

Vergaderjaar 1989-1990 Nr. 37*

17 896

Invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, bevattende aanpassing van de Boeken 3-5 van het geldende Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Koophandel, het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering, de Wet Algemene bepalingen, de Auteurswet 1912, de Wet op het Notarisambt en enige andere wetten (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw B.W. (zevende gedeelte))

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE BIJZONDERE COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET BURGERLIJK WETBOEK¹

Vastgesteld 24 oktober 1989

De Bijzondere Commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek brengt als volgt verslag uit van haar bevindingen over dit wetsvoorstel

Algemeen

1. Naar aanleiding van dit wetsvoorstel is bij de commissie dezelfde vraag gerezen als naar aanleiding van wetsvoorstel 16 979 (koop en ruil): er zijn vele nieuwe contractsvormen gegroeid ten aanzien waarvan de vraag rijst of ze afzonderlijke regeling behoeven. Daarbij moet tevens aandacht worden besteed aan het zelfregulerend vermogen van het bedrijfs- of beroepsleven, al of niet in samenwerking met consumentenorganisaties, Zie VV wetsvoorstel 16 979, p.1/2 en de MvA, p.1/3.

In het onderhavige verband denkt de commissie in het bijzonder aan de vele verschillende soorten dienstverleningscontracten, die in beginsel alle worden bestreken door de bepalingen inzake de opdracht. Het is de vraag of deze bepalingen niet zo algemeen zijn dat ze weinigzeggend worden: voor de bedrijfsadviseur gelden andere normen dan voor de computeranalist, voor een advocaat geldt niet hetzelfde als voor een bank e.d.m.. Vele dienstverleningscontracten zijn onderworpen aan algemene voorwaarden. Waar dit niet het geval is, gelden vaak ere-regelen of gedragscodes, die tuchtrechtelijk worden gehandhaafd.

Naar het oordeel van de commissie zou te zijner tijd overwogen moeten worden of en, indien ja, in hoeverre hierbij aangesloten zou kunnen worden en met name hoe ereregelen en gedragscodes zich verhouden tot een algemene regeling als oorspronkelijk voorzien voor de opdracht.

¹ Samenstelling: Michiels van Kessenich-Hoogendam (C.D.A.), Mastik-Sonneveldt (P.v.d.A.), Heijne Makkreel (V.V.D.), (voorzitter), Glastra van Loon (D66), Barendregt (S.G.P.), De Gaay Fortman (P.P.R.), Vogt (P.S.P.), Schuurman (R.P.F.), mw. Bolding (C.P.N.) en Van der Jagt (G.P.V.).

* Het vorige stuk is verschenen onder nr. 231 van vergaderjaar 1988-1989.

2. De commissie herhaalt voorts haar eveneens bij wetsvoorstel 16 979 (koop en ruil) geuite standpunt ten aanzien van bijzondere voorzieningen voor consumenten: terughoudendheid is haars inziens geboden (VV, p.3/4). Tot haar genoegen heeft de commissie geconstateerd dat de Minister dit standpunt deelt (MvA, t.a.p., p.5).

Titel 7.7 (Lastgeving)

1. In Asser, Bijzondere overeenkomsten III, 1988, p.98 e.v. betwist Coehorst dat behoefte bestaat aan een afzonderlijke regeling in boek 7 van de lastgeving naast de opdracht. Zijns inziens had het onderhavige wetsvoorstel gewoon de bepalingen inzake de opdracht moeten bevatten. Gaarne verneemt de commissie de zienswijze van de Minister omtrent dit standpunt van Coehorst.

2. Het rechtskarakter van de cessie ter incasso (het innen van een vordering van een ander op eigen naam) is betwist. De Hoge Raad heeft tot twee keer toe de constructie als lastgeving aanvaard (HR 21 oktober 1982, NJ 1984, 254 en HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 83). Dogmatisch is deze constructie echter moeilijk in te bedden. Vgl. o.m. Asser-Van der Grinten, Vertegenwoordiging, 1985, p.85, Schoordijk in WPNR 5815 (1987), p.63/5 en ook AG Hartkamp in zijn conclusie voor het laatste arrest, t.a.p., sub 6/7.

Deze rechtspraak zal gelding behouden naar nieuw recht. Bij de commissie rees de vraag of hierbij in voorkomend geval ook art. 7.7.4c en 4b van toepassing zijn, bijv. wanneer de derde een bankgarantie heeft gesteld, die nog niet aan de lasthebber is doorgegeven of wanneer de derde bij vonnis veroordeeld is, maar hij nog niet heeft voldaan en de lasthebber faillieert.

3. Voor de lastgeving (zonder loon) geldt (nog) niet hetzelfde als voor de zaakwaarnemer in art. 6.4.1.3, t.w. vergoeding van schade die de zaakwaarnemer heeft geleden. Toch hebben beide rechtsfiguren vrij veel gemeenschappelijk, zoals ook in de literatuur wordt gesteld. De Minister heeft gezegd dat hij dit onderdeel zal meenemen in de regeling van de opdracht in het algemeen (MvA, p.9/10). De commissie vraagt zich af of dit een voldoende antwoord is, nu de Minister toegeeft dat het geval ook bij lastgeving zal spelen: op welke grondslag kan de lasthebber, indien een wettelijke voorziening in de trant van art. 6.4.1.3. ontbreekt, schadevergoeding vorderen?

4. Art. 7.7.1.9. voorontwerp betreffende het retentierecht is niet overgenomen. Het waarom hiervan is de commissie voorshands niet duidelijk. De materie is voor de lasthebber niet onomstreden (Asser-Coehorst, t.a.p., 1988, p59/60), zeker wat betreft de vraag tot welke zaken het retentierecht zich uitstrekt (bijv. de stukken die aan een advocaat of accountant worden overhandigd). Betekent het niet overnemen van art. 7.7.1.9 voorontwerp dat men aangewezen zal zijn op anticiperende interpretatie, zoals de Nota n.a.v. EV, p.2 (in het algemeen) opmerkt?

5. Wat betreft de verhouding van titel 7.7 en titel 3.3 (volmacht) rezen bij de commissie de volgende vragen:

a. kan een onbekwame als lasthebber fungeren? Indien niet, althans indien de overeenkomst van lastgeving vernietigbaar zou zijn, wat is dan de reden voor het verschil met de volmacht, waarbij een onbekwame wel als gevolmachtigde wordt erkend (art. 3.3.4)?

b. krachtens art. 7.7.6 zijn de art. 2-4c en 5 in voorkomend geval van overeenkomstige toepassing op bijv. de volmacht. De schakelbepaling strekt zich niet uit tot met name art. 1d (recht op loon voor de professionele lasthebber), art. 4d (opzegging voor professionele en niet-professionele lasthebber) en art. 5a. Bestaat daaraan geen behoefte bij volmacht?

6. Art. 7.7.4 omtrent het dienen van twee heren kan gemakkelijk ontdoken worden, aldus Van Zeben-Veldhuis, Compendium bijzondere overeenkomsten, 1988, P.279 e.v. (nt.20). Voorts betwijfelt zij of de eis van schriftelijke toestemming wel een voldoende waarborg is. Vaak immers bestaat geen andere keus. Gaarne verneemt de commissie het standpunt van de Minister op deze stelling van Veldhuis.

7. De commissie wijst in dit verband ook op wetsvoorstel 19 385 inzake de tweezijdige courtageberekening. Voorgesteld wordt een dubbele courtage in bepaalde gevallen te verbieden. De daarop betrekking hebbende artikkelleden zullen na invoering van titel 7.7 NBW aan art. 7.7.4 worden toegevoegd. Geeft de over wetsvoorstel 19 385 gevoerde parlementaire beraadslaging de Minister nog aanleiding voor een nadere toelichting op art. 7.7.4 of op de kritiek van Veldhuis?

8. De art. 7.7.4a, 7.7.4b en 7.7.4c zijn belangrijke bepalingen. De commissie heeft zich afgevraagd of in een geval als aan de orde was in HR 16 juni 1989, RvdW 1989, 170 (ANVR/Martinair), de art. 7.7.4b en 4c een oplossing bieden. Het geval betrof een charterovereenkomst voor luchtvervoer van passagiers tussen M. en een touroperator. M. stelde vliegbiljetten ter beschikking aan de touroperator, die deze t.n.v. de passagiers invulde en aan wie ook betaald werd. Voordat de betaling kon worden doorgesluisd naar M. faillieerde de touroperator. In het arrest is geoordeeld dat M. niet gebonden was aan de tussen de passagiers en de touroperator gesloten overeenkomsten: er was geen (schijn van) vertegenwoordigingsbevoegdheid. Zouden de passagiers op basis van art. 7.7.4b en 4c, met name art. 4c, hun recht uit de overeenkomst met de touroperator in beginsel jegens M. kunnen uitoefenen?

Titel 7.9 (Bewaarneming)

1. Naar aanleiding van een opmerking in wetsvoorstel 17 779, MvT, p.20, waarin vermeld wordt dat omtrent de positie van de hotelhouder een wetsvoorstel wordt voorbereid, verneemt de commissie gaarne hoe de stand van zaken is.

2. Asser-Kleijn 1988, p.27/8 stelt dat het begrip hotelhouder niet helemaal duidelijk is. Hij bespreekt o.m. het verschil van mening omtrent de vraag of een houder van een woonpension ook begrepen is in het begrip hotelhouder. Gaarne verneemt de commissie het standpunt van de Minister in deze controverse, voorzover van belang voor art. 7.7.9.

3. Art. 7.9.9 handhaaft de hoofdgedachte van art. 1746-1748 BW. Waarom, zo heeft de commissie zich afgevraagd, is de idee niet met de groei in het dienstenverkeer uitgebreid en aangepast? Wat geldt bijv. ten aanzien van stukken en zaken die aan een belastingconsulent, accountant, advocaat, notaris, bedrijfsadviseur of computerspecialist ter hand worden gesteld? Wat geldt ten aanzien van de bagage van reizigers bij vervoer: is de vervoerder ook aansprakelijk voor beschadiging of verlies als een bewaarnemer? Wat geldt bij de kapper, die geen speciale garderobe heeft met reçus e.d.m.: is de kapper aansprakelijk voor bijv. diefstal van een jas als ware hij een bewaarnemer? Dezelfde vraag kan gesteld worden ten aanzien van een ziekenhuisopname en de bagage van de patiënt.

4. Naar aanleiding van art. 7.9.8 zijn bij de commissie twee vragen gerezen:

a. Zijn bewaarnemers en onderbewaarnemers jegens de bewaargever hoofdelijk aansprakelijk voor schade aan de zaak?

b. Niet uitgesloten is dat de onderbewaarnemer een ondergeschikte is van de bewaarnemer in de zin van art. 6.3.2.3. Hoe is dan de verhouding van art. 7.9.8 (en 7.9.4 lid 3) enerzijds en art. 6.3.2.2, 6.5.3.8a of art. 6.3.2.3 anderzijds, ook wat betreft de interne verhouding en draagplicht?

Titel 7.14 (Borgtocht)

1. Bij de commissie is omtrent art. 7.14.1.2-4 de volgende casus aan de orde geweest. Stel dat de crediteur en de debiteur twisten over de deugdelijkheid van de prestatie. De crediteur verlangt betaling, maar de debiteur wil eerst andere, betere produkten ontvangen. De crediteur stelt de debiteur in gebreke. Kan dan na verloop van de termijn de crediteur de borg aanspreken? De debiteur heeft in beginsel een opschortingsrecht. Daarvan kan ook de borg profiteren. Indien de debiteur echter achteraf ongelijk blijkt te hebben, heeft hij geen geldig opschortingsrecht en heeft ook de borg dat niet. De borg is derhalve afhankelijk van de juistheid van het betoog van de debiteur, zonder dat hij dat zelf kan controleren (meestal). Zou de borg dan niet het recht moeten hebben bijv. te volstaan met een bankgarantie of een depot ten behoeve van de crediteur wanneer die in het gelijk wordt gesteld? Wellicht zou ook gedacht kunnen worden aan een oplossing als voorzien in art. 6.1.6.7.c: een opschortingsrecht zolang onzeker is of de borg wel moet betalen. Gaarne verneemt de commissie hieromtrent de zienswijze van de Minister.

2. Asser-Kleijn, 1988, p.105 maakt ten aanzien van de versterking van een natuurlijke verbintenis door borgtocht een uitzondering voor een natuurlijke verbintenis uit spel en weddenschap, omdat de wet een dergelijke verbintenis «niet, ook niet door een nadere overeenkomst, afdwingbaar wil zien gemaakt». Deelt de Minister dit standpunt?

3. Een andere kwestie in dit verband is de volgende. Art. 7.14.1.4 bepaalt (in overeenstemming met art. 3.11.20b ten aanzien van zakelijke zekerheidsrechten) dat de borgtocht teniet gaat door de voltooiing van de verjaring van de hoofdvordering. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, 1988 (diss.), p.378 is het hiermee niet eens en met name niet met de in de Toelichting gegeven argumentatie: het is niet redelijk dat de crediteur die stil zit, wel van de borg nog betaling kan verlangen. De borg zou dan geen regres op de debiteur kunnen nemen. Wessels, in navolging van Pels Rijcken, pleit voor een relatief effect van de verjaring, nl. wel tegen de crediteur, maar niet tegen de borg. «In het andere geval,» zo schrijft hij, «zou de mogelijkheid van borgtocht voor natuurlijke verbintenissen weinig zin hebben» (gegeven dat de meeste natuurlijke verbintenissen ontstaan doordat de vordering verjaart. In het NBW met zijn korte verjaringstermijnen, zal dit zich vaker kunnen voordoen). Als tweede argument voor zijn standpunt verwijst Wessels naar de positie van de natuurlijke crediteur van de door verjaring getroffen vordering: de crediteur behoudt zijn recht op opschorting (6.1.6A.5), zijn recht tot verrekening (6.1.10.8), alsmede het verhaalsrecht op een onder hem rustend pand (3.11.20b). Zie ook art. 6.1.8.4a.

Gaarne verneemt de commissie de zienswijze van de Minister op dit standpunt van Wessels. Naar de mening van de commissie zou in ieder geval onderscheiden moeten worden of de borgstelling is verleend voordat of nadat de verjaring is voltooid. In het laatste geval lijkt haar de stelling van Wessels juist. In het eerste geval in beginsel niet.

4. De bepalingen van afd. 2 zijn alleen van toepassing op borgtochten die zijn aangegeven door een natuurlijk persoon die

- a. noch handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf
- b. noch handelde ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf met een NV of BV waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen heeft.

Deze omschrijving is, wat betreft het deel onder a, in overeenstemming met art. 6.5.2A.3 en 4, art. 7.1.1.4 (koop en ruil), art. 7.7.4d, lid 3 (lastgeving) en 7.17.1.16, lid 3 (verzekering). Aldus MvA, p.23, waarmee de commissie gaarne instemt. De omschrijving sub b is ontleend aan Invoeringswet deel 6 (17 725), waarin een aanvulling van

art. 1.88 wordt voorgesteld (lid 4). Art. 88 betreft de eis van toestemming van de echtgenoot van de beroeps- of bedrijfsmatig handelende. De bepaling heeft vragen opgeroepen. Zie VV en MvA, ad art. 88 lid 4. De commissie volstaat met hiernaar te verwijzen. Met het aldaar gegeven antwoord kan zij zich verenigen.

De voorzitter van de commissie,
Heijne Makkreel

De bijzonder griffier van de commissie,
Vranken