

# De systematiek van het overgangsrecht Nieuw BW

C. L. de Vries Lentsch-Kostense\*

## 1. INLEIDING; ZELFS DE MOEILIKHEIDSGRAAD OMSTREDEN

Over het overgangsrecht bestaat nogal wat verwarring en onduidelijkheid. Bij het concipiëren van het overgangsrecht voor het nieuwe vermogensrecht kon de wetgever niet beschikken over een aantal algemene bepalingen van overgangsrecht<sup>1</sup>. Een ontwerp van L. J. Hijmans van den Bergh voor een tweetal algemene artikelen van overgangsrecht<sup>2</sup> bleek op zeer ernstige bezwaren van de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer te stuiten en is door de toenmalige minister van Justitie ingetrokken.

Ook in de literatuur zijn geen min of meer algemeen aanvaarde beginselen ontwikkeld. Integendeel, over de betekenis van twee essentiële begrippen uit het overgangsrecht, de terugwerkende kracht en de eerbiediging van verkregen rechten, bestaat al geen

\* Mevr. mr C. L. de Vries Lentsch-Kostense is rechter in de Rechtbank te 's-Gravenhage en bijzonder griffier van de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

1. Men kan alleen de artt. 2 en 4 Wet A.B. als algemene bepalingen van overgangsrecht beschouwen. Art. 2 bepaalt dat de wetten *terstond* werken, d.w.z. de 20e dag na die der dagtekening van het Staatsblad waarin de wet geplaatst is, behoudens indien bij die wet een ander tijdstip is vastgesteld. Art. 4 verbiedt de rechter aan nieuwe wetten terugwerkende kracht te verlenen indien de wetgever zulks niet heeft gedaan. (Deze bepaling luidt: De wet verbindt alleen voor het toekomstige en heeft geen terugwerkende kracht.)
2. Deze twee artikelen moesten als art. 4 en art. 4a in de plaats komen van art. 4 Wet A.B. Art. 4 nieuw bevatte definities van de begrippen „eerbiedigende werking”, „exclusieve werking” en „terugwerkende kracht”. Art. 4a maakte een onderscheid tussen „materieel bepaalde” rechtsposities enerzijds en „onbepaalde” en „formeel bepaalde” rechtsposities anderzijds; art. 4a hield in dat de nieuwe wet voor de eerste categorie rechtsposities in beginsel eerbiedigende werking toekwam en voor de tweede categorie in beginsel exclusieve werking.

eenstemmigheid. Zelfs de moeilijkheidsgraad van het overgangsrecht is niet onomstreden! Zo verzuchtte Brunner bij de beraadslagingen over zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging: „Naarmate ik me meer in het onderwerp verdiepte nam de duisternis toe. . . Ik waarschuw dus ieder die zich intensief met het overgangsrecht wil bezighouden, dat dit gemakkelijk leidt tot overspanning en lichte vormen van waanzin”<sup>3</sup>. Zijn mede-preadviseur H. Stein<sup>4</sup> tekent daarentegen in par. 299 (!) van zijn ontzagwekkende opus aan: „Het overgangsrecht heeft de naam moeilijk te zijn, maar in wezen is het buitengewoon simpel.”<sup>5</sup>

Die opvatting van Stein heeft – als ik het goed zie – nog niet veel bijval gevonden. Verburgh noteerde in zijn verslag van de vergadering van de NJV over de preadviezen van Brunner en Stein zelfs dat de discussie ten dele niet veel meer was dan een debiteren van technicalities en incrowd-talk, onbegrijpelijk voor de overgrote meerderheid der aanwezigen<sup>6</sup>. Toch ben ik ervan overtuigd geraakt dat het standpunt van Stein bijval verdient. De wetgever heeft in de toelichting bij zijn wetsvoorstel een uitvoerige uiteenzetting gegeven omtrent de algemene beginselen en uitgangspunten die aan het nieuwe overgangsrecht ten grondslag zijn gelegd. Met name daardoor kan men zich een helder inzicht in de systematiek van het overgangsrecht verwerven. Daarnaast heeft de wetgever in de toelichtende stukken per nieuw BW artikel aangegeven of het oude recht wordt gehandhaafd dan wel gewijzigd en wat de consequenties op het gebied van het overgangsrecht zijn. Deze opzet heeft veel waardering en lof geoogst. In de wandelgangen wordt de invoeringsdatum zelfs al „De Die-day” genoemd naar de departementale vader van het wetsvoorstel<sup>7</sup>. Met de toepassing van

3. C. J. H. Brunner, *Handelingen NJV 1985 II*, blz. 31.
4. Niet te verwarren met P. A. Stein, die deel uitmaakte van de groep-Van Dunné, die aan de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer in een lijvig rapport moest mededelen niet aan een bestudering van deze uiterst weerbarstige materie van het overgangsrecht toegekomen te zijn.
5. H. Stein, preadvies „Rechtsvinding Overgangsrecht privaatrecht”, *Handelingen NJV 1985 I*, blz. 260 (par. 299).
6. I. Verburgh, „Burgerlijk recht in de overgang”, *NJB 1985*, blz. 864.
7. Een begrip gelanceerd door de adviescommissie voor het overgangsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten. Zie H. G. T. J. Jansen, *Kwartaalbericht Nieuw BW 1985/2*, blz. 58 onder par. 3.

het overgangsrecht in de praktijk zal het dan ook dank zij dit indrukwekkende stuk wetgeving „waarachtig nog wel gaan” indien men zich enigermate verdiept in de systematiek van het overgangsrecht.

Omdat ik wel een poging wilde wagen in kort bestek enig inzicht in die systematiek te verschaffen en ook omdat ik zeer goede herinneringen aan mijn Leidse Rapenburg-tijd bewaar, heb ik gehoor gegeven aan het verzoek van de redactie van de Leidse BW-krant om dit jaar een bijdrage aan het Jaarboek te leveren.

## 2. OVERGANGSRECHT: „GELDINGSREGELS”

Overgangsrecht regelt het geldingsgebied van nieuwe rechtsregels: overgangsrecht betreft de vraag welk recht, het oude of het nieuwe, bij wijziging van rechtsregels van toepassing wordt.

De rechtsregels van overgangsrecht zijn met andere woorden species van het genus geldingsregels, d.w.z. regels die bepalen welke van twee of meer regelingen op een geval van toepassing is. Het overgangsrecht is daarmee als bijzonder rechtsgebied (van een „hogere orde”) te onderscheiden van het materiële recht zelf, evenals bijvoorbeeld het internationaal privaatrecht, dat ook een species is van het genus geldingsregels<sup>8</sup>.

Het overgangsrecht voor het nieuwe BW regelt de vraag of het oude dan wel het nieuwe BW van toepassing is als het nieuwe BW op 1 januari 1992 in werking treedt. Deze vraag speelt natuurlijk niet voor de zgn. „posterieure feiten”. De koopovereenkomst die na 1 januari 1992 wordt gesloten, valt vanzelfsprekend geheel onder het regime van het nieuwe BW; hetzelfde geldt voor de erfpacht die na 1 januari 1992 wordt gevestigd, de onrechtmatige daad die na 1 januari 1992 wordt gepleegd. In deze gevallen is er eenvoudigweg geen sprake van een overgangssituatie. De oude wet is reeds buiten werking gesteld en de nieuwe wet regeert op het moment dat de rechtsfeiten zich voordoen: dan kan ook alleen de nieuwe wet van toepassing zijn.

De vraag oud of nieuw BW, speelt wel bij rechtstoestanden die op het moment van inwerkingtreding van het nieuwe BW bestaan

8. Zie B.C. de Die, „Overgangsrecht – een herwaardering na vijftig jaar”, R.M. Themis, 1979, blz. 256 e.v. (par. 4 en 5).

en bij zgn. anterieure feiten. Zo rijzen bijvoorbeeld de volgende vragen.

- Blijven de konijnen in de konijnen-warande die naar oud BW onroerend, doch naar nieuw BW roerend zijn, ook na 1 januari 1992 onroerend, of worden deze konijnen in de warande gewoon roerend?
- Wordt het nieuwe BW en met name ook de nieuwe imprévision-regeling van art. 5: 97 (art.5.7.1.8a) van toepassing op voor 1 januari 1992 reeds gevestigde erfpachten?
- Wordt het nieuwe BW inclusief de nieuwe wanprestatie-regeling van toepassing op voor 1 januari 1992 gesloten doch nog niet afgewikkelde koopovereenkomsten?
- Wordt op ouders het nieuwe risico-aansprakelijkheidsregime van art. 6:169 (art.6.3.2.1) van toepassing indien voor 1 januari 1992 schade is veroorzaakt door de onrechtmatige daad van hun 10-jarige kind en die schade nog niet is afgewikkeld?

Men kan het – in aanmerking nemend dat het bij elke rechtsregel zo is dat rechtsgevolg wordt toegekend indien voldaan is aan de door die rechtsregel gestelde vereisten – ook zo zeggen: in het overgangsrecht gaat het om de vraag of de nieuwe wet van toepassing wordt indien de vereisten die zij voor het intreden van haar rechts-gevolg stelt op 1 januari 1992 reeds zijn vervuld<sup>9</sup>.

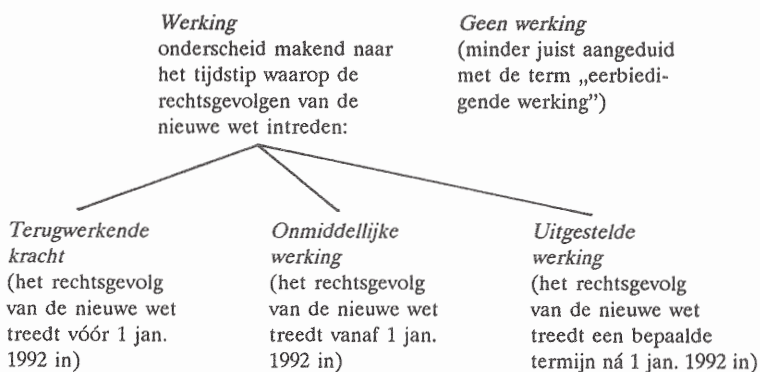
### 3. NIEUW OF OUD BW? KEUZE TUSSEN: GEEN WERKING (EERBIEDIGENDE WERKING) EN ONMIDDELLIJKE WERKING, TERUGWERKENDE KRACHT OF UITGESTELDE WERKING

Het overgangsrecht moet niet alleen bepalen of op 1 januari 1992

9. Voor een volledig inzicht in bepaalde vraagstukken van het overgangsrecht is het dienstig zich de rechtsregels voor te stellen als regels die rechtsgevolgen verbinden aan het vervuld zijn van bepaalde vereisten. (Het rechtsgevolg eigendomsoverdracht treedt in indien voldaan is aan de vereisten: levering, beschikkingsbevoegdheid en geldige titel. Het rechtsgevolg aansprakelijkheid voor schade treedt in indien voldaan is aan de vereisten: onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, schade en causaal verband.) Ook de Overgangswet gaat bij de omschrijving van de onmiddellijke werking in art. 68a uit van rechtsgevolgen en vereisten. Zie hierover het nader rapport aan de Koningin (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, elfde gedeelte, Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 18 998, C) blz. 12, linkerkolom. Zie ook de memorie van antwoord (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, elfde gedeelte, Tweede Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 18 998, nr. 5), blz. 2, vierde alinea.

het nieuwe BW op bestaande rechtstoestanden en anterieure feiten van toepassing wordt. Indien gekozen wordt voor toepasselijkheid van het nieuwe BW, dan moet bovendien bepaald worden met ingang van welk tijdstip dat nieuwe BW van toepassing wordt. Daarbij heeft de wetgever de keuze tussen drie mogelijkheden: werking met ingang van 1 januari 1992 (de zgn. onmiddellijke werking), werking met ingang van een tijdstip vóór 1 januari 1992 (terugwerkende kracht) en werking met ingang van een tijdstip na 1 januari 1992 (uitgestelde werking).

In schema gezet, zijn er met andere woorden de volgende keuze-mogelijkheden:



Ter illustratie dienen weer de konijnen in de konijnen-warande<sup>10</sup>. Laat men het nieuwe BW buiten toepassing (geen werking) dan blijven de konijnen ook na 1 januari 1992 onroerend tot ze de warande verlaten. Past men het nieuwe BW wel toe, dan moet men kiezen uit de volgende opties:

- onmiddellijke werking: de konijnen worden vanaf 1 januari 1992 roerend; daarvóór waren en blijven zij onroerend;
- terugwerkende kracht: de konijnen worden niet alleen met ingang van 1 januari 1992 roerend, maar de onroerende status wordt de konijnen met terugwerkende kracht ontnomen: op 1

10. Dit voorbeeld is naar mijn mening juist door zijn eenvoud instructief; het is ontleend aan een syllabus van B. C. de Die.

- januari 1992 geldt dat zij altijd al (of met ingang van een bepaald tijdstip vóór 1 januari 1992) roerend waren;
- uitgestelde werking: de konijnen blijven op 1 januari 1992 onder het oude regime en derhalve onroerend; met ingang van een bepaalde termijn nadien (bijv. 1 jaar) worden ze dan alsnog roerend.

De wetgever heeft de term „onmiddellijke werking” verkozen boven het voorheen meer gangbare begrip „exclusieve werking”.

Dit omdat de term exclusieve werking het verschil met terugwerkende kracht niet duidelijk aangeeft. De term exclusieve werking duidt immers slechts aan dat er één regime, de nieuwe wet, exclusief van toepassing wordt, maar geeft niet aan *vanaf* welk tijdstip die nieuwe wet gaat gelden. Bij terugwerkende kracht wordt de nieuwe wet evenzeer exclusief van toepassing, zelfs „exclusiever” dan bij de zgn. exclusieve werking. De term onmiddellijke werking bevat juist wel een tijds-element; dit begrip geeft aan dat de nieuwe wet onmiddellijk, dat wil zeggen *vanaf* het tijdstip van haar inwerking-treden, gelding heeft. Het begrip onmiddellijke werking is overigens ook door de Hoge Raad reeds in 1978 aanvaard<sup>11</sup>.

#### 4. FORMEEL UITGANGSPUNT: ONMIDDELLIJKE WERKING EERBIEDIGING VAN VERKREGEN RECHTEN

Bij het nieuwe overgangsrecht is uitgegaan van de gedachte dat de onmiddellijke werking de normale werking van een nieuwe wet is. Van haar in werking treden af is de nieuwe wet in werking (art. 2 Wet A.B.) en is de oude wet ingetrokken. Er is geen reden om bestaande rechtsverhoudingen aan de werkingssfeer van de nieuwe wet te onttrekken en de oude wet voor die rechtsverhoudingen in werking te laten. Als principe geldt derhalve dat het nieuwe BW onmiddellijke werking heeft, d.w.z. dat het nieuwe BW vanaf 1 januari 1992 zijn rechtsgevolgen doet intreden indien aan de door hem daarvoor gestelde vereisten is voldaan. Dit uitgangspunt is neergelegd in art. 68a Overgangswet, dat eerst op aandrang van de

11. Zie over de term „onmiddellijke werking” het in noot 9 aangehaalde nader rapport aan de Koningin, blz. 12 (linker kolom slot en midden kolom), waar ook verwezen wordt naar literatuur en het arrest van de Hoge Raad uit 1978.

vaste commissie voor justitie van de Tweede Kamer is opgenomen. De minister heeft steeds betoogd dat de onmiddellijke werking zozeer de normale werking is dat een wettelijke bepaling overbodig is, ja zelfs aanleiding kan geven tot ongewenste a-contrario redeneringen indien elders een expliciete bepaling achterwege blijft<sup>12</sup>.

De onmiddellijke werking is voor het nieuwe BW als uitgangspunt aanvaard, maar dan wel slechts als „formeel uitgangspunt”. Dat wil zeggen dat steeds weer voor elke nieuw BW-bepaling afzonderlijk is afgewogen of handhaving van het oude recht (eerbiedigende of uitgestelde werking) voor de rechtspraktijk niet de voorkeur verdient. Bij die afweging gaat het enerzijds om het belang van integrale invoering van het nieuwe BW zodat niet „eilanden van oud recht temidden van een zee van nieuw recht” komen te liggen en op den duur steeds meer geïsoleerd raken. Anderzijds speelt een rol het belang van partijen bij een zoveel mogelijk ongestoorde voortzetting van hun rechtsverhouding die begon onder het oude recht, op handhaving waarvan partijen rekenden<sup>13</sup>.

Het belang van partijen bij handhaving van het oude recht speelt wel in het bijzonder in die gevallen waarin de invoering van de nieuwe wet een verkregen recht verloren doet gaan of een rechtsbetrekking tussen partijen scheidt, beëindigt of doet overgaan.

Voor het overgangsrecht is nu naast het uitgangspunt van de onmiddellijke werking tevens als uitgangspunt aanvaard dat de nieuwe wet geen onmiddellijke werking behoort te hebben in de hiervoor bedoelde gevallen, d.w.z. indien het enkele van toepassing worden van het nieuwe BW tot gevolg zou hebben dat een vermogensrecht (eigendom, beperkt recht, vorderingsrecht) wordt verloren of verkregen, dan wel voor iemand een schadelijktigheid ontstaat die er tevoren niet was. Het gaat hier om het van oudsher reeds aanvaarde beginsel van „de eerbiediging van verkregen rech-

12. Zie de vaste commissie voor justitie van de Tweede Kamer in haar voorlopig verslag (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, elfde gedeelte, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 18998, nr. 4), blz. 1 en 2 onder nr. 2, en de minister in zijn memorie van antwoord, t.a.p., blz. 1 onder nr. 2.

13. Vgl. de memorie van toelichting (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, elfde gedeelte, Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 18 998, nr. 3), blz. 10, eerste alinea, en blz. 20 e.v. onder nr. 10.

ten” (beter gezegd: „eerbiediging van het bestaan en niet bestaan van absolute en relatieve vermogensrechten”). Dit beginsel houdt verband met het algemene beginsel der rechtszekerheid: wie onder de oude wet een recht van eigendom of een ander vermogensrecht heeft verworven, moet er op kunnen rekenen dat dit recht hem niet door enkele wetswijziging wordt ontnomen; wie onder het oude recht niet voor bepaalde schadeveroorzakende handeling aansprakelijk was, moet er van uit kunnen gaan dat hij niet door enkele wetswijziging alsnog aansprakelijk wordt<sup>14</sup>.

Bij de eerbiediging van verkregen rechten gaat het echter alleen om eerbiediging van het bestaan en niet bestaan van verkregen rechten. Verder gaat de eerbiediging niet. Zo wordt het bestaan van een erfpachtsrecht geëerbiedigd, doch wordt de inhoud van het recht van erfpacht vanaf de inwerkingtreding door het nieuwe BW bepaald, zodat de positie van de erfpachter en de eigenaar wel degelijk door de invoering van het nieuwe BW beïnvloed wordt<sup>15</sup>.

In art. 69 van de Overgangswet is het beginsel van de eerbiediging van verkregen rechten neergelegd.

Ter illustratie van het beginsel van de eerbiediging van verkregen rechten volgt hier een voorbeeld op het terrein van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Onmiddellijke werking van art. 6:169 (art. 6.3.2.1) zou het volgende betekenen voor de ouders van de altijd oppassende 10-jarige jongen die op 31 december 1991 de voorruit van de buurman uit baldadigheid doet sneuvelen: op de ouders komt op 1 januari 1992 een risicoaansprakelijkheid te rusten terwijl zij voordien niet aansprakelijk waren omdat zij zich konden disculperen op grond van art.1403, lid 5 oud BW. Onmiddellijke werking zou derhalve in dit geval betekenen dat door de enkele invoering een schuldplichtigheid bestaat die er tevoren niet was; het beginsel van de eerbiediging der verkregen rechten staat daaraan in de weg. Art. 6:169 blijft voor dit geval dus buiten toepassing.

Anderzijds is het in het hier ten tonele gevoerde voorbeeld ook zo dat, voor wat betreft de baldadige jongen zelf, het beginsel van „de eerbiediging van verkregen rechten” in de weg staat aan de

14. Zie ook de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 25 e.v. onder nr. 13.

15. Vgl. met name de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 26, laatste alinea.

onmiddellijke werking van art. 6:164 (art. 6.3.1.2a) dat bepaalt dat een kind jonger dan 14 jaar niet aansprakelijk is voor zijn onrechtmatige daden. Onmiddellijke werking zou hier immers betekenen dat de buurman de vordering tot schadevergoeding die hij op 31 december 1991 op grond van art. 1401 BW jegens de 10-jarige jongen verkrijgt, zou verliezen; daaraan staat het beginsel van de eerbiediging van verkregen rechten in de weg.

Nadat tot nu toe met name aan de orde kwam wanneer van het uitgangspunt van onmiddellijke werking afgeweken zou moeten worden, volgt thans een opsomming van categorieën rechtsgevolgen die in het systeem van het nieuwe overgangsrecht onmiddellijk gaan werken<sup>16</sup> (behoudens voor zover de eerbiediging van verkregen rechten in het geding is of om een andere reden een afwijking van het uitgangspunt van de onmiddellijke werking gewenst is):

- Wettelijke bevoegdheden. Men denke bijv. aan het recht van opschorting, de bevoegdheid tot schuldverrekening en de vele bevoegdheden die een eigenaar en beperkt gerechtigde toekomen. Deze bevoegdheden komen en gaan met de wet die hen schept.
- Werking. Hierbij moet men denken aan die wetsbepalingen die regelen welke feiten tegen een wederpartij of een derde kunnen worden ingeroepen, zoals bijv. art. 3:36 en de artt. 3:24-26 (artt. 3.2.3a en 3.1.2.7-8a).
- Eigenschappen, zoals ondeelbaarheid en hoofdelijkheid van verbintenissen en het roerend en onroerend zijn van zaken (vgl. hetgeen hiervoor is opgemerkt inzake de konijnen-warande).
- Rangorde waarin vorderingen uit de opbrengst van een goed moeten worden voldaan.
- Omschrijvingen (definities).

16. Deze opsomming is ontleend aan de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 27 e.v. Hier zij nog opgemerkt dat de keuze voor onmiddellijke werking bij de opgesomde categorieën niet berust op enige dogmatische grondslag. In de toelichting wordt vermeld dat bij het onderzoek per artikel van de Boeken 3, 5 en 6 en het voorlopig onderzoek van de Boeken 4, 7 en 8 bleek dat onmiddellijke werking in verreweg de meeste gevallen de billijkste en eenvoudigste oplossing biedt. Dit omdat het nieuwe recht juist bij bedoelde categorieën aansluit bij het oude. Waar oud en nieuw recht wel ingrijpend verschillen is voor eerbiediging of uitgestelde werking gekozen. Aldus de memorie van toelichting.

## 5. GEEN TERUGWERKENDE KRACHT. VOLDONGEN FEITEN

Er is alleen sprake van terugwerkende kracht indien een regel van overgangsrecht bepaalt dat de nieuwe wet werking *ex tunc* toekomt, d.w.z. dat het rechtsgevolg van de nieuwe wet intreedt vóór de inwerkingtreding. Er is dus geen sprake van terugwerkende kracht indien de nieuwe wet *ex nunc* vanaf de inwerkingtreding ingrijpt in bestaande rechtsverhoudingen. Dit laatste wordt nogal eens uit het oog verloren; zo is met name aan de Harmonisatiewet ten onrechte terugwerkende kracht toegedicht<sup>17</sup>. Ook het beginsel van de eerbiediging van verkregen rechten wordt nogal eens als uitzondering op terugwerkende kracht gepresenteerd. Hiervoor kwam reeds ter sprake dat dit beginsel veeleer als uitzondering op de onmiddellijke werking gezien moet worden.

Van terugwerkende kracht van de nieuwe wet zelf is ook geen sprake indien de werking van de nieuwe wet *ex nunc* een effect heeft voor de periode vóór de inwerkingtreding. Er is bijvoorbeeld geen sprake van terugwerkende kracht indien een door de nieuwe wet *ex nunc* toegekende bevoegdheid tot vernietiging van een voor 1992 tot stand gekomen rechtshandeling wordt uitgeoefend met het effect dat die vernietiging terugwerkt tot het tijdstip van totstandkoming van de rechtshandeling, d.w.z. tot een tijdstip vóór 1992. Deze „terugwerking” brengt met zich mee dat de situatie weer onder het oude recht is gebracht. Was aan de vernietigde rechtshandeling reeds voor 1992 uitvoering gegeven, dan bepaalt het oude recht waartoe dat leidt; op de ontstane verbintenissen tot ongedaanmaking wordt vanaf 1 januari 1992 het nieuwe recht van toepassing<sup>18</sup>.

Terugwerkende kracht moet in het algemeen als ongewenst worden beschouwd. Het nieuwe overgangsrecht kent dan ook slechts zelden die kracht. Een voorbeeld van terugwerkende kracht biedt de in art. 81 Overgangswet geregelde bekrachtiging van rechtshandelingen die onder het oude recht nietig zijn maar wel aan alle geldigheidsvereisten voldoen die het nieuwe recht stelt. Een dergelijke rechtshandeling wordt met terugwerkende kracht als

17. Zie B. C. de Die in zijn bespreking van de dissertatie van G. Knigge, *Delikt en Delinkwent* 19 (1989), blz. 884, eerste gedeelte.

18. Memorie van toelichting, t.a.p., blz. 22, eerste volle alinea.

een geldige aangemerkt mits alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voorheen als geldig hebben aangemerkt. Men denke hier bijvoorbeeld aan een schenking niet van hand tot hand, die niet notarieel is verleend. Naar oud recht is een dergelijke schenking nietig, naar nieuw BW geldig. Een nietige vóór de inwerkingtreding van het nieuwe schenkingsrecht verrichte schenking, wordt met de inwerkingtreding van het nieuwe recht met terugwerkende kracht een geldige schenking mits alle onmiddellijk belanghebbenden die schenking ook als geldig hebben aangemerkt<sup>19</sup>.

De regel dat de nieuwe wet geen terugwerkende kracht toekomt betekent dat de nieuwe wet in beginsel niet terugkomt op *voldongen feiten*, dat wil zeggen dat een wijziging in de vereisten voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg geen invloed meer heeft op het onder de oude wet tot stand gekomen rechtsgevolg. Een onder de oude wet geldig overgedragen vordering geldt na 1 januari 1992 nog steeds als geldig overgedragen ook al is niet voldaan aan de door de nieuwe wet voor een geldige overdracht gestelde vereisten. Ook de vraag of een voor 1 januari 1992 verrichte rechtshandeling geldig of ongeldig is, moet in beginsel alleen naar oud BW beantwoord worden; inwerkingtreding van het nieuw BW kan geen afbreuk doen aan het reeds ingetreden rechtsgevolg van nietigheid of geldigheid<sup>20</sup>.

Zoals hiervoor bleek maakt de leer van de bekrachtiging van art. 81 Overgangswet in zekere mate een inbreuk op het beginsel der voldongen feiten. Door de bekrachtiging wordt een ongeldige rechtshandeling tot een geldige; daarbij geldt echter de strikte voorwaarde dat alle onmiddellijk belanghebbenden de rechtshandeling steeds als geldig moeten hebben aangemerkt.

## 6. ONVOLLEDIGE COMPLEXEN VAN RECHTSFEITEN

Wat geldt uit een oogpunt van overgangsrecht voor de zgn. „onvolledige complexen van rechtsfeiten”, d.w.z. voor de gevallen waarin zich nog slechts een deel van de voor het intreden van een rechts-

19. Zie de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 39, onder art. 79.

20. Vgl. de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 23 (vanaf laatste alinea) en blz. 24.

gevolg vereiste feiten heeft verwezenlijkt? Men denke hier bijvoorbeeld aan het geval dat de onrechtmatige daad reeds voor 1 januari 1992 is verricht, maar dat de schade (vereiste voor het intreden van het rechtsgevolg aansprakelijkheid) eerst na 1 januari 1992 intreedt. Men kan ook denken aan het geval dat een goed reeds bij voorbaat is geleverd, maar dat aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid (vereiste voor het intreden van het rechtsgevolg overdracht) eerst na 1 januari 1992 wordt voldaan.

In het systeem van het overgangsrecht geldt dat deze onvolledige complexen van rechtsfeiten, waaraan het oude recht nog geen rechtsgevolgen kon verbinden, vanaf 1 januari 1992 geheel onder het regime van het nieuwe recht komen: de nieuwe wet bepaalt dan aan welke vereisten voldaan moet zijn voor het intreden van rechtsgevolgen. Dit kan betekenen dat andere feiten van belang worden dan onder het oude recht. Wel maakt de regel betreffende de voldongen feiten dat de nieuwe wet niet terugkomt op de geldigheid van onder het oude recht reeds vervulde vereisten; zo kan een levering bij voorbaat overeenkomstig art. 668 oud BW een bestanddeel zijn van een cessie die eerst na 1 januari 1992 wordt voltooid<sup>21</sup>.

De kwalificatie van voor 1 januari 1992 voorgevallen rechtsverschijnselen moet in het systeem van het overgangsrecht ook geschieden naar het oude recht. De vraag of de voor 1 januari 1992 verrichte daad waaruit eerst na die datum schade ontstaat onrechtmatig is, moet worden beantwoord naar oud BW. De aansprakelijkheidsvraag moet worden beantwoord naar nieuw BW nu op 1 januari 1992 nog niet was voldaan aan alle vereisten voor het intreden van het rechtsgevolg aansprakelijkheid<sup>22</sup>.

#### 7. UITGESTELDE WERKING. EERBIEDIGENDE WERKING (GEEN WERKING)

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat de onmiddellijke werking in het nieuwe overgangsrecht slechts een formeel uitgangspunt is en dat steeds voor elke nieuw BW bepaling afzonderlijk is afgewogen of handhaving van het oude recht niet de voorkeur verdient. Bij de daarbij plaatsvindende afweging tussen het belang van integrale

21. Zie de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 22 onder b.

22. Memorie van toelichting, t.a.p., blz. 25, derde alinea.

invoering van het nieuwe BW ter voorkoming van rudimenten van oud recht (onmiddellijke werking) en het belang van partijen bij een ongestoorde voortzetting van hun rechtsverhoudingen (uitgestelde werking of eerbiedigende werking) spelen de volgende factoren een rol<sup>23</sup>:

- De mate waarin het nieuwe recht breekt met het oude. Hoe groter de breuk met het oude recht, des te groter de kans dat het vertrouwen op het voortbestaan van de oude toestand wordt geschokt en des te eerder eerbiediging van het oude recht in aanmerking komt. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan het beginsel van eerbiediging van verkregen rechten.
- De duur van de rechtsverhouding waarop het nieuwe recht van toepassing wordt; het geniet veelal de voorkeur bij een kortlopende rechtsbetrekking partijen niet te confronteren met een wijziging van het op hun rechtsbetrekking toepasselijke regime met alle onrust en wellicht onvoorziene problemen van dien; dit verklaart de uitgestelde werking van titel 7.1 voor koopovereenkomsten die voor 1 januari 1992 zijn gesloten.
- De mate waarin het nieuwe recht als praktischer en rechtvaardiger dan het oude kan worden beschouwd. Het ligt voor de hand „beter recht” een ruim toepassingsgebied te geven; dit verklaart waarom titel 7.1 wèl van toepassing is op de gevolgen van tekortkomingen die na 1 januari 1992 plaatsvinden t.a.v. voordien gesloten koopovereenkomsten.
- De mate waarin financiële belangen bij de bestaande regeling betrokken zijn. Zijn bij de handhaving van de bestaande regeling ernstige financiële belangen betrokken, dan wordt het oude recht geëerbiedigd; om deze reden is bij pand, hypotheek en borgtocht veelal sprake van eerbiedigende werking.

Bij uitgestelde werking wordt de nieuwe wet op bestaande rechtsverhoudingen eerst een bepaalde termijn na de inwerkingtreding van toepassing; bij eerbiedigende werking wordt de nieuwe wet in het geheel niet van toepassing op bestaande rechtsverhoudingen.

23. Zie de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 21, derde t/m zesde alinea, en vooral ook B.C. de Die, „Overgangsrecht – een herwaardering na vijftig jaar”, t.a.p., blz. 270 e.v. (par. 14).

Bij uitgestelde of eerbiedigende werking wordt de nieuwe wet echter wel direct van toepassing op feiten en rechtstoestanden die na 1 januari 1992 opkomen. De nieuwe wettelijke bepalingen met betrekking tot de koop, waaraan uitgestelde werking is verleend, worden dan ook gewoon vanaf 1 januari 1992 van toepassing op na die datum gesloten koopovereenkomsten. Dat is overigens geen kwestie van overgangsrecht!

## 8. OVERBRUGGINGSREGELS

Het nieuwe BW kent een aantal overbruggingsregels, d.w.z. regels die een brug tussen oud en nieuw BW vormen. Het gaat hier om de hiervoor reeds ten tonele gevoerde „bekrachtiging”, om „omzetting” en om „de fictie”.<sup>24</sup>

Bij de fictie kwalificeert men onder de oude wet voorgevallen feiten die niet voldoen aan de door de nieuwe wet voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg gestelde vereisten, als feiten die wel aan die vereisten voldoen. Ter illustratie diene hier het volgende voorbeeld. Onder vigeur van het huidige recht zijn vele feiten kenbaar uit in- en overschrijvingen in de openbare registers zonder dat sprake is van inschrijvingen conform de door de nieuwe afdeling 3.1.2 gestelde vereisten. Afd. 3.1.2 verbindt bepaalde rechtsgevolgen aan inschrijvingen die conform de door die afdeling gestelde vereisten zijn geschied. Om nu een brug te slaan tussen het nieuwe recht en de huidige situatie kent art. 78 van de Overgangswet de fictie dat alle feiten die op 1 januari 1992 kenbaar zijn uit in- of overschrijvingen in de registers, gelden als feiten die zijn ingeschreven conform de vereisten van afd. 3.1.2 nieuw BW, tenzij die feiten naar nieuw BW niet meer voor inschrijving vatbaar zijn.

Bij de omzetting wordt een rechtsfiguur naar oud recht omgezet in de rechtsfiguur naar nieuw BW die de oude rechtsfiguur vervangt. Zo wordt de voor 1 januari 1992 verkregen fiduciaire eigendom – die niet door het verbod van art. 3:84, lid 3 (art. 3.4.3.3, lid 3) wordt getroffen – door art. 86 van de Overgangswet omgezet in een bezitloos pandrecht. Dit om te voorkomen dat nog jaren na de

24. Zie de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 16, eerste alinea.

in werking treding fiduciaire eigendommen blijven voortbestaan, waarop oud BW van toepassing is.

De bekrachtiging kwam hiervoor in par. 5 reeds ter sprake in verband met de terugwerkende kracht die aan deze rechtsfiguur eigen is.

#### 9. OPZET NIEUWE OVERGANGSRECHT: ALGEMENE EN BIJZONDERE BEPALINGEN

Het overgangsrecht voor de Boeken 3, 5 en 6 en de in te voeren titels van Boek 7 is opgenomen in het elfde gedeelte van de invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW (wetsvoorstel 18 998)<sup>25</sup>. Het gaat hier om een *aanvulling* op de reeds in werking getreden *Overgangswet* nieuw BW, die in titel 1 bepalingen van overgangsrecht geeft i.v.m. Boek 1 en in titel 2 i.v.m. Boek 2 BW. Het elfde gedeelte van de invoeringswet zet die indeling in titels voort; aan de titels die de overgangsbepalingen met betrekking tot de nieuw in te voeren Boeken inhouden, gaat een titel (titel 3) met algemene bepalingen betreffende de Boeken 3-8 vooraf.

Het belang van het opnemen van algemene regels van overgangsrecht is daarin gelegen dat zij een duidelijk inzicht in de systematiek van het overgangsrecht kunnen verschaffen, dat zij veel bijzondere regels overbodig maken en dat zij een oplossing kunnen bieden indien de wetgever bij de bijzondere gevallen problemen over het hoofd heeft gezien<sup>26</sup>. Overigens zijn niet alleen in titel 3 algemene bepalingen van overgangsrecht opgenomen. Ook in de overige titels zijn regels van meer algemene strekking te vinden.

Na titel 3 volgen, zoals gezegd, de overgangsbepalingen m.b.t. de Boeken 3 e.v. Titel 4 bevat de overgangsbepalingen in verband met Boek 3. Titel 5 is voor de overgangsbepalingen i.v.m. het nieuwe erfrecht gereserveerd. De titels 6, 7 en 8 bevatten de overgangsbepalingen in verband met respectievelijk de Boeken 5, 6 en de reeds ingevoerde titels van Boek 7. In de toelichting is steeds,

25. Zie voor een instructief overzicht van de nieuwe Overgangswetgeving M. Reinsma, Nieuw Overgangsrecht, Kwartaalbericht Nieuw BW 1985/2, blz. 41 e.v.

26. Memorie van toelichting, t.a.p., blz. 16, nr. 4, waar ook de nadelen worden opgesomd die aan het opnemen van algemene bepalingen kleven.

zoals reeds eerder opgemerkt, voor alle artikelen van het nieuwe vermogensrecht aangegeven waar vragen van overgangsrecht zijn onderkend en hoe die moeten worden opgelost ook indien daarvoor geen speciale bepaling is geschreven.

Het twaalfde gedeelte van de invoeringswet (wetsvoorstel 19 528) bevat het overgangsrecht voor „de aanpassingswetgeving”; het gaat hier om de aanpassing van de reeds ingevoerde Boeken 1 en 2, de aanpassing van de nog gehandhaafde delen van het oude BW (zoals erfrecht en een aantal bijzondere overeenkomsten) en de aanpassing van de overige wetten (zoals met name het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet) aan invoering van het nieuw BW.

#### 10. ENIGE ALGEMENE BEPALINGEN VAN OVERGANGSRECHT

In titel 3 van de Overgangswet zijn, zoals gezegd, algemene overgangsbepalingen in verband met de Boeken 3-8 nieuw BW opgenomen. Naast art. 68a en art. 69 betreffende respectievelijk de onmiddellijke werking en de eerbiediging van verkregen rechten bevat titel 3 onder meer bepalingen omtrent de aanvang en de duur van verjarings- en vervaltermijnen (de artt. 72, 73 en 73a), een bepaling omtrent het toepasselijke recht in lopende procedures (art. 74) en een zgn. vangnetbepaling (art. 75). De twee eerstgenoemde bepalingen zijn hiervoor reeds aan de orde geweest. De andere bepalingen passeren thans de revue.

De artt. 72, 73 en 73a gaan ervan uit dat bij op 1 januari 1992 lopende verjarings- en vervaltermijnen de nieuwe wet onmiddellijk de oude verdringt zodat de nieuwe wet het tijdstip van aanvang en de duur van de termijn bepaalt en het er niet meer toe doet of onder het oude recht reeds een termijn was aangevangen. Art. 72 is toepasselijk indien de nieuwe wet de duur van de termijn op korter dan een jaar stelt, art. 73 indien de nieuwe wet de duur van de termijn op een jaar of langer stelt. Kort gezegd komt het in hoofdlijnen daarop neer dat voor de korte termijn het nieuwe recht onmiddellijk gaat werken met opschorting van de aanvangsdatum

naar 1 januari 1992 en dat voor de lange(re) termijn het oude recht nog een jaar van kracht blijft<sup>27</sup>.

Uitgangspunt bij art. 74 is dat ook in de op 1 januari 1992 lopende procedures de regels van overgangsrecht gelden, zodat het nieuw BW terstond, doch alleen voor het vervolg, gaat werken voor zover niet van die onmiddellijke werking is afgeweken door een bijzondere bepaling van overgangsrecht. Art. 74 eerbiedigt echter het oude recht voor de bevoegdheid van de rechter, de aard van het geding en de rechtsmiddelen tegen de uitspraak. Het oude recht blijft ook gelden indien een geding in hoogste feitelijke instantie in staat van wijzen is; hetzelfde geldt voor de behandeling van een cassatieberoep tegen een voor 1 januari 1992 tot stand gekomen uitspraak alsmede voor de behandeling van die zaak na verwijzing door de Hoge Raad, tenzij de zaak opnieuw moet worden behandeld.

De regel dat het nieuwe recht onmiddellijke werking toekomt, betekent overigens voor het overgrote deel der lopende procedures dat het materiële recht niet verandert nu deze procedures betrekking plegen te hebben op feiten uit het verleden die door het nieuwe recht meestal onaangetast blijven, en voorts art. 182 bepaalt – hierna kom ik daarop terug – dat alle gevolgen van een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis worden beheerst door oud BW indien dat tekortschieten voor 1 januari 1992 plaats vond<sup>28</sup>.

Art. 75 bepaalt dat de wetsartikelen van het nieuwe BW ook buiten de in de overgangswet geregelde gevallen buiten toepassing blijven in zaken van overgangsrecht indien de gelijkenis met zulke gevallen daartoe noopt of indien die toepasselijkheid onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Deze bepaling voorziet derhalve in een mogelijkheid tot afwijking van de regel van de onmiddellijke werking op grond van „de gelijkenis” met andere gevallen

27. Memorie van antwoord, t.a.p., blz. 9, vanaf tweede alinea.

28. Zie over art. 74 de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 34 e.v. en de memorie van antwoord, t.a.p., blz. 11 e.v. onder art. 74. Zie ook F. B. Bakels, Kwartaalbericht Nieuw BW 1985/2, blz. 56 e.v., par. 8 t/m 11.

waarin is afgeweken van de toepasselijkheid van nieuw BW en op grond van onaanvaardbaarheid van die toepasselijkheid<sup>29</sup>.

Ook de overige titels van de Overgangswet bevatten bepalingen van algemene strekking. Zo kwam bijvoorbeeld art. 81 (betrachting) reeds aan de orde. Hier wil ik nog wijzen op de belangrijke artikelen 182, 191 en 196.

Art. 182 bepaalt, zoals gezegd, dat *alle* gevolgen van een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis worden beheerst door oud BW indien dat tekortschieten vóór 1 januari 1992 plaats vindt. Deze bepaling maakt voor een belangrijk gebied een inbreuk op het uitgangspunt der onmiddellijke werking. Zo blijft bijvoorbeeld ook oud recht van toepassing op de vordering tot vergoeding van de schade die na 1 januari 1992 ontstaat ten gevolge van een eerdere tekortkoming.

Deze inbreuk wordt gerechtvaardigd door het feit dat het nieuwe recht de schuldeiser die aan de wanprestatie gevolgen wil verbinden, ten dele andere gedragsregels voorschrijft dan het oude recht; het is uit praktisch oogpunt ongewenst partijen te dwingen halverwege op een ander stelsel over te stappen. De complicaties die kunnen rijzen door het verschil tussen het oude en het nieuwe recht op het terrein van de wanprestatie-regeling rechtvaardigen met andere woorden de inbreuk op het algemene uitgangspunt van de onmiddellijke werking<sup>30</sup>.

Op het gebied van de onrechtmatige daad geldt iets dergelijks niet; daarom is *niet* bepaald dat alle gevolgen van onrechtmatig handelen beoordeeld worden naar oud recht indien de onrechtmatige daad voor 1 januari 1992 werd gepleegd<sup>31</sup>.

Art. 191 geeft aan de nieuwe bepalingen van afd. 6.5.3 betreffende algemene voorwaarden, een uitgestelde werking van 1 jaar m.b.t. voorwaarden die op 1 januari 1992 door een partij reeds in haar overeenkomsten worden gebruikt.

29. Bij de parlementaire behandeling is nog eens benadrukt dat het gebruik van de term „onaanvaardbaar” een lichtvaardige toepassing van de derogerende werking verhindert. Zie de minister, n.a.v. een vraag van de vaste commissie van justitie, in de memorie van antwoord, t.a.p., blz. 14 onder art. 75.

30. Aldus uitvoerig de memorie van antwoord, t.a.p., blz. 32 e.v. onder art. 182.

31. Zie de memorie van antwoord, t.a.p., blz. 33 e.v.

Art. 196 verleent de nieuwe bepalingen van titel 7.1 omtrent de koop uitgestelde werking voor koopovereenkomsten die voor 1 januari 1992 zijn gesloten; de nieuwe bepalingen van consumentenkoop wordt zelfs eerbiedigende werking toegekend voor de vóór 1 januari 1992 gesloten consumentenkoop. Titel 7.1 is echter wel van toepassing op de gevolgen van niet nakoming ingeval een der partijen na 1 januari 1992 in de nakoming van een van haar verbintenissen tekort schoot (tenzij dat tekortschieten een voortzetting van een eerder tekortschieten is).

#### 11. TOT BESLUIT

Voor degenen die als Brunner na lezing van het voorgaande „aan overspanning en lichte vormen van waanzin” ten prooi zijn gevallen tot slot een bemoedigend woord: Overgangsrecht is, zoals ook de wetgever zelf opmerkt, slechts „wegwerprecht”.<sup>32</sup>

32. Memorie van toelichting, t.a.p., blz. 28, derde volle alinea.