

Vergaderjaar 1991–1992

17 779

Vaststelling en invoering van de titels 7.7 (Opdracht) en 7.15 (Vaststellingsovereenkomst) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek

Nr. 8 **MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 28 oktober 1991

ALGEMEEN

Het stemt tot voldoening dat de Commissie de – door mij gedeelde – hoop heeft uitgesproken dat de behandeling van de resterende titels van Boek 7 voorspoedig zal verlopen, nu de omvangrijke wetgevingsoperaties met betrekking tot de Boeken 3, 5 en 6 en vier titels van Boek 7 (in werking op 1 januari 1992) en met betrekking tot het grootste deel van Boek 8 (in werking 1 april 1991) zijn voltooid.

Met betrekking tot de vervolgens door de Commissie in verband met de titel opdracht gestelde algemene vragen wordt het volgende opgemerkt.

1. In de eerste plaats heeft de Commissie aandacht gevraagd voor de opvatting van S.C.J.J. Kortmann, WPNR 5982 (1990), p. 742–743, punt 3, dat onmiskenbare voordelen verbonden zijn aan een regeling van aanneming van werk en bewaarneming binnen het kader van de opdracht.

Het verdient geen aanbeveling om de in deze opvatting besloten liggende suggestie te volgen en alsnog tot een andere indeling van Boek 7 te komen.

Daartoe kan worden overwogen dat opdracht, aanneming van werk en bewaarneming alle behoren tot een grotere groep van overeenkomsten, die verplichten tot het verrichten van arbeid buiten dienstbetrekking. Opdracht bestrijkt hierbij in beginsel hetzelfde terrein als de in het huidige wetboek wel vermelde (art. 1637 BW), maar niet geregelde overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Verwezen moge worden naar de toelichting op het voorontwerp van Boek 7, p. 834 en p. 895. Tot deze groep van overeenkomsten behoren, zoals daar wordt gezegd, ook de uitgave van werken en de vervoersovereenkomst.

Bij een dergelijke groep van onderling vergelijkbare overeenkomsten zijn in beginsel argumenten voor twee wijzen van indeling aan te voeren. Enerzijds kan worden gedacht aan een gelaagde structuur, zoals Kortmann voor ogen staat, in dier voege dat in de titel opdracht regels worden opgenomen die vooral voor deze overeenkomsten gelden en dat daarna voor elk daarvan bijzondere regels volgen. Anderzijds kan worden

gedacht aan een parallelle regeling in die voege dat de op elke overeenkomst toepasselijke regels telkens in een afzonderlijke titel worden samengebracht, zóndig met herhaling, in aangepaste bewoordingen, van regels die ook reeds in de eerdere titels voorkomen. De argumenten voor een gelaagde structuur leggen de nadruk op het voordeel van een systematisch verantwoorde opbouw, de argumenten voor een parallelle regeling leggen de nadruk op het eigen karakter van elke soort overeenkomst en op de wenselijkheid voor de juridische praktijk om met betrekking tot dergelijke overeenkomsten een regeling te treffen, waarvan men als één geheel kan kennis nemen. De ervaring leert dat noch de argumenten voor het één, noch die voor het ander in de praktijk als zeer dwingend worden gevoeld. Dit kan ook verklaren dat noch in de voorstellen van Boek 7, noch in de door Kortmann aanbevolen oplossing consequent voor het ene of voor het andere gezichtspunt wordt gekozen.

Tegen deze achtergrond komt voor het antwoord op de vraag of thans een wijziging van de indeling van Boek 7 moet worden overwogen veel betekenis toe aan de omstandigheid dat, voor wat de indeling van de onderhavige titels betreft, de knoop in beginsel reeds is doorgemaakt: lastgeving, bemiddelingsovereenkomst en agentuurovereenkomst zijn in titel 7.7 betreffende opdracht ondergebracht (gelaagde structuur) en voor de inmiddels wet geworden titel 7.9 betreffende bewaarneming en titel 7.12 betreffende aanneming van werk is aan een parallelle regeling de voorkeur gegeven. Met het oog op de overzichtelijkheid van de wetsgeschiedenis, mede voor toekomstige wetstoepassers, is het niet wenselijk om in dit stadium alsnog voor een ander stelsel te opteren, tenzij daarvoor klemmende redenen zijn aan te voeren.

Dat is echter het geval niet. In de voorstellen van Kortmann zullen slechts enkele bepalingen betreffende bewaarneming en aanneming van werk kunnen vervallen. Bovendien is betwistbaar of een dergelijk vervallen inderdaad, zoals Kortmann meent, de regeling overzichtelijker zou maken, in het bijzonder ook omdat het soms om gedeelten van één artikel gaat. Ook de door Kortmann gegeven voorbeelden, waaruit zou volgen dat het thans gekozen stelsel tot afgrenzingsmoeilijkheden leidt, komen niet overtuigend voor. Zo ontbreekt goede grond voor de veronderstelling dat de praktijk moeite zou hebben onderscheid te maken tussen het plaatsen van een motoronderdeel in een auto (aanneming van werk) en het plaatsen van een pacemaker in een patiënt (opdracht of, na in werking treding van wetsvoorstel 21 561, behandelingsovereenkomst). Ook van het praktisch weinig belangrijke geval van de hoefsmid (aanneming van werk) valt niet te verwachten dat het onder het nieuwe recht moeilijkheden gaat geven, die zich onder het huidige in het geheel niet blijken voor te doen. Juist is anderzijds dat overeenkomsten als aanneming, vervoer en lastgeving, die ertoe leiden dat men ten behoeve van de wederpartij houder van een zaak wordt, tegelijk trekken van bewaarneming kunnen vertonen. Ook hiervan behoeft men, naar de overeenkomstige situatie in het huidige recht leert, geen moeilijkheden te vrezen; men zie ook artikel 6:215, dat voor dit soort gevallen geschreven is. In elk geval kan men dergelijke moeilijkheden nauwelijks oplossen door aanneming, bewaargeving, vervoer e.d., alle in de titel opdracht op te nemen, met als gevolg dat ook dan verschillende regelingen naast elkaar zouden bestaan.

Tenslotte verdient opmerking dat aan opneming van aanneming en bewaarneming in de titel opdracht ook systematische bezwaren verbonden zijn. De regeling van de aanneming van werk is in de praktijk vooral van belang voor het geval van aanneming van bouwwerken. Het verband met koop van onroerende zaken is in dit geval sprekender dan het verband met opdracht. Titel 7.12 zal dan ook worden ingediend als onderdeel van een wetsvoorstel waarin deze materie tezamen met die van koop van onroerende zaken wordt geregeld. Aldus kan rekening

worden gehouden met het feit dat overgangsfiguren tussen beide laatste soorten van overeenkomsten regelmatig voorkomen.

Op dezelfde wijze is ook bij het in de praktijk belangrijke geval van opslag door een professionele bewaarder, het verband van de bewaarningsovereenkomst met de vervoersovereenkomst sprekender dan dat van bewaarneming met opdracht. In dit verband verdienen in het bijzonder aandacht de artikelen 7:607 (dat een wettelijke basis geeft aan het ceel, waarvan de functie overeenkomt met die van een cognosement) en 7:608 (dat een derdenwerking voorschrijft, die is ontleend aan de regels van Boek 8 voor overeenkomsten van of in verband met vervoer).

Daarbij komt dat aanneming en bewaarneming ook in de ons omringende landen met een vergelijkbaar rechtsstelsel elk een geheel eigen regeling plegen te hebben, zoals in de lijn ligt van het «geheel eigen karakter» dat deze overeenkomsten volgens de toelichting op het voorontwerp voor Boek 7 (p. 985) hebben, ook in de ogen van de praktijkkringen waar zij plegen te worden aangegaan.

2. Vervolgens heeft de Commissie melding gemaakt van de door Kortmann uitgesproken vrees voor de «regelzucht» van de wetgever ter zake van de in de titel opdracht verder op te nemen regelingen. De Commissie heeft daaraan de vraag verbonden ter zake van welke speciale overeenkomsten het voornemen bestaat ze in titel 7.7 nader te regelen.

Vooropgesteld moet worden dat, anders dan door Kortmann verondersteld, aan het al of niet opnemen van bijzondere overeenkomsten in Boek 7, de overweging ten grondslag ligt in hoeverre in de maatschappij behoefte bestaat aan een dergelijke regeling; men zie Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 10–12. Daarbij speelt een rol in hoeverre een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt door middel van een standaardregeling als bedoeld in artikel 6:214 of door middel van zelfregulering; men zie Bijl. Hand II, 1988–1989, 18 966, nr. 5, p. 1–2.

In titel 7.7 zijn volgens het onderhavige wetsvoorstel als speciale overeenkomsten van opdracht voorzien: de lastgevingsovereenkomst, de bemiddelingsovereenkomst en de agentuurovereenkomst, waartussen ook onderling nauw verband bestaat. Het is niet uitgesloten dat daaraan bij latere wetsvoorstellen nog overeenkomsten worden toegevoegd, doch dit zal dan in het kader van die wetsvoorstellen moeten worden gezien aan de hand van de hiervoor weergegeven maatstaf.

Dat geldt ook voor de overeenkomsten tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, met betrekking waartoe op 29 mei 1990 een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer is ingediend en waarvan artikel VI in overbrenging naar een afdeling van titel 7.7 NBW voorziet. Dat behoefte aan een dergelijke regeling bestaat wordt, naar reeds nu kan worden vastgesteld, in de literatuur algemeen aanvaard. Verwezen moge worden naar het overzicht in Kwartaalbericht NBW, 1991, p. 45, waar het opstel van Kortmann als enige tegenstem wordt genoemd.

Het voornemen bestaat verder om in een nieuwe titel 7A van Boek 7 een regeling betreffende de reisovereenkomst op te nemen, mede ter implementering in de Nederlandse wetgeving van de EG-Richtlijn van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen (Pbl. EG, nr. 158/59).

Voor wat betreft de door Kortmann in dit verband vermelde bankovereenkomst, is reeds eerder (Parl. Gesch. Boek 6, (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235 en 1236) opgemerkt dat indien tot een regeling van deze bijzondere overeenkomst zou worden besloten zij een plaats zou dienen te krijgen in Boek 7 («in aansluiting op titel 7.7»). De maatschappelijke ontwikkelingen op dit terrein geven echter vooralsnog geen aanleiding een dergelijke regeling voor te stellen. Daarbij moet in het bijzonder in aanmerking

worden genomen dat, op initiatief van de commissie voor consumenten aangelegenheden van de SER, in 1987 in overleg tussen de banken en de consumentenorganisaties nieuwe Algemene bankvoorwaarden en voorwaarden van de Postbank zijn totstandgekomen en dat in 1989 in een zelfde overleg algemene voorwaarden voor het gebruik van geld- en betaalautomaten zijn vastgesteld. Daarmee zijn de belangrijkste aspecten van de bankovereenkomst in een door beide partijen aanvaarde regeling neergelegd. Mochten daarin niettemin nog punten aan het licht komen die daartoe aanleiding geven, dan zal vanaf 1 januari 1993 mogelijk zijn daarop de nieuwe regeling betreffende toetsing van algemene voorwaarden in afdeling 6.5.3 toe te passen.

Wel moet er nog de aandacht op worden gevestigd dat naar verwachting medio 1992 door de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) een *modelwet inzake het internationaal gireren* («Model Law on International Credit Transfers») zal worden vastgesteld en dat de Commissie van de Europese Gemeenschappen voor dit project grote belangstelling heeft getoond met het oog op mogelijke EEG-regelgeving. Mocht het komen tot nadere regeling van deze materie in de Nederlandse wetgeving, dan zou ook hier regeling in Boek 7 in aansluiting op de titel opdracht voor de hand komen te liggen.

3. Tenslotte heeft de Commissie aandacht gevraagd voor het betoog van Kortmann, t.a.p. blz. 744–745, nr. 6, dat er geen behoefte zou bestaan aan een afzonderlijke regeling van lastgeving naast opdracht, een kwestie die al aan de orde is geweest bij de behandeling in de Eerste Kamer van het zevende gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW (Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 315–316). De Commissie heeft hieraan de vraag verbonden of de bereidheid bestaat het eerder hieromtrent ingenomen standpunt in heroverweging te nemen.

Vooropgesteld moet worden dat een belangrijk bezwaar tegen een dergelijke heroverweging is, dat de zienswijze van Kortmann zou dwingen om in het nieuwe vermogensrecht, zoals dit op 1 januari 1992 in werking treedt, korte tijd later nog weer ingrijpende wijzigingen aan te brengen. In het kader van deze wetgeving is immers reeds gekozen voor een stelsel waarin een regeling betreffende lastgeving in Boek 7 op haar plaats is en geen plaats voor een regeling in Boek 3 betreffende, in de bewoordingen van Kortmann, «het verrichten van rechtshandelingen voor rekening van een ander», ongeacht of dit verrichten op een overeenkomst of op een rechtsverhouding van andere aard berust. Een dergelijke regeling – die in deze abstracte vorm iets geheel nieuws zou zijn – zou ook op gespannen voet staan met de grondgedachte van titel 3.3 die ervan uitgaat dat zich wel algemene regels omtrent volmacht (vertegenwoordiging krachtens een rechtshandeling) laten opstellen, maar dat een algemene regeling betreffende vertegenwoordiging op grondslag van welke rechtsverhouding dan ook, een te abstracte aanpak zou opleveren. Deze gedachte geldt a fortiori voor handelingen «voor rekening van» een ander, die geen vertegenwoordiging opleveren.

Tegen het voorstel van Kortmann bestaan voorts ook belangrijke praktische bezwaren. Zij dwingt om de regels betreffende de in de praktijk veel voorkomende lastgevingsovereenkomst te verdelen over verschillende plaatsen van het Burgerlijk Wetboek, waar men dergelijke regels niet snel zou verwachten en waarbij bovendien het onderling verband problemen kan gaan opleveren.

Uit een oogpunt van overzichtelijkheid en toegankelijkheid verdient het daarom de voorkeur om de nieuwe wettelijke regeling betreffende lastgeving bijeen te houden, zodat de praktijk haar als één geheel kan blijven raadplegen, en de betrekkelijk uitzonderlijke gevallen waarin een aantal van de betreffende regels ook buiten het geval van lastgeving voor

toepassing in aanmerking komt, over te laten aan een schakelbepaling als artikel 7.7.2.6 van het onderhavige wetsvoorstel. Dit strookt ook beter met het feit dat, buiten de eigenlijke lastgevingsgevallen, steeds rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de strekking van de betrokken bepaling zich in verband met de aard van de overeenkomst (of andere rechtsverhouding) tegen toepassing van die bepaling verzet. In de gedachtengang van Kortmann zou een dergelijk voorbehoud ook in de door hem gesuggereerde abstracte regeling in Boek 3 moeten worden opgenomen. Daardoor wordt evenwel des te onduidelijker wat dan nog het voordeel is van een verplaatsing van de door hem bedoelde regels naar Boek 3.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel 7.7.1.7

De Commissie veronderstelt terecht, dat in de Toelichting op de Nota van Wijziging (Bijl. Hand. II, 1989-1990, 17 779, nr. 4, p. 11) bij artikel 7.7.1.7 bedoeld was te verwijzen naar artikel 1846 in plaats van 1848 BW.

Artikel 7.7.2.3

Met betrekking tot de vragen van de Commissie inzake artikel 7.7.2.3 lid 3 dient allereerst te worden opgemerkt, dat het hier gaat om een bepaling die pas onlangs in gemeen overleg met de Staten-Generaal is vastgesteld. Voor eventuele wijzigingen van een dergelijke bepaling dienen derhalve zwaarwegende argumenten te bestaan. De opmerkingen van de Commissie over het derde lid van artikel 7.7.2.3 vallen in twee delen uiteen.

In de eerste plaats vraagt de Commissie of deze bepaling beperkt moet blijven tot consumenten. In het hierbij door Kortmann gegeven voorbeeld zal het in beginsel voor de afhankelijke positie van de huisarts inderdaad niet zo veel verschil maken of hij privé handelt, dan wel door middel van zijn praktijk-b.v. Kortmann ziet er echter aan voorbij, dan voor het derde lid niet de afhankelijke positie als zodanig doch de beschermwaardigheid van die positie doorslaggevend is. In artikel 7.7.2.3 lid 3 wordt dienaangaande – evenals op vele andere plaatsen in het Nieuw BW, met name in afdeling 6.5.3 en titel 7.1 – een onderscheid gemaakt tussen natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en andere rechtssubjecten. Bij gelijksoortige activiteiten of gedragingen is het dus heel wel mogelijk dat de afhankelijke positie niet, maar de beschermwaardigheid wel verschilt naar gelang de kwaliteit waarin iemand aan het maatschappelijke verkeer deelneemt. Dat zich daarbij grensgevallen kunnen voordoen, is onvermijdelijk maar dit rechtvaardigt niet de conclusie dat het onderscheid geheel dient te vervallen.

Ten tweede vraagt de Commissie of het vormvereiste van schriftelijke toestemming vervangen zou kunnen worden door uitdrukkelijke toestemming. Kortmann heeft in dit verband het voorbeeld genoemd van de commissionair die aandelen uit eigen voorraad levert aan de lastgever; indien de laatste een particulier is moet hij daarvoor schriftelijke toestemming geven. Dit zou volgens Kortmann tot onnodige rompslomp leiden; hij stelt daarom voor om slechts uitdrukkelijke toestemming te verlangen. Nog daargelaten de vraag of dit vereiste voldoende duidelijk is, kan worden vastgesteld dat een dergelijke wijziging van deze bepaling niet nodig is. Het derde lid van artikel 7.7.2.3 staat er immers niet aan in de weg dat de particuliere lastgever vooraf

zijn schriftelijke toestemming geeft voor een reeks gelijksoortige rechtshandelingen, die voortvloeien uit dezelfde lastgevingsovereenkomst waarbij de lasthebber bevoegd is om als zijn wederpartij op te treden. Zoals reeds opgemerkt bij gelegenheid van het zevende gedeelte van de Invoeringswet (Parl. Gesch. Boek 7 (inv. 3, 5 en 6), p. 411) dient de vraag of schriftelijke toestemming is verleend te worden beoordeeld aan de hand van de artikelen 33 en 35 van Boek 3. Niet voldoende is, dat verwezen wordt naar een desbetreffende clausule in de algemene voorwaarden; in die zin dient de toestemming dus schriftelijk en uitdrukkelijk te geschieden.

Artikel 7.7.2.4

Het bij Nota van Wijziging voorgestelde vierde lid van dit artikel is thans opgenomen in artikel 1843a lid 4 van het Burgerlijk Wetboek, ingevolge de Wet van 4 juli 1990, Stb. 390 (Wet houdende aanvulling van het Burgerlijk Wetboek met een regeling inzake tweezijdige courtagerekening). Artikel 1843a liep vooruit op het voorgestelde artikel 7.7.2.4 waarmee het – afgezien van het vierde lid – op enkele redactionele verschillen na geheel overeenkomt.

Artikel 7.7.2.4a

Het nieuwe artikel 7.7.2.4a (onder vernummering van het oude artikel 7.7.2.4a tot 7.7.2.4aa) is reeds aangekondigd in de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken, de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer van 16 juli 1991 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, inhoudende de regeringsvoornemens ten aanzien van de bemiddeling bij en totstandkoming van onroerend goed-transacties (Kamerst. II 1990-1991, 21 800 XIII, nr. 790, p. 4-5). Het komt voort uit de wens om bescherming te bieden in geval van andere vormen van belangenverstrengeling aan de zijde van de lasthebber dan die genoemd in de artikelen 7.7.2.3 en 7.7.2.4. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan voor de lastgever niet kenbare belangen die een lasthebber heeft in een naamloze of besloten vennootschap zonder dat hij daarvoor als vertegenwoordiger/lasthebber optreedt. De nieuwe bepaling verplicht de lasthebber hiervan aan de lastgever melding te maken. Op niet nakoming van deze verplichting staat als sanctie het verlies van het recht op loon, onverminderd een eventuele verplichting tot schadevergoeding. Door een wijziging van artikel 7.7.4.3 is het nieuwe artikel van overeenkomstige toepassing verklaart op de bemiddelingsovereenkomst.

Artikel 7.7.2.5

Kortmann stelt voor om artikel 7.7.2.5 eerste lid onder b aldus te formuleren dat onder lasthebber mede wordt begrepen de persoon met het oog op wie de last is verleend. Hij verwijst daarbij naar de artikelen 7.7.2.5 vierde lid, en 7.7.1.12.

Deze opmerkingen zijn in zoverre juist, dat de lastgeving eindigt indien de persoon komt te overlijden met het oog op wie de last gegeven is en die met de lasthebber of in zijn dienst een beroep of bedrijf uitoefent. Een bepaling voor dit bijzondere geval in artikel 7.7.2.5 is echter overbodig, omdat het bovenvermelde rechtsgevolg voortvloeit uit de algemene bepalingen van de opdracht in afdeling 7.7.1, in het bijzonder artikel 12 lid 1. Lid 2 van laatstgenoemde bepaling regelt overeenkomstig artikel 7.7.2.5 lid 4 de situatie na het overlijden van de persoon met het oog op wie de opdracht (c.q. de lastgeving) is verleend. In dat geval zijn diens erfgenamen en degenen in wier dienst of met wie hij een

beroep of bedrijf uitoefende verplicht om al datgene te doen wat de omstandigheden in het belang van de wederpartij eisen, indien zij kennis dragen van de erfopvolging en van de lastgeving.

Artikel 7.7.2.5a

1. In het kader van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW is bij artikel 84 van Boek 3 de vraag aan de orde geweest of bij een last om voor de lastgever in eigen naam op te treden, met werking jegens derden kan worden bedongen dat de lastgever de bevoegdheid om zelf op te treden voor de duur van de overeenkomst verliest. Daarbij had men met name op het oog het voorbeeld van de cessie ter incasso, die in het nieuwe recht moet worden opgevat als een last aan de cessionaris om de vordering op eigen naam te innen en waarbij de vraag rijst of daarbij bedongen kan worden dat de cedent van zijn bevoegdheid te dier zake afstand doet, zodat de schuldenaar ook niet meer bevoegd is aan hem te betalen. Blijkens Parl. Gesch. Boek 3, Inv. 3, 5 en 6 p. 1203, onder b, is er toen op gewezen dat in elk geval niet elke mogelijkheid de bevoegdheid van de cedent te beperken ontbreekt, maar dat de vraag overigens in het kader van titel 7.7 moet worden gezien. De vraag heeft inmiddels aan actualiteit gewonnen in verband met HR 29 september 1989, NJ 1990, 307, waarin besloten ligt dat naar huidige recht een uitsluiting van de bevoegdheid van de lastgever geen werking jegens derden heeft, hetgeen men ook zo pleegt uit te drukken dat aan een last geen privatieve werking kan worden toegekend.

Thans dient de onderhavige kwestie derhalve voor het nieuwe recht definitief onder ogen te worden gezien. In het onderhavige wetsvoorstel is in het nieuwe artikel 7.7.2.5a alsnog gekozen voor de mogelijkheid van uitsluiting. Daaraan hebben de volgende overwegingen ten grondslag gelegen.

Voor figuren als cessie ter incasso of in het algemeen een lastgeving betreffende de uitoefening van rechten die men niet aan een ander wil overdragen, maar die men wel door een ander in diens eigen naam wil laten beheren of exploiteren, ligt het voor de hand dat de lastgever zich moet kunnen verbinden voor de duur van de overeenkomst zelf deze rechten niet uit te oefenen teneinde een goed beheer of een goede exploitatie daarvan – vaak ook een belang van de lasthebber zelf – niet te doorkruisen. Daarbij ligt het tevens voor de hand dat derden met een dergelijke uitsluiting van de bevoegdheid van de lastgever rekening hebben te houden, voor zover zij tenminste van die uitsluiting op de hoogte waren of hadden behoren te zijn. Tot een onaanvaardbare onzekerheid leidt dit voor deze derden niet, nu zij ervan mogen uitgaan dat in elk geval de lasthebber bevoegd is en zij zich dus tot het verrichten van de betreffende handeling steeds tot deze kunnen wenden. De derde zal zich bovendien ook moeten laten welgevalen dat het betreffende recht realiter wordt overgedragen, waaruit in geval van betwisting van de overdracht eveneens onzekerheden kunnen voortvloeien.

Wat dit laatste betreft, het nieuwe wetboek sluit een overdracht aan een ander ten titel van beheer niet uit. Wel brengt artikel 84 lid 3 van Boek 3 mee dat deze titel ertoe moet strekken dat het over te dragen goed volledig in het vermogen van de met het beheer belaste verkrijger zal vallen, zodat deze zakenrechtelijk ook volledig beschikkingsbevoegd wordt en zijn schuldeisers dan ook voor hun vorderingen verhaal op dat goed kunnen nemen; men vergelijk de voorbeelden gegeven in Parl. Gesch. Boek 3, Inv. 3, 5 en 6, p. 1201–1202, waaronder in het bijzonder dat van het «stallen» van onroerende zaken of andere goederen in een met het beheer belaste stichting of BV, en ook Asser-Beekhuis-Mijnssen, Zakenrecht I, nr. 641.

Intussen kan een dergelijke overdracht bezwaarlijk zijn, wanneer men de verkrijger om praktische of ideële redenen geen volledige eigenaarsbevoegdheden wil geven, maar deze wel, met privatieve werking ten opzichte van de rechthebbende, het volledige beheer wil opdragen. Dit geval doet zich bijv. voor bij het beheer door organisaties als Buma en Stemra van de rechten van de daarbij aangesloten auteurs, wier belangen door deze organisaties individueel en collectief worden behartigd. Onder het huidige recht plegen deze organisaties gebruik te maken van de figuur van de fiduciaire overdracht van het auteursrecht, die zoals gezegd onder het nieuwe recht mogelijk blijft, als men haar opvat als een **volledige** overdracht, zij het dat de verkrijger het beheer ten behoeve van de auteurs op zich neemt, die dan slechts obligatoire rechten overhouden. Deze organisaties geven er evenwel de voorkeur aan – en in betreffende maatschappelijke verhoudingen past ook beter – de betreffende rechten in beginsel bij de auteurs te laten, mits de organisatie zelf maar een bevoegdheid tot beheer heeft met privatieve werking jegens de auteurs of hun rechtsopvolgers, waaronder ook de uitgeverijen waaraan zij hun auteursrechten eventueel hebben overgedragen. In beginsel zou daartoe ook de figuur van een bewind kunnen dienen, maar nu is besloten de bewindsregeling van titel 3.6 niet tezamen met Boek 3 in te voeren, is het aanzienlijk eenvoudiger hier naar de thans voorgestelde figuur van een last om op eigen naam te handelen met privatieve werking jegens de lastgever te grijpen.

Daartoe is in de eerste plaats een wettelijke bepaling nodig, die mogelijk maakt, met werking tegen derden, privatieve werking aan de last om op eigen naam te handelen te verbinden. Deze regel kan voor een ruim aantal gevallen gelden en is opgenomen in het eerste lid van het voorgestelde artikel 7.7.2.5a.

Voor wat betreft het geval van een belangenbehartiging als die van organisaties als Buma en Stemra is voorts behoefte aan een regeling die de continuïteit van hun beheer in het belang van de gezamenlijke auteurs waarborgt op een wijze die vergelijkbaar is met wat men thans met de op fiduciaire overdracht berustende exploitatiecontracten pleegt te bereiken. Een hierop gerichte regeling is opgenomen in het tweede lid, dat – kort samengevat – enige uitzonderingen brengt op de regeling van de beëindiging van de lastgevingsovereenkomst in artikel 7.7.2.5.

Na het voorafgaande kan ter toelichting van de afzonderlijke leden van dit artikel, waarover overleg met vertegenwoordigers van Buma en Stemra heeft plaats gevonden, met het volgende worden volstaan.

2. Het eerste lid betreft het beding waarin de bevoegdheid van de lastgever om zelf te handelen voor de duur van de overeenkomst wordt uitgesloten. De eerste zin kent aan een dergelijk beding werking tegen derden toe, hetgeen van praktisch belang wordt wanneer de lastgever in strijd met het beding toch met een derde handelt. Het ligt voor de hand dat derden van een dergelijke uitsluiting evenwel niet de dupe mogen worden, wanneer zij te goeder trouw van de bevoegdheid van de lastgever zijn uitgegaan. Met het oog hierop is een tweede zin opgenomen. De bewijslast ter zake van goede trouw ligt in beginsel bij de derde, zij het dat diens goede trouw vaak verondersteld zal mogen worden.

De woorden «voor de duur van de overeenkomst» drukken tevens uit dat de gewone regels betreffende het einde van de lastgeving in beginsel, d.w.z. behoudens de bepaling van lid 2, blijven gelden. De last eindigt dus in beginsel door opzegging door de lastgever en door diens dood, ondercuratelestelling of faillissement. Het zou niet in het stelsel van de titels 7.7 en 3.3 passen om hier een andere hoofdregel te kiezen dan die van artikel 7.7.2.5 en artikel 74 van Boek 3 (onherroepelijke volmacht), waar wel een zekere mogelijkheid tot afwijking in het belang

van de lasthebber, onderscheidenlijk de volmachtgever wordt gegeven, maar niet voor het geval van faillissement van de lastgever of de volmachtgever. Zo behoort bijv. een cessie ter incasso er niet toe te strekken dat de te incasseren vordering buiten de boedel om geïnd kan worden.

3. Zoals onder 1 reeds is opgemerkt, bestaat evenwel behoefte om in bepaalde gevallen met het oog op een effectief beheer van de hoofdregel van artikel 7.7.2.5 lid 2 af te wijken. De eerste zin van het tweede lid geeft in de eerste plaats een omlijning van deze gevallen. Het is in het algemeen niet wenselijk dat men aan een ander een volmacht of last kan geven, die voortduurt ook na de dood, de ondercuratelestelling of het faillissement van de last- of volmachtgever en niet te allen tijde door hem opgezegd kan worden. De regeling van de artikelen 74 van Boek 3 en 7.7.2.5 is daarop afgestemd. Dit geldt uiteraard in versterkte mate wanneer het gaat om een last om op eigen naam te handelen met privaatieve werking.

Het geldt echter minder in de gevallen die in het tweede lid aan de orde zijn, waarin het gaat om een last aan een rechtspersoon die zich ingevolge haar statuten ten doel stelt de gezamenlijke belangen van meer lastgevers door de uitoefening van de aan hem toekomende rechten te behartigen. Enerzijds is hier sprake van een zekere bescherming van de lastgevers als gevolg van de doelomschrijving van de rechtspersoon die de mogelijkheid beperkt van handelingen die niet tot de voormelde behartiging kunnen bijdragen en zo ook van het gevaar dat de lasthebber ter zake van hetgeen aan de lastgevers als gevolg van het beheer toekomt, geen verhaal zal bieden. Anderzijds moet worden bedacht dat het hier in de praktijk pleegt te gaan om gevallen dat juist een gemeenschappelijk beheer efficiënter en goedkoper is dan een individueel optreden van elke lastgever zelf zou zijn. Zo maakt, indien er voldoende lastgevers zijn, een gemeenschappelijk beheer mogelijk om een goed functionerend apparaat op te bouwen dat snel en met relatief lage kosten gebruiksvergoedingen kan innen en eventuele inbreuken op de betreffende rechten opsporen. Ook wordt het door de concentratie van het beheer bij één lasthebber voor de gebruikers eenvoudiger de weg te vinden tot het verkrijgen van toestemming tot het gebruik, wat een vlot verlopende exploitatie ten behoeve van alle lastgevers gezamenlijk bevordert. Deze hebben aldus tezamen belang bij een zekere continuïteit van het collectieve beheer.

De eerste zin van het tweede lid maakt daarom voor de hier bedoelde rechtspersonen mogelijk om aan het beding van het eerste lid, terstond of naderhand, het beding te verbinden dat lastgeving niet zal eindigen door opzegging door de lastgever op een termijn die minder dan een jaar bedraagt, noch door diens dood, ondercuratelestelling of faillissement. Wat dit laatste betreft brengt de tweede zin evenwel een belangrijke uitzondering: na de dood, de ondercuratelestelling of het faillissement blijven de erfgenamen, onderscheidenlijk de curator tot opzegging op een termijn van tenminste één maand bevoegd. Zij behoeven niet van deze bevoegdheid gebruik te maken en kunnen dat eventueel ook nog later doen, al of niet in combinatie met een nieuwe lastgeving. In deze gevallen gaat het dus uitsluitend om een waarborg dat het beheer niet op een al te korte termijn kan worden afgebroken. In de situaties die hier aan de orde zijn, kunnen specifieke belangen in het spel zijn waartegen het hiervoor weergegeven belang van de gezamenlijke lastgevers bij continuïteit van het beheer niet opweegt.

Wat de opzegging door de lastgever zelf betreft, verdient aandacht dat de bevoegdheid om tot opzegging over te gaan zelf niet kan worden uitgesloten. Wél kan worden bedongen dat de overeenkomst niet «te allen tijde» met onmiddellijke ingang opzegbaar is, maar dat zij alleen

met inachtneming van een bepaalde termijn opzegbaar zal zijn. Deze termijn mag met het oog op de hiervoor bedoelde continuïteit vrij lang zijn, maar de tijd van een jaar niet overschrijden. Waar verwacht mag worden dat dergelijke bedingen in de regel deel zullen uitmaken van algemene voorwaarden, is het van belang erop te wijzen dat de onderhavige regeling bedingen toelaat waarvan betoogd zou kunnen worden dat zij op grond van artikel 6:237 onder 1 vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn, omdat de opzegtermijn langer is dan drie maanden. Uit de thans voorgestelde bepaling volgt dat dit vermoeden in het daarin geregelde geval niet geldt. Wel zullen, aangenomen dat de lastgever een natuurlijk persoon is, die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt, de bepalingen van art. 237 onder k en n in acht genomen moeten worden; deze bepalingen betreffen immers andere bedingen dan die waarop de thans voorgestelde bepaling betrekking heeft; deze laatste ziet immers noch op uitsluiting van opzegbaarheid, noch op volmacht.

Te bedenken valt verder dat de lastgever wél de overeenkomst zal kunnen beëindigen op andere grond dan door opzegging, bijv. door ontbinding, hetzij wegens wanprestatie, hetzij uit hoofde van vordering op grond van onvoorziene omstandigheden. De eerste ontbindingsfiguur kan niet worden uitgesloten in algemene voorwaarden, gebruikt jegens een natuurlijke, niet in beroep of bedrijf handelende persoon (artikel 6:236 onder b), de tweede ontbindingsfiguur kan in het geheel niet worden uitgesloten (artikel 6:250 in verbinding met 259).

Tenslotte verdient nog opmerking dat een lastgeving als hier bedoeld niet uitsluit dat de lastgever het hem toekomende recht aan een ander overdraagt, waarbij rechten en verplichtingen uit de lastgeving krachtens artikel 6:251 op de verkrijger kunnen overgaan.

4. Aandacht verdient nog dat de regeling die thans wordt voorgesteld voor alle soorten rechten geldt. In het voorgaande is veel aandacht besteed aan de auteursrechten waarmee Buma en Stemra zich bezig houden, maar er is geen reden waarom de regeling niet ook zou gelden bijv. voor octrooien, kwekersrechten en tekeningen en modellen. Ook hier kunnen er gemakkelijk groepen van kleine ondernemers of particulieren zijn die zelf hun rechten moeilijk zullen kunnen exploiteren.

Ook moet worden gedacht aan vorderingsrechten, waaronder die uit onrechtmatige daad ter bescherming van prestaties die op één lijn kunnen worden gesteld met die waarvoor de voormelde absolute rechten rechtsbescherming bieden. Men denke bijv. aan de bescherming waarvan sprake is in het Elvis Presley arrest (HR 24 februari 1989, NJ 1989, 701). Tevens moet de regeling kunnen worden betrokken bijv. op vorderingen tot schadevergoeding waartoe inbreuken op de voormelde rechten aanleiding geven.

Tenslotte is er evenmin reden waarom de figuur van het artikel niet zou kunnen worden gebezigd in verband met het beheer van effecten, bijv. door een trustkantoor. Zou men haar in de praktijk ook betrekken op het beheer van registergoederen, dan zal inschrijving van het beding krachtens artikel 17 lid 1 onder a van Boek 3 mogelijk zijn voor zover het de bevoegdheid van de rechthebbende (de lastgever) om over het goed te beschikken aantast en derhalve in dit opzicht voor de rechtstoestand van het registergoed van belang is.

5. De artikelen 69 – in de toelichting op de nota van wijziging van 1 mei 1990, p. 14 nog aangeduid als artikel 68a – en 81 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek brengen mee dat artikel 7.7.2.5a op het tijdstip van het in werking treden daarvan van toepassing wordt op dan lopende overeenkomsten van lastgeving en dat de in dat artikel bedoelde bedingen, voor zover zij naar het voordien geldende

recht niet geldig zouden zijn, met terugwerkende kracht worden bekrachtigd, zulks behoudens de bescherming van derden, die in artikel 81 lid 3 van de Overgangswet is neergelegd. Dit is mede van belang voor zover de praktijk behoefte zou hebben op de regeling van artikel 7.7.2.5a vooruit te lopen.

Met betrekking tot de situatie zoals deze op 1 januari 1992 ontstaat, verdient nog het volgende opmerking. Zoals gezegd grijpt de praktijk thans in plaats van naar de nog niet mogelijke last met privatieve werking soms naar de vorm van fiduciaire overdracht die men als fiducia cum amico pleegt aan te duiden. Voor zover men aanneemt dat men daarmee andere gevolgen kan bereiken dan naar het nieuwe recht mogelijk zijn, met name een «onvolledige» overdracht waardoor ook de vervreemder een zakenrechtelijke positie behoudt, brengt het nieuwe recht in een aldus eenmaal tot stand gebrachte rechtsverhouding geen verandering. Dit volgt uit artikel 79 Overgangswet en wordt in de memorie van toelichting op het elfde deel van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW bij art. 86 Overgangswet ook uitdrukkelijk gezegd. Intussen is op zijn minst onzeker of er op dit punt inderdaad tussen huidig en nieuw recht verschil bestaat; men zie bijv. de recente uitvoerige uitzettingen in het preadvies Vereniging «Handelsrecht» 1990, van Uniken Venema p. 287–288 en het verslag van de vergadering, p. 61–62, alsook Asser-Beekhuis-Mijnssen, Zakenrecht I, nrs. 635 e.v.. Indien het daar gestelde juist is, zal, afhankelijk van de inhoud van de betreffende overeenkomst, ter zake van een fiduciaire overdracht ook naar huidig recht moeten worden aangenomen dat zij een volledig recht heeft verschaft, tenzij de overeenkomst er niet toe strekte het goed in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. In het eerste geval heeft de vervreemder slechts obligatoire rechten overgehouden, in het tweede heeft de verkrijger slechts obligatoire rechten verkregen, omdat een titel voor overdracht ontbrak.

Artikel 7.7.2.6

Met betrekking tot deze schakelbepaling stelt Kortmann (t.a.p., p. 744) voor om haar reikwijdte niet te beperken tot overeenkomsten maar uit te breiden tot rechtsverhoudingen. Hij geeft daarbij het voorbeeld van een zaakwaarnemer die in eigen naam opdracht geeft tot reparatiewerkzaamheden aan het huis van de belanghebbende, waarbij de opdrachtnemer schade aan het huis van de belanghebbende veroorzaakt. In een dergelijk geval vloeit echter reeds uit de taak van de zaakwaarnemer zelf voort, dat hij ook nakoming van die overeenkomst en schadevergoeding kan vorderen, telkens ter behartiging van de door hem waargenomen belangen. Een aanpassing van artikel 7.7.2.6 in de door Kortmann voorgestane zin, is daarvoor niet nodig.

Artikel 7.7.4.2

De Commissie, met uitzondering van de leden van de PvdA-fractie, stelt de vraag aan de orde of het niet de voorkeur verdient om het tweede lid van artikel 7.7.4.2 aldus te redigeren dat de opdrachtgever moet bewijzen dat het niet-uitvoeren van de overeenkomst redelijkerwijs niet voor zijn rekening komt. Zij verwijst daarbij onder andere naar een overeenkomstige regel in artikel 7.7.5.5 tweede lid (overeenstemmend met het huidige 74e lid 3 Wetboek van Koophandel).

Deze vraag kan bevestigend worden beantwoord. In de toelichting op het voorontwerp van artikel 7.7.4.2, p. 1011, waar de Memorie van Toelichting naar verwijst, lijkt reeds het oog op een dergelijke bewijslastverdeling te hebben gehad: «Is het beding gemaakt dat het recht op loon afhankelijk is van de uitvoering van de overeenkomst, dan is het redelijk

de werking van dit beding te beperken tot die gevallen, waarin de niet-uitvoering niet aan de opdrachtnemer kan worden toegerekend.»

Ook overigens is het redelijk om de redactie van artikel 7.7.2.4 tweede lid inzake de bewijslast in overeenstemming te brengen met artikel 7.7.5.5 tweede lid. Het niet uitvoeren van een bemiddelde overeenkomst zal immers hetzij een vrije keuze van de opdrachtgever zijn (bijvoorbeeld indien dit voor hem financiële voordelen heeft, zoals in geval de marktprijzen van goederen sterk gestegen of gedaald zijn), hetzij veroorzaakt worden door een voor de opdrachtgever van buiten komende verhindering – daaronder begrepen wanprestatie van de wederpartij – in welke gevallen het in de rede ligt, deze verhindering door de opdrachtgever te laten bewijzen. In dit verband kan voorts worden gewezen op de bewijslastverdeling bij de toerekening van een tekortkoming op grond van artikel 74 lid 1 van Boek 6. Bij Nota van Wijziging is de redactie van het artikellid in bovenvermelde zin aangepast. Omdat deze nieuwe formulering overeenkomt met de tweede volzin van artikel 7.7.5.5 tweede lid, kan laatstgenoemde bepaling vervallen.

Artikel 7.7.4.3

Dit artikel is aangevuld met een voorziening voor het geval van «Selbsteintritt» door een bemiddelaar-niet lasthebber. De «Selbsteintritt» van de bemiddelaar-lasthebber wordt geregeld in artikel 7.7.2.3. Het is echter niet gewenst om deze bepaling van overeenkomstige toepassing te verklaren op de bemiddelaar-niet lasthebber, omdat de sanctie van lid 3 (vernietigbaarheid van de koop) daarvoor te zwaar is. Derhalve wordt voorgesteld om met een tussenpersoon die tevens werkzaam is voor de wederpartij (artikel 7.7.2.4) gelijk te stellen de tussenpersoon die zelf als wederpartij optreedt. Als sanctie geldt dan artikel 7.7.2.4 derde lid: de bemiddelaar-niet lasthebber heeft geen recht op loon, onverminderd het recht op schadevergoeding van de opdrachtgever.

Artikel 7.15.1

De Commissie heeft bij het derde lid van dit artikel aandacht gevraagd voor daarop in de literatuur uitgeoefende kritiek. Deze kritiek is ontstaan naar aanleiding van de tekst van het voorontwerp van Boek 7; zie Aaftink en Van Zeben, *Bijzondere contracten*, bijzonder nummer NJB, 1973, p. 109, en rapport Koninklijke Notariële Broederschap WPNR 5451 (1978), p. 606. Zij kwam hierop neer dat men van een bepaling die een bewijsovereenkomst met uitsluiting van tegenbewijs gelijk stelt met een vaststellingsovereenkomst, vreesde dat zij tot het onwenselijke gevolg zou leiden dat bij overeenstemming tussen partijen dat hun rechtsverhouding in werkelijkheid anders was, de rechter, tegen de partijbedoeling in, daarmee geen rekening zou mogen houden omdat het zou gaan om een vaststelling waaraan ook de rechter is gebonden.

Dit gevolg – dat daarin niet noodzakelijk behoefde te worden gelezen; vgl. H. Stein, *Advocatenblad* 1981, p. 436 – was evenwel niet bedoeld. In het onderhavige wetsvoorstel is dit punt dan ook verduidelijkt door een iets andere inkleding en op p. 36, laatste alinea van de memorie van toelichting in de voormelde zin toegelicht. Daarbij is de voorkeur gegeven aan de redactie, zoals deze in het wetsvoorstel zelf is opgenomen, te weten: «Een bewijsovereenkomst staat met een vaststellingsovereenkomst gelijk voorzover zij uitsluiting van tegenbewijs meebrengt.» In de memorie van toelichting is evenwel een misslag geslopen, doordat daar een passage die nog op een eerdere redactie-poging was afgestemd, ongewijzigd is blijven staan.

Waar het op aankomt is het volgende. De gelijkstelling van een bewijsovereenkomst met een vaststellingsovereenkomst is alleen op haar plaats

«voorzover» de overeenkomst uitsluiting van tegenbewijs niet alleen «inhoudt», maar ook daadwerkelijk «meebrengt» in die zin dat de bewijsvraag daadwerkelijk aan de orde komt en – aan de hand van de uitsluiting van het tegenbewijs – wordt beantwoord. Dit doet zich niet voor, wanneer partijen het erover eens zijn dat de werkelijkheid anders is. Men komt dan immers aan de bewijsvraag niet meer toe en de rechter zal dan de tussen partijen bestaande overeenstemming tot uitgangspunt moeten nemen.

In de literatuur is de aangebrachte wijziging onopgemerkt gebleven. Sinds de indiening van het onderhavige wetsvoorstel in 1983 mist de door de oorspronkelijke tekst ingegeven kritiek echter doel. Wel vraagt thans nog aandacht de door de Commissie eveneens aangehaalde passage in Asser-Kleijn, (1988), nr. 362, waarin op een ander gevolg van artikel 7.15.1 lid 3 wordt gewezen, waarvoor deze bepaling nu juist wel is geschreven. Dat gevolg komt hierop neer dat deze bepaling voorkomt dat men het in het wetsontwerp voor de vaststellingsovereenkomst gekozen dispositieve stelsel zou kunnen ontgaan door in plaats van een vaststellingsovereenkomst de vorm van een bewijsovereenkomst met uitsluiting van tegenbewijs te kiezen. Dit laatste is onwenselijk. Het zou er bijv. toe leiden dat men zakenrechtelijke gevolgen in het leven zou kunnen roepen bij een overeenkomst over een onzekere grens tussen twee onroerende zaken, ook zonder dat aan de vereisten van een levering (notariële akte met inschrijving daarvan in de openbare registers) zou zijn voldaan. De strekking van het dispositieve stelsel is nu juist om te voorkomen dat met dergelijke vereisten de hand zou kunnen worden gelicht; men zie ook de memorie van toelichting, p. 38, eerste hele alinea. Daarbij komt dat vaststellingsovereenkomst en contractuele uitsluiting van tegenbewijs moeilijk van elkaar te onderscheiden kunnen zijn. Juist is de opmerking van Kleijn dat partijen zich vaak niet zullen realiseren dat na een bewijsovereenkomst met uitsluiting van tegenbewijs nog een levering nodig zal zijn, willen ook de daarmee beoogde zakelijke gevolgen intreden. Maar dit bezwaar – dat zich trouwens ook bij een vaststellingsovereenkomst tussen niet juridisch geschoolde partijen kan voordoen – weegt niet op tegen de wenselijkheid om terwille van de rechtzekerheid ook in deze gevallen vast te houden aan de vereisten van het zakenrecht, die voor registergoederen in het bijzonder meebrengen dat de rechtstoestand daarvan zoveel mogelijk uit de openbare registers kenbaar is.

Ook voor de toepassing van de overige bepalingen van titel 7.15 verdient het de voorkeur om een bewijsovereenkomst met uitsluiting van tegenbewijs met een vaststellingsovereenkomst gelijk te stellen. Voor wat betreft de artikelen 7.15.3 en 4, behoeft nauwelijks toelichting dat een verschillende behandeling van deze overeenkomsten hier moeilijk te rechtvaardigen is. Voor wat betreft de artikelen 7.15.5 en 6, dient te worden vooropgesteld dat artikel 7.15.1 lid 3 hier in het bijzonder van belang is met het oog op het geval dat de bindende partijbeslissing of het bindend advies van een derde in deze vorm is gegoten dat zij als bewijs zal gelden van bepaalde feiten, met uitsluiting van tegenbewijs. Ook hier valt niet in te zien waarom dit geval anders zou moeten worden behandeld dan dat waarin die beslissing of ook bindend advies de vorm heeft van een «vaststelling» als waarop de artikelen 7.15.5 en 6 in verbinding met artikel 7.15 lid 2 betrekking hebben. Ook hier geldt bovendien dat het niet mogelijk moet zijn de toepasselijkheid van deze artikelen te ontgaan door de vorm van een bewijsovereenkomst met uitsluiting van tegenbewijs te kiezen.

Artikel 7.15.2

Het stemt tot verheugenis dat ook de Commissie het standpunt van de regering onderschreef en overtuigd was van de voordelen van het in dit artikel neergelegde dispositieve stelsel.

Wel heeft de Commissie zich afgevraagd wat in dit verband de betekenis is van de verwijzing in de memorie van toelichting, p. 34, onder b, naar artikel 3.7.1.14a, waaraan de Commissie beschouwingen heeft verbonden omtrent het rechtskarakter van de verdeling volgens het stelsel van titel 3.7.

Het voorstel van de Commissie om zowel voor de verdeling van een gemeenschap als voor de vaststellingsovereenkomst toekomstige discussies te voorkomen door een nadere omlijning van de termen dispositief of translatief enerzijds en declaratief of declaratoir anderzijds is om verschillende redenen niet voor verwezenlijking vatbaar.

In de eerste plaats gaat het hier niet om wettelijke termen, maar om termen die slechts in de literatuur worden gebezigd en waarvan de omlijning daarom moeilijk anders dan aan de wetenschap kan worden overgelaten. Zij zijn overigens ook slechts geschikt om kort aan te duiden wat uit de wetsbepalingen die op de daadwerkelijke rechtsgevolgen van de verdeling onderscheidenlijke vaststellingsovereenkomst betrekking hebben, kan worden afgeleid. In elk geval verdient het geen aanbeveling deze termen in het onderhavige stadium een andere betekenis te geven dan die waarin zij tot nu toe in de parlementaire geschiedenis van titel 3.7 en in de toelichting op het voorontwerp en de memorie van toelichting bij titel 7.15 zijn gebezigd; men zie met name de omschrijving op p. 33, onderaan, van die memorie.

In de tweede plaats wordt – anders dan in het voorlopig verslag wordt verondersteld – in de daar aangehaalde passage uit de memorie van toelichting niet betoogd dat verdeling en vaststellingsovereenkomst in karakter met elkaar overeenstemmen. Een dergelijk betoog zou ook niet juist zijn, nu het rechtskarakter van de verdeling mede wordt bepaald door artikel 3:186 lid 2, een bepaling die geen tegenhanger in titel 7.15 heeft. Artikel 3:186 leidt, wat de verdeling betreft, tot een op pragmatische gronden gekozen tussenstelsel, dat in een deel van de literatuur niet ten onrechte wordt omschreven als noch geheel dispositief (of: translatief) noch geheel declaratief; men zie bijv. Schoordijk, *Mede-eigendom, gemeenschap, rechtspersoonlijkheid 1983*, p. 115 en 137, die in dit verband van een schijntegenstelling spreekt, Van Mourik, *Gemeenschap, Nieuw NBW*, p. 60, en Pitlo – Van der Burght, *Erfrecht 1987*, p. 387. In dit stelsel speelt, zoals de Commissie terecht signaleert, artikel 3:186 lid 1 slechts deze rol dat voor de uiteindelijke eigendoms-overgang (niet: overdracht) slechts een levering wordt voorgeschreven omdat het wenselijk is geacht dat ook in dit geval de leveringsformaliteiten worden nageleefd, eer zakenrechtelijke gevolgen intreden. Het gevolg van deze levering is derhalve niet dat krachtens overdracht verkregen wordt, maar dat de levering, tezamen met de verdeling waarop zij berust, de eigendom doet overgaan krachtens de titel op grond waarvan de deelgenoten het toegedeelde tevoren samen hielden, bijv. in geval van verdeling van een nalatenschap, krachtens erfopvolging. Dit laatste vloeit voort uit artikel 3:186 lid 2.

Deze specifieke regeling in titel 3.7 is – anders dan de Commissie heeft verondersteld – voor de uitleg van de bepalingen van titel 7.15 zonder belang. In de door de Commissie bedoelde passage van de memorie van toelichting is artikel 3:186 dan ook alleen vermeld in het kader van het betoog dat het onwenselijk is om in titel 7.15 een «geheel ander stelsel» te volgen dan in een aantal andere gevallen die met de vaststellingsovereenkomst «gelijkenis» vertonen. Een van die gevallen is

de verdeling van een gemeenschap. Nu bij een zodanige verdeling onwenselijk is geacht de eigendom zonder leveringshandeling te laten overgaan, zou het weinig consequent zijn om bij de vaststellingsovereenkomst een stelsel te kiezen dat zou toelaten zakenrechtelijke gevolgen in het leven te roepen zonder dat enige leveringshandeling vereist is.

Kort samengevat komt het voorgaande erop neer dat bij de vaststellingsovereenkomst het declaratieve aspect, dat voor de verdeling voortvloeit uit artikel 3:186 lid 2, ontbreekt. Deze overeenkomst heeft derhalve in het stelsel van het wetsvoorstel een volledig dispositief karakter, ook wanneer zij in declaratieve vorm zou zijn geformuleerd, iets dat het wetsvoorstel juist daarom niet behoeft uit te sluiten; men zie de memorie van toelichting, p. 38, eerste hele alinea. Wel zal soms in de vaststellingsovereenkomst zelf voldaan kunnen zijn aan de vereisten, die vervuld moeten worden voor de zakelijke werking van de vaststelling, namelijk in het geval van artikel 7.15.2 lid 3, dat dit duidelijkshalve met zoveel woorden bepaalt.

In het voorlopige verslag is bij het onderhavige artikel tot slot de vraag gesteld of de vaststellingsovereenkomst een abstracte of een causale rechtshandeling is, waarbij de Commissie in herinnering heeft gebracht dat bij de verdeling van een gemeenschap de literatuur ter zake van deze zelfde vraag verdeeld is.

De verdeeldheid die op dit punt in de literatuur is ontstaan, berust voor een belangrijk deel hierop dat men uiteenlopende situaties op het oog heeft. In het stelsel van het nieuw BW is een handeling causaal, wanneer haar geldigheid afhankelijk is van de aanwezigheid van een geldige titel in de zin van «rechtsgrond». Men zie voor een overzicht van het beperkte aantal gevallen waarvoor deze eis gesteld wordt, W. Sniijders, *Liber Amicorum NBW*, opstellen aangeboden aan Mr. Drs. B.C. de Die, p. 59 e.v. Hiervan uitgaande is een verdeling causaal, omdat haar rechtskracht afhangt van de aanwezigheid van een geldige titel als bedoeld in artikel 3:186 lid 2, zoals ook de levering van artikel 3:186 lid 1 als causaal kan worden beschouwd omdat zij slechts rechtskracht heeft, wanneer er een geldige verdeling aan ten grondslag ligt.

Dat neemt niet weg dat een rechtshandeling, ongeacht haar al of niet causale krachten, vaak ten opzichte van andere feiten of een andere rechtsverhouding dan een «titel» of «rechtsgrond» als abstract moet worden beschouwd. Zo is een verdeling abstract te noemen, voor zover men het oog heeft op het feit dat haar geldigheid geabstraheerd is van bijv. de geldigheid van een voorafgaande obligatoire overeenkomst die tot de verdeling verplicht. Een dergelijke abstractie is aangenomen in HR 12 december 1947, NJ 1948, 109, terwijl enkele schrijvers uit het door de Commissie geciteerde HR 28 november 1958, NJ 1959, 125, hebben afgeleid dat de Hoge Raad hierop zou zijn teruggekomen, omdat in dit geval voor wat betreft de geldigheid van een boedelscheiding niet werd geabstraheerd van de geldigheid van de meer omvattende overeenkomst, waarvan die boedelscheiding een onderdeel vormde. Dit staat echter buiten de vraag of de verdeling een causale rechtshandeling is in de bovenbedoelde specifieke betekenis; men zie ook hier Sniijders, t.a.p. in het bijzonder p. 61-62, waar verdere voorbeelden met betrekking tot de verdeling te vinden zijn.

Langs vergelijkbare lijnen dient de vraag te worden beantwoord van welke feiten of van welke rechtsverhouding bij de figuur van een vaststellingsovereenkomst wordt geabstraheerd. In Asser-Kleijn, nr. 365, in het voorlopig verslag aangehaald, wordt er terecht op gewezen dat de vaststellingsovereenkomst naar haar aard in zoverre abstract is dat haar geldigheid niet afhangt van het al of niet bestaan van de onzekere rechtsverhouding, met betrekking waartoe een vaststelling nu juist nodig is om aan deze onzekerheid een einde te maken. Anderzijds wordt van de onderliggende rechtsverhouding juist niet geabstraheerd, voor zover

partijen het bestaan daarvan bij de opheffing van de onzekerheid op andere punten als vaststaand uitgangspunt hebben genomen. Blijkt dit uitgangspunt achteraf onjuist, dan zullen partijen de vaststellingsovereenkomst in beginsel kunnen vernietigen op grond van de artikelen 6:228 en 229; men zie de memorie van toelichting, p. 35. Maar in de hiervoor weergegeven terminologie van het nieuwe wetboek – waarin ook het huidige begrip «oorzaak van de overeenkomst» niet meer wordt gebezigd – kan men de vaststellingsovereenkomst op deze grond toch niet als een causale rechtshandeling aanduiden. Wel kan men zeggen dat de leveringshandeling die krachtens artikel 7.15.2 vereist is om aan de vaststelling zakelijke werking te geven, causaal van aard is in die zin dat, indien de vaststellingsovereenkomst die krachtens artikel 7.15.2 lid 2 tot deze levering verplicht, niet geldig blijkt te zijn, ook de levering geen rechtsgevolg heeft.

Artikel 7.15.3

De Commissie heeft onder verwijzing naar Asser-Kleijn, 1988, p. 380, gevraagd waarom dit artikel slechts geldt voor een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil en niet tevens voor een vaststelling ter voorkoming van onzekerheid of geschil.

Het antwoord op deze vraag is te vinden op p. 1141 van de toelichting op het voorontwerp van Boek 7, derde alinea. Daar wordt te dien zake het volgende opgemerkt:

«In de derde plaats spreekt de bepaling alleen over beëindiging, niet over voorkoming van onzekerheid of geschil. In het laatste geval is toetsing aan dwingend recht als zodanig dus niet uitgesloten. Enerzijds is hier immers het belang van partijen, dat reeds dadelijk een bindende oplossing wordt verkregen, gewoonlijk minder dringend, en anderzijds is het gevaar groot dat een vaststelling vooraf met de geldende rechtsregels minder rekening zal houden. Wil de grotere vrijheid ten aanzien van dwingend recht aanwezig zijn, dan moet de vaststelling dus worden gegeven ten aanzien van een reeds bestaande onzekerheid of reeds bestaand geschil. Dat een beslissing berust op een vaststellingsovereenkomst die reeds voor het ontstaan van onzekerheid of geschil was gesloten, is uiteraard in dit verband niet van belang.»

Artikel 7.15.5

De Commissie heeft gevraagd nader toe te lichten waarom in het eerste lid van dit artikel voor de sanctie van vernietigbaarheid is gekozen.

Zoals aangegeven in de toelichting op het voorontwerp van Boek 7, p. 1146–1147, heeft daarbij de bedoeling voorgezet ten wille van de rechtszekerheid het effect van de betreffende strijd met redelijkheid en billijkheid niet van rechtswege te doen intreden, maar slechts door een tot vernietiging strekkende verklaring of rechterlijke uitspraak. Anders dan bij artikel 6:258 is het daarbij te gecompliceerd geacht om steeds een rechterlijke uitspraak voor te schrijven. Een bijkomend voordeel van deze keuze is, dat daarmee de regeling betreffende vernietigbaarheid in titel 3.2 van toepassing wordt, waardoor de rechtszekerheid eveneens wordt gediend. Deze laatste grond voor de onderhavige sanctie wordt dan ook in de tweede alinea van de memorie van toelichting op het onderhavige artikel in herinnering gebracht. Daar wordt er ook de aandacht op gevestigd dat aldus tevens de daar opgenomen regels betreffende verjaring van toepassing zijn.

Een regeling die uitmondt in vernietigbaarheid, zou voor de algemene regel van artikel 6:248 – die een zeer ruim toepassingsgebied heeft en voor sterk uiteenlopende gevallen, waaronder ook zeer incidentele, geldt

– te weinig soepel zijn. Dat beide voormelde bepalingen, bij de gelijke maatstaf van verschillende sancties zijn voorzien, vindt in een en ander zijn verklaring.

Artikel 7.15.6

De woorden «wegens een tekortkoming in de nakoming daarvan» geven aan dat hier aan de ontbinding van artikel 6:265 is gedacht. Een ontbinding krachtens artikel 6:258 komt niet aan de orde, omdat de rechter daar al voldoende armsgslag heeft en een enkele eenzijdige verklaring in dit geval reeds krachtens artikel 6:258 zelf niet voldoende is. Ook een ontbinding wegens de vervulling van een ontbindende voorwaarde valt buiten het artikel. Er is geen reden om aan een dergelijke vervulling haar werking te onthouden, tenzij partijen zelf op dit punt beperkingen zijn overeengekomen.

HOOFDSTUK II

Met betrekking tot de voorgestelde onderdelen in Hoofdstuk II van de Nota van Wijziging kan het volgende worden opgemerkt.

Artikel 67 Wetboek van Koophandel komt overeen met het bepaalde in artikel 7.7.4.2 lid 1 en kan dus vervallen. (Voor de volledigheid zij opgemerkt dat art. 67a reeds vervalt ingevolge het zevende gedeelte van de Invoeringswet, Wet van 28 december 1989, Stb. 616, Hoofdstuk II, Artikel VI).

Het eerste lid van artikel 68a lid 1 Wetboek van Koophandel kan vervallen in verband met het bepaalde in artikel 843a Rv.. Weliswaar is artikel 68a lid 1 zodanig geformuleerd, dat de rechter een en ander ook ambtshalve kan bevelen (hetgeen van belang is met het oog op de toezichthoudende functie van de rechtbank op de makelaar) maar deze ambtshalve bevoegdheid vloeit reeds voort uit artikel 65a. Lid 2 van artikel 68a is tenslotte overbodig naast artikel 179 lid 2 Rv.

Artikel VIII vervalt in verband met het door de wet van 26 juni 1991, Stb. 369, vervallen van artikel 10 Wet aansprakelijkheid kernongevallen. Artikel X vervalt in verband met het door de wet van 6 juni 1991, Stb. 379, vervallen van artikel 19 Waterstaatswet 1900.

De Minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin