

De inzet van remedies uit overeenkomst jegens derden

Door mr. dr. A.H. Lamers¹

1. Inleiding

De Hoge Raad heeft in het ‘klassieke’ arrest Pos/Van de Bosch uit 1967² toegestaan dat schadevergoeding welke op grond van onrechtmatige daad werd toegekend diende te worden voldaan door ‘herstel in de oude toestand’.

A (Van den Bosch) sloot een pachtovereenkomst met koopoptie met B (Brouwer). De koopoptie hield in dat Van den Bosch 1^o optie van koop had ten aanzien van het land en de opstallen die hij van Brouwer had gepacht op het moment dat Brouwer en zijn twee bij hem inwonende zusters waren overleden. Als de laatste zuster (tante Neeltje) overlijdt, blijkt dat zij de grond met opstallen een jaar eerder heeft geschonken en overgedragen aan haar neefje Pos (C) die vervolgens stelt dat hij eigenaar is en hij geen overeenkomst met Van den Bosch heeft. Mede omdat C als adviseur van tante Neeltje wist dat B een koopoptie met A had, is de rechter van mening dat C een onrechtmatige daad jegens A heeft begaan door de schenking te accepteren. De rechter kent A echter geen schadevergoeding in geld toe maar gelast dat de schadevergoeding dient te bestaan in ongedaanmaking van de schenkingsovereenkomst waardoor het land met de opstallen alsnog aan Van den Bosch door middel van een koopovereenkomst kon worden overgedragen.

Deze rechterlijke oplossing is in zoverre bijzonder dat wordt afgeweken van de hoofdregel dat het plegen van een onrechtmatige daad in beginsel wordt gecompenseerd met het betalen van een schadevergoeding.³ De regel dat de rechter op vordering van benadeelde schadevergoeding anders dan in geld kan toekennen is thans vastgelegd in art. 6:103 BW. Dit artikel biedt een ongekend aantal mogelijkheden om te ontsnappen aan de hoofdregel om in het geval van onrechtmatige daad de gelaedeerde slechts te kunnen compenseren met geld. Zulks past ook goed in het systeem van het privaatrecht nu alle rechtsfiguren in meer of minder verband staan met de redelijkheid en de billijkheid, die het hele verbintenissenrecht beheersen.⁴

Het is ook mogelijk de door de rechter gekozen oplossing in de zaak Pos/Van de Bosch uit 1967 te zien als het toewijzen van een vordering tot nakoming aan een gelaedeerde (B) die geen partij bij de overeenkomst was tussen A en C. Dat laatste is bijzonder omdat het zich laat aanzien dat de rechtspraak er sinds de ontwikkeling van de zogenaamde schakeljurisprudentie⁵ voornamelijk niets voor voelt om een derde-gelaedeerde⁶ toe te laten tot de inzet van remedies die primair zijn bedoeld om de gelaedeerde binnen een contractsrelatie te beschermen⁷.

In deze bijdrage zal ik een lans breken voor de gedachte dat het onder omstandigheden mogelijk zou moeten zijn om als derde-gelaedeerde niet alleen schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad te kunnen vorderen maar dat het onder omstandigheden ook mogelijk zou moeten zijn dat de derde-gelaedeerde contractenrechtelijke remedies kan inzetten jegens degene die toerekenbaar tekort komt in een contractsrelatie waarbij deze derde geen directe partij is.

¹ Mr. dr. A.H. (Ton) Lamers, is als sr. postdoc onderzoeker verbonden aan de OU.

² HR 17 november 1967, NJ 1968, 42, m.nt. GJS (Pos- Van den Bosch of Tante Neeltje)

³ PG 6, p. 362

⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6 III, Deventer: Kluwer 2013 nr. 454

⁵ Ook wel de jurisprudentie rondom de ‘samenhangende rechtsverhoudingen’ zoals onder andere: HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323 (Staat/Degens), HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m. nt. JBMV (Jans/Fiat), HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98 m. nt. JBMV (Mooijman/Netjes), HR 24 september, RvdW 2004, 108 (Vleesmeesters/Alog), HR 20 januari 2012, NJ 2012, 60 (APF/Foto Noord), HR 3 februari 2012, NJ 2012, 91 (Eureco), HR 21 december 2012, LjN BY0485 (HZPC/Veritas)

. Samoy en Loos spreken van “linked contracts” in *Linked Contracts*, Cambridge: Intersentia 2012

⁶ Het woord “gelaedeerde” wordt in de rechtsliteratuur niet zelden gebruikt om de persoon aan te duiden die schade heeft geleden als gevolg van een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad. Het begrip ‘gelaedeerde’ wordt in deze publicatie ook bedoeld als degene die ‘nadeel’ heeft geleden ten gevolge van een wanprestatie. Een derde-gelaedeerde is een persoon nadeel lijdt als gevolg van wanprestatie binnen een overeenkomst waarbij deze derde geen partij is.

⁷ Anders: de Kantonrechter te Almelo in het hierna te bespreken vonnis van 28 mei 2013 (LjN CA1652)

2. Nakoming als primaire remedie

In het geval een contractspartij binnen een wederkerige overeenkomst jegens een wederpartij toerekenbaar tekort komt, staan hem onder andere de volgende remedies ter beschikking. Ten eerste kan de gelaedeerde nakoming vorderen⁸ al dan niet versterkt door een dwangsom⁹, ten tweede kan de gelaedeerde de overeenkomst ontbinden.¹⁰ Verder kan de contractspartner jegens wie niet naar behoren is nagekomen al dan niet in combinatie van de eerste en tweede remedie voornoemd, schadevergoeding vorderen.¹¹ Daarnaast kan de benadeelde een beroep doen op zijn opschortingsrecht¹² en tot slot kan, indien de omstandigheden zulks rechtvaardigen, de benadeelde de rechter verzoeken de inhoud van de overeenkomst te wijzigen.¹³

Nakoming vorderen is de primaire remedie die de gelaedeerde contractspartner kan inzetten.¹⁴ Men sluit immers een overeenkomst met het oog op de nakoming.¹⁵ De gedachte dat men de wederpartij in het geval van wanprestatie door tussenkomst van de rechter tot nakoming kan dwingen is wellicht de meest directe uitwerking van de wijze waarop vanaf de middeleeuwen in de civil law traditie werd gedacht over het contractenrecht en welke is neergelegd in de spreuk “Pacta sunt servanda”. Deze gedachte is op zijn beurt mede gestoeld op het idee dat, wil men een stabiele economie/maatschappij inrichten, men moet kunnen rekenen op zijn handelspartners.¹⁶ Het handelsverkeer is vergeleken met de middeleeuwen echter exponentieel complexer geworden. Deze complexiteit uit zich doordat de relaties in het handelsverkeer niet altijd meer zijn terug te brengen tot bilaterale contractsrelaties in die zin dat A zaken doet met B en daarmee de transactieketen is afgesloten. Polak spreekt van massificatie als pluraliteitstendens in het privaatrecht en bedoelt daarmee de opkomst van constellaties in en buiten rechte waarin zich aan een of beide zijden een veelheid van partijen aandient of de belangen van velen aan de orde zijn, naast het traditionele één op één scenario¹⁷.

Getuige de hiervoor genoemde schakeljurisprudentie wordt de rechtspraak sinds het laatste deel van de vorige eeuw steeds vaker geconfronteerd met situaties waarin zij, die geen partij zijn bij een bepaalde overeenkomst, als gevolg van een binnen die overeenkomst gepleegde wanprestatie schade lijden. Deze derde-gelaedeerden hebben niet zelden veel minder belang bij vergoeding van de schade in geld maar veel meer bij ‘schadevergoeding’ in een andere vorm, namelijk door de inzet van een van voornoemde remedies: nakoming, ontbinding, opschorting of wijziging van de overeenkomst.

In de volgende paragraaf zullen twee voorbeelden worden gegeven waaruit blijkt dat de ‘derde-gelaedeerde’ meer belang heeft bij een remedie (behorende bij overeenkomst) dan een schadevergoeding in geld op grond van onrechtmatige daad. Het eerste voorbeeld is gebaseerd op de door de wetgever geschetste problematiek betreffende de onderhuur van bedrijfsruimten¹⁸ in het wetsvoorstel ‘Vaststelling van afdeling 7.4.6 van het Burgerlijk Wetboek (huur van bedrijfsruimten)’¹⁹, het tweede voorbeeld is ontleend aan recente rechtspraak.

⁸ Art. 3:296 BW. Dit artikel wordt in de literatuur niet zelden aangewezen als bron van het vorderingsrecht maar strikt genomen verschaft deze bepaling slechts de basis voor het vorderingsrecht en verleent zij geen (materieel) vorderingsrecht: Asser Hartkamp/Sieburgh, *De verbintenissen in het algemeen*, (6-1), Deventer: Kluwer 2012, nr. 380. Verder in dit artikel wordt nader op deze materie ingegaan.

⁹ Art. 611a Rv

¹⁰ Art. 6:265 BW

¹¹ Art. 6:85 BW (vertragingsschade), art 6:277 BW (vervangende schade vergoeding), art. 6:96 BW (positief contractsbelang), art. 6:96 NW (geleden verlies/negatief contractsbelang), art. 6:104 BW (winstafdracht/negatief contractsbelang) en art. 6:65 BW (vertragingsschade/negatief contractsbelang)

¹² Art. 6:52 e.v. BW

¹³ Art. 6:258 BW

¹⁴ Deze remedies zijn nagenoeg één op één overgenomen in het Voorstel voor een verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees Kooprecht van het Europees Parlement en de raad van 11 oktober 2011 (2011/0248 (COD)) art. 106 eerste lid. Dat is vermeldenswaardig omdat het recht om nakoming te vorderen in de grote Europese wetgevingsstudies PECL en DCFR, niet vanzelfsprekend was

¹⁵ J.G.J. Rinkes in *The principles of European Contract Law and Dutch Law*, Red. D. Busch e.a., Deventer Kluwer 2002, p. 251 en M.B.M. Loos in “idem”, p. 347

¹⁶ J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1979, p. 131

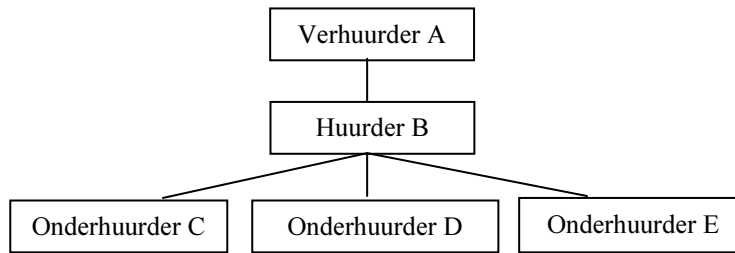
¹⁷ M.V. Polak, ‘Massificatie in veelvoud’ in E.J. Numann e.a. (red.), *Massificatie in het privaatrecht. Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia & Amicitia*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1

¹⁸ Zie over deze materie J.A. Kinderman, *Huur van bedrijfsruimten*, diss. Heerlen, Zutphen: Paris 2014

¹⁹ Kamerstukken II 2000/01, 26 932, nr. 5, p. 3.

3. Twee voorbeelden

B huurt een bedrijfsverzamelgebouw van A. Vervolgens onderverhuurt B de verschillende units in dit gebouw aan C, D en E, de onderhuurders.



In de onderhuurovereenkomst die B met de onderhuurders sluit, is een clause opgenomen die bepaalt dat B de huur met de onderhuurders huurders kan opzeggen indien de huurovereenkomst tussen A en B wordt ontbonden. Indien zich nu het geval voordoet dat B jegens A wanpresteert of, andersom, A jegens B wanpresteert dan is het goed denkbaar dat de gelaedeerde in deze contractsrelatie er voor kiest de huurovereenkomst op grond van art 6:265 BW te ontbinden omdat zich andere kansen voordoen en de gelaedeerde geen belang meer heeft bij de overeenkomst. Het is evident dat de onderhuurders nu mogelijk schade lijden. Het plegen van wanprestatie kan weliswaar een onrechtmatige daad jegens een derde inhouden²⁰ waarmee de onderhuurders hun schade vergoed zouden kunnen krijgen. Het is echter niet ondenkbaar dat de onderhuurders helemaal geen belang hebben bij een schadevergoeding maar dat zij de huurovereenkomst willen voortzetten. Zij hebben er alsdan veel meer belang bij dat de gelaedeerde in de contractsrelatie A-B nakoming vordert. Nu zij geen partij zijn bij de primaire huurovereenkomst (A-B) staat hen die remedie zelf niet ter beschikking.

Een voorbeeld uit de rechtspraak is de zaak Patiënt/Menzis.²¹ Het conflict ontspoon zich als volgt: Een patiënt laat zich behandelen bij tandarts A. De behandeling bevalt de patiënt slecht en na enkele pogingen tot herstel gaat de patiënt naar een andere tandarts (B).²² Deze laatste tandarts (B) weet het probleem snel op te lossen waarmee de patiënt van zijn klacht is verlost. Inmiddels heeft de zorgverzekeraar (Menzis) de nota van tandarts A voldaan en wenst ze het eigen risicodeel van de patiënt te incasseren. Deze patiënt stelt zich op het standpunt dat de tandarts (A) jegens hem wanprestatie heeft gepleegd. Er is tussen hem en de tandarts (A) immers sprake van een geneeskundige behandelingsovereenkomst- en daarom beroept hij zich op zijn opschortingsrecht conform art. 6:52 BW e.v. De rechtsvraag is nu of de patiënt het opschortingsrecht wel jegens de zorgverzekeraar kan inroepen omdat deze feitelijk geen partij is bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen de patiënt en tandarts A.²³

De kantonrechter overwoog: “Menzis neemt door de factuur van de zorgverlener zonder enige check bij de patiënt uit te betalen, het risico dat ten onrechte is betaald. Tot op heden heeft Menzis niet duidelijk gemaakt op welke grond zij zonder meer gerechtigd is de patiënt daardoor in diens rechtsmiddelen jegens de behandelaar te beperken” en “vooralnog is de kantonrechter van oordeel dat gedaagde (patiënt: TL) het opschortingsrecht ook jegens Menzis kan inzetten nu Menzis op eigen ‘kracht’ tot uitbetaling van de zorgkosten aan [X] (tandarts A: TL) is overgegaan”.²⁴ De kantonrechter staat dus toe dat de patiënt een remedie uit wanprestatie inzet jegens een derde met wie hij geen overeenkomst heeft, althans niet de ‘gewraakte’ overeenkomst binnen welke door tandarts A een wanprestatie is geleverd.²⁵

²⁰ Verwezen wordt naar de hiervoor genoemde ‘schakeljurisprudentie’

²¹ Rb Almelo 28 mei 2013, *LJN* CA1652. Deze uitspraak betreft een tussenvonnis van de Kantonrechter.

²² In rechte staat vast dat tandarts A een wanprestatie heeft geleverd

²³ De zorgverzekeraar heeft wel een verzekeringsovereenkomst met de patiënt en een zorgovereenkomst met de tandarts gesloten.

²⁴ ro. 4

²⁵ Helaas heeft dit tussenvonnis geen vervolg gekregen in de vorm van een eindvonnis. Nadere informatie is niet beschikbaar, waarschijnlijk hebben partijen geschikt.

In de volgende paragraaf zal vanuit het perspectief van de doctrine worden onderzocht in hoeverre de rechtsfiguur ‘nakoming vorderen’ exclusief is gereserveerd voor contractanten in directe contractenrechtelijke situaties.

4. Het perspectief van de doctrine

De artikelen 85, 96, 104 en 277 van het zesde boek BW geven de gelaedeerde in een overeenkomst het materiële (subjectieve) recht om schadevergoeding te vorderen. Art. 6:265 BW geeft de gelaedeerde in een contract de mogelijkheid de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Op grond van art. 6:52 BW kan de benadeelde in een contractsrelatie een beroep doen op het opschortingsrecht en art. 6:258 BW geeft de mogelijkheid om de overeenkomst in geval van wanprestatie te ontbinden. Een bepaling die de gelaedeerde in een overeenkomst het subjectieve recht geeft om nakoming te vorderen, is in boek 6 BW niet te vinden.

De wettelijke basis van het recht op nakoming is te vinden in art 3:296 lid 1 BW en luidt:

Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.

Dit artikel is, mede vanwege het feit dat het in boek drie is geplaatst, niet uitsluitend gericht op nakoming uit een overeenkomst maar ook op het vorderen van nakoming uit andere rechtsplichten zoals onder andere intellectuele eigendomsrechten en het goederenrecht én verbintenissen welke zijn ontstaan uit art. 6:162 BW.²⁶ Art. 3:296 lid 1 BW geeft slechts een processuele bevoegdheid om een rechtsvordering in te stellen maar geen materieel vorderingsrecht. Een bepaling die het materiële vorderingsrecht zou regelen achtte de wetgever overbodig omdat hij het recht op nakoming als een essentieel onderdeel van een verbintenis uit overeenkomst beschouwde.²⁷ Strikt juridisch gezien is het recht op nakoming eigenlijk ook geen rechtsmiddel dat ontstaat ten gevolge van niet-nakoming. Vanaf het moment van de opeisbaarheid van de vordering kan de crediteur nakoming vorderen. Het is daarvoor niet nodig dat de debiteur in verzuim is. Een ingebrekestelling voor de vordering tot nakoming is dus geen vereiste. Men zou kunnen stellen dat het recht op nakoming in landen met een civil law traditie een essentie is van de verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst.²⁸

De basis van het materiële recht op nakoming is in het Nederlandse recht echter gelegen in de gedachte dat de vordering rechtstreeks voortvloeit uit (de verbintenis uit) de overeenkomst.²⁹ Met dat laatste is het recht op nakoming in de doctrine gekoppeld aan de verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst. In de toelichting van het ontwerp BW van Meijers wordt echter benadrukt dat het begrip ‘subjectief recht’ wordt vermeden omdat zulks tot een beperkt gebied van toepassing van de rechtsvordering zou leiden. In deze laatste zinsnede kan, zoals hiervoor reeds is besproken, worden gelezen dat ook in het geval van een verbintenis uit onrechtmatige daad de gelaedeerde nakoming zou moeten kunnen vorderen.³⁰ Hoewel de uitspraak in de zaak Pos/Van de Bosch daar sterk op lijkt is zulks naar mijn weten in de rechtspraak echter nooit met zoveel woorden gehonoreerd.

Castermans betoogt dat ondanks de verschillen die samenhangen met het systeem van het BW, uit de parlementaire geschiedenis behorende bij de artikelen 6:74 (wanprestatie) en 6:162 (onrechtmatige daad), niet kan worden afgeleid dat beide regelingen exclusiviteit is toebedacht indien een partij schade heeft geleden veroorzaakt door gedrag dat zowel een tekortkoming in de nakoming (tussen contractspartijen) als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt.³¹ Het enkele feit dat er een speciale regeling voor niet-nakoming van verbintenissen bestaat, volstaat dus niet om exclusieve werking toe te kennen. Deze auteur plaatst de materie vervolgens in het perspectief van de zorgplichten en abstraheert daarmee het onderscheid tussen een eventuele actie uit wanprestatie en

²⁶ D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, Deventer: Kluwer 2009, p. 12

²⁷ PG Boek 6, p. 919

²⁸ Zoals hiervoor reeds vermeld staat in de Common Law traditie schadevergoeding voorop.

²⁹ Asser Hartkamp/Sieburgh, *De verbintenis in het algemeen*, (6-1), Deventer: Kluwer 2012, nr. 380

³⁰ TM, p. 298

³¹ In de Common Law traditie is wanprestatie een species van de onrechtmatige daad, zie: W.J. Zwolve, *Common Law en Civil Law* (Uniken Venema's), Den Haag: Boom 2008, p. 611-612 en H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe B.W. (Titel 1 t/m5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 407

onrechtmatige daad van de gedachte dat er alleen sprake kan zijn van een wanprestatie als de gelaedeerde een contractsrelatie heeft met degene die hij aanspreekt. Als voorbeeld wordt gegeven de situatie dat iemand op grond van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm een dossier moet teruggeven aan de persoon die het toekomt. Alsdan is het zinvol om deze regels van nakoming op deze ‘kale rechtsplicht’ toe te passen. Hiermee is het recht op nakoming buiten de grenzen van de contractuele relatie getrokken.³²

Uit het voorgaande volgt dat vanuit het perspectief van de doctrine de rechtsfiguur ‘nakoming vorderen’ niet exclusief is gereserveerd voor contractanten in directe contractenrechtelijke situaties. In de volgende paragraaf zullen voorbeelden uit de rechtspraak worden gegeven waarin wordt erkend dat het door middel van het plegen van wanprestatie binnen een bilaterale overeenkomst, mogelijk is een onrechtmatige daad jegens een derde die niet direct middels een bilaterale overeenkomst met de gelaedeerde is verbonden, te plegen. De hiervoor beschreven dogmatische grens die het vooralsnog onmogelijk maakt om als derde-gelaedeerde wel schadevergoeding maar geen nakoming te kunnen vorderen, is daardoor flinterdun.

5. Oplossingen in de rechtspraak

De verdichtende maatschappij is oorzaak van complexer wordende contractsrelaties.³³ In de rechtspraak is in de laatste twee decennia meermalen de vraag aan de orde geweest of verschillende contracten een zodanige samenhang vertonen dat zij op de een of andere manier onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. In deze paragraaf wil ik een poging doen om de schakeljurisprudentie in te delen in drie categorieën.

De *eerste* groep is de groep van de zogenaamde flankerende overeenkomsten. De samenhang tussen twee overeenkomsten bestaat in deze groep hierin dat een partij twee overeenkomsten sluit met twee verschillende partijen. De ene overeenkomst is een (huur-) koopovereenkomst (1) en de tweede overeenkomst is een andere overeenkomst die bedoeld is om de eerste overeenkomst te faciliteren zoals bijvoorbeeld een kredietovereenkomst (2). Als vervolgens overeenkomst 1 wordt ontbonden of niet kan worden nagekomen dan is het lot van overeenkomst 2 verbonden aan dat van overeenkomst 1. Er zijn ook variaties denkbaar waarin de flankerende overeenkomst geen kredietovereenkomst is maar bijvoorbeeld een overeenkomst van bruikleen of een bemiddelingsovereenkomst.³⁴

In de *tweede* groep wordt de samenhang gevonden in het feit dat twee partijen met elkaar contracteren en dat een van beide partijen jegens de ander wanpresteert. Als gevolg van deze wanprestatie wordt jegens een derde een onrechtmatige daad gepleegd.³⁵

De *derde* groep is de groep van de ‘parallele’ overeenkomsten’ waarin de samenhang wordt gevonden in het feit dat twee partijen twee (of meer) overeenkomsten met elkaar sluiten. Deze overeenkomsten zijn gelijktijdig aangegaan waarbij het aangaan van de ene overeenkomst voorwaarde was voor totstandkoming van de andere overeenkomst(en). In tegenstelling tot groep 1 (flankerende overeenkomsten) faciliteert de ene overeenkomst de andere niet. Het is wel zo dat beide overeenkomsten lotsverbonden zijn. Dat wil zeggen dat met het teniet gaan van de ene overeenkomst ook de andere teniet zal gaan.³⁶

Een eventuele *vierde* en *vijfde* groep zouden kunnen worden gevormd door een groep waarbij een kettingbeding partijen die geen directe contractsrelatie met elkaar hebben, bij elkaar brengt³⁷ en een groep waarbij exoneraties doorwerken jegens derden.³⁸

³² A.G. Castermans, ‘Partijautonomie tussen contract en onrechtmatige daad, AA november 2012, p. 859-868

³³ A.L.H. Ernes, *Und die Moral von der Geschicht...*, oratie, Heerlen: Open Universiteit 2011

³⁴ HR 23 januari 1998, *NJ* 1990, 97 m. nt. JBMV (Jans/Fiat), HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 307 (Meissner/Arenda), HvJ 4 oktober 2007, *NJ* 2008, 37 (Rampion), HR 20 januari 2012, *NJ* 2012, 60 (Agfa Photo Finance/Foto Noort, Hof Leeuwarden, *LJN* BX 1955 (Agfa Photo Finance/Geïntimeerde)

³⁵ HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98 m.nt. JBMV (Mooijman/Netjes), HR 24 september 2004, *NJ* 2008, 587 (Vleesmeesters/Alog), HR 20 januari 2012, *NJ* 2012, 59 (Wiertz/Visseren)

³⁶ HR 23 september 2005, *NJ* 2006, 100 (Lisman/Sint Willibrord), Hof ‘Hertogenbosch 10 augustus 2010, *LJN* BN4019 (Elfenmeer/Pluivers), Hof Arnhem 23 november 2010, *LJN* BP7695 ((ploegrui), Hof Amsterdam 8 november 2011, *LJN* BU8951 (Huis van de bureu)

³⁷ Rb Amsterdam 24 december 2012, *LJN* BY7240 (Piedra/Warmoezenier)

De hiervoor beschreven groepen 1 t/m 3 hebben met elkaar gemeen dat degene die nadeel lijdt als gevolg van wanprestatie geen directe contractspartner is bij het contract dat op de een of andere manier averij heeft opgelopen. Het gevolg daarvan is dat de gelaedeerde op grond van onrechtmatige daad maximaal de schade die hij heeft geleden van de wanpresterende partij vergoed kan krijgen. Dit kan in bepaalde situaties zeer onbevredigend zijn. Hiervoor is al een voorbeeld gegeven waarbij de derde-gelaedeerde (de onderhuurders) meer belang hebben bij nakoming dan bij schadevergoeding.

In de volgende paragraaf zal een dogmatisch bezwaar tegen het pleidooi om het mogelijk te maken dat derden-gelaedeerden de remedies uit overeenkomst kunnen inzetten jegens degene die wanprestatie levert worden besproken. Het is immers zo dat deze vorm van pluraliteit van wilsbinding de tot nu toe geldende wilsautonomie in zekere zin geweld aan doet.

6. Bezwaren tegen pluraliteit van wilsbinding

Reeds in voorgaande publicaties betoogde ik dat de relativiteit van contractswerking geen voorwaarde meer kan zijn voor gebondenheid aan een overeenkomst.³⁹ De relativiteit kan er mijns inziens niet meer aan in de weg staan dat een overeenkomst rechtsgevolgen heeft jegens derden en evenmin dat derden hieraan voorbij kunnen gaan. Deze relativiteit van de contractswerking rust op het beginsel van de partijautonomie dat op haar beurt weer is geworteld in wil en vertrouwen. Het autonomiebeginsel houdt dus wilsautonomie in.⁴⁰ Ook Du Perron betoogde dat contracten niet alleen op autonomie, wil en vertrouwen berusten maar ook op heteronome normen zoals bijvoorbeeld de redelijkheid en de billijkheid alsmede dwingendrechtelijke regels die door het recht worden opgelegd. Dat partijen niet geheel vrij zijn om een overeenkomst naar eigen inzicht vorm te geven, tast aldus het autonomiebeginsel als grondslag voor de gebondenheid niet aan.⁴¹ Dat de partijautonomie de laatste decennia meer en meer is beperkt constateert ook Castermans.⁴² Deze auteur geeft aan dat de regels van contractenrecht er beter op dienen te zijn gericht om het uitvoeren van overeenkomsten in goede banen te leiden, vooral door voorzieningen te treffen met betrekking tot onderwerpen die partijen ongeregeld hebben gelaten. Deze regels stellen burgers aldus in staat hun autonomie te verwezenlijken en tegelijkertijd begrenzen zij de partijautonomie.

Nochtans levert het analyseren van de wijze waarop de privaatrechtdogmatiek zich in de praktijk soms klem zet als het gevolg van het feit dat de economie complexer wordt ook weerstand op.⁴³ Zo betoogt Rinkes dat pluraliteit van wilsbinding de kern lijkt te zijn van het niet zelden verwarrende beeld dat in de rechtspraak en de literatuur wordt geschetst van meerpartij-contracten, groepscontracten en verbonden rechtsverhoudingen. Hij verwijst daarbij naar het Fiat arrest⁴⁴ waarin de Hoge Raad bevestigde dat twee overeenkomsten op zodanige wijze met elkaar zijn verbonden zodat met vernietiging van de ene overeenkomst ook de andere dient te worden vernietigd (groep 1). Vervolgens merkt deze auteur op dat de verbondenheid van een overeenkomst tussen A en B in een omgeving waarbinnen meerdere belangen van ook andere partijen betrokken zijn, dit kennelijk leidt tot verwarring bij het rechtsdenken in die zin dat in de contractsbinding zelf een pluraliteit van wilsbinding kan worden herkend die inhoudt dat partijen niet enkel belangen van betrokken derden dienen te ontzien maar evenzeer dat partijen zich bewust dienen te zijn van die belangen bij de

³⁸ HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 (Gegaste uien), HR 12 januari 1979, *NJ* 1979 m.nt ARB (Securior), HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 m.nt G (Citronas I), HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 40 (Citronas II), HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 553 m.nt. JBMV, HR 26 november 2010, *LJN* BM9757 (Edco)

³⁹ A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'Groepscontracten als antwoord op economische verdichting van de samenleving', *WPNR* 6934, 9 juni 2012, p. 451458, A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *AA* 2012 01, p. 26-33, A.H. Lamers, *Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie*, diss. OU, Deventer: Kluwer 2011

⁴⁰ M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, diss. RU, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 25

⁴¹ E. Du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-24

⁴² A.G. Castermans, 'Partijautonomie tussen contract en onrechtmatige daad', *AA* november 2012, p. 859-868

⁴³ I. Samoy en S. Van Loock, 'De rol van de leidende partij in het kader van een meerpartijenovereenkomst: zoektocht naar de gepaste juridische kwalificatie'. Tijdschrift voor Privaatrecht 2012, afl. 3, 1109-1138, R. de Wijk, "5 over 12, hoe Nederland toch sterker uit de crisis kan komen", Amsterdam: Amsterdam University Press 2012, p. 107 e.v., A.L.H. Ernes, *Und die Moral von der Geschichte...*, oratie, Heerlen: Open Universiteit 2011, p. 18-20, D. Jacobs, *The Cultural side of innovation: Adding Values*, New York: Routledge 2014, p. 119-121

⁴⁴ HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97 m. nt. JBMV (Jans/Fiat)

realisering van de doelstellingen (causa) van het contract. De causa-eis ziet echter enkel op de individuele wisbinding van de partijen bij de overeenkomst in de context van (betrokken) derden. De causa-eis kan daarmee niet worden gebruikt als onderbouwing van het feit dat eventuele belangen van derden rechtens relevant zijn bij het realiseren van hetgeen partijen beogen bij het aangaan van hun contractuele binding. Bovendien betoogt Rinkes dat contracteren noodzakelijk is om te functioneren in de maatschappij en dat daarbij te allen tijde meerdere partijen zijn betrokken aangezien de ruileconomie in zuivere vorm (voor zover deze ooit heeft bestaan) nimmer heeft gefunctioneerd.⁴⁵

Ik zie echter niet in waarom we niet over de grenzen van het privaatrechtelijke systeem zouden kijken om het recht op een zodanige wijze vorm te geven dat de complexe maatschappij er het meeste baat bij heeft in haar economisch functioneren. Waarom aan het systeem vasthouden terwijl de Hoge Raad steeds vaker, zoals in het voorgaande beschreven, corrigerend moet optreden omdat toepassing van het systeem tot een maatschappelijk onaanvaardbare situatie zou leiden?

In het vroege Romeinse recht werd het begrip *contractus* beduidend ruimer uitgelegd dan de bron van een verbintenis die twee partijen exclusief bindt en uitsluitend rechtsgevolgen voor partijen in het leven roept. Reeds in de vroege keizertijd⁴⁶ ontwierp Gaius in zijn *Institutiones* een systematische indeling van de ontstaansgronden van verbintenissen. Hij kwam daarbij tot een tweedeling van verbintenissen uit delict⁴⁷ en verbintenissen uit contract. Daarbij heeft het contract in de gedachten van de Klassieke Romeinse juristen een ruimer toepassingsveld gehad. Indien dit anders zou zijn, zouden er immers te veel rechtsverhoudingen buiten het kader van de systematische indeling vallen. Het klassieke contractsbegrip heeft dus een ruimer gebied van rechtsverhoudingen bestreken. Zo vielen onder het contract ook de contract-achtigen zoals zaakwaarneming en onverschuldigde betaling. Deze rechtsverhoudingen berustten bepaald niet op wilsovereenstemming maar werden destijds wel tot de contracten gerekend.⁴⁸

Nieuwenhuis geeft een ander argument om te bepleiten dat de gevolgen van een contract niet altijd beperkt kunnen blijven tot de sfeer van de contracterenden zelf. Hij stelt dat voor een geldige overeenkomst toestemming is vereist. Hierdoor wordt voorkomen dat een contractant tegen zijn wil wordt gebonden aan een ander. Deze auteur stelt vervolgens dat dit slechts een uitgangspunt kan zijn omdat de omstandigheid dat de ene contractant de gebondenheid niet werkelijk wilde soms moet wijken voor het gerechtvaardigde vertrouwen van de andere partij.⁴⁹ In die zin wordt de autonomie van partijen begrens door het vertrouwensbeginsel.⁵⁰

Een ander argument om te bepleiten dat een contract niet slechts binnen de muren van de wil kan ontstaan is de gedachte dat ‘wil’ impliceert dat contractanten de situatie overzien en dat daarbinnen zelfs eventuele toekomstige ontwikkelingen zijn verdisconteerd. Met name in het licht van de zich verder ontwikkelende complexiteit van de wijze waarop in het handelsverkeer wordt gecontracteerd, een “wildly optimistic view of mankind”.

7. Grenzen aan de mogelijkheid om door derden-gelaedeerden remedies uit wanprestatie in te zetten

Het is evident dat de onbeperkte mogelijkheid voor derden-gelaedeerden om remedies uit overeenkomst in te zetten jegens één of meerdere contractanten van een overeenkomst waarbij deze gelaedeerde niet direct is betrokken, dient te worden begrensd. In eerdere publicaties heb ik al betoogd dat het mogelijk zou kunnen zijn om de leer van contractengroepen te kunnen aanvaarden als aan zekere voorwaarden wordt voldaan.⁵¹ Deze voorwaarden die steunen op de gedachte dat voldoende

⁴⁵ J.G.J. Rinkes, ‘Bij pluraliteit van wilsbinding dienen we niet toe te komen aan de groep als uitgangspunt’, nr. 7. Dit artikel is eveneens in deze bundel opgenomen.

⁴⁶ +/- 160 AC

⁴⁷ Vrij vertaald: onrechtmatige daad

⁴⁸ Zie over deze zogenaamde quasi-contracten: J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 162, 165 en 182, M. Kaser, *Romeins privaatrecht*, (vert. F.B.J. Wubbe, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971, p. 188 alsmede R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands Privaatrecht*, Leiden: Universitaire pers 1980, p. 223-224

⁴⁹ Art. 3:86 BW

⁵⁰ Nieuwenhuis 1979, p. 66

⁵¹ A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, ‘Groepscontracten als antwoord op economische verdichting van de samenleving’, *WPNR* 6934, 9 juni 2012, p. 451-458, A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, ‘De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele

‘gemeenschappelijkheid’ aanwezig moet zijn in die zin dat zowel de directe als de indirecte betrokkenen bij een contract ‘juridische connexiteit’ hebben. Gernhuber omschreef deze juridische connexiteit reeds in 1973 als *finalnexus* die de causale relatie tussen de verschillende directe- en indirecte contractanten uitdrukt.⁵² Een manier om deze finalnexus uit te werken is de z.g. ‘*spil-theorie*’ die ik hier zou willen herhalen mede omdat ze ook van toepassing kan zijn op beide in het voorgaande gegeven voorbeelden:

1. Een der partijen, *de spil*, voert regie over de situatie in die zin dat hij of zij de overeenkomst (of meerdere overeenkomsten) opstelt en dus de nadere voorwaarden bepaalt.⁵³
2. Er is sprake van een gemeenschappelijke oorzaak in subjectieve zin. Deze gemeenschappelijke oorzaak betreft de strekking van hetgeen partijen en een derde beogen.
3. Partijen, maar ook een of meerdere derden beogen hetzelfde economische doel te realiseren en indien er sprake is van meer contracten dan vertonen zij economische samenhang.

Hierna werk ik als voorbeeld die hiervoor beschreven kwestie ‘Patiënt/Menzis’ in het licht van de spil-theorie, nader uit. De voorwaarden om te concluderen tot een nadere relatie dan die van contractant(en) jegens derde(n) zijn:

1. In de casus Patiënt/Menzis speelt Menzis overduidelijk de rol van ‘spil’. Menzis contracteert met beide andere partijen en dicteert onder de vigeur van de Zorgverzekeringswet de inhoud van zowel de zorgverzekeringsovereenkomst die ze met de patiënt sluit alsmede de zorgovereenkomst die ze met de tandarts sluit.⁵⁴
2. De gemeenschappelijke oorzaak is gelegen in de omstandigheid dat de wetgever de gezondheidszorg nader heeft willen regelen en partijen in dit systeem in zoverre tot elkaar veroordeeld zijn dat de patiënt gebruik wil maken van gezondheidszorg, de tandarts die zorg wil aanbieden en de verzekeraar die zorg wil financieren. Daarbij dient te worden opgemerkt dat het de patiënt alsook de tandarts vrij staat geen zaken te willen doen met Menzis of met elkaar maar dat indien zij dat wel doen, de zorgverzekeringswet de strikte kaders schetst met betrekking tot de wijze waarop de zorg wordt verleend en dus dat ‘zaken doen’ met andere aanbieders nauwelijks tot een ander contractueel kader zal leiden.
3. De economische samenhang van de verschillende contracten in het complex Patiënt/Menzis is evident. Menzis financiert de zorg die de tandarts aanbiedt en die de patiënt wenst.

De drie criteria ‘spil-oorzaak-economisch doel’ blijken nu, in dit uitgewerkte voorbeeld gemakkelijk te ‘passen’ om een derde die in een met een contractpartner vergelijkbare situatie verkeert de nodige bescherming te bieden indien deze derde op een met een contractpartner vergelijkbare wijze in het nauw komt als gevolg van wanprestatie. In het hiervoor gegeven voorbeeld betreffende de huur en onderhuurovereenkomst zal een vergelijkbare uitwerking volgens de drie criteria ‘spil-oorzaak-economisch doel’ eveneens tot de conclusie kunnen leiden dat een derde (onderhuurder) die in een met een contractpartner (huurder) vergelijkbare situatie verkeert, toegang zou moeten hebben tot dezelfde rechtsmiddelen als die de contractspartner ten dienste staan.

8. Conclusie

Het is evident dat het loslaten van de doctrine met betrekking tot de beslotenheid van de overeenkomst niet zonder gevaar is aangezien personen worden betrokken bij een overeenkomst die ten aanzien van die overeenkomst niet de nadrukkelijke wil hebben geuit om deel te willen uitmaken van de rechtssfeer ervan.

Indien twee of meer contracten voldoende juridische connexiteit hebben zou het naar mijn mening mogelijk moeten zijn dat een derde-gelaedeerde als ‘indirecte contractant’ de remedies uit overeenkomst inzetten jegens een contractant met wie deze indirecte contractant niet zelf door middel van de directie bilaterale overeenkomst is verbonden. Voorwaarde is dan wel dat er sprake is van

recht’, *AA* 2012 01, p. 26-33, A.H. Lamers, *Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie*, diss. OU, Deventer: Kluwer 2011

⁵² J. Gernhuber, ‘Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund zur Lehre von den Vertragsverbindungen’, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Red. P. Gotthard, München: Beck 1973

⁵³ E.e.a. in een “take it or leave it” relatie.

⁵⁴ J.G.J. Rinkes en K. van der Touw, ‘De zorgverzekeringsovereenkomst: een *rara avis* in het contractenrecht’, *WPNR* 6998, 7 december 2013, p. 1129-1136

voldoende juridische connexiteit tussen de directe en indirecte contractanten. Door middel van een toets aan de spil-theorie zou kunnen worden vastgesteld of er sprake is van voldoende juridische connexiteit.

De reciprociteit die aan de basis van een contract ligt reikt in het geval meerdere overeenkomsten zijn geschakeld naar mijn mening verder dan de huidige dogmatische grenzen van een overeenkomst als het gaat om de vraag wie onder de invloedssfeer van de overeenkomst valt. In dit kader wil ik dan ook pleiten voor de mogelijkheid dat derden-gelaedeerden als indirecte contractanten in weerwil met de dogmatische grenzen van de werkingssfeer van een overeenkomst, in gevallen waarin de gevolgen van de niet-nakoming de derde-gelaedeerde op een vergelijkbare wijze raakt als een gelaedeerde die wel partij is bij de overeenkomst, een wanpresterende kan aanspreken met gebruikmaking van dezelfde middelen als die de gelaedeerde binnen de overeenkomst heeft.

Zulks doet recht aan de huidige gebruiken in en verwachtingen van het handelsrecht.