

**WET van .....,  
houdende aanpassing van  
de bestaande wetgeving in  
verband met de invoering  
van het nieuwe Burgerlijk  
Wetboek (Aanpassingswet  
Nieuw Burgerlijk Wetboek)**  
-----

**MEMORIE VAN TOELICHTING**

**TITEL I WIJZIGING VAN HET BESTAANDE BURGERLIJK WETBOEK**

De wijzigingen dienen tot aanpassing aan de nieuwe Boeken 1 tot en met 8 en hebben overwegend een technisch, vaak slechts terminologisch karakter. Verreweg de meeste wijzigingen spreken voor zich. Men zie wat betreft de Nederlandse wetsgeschiedenis: C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Invoeringswet Boek 1, 1969, p. 1483-1497 en Invoering Boeken 3, 5 en 6, *Aanpassing Burgerlijk Wetboek*, 1991, p. 341-443. Voorzover bepalingen uit het oude BW gehandhaafd zijn, stammen zij uit het bestaande Derde Boek en worden zij thans ondergebracht in Boek 7A van het nieuwe BW.

**TITEL II WIJZIGING VAN HET WETBOEK VAN KOOPHANDEL**

Ook hier zijn de wijzigingen overwegend technisch van karakter.

**Eerste Boek, eerste titel (vervallen).** Deze eerste titel kan geheel vervallen. De artikelen 2, 3 en 4 zijn overgebracht naar artikel 15i van Boek 3 BW. Artikel 5 betreft de vrije bewijskracht van boekhouding en kan, als niet afwijkend van het nieuwe artikel 131, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vervallen. Artikel 6 is overgebracht naar artikel 141 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Artikel 7 is overbodig. Vervallen kan ook artikel 8. Aan deze rogatoire commissie-bepaling bestaat geen behoefte. De rechter kan een partij opdracht geven de boeken die zich buiten zijn rechtsgebied bevinden, op te halen. Artikel 9 is overgebracht naar artikel 15j van Boek 3 BW; zie ook het nieuwe artikel 141a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

**Eerste Boek, derde titel, eerste en tweede afdeling (vervallen).** Deze afdelingen kunnen vervallen in verband met de nieuwe titel 7.13 (Vennootschap) en Boek 2 (Rechtspersonen).

**Eerste Boek, vierde titel, eerste en tweede afdeling (vervallen).** Deze afdelingen kunnen vervallen in verband met de titels 7 (Opdracht) en 10 (Arbeidsovereenkomst) van Boek 7 BW.

**Artikelen 187, 193 en 214.** Tegen de achtergrond van artikel 11 van Boek 3 BW is het niet meer nodig te onderscheiden tussen kwade trouw en grove schuld.

**Eerste Boek, zevende titel (vervallen).** Deze titel kan vervallen in verband met de nieuwe regeling van het recht van reclame in titel 1, afdeling 8, van Boek 7 BW.

**Eerste Boek, achtste titel (vervallen).** Deze titel kan vervallen in verband met de nieuwe titel 17 (verzekering) van Boek 7.

**Tweede Boek, eerste tot en met negende titel.**

1. De vele wijzigingen hangen samen met het nieuwe Boek 8 en hebben een overwegend technisch karakter. De bepalingen omtrent de zee-arbeidsovereenkomst blijft, althans vooralsnog, gehandhaafd in het Wetboek van Koophandel. Dit geldt ook voor de artikelen die de arbeidsovereenkomst van de kapitein regelen.

Bovendien is er een aantal, dat de dubbele aard van het gezagvoerderschap betreft. Enerzijds heeft de kapitein de positie van zelfstandig bestuurder van de hem toevertrouwde gemeenschap van schip, lading en opvarenden; anderzijds heeft hij een administratieve taak, waarin hij in de landsdienst wordt ingeschakeld.

2. Boek 8 BW bezigt de term 'reder' in de zin van scheepseigenaar, dus in andere zin dan het huidige artikel 408 van het Wetboek van Koophandel. Ook in het zwaarbedrecht kent het Wetboek van Koophandel in veel artikelen de 'reder'. Deze term is daar vervangen door 'zeewerkgever', waaronder wordt verstaan de eigenaar en in geval van rompbvrachter, de rompbvrachter; zie het nieuwe artikel 375, tweede lid.

**Tweede Boek, tweede, vijfde, zesde (grotendeels), zevende (gedeeltelijk) en achtste en negende titel (vervallen).** Het vervallen geschiedt in verband met het nieuwe Boek 8 BW.

**Tweede Boek, tiende titel (vervallen).** Deze titel kan vervallen in verband met titel 17 (Verzekering) van Boek 7 BW.

**Tweede Boek, twaalfde en dertiende titel (vervallen).** Deze titels kunnen vervallen in verband met het nieuwe Boek 8 BW.

**Algemene slotbepaling.** Dat het wissel- en chequerecht van de toepasselijkheid van de Algemene termijnenwet is uitgezonderd houdt ermee verband dat het hier om verdragsrecht gaat.

### **TITEL III WIJZIGING VAN DE FAILLISEMENTSWET**

#### **Algemeen**

1. De toelichtingen zijn, aangezien de wetgever in Nederland bij de invoering van het nieuwe Nederlandse BW eenzelfde 'operatie' heeft uitgevoerd, in grote lijnen ontleend kunnen worden aan C.J. van Zeben, Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet, 1992, p. 375—436. Veel louter technische aanpassingen spreken vanzelf.
2. In verband met de nieuwe titel 7.13 BW inzake de personenvennootschap zijn de artikelen 2, 4 en 18 gewijzigd en is een nieuw artikel 59b ingevoegd. Onder het nieuwe recht zal niet langer sprake zijn van een vennootschap onder firma, openbare maatschap en stille maatschap, maar van een openbare vennootschap die al dan niet rechtspersoon kan zijn (vgl. artikel 7:801 en 802 BW) en van een stille vennootschap. Een commanditaire vennootschap is een gekwalificeerde vorm van openbare vennootschap (artikel 7:836 BW). Bij iedere vennootschap-niet-rechtspersoon (ook de stille) is er sprake van een gebonden gemeenschap (artikel 7:806, eerste lid, BW), terwijl de zaakcrediteuren zich (exclusief) op de goederen van de gemeenschap kunnen verhalen (artikel 7:806, tweede lid, BW). Er is derhalve sprake van een zgn. afgescheiden vermogen. Dit geldt ook na ontbinding totdat de vereffening is geëindigd (artikel 7:827 BW; zie in dit verband ook het vereffenings- en verdelingsregime neergelegd in artikel 7:830 BW). Bij de vennootschap die rechtspersoon is, is er beschikkingsgebondenheid van de vennoot ten aanzien van zijn aandeel in die rechtspersoon (artikel 7:807 BW). Dat de zaakcrediteuren van de vennootschap-rechtspersoon zich op haar goederen kan verhalen spreekt voor zich.
3. De regel dat het faillissement van één der vennoten de ontbinding van de vennootschap in haar geheel met zich brengt, komt te vervallen. Ingevolge artikel 7:818, eerste lid, onder b, BW is het faillissement van een vennoot slechts grond tot zijn uittreding, waarbij de vennootschap wordt voortgezet door de overblijvende (ten minste twee) vennoten. Partijen kunnen echter in de vennootschapsovereenkomst bepalen dat dan de vennootschap wél in haar geheel wordt ontbonden. Niet als uittredingsgrond is opgenomen de aan een vennoot verleende surséance van betaling. Wel kan in de vennootschapsovereenkomst worden voorzien dat (ook in dit geval) opzegging van de vennootschap aan de desbetreffende vennoot kan plaatsvinden door de andere vennoten (vgl. artikel 7:818, eerste lid, onder d, BW) en kan de rechter de vennootschap ten aanzien van hem (altijd) ontbinden wegens gewichtige redenen (artikel 7:820, eerste lid, BW). Ten slotte wordt in artikel 817, eerste lid, onder d, BW

bepaald dat door faillietverklaring van de vennootschap deze in haar geheel wordt ontbonden, en in artikel 817, tweede lid, BW dat in zulk een geval de vennootschap niettemin kan worden voortgezet indien het faillissement eindigt door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van een akkoord.

### Onderdeel 1

1. Met betrekking tot de relatieve bevoegdheid voor verzoeken tot faillietverklaring bevat artikel 2, derde lid, aanvullende bepalingen ten opzichte van met name het eerste lid. Daarbij is, in lijn met bovenstaande beschouwingen die ertoe strekken dat faillietverklaring van de vennootschap en faillietverklaring der vennoten niet steeds samen hoeven te gaan, gekozen voor afzonderlijke regels voor de vennootschap onderscheidenlijk de vennoten. Concentratie bij één rechter bleek daarbij niet goed mogelijk, bijvoorbeeld omdat het voor een privéschuldeiser van een vennoot niet steeds duidelijk zal zijn dat hij zich niet dient te wenden tot de kantonrechter van de woonplaats van zijn schuldenaar.
2. De eerste volzin bevat in die zin een afwijking van het voorgestelde artikel 1:10, derde lid, BW dat het kantoor van de vennootschap geen subsidiaire doch een alternatieve bevoegdheidsgrond vormt. Omdat de woonplaats van de stille vennootschap zich reeds volgens artikel 1:10 BW ter plaatse van haar kantoor bevindt, behoeft zij in de eerste volzin niet te worden genoemd.
3. De tweede volzin van de voorgestelde bepaling noemt de stille vennootschap niet met zoveel woorden. Met de woorden ‘voor de schulden der vennootschap verbonden vennoten’ wordt bedoeld op de gewone vennoten van een openbare of stille vennootschap, ongeacht of zij besturende vennoten zijn en ongeacht of hun aansprakelijkheid een hoofdelijk of naar delen is, doch met uitsluiting van (eventuele) commanditaire vennoten (tenzij artikel 7:837, tweede lid, BW van toepassing is).
4. De voorgestelde bepaling zal ook gelden bij een verzoek om surséance van betaling. Uit de voorgestelde bepaling blijkt dat niet alleen de openbare vennootschap maar ook de stille vennootschap (als zodanig) failliet kan worden verklaard, hetgeen van belang is in het geval dat er (incidenteel) zaakcrediteuren zijn die zich exclusief kunnen verhalen op de vennootschappelijke gemeenschap (vgl. artikel 7:806 BW).

### Onderdeel 1a

1. Het huidige tweede lid van artikel 4 Fw, inhoudende dat de aansprakelijke vennoten van de vennootschap onder firma moeten worden vermeld, kan vervallen, nu het faillissement van de vennootschap voortaan niet noodzakelijkerwijs het faillissement van de vennoten meebrengt. Heeft een aangifte of een verzoek mede betrekking op de vennoten, dan dienen hun personalia uiteraard wel te worden vermeld.
2. Het nieuwe tweede lid eist in beginsel ‘medewerking’ van de andere echtgenoot voor de aangifte van de gehuwde schuldenaar. In deze eis ligt opgesloten dat in geval van een eigen aangifte beide echtgenoten het daarvan door de griffier opgemaakte stuk dienen te tekenen. Dit betekent niet — zo zij uitdrukkelijk opgemerkt — dat ook de echtgenoot van de schuldenaar in staat van faillissement komt te verkeren; zie HR 27—2—1959, NJ 1959, 556.

### Onderdeel 2

Artikel 6 is, evenals artikel 88, aangepast aan de nieuwe artikelen 658 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

### Onderdeel 4

In het stelsel van het nieuwe BW is geen wettelijke bepaling inzake voorrang voor executiekosten nodig, omdat slechts de ‘netto—opbrengst’ onder de schuldeisers wordt verdeeld. Reeds uit dien hoofde worden de executiekosten voor alle schulden voldaan; wat de algemene faillissementskosten betreft, vloeit dit voort uit artikel 174, tweede lid. Verder zie men de artikelen 253, 270 en 277 van het nieuwe Boek 3 BW en de artikelen 474, 477, tweede lid, eerste volzin, 480, 524, tweede volzin, en het nieuwe 551 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

In artikel 14, vierde lid, komt een bepaling voor inzake de kosten die in geval van opheffing bij gebrek aan baten

ten laste van de schuldenaar worden gebracht. In het huidige recht neemt men aan dat ook deze kosten — als kosten van uitwinning — voorrang hebben boven alle andere schulden. Dit kan evenwel niet worden afgeleid uit het voormelde stelsel van het nieuw BW, nu het in geval van opheffing bij gebrek aan baten niet komt tot een ‘opbrengst’ van een executie, waaruit die kosten eerst moeten worden voldaan. In verband daarmee is het nodig geoordeeld artikel 14, vierde lid, aan te vullen met een volzin die een voorrangsregel bevat, als hier bedoeld.

### **Onderdeel 5**

In artikel 18a wordt bescherming geboden aan pensioenrechten van de gefailleerde. Zie ook artikel (artikel 986, vierde lid, van Boek 7 BW, artikel 215, vijfde lid van Boek 4 BW en artikel 479p Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

### **Onderdeel 11**

1. In verband met de nieuwe regels van Boek 3 nieuw BW, betreffende overdracht van goederen, is artikel 31 Fw voor alle duidelijkheid uitgebreid tot alle groepen van goederen. Het eerste lid spreekt van ‘levering’. Daaronder valt ook de levering, vereist voor vestiging of afstand van een beperkt recht (artikel 98 van Boek 3 BW), en voor de uitvoering van de verdeling een gemeenschap (artikel 186 van Boek 3 BW), terwijl ook vestiging van een pand— of hypotheekrecht overeenkomstig de artikelen 236, 237, 239 en 240 van Boek 3 BW hieronder valt. Krachtens artikel 98 van Boek 3 BW gaat het ook hier immers telkens om een levering in de zin van artikel 3 BW. Voor de omschrijving ‘handelingen die voor een levering .... nodig zijn’ zij verwezen naar artikel 120, vierde lid, van Boek 3 BW. Men denke daarbij zowel aan inschrijving in de openbare registers van de akte, vereist voor de levering van registergoederen, als aan de mededeling in artikel 94, eerste lid, van Boek 3 BW voorgeschreven voor de levering van rechten die tegen een of meer bepaalde personen worden uitgeoefend.
2. Het tweede lid van artikel 31 bevat een uitwerking van het eerste lid voor het geval van een levering van toekomstige goederen bij voorraad. Het gaat uit van de gedachte dat de boedel niet moet kunnen worden benadeeld door een levering van goederen die de schuldenaar op de dag van de faillietverklaring zelf nog niet verkregen heeft. De regel moet vooral in verband worden gezien met de ruime schaal waarop in titel 9, afdeling 2, van Boek 3 BW het bij voorbaat bezitloos verpanden van toekomstige goederen wordt toegelaten. Dit zou bezwaren gaan opleveren, als het pandrecht zelfs ten aanzien van na de faillietverklaring door de schuldenaar verkregen goederen nog werking zou hebben.
3. Het derde lid van artikel 31 heeft betrekking op de vraag, of, — nadat een levering als gevolg van het faillissement jegens de boedel onbevoegd is geschied — derden zich ten aanzien van deze onbevoegdheden op hun goede trouw kunnen beroepen. Wat betreft registergoederen, vindt deze vraag beantwoording in artikel 24, tweede lid, onderdeel c, van Boek 3 BW, dat in de praktijk met zich zal brengen dat een verkrijger die zich op onbekendheid met het faillissement beroept, niet wordt beschermd. Het onderhavige lid geeft evenwel een andere regel ter zake van de bescherming op grond van goede trouw, zoals die is neergelegd in de artikelen 86 en 238 van Boek 3 BW; die bescherming kan slechts worden doorbroken door de ‘bekendmaking’, bedoeld in artikel 11, vierde lid, Fw. De verkrijger van goederen als bedoeld in de artikelen 86 en 238 van Boek 3 BW, die zich in de macht van de gefailleerde bevinden, dient niet reeds op grond van de enkele openbaarmaking van de faillietverklaring in het register van artikel 16 Fw zijn beroep op goede trouw te verliezen, nu in verband met de aard van deze goederen publicatie in een register geheel buiten zijn gezichtskring zal liggen. Men vergelijk voor het huidige recht HR 18—4—1947, NJ 1948, 447. Er zij voor alle duidelijkheid nog op gewezen dat het derde lid van artikel 31 alleen ziet op een verkrijging van de schuldenaar. Wordt het goed door de verkrijger aan een derde geleverd of verpand, dan zijn de artikelen 86 en 238 van Boek 3 BW zonder beperking van toepassing. Ook in dit opzicht bestaat verschil met wat geldt bij registergoederen, waarvan ook latere verkrijgers zich niet op onbekendheid met het faillissement kunnen beroepen.

4. Het nieuwe artikel 31a vormt een aanvulling op artikel 252 van Boek 6 BW. Het gaat ervan uit dat een beding als daar bedoeld, in geval van faillissement van de schuldenaar in beginsel ook aan de curator kan worden tegengeworpen. Is het echter op de dag van de faillietverklaring nog niet ingeschreven, dan kan het door de curator worden doorbroken, in die zin dat hij het registergoed waaraan het beding is verbonden, vrij van het beding kan verkopen; hij is evenwel niet verplicht dat te doen. Men denke aan het geval dat het goed met instandhouding van het beding meer opbrengt in verband met een tegenprestatie als bedoeld in artikel 252, vierde lid, van Boek 6 BW.
5. Wat artikel 31b betreft, zij vermeldt dat het niet van toepassing is, ingeval het gaat om een overeenkomst ter versterking van een natuurlijke verbintenis, ook als deze overeenkomst er een om niet is. Men zie artikel 5, tweede en derde lid, van Boek 6 BW.
6. Aan de regel die artikel 32 thans bevat, is geen behoefte naast artikel 316 van Boek 3 BW. Wel bestaat behoefte aan een algemene regel, die buiten twijfel stelt dat het faillissement leidt tot verlenging van verjaringstermijnen en door de rechter ambtshalve toe te passen vervaltermijnen; men zie voor het huidige recht HR 23—10—1953, NJ 1954, 2. Het voorgestelde nieuwe artikel 32 sluit derhalve aan bij de regeling die artikel 320 van Boek 3 BW voor andere gevallen van verlening geeft. Wat de vervaltermijn betreft, de woorden 'van rechtswege aanvangende' beoogd tot uiting te brengen dat het artikel niet geldt voor termijnen die door de wederpartij aan de schuldenaar gesteld zijn (zoals die in artikel 32a) noch voor termijnen die door de rechter zijn gesteld, bij voorbeeld uit hoofde van het nieuwe artikel 616 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
7. In het nieuwe BW zijn vele bepalingen opgenomen, die de mogelijkheid openen aan een ander een redelijke termijn te stellen, waarbinnen deze een bevoegdheid dient uit te oefenen of tussen verschillende hem ten dienste staande bevoegdheden moet kiezen op straffe van verlies van een of meer van deze bevoegdheden. Men zie bij voorbeeld de artikelen 55, tweede lid, 69, vierde lid, van Boek 3 en 82, eerste lid, en 88 van Boek 6 BW. Na de faillietverklaring zullen dergelijke termijnen niet aan de schuldenaar, maar aan de curator moeten worden gesteld; men zie in dit verband het ingevoegde artikel 94, tweede lid. Denkbaar is echter ook dat de termijn aan de schuldenaar voor diens faillietverklaring is gesteld, maar daarna zou aflopen. In het algemeen doet zich hier geen bijzondere moeilijkheid voor. Zo zal degene die aan de schuldenaar een redelijke termijn heeft gesteld om alsnog na te komen, met gelijktijdige ingebrekestelling voor het geval hij daaraan niet voldoet en aankondiging dat hij voor dat geval vervangende schadevergoeding vordert of de overeenkomst ontbindt, bij gebreke van een tijdige reactie ook de curator hieraan kunnen houden. In beginsel behoort het feit dat de schuldenaar zijn bevoegdheden niet tijdig uitoefent of de curator daartoe niet in staat stelt, immers voor rekening van de boedel te komen. Voor twee van de voormelde termijnen is evenwel een bijzondere regel in andere zin nodig geacht. In de eerste plaats geldt dit voor de termijn die in artikel 55, tweede lid, van Boek 3 BW, gesteld wordt aan de schuldenaar ter zake van diens bevoegdheid een overeenkomst te vernietigen, bij voorbeeld op grond van een wilsgebrek als bedrog, bedreiging, misbruik van omstandigheid of dwaling. Deze bevoegdheid behoort niet verloren te kunnen gaan, doordat de curator niet tijdig kennis heeft kunnen krijgen van de gestelde termijn. Men bedenke immers dat degene die de termijn stelt, vaak ter zake van de oorzaak van de vernietigbaarheid een verwijt te treffen zal zijn, waardoor het niet redelijk is hem dan te laten profiteren van het feit dat de door hem gestelde termijn als gevolg van de faillissementssituatie ongebruikt verstrijkt. Om die reden is getracht — door middel van de opneming van een nieuw artikel 32a — de voormelde ongewenste situatie te voorkomen.
8. Soortgelijke overwegingen gelden voor de termijn van artikel 88 van Boek 6 BW, die door een schuldenaar die in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten, aan zijn schuldeiser kan stellen, opdat deze hem niet eindeloos in het onzekere late omtrent de verdere afwikkeling van de gevolgen van zijn wanprestatie. Voor beide gevallen is bepaald dat de gestelde termijn voortloopt, voor zover dit redelijkerwijze noodzakelijk is om de curator in staat te stellen zijn standpunt te bepalen. Aangezien voor de wederpartij vaak niet duidelijk zal

zijn, of de curator van de gestelde termijn op de hoogte is en voorts denkbaar is, dat de curator op zijn beurt voor zijn besluit meer tijd neemt dan nodig is, is in artikel 32a tevens buiten twijfel gesteld dat de wederpartij aan de curator opnieuw een redelijke termijn kan stellen om zich uit te laten.

9. Artikel 33 diende opnieuw te worden gezien tegen de achtergrond van de artikelen 256 tot en met 278 van Boek 6 BW, die de ontbinding van overeenkomsten in het algemeen betreffen, en van de andere bepalingen met betrekking tot de gevolgen van niet-nakoming van verbintenissen; een en ander is grotendeels te vinden in titel 1, afdeling 9, van Boek 6 BW. Vooropgesteld moet worden dat de artikelen 256 tot en met 278 van Boek 6 BW op de faillissementssituatie zijn afgestemd. De ontbinding zal nu geschieden door een enkele schriftelijke verklaring (zie artikel 267 van Boek 6), maar zij kan ook geschieden, als de curator niet kan nakomen door overmacht (zie artikel 265 van Boek 6). Zij kan bestaan in een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties (zie artikel 270 van Boek 6), maar zij heeft geen terugwerkende kracht (zie evenwel artikel 269 van Boek 6) en ook geen zakelijke werking (zie artikel 271 in relatie met artikel 269 van Boek 6). Zolang geen ontbinding plaatsvindt, kan de schuldeiser de nakoming opschorten op grond van artikel 263 van Boek 6. De ontbinding kan plaatsvinden op grond van een tevoren reeds vaststaande toekomstige niet-nakoming (zie artikel 80 van Boek 6); zie ook artikel 40, onderdeel a, van Boek 6.
10. Verder is van belang dat in het stelsel van het nieuwe BW het aan de schuldeiser is om uit te maken, welke van de bevoegdheden die hij aan de niet-nakoming ontleent, hij in een gegeven geval wil gebruiken, waartegenover de schuldenaar hem kan dwingen om binnen een redelijke termijn te kiezen; zie de artikelen 87 en 265 in verbinding met artikel 88 van Boek 6 en ook de artikelen 20 en 21 van Boek 7 BW. Ook tegen deze nieuwe achtergrond is aan een bepaling als artikel 33 Fw behoefte. Ook hier moet er immers voor de wederpartij van de gefailleerde een middel zijn om enerzijds de curator te dwingen zich uit te laten over de vraag, of hij een aan beide zijden nog geheel of ten dele niet nagekomen overeenkomst gestand wil doen, en anderzijds, zo de curator verklaart tot gestanddoening bereid te zijn, zekerheid te hebben dat de overeenkomst door deze inderdaad zal worden nagekomen. Wel is van de gelegenheid gebruik gemaakt het artikel thans redactioneel enigszins anders op te zetten.
11. Het nieuwe artikel 33a bepaalt dat men voor de daarin omschreven vorderingen als concurrent schuldeiser in het faillissement kan opkomen, zoals in het huidige recht reeds wordt aangenomen. Het gaat hier uitsluitend om de niet-goederenrechtelijke aanspraken van degene in wiens belang vernietiging heeft plaatsgevonden.

#### **Onderdeel 14**

De artikelen 38 tot en met 43 zijn in hun geheel opnieuw gezien in verband met doel en strekking van de artikelen 45 tot en met 47 van Boek 3 nieuw BW, die in veel opzichten verder gaan, dan hetgeen thans in geval van faillissement geldt. Het ligt echter voor de hand dat bij de toekomstige faillissementen de mogelijkheid om rechtshandelingen wegens benadeling van schuldeisers aan te tasten op zijn minst even ruim of wellicht zelfs ruimer is. Daarbij komt overigens nog dat de genoemde bestaande artikelen in de praktijk hebben gebleken vaak onvoldoende armslag te geven aan de curator.

#### **Onderdeel 15**

1. De bestaande artikelen 47 tot en met 51 behoren te worden aangepast aan de terminologie van de nieuwe regeling, betreffende verrekening in titel 1, afdeling 12, van Boek 6 nieuw BW, die in de plaats van de huidige compensatie komt. Daarbij is het stelsel van de huidige artikelen 49 tot en met 51 Fw in beginsel gehandhaafd. Dit brengt met zich dat in geval van faillissement voor verrekening minder zware eisen worden gesteld, dan in geval van beslag voortvloeit uit artikel 130 van Boek 6 nieuw BW. Met name is in het geval faillissement voldoende dat de schuld en de vordering beide reeds voor de faillietverklaring bestonden of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Enige eis van opeisbaarheid en vereffenbaarheid wordt daarbij niet gesteld; zie ook de hiermee samenhangende wijziging in het tweede lid

naar de artikelen 125 en 126 Fw.

2. Wat de vereffenbaarheid betreft, is tevens het nieuwe derde lid van artikel 49 van belang. Het vereiste van vereffenbaarheid wordt in het nieuwe BW niet meer als zodanig gesteld, maar dezelfde gedachte als daaraan in het huidige recht ten grondslag ligt komt tot uiting in artikel 136 van Boek 6 BW. Zonder uitdrukkelijke bepaling zou verdedigd kunnen worden dat dit artikel ook van toepassing is in geval van een verrekening op grond van artikel 49 Fw, dat immers de regels van het BW onverlet laat, voor zover het daarvan niet uitdrukkelijk afwijkt. Te denken valt uiteraard aan het geval dat de curator die jegens de wederpartij van de gefailleerde een vordering heeft ingesteld, diens bevoegdheid tot verrekening zou willen ecarteren. Het nieuwe artikel 49 Fw brengt in de bevoegdheden van de curator zelf tot verrekening overigens geen enkele wijziging. Wil de wederpartij niet verrekenen, maar de curator wel, dan zal de wederpartij tegen dat verweer dus artikel 136 van Boek 6 BW kunnen inroepen; het geval lijkt academisch, maar is bij een bevoorrechte vordering niettemin denkbaar.
3. In artikel 51, slot, is een iets andere redactie gekozen, waarbij de term ‘eigendom’ is vermeden; bedoeld is daardoor tot uitdrukking te brengen dat voldoende is dat de houder van het order- of toonderpapier zich als gerechtigd tot de betaling kan legitimeren.
4. De artikelen 53 tot en met 55 dienden te worden aangepast aan de nieuwe regeling van pand en hypotheek in titel 9, de afdelingen 2 en 4, van Boek 3 nieuw BW, alsook aan het nieuwe artikel 282 van Boek 3 van dat wetboek. Het eerste lid van artikel 53 is tot alle hypotheekhouders uitgebreid en sluit aldus aan bij artikel 268 nieuw BW, waarin aan alle hypotheekhouders het recht van parate executie is toegekend. De verwijzing naar artikel 1203 van het huidige BW, dat slechts aan de eerste hypotheekhouder die het daar bedoelde beding heeft gemaakt, het recht van parate executie verleent, is geschrapt. Dit brengt met zich dat — anders dan in het huidige recht voortvloeit uit HR 20—10—1933, NJ 1933, 1505 — de lager gerangschikte hypotheekhouders voor de voldoening van hun vordering uit de door de verkoop door de eerste hypotheekhouder verkregen opbrengst niet langer afhankelijk zijn van de bereidheid van de koper om zuivering te vragen. Daarbij bedenke men dat de koopprijs volgens artikel 270, eerste lid, van Boek 3 nieuw BW ten behoeve van de gezamenlijke belanghebbenden aan de notaris moet worden voldaan, terwijl de zuivering plaatsvindt langs de weg van de artikelen 273 en 274 van Boek 3 BW, die in beginsel leidt tot verval van alle hypotheek op het verkochte goed, zonder dat enige medewerking van de koper wordt geëist. Gaat de eerste hypotheekhouder niet tot executie over, dan kunnen de lager gerangschikte hypotheekhouders nu van hun recht van parate executie gebruik maken; men zie ook het nieuwe artikel 544, derde lid, Rv. Aldus is een sluitend stelsel verkregen, dat bovendien tegemoet komt aan de behoefte tot bescherming van het hypothecair krediet in het belang van hen die krediet behoeven.
5. In een nieuw tweede lid van artikel 53, is tot uiting gebracht dat — kort gezegd — ook beperkt gerechtigden, wier recht door de executie door een pand- of hypotheekhouder is vervallen, buiten het faillissement om — en derhalve in zoverre als separatist — in de opbrengst van de executie mogen meedelen; deze bepaling vormt een uitwerking van artikel 282 van Boek 3 nieuw BW. Men denke b.v. aan een vruchtgebruik dat ná de hypotheek uit hoofde waarvan wordt geëxecuteerd, maar vóór de faillietverklaring op de geëxecuteerde zaak is gevestigd; in de boedel valt slechts de blote eigendom van de zaak. De boedel behoort derhalve niet ten koste van de vruchtgebruiker te kunnen profiteren van dát deel van de opbrengst, dat is verkregen, doordat de hypotheekhouder — anders dan de curator had kunnen doen — onbezwaard met het vruchtgebruik heeft mogen verkopen. Men lette erop dat het tweede lid niet impliceert dat de voormelde beperkt gerechtigden zelf een recht van parate executie hebben. Zij zijn slechts in zoverre gerechtigd hun rechten buiten faillissement uit te oefenen, dat zij buiten het faillissement geldend kunnen maken een recht op voldoening uit de opbrengst die door parate executie door een pand- of hypotheekhouder is verkregen. Voor de omslag in de algemene faillissementskosten is artikel 174, eerste lid, Fw aangevuld, zodat ook de daarin bedoelde beperkt

gerechtigden buiten de omslag vallen.

6. In het nieuwe derde lid van artikel 53 is buiten twijfel gesteld dat de curator ook ten behoeve van de schuldeisers de bevoegdheden kan uitoefenen, die in titel 9, de afdelingen 2 en 4, van Boek 3 nieuw BW en in de nieuwe artikelen 482 e.v. Rv, aan beslagleggers zijn toegekend. Het sluitstuk van een en ander dient uiteraard te zijn dat de curator — met het oog op zowel de belangen van de schuldeisers als die van de gefailleerde — van de executerende pand— of hypotheekhouder rekening en verantwoording kan verlangen. Voor hypotheek vloeit dit voort uit artikel 272 van Boek 3 nieuw BW, voor andere gevallen uit artikel 490c Rv.
7. Dat de curator ter uitoefening van de rechten zowel van de schuldeisers als van de gefailleerde aanspraak heeft op een eventueel overschot, sluit ook aan bij het stelsel van de artikelen 253 en 270 van Boek 3 BW. De pandhouder of de notaris, die het overschot moet afdragen, is dit niet verschuldigd aan de schuldenaar, maar aan de gezamenlijke belanghebbenden, waartoe in geval van faillissement behoren de schuldeisers wier belangen door de curator behartigd worden. In geval van hypotheek is het bovendien niet zo, dat de notaris die het overschot afdraagt, daarmee een schuld van de executant voldoet. Noch bij pand, noch bij hypotheek kan de executant derhalve verrekenen met een nog niet voldane vordering voor zichzelf op de schuldenaar. De compensatie die mogelijk is geacht ten gevolge van HR 30—5—1930, NJ 1930, 945, zal derhalve onder vigeur van het nieuwe BW niet meer toegelaten zijn. In artikel 253, tweede lid, van Boek 3 is overigens met betrekking daartoe nog een verduidelijking opgenomen, die niet alleen voor het geval van faillissement geldt.
8. Aan het derde lid van artikel 53 is een tweede volzin toegevoegd, die rekening houdt met de belangen van de schuldeisers die in rang boven de voormelde pand— en hypotheekhouders en beperkt gerechtigden gaan; men denke met name aan de artikelen 284, tweede lid, en 285, tweede lid, van Boek 3 van het nieuw BW. Komt de curator niet voor hun belangen op, dan kan het gebeuren dat zij, ondanks hun hogere rang, niet van de opbrengst van de executie door de pand— of hypotheekhouder mededelen, omdat de wet hun geen middel geeft hun recht in geval van faillissement te effectueren; men zie HR 10—4—1941, NJ 1942, 22. Bepaald is daarom dat de curator gehouden is ook hun belangen te behartigen; de sanctie van deze gehoudenheid is te vinden in artikel 65 en eventueel in schadeplichtigheid van de curator, zo daartoe gronden zijn.
9. Artikel 56 diende te worden aangepast aan titel 1, afdeling 7, van Boek 6 en titel 10, afdeling 4, van Boek 3 BW. Wat de terminologie van het nieuwe artikel betreft, zij opgemerkt dat in het nieuw BW is gekozen voor de term 'retentierecht'. Het ligt voor de hand die term ook in de Faillissementswet te bezigen; om die reden zijn de artikelen 105, 108, 114, 148, tweede lid, ten 1<sup>o</sup>, en 246, tweede lid, gewijzigd. Het eerste lid komt overeen met het huidige artikel 56. Het is strikt genomen overbodig geworden naast artikel 53 van Boek 6 BW, maar handhaving van die bepaling is duidelijker geoordeeld zowel ter inleiding van de volgende leden, als omdat anders artikel 17 tot misverstand zou kunnen leiden: de zaak behoort immers tot het vermogen van de schuldenaar.
10. Ter motivering van het nieuwe tweede tot en met vierde lid van artikel 56 moge het volgende dienen. In Boek 3 wordt de retentor — anders dan aan de pand— en de hypotheekhouder — geen recht van parate executie toegekend. Wel heeft hij krachtens artikel 292 van Boek 3 voorrang boven allen tegen wie hij zijn recht kan inroepen. Behalve de gewone schuldeisers vallen daar ook onder de pand— en hypotheekhouders tegen wie hij zijn recht krachtens artikel 292 van Boek 3 BW kan inroepen. De bedoeling van dit laatste is de impasse te doorbreken, die in het huidige recht kan ontstaan, doordat de retentor bij gebreke van een voorrang niet wil executeren en de andere schuldeisers dat evenmin willen, omdat zij de zaak niet in handen kunnen krijgen zonder eerst de — wellicht aanzienlijke — vordering van de retentor te voldoen. Deze situatie kan zich ook in geval van faillissement voordoen, ingeval de curator meent dat het niet in het belang van de boedel is het huidige artikel 169, zesde lid, Fw toe te passen. De regering van het nieuw BW heft voor deze situatie de voormelde impasse echter nog niet op. Artikel 22 Fw brengt immers met zich dat de retentor tijdens het faillissement bij gebreke van een recht van parate executie zelf niet tot executie kan overgaan, hoezeer hij ook

boven de andere schuldeisers gaat. Met het oog daarop is in de eerste plaats in het nieuwe tweede lid van artikel 56 mogelijk gemaakt dat de curator executeert met inachtneming van het recht van de retentor, in dier voege dat de aan deze toegekende voorrang in stand blijft en bij de verdeling van de opbrengst tot gelding komt, waaraan duidelijkheidshalve als alternatief de bevoegdheid van het huidige artikel 169, zesde lid, Fw is toegevoegd.

11. Ook met deze regeling is men er echter nog niet. Het kan immers zijn dat de curator, gezien de omvang van de vordering van de retentor, noch iets voelt voor toepassing van de bevoegdheid van het huidige artikel 169, zesde lid, Fw, noch iets voelt voor de opeising van de zaak, gevolgd door verkoop daarvan met wellicht aanzienlijke kosten, terwijl de opbrengst dan verder geheel naar de retentor gaat. In verband daarmee is het niet te vermijden om, zo de schuldenaar failliet is verklaard, aan de retentor toch een recht van parate executie toe te kennen, zij het alleen voor het geval dat de curator — ook binnen een hem daartoe door de retentor gestelde redelijke termijn — niet van zijn voormelde bevoegdheden gebruikt maakt. Voor de hier bedoelde situatie wordt in het derde lid van het nieuwe artikel 56 voor de roerende zaken die geen registergoederen zijn, verwezen naar de bepalingen inzake pand. Maar gaat het om een registergoed (onroerende zaken, schepen en luchtvaartuigen), dan kan daarmee niet worden volstaan, omdat dan toch op zijn minst van het recht van parate executie, zodra het is ontstaan, uit de registers moet blijken. In het vierde lid van artikel 56 wordt daarom een nader voorschrift voor dit geval gegeven. Blijft de daarbedoelde inschrijving achterwege, dan vloeit uit artikel 24 van Boek 3 BW voort dat het recht van parate executie niet tegengeworpen kan worden aan een derde die nadien met de curator gehandeld heeft. Komt het tot parate executie overeenkomstig het derde lid, tweede volzin, dan dient de retentor ook voor de omslag van de boedelkosten als een pand— of hypotheekhouder te worden behandeld; zie bij artikel 174 Fw. Voorts is een gevolg van het nieuwe stelsel dat de retentor niet mag meestemmen over een akkoord; zie het nieuwe eerste lid van artikel 138 en artikel 140. Dat de retentor wegens zijn voorrang niet aan het akkoord is gebonden, volgt al uit artikel 149 Fw.

## Onderdeel 17

1. *Artikel 59a.* Reeds in het huidige recht kunnen er vele derden zijn, die als separatist op de tot de boedel behorende goederen verhaal hebben of goederen kunnen opeisen, die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden. Men denke niet alleen aan pand— en hypotheekhouders, maar ook aan hen die een eigendomsvoorbehoud hebben bedongen, een reclamerecht kunnen uitoefenen of een overeenkomst van ‘leasing’ met de gefailleerde hebben lopen, of aan hem op andere wijze goederen ten gebruike hebben gegeven. Ook moet worden gedacht aan het bodemrecht van de fiscus, dat deze in staat stelt goederen die zich onder gefailleerde bevinden op te eisen in verband met door derden daarop gepretendeerde rechten. Onder het nieuwe BW nemen de hier bedoelde groepen van derden eerder toe dan af. Voorbeelden daarvan zijn de uitbreiding van het recht van parate executie tot alle hypotheekhouders, de uitbreiding van het reclamerecht als gevolg van de verlenging van de termijn waarbinnen het moet worden uitgeoefend, en ook aan de bevoegdheid tot parate executie die soms aan een retentor toekomt.
2. Vooral gedurende de eerste tijd na de faillietverklaring heeft de curator tijd nodig om zich een oordeel te vormen over de vraag, welke goederen in de boedel vallen, of welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden, b.v. in verband met een mogelijke voortzetting of verkoop van het bedrijf. Het beleid van de curator kan in ernstige mate worden doorkruist, indien hij in deze periode door de desbetreffende derden voor een ‘fait accompli’ geplaatst wordt. Er bestaat daarom behoefte aan de mogelijkheid om aan hen een afkoelingsperiode op te leggen, waarin zij hun rechten niet kunnen uitoefenen dan met machtiging van de rechter—commissaris. Aldus wordt tevens voorkomen dat — zoals thans wel geschiedt — onmiddellijk na het uitspreken van het faillissement derden allerlei goederen uit de boedel komen weghalen uit angst dat anders wellicht nog weer anderen (met name de fiscus) daarop hun rechten zullen uitoefenen.

3. Anderzijds dient de voormelde periode niet al te lang te zijn en de bevoegdheid om haar op te leggen soepel te kunnen worden gehanteerd. In verband daarmee is nu in het nieuwe artikel 59a bepaald dat de rechter—commissaris een desbetreffende beschikking slechts voor de tijd van ten hoogste een maand kan geven en haar ten hoogste een keer voor een maand kan verlengen. Het tweede lid voegt daaraan toe dat de rechter—commissaris zijn beschikking kan beperken tot bepaalde derden en bovendien daaraan of aan zijn eventuele machtiging aan een derde voorwaarden kan verbinden. De beschikking van de rechter—commissaris is vatbaar voor hoger beroep krachtens artikel 63, zodat er voldoende rechtswaarborgen voor een richtige toepassing van deze bevoegdheid bestaan.
4. Het derde lid van het nieuwe artikel 59a houdt rekening met de mogelijkheid dat gedurende de periode die krachtens het eerste lid opgelegd, een aan of door de derde gestelde termijn loopt. Men denke o.a. aan een termijn waarbinnen de derde tot executie moet overgaan krachtens artikel 54 of aan een termijn, door de retentor aan de curator gesteld krachtens artikel 56, derde lid, om zijn rechten uit te oefenen ter zake van de zaak waarop retentierecht bestaat. Dergelijke termijnen behoren als gevolg van de afkoelingsperiode naar behoefte te worden verlengd. Toegevoegd is een bevoegdheid van degene die de termijn heeft gesteld, om zulks opnieuw nu te doen, zodat hij een einde kan maken aan een eventuele onzekerheid, ontstaan doordat het tijdstip waarop de oorspronkelijke termijn afliep, niet langer vaststaat.
5. *Artikel 59b.* De voorgestelde bepaling maakt een duidelijk einde aan de rechtspraak van de Hoge Raad dat het faillissement van een vennootschap onder firma noodwendig het faillissement van de vennoten ten gevolge heeft (HR 14-4-1927, NJ 1927, 725). Het faillissement van een vennootschap-niet-rechtspersoon is iets anders, te weten het faillissement van de gezamenlijke vennoten in hun vennootschappelijk verband, dan het faillissement van haar vennoten in persoon. Onder het nieuwe recht zal het mogelijk zijn om los van een eventueel faillissement van de vennoten de vennootschap in staat van faillissement te verklaren waarbij de vennootschappelijke goederengemeenschap eerst zoveel mogelijk ten behoeve van de zaakcrediteuren moet worden afgewikkeld. Een vennoot kan in persoon op verzoek failliet worden verklaard, indien ook voor hem de toestand van opgehouden hebben te betalen zich voordoet. De voorgestelde bepaling, waarvan de plaatsing is ingegeven door de verwantschap met de gevolgen van het faillissement van een echtgenoot voor de huwelijksgemeenschap, vindt behalve bij de openbare vennootschap mede toepassing bij de stille vennootschap.

### Onderdelen 32 en 33

1. De tekst van de artikelen 130 en 131 dient te worden aangepast aan de nieuwe regeling van titel 1, afdeling 2, Boek 6 en titel 14 van Boek 7 BW. Een eerste belangrijk verschil van deze regeling met het huidige recht is, dat de borgtocht is geregeld als een vorm van hoofdelijkheid. Dit betekent dat de borg een hoofdelijke schuldenaar is, die zich aan de schuldeiser voordoet als iemand die de schuld intern niet aangaat; zie artikel 850 van Boek 7 BW. Het ligt daarom voor de hand dat ook in het Faillissementsbesluit 1931 beide gevallen gelijk behandeld worden. Een tweede belangrijk verschil met het huidige recht is dat het toepassingsgebied van de figuur van de hoofdelijkheid sterk is uitgebreid. Zo is de huidige ondeelbaarheid in titel 1, afdeling 2, van Boek 6 BW onder hoofdelijkheid begrepen, evenals ingevolge artikel 102 van Boek 6 BW het belangrijke geval waarbij meer personen voor eenzelfde schade aansprakelijk zijn. In artikel 6, tweede lid, van Boek 6 BW is voorts bepaald dat in alle gevallen dat meer schuldenaren ten aanzien van eenzelfde schuld voor het geheel aansprakelijk zijn, sprake is van hoofdelijkheid. Bovendien zijn er vele incidentele bepalingen, die hoofdelijkheid in het leven roepen; de huidige figuur van de ‘toevallig samenlopende verbintenissen’ zal daardoor vrijwel geheel verdwijnen.
2. Het gevolg van een en ander is dat ook de regeling van artikel 131 Fw onder het nieuw BW een veel groter toepassingsgebied krijgt en mede zal gaan gelden voor de gevallen die nu worden aangeduid als toevallig samenlopende verbintenissen. Voorgesteld wordt om het stelsel van artikel 131 voor het gehele aldus

uitgebreide toepassingsgebied van dit artikel te behouden. Dit stelsel komt erop neer dat de schuldeiser, zolang hij niet volledig is voldaan, ongeacht wat hij gedurende het faillissement van een of meer van de mede—schuldenaren van de gefailleerde ontvangt, voor het volle hem ten tijde van de faillietverklaring verschuldigde bedrag kan blijven opkomen, en dat deze medeschuldenaren in zoverre niet hun regresvorderingen kunnen opkomen. Dit stelsel past goed bij de strekking die de figuur van hoofdelijkheid ook in het nieuw BW heeft, nl. om de schuldeiser tegen insolventie van een of meer der schuldenaren te beschermen. Ook in het nieuw BW past voorts de gedachte die aan artikel 131 ten grondslag ligt, nl. dat het niet mogelijk moet zijn dat twee of meer personen tegelijk voor dezelfde schuld in het faillissement opkomen en aldus de andere schuldeisers ter zake van de hun ingevolge artikel 127 uit te keren percenten benadelen.

#### **Onderdeel 41**

Evenals in het huidige recht wordt er in het nieuwe eerste lid van artikel 174 vanuit gegaan dat de separatisten buiten de omslag in de algemene faillissementskosten blijven. Dit wordt gerechtvaardigd door het belang van een ruime mogelijkheid tegen zekerheid krediet te kunnen verkrijgen. Hetzelfde is bepaald voor de beperkt gerechtigden wier recht krachtens artikel 282 van Boek 3 BW door executie door een pand— of hypotheekhouder vervalt; hun recht behoorde immers niet tot de boedel. Er is daarom geen reden om hen in de algemene faillissementskosten te doen delen. Men zie ook deze memorie van toelichting ten aanzien van artikel 53, tweede lid (onderdeel 14). Anders gaat het bij de bevoorrechte schuldeisers, bedoeld in artikel 53, derde lid, tweede volzin. Hetgeen hun uit hoofde van de verdeling toekomt en door de curator krachtens artikel 53, derde lid, is geïnd, deelt wel in de omslag. De tweede volzin van artikel 174, eerste lid, stelt dit in de nieuwe tekst buiten twijfel en geeft tevens aan, hoe de omslag plaatsvindt, te weten over het gehele aan de curator ten behoeve van deze schuldeisers uitgekeerde bedrag.

#### **Onderdeel 57**

Hetgeen in het nieuwe artikel 59a wordt mogelijk gemaakt voor het geval van faillissement, dient ook toegelaten te zijn in het geval van surseance, waar de behoefte aan een periode waarin de uitoefening van de hier bedoelde rechten van derden wordt opgeschort, nog duidelijker in het oog springt. In verband daarmee wordt in artikel 231a aan de rechter in eerste aanleg een soortgelijke bevoegdheid gegeven als in artikel 59a aan de rechter—commissaris. Het initiatief is in het onderhavige geval overigens gelaten aan de bewindvoerder of de schuldenaar.

### **TITEL IV WIJZIGING VAN DE WET NOTARISAMBT**

#### **Algemeen**

1. Vele artikelen van deze wet moesten worden aangepast, zowel aan de Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW als aan de nieuwe Wet betreffende de openbare registers, bedoeld in artikel 16 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (Wet openbare registers). Daarbij moest tevens rekening worden gehouden met de bepalingen betreffende schriftelijk bewijs, voorgesteld in het nieuwe bewijsrecht. Hier verdienen enige algemene punten aandacht, die bij verschillende artikelen terugkeren en daarom beter hier tezamen kunnen worden toegelicht. Deze toelichting is ontleend aan de Nederlandse wetsgeschiedenis; men zie C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing van de overige wetten, 1992, p. 29 e.v.
2. Een vraag die, vooral in verband met de Wet openbare registers beantwoording behoefde, is wie als 'partij' bij een notariële akte dan wel notariële verklaring moet worden beschouwd. Aandacht verdient in dit verband dat artikel 18 van de Wet openbare registers een opsomming bevat van de gegevens die in een aan de bewaarder ter inschrijving aangeboden stuk moet worden opgenomen ten aanzien van de personen die 'partij bij dat stuk' zijn, waarmee zijn bedoeld degenen die blijkens het aangeboden stuk bij het opmaken daarvan of van de akte waarvan dit stuk een afschrift of uittreksel vormt, als partij hebben meegewerkt, hetzij rechtstreeks hetzij door een vertegenwoordiger. Deze terminologie is gekozen om te doen uitkomen dat de vereisten van artikel 18 niet noodzakelijk ook gelden

voor hen die, wanneer men kijkt naar het feit waarop de akte of verklaring betrekking heeft, als partijen beschouwd kunnen worden en die als zodanig worden vermeld in artikel 38 van de Wet openbare registers (partijen die bij het ingeschreven feit betrokken zijn). Zo is de wederpartij van degene op wiens verlangen een verklaring omtrent verkrijging door verjaring als bedoeld in artikel 34 van de Wet openbare registers wordt afgegeven, geen partij bij het desbetreffende stuk, waarin van haar geen verklaring behoeft voor te komen en tijdens het opmaken waarvan zij zelfs niet bekend hoeft te zijn. Iets dergelijks doet zich voor ten aanzien van de wederpartij van degene op wiens verlangen de notaris een verklaring afgeeft dat een rechtshandeling als bedoeld in artikel 25, eerste lid, van de Wet openbare registers is verricht, of dat een voorwaarde als bedoeld in artikel 30 van die wet is vervuld. Het ligt voor de hand om in de Wet Notarisambt bij deze terminologie aan te sluiten.

3. De Wet Notarisambt kent een aantal vormvereisten waarvan de niet-inachtneming tot gevolg heeft dat de akte 'alleen kracht van onderhands geschrift' heeft, mits zij is ondertekend. In de literatuur wordt wel betoogd (Melis, De Notariswet, c.s., vierde druk, p. 130) dat de akte dan geen authentieke akte is, maar wel een 'notariële akte', waarbij men met name denkt aan de bepalingen betreffende minuterig, bewaring e.d. Deze terminologie is echter bepaald verwarrend ten opzichte van de artikelen uit Boek 3 BW en de Wet openbare registers die van 'notariële akte' spreken, waarmee bedoeld is een akte die authentiek is, omdat zij notarieel is, zulks ter onderscheiding van authentieke akten van andere ambtenaren (exploiten, expedities, processen-verbaal van schikkingscomparities, etc.). Het is wenselijk om misverstanden in deze uit te sluiten. Daartoe is in het onderhavige ontwerp voor de voormelde bepalingen een redactie gekozen die zegt dat bij niet-voldoening aan de voorschriften waarop de voormelde bepalingen zien, de akte 'authenticiteit mist', en dat zij dan bovendien niet voldoet aan de voorschriften waarin de vorm van een notariële akte wordt geëist. Het is niet nodig geacht om daar aan toe te voegen dat, zo de akte wel door de betreffende partij of partijen is getekend, in zoverre een onderhandse akte tot stand komt en dan ook de bepalingen betreffende de bewijskracht van onderhandse akten gelden. Dit volgt immers reeds voldoende duidelijk uit het nieuwe bewijsrecht, men zie de artikelen 135, eerste en derde lid, en 138, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

**Artikel 17.** Na hetgeen onder Algemeen, punt 2, reeds is aangetekend, behoeft dit artikel weinig toelichting meer. Het slot van het eerste lid is nog iets duidelijker in overeenstemming gebracht met het nieuwe partijbegrip van artikel 22, terwijl in plaats van 'gemachtigden' thans de algemenere en dus beter passende term 'vertegenwoordiger' is gekozen. Men lette erop dat in geval van een notariële verklaring als bedoeld in de artikelen 26, 30, 34 en 36 van de Wet openbare registers niet allen die bij het ingeschreven feit partij zijn, dit ook bij de verklaring als akte zijn. Ook hier behoort de notaris, indien hij zelf, zijn echtgenoot of een bloed- of aanverwant partij in deze laatste zin is, zich van medewerking aan de verklaring te onthouden, maar het zou te ver gaan hieraan de sanctie van het onderhavige artikel te binden, waarvan derden gemakkelijk de dupe zouden kunnen worden, nu in deze gevallen voor hen vaak iedere mogelijkheid om na te gaan of de notaris zijn medewerking had moeten weigeren, zal ontbreken.

**Artikel 18a.** Men vergelijkte artikel 4:93 BW volgens welk artikel een uiterste wil bij dezelfde akte door twee of meer personen gemaakt nietig is. Het gevaar dat de erflater meent een uiterste wil niet eenzijdig te kunnen herroepen, is het meest klemmend in het geval van een gezamenlijke uiterste wil. Bij een combinatie met andere rechtshandelingen lijkt dit gevaar minder groot, zeker als het gaat om andere eenzijdige rechtshandelingen van de erflater. De sanctie van nietigheid is dan minder op zijn plaats. Waar artikel 4:93 BW het oog heeft op een specifiek, nauwkeurig omschreven, geval, kan het voorgestelde artikel 18a WN daarentegen betrekking hebben op een veel ruimere categorie gevallen, waarbij ook niet op voorhand kan worden uitgesloten dat zich grensgevallen kunnen voordoen. Ook dat pleit ertegen ook deze gevallen met nietigheid te bedreigen. Er is de voorkeur aan gegeven de bepaling ruim te formuleren, zodat het verbod betrekking heeft op alle andere rechtshandelingen dan uiterste wilsbeschikkingen, dus zowel overeenkomsten als eenzijdige rechtshandelingen (zoals een aanbod tot schenking na dode, de aanvaarding daarvan, enz.). Tevens dient het irrelevant te zijn of het gaat om een partijverklaring (van de erflater of van een ander) of om een door de notaris geconstateerde handeling. Dit alles strookt met de ratio van de bepaling, zijnde de wenselijkheid om uiterste wilsbeschikkingen zo duidelijk mogelijk van andere rechtshandelingen te onderscheiden, zulks met het oog op de in artikel 4:42 BW geregelde rechtsgevolgen. De sanctie op overtreding van de bepaling is te vinden in de bepalingen ter zake van toezicht) van de onderhavige Wet Notarisambt. Overigens is in het nieuwe Boek 1 BW (artikel 1:203) de erkenning van een kind bij notariële akte afgeschaft.

**Artikel 22**

1. Zoals onder Algemeen, punt 2 reeds toegelicht, heeft artikel 22, tweede lid, zoveel mogelijk dezelfde inhoud gekregen als uit artikel 18 van de Wet openbare registers voor de daar bedoelde stukken voortvloeit. Het is wenselijk dat beide bepalingen met elkaar in de pas lopen. Dat artikel 18, eerste lid, van de Wet openbare registers spreekt van het ‘aangeboden stuk’, waaronder ook een afschrift of uittreksel van een notariële akte kan vallen, houdt verband met het feit dat artikel ziet op de vereisten waaraan het ter inschrijving aangeboden stuk moet voldoen, wil de bewaarder de inschrijving ervan niet kunnen weigeren. Krachtens het onderhavige artikel moeten de persoonsgegevens van de betreffende partij door de notaris in de akte worden vermeld, terwijl uit artikel 35, vierde lid, voortvloeit dat de notaris ze mede in het afschrift of uittreksel opneemt, dat eventueel voor de inschrijving gebezigd wordt. De taak van de bewaarder in deze, gaat niet verder dan het onderzoek op dit punt van het aangeboden stuk.
2. Hetgeen in het tweede lid, onderdeel e, omtrent het tijdstip van verlijden van de akte is bepaald, wordt aangevuld door een nieuw derde lid dat voor de daar bedoelde gevallen tevens vermelding van uur en minuut eist. Deze eis hangt samen met de omstandigheid dat dit tijdstip voor de rangorde van inschrijving betreffende registergoederen van belang kan zijn; men zie de artikelen 21, tweede lid, van Boek 3 BW en 505 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
3. Wordt echter verzuimd om uur en minuut te vermelden, dan wordt daardoor de authenticiteit van de akte voor wat betreft hetgeen zij overigens inhoudt, niet aangetast. Dit volgt uit het nieuwe vierde lid, dat niet mede op het ontbreken van uur en minuut is betrokken. Wel zal de niet-vermelding tot gevolg kunnen hebben dat de notaris schadeplichtig wordt. Zonder deze vermelding blijkt immers uit de akte niet dat zij voor 24.00 uur van de vermelde dag is verleden, hetgeen gevolgen kan hebben voor de rangorde ten opzichte van tegelijk met die akte verrichte andere inschrijvingen. Niet nodig is de vermelding van uur en minuut dan in de gevallen dat deze vermelding in verband met de inschrijving van belang kan zijn. Zo behoeft bijvoorbeeld een voor inschrijving bestemde verklaring van erfrecht deze gegevens niet te bevatten. Voor de daarin vermelde feiten zullen immers uur en minuut van het opmaken van de verklaring van erfrecht niet van betekenis zijn. Het nieuwe vierde lid is reeds toegelicht onder Algemeen, punt 3.

**Artikel 23.** Voorgesteld wordt te spreken van ‘geschreven of op andere wijze duurzaam op het materiaal gesteld’, hetgeen drukken, fotograferen en ook eventuele thans nog in de toekomst verborgen technieken niet uitsluit.

#### **Artikel 27**

1. Aan dit artikel, dat onder meer voor de publiciteit betreffende registergoederen door middel van de openbare registers van groot belang is, is een nieuw derde lid toegevoegd. Uitgaande van de huidige redactie hebben daaraan de volgende overwegingen ten grondslag gelegen. Het huidige eerste heeft als waarborg dat de volmacht inderdaad is verleend nauwelijks praktische betekenis. Die waarborg wordt nog geringer als gevolg van het tweede lid dat ervan uitgaat dat een volmacht tot meewerken aan een notariële akte in beginsel mondeling kan worden verleend. Voor wat betreft Boek 3 BW wordt daarvan in zoverre inderdaad uitgegaan dat bij de handelingen betreffende registergoederen in dit opzicht geen nadere eisen worden gesteld, behoudens dat:
  - a. volgens artikel 89, derde lid, van Boek 3 BW in de akte van levering de volmacht ‘nauwkeurig’ moet worden vermeld;
  - b. volgens artikel 260, derde lid, van Boek 3 een gevolmachtigde slechts krachtens een authentieke akte bij de vestiging van een hypotheek voor de hypotheekgever kan optreden;
  - c. een volmacht tot doorhaling als bedoeld in artikel 275 van Boek 3 BW schriftelijk moet zijn verleend.
 Dit impliceert dat in beginsel ook hier een mondelinge volmacht mogelijk is gebleven en in elk geval een onderhandse schriftelijke akte is toegelaten, telkens behoudens voormelde uitzonderingen.
2. Dat in beginsel vormvrijheid bestaat, is om praktische redenen moeilijk te vermijden. Het rechtsverkeer betreffende registergoederen zou te veel belemmerd worden als men bijvoorbeeld van alle rechthebbenden, ook die in ziekenhuis of buitenland, een authentieke volmacht zou eisen. Ook bestaat weinig bezwaar tegen een mondelinge volmacht ingeval de notaris, bijvoorbeeld telefonisch, geverifieerd heeft, dat de volmacht van de hem wellicht bekende volmachtgever inderdaad is verleend. Tegenover de voormelde behoefte aan vormvrijheid staat evenwel dat het ontbreken van iedere reële waarborg dat de volmacht inderdaad is verleend, niet goed te verenigen is met het stelsel betreffende registergoederen, te vinden in titel 1, afdeling 2, en titel 2, afdeling 4, van Boek 3 BW en de Wet openbare registers, in onderling verband gezien. Het is ook begrijpelijk dat vanuit het notariaat op een betere

regeling is aangedrongen. Men zie Melis c.s., De Notariswet, vierde druk, p. 175 e.v., waar de gedachte wordt geuit de notaris voor de echtheid van de volmacht verantwoordelijk te maken. Deze gedachte sluit goed aan bij die waarop de artikelen 34 en 37 van de Wet openbare registers berusten: de notaris heeft een zekere onderzoeksplicht. Leidt het onderzoek ertoe dat de zaak niet in orde is, dan werkt hij niet mee aan een akte, waaruit dit niet blijkt. In aansluiting daarop wordt hier met name in het nieuwe derde lid een bepaling voorgesteld, volgens welke de notaris in de akte moet verklaren dat hem van het bestaan van de volmacht genoegzaam is gebleken. Dat zal in beginsel het geval zijn als hijzelf de volmacht aan de volmachtgever heeft toegezonden en hij deze ondertekend terug ontvangt, mits aan de identiteit van de ondertekenaar niet behoeft te worden getwijfeld. Ook zal dit het geval zijn, als hij de instemming van de volmachtgever telefonisch heeft geverifieerd, of de aanstelling van de gevolmachtigde bij de volmachtgever hem bekend is. Er is hier verband met artikel 61, tweede lid, van Boek 3 BW; in dit soort situaties zal immers een eventuele onbevoegdheid in de regel ook niet aan de wederpartij tegengeworpen kunnen worden. Het is daarop dat de notaris zijn onderzoek zal moeten afstemmen.

3. Het is wenselijk om daarnaast aan de notaris een bevoegdheid toe te kennen, in de trant van die welke artikel 71 van Boek 3 BW aan de wederpartij geeft. Daarbij verdient opmerking dat artikel 71 van Boek 3 BW niet op de situatie van een volmacht tot medewerking aan een notariële akte is afgestemd; maar in het artikel ligt opgesloten dat de wederpartij, voordat zijzelf aan de akte meewerkt, bewijs van de volmacht kan eisen van degene die zich als gevolmachtigde aandient. Het ligt in het verlengde van deze regel om voor de situatie waarom het hier gaat aan de notaris de bevoegdheid te geven overlegging van een schriftelijke volmacht te verlangen. Deze bepaling, opgenomen in de tweede zin van het derde lid, sluit een mondelinge volmacht niet uit in de gevallen dat een notaris deze voldoende betrouwbaar acht om te verklaren dat hem van het bestaan daarvan genoegzaam is gebleken. Verwacht mag worden dat deze regeling ertoe zal leiden dat de notaris - net als nu - in de regel een geschrift eist, maar dat hij bijvoorbeeld in spoedgevallen uit de voeten kan door een mondelinge volmacht, zondig na telefonisch controle, te accepteren.

**Artikel 31a.** De materie van het huidige artikel 31a wordt voortaan geregeld in artikel 20 van de Wet openbare registers. Het artikel kan dus vervallen. De door deze schrapping opgevallen plaats is opgevuld met een nieuw artikel 31a van geheel andere strekking. Het bevat in aanvulling op artikel 89, tweede lid, van Boek 3 BW, het voorschrift om in de daar bedoelde leveringsakte mede de geldelijke tegenprestatie te vermelden, in de regel de koopsom, die voor het geleverde is bedongen. Dit voorschrift is hier en niet in artikel 89 van Boek 3 BW zelf opgenomen, omdat het wenselijk is hiervan uitsluitend een verplichting van de notaris te maken, waarvan de niet-nakoming noch de geldigheid van de overdracht kan aantasten, noch ook de bewaarder de bevoegdheid geeft om de inschrijving van de akte te weigeren. De strekking van de bepaling is immers slechts om te bereiken dat de voor de betreffende registergoederen bedongen prijzen via de registers kenbaar zijn met het oog op de doorzichtigheid van de markt betreffende zodanige goederen en ook om dergelijke gegevens niet voor statistiek of onderzoek verloren te laten gaan. Daarbij passen geen sancties van burgerrechtelijke aard.

### **Artikel 32**

Het tweede lid is in verschillende opzichten verduidelijkt en aangevuld met akten en verklaringen die in het nieuwe BW of de Wet openbare registers voorkomen en in de huidige wetgeving niet zijn vermeld of anders worden aangeduid. De meeste aanvullingen en wijzigingen spreken voor zichzelf. Uitdrukkelijke vermelding verdienen slechts de volgende. De 'verklaring van eigendom' keert terug als verklaring van het toebehoren van goederen aan een persoon. Anders dan in de literatuur wel wordt geleerd, moet hier worden gedacht aan een notariële verklaring dat aan iemand bepaalde goederen, bijvoorbeeld roerende zaken, toebehoren, soms nodig met het oog op binnen- of buitenlandse formaliteiten bij de in- of uitvoer van die goederen. Het aanbod van betaling is gehandhaafd, hoewel het als zodanig in het nieuwe BW niet meer voorkomt. Verwacht mag worden dat de huidige praktijk waarin desbetreffende notariële verklaringen nog wel eens worden afgegeven, ook na de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek, zal worden voortgezet, bijvoorbeeld met het oog op het bewijs dat de schuldeiser in verzuim is in de zin van titel 1, afdeling 8, van Boek 6 BW. Bij de verklaringen van waardeeloosheid, zie men de artikelen 28 en 274 van Boek 3 BW. Bij de verandering van een in een ingeschreven stuk gekozen woonplaats, zie men artikel 47 van de Wet openbare registers.

### **Artikel 32a**

De verplichting van de notaris in het huidige BW om gesloten onderhandse uiterste willen en geheime testamenten aan de rechter ter opening aan te bieden (in het nieuwe Boek 4 BW alleen van belang voor onderhandse uiterste

willen) keert in het nieuwe Boek 4 BW niet terug, daar deze in de Wet Notarisambt thuishoort. Het wordt thans in het nieuwe artikel 32a WN opgenomen.

### **Artikel 35a**

In deze bepaling (overeenstemmend met artikel 49a van de Nederlandse Wet op het notarisambt) wordt aan de erflater de bevoegdheid verleend te beschikken dat zijn uiterste wil eerst na zijn begrafenis zal worden geopend of door de notaris geopenbaard, met als motief dat ieder de ruzies kent die vóór de begrafenis of tijdens de begrafenis ontstaan doordat de testamentaire beschikkingen vóór de begrafenis bekend zijn. Heeft de erflater een beschikking ingevolge artikel 35a WN gemaakt, dan vloeit daaruit voor de notaris een afwijking voort van hetgeen anders op grond van artikel 35 WN zou gelden. Het onderhavige artikel 35a WN is een voorbeeld van een uiterste wilsbeschikking die, zoals op grond van artikel 4:42, eerste lid, BW mogelijk is, niet in Boek 4 BW maar elders in de wet als zodanig wordt aangemerkt. Bij deze bepaling zij nog opgemerkt dat de beschikking zowel bij uiterste wil als bij de aanbidding van een onderhandse uiterste wil als bedoeld in artikel 4:95, derde lid, BW kan worden gemaakt. Een verklaring bij die gelegenheid afgelegd is ook een uiterste wilsbeschikking.

### **Artikel 35b**

Het kan voor derden, in het bijzonder schuldeisers van de nalatenschap die een rechtsvordering tegen de erfgenamen willen instellen, bijzonder lastig zijn na het overlijden van de erflater te weten te komen wie diens erfgenamen zijn. Een geordend rechtsverkeer brengt mee dat derden die daarbij voldoende belang hebben in verband met een rechtsverhouding waarin zij tot de erflater stonden, er recht op hebben te weten wie de persoon van de erflater in het rechtsverkeer voortzet. Behalve de gegevens betreffende de erfgenamen, en hun erfdelen, kan voor de rechtsverhouding met een derde bijvoorbeeld ook van belang zijn of de nalatenschap volgens de wettelijke verdeling is verdeeld, en wie de eventuele executeurs, bewindvoerders of vereffenaars zijn. Het komt daarom redelijk voor dat belanghebbende derden ook toegang kunnen krijgen tot deze en andere gegevens welke ingevolge artikel 4:188 BW in een verklaring van erfrecht worden opgenomen.

Het meest praktisch is het als de gegevens worden verstrekt door de notaris die een verklaring van erfrecht heeft afgegeven, door uitgifte van een afschrift van die verklaring aan de derde. Deze notaris zal, wanneer hij betrokken is bij de afwikkeling van de nalatenschap, in elk geval door raadpleging van het boedelregister kunnen worden achterhaald (artikel 4:186, tweede lid, BW). Ook kan om gegevens worden verzocht bij de notaris die de uiterste wil heeft opgesteld, hetgeen aan de hand van het testamentenregister kan worden nagegaan. Als er meer dan één uiterste wil is gemaakt, kunnen de benodigde gegevens in beginsel slechts op grond van de laatste uiterste wil worden verstrekt. Mocht in de laatste uiterste wil geen herroeping van eerdere uiterste wilsbeschikkingen zijn opgenomen, dan zal de notaris er uiteraard op attenderen dat mogelijk ook eerdere uiterste willen van belang zijn.

De mogelijkheid om uittreksel te kunnen verkrijgen uit de uiterste wil van de erflater is met name van belang wanneer geen verklaring van erfrecht is opgemaakt. De voor belanghebbenden relevante informatie kan dan verkregen worden van de notaris tot wiens protocol de uiterste wil van de erflater behoort.

De voorgestelde regeling (overeenstemmend met artikel 49b van de Nederlandse Wet op het notarisambt) biedt een schuldeiser van de nalatenschap een passende voorziening in de, niet dagelijks voorkomende, situatie dat de voor hem relevante gegevens niet bekend zijn noch verkregen kunnen worden door bijvoorbeeld het inwinnen van inlichtingen bij de omgeving of de nabestaanden van de erflater. Het is daarom niet nodig om voor te schrijven dat verklaringen van erfrecht in het boedelregister worden ingeschreven. Zo worden ook de bezwaren vermeden die aan een dergelijk voorschrift zouden kleven, zoals de administratieve last van vele duizenden inschrijvingen per jaar en het bezwaar dat allerlei gegevens dan ook op te vragen zijn door willekeurige derden.

## **TITEL V WIJZIGING VAN DE OVERIGE WETGEVING**

### **Algemeen**

1. In dit hoofdstuk vinden de aanpassingen van de overige wetgeving hun plaats. Zo wordt onder meer rekening gehouden met de nieuwe terminologie in Boek 1 BW betreffende in huwelijk en buiten huwelijk geboren kinderen en met de verlaging van de meerderjarigheidsgrens enz. Wat Boek 3 betreft moet onder andere aanpassing plaats vinden wat betreft het begrip zaken (stoffelijke objecten) en goederen (zaken en vermogensrechten). Ook een enkele aanpassing aan het nieuwe in het Wetboek van Burgerlijke

Rechtsvordering geregelde executie- en beslagrecht bleek nodig.

2. In het algemeen moet nog het volgende worden opgemerkt. In wetten die toch al moesten worden aangepast, is - in verband met artikel 15i van Boek 3 BW - de term 'boeken en bescheiden' aangevuld met: andere gegevensdragers. Hieruit mag niet a contrario worden afgeleid dat waar dit niet is geschied, de termen 'boeken', 'bescheiden', 'stukken', 'boekhouding' e.d. niet mede betrekking hebben op moderne (elektronische) gegevensdragers. Ook is niet uitgesloten dat op elektronische wijze aan een wettelijke schriftelijke vorm kan worden voldaan. Zie overigens ook het ontwerp-Wet overeenkomsten langs elektronische weg.

#### **Artikelen I, II, IX, XXIV, XXV (pensioenregelingen)**

1. Aangezien de pensioenregelingen aanknopen aan de minderjarigheid, zouden door de verlaging van de meerderjarigheidsgrens van 21 naar 18 jaar, de 18-, 19- en 20-jarige wezen geen recht meer hebben op wezenpensioen. Voorgesteld wordt daarom om in beginsel - behoudens huwelijk van het kind - aan te knopen aan de leeftijd.
2. Voorts zijn de genoemde pensioenregelingen aangepast aan het nieuwe afstammingsrecht waarin de terminologie 'wettig kind', 'onwettig kind', 'natuurlijk kind' e.d. is komen te vervallen. Beslissend is of een kind in familierechtelijke betrekking staat tot de betrokkene. Deze familierechtelijke betrekking ontstaat, wat de moeder betreft, door geboorte of adoptie (artikel 198 van Boek 1 BW) en, wat de vader betreft, door huwelijk met de moeder, erkenning, gerechtelijke vaststelling van vaderschap of adoptie (artikel 199 van Boek 1 BW). Kinderen die in familierechtelijke betrekking staan tot de betrokkene behoren, ongeacht de wijze van ontstaan van die familierechtelijke betrekking, naar geldende rechtspraak gelijk te worden behandeld.

#### **Artikel III (Bepalingen op de rechtspleging in zake van belastingen in Suriname)**

##### **Onderdeel 1.**

1. In artikel 6, tweede lid is het voorrecht van de fiscus geregeld. De tekst correspondeert met artikel 21, tweede lid, van de Nederlandse Invorderingswet 1990. Vergelijk Parl. Gesch. Aanp., p. 293 en 297-300. Het nieuw BW kent geen voorrecht betreffende kosten van uitwinning meer, maar hetzelfde resultaat wordt bereikt door bij de verdeling uit te gaan van de netto-opbrengst. Vergelijkbaar met het huidige voorrecht is alleen artikel 288, onderdeel a, van Boek 3 BW betreffende de kosten van de aanvraag tot faillietverklaring. De plaatsing van het onderwerpelijke voorrecht voor dat van de fiscus is dus slechts een technische wijziging.
2. Het voorrecht van de kosten van behoud van een goed (artikel 284 van Boek 3 BW) gaat in het systeem van het nieuwe BW boven rechten van derden zoals pand, hypotheek en alle andere voorrechten, tenzij de vordering waaraan het voorrecht is verbonden is ontstaan na de kosten van behoud. Om geen inbreuk te maken op het systeem van het nieuwe BW wordt voorgesteld dit voorrecht, dat thans na dat van de fiscus komt, voor het voorrecht van de fiscus te laten gaan. Bovendien is dit ten opzichte van de fiscus - die mede van het behoud profiteert - redelijk.
3. Het voorrecht van artikel 387 van Boek 3 BW is nieuw in het BW. Dit voorrecht ter zake van een vordering tot vergoeding van schade, rustende op de vordering die de aansprakelijke persoon tegen zijn verzekeraar heeft, gaat in het systeem van het nieuwe BW eveneens boven rechten van derden en heeft ten doel te bereiken dat de uitkering van de verzekeraar inderdaad ten goede komt aan het slachtoffer. Ook dit voorrecht behoort boven dat van de fiscus te gaan om geen inbreuk te maken op het systeem van het nieuwe BW.
4. De voorgestelde wijzigingen ten opzichte van het pand houden verband met het volgende. Volgens het huidige artikel 6 gaat het voorrecht van de fiscus boven pand. Met het begrip pand wordt in dat artikel bedoeld vuistpand. Dit pandrecht wordt gevestigd door de verpande zaak in de macht van de pandhouder te brengen. Beslag van de zijde van de ontvanger op een verpande zaak komt in de praktijk niet vaak voor. Veelal wordt op grond van beleidsoverwegingen teruggetreden. In het geval van faillissement staat de fiscus thans bij de pandhouder achter (HR 10-4-1941, NJ 1942, 22). Anders ligt het bij eigendomsoverdracht tot zekerheid van zgn. bodemrechtzaken. Deze blijven in de macht van de schuldenaar en op grond van het bodemrecht kan de fiscus - al is de schuldeiser eigenaar - zich op die zaken verhalen, ook nadat de

schuldenaar failliet verklaard is (omdat de zaken immers niet in zijn failliete boedel komen).

5. In het nieuwe BW wordt naast het vuistpand het bezitloos pand geïntroduceerd (artikel 237 van Boek 3). In verband hiermee wordt thans voorgesteld om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de huidige praktijk en om het voorrecht van de fiscus alleen te laten voorgaan voor (stil) pandrecht op bodemrecht-zaken, ook in geval van faillissement. Het stil pandrecht wordt dus op dezelfde wijze behandeld als de eigendomsoverdracht tot zekerheid, ten aanzien waarvan er niets veranderd.

#### **Onderdeel 2.**

Vergelijk Parl. Gesch. Aanp., p. 301-302. In artikel 11 is het zgn. fiscale bodemrecht geregeld. De nieuwe omschrijving spreekt van 'terugvordering jegens degene die de zaak onrechtmatig of van een onbevoegde heeft verkregen'. Daaronder valt zowel degene die zich, zoals een dief of een verduisteraar, de zaak wederrechtelijk heeft toegeëigend, als degene die haar van een onbevoegde vervreemder heeft verkregen, maar zich niet op artikel 86 van Boek 3 BW kan beroepen, omdat hij niet te goeder trouw was, omdat hij om niet heeft verkregen of omdat het derde lid van artikel 86 van toepassing is. In onderdeel 4, ten 2<sup>o</sup>, is dezelfde formulering aangebracht.

#### **Artikel IV (Wet hypotheekbewaring)**

De voorgestelde bepaling hangt ermee samen dat de nieuwe Wet openbare registers slechts een minimumregeling bevat. Het beperkt zich tot die regels omtrent het bijhouden van de openbare registers die op het nieuwe Burgerlijk Wetboek moeten zijn afgestemd en om die reden ook tegelijk met dat wetboek moeten worden ingediend.

#### **Artikel XVI (Personeelswet)**

Artikel 58a is zekerheidshalve opgenomen aangezien niet onomstreden is of titel 11 van Boek 3 van het BW van toepassing is op de rechten en verplichtingen tussen de ambtenaar en de overheid.

#### **Artikel XIX (Vacantiewet 1975)**

In afdeling 3 van titel 10 van Boek 7 BW is een nieuwe regeling opgenomen betreffende vakantie en verlof. De inhoud van de Vacantieregeling 1975 kan daarom vervallen, behoudens de toezicht- en strafbepalingen, die in de praktijk zinvol zijn gebleken.

#### **Artikel XXI (Wet auteurswet 1913)**

Vergelijk Parl. Gesch. Aanp., p. 24-28. Het begin van artikel 2, eerste lid, is vervallen omdat het begrip 'roerend' slechts betrekking kan hebben op stoffelijke objecten. Het nieuwe tweede lid sluit aan bij de redactie van de vergelijkbare bepalingen uit titel 4, afdeling 2, van Boek 3 BW. Artikel 28 is aangepast aan het nieuwe executie- en beslagrecht.

#### **Artikel XXIII (Wet Coöperatieve Verenigingen 1944)**

Deze wet kan vervallen in verband met Boek 2 nieuw BW.

#### **Artikel XXVI (Wet houdende Algemene Bepalingen der Wetgeving van Suriname)**

1. Artikel 2 zou tot misverstand kunnen leiden ten aanzien van de bevoegdheid van de rechter om betekenis toe te kennen aan ongeschreven gewoonterecht, zowel in het burgerlijk recht als daarbuiten. Gewoonten behoren in beginsel bij opvulling van leemten een rol te kunnen spelen. Het artikel is daarom geschrapt.
2. Ook de tweede volzin van artikel 8, dat niet rekening houdt met de onafhankelijkheid van Suriname is geschrapt.
3. Artikel 16 kan worden gemist naast artikel 3:40 nieuw BW, dat dezelfde materie betreft. Bovendien zou het artikel tot misverstand kunnen leiden, nu het de termen 'publieke orde of goede zeden' niet in dezelfde betekenis schijnt te bezigen als die van de termen 'openbare orde en goede zeden' in artikel 3:40, eerste lid, BW, dat ervan uitgaat dat niet alle dwingend recht ook van openbare orde is. Dat dit van belang is, blijkt onder meer uit artikel 7:902 BW.

**Artikel XXVII (Wet Huurkoop Onroerend Goed)**

1. Wat betreft het nieuwe derde lid van artikel 1 zij het volgende opgemerkt. Gebleken is in de praktijk dat ten aanzien van de 'lease' van bedrijfsruimte de Wet Huurkoop Onroerend Goed (welke bescherming zover gaat dat deze vorm van huurkoop praktisch niet meer voorkomt) belemmerend werkt. De wet beoogt consumentenbescherming te bieden en behoort beperkt te blijven tot huurkoop door 'consumenten'. Een huurkoop aangegaan door een rechtspersoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf kan daarom buiten het bereik van deze wet worden gebracht.
2. De toevoeging in artikel 8, tweede lid, strekt er, in het belang van de rechtszekerheid en de betrouwbaarheid van de openbare registers, toe dat een in kracht van gewijsde gegane uitspraak binnen redelijke tijd wordt ingeschreven; vergelijk voor de termijn van zes maanden artikel 735, eerste lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Blijft de inschrijving achterwege dan kan via de artikelen 28 en 29 van Boek 3 BW de doorhaling worden verkregen van de instelling van de rechtsvordering.

**Artikel XXX (Wet Ontslagvergunning)**

Niet langer is volgens artikel 7 het ontslag zonder toestemming 'nietig'. Sprake is een vernietigbaarheid waarop de werknemer beroep moet doen. Toegevoegd is een vervaltermijn van zes maanden met het oog op de rechtszekerheid. Vergelijk ook artikel 683 van Boek 7 BW.

**Artikel XXXII (Wet op het Testamentenregister)**

Artikel 1 wordt aangepast aan het nieuwe Boek 4 BW en aan titel 7.3 BW. Voorts vindt ten aanzien van schenkingen bij dode, bedoeld in artikel 177 van Boek 7 BW, een aanvulling plaats. De registrering van deze in onderdeel e bedoelde notariële akten wordt gerechtvaardigd door de verwantschap van de hier bedoelde rechtshandelingen met legaten. Hetzelfde heeft te gelden voor de in artikel 126 van Boek 4 BW geregelde verblijfsbedingen met werking bij dode en de omzettingen bij dode van natuurlijke verbintenissen in rechtens afdwingbare. Op praktische gronden is de verplichting tot registratie hierbij beperkt tot de gevallen dat het verblijfsbeding of de omzetting is opgenomen in een notariële akte.

**Artikel XXXIII (Wet op stichtingen)**

Deze wet kan vervallen in verband met Boek 2 nieuw BW.

**Artikel XXXIV. Wet teboekgestelde Luchtvaartuigen**

Deze intrekking hangt samen met de invoering van Boek 8 BW, in het bijzonder titel 15 van dat boek.

**TITEL VI ALGEMENE AANPASSINGSBEPALINGEN**

1. In artikel I wordt een aantal vanzelfsprekende omzettingsbepalingen gegeven ten aanzien van de terminologie. Onder 'wetgeving' is tevens lagere wetgeving begrepen.
2. Artikel II geeft een aanpassing van de benaming der nieuwe wetboeken aan de onafhankelijkheid van Suriname. Het Wetboek van Koophandel wordt niet vernieuwd; in tegendeel het zal te zijner tijd volledig geïntegreerd zijn in het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

Paramaribo, de

DESIRÉ D. BOUTERSE