhavige artikel 971 gecreëerd. Op grond van deze bepaling kunnen de verzekeringnemer en de aspirant-pandhouder ook overeenkomen dat de pandhouder de uitkering slechts zal incasseren voor het bedrag dat hij van de verzekeringnemer te vorderen heeft, waarbij het eventuele overschot door de verzekeraar wordt uitgekeerd aan de opvolgende begunstigde.

Artikel 972 (toestemming derde-begunstigde of beperkt gerechtigde)

In dit artikel zijn de beperkingen samengebracht die worden gesteld aan de uitoefening van de rechten van de verzekeringnemer in verband met de belangen van een derde-begunstigde of een beperkt gerechtigde. Het eerste lid, onder a, betreft de gevolgen van onherroepelijkheid van aanwijzing voor de bevoegdheid van de nemer om zijn rechten uit te oefenen. Men denke bijvoorbeeld aan de intrekking of de wijziging van de aanwijzing, afkoop, premievrijmaking, belening en vervreemding. On-

derdeel b beschermt beperkt gerechtigden, zoals pandhouders en vruchtgebruikers.

Het tweede lid stelt de beperking van het eerste lid buiten toepassing voor het geval dat door uitoefening van de rechten van de verzekeringnemer geen wijziging zou worden aangebracht in de rechtspositie van de begunstigde wiens aanwijzing onherroepelijk is of degene voor wie een beperkt recht is gevestigd op de nemersrechten of op het recht op een uitkering.

Artikel 973 (opzet)

De verzekeringsrechtelijke variant van de uit het erfrecht bekende onwaardigheid is uitgebreid met het geval dat de begunstigde de verwezenlijking van het risico – veelal: de dood van de verzekerde – niet zozeer opzettelijk heeft veroorzaakt, doch daaraan wel medewerking heeft verleend (vergelijk voor het erfrecht artikel 4:3). Deze uitbreiding komt overeen met het strafrechtelijke begrip ‘medeplichtigheid’, tegenover het ‘plegen’ waarvan het opzettelijk veroorzaken het equivalent is.

De werking van dit artikel is echter beperkt tot gevallen dat een strafrechtelijke veroordeling heeft plaatsgevonden. Aldus zal bijvoorbeeld degene die opzettelijk tegen een boom rijdt om een voetganger te ontwijken, niet een recht verspelen op uitkering krachtens een ongevallenv verzekering. In de polisvoorwaarden kan worden bepaald dat ook zonder strafrechtelijke veroordeling opzettelijk veroorzaakte schade niet tot uitkering leidt.

Artikel 974 (dwingend recht)

Men zie het Algemeen deel van deze Memorie van Toelichting bij titel 7.17.

§ 2 (Levensverzekering)

Artikel 975 (definitie)

Dit artikel vult voor levensverzekering de in artikel 964 gegeven definitie aan; zie ook de algemene definitie van verzekering van artikel 925. De definitie omvat alle soorten van kapitaal- en renteverzekering. Bij de eerste wordt een vast bedrag, bij de tweede een periodieke uitkering bedongen. Ook komen velerlei combinaties voor. Is een periodieke uitke-

ring afhankelijk van het leven van de verzekerde, dan is zij een lijfrente, zodat titel 7.18 mede van toepassing is.

Het artikel sluit de ongevallenverzekering uit. Deze uitsluiting berust op het feit dat ongevallenverzekering, ook voor zover zij tot een uitkering bij overlijden strekt, van geheel andere aard is dan de levensverzekering. Met name bevat zij geen spaarelement en is zij bedrijfstechnisch veeleer schadeverzekering.

Artikel 976 (lijkbezorging)

Enkele bepalingen zullen niet gelden voor de verzekering die ertoe strekt te voorzien in een behoorlijke uitvaart. Van deze verzekering bestaan twee varianten. De eerste verzekert een uitkering in geld, waarmee de kosten aan de uitvaart verbonden, kunnen worden bestreden. Bij de tweede geschiedt de uitkering in natura: daarbij neemt de verzekeraar op zich, zelf de uitvaart te verzorgen.

De geringe bedragen en premies die met deze verzekeringen zijn gemoeid, en de aard van de uitkering in de tweede variant, maken het onmogelijk de rechtsfiguren waartoe een levensverzekering die stellig voorziet in een uitkering, aanleiding kan geven, bij deze verzekeringen te handhaven. Voor zover deze rechtsfiguren voortvloeien uit regeland recht, kan hun toepasselijkheid in de overeenkomst worden uitgesloten. Daarom bevat het voorgestelde artikel slechts een opsomming van bepalingen waarvan overigens niet of niet steeds kan worden afgeweken. Het doel waarvoor deze verzekeringen worden aangegaan, rechtvaardigt het in de derde zin bepaalde.

Gedacht is aan een verzekerde som die de kosten van een behoorlijke uitvaart niet teboven gaat, en een verzekering die rechtstreeks in zulk een uitvaart voorziet. Het ontwerp geeft de mogelijkheid een landsbesluit, houdende algemene maatregelen, te nemen, zodat gemakkelijk met gewijzigde omstandigheden rekening kan worden gehouden.

Artikel 977 (geen opzegging of ontbinding)

Dit artikel is opgenomen met het oog op het bijzondere belang dat de verzekeringnemer vooral bij levensverzekering met een spaarelement op voortzetting van de verzekering heeft. De woorden 'noch krachtens enig beding vervallen', opgenomen aan het slot van het eerste lid, beletten

niet een levensverzekering voor bepaalde tijd te sluiten. Evenmin verhindert de bepaling de verzekeringnemer het recht te geven de verzekering premievrij voort te zetten onder instandhouding van de verzekerde bedragen. Weliswaar wordt door zulke voortzetting de duur van de overeenkomst gewijzigd, doch dit geschiedt dan op uitdrukkelijk verzoek van de verzekeringnemer zélf, en dus niet uit hoofde van enig beding.

Van deze bepaling kan niet ten nadele van de verzekeringnemer, de begunstigde of de pandhouder worden afgeweken: artikel 986, tweede lid.

Artikel 978 (afkoop en premievrijmaking)

Veel levensverzekeringen verkrijgen na verloop van enige jaren een zekere geldswaarde, afkoopwaarde genaamd. Deze waarde stijgt naarmate gedurende meer jaren premie is betaald en de datum waarop volgens statistische gegevens de verwezenlijking van het risico dichterbij komt. Men kan de afkoopwaarde de concretisering van het spaarelement noemen. Artikel 978 geeft een wettelijk recht tot afkoop maar beperkt dit voor zover de verzekering stellig voorziet in een of meer uitkeringen. Het gaat er dus om of (de invloed van niet-betaling van premie daargelaten) van meet af aan vaststaat dat de verzekeraar te eniger tijd, vroeg of laat, verplicht zal zijn een of meer uitkeringen te doen. Men denke aan de levenslange overlijdensverzekering: de verplichting van de verzekeraar bestaat uit het uitkeren van de overeengekomen som bij overlijden van de verzekerde, ongeacht wanneer dit overlijden geschiedt, de gemengde verzekering: de verzekeraar verplicht zich de verzekerde som uit te keren op een tevoren bepaalde datum (de einddatum van de overeenkomst) of bij het eerder overlijden van de verzekerde en de verzekering van een kapitaal op vaste termijn: de verzekeraar is, onafhankelijk van het in leven zijn van de verzekerde, verplicht de verzekerde som op de einddatum uit te keren. Het verzekeringselement bestaat hierin, dat bij overlijden van de verzekerde vóór de einddatum de verplichting van de verzekeringnemer tot verdere premiebetaling vervalt. Door de verzekering te doen afkopen realiseert de verzekeringnemer het spaarelement.

Verzekeringen die de verzekeraar alleen bij het in leven zijn van de verzekerde op een overeengekomen tijdstip tot uitkering verplichten, leiden niet stellig tot uitkering en het eerste lid heeft daarop geen betrekking. In de praktijk wordt ook bij zulke verzekeringen de nemer wel gelegenheid

gegeven zulk een verzekering te doen afkopen, doch dat geschiedt vaak slechts op voorwaarde dat de goede gezondheid van de verzekerde wordt aangetoond, bij voorbeeld door middel van een medische keuring.

De in het tweede lid bedoelde premievrije voortzetting is gebaseerd op het technische gegeven dat bij levensverzekeringen die geen zuivere risicoverzekeringen zijn, de premiebetaling tot een waarde kan leiden, die kan dienen voor een aangepaste of nieuwe verzekering, waarbij geen verdere premiebetaling plaatsvindt. Die waarde wordt de premievrije waarde genoemd. Bij de verzekeringen die stellig tot uitkering leiden is de premievrije waarde gelijk aan de afkoopwaarde.

Met betrekking tot premievrijmaking van beleggingsverzekeringen verdient opmerking, dat na premievrijmaking ook kosten en eventueel premie voor nog aanwezig overlijdensrisico ten laste van de opgebouwde waarde worden gebracht. Dit kan ertoe leiden dat op zeker moment geen waarde resteert en de verzekering vervalt. Een dergelijk vervallen na premievrijmaking, dat vergelijkbaar is met het geval, bedoeld aan het slot van artikel 980, tweede lid, eerste volzin, komt niet in strijd met artikel 977, eerste lid. Evenmin staat die bepaling eraan in de weg dat een meeverzekerde premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid vervalt wanneer de hoofdverzekering premievrij wordt gemaakt.

De verzekering zal hetzij voorzien in één uitkering hetzij in een aantal uitkeringen. Met beide mogelijkheden dient rekening te kunnen worden gehouden bij het bepalen van de gevallen waarin premievrijmaking kan worden uitgesloten. De tekst brengt dit tot uitdrukking.

De uitsluiting van het tweede lid, tweede volzin, kan slechts worden toegepast wanneer op het tijdstip van premievrijmaking de hoogte van de uiteindelijk verschuldigde uitkering of uitkeringen kan worden bepaald, hetgeen bij beleggingsverzekeringen met hun fluctuerende premievrije waarden niet het geval is. Om die reden beperkt deze bepaling zich tot verzekeringen met verzekerde bedragen, waarbij derhalve premievrije voortzetting tegen verminderde bedragen in beginsel mogelijk is. Uitsluiting van het recht op premievrijmaking is hier mogelijk voor het geval dat de uitkering of uitkeringen beneden een bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, vast te stellen grens zou blijven.

Naast de wijze van premievrije voortzetting, waarin het tweede lid voorziet, kunnen partijen een andere vorm van premievrije voortzetting over-

eenkomen. Hierbij is met name te denken aan de zogenaamde automatische voortzetting, waarbij de hoogte van de verzekerde uitkeringen in stand blijft, doch waarbij de verdere premies en de eventueel bedongen rente en kosten met de afkoopwaarde – en bij overlijden met de uitkering – worden verrekend. De verzekering loopt dan – tenzij de verzekerde intussen is overleden – door totdat het spaarelement door bedoelde verrekening is verdwenen. Het tweede lid geeft de verzekeringnemer daarbij dan nog de mogelijkheid om, zolang de verzekering als gevolg van de zogenaamde automatische voortzetting niet is beëindigd, alsnog over te stappen op een premievrije voortzetting tegen verminderde bedragen. In hoeverre het onderhavige artikel van dwingend recht is, wordt geregeld in artikel 986, derde en vierde lid. Het slot van het vierde lid beoogt een zekere verzorgingsbescherming te bieden aan de verzekeringnemer of begunstigde tegen uitwinning van een levensverzekering; men denke aan een ouderdoms- of invaliditeitsvoorziening of een voorziening ten behoeve van nagelaten betrekkingen.

Artikel 979 (belenen)

Het spaarelement dat door premiebetaling wordt opgebouwd bij verzekeringen met afkoopwaarde, biedt de verzekeringnemer de mogelijkheid bij de verzekeraar een lening te sluiten. Daarbij wordt het geleende bedrag, voor zover niet afgelost, verrekend met toekomstige aanspraken krachtens de verzekering van de verzekeringnemer of begunstigde derden. De beleningsvoorwaarden zullen steeds bepalen dat de periodieke rente bij vooruitbetaling verschuldigd is. Gevolg hiervan is dat de verzekeringnemer die tot belening overgaat, niet meer in handen kan krijgen dan een bedrag gelijk aan de afkoopwaarde verminderd met het eerste rentebedrag. Daarnaast zal in deze voorwaarden zijn bepaald dat niet-betaling van rente hetzelfde gevolg heeft als niet-betaling van premie.

Het tweede lid is opgenomen met het oog op artikel 6:237, onderdeel g. Voorziet de levensverzekering in een – al dan niet premievrij gemaakte – reeks uitkeringen, dan mag de verzekeraar bovendien het bedrag dat op de geldlening open staat in mindering brengen op de contante waarde van de gehele reeks. Uit artikel 6:127, tweede lid, vloeit voort, dat de verzekeraar eerst tot verrekening bevoegd is indien hij betaling van de vordering tot terugbetaling uit de geldlening kan afdwingen. De woorden

‘of ten laste van de verzekering’ zien op betalingen die de verzekeraar krachtens derdenbeslag ten laste van de nemer of de begunstigde moet doen op een moment dat het geleende bedrag nog niet volledig is terugbetaald.

Artikel 980 (niet-betalen vervolgpremie)

Artikel 934 past om verschillende redenen niet bij levensverzekering. In de eerste plaats moet rekening worden gehouden met het feit dat bij levensverzekering meestal geen verplichting tot premiebetaling bestaat. Daarom wordt hier niet gesproken van niet-nakoming van een verplichting, doch eenvoudig van niet-betalen van premie.

In de tweede plaats moet rekening worden gehouden met de positie van de begunstigde die zijn aanwijzing reeds heeft aanvaard, die van de pandhouder wiens recht overeenkomstig artikel 971 is gevestigd en die van een beslaglegging (zie artikel 479ka e.v. WBRvA). Zij hebben bij het intact blijven van de verzekering veelal minstens zoveel belang als de verzekeringnemer zelf. Daarom schrijft het eerste lid voor dat de gevolgen van niet-betalen van vervolgpremie eerst intreden indien ook zij voor die gevolgen zijn gewaarschuwd en de gelegenheid hebben gehad alsnog voor betaling van de premie zorg te dragen. De mededelingen waartoe het eerste lid de verzekeraar verplicht, geschieden schriftelijk: artikel 933.

Het tweede lid regelt de gevolgen van definitief onbetaald blijven van de premie. Men zie verder de toelichting bij artikel 978, tweede lid. Voorziet de overeenkomst niet in automatische voortzetting en leent zij zich niet voor premievrije voortzetting tegen verminderde bedragen, dan eindigt de verzekering. Bij zulk een einde heeft de nemer recht op de eventuele afkoopwaarde.

Het derde lid volgt artikel 934, tweede volzin, met dien verstande dat rekening is gehouden met het feit dat artikel 6:96, tweede lid, onderdeel c, niet van toepassing is, omdat er bij levensverzekering meestal geen verplichting tot premiebetaling bestaat. Dit betekent tevens dat onder de kosten van dit lid slechts kunnen vallen de kosten verbonden aan de naleving van het eerste lid.

De mogelijkheid om van dit artikel af te wijken wordt in artikel 986, derde lid, beperkt.

Artikel 981 (overlijden verzekerde)

De eerste volzin van dit artikel zorgt ervoor dat bij verzekeringen met afkoopwaarde, het spaarelement ook bij een uitgesloten doodsoorzaak door de verzekeraar wordt uitgekeerd. Deze verminderde uitkering neemt de plaats in van de bedongen uitkering, zodat zij aan de begunstigde toekomt. De redelijkheid brengt mede dat een regeling van dezelfde strekking wordt getroffen indien de verzekering alleen premievrije waarde heeft. Indien bijvoorbeeld bij een verzekering die voorziet in een ouderdoms- en weduwenpensioen, afgesloten op het leven van de man, de man overlijdt door een uitgesloten doodsoorzaak, heeft de weduwe recht op een verlaagde rente.

Ingevolge artikel 986, tweede lid, kan niet ten nadele van de daar genoemde personen van dit artikel worden afgeweken.

Artikel 982 (onjuiste opgave leeftijd en geslacht)

Uitgangspunt van dit en het volgende artikel is dat de regeling van de mededelingsplicht en van de gevolgen van niet-nakoming zoals in de artikelen 928 tot en met 931 vervat, ook op levensverzekering zoveel mogelijk van toepassing moeten zijn. De artikelen 982 en 983 bevatten dan ook slechts de voor levensverzekering onvermijdelijke afwijkingen.

Onjuiste opgave van leeftijd of geslacht berust vrijwel steeds op vergissing of misverstand. De daardoor ontstane wanverhouding tussen premie en verzekerde som is aan de hand van de tarieven gemakkelijk te herstellen. De fout zal dikwijls voor het einde van de verzekering worden ontdekt en indien vóór dat einde de afkoopwaarde of de premievrije waarde moet worden berekend moet ook hier aanpassing plaatsvinden. Omdat de grondslag van de financiering van de uitkeringen op de premiereserve berust, kan de aanpassing slechts bestaan uit wijziging van wat de verzekeraar moet betalen, en niet door aanpassing van de premie. Een en ander leidt tot de in het artikel belichaamde wettelijke conversie. Omdat een vergissing even goed tot voordeel als tot nadeel voor de tot uitkering gerechtigde kan leiden, omvat het artikel beide mogelijkheden. Het kan dus zowel verlaging als verhoging van de uitkering tot gevolg hebben. Voor zover het leeftijd of geslacht van de verzekerde betreft, geldt alleen de hier gegeven regeling.

Het tweede lid ziet op het geval dat de verzekeraar geen verzekerden boven een bepaalde leeftijd aanvaardt. In dat geval gelden de algemene bepalingen betreffende de mededelingsplicht en eventueel artikel 983.

Van het onderhavige artikel kan ingevolge artikel 986, tweede lid, niet ten nadele van de daargenoemde personen worden afgeweken.

Artikel 983 (niet-nakoming mededelingsplicht)

Zie de inleidende opmerking bij het vorige artikel 982. Het onderhavige artikel 983 regelt de bijzondere gevolgen van de niet-nakoming van de mededelingsplicht van artikel 928 voor verzekeringen met afkoopwaarde. Het geldt zowel voor de verzekeringen bedoeld in artikel 978 als voor die welke de verzekeringnemer krachtens de overeenkomst zelf kan doen afkopen.

De gevolgen die de artikelen 929 en 930 aan die niet-nakoming verbinden zijn in beginsel ook op deze overeenkomsten van toepassing, zij het ook met enige nuanceringen wegens de aard van de overeenkomst. De gevolgen van artikel 929 omvatten, behalve een mededeling met voorbehoud van rechten in het eerste lid, een beperkte bevoegdheid tot opzegging voor de verzekeraar in het tweede lid en een ruimere voor de verzekeringnemer in het derde lid. Aan deze laatste heeft de verzekeringnemer eigenlijk geen behoefte, omdat hij immers kan doen afkopen, doch bezwaar daartegen bestaat niet. Het bijzondere bij de onderhavige verzekeringen is dat er bij de beëindiging een waarde overschiet, de afkoopwaarde, die door de verzekeringnemer is 'gespaard'. Het is billijk dat hij deze bij de beëindiging terugkrijgt, en dit is dan ook wat het eerste lid van het onderhavige artikel 983 bepaalt.

Het tweede lid sluit aan bij de gevolgen die artikel 930 verbindt aan het niet nakomen van de mededelingsplicht met betrekking tot de uitkering in de gevallen waarin niet is opgezegd. In beginsel bestaat er dan geen recht op uitkering (artikel 930, eerste lid), en zeker bestaat dat niet in de twee gevallen die het vierde lid van dat artikel noemt. Ook dan echter is er toch een afkoopwaarde aanwezig, en het is billijker dat de begunstigde voor wie ze bestemd was, die verkrijgt, dan dat zij aan de verzekeraar vervalt; vergelijk de regeling van artikel 981. Aldus bepaalt dan ook het tweede lid van het onderhavige artikel 983, eerste volzin.

Artikel 930, tweede lid, bepaalt echter dat de verzekeraar in één geval de volledige uitkering verschuldigd wordt, en het derde lid voorziet in de mogelijkheid van een proportionele uitkering. In deze beide gevallen kan de uitkering hoger zijn dan de afkoopwaarde, en het ligt voor de hand dat ook bij de onderhavige verzekeringen dit hogere bedrag tot uitkering komt; aldus de tweede volzin van het tweede lid van artikel 983.

Omdat de begunstigde die reeds heeft aanvaard, zijn vermeende recht dikwijls niet verkrijgt, behoort hij op de hoogte te worden gesteld. Wanneer hij tegenover de verzekeringnemer aanspraak op een verzekeringsuitkering kan maken, kan hij er dan - eventueel door beslag onder de verzekeraar te leggen - voor zorgen, dat alsnog een geldige verzekering wordt gesloten.

Eenzelfde waarschuwing aan de pandhouder is evenzeer op haar plaats; de uitkering waartoe de verzekeraar krachtens het eerste en tweede lid van artikel 983 is gehouden, kan (als er niet een reeds aanvaarde begunstiging is) worden beschouwd als een vordering (van de verzekeringnemer) tot vergoeding die in de plaats komt van de verzekerde uitkering, zodat het pandrecht ingevolge artikel 3:229 naar de eerstbedoelde uitkering verschuift. De waarschuwing stelt de pandhouder in staat zijn maatregelen tijdig te nemen.

Ook de beslaglegger dient in kennis gesteld te worden, althans wanneer de verzekeraar reeds de verklaring als bedoeld in artikel 476a WBRvA heeft gedaan omtrent hetgeen door het beslag is getroffen. Is zodanige verklaring nog niet gedaan, dan kan de verzekeraar wachten tot het tijdstip van die verklaring en daarbij rekening houden met zijn beroep op artikel 928.

Van het artikel kan ingevolge artikel 986, derde lid, in de daar genoemde omstandigheden niet ten nadele van de verzekeringnemer, begunstigde, pandhouder en beslaglegger worden afgeweken.

Artikel 984 (pandrecht)

Het onderhavige artikel bevat een betrekkelijk eenvoudige regeling, waarbij de aanspraken van de pandhouder, wanneer het pandrecht niet mede het recht op uitkering omvat, eindigen wanneer het risico zich verwezenlijkt, de verzekering tot uitkering komt en de nemersrechten daardoor 'uitgewerkt' zijn. Wanneer de pandhouder mede de zekerheid

wenst dat de uitkering te zijnen behoeve strekt, zal hij hebben te zorgen dat hij tijdig als begunstigde wordt aangewezen, hetzij door de verzekeringnemer, hetzij doordat hijzelf gebruik maakt van de mogelijkheid om het recht om de begunstiging te wijzigen. De regeling sluit daarmee beter aan bij de regeling bij beslag (artikel 479l e.v. WBRvA).

Er geldt geen beperking van de mogelijkheid van verpanding van de nemersrechten tot afkoopbare verzekeringen, zodat bijvoorbeeld ook een pandrecht kan worden benut als daarmee slechts de begunstiging kan worden gewijzigd, terwijl het verder kan voorkomen dat bij verzekeringen zonder recht op afkoop toch afkoop wordt toegestaan. Dit doet zich wel voor bij een tijdelijke risicoverzekering, als de verzekerde goed gezond is, en bij een samenstel van twee verzekeringen waarbij in elk geval één van de verzekeringen tot uitkering zal leiden.

In het eerste lid is aan de pandhouder de bevoegdheid toegekend de verzekering te doen afkopen, tenzij de verzekeringnemer de bevoegdheid daartoe mist. Verder kan de pandhouder, evenals de beslaglegger ingevolge artikel 479m, eerste lid, WBRvA overgaan tot wijziging van de begunstiging, voor zover deze niet onherroepelijk is. Voor wijziging van de begunstiging is niet vereist dat de schuldenaar in verzuim is. Is een begunstiging na vestiging van het pandrecht onherroepelijk geworden, dan kan dit wel aan de pandhouder worden tegengeworpen. De pandhouder heeft het namelijk, anders dan de beslaglegger, in de hand om bij vestiging van het pandrecht de eis te stellen dat hij als begunstigde wordt aangewezen, en deze begunstiging te aanvaarden.

De termijn van vier weken voordat tot afkoop kan worden overgegaan houdt het midden tussen de voor beslag in artikel 479n, derde lid, WBRvA gestelde termijnen van twee en zes weken, afhankelijk van de eventuele reactie van de beslagene.

In de regel dat de verzekering niet kan worden afgekocht voordat aan de verzekeringnemer mededeling is gedaan van het voornemen daartoe, ligt besloten dat een afkoop zonder bedoelde mededeling niet rechtsgeldig kan plaatsvinden. De eis van een aangetekende brief of een deurwaardersexploot is gesteld met het oog op de rechtszekerheid en om het belang van de mededeling voor de verzekeringnemer te onderstrepen. Voor alle gevallen de eis van een exploot te stellen is niet nodig. Bij beslag kan de verzekeringnemer, anders dan bij pand, geconfronteerd worden

met een schuldeiser die hem niet (goed) bekend is en met wie hij geen contractuele verhouding heeft, zodat de eis van een exploit daar beter past. Voorts kan de pandhouder zowel bij een exploit als bij een aangezekende brief de verzekeraar eenvoudig in staat stellen zich te vergewissen van de ontvangst van de mededeling door de verzekeringnemer, bij gebreke waarvan de verzekeraar afkoop zal weigeren. Artikel 986, eerste lid, vormt geen beletsel voor de verzekeringnemer om de pandhouder te machtigen zelfs eerder tot afkoop over te gaan.

Aan de mogelijkheid van belening door de pandhouder bestaat geen behoefte naast de in het tweede lid geboden mogelijkheid voor de verzekeringnemer om zijnerzijds tot belening over te gaan ter aflossing van de vordering van de pandhouder. Bepaald is dat de pandhouder, om tot afkoop te kunnen overgaan, de verzekeringnemer op deze mogelijkheid moet wijzen.

In het derde lid wordt bepaald dat het pandrecht met betrekking tot de verzekering nog slechts komt te rusten op de vordering ter zake van de afkoop of de belening, waaruit volgt dat het voor het overige teniet gaat. De bevoegdheid tot inning van de vordering vloeit voort uit artikel 3:246, eerste lid.

Het vierde lid bepaalt dat de pandhouder niet bevoegd is tot parate executie door verkoop van de in pand verkregen rechten.

Artikel 985 (verjaring)

In dit artikel wordt de gebruikelijke verjaringstermijn van vijf jaren voorgeschreven. Aldus bepaalt het artikel voor alle uitkeringen bij levensverzekering hetzelfde als artikel 3:308 reeds voor termijnen van een lijfrente voorschrijft. Ingevolge artikel 977 kan geen vervaltermijn worden overeengekomen.

Artikel 986 (dwingend recht)

Men zie het Algemeen deel van deze Memorie van Toelichting bij titel 7.17. Wat betreft het slot van het vierde lid ten aanzien van de beperking van de afkoopmogelijkheid, zie ook de toelichting bij artikel 978.

Titel 7.18 - Lijfrente

Inleidende opmerkingen

Lijfrente wordt veelal gevestigd ingevolge een overeenkomst van levensverzekering. Zij ontstaat ook wel op andere wijze, met name door schenking of door testamentaire beschikking. Met het oog hierop zijn de weinige voorschriften die speciaal voor lijfrente nodig zijn, in de onderhavige titel ondergebracht. Zij betreffen alleen lijfrente als recht en niet de rechtsgrond waaruit zij kan ontstaan.

Op een levensverzekering, waarbij een lijfrente wordt bedongen, zijn de bepalingen van titel 7.17, aangevuld met die van de onderhavige titel, toepasselijk.

Artikel 990 (definitie)

Behalve van het in leven zijn van één of meer personen, kan een lijfrente ook van andere factoren afhankelijk worden gemaakt, bijvoorbeeld van een tijdslimiet. Zij is dan slechts tijdelijk. Het bedrag van de uitkering hoeft niet onveranderlijk te zijn.

Artikel 991 (omzetting)

De in het eerste lid voorgestelde oplossing biedt de gerechtigde de beste kansen op verhaal en zekerheid, die op het moment van verzuim van de schuldenaar te verwezenlijken kon zijn. Het tweede lid is ingegeven door artikel 6:37.

Artikel 992 (rente)

Deze bepaling komt overeen met het huidige recht.

VII (Boek 7A)

Onderdeel A (vervallen van de zevende tiende titel)

De vervallen titels worden vervangen door de nieuwe titels 3 (Schenking), 4 (Huur) 10 (Arbeidsovereenkomst, 12 (Aanneming van werk) en 13 (Vennootschap) van Boek 7 BWA.

Onderdeel B (artikel 7A:1762)

Deze toevoeging houdt rekening met de wettelijke verdeling in het nieuwe erfrecht (Boek 4).

VIII (Boek 8)

Onderdelen A en F (artikelen 8:192 en 1301)

Voor toekenning van rechtspersoonlijkheid aan de rederij bestaat onvoldoende grond, te minder nu op de voet van titel 7.13 de vennootschap geen rechtspersoon zal zijn.

In de artikelen 8:192 en 8:1301 is een regeling opgenomen voor de verplichtingen van de reder van een zeeschip en de eigenaar van een luchtvaartuig, waarbij telkens wordt aangegeven op wie deze verplichtingen rusten in het geval het zeeschip of het luchtvaartuig toebehoren aan meer personen, aan een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap dan wel aan een rechtspersoon. De wijzigingen van deze bepalingen behoeven, in aanvulling op hetgeen in het algemeen deel van de toelichting reeds is vermeld over het niet langer apart noemen van de commanditaire vennootschap, geen nadere toelichting.

Onderdeel Abis (artikel 8:371)

Ten onrechte is in 2002 dit artikel weggelaten aangezien Aruba al voordien was aangesloten bij het Cognossementsverdrag. De betekenis van de ingevoegde bepaling is overigens niet groot, aangezien de inhoud van het verdrag is opgenomen in de overige bepalingen van deze afdeling 2 van titel 5 van Boek 8. Deze overige bepalingen zullen in de toekomst dus gelden voor gevallen die niet onder het verdrag vallen. Achtergrond van artikel 8:371 is dat in de uitspraak van de Hoge Raad van 8 november 1968, NJ 1969, 10 is geoordeeld dat het verdrag geen directe werking heeft, welke uitspraak overigens in vele publicaties is betreurd (*Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 8, p. 367).

Onderdeel B (artikel 8:528)

Het gaat hier om een technische aanpassing aan Boek 2 (Rechtspersonen).

Onderdelen C tot en met E (Algemeen)

De in 2002 in werking getreden titel 7 (Beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen) van Boek 8 is gebaseerd op het op 19 november 1976 te Londen tot stand gekomen Verdrag inzake beperking van

aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen (Trb. 1980, 23) (hierna: het Londens Limitatieverdrag). Op 2 mei 1996 is te Londen een Protocol (Trb. 2006, 17) bij dit verdrag tot stand gekomen dat een modernisering beoogt. De belangrijkste wijziging betreft een verhoging van de toepasselijke limiteringsbedragen, alsmede een vereenvoudigde procedure voor de wijziging van deze bedragen in de toekomst. De onderhavige voorstellen tot wijziging van de artikelen 8:755 en 8:756 strekken tot uitvoering van het Protocol 1996; voorts wordt artikel 8:753 aangepast. De voorstellen komen overeen met die in het op 16 april 2008 ingediende Nederlandse wetsvoorstel tot aanpassing van Boek 8, zoals gewijzigd (Kamerstukken 31 425).

Onderdeel C (artikel 8:753)

Artikel 14 van het op 28 april 1989 te Londen tot stand gekomen Internationaal Verdrag inzake hulpverlening (Trb. 1990, 109) bepaalt dat ingeval hulp is verleend aan een schip dat op zichzelf of door zijn lading schade dreigde toe te brengen aan het milieu, de hulpverlener onder bepaalde voorwaarden en binnen bepaalde grenzen, boven het normale hulploon, recht heeft op een zogenoemde ‘bijzondere vergoeding’. Deze bijzondere vergoeding kan nog volgens een in het artikel bepaalde sleutel worden verhoogd indien door de inspanningen van de hulpverlener schade aan het milieu daadwerkelijk is voorkomen of beperkt. Het voorgestelde artikel 8:753, eerste lid, onderdeel a, bewerkstelligt dat de aansprakelijkheid voor de bijzondere vergoeding niet kan worden gelimiteerd met een beroep op de limieten uit het Protocol.

Onderdeel D, onder a (artikel 8:755, eerste en tweede lid)

In de huidige situatie staan de uit het verdrag voortvloeiende bedragen van de aansprakelijkheidslimieten nog expliciet in het eerste lid van dit artikel vermeld. Een dergelijke vermelding van de limieten in de (formele) wet heeft het bezwaar dat bij een wijziging van de bedragen de wet moet worden aangepast, waarvoor een volledige formele wetgevingsprocedure nodig is. In het verleden was dat niet een groot bezwaar, omdat wijziging van het verdrag, met inbegrip van wijziging van de aansprakelijkheidslimieten daarvan, plaatsvond door middel van een wijzigingsprotocol, tot stand gebracht op een diplomatieke conferentie, waarna

voldoende staten tot het wijzigingsprotocol moesten toetreden alvorens dit internationaal in werking kon treden. Dit was alles bij elkaar een tijdrovende aangelegenheid, zodat voldoende tijd bestond om de corresponderende goedkeurings- en aanpassingswetgeving tot stand te brengen. In moderne aansprakelijkheidsverdragen komen echter steeds vaker bijzondere amenderingsprocedures voor, met behulp waarvan een de lidstaten bindende aanpassing van (uitsluitend) de limieten veel sneller tot stand kan komen, zonder dat daarvoor een diplomatieke conferentie nodig is. Het opnemen van de limieten in de wet schept dan het risico dat een aanpassing daarvan niet tijdig tot stand kan worden gebracht.

Ook het Protocol voorziet in een dergelijke bijzondere amenderingsprocedure. Daarom wordt thans voorgesteld om in het eerste lid van artikel 8:755 een dynamische verwijzing naar de limieten van het (gewijzigd) Verdrag op te nemen. Doordat deze verwijzing tevens betrekking heeft op de bijzondere amenderingsprocedure, wordt daarmee steeds verwezen naar de laatste geldende aansprakelijkheidslimieten van het Verdrag. Daarbij verdient in verband met de kenbaarheid voor burgers en bedrijven vermelding dat in het kader van de bijzondere amenderingsprocedure internationaal aanvaarde aanpassingen van de limieten steeds kenbaar zullen zijn uit het Tractatenblad. De in het eerste lid opgenomen dynamische verwijzing naar de limieten van het gewijzigd Verdrag zal op grond van een door het Koninkrijk gemaakt voorbehoud ook van toepassing zijn voor vorderingen uit hoofde van – kort gezegd – interventie, vlottrekken en wrakopruiming (wrakkenfonds). Zodoende zal het wrakkenfonds in de huidige versie worden voortgezet, waarbij dan dezelfde hoogte als van de limieten van het gewijzigd Verdrag voor deze vorderingen zullen worden aangehouden.

De thans in het eerste lid opgenomen dynamische verwijzing naar de limieten van het gewijzigd Verdrag geldt niet voor gevallen waarin op grond van een eveneens door het Koninkrijk gemaakt voorbehoud eigen nationale limieten van toepassing zijn voor – kort gezegd – kleine passagiersschepen tot maximaal 300 ton. Artikel 15, tweede lid, onderdeel b, van het Londens Limitatieverdrag biedt staten de mogelijkheid de toepassing van het verdrag op schepen van minder dan 300 ton uit te sluiten. Nederland heeft bij de implementatie van het Londens Limitatieverdrag reeds gebruik gemaakt van de uitzonderingsmogelijkheid ten aanzien van

schepen die blijkens hun constructie uitsluitend of in hoofdzaak bestemd zijn tot het vervoer van personen en waarvan de tonnage niet groter is dan 300 (art. 8:755, tweede lid). De uitzondering betreft alleen zaakschade. De reden voor het maken van deze uitzondering was de wens om alle pleziervaartuigen op gelijke voet te behandelen door de limieten voor alle kleine passagiersschepen gelijk te stellen. De uitzondering op de dynamische verwijzing is tot uitdrukking gebracht door de woorden 'onverminderd het in het tweede lid bepaalde' in het eerste lid.

Overigens biedt het tweede lid, anders dan in Nederland, blijkens het woord 'kan' de mogelijkheid van aparte regeling, niet de verplichting; men vergelijk de huidige tekst.

Voorts geldt het eerste lid niet voor vorderingen ter zake van dood of letsel van passagiers van een schip, welke in artikel 756 zijn geregeld.

Onderdeel D, onder b (artikel 8:755, zevende lid)

Teneinde het gewijzigde eerste en tweede lid van artikel 755, alsmede het gewijzigde eerste lid van artikel 756 gemakkelijker leesbaar te houden, is gedefinieerd wat voor de toepassing van de artikelen 755 en 756 moet worden verstaan onder het 'Protocol van 1996'. De huidige mogelijkheid van afwijking bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, is vervallen. Er is geen noodzaak voor en een dergelijke delegatie verdraagt zich moeilijk met het codificatiebeginsel.

Onderdeel E (artikel 8:756)

Door middel van deze aanpassing wordt artikel 4 van het Protocol uitgevoerd. Daarin is de nieuwe limiet opgenomen voor vorderingen ter zake van dood of letsel van passagiers van schepen. Dit artikel 4 Protocol wijzigd artikel 7, eerste lid, van het Londens Limitatieverdrag van 1976. In dat artikel is, in afwijking van artikel 6 van het Londens Limitatieverdrag, de aansprakelijkheidslimiet geregeld voor vorderingen ter zake van dood of letsel van passagiers van een schip. Het artikel voorziet daarmee in een zogenoemde globale limiet, inhoudende dat als gevolg van eenzelfde voorval de aansprakelijkheid van de reder voor dit soort schade ten hoogste kan belopen het daarin genoemde bedrag, vermenigvuldigd met het aantal passagiers dat het schip gerechtigd is te vervoeren volgens zijn veiligheidscertificaat. In het huidige Londens Limitatieverdrag van

1976 is daarbij tevens een absolute bovengrens bepaald van 25 miljoen rekeneenheden. Deze is in het Protocol op aandrang van vele staten, en met enige tegenzin van de zijde van reders en verzekeraars, verwijderd. Een dergelijke absolute bovengrens heeft met name voor scheepsexploatanten en verzekeraars het voordeel dat zij bij zeer grote schepen verzekerd zijn van een maximaal bedrag van de aansprakelijkheid dat lager ligt dan het maximale bedrag per passagier, vermenigvuldigd met het aantal passagiers dat het schip gerechtigd is te vervoeren volgens zijn veiligheidscertificaat. Voor slachtoffers heeft dit echter het zwaarwegende nadeel dat bij een ernstig ongeval met een groot schip een wezenlijk lager bedrag per schadelijgende passagier voorhanden is dan de in de nu geldende versie van het Londens Limitatieverdrag van 1976 bepaalde limiet van 46.666 rekeneenheden (SDR). Dit punt wordt immers reeds bereikt bij een voor het schip toegestaan aantal passagiers van 536, terwijl vele passagiersschepen tegenwoordig (veel) groter zijn en de grootste passagiersschepen zelfs tot ongeveer 3000 passagiers kunnen vervoeren. De opzet van het Protocol is gekozen om gelijke behandeling van slachtoffers in dit opzicht te garanderen, ongeacht of zij met een groot of een klein schip reizen.

Evenals in het eerste lid van artikel 8:755 is thans ook hier in artikel 8:756 een zogenoemde dynamische verwijzing naar de limiet van het Protocol opgenomen.

Onderdeel G (artikel 8:1309)

Hier vindt een technische aanpassing plaats aan het nieuwe huurrecht in titel 4 van Boek 7.

De minister van Justitie,

