

Bij pluraliteit van wilsbinding dienen we niet toe te komen aan de groep als uitgangspunt

Prof. mr. J.G.J. Rinkes¹

(voor het eerst gepubliceerd op www.mercaturahonesta.nl > publicaties d.d. 1 maart 2013)

1.

Het denken over de vraag of de relativiteit van de contractsverhouding nog wel kan gelden als één der grondslagen van het Nederlandse contractenrecht staat sedert de Rotterdamse oratie van Bregstein uit 1935² stevig in de belangstelling. Bregstein leerde dat de door partijen getrokken grenzen de rechter onvoorwaardelijk binden bij de toepassing van het in de artt. 1374 en 1375 B.W. bepaalde. Niet-verdisconteerde omstandigheden welke de feitelijke verhoudingen beïnvloeden (zelfs indien van ernstige aard) wettigen niet in alle gevallen een buiten-toepassing laten met een beroep op de eisen van de goede trouw van hetgeen men uit de gebruikelijke zin der gebruikte bewoordingen kan afleiden.³ Daarbij verenigt Bregstein zich⁴ met het standpunt van Scholten dat de oorzaakeis en de eisen van tenuitvoerlegging te goeder trouw twee verschillende rechtsbeginselen zijn. Als reeds gesteld:⁵ niemand zal wel durven ontkennen, dat de rechtshandeling in het privaatrecht centraal staat, waarbij voor veel rechtshandelingen de obligatoire overeenkomst model staat. Tevens geldt dat de moderne privaatrechtdogmatiek daarbij onverkort worstelt met vele vragen en onzekerheden die noodzaken tot nadere typologisering en een dogmatisch denken dat gestoeld is op het gegeven dat alle wetsbepalingen en wettelijke begrippen geïnterpreteerd dienen te worden tegen de achtergrond van de goede trouw. Dit speelt niet zelden bij obligatoire relaties die gekenmerkt worden door het feit dat meerdere partijen betrokken zijn in de vorm van hetgeen door de Hoge Raad wel geduid wordt als 'samenhangende rechtsverhoudingen' of het denken in 'meerpartijen-contracten'. De autonomie van contractpartijen is daarbij geen doorslaggevend beginsel; zoals door Vranken verdedigd en naar mijn mening onbetwist is de autonomie van partijen geen voorwaarde voor gebondenheid. Relativiteit staat niet eraan in de weg dat een overeenkomst rechtsgevolgen heeft jegens derden, en evenmin dat derden hieraan voorbij kunnen gaan.

2.

Het denken in de hedendaagse rechtswetenschap inzake meerpartij-verhoudingen van obligatoire aard kent daarmee zijn bakens, zij het dat deze niet in alle gevallen op de juiste wijze worden toegepast. Een voorbeeld hiervan treft men aan in de bijdrage van Lamers en Ernes in WPNR 6934. Kort gestileerd stellen zij de vraag die in de aanhef hierboven is vermeld: heeft een overeenkomst uitsluitend werking tussen partijen? Reeds vanouds staat vast dat de vraag stellen haar beantwoorden is: neen. Tegen de achtergrond van de zogenoemde schakeljurisprudentie van de Hoge Raad zoals neergelegd in het arrest Agfafoto

¹ Prof. mr. J.G.J. Rinkes is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de OU.

² M.H. Bregstein, Verzameld Werk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk willink, 1960, p. 175.

³ P. 191 nt. 36 en 37. De problematiek rond 'contractual interpretation', waaronder begrepen de strijd tussen 'textualists and contextualists', heeft meer te maken met een spectrum van opinie dan van enkel dualisme. Verhelderend op dit punt is J.J. Spiegelman AC (New South Wales), paper to the third judicial seminar on commercial litigation, Sydney, 23 March 2011.

⁴ T.a.p.

⁵ H.C.F. Schoordijk, Verspreid Werk, Deventer: Kluwer 1991, p. 177-178.

van 20 januari 2011 (ontbinding en/of nakoming?) en het arrest Wiertz van dezelfde datum (levert wanprestatie van A jegens B een onrechtmatig handelen op jegens C?) verdedigen zij de stelling dat het contractsdnken geplaatst moet worden in de sleutel van een (nieuw?) maatschappelijk verschijnsel dat wordt aangeduid als 'economische verdichting'. Zij gaan daarbij naar ik begrijp uitdrukkelijk niet mee met Keirse en Tjong Tjin Tai die – in naar ik aanneem het ultieme verlengde van het arrest Baris-Riezenkamp⁶ – de kern van het contractenrecht zoeken in zorgplichten: er bestaat een gehoudenheid rekening te houden met andermans belangen.⁷ Lamers en Ernes volstaan met het aanduiden van het gegeven dát er sprake is van economische verdichting in het huidige tijdsgewricht; zij laten echter na te duiden waarom dit tot andere rechtsgevolgen zou moeten leiden dan (kennelijk) voorheen het geval was. Lamers en Ernes menen dat bij meerpartij-verhoudingen van obligatoire aard de groep als uitgangspunt dient te worden genomen, hetgeen dan weer impliceert dat er behoefte is aan het aanduiden van een zogeheten spil in de contractsverhouding, dan wel dat moet worden aangenomen dat sprake is van een gemeenschappelijke oorzaak voor de contractgroep. Ik begrijp hen dan aldus dat deze gemeenschappelijke oorzaak voortvloeit uit het feit dat het samenstel van contractshandelingen eenzelfde economisch doel voor ogen staat (een economische samenhang die Van Laarhoven⁸ ertoe bracht te verdedigen dat het alsdan krampachtig wordt om deze overeenkomsten van elkaar te scheiden). Daarmee staat vast dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van een rechtens succesvolle actie wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming, hetgeen wij tot op heden nog niet hebben mogen ontwaren in de huidige stand van de rechtspraak.

3.

Over dit denken is het nodige op te merken, waarbij het overigens niet in de bedoeling ligt het werk van deze auteurs uitvoeriger te bestrijden⁹ dan voor het verstaan van de hedendaagse rechtswetenschap noodzakelijk is. Helder is dit verwoord door Lord Carnwath of Notting Hill in zijn NMLR Lecture van 7 juni 2012: there are dangers in getting over-analytical. Carnwath benadrukt: the ratio is the general rule without which the case would have been decided otherwise, en drukt juristen op het hart het verschil tussen de ratio decidendi en obiter dicta te respecteren: not to choose what you like. Deze dogmatische regel kan niet voldoende benadrukt worden: privaatrechtdogmatiek is typologiseren en analyseren, doch steeds binnen de grondslagen en systematiek van – in casu - de gebondenheid van partijen aan privaatrechtelijke rechtshandelingen.

4.

Een aantal voorbeelden ter verduidelijking. Achter de hierboven geschetste problematiek schuilen tal van onzekerheden. Hoe zit het met de gevolgen van indirecte verrijking door

⁶ Ik ga in dit verband niet in op de vraag of we hier te maken hebben met een nieuw rechtsbeginsel als grondslag van de contractuele gebondenheid, quod non: hoeveel beginselen heeft het recht nodig om partijen gebonden te laten zijn aan hetgeen men afspreekt in een A-B verhouding, dan wel een A-B-C-etc.-conjunctie van rechtshandelingen? Vanzelfsprekend geldt de norm: 'gij zult u fatsoenlijk gedragen' ook in het privaatrecht, alwaar deze in het contractenrecht verengd kan worden tot de regel: 'gij zult de ander niet op het verkeerde been zetten'. Dit kan er echter niet toe leiden dat het systeem van het privaatrecht daarmee terzijde wordt gesteld. Er zijn grenzen. Terzijde zij opgemerkt dat de invloed van de rechtswetenschap op de rechtspraak van de Hoge Raad niet bijzonder groot lijkt te zijn (een vrij defaitistische positie), en niet zelden eerder afremmend dan stimulerend lijkt te zijn (Verspr. Werk., p. 531-2). De reacties in de rechtswetenschap op het bovengenoemde arrest onderstrepen dit juridisch-wetenschappelijk probleem: deze waren doorgaans teleurstellend en traditioneel. Keirse en Tjong Tjin Tai lijken dit tij vele jaren na dato te willen keren.

⁷ Ook hierachter ligt mijns inziens een denken in economische beginselen, niet in rechtsbeginselen: welke belangen zijn dan nog dienstbaar voor het rechtsdenken en typologiseren van rechtsverhoudingen?

⁸ Diss.

⁹ Verspr. Werk, p. 154.

vermogensverschuivingen buiten de contractuele setting?¹⁰ In het bekende arrest Sporthotel Callantsoog van 16 februari 2007¹¹ verweet C aan B met name dat deze bestuurder van A was geworden om het hotel te verwerven en dat zij in dat verband onnodig namens A de voorlopige surséance van betaling had aangevraagd. Volgens het cassatiemiddel, dat zowel een rechtsklacht als een motiveringsklacht bevatte, had A wel degelijk voldoende specifiek gesteld in welk opzicht B jegens haar een zorgvuldigheidsnorm had geschonden. A had immers primair aan haar vordering ten grondslag gelegd dat B onrechtmatig jegens haar had gehandeld door onnodig en desbewust het faillissement van C te veroorzaken voor haar eigen gewin. Daardoor is ook A als aandeelhouder van C benadeeld, hetgeen een voorzienbaar gevolg was van de handelwijze van B, aldus het cassatiemiddel. De Hoge Raad gaat hier niet in mee en overweegt, anders dan het onderdeel betoogt, dat de enkele omstandigheid dat een voorzienbaar gevolg was van de handelwijze van B dat A als aandeelhouder van C werd benadeeld, niet meebrengt dat B jegens A in haar hoedanigheid van aandeelhouder een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Dit laatste geldt ook indien B onnodig en desbewust het faillissement van C heeft veroorzaakt voor haar eigen gewin. Indien de bestuurder van een vennootschap zich aldus gedraagt, leidt dit tot vermindering van de waarde van de aandelen in de vennootschap, of zelfs tot waardeloosheid daarvan, en dus tot afgeleide schade van de aandeelhouder(s) van die vennootschap. Indien geen bijkomende omstandigheden zijn gesteld, zoals het opzet om die aandeelhouder aldus te benadelen, kan echter niet worden gesteld dat de bestuurder dusdoende tevens een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden tegenover die aandeelhouder.

De Hoge Raad vervolgt met een zeer belangrijke overweging die naar bewoordingen als een obiter dictum kan worden gekenmerkt doch dat niet blijkt te zijn: De Hoge Raad overweegt dat de enkele omstandigheid dat de vordering van A op C door toedoen van B waardeloos is geworden, nog niet meebrengt dat laatstgenoemde onrechtmatig heeft gehandeld tegenover A. Het hof waarnaar de zaak wordt verwezen zal moeten beoordelen of de door A aan B verweten handelwijze, indien bewezen, jegens A in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Daarbij dient tot uitgangspunt dat, indien de belangen van een derde - zoals in dit geval A - zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van een overeenkomst - zoals in dit geval de overeenkomst van opdracht die is gesloten tussen B en C - dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kunnen meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij deze beoordeling dient de rechter naar wie de zaak wordt verwezen mede te betrekken dat de (interim)bestuurder van een vennootschap en aandeelhouder(s) daarvan zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd (art. 2:8 lid 1 BW).

De billijkheid vereist nadere analyse van het handelen van B; niet meer en niet minder. De contractuele kant van de zaak is daarbij – aldus begrijp ik de Hoge Raad – dat billijkheidsnormen centraal staan bij de beoordeling van de wijze waarop een overeenkomst wordt uitgevoerd indien door enig tekortschieten kenbaar wordt dat bij de uitvoering van de overeenkomst de belangen welke de contractant dient te ontzien gezien de nauwe verbondenheid ervan met het contract. Die belangen *kunnen* weliswaar als economisch

¹⁰ Zie ook L. Timmerman in WPNR 6962.

¹¹ NJ 2007, 256.

worden geduid, maar dat doet juridisch niet ter zake: het gaat erom dat de billijkheid *eist* dat contractspartijen bij de uitvoering van hun overeenkomst rekening houden met het *bestaan* van deze belangen. Ik vermag hier geen (economische) verdichtingsfiguur te ontwaren, noch een zorgplicht die verder reikt dan hetgeen men in het maatschappelijk verkeer mag verwachten.

5.

De zaak van het Sporthotel vertoont enige gelijkenis met de Engelse zaak *Alfred McAlpine Construction Limited v Panatown Limited* [2000] 4 All ER 97, alhoewel deze uitspraak waarschijnlijk beter past in het leerstuk van de indirecte verrijking. Daar gaat het mij nu niet om, en de argumentatie past evenzeer in het denken over 'economische verdichting' als in dat van de indirecte verrijking. Deze uitspraak betreft een klassiek driehoeksverhouding: A (McAlpine) bouwde kantoorruimtes en een parkeergarage met meerdere verdiepingen in opdracht van B (Panatown) op grond die in eigendom was van C (Unex Investment Properties UIPL). Er was echter ook sprake van een contractuele relatie tussen A en C.¹² Deze omstandigheid bleek later van doorslaggevend belang. Voorwaar een klassieker: aan een actie uit ongegronde verrijking dienen wij in het geval van een contract niet toe te komen.¹³ Het ging in deze zaak om een typisch probleem van het Anglo-Amerikaanse contractenrecht: de vermenging van consideration en de privity of contract. Men spreekt dan wel van het 'extended Hedley Byrne principle'. Er was sprake van economic loss: het gebouwde was gebrekkig. In dat geval ligt de lat voor aansprakelijkheid in principe niet hoog: fair justice and reasonableness volstaan als vergoedingsgrond. Hoe echter om te gaan met het onderscheid tussen contractspartijen binnen deze voor onze rechtssfeer zo herkenbare Quint-te Poel-setting? A was 'suing without loss' aangezien de schade werd geleden door C. Dit wordt naar Engels recht gekenschetst als 'a legal black hole: when the person who suffers loss is not a party to the contract and so may have difficulties in pursuing a claim subject to the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.' Kenmerkend is echter dat in deze zaak B (Panatown) geen nadeel had ondervonden. Een hoofdregel van het Engelse recht is dat een contractspartij niet met succes kan procederen indien er geen sprake is van enig vermogensnadeel. Er zijn echter uitzonderingen op dit beginsel. De eerste uitzondering betreft de 'narrow ground exception': deze rechtsfiguur heeft zijn grondslag in het zeevervoersrecht (shipping law) en ziet op het feit dat sprake is van 'related companies in the same group' waarbinnen het verlies geleden wordt. In dat geval is mogelijk dat een uitzondering wordt gemaakt 'where justice requires it'. Dit is bijvoorbeeld het geval als gewerkt wordt met groepsmaatschappijen voor shipping en agency voor bunkeren. Een onbetaalde rekening voor brandstof in een vreemde haven verkregen van een agent kan dan toch tot schadevergoeding leiden. Het probleem in de onderhavige zaak (McAlpine) was echter als aangegeven dat ook tussen A en C sprake was van enige contractuele binding

¹² On the same day Panatown and McAlpine entered into the building contract, McAlpine, under an obligation in the building contract, executed a duty of care deed ('DCD') in favour of UIPL. Under the DCD, McAlpine assumed a duty of care to UIPL, and its assignees, in respect of the building contract. McAlpine undertook that they would exercise all reasonable care, skill and attention in respect of all matters which lay within the scope of their responsibilities under the building contract. The purpose of the DCD was to give purchasers of the building from the Unex Group undoubted causes of action for latent defects to the building. The widespread use of DCDs, or collateral warranties, as they are usually called, derives from the change in the tort law which occurred in 1990 when the House of Lords departed from *Anns v Merton London Borough* [1977] 2 All ER 492 in *Murphy v Brentwood DC* [1990] 2 All ER 908. In *Murphy*, the House of Lords held that a contractor has no liability in tort to subsequent purchasers for latent defects. The DCD was therefore designed to reclaim, for subsequent purchasers in contract, rights which had previously been accorded in tort. <http://www.lawgazette.com.sg/2001-7/July01>.

¹³ *Verspr. Werk*, p. 345.

(DCD) inzake mogelijke gebreken aan het gebouwde. Een tweede uitzondering betreft de ‘ broad ground exception’ : het contract is gesloten maar het daarmee beoogde voordeel is niet behaald. Duidelijk is dat B (in opdracht van C binnen een groep van ondernemingen) het bouwcontract aanging met A in de verwachting een bruikbaar complex te realiseren. Daarvan was geen sprake; in die zin komt de spanning tussen consideration en privity of contract helder aan het licht. B heeft recht op hetgeen met A contractueel is overeengekomen, en dat zou moeten volstaan voor actiebevoegdheid. Weliswaar was de aanbesteder B werkzaam binnen hetzelfde concern als de uiteindelijk rechthebbende C, en stond vast dat het verlies (economic loss) geleden werd door C, maar B kan binnen het lastige leerstuk van de consideration een beroep doen op haar contractuele rechten jegens A. De ‘ broad ground exception’ is gebaseerd op het concept van de ‘ performance interest’: the interest of the innocent party in obtaining compensation for what should have been provided under the contract. In hoeverre is het dan relevant dat de feitelijke schade geleden wordt door C? De gedachte is dat de ‘ innocent party’ het recht heeft schadevergoeding te krijgen ten bedrage van de kosten die gemoeid zouden zijn met deugdelijke uitvoering van de contractuele afspraken, ongeacht de omstandigheid dat het feitelijke verlies door een andere partij (C) werd geleden. B zou tenslotte door C daartoe evenzeer aangesproken kunnen worden.¹⁴ Kort en goed: in deze casus kwam het er allemaal niet van vanwege de uit – naar mag worden aangenomen - prudentie van contractspartijen afgesloten DCD tussen A en C. Deze omstandigheid verhinderde verhaal door B op A. Voorwaar een voorbeeld waarin goed contractmanagement tot onverwachte verwickelingen kan leiden. In het licht van indirecte vermogensverschuivingen en de vraag of ‘tracing’ van vermogen of goederen ook als verweermiddel gebruikt mogen worden in drie- of meerpartijenverhoudingen blijft casuïstiek onverkort belangrijk: over bijvoorbeeld de vraag of A van C kan condiceren, de tussenschakels kan passeren, heeft men zich in Nederland tot op heden weinig bekommerd.¹⁵

6.

Maar denkend over groepscontracten en inbedding van contractuele rechtsverhoudingen in economische ‘verdichte’ of andere ‘verbonden’ of ‘samenhangende’ verhoudingen is de kous niet af bij de vaststelling dat een behoefte bestaat aan het aanduiden van een ‘spil’ die de belangen van de groep behartigt, of de vaststelling dat sprake is van verbondenheid (causa) op economische gronden. Daarmee haalt men zaken door elkaar.

7.

Pluraliteit van wilsbinding lijkt de kern te zijn van het niet zelden verwarrende beeld dat in rechtspraak en literatuur wordt geschetst van meerpartij-contracten, groepscontracten en verbonden rechtsverhoudingen. Een partij A treedt toe tot een contract met B terwijl tevens verbonden zijn (al dan niet contractueel maar wel willens en wetens) C, D en anderen, terwijl allen betrokken zijn bij de realisatie van de doelstellingen van hetzij A en B (vgl. het Fiat-arrest: de mogelijke verbondenheid tussen twee overeenkomsten en de vraag of vernietiging van de ene overeenkomst meebracht dat ook de andere vernietigd kon worden, Hoge Raad 23 januari 1998, NJ 1999/97) dan wel bij de verhouding tussen A en B en andere betrokkenen (het arrest Vleesmeesters-Alog, Hoge Raad 24 september 2004, NJ 2008,

¹⁴ Law Society Gazette online 11 May 2011.

¹⁵ Verspr. Werk, p. 223, 258.

587¹⁶). De verbondenheid van een overeenkomst tussen A en B in een omgeving waarbinnen meerdere belangen van ook andere partijen betrokken zijn leidt kennelijk tot verwarring bij het rechtsdenken. Welke aard en ratio moet worden toegekend aan het gegeven dat contracteren nooit geschiedt enkel in een Robinson Crusoe situatie op een eiland waar de enige verbonden contractspartijen Robinson en Vrijdag kunnen zijn? Economische verdichting en groepscontractdenken zijn daarbij niet bevorderlijk. De zaak ligt aanmerkelijk eenvoudiger: we contracteren niet zonder reden: contracteren is noodzakelijk om te overleven, om te wonen, te eten, te functioneren in de maatschappij. Daarbij zijn te allen tijde meerdere partijen betrokken, aangezien de ruileconomie in zuivere vorm (voor zover deze ooit bestaan heeft¹⁷) nimmer heeft gefunctioneerd. Deze functionaliteit is een kenmerk van de huidige samenleving, een gegeven. Het is echter niet een beginsel dat leidend kan zijn bij contractuele gebondenheid. De Hoge Raad heeft terecht aangegeven (Alog-arrest) dat men daarbij genoodzaakt is soms andere belangen te ontzien, maar er is meer: in de contractsbinding zelf kan een pluraliteit van wilsbinding 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 realisering van de doelstellingen (zo men wil: *causa*) van het contract. Die *causa*-eis ziet echter enkel op de individuele wilsbinding van partijen A en B in de context van andere verbonden partijen. De *causa*-eis kan daarmee niet worden gebruikt als onderbouwing van het feit dat partijen A en B zich bij het contracteren bewust zijn (en rechtens tegen zich moeten laten gelden) van het feit dat belangen en wilsuitingen van andere partijen rechtens relevant zijn bij het realiseren van hetgeen A en B beogen bij het aangaan van hun contractuele binding. Juist die wilsuitingen van A en B én van de andere betrokken partijen spelen hierbij een doorslaggevende rol. Ik geef een voorbeeld.

8.

In de zaak *The Satanita* [1897] AC 59 kreeg het Court of Appeal een lastige rechtsvraag voorgelegd. Lord Dunraven nam deel aan een race met zijn zeiljacht *The Valkyrie II*, een race waarin tevens de eigenaar van het schip *The Satanita* deelnam. De partijen contracteerden met de organisator van de race, de Mudhook Yacht Club. Beide partijen hadden een brief ondertekend aan de secretaris van de club waarin expliciet was opgenomen dat zij zich gebonden achtten aan de 'sailing rules of the Yacht Club

¹⁶ Ik citeer de Hoge Raad inzake het onderliggende rechtsbeginsel, welk oordeel hoofdzakelijk is ingekleurd door de regel dat men zich in het contractenrecht fatsoenlijk dient te gedragen jegens niet enkel de contractspartij maar tevens jegens met het contract nauw verbonden derden: 'Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben (vgl. HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323). Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedeekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling. ' Dit onrechtmatige daad-denken in een casus waarin duidelijk sprake is van het *bij het contracteren rekening houden met de belangen van mogelijk verbonden derden* tijdens de Hoge Raad kenmerkt de wijze waarop pluraliteit van wilsbinding zich momenteel nog in een aanvangsstadium bevindt in het Nederlandse rechtsdenken.

¹⁷ Ik verwijs de niet enkel in juridisch-wetenschappelijke betogen geïnteresseerde lezer naar het 'debatable' maar instructieve boek van Occupy-activist David Graeber, *Debt, The First 5,000 years*, Brooklyn, New York: Melville House 2012, met name hoofdstuk 2: *The Myth of Barter*.

Association'. Regel 24 van dat reglement hield in: 'if a yacht, in consequence of her neglect of any of these rules, shall fall foul, she shall forfeit all claim to the prize, and shall pay all damages'. Regel 32 hield in:

'Any yacht disobeying or infringing any of these rules, which shall apply to all yachts whether sailing in the same or different races, shall be disqualified from receiving any prize she would otherwise have won, and her owner shall be liable for all damages arising therefrom.'

Tijdens de race zeilde de *Satanita* in op de *Valkyrie* waardoor dit schip zonk. De eigenaar van de *Valkyrie* claimde schadevergoeding in de Admiralty Court. De kern van de zaak is dat tussen de beide eigenaars van de zeilschepen geen contract bestond; wel hadden ze allebei ingestemd met de regels van de Mudhook Yacht Club, waaronder de voormelde bepalingen. Op basis van deze vaststelling oordeelde het Court of Appeal dat er een overeenkomst was tussen de eigenaar van de *Satanita* om Lord Dunraven schadeloos te stellen. Lord Esher MR was van mening dat een contract bestond aangezien 'one of the conditions is, that if you sail for one of such prizes you must enter into an obligation with the owners of the yachts who are competing, which they at the same time enter into similarly with you...If that is so, when they do sail, and not till then, that relation is immediately formed between the yacht owners'. De andere rechters van het Court of Appeal waren het eens met de vaststelling dat sprake was van een overeenkomst. Lopes LJ oordeelde: 'Probably a contract with the committee in certain cases, but also a contract between the owners of the competing yachts amongst themselves, and that contract was an undertaking that the owners of one competing yacht would pay the owner of any other competing yacht injured by his yacht all the damages arising from any infringement or disobedience of the rules.' En Rigby LJ oordeelde:

*'all that is necessary to constitute a contract between the yacht owners is to bring home to each of them the knowledge that the race is to be run under the Yacht Racing Association rules, and that they, the one and the other, deliberately enter for the race upon those terms... The contract did not arise with any one, other than the managing committee, at the moment that the yacht owner signed the document, which it was necessary to sign in order to be a competitor. But when the owner of the *Satanita* on the one hand, and the owner of the *Valkyrie* on the other, actually came forward and became competitors upon those terms, I think it would be idle to say there was not then, and thereby, a contract between them, provided always that there is something in the rule which points to a bargain between the owners of yachts.'*

De House of Lords oordeelde zonder nadere analyse van de vraag of er in deze casus daadwerkelijk sprake was van een contract dat het oordeel van het Court of Appeal in stand kon blijven.¹⁸ Deze zaak leert ons dat contractbinding niet op zichzelf staat, maar zelfs (tevens) kan ontstaan in een verbondenheid (samenhang) van contracten: de duiding van de wilsuiting bij pluraliteit van contractanten dwingt op grond van – kort gezegd – billijkheidsoverwegingen dat men duidelijk bepaalde rechtens relevante regels tegen zich moet laten gelden indien sprake is van een contract dat niet kan bestaan zonder andere

¹⁸ [1897] AC 59.

verbonden contracten, en indien sprake is van onzelfstandige overeenkomsten die – het woord zegt het al – niet kunnen bestaan zonder daarmee verbonden overeenkomsten. Een race tussen zeiljachten benadrukt het belang van deze analyse.

9.

Wat betekent dit alles nu voor de kern van het denken over pluraliteit van wilsbinding? Ik ga daarbij voorbij aan de problematiek van het contracteren ten behoeve van een derde, hetgeen een andere kwestie is. Ook op dit punt is een nader doordenken van de dogmatische grondslagen onverkort aan de orde, zoals verdedigd maar slechts in aanzet gerealiseerd in de dissertatie van Du Perron uit 1999. Problematisch daarbij is de algemeen geaccepteerde regel dat enkel *daartoe bedoelde* derden rechten kunnen ontlenen aan een contract. De US Restatement (Second) of Contracts Section 302 stelt dit helder: only an intended beneficiary has standing to enforce a contract between two other parties. Whether a person is an intended beneficiary with the resulting right to sue depends upon the intent of the parties to the contract. That intent may be articulated in the contract itself, or discerned or imputed from the statutory context that prompted the contract to be executed. Du Perron onderkent dit uitgangspunt maar laat na dit te verankeren in de dogmatische context van het Nederlandse privaatrecht. Het uitgangspunt is hier opnieuw een herwaardering van het autonomie-beginsel: partijen dienen daarbuiten frequenter en intensiever de autonomie van *anderen* te respecteren. Partijen dienen niet alleen rekening te houden met hun eigen belangen, maar ook met die van anderen. Lovenswaardig, maar deze norm maakt de wilsbinding volstrekt onbepaald en vrijwel uitsluitend afhankelijk van maatschappelijke omstandigheden. Dat schiet te ver door. Het autonomie-beginsel is niet doorslaggevend bij het contracteren. Contracteren dient op de voorgrond te staan, en mag niet verworden tot een maatschappelijk functioneren. Contracteren is een maatschappelijke *noodzaak*, maar geen juridisch relevante *functie*. Mocht men desondanks van dergelijke beginselen uitgaan, dan blijft van duiding van contractuele *gebondenheid* niet meer over dan sociale gebondenheid en economische (herverdelings-) *verbondenheid* met de anderen. Een dergelijke aanpak is aantrekkelijk maar in het huidige tijdsgewricht te kenmerken als luchtflitsrij, en maakt het privaatrecht overbodig indien het enkel noopt tot solidariteit en zorgzaamheid als basis voor contracteren. Daarvoor zijn andere instrumenten dan het privaatrecht voorhanden. Du Perron is echter onverkort helder in zijn grondslagenkeuze, en zijn positie wordt duidelijk weergegeven als volgt:¹⁹ ‘ zij [de redelijkheid en billijkheid] is een verschijningsvorm van een algemene ontwikkeling: in de loop van deze eeuw [20^e eeuw] heeft in steeds ruimer verband erkenning gevonden dat personen die daartoe niet op grond van de wet of een contract zijn gehouden, naar ongeschreven recht verplicht zijn met elkaars belangen rekening te houden’. We hebben hier te maken met een doorzetting van het denken (niet: een doordenken) van het oordeel van de Hoge Raad inzake de Zutphense waterjuffrouw en – sterk verbeterd – in het arrest Lindenbaum/Cohen, zonder echter afdoende aandacht te besteden aan de context en tijdsgebondenheid van deze kwesties, en evenmin aan het belang van het wilsmoment dat de basis is voor contractuele gebondenheid in vrijheid. Als maatschappelijke verhoudingen ontwricht raken door contractueel of buiten-contractueel handelen is een juridische correctie geboden, maar het is een andere kwestie of dergelijke verhoudingen en de daarop gebaseerde handelingen deugdelijk en dienstig zijn bij het bepalen van de afdwingbaarheid

¹⁹ J.M. Smits & S. Stijns (red.), Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 397-8 (G. van Dijck).

en de vaststelling van de inhoud van contractuele gebondenheid. Vranken verwoordt het sterker:²⁰ ‘steeds vaker moeten contractspartijen bij het vaststellen van de inhoud van hun contract, en vooral bij de afwikkeling ervan rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van derden.’ Dat is een andere en betere aanpak, die recht doet aan de juridische zelfstandigheid van het contract en de reeds genoemde autonomie als voorwaarde (niet: als constitutief vereiste) voor contractuele binding: ‘rekening houden met’ bij het determineren van de inhoud van het contract en de afwikkeling ervan. Dat maakt economische of causa-eisen terecht niet tot de basis van contractuele gebondenheid, maar enkel tot een (waardevol) instrument bij de waardering van de *uitvoering* ervan. Indien rechtens voldoende relevant, is een correctie op zijn plaats. De rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt kan – en dépit de Du Perron – moeilijk anders worden begrepen.

10.

Hoe nu verder inzake het denken over pluraliteit van wilsbinding in meerpartijenverhoudingen? Het denken in (economische) verdichtingsverhoudingen biedt weinig soelaas: het is vrijwel onmogelijk om de daarmee verbonden juridische consequenties adequaat te waarderen zonder tot een uitsluitend (en onwenselijke) rechtseconomische aanpak van het privaatrecht te komen. Het moge een waardevol gezichtpunt zijn, maar het strookt niet met het zoeken naar deugdelijke beginselen van het contractenrecht en de contractuele gebondenheid als voorwerp van vrijwillige wilsbinding. Het causa-denken is een uiting van regressie; het behoeft geen betoog dat de wetgever in het huidige BW de artikelen 1376 en 1353 B.W. niet heeft willen verankeren. De problemen die de rechtspraak in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer ondervindt bij het toepassen van het consideration-denken onderstrepen de wijsheid van deze keuze. Dat neemt niet weg dat ook in het Nederlandse privaatrecht het in de common law sterk ontwikkelde doch zeer ingewikkelde ‘economic loss’-denken (directe of indirecte vermogensschade) problematisch blijft als grondslag voor schadevergoeding in complexe contractsverhoudingen.²¹

11.

De ijkpunten voor rechtsvorming op dit belangrijke onderdeel van het privaatrecht zijn duidelijk: kan een contract in een samenhangende rechtsverhouding bestaan zonder de andere contracten? Is wel of is niet sprake van zelfstandige overeenkomsten? Is sprake van binding aan de hele groep of enkel aan de andere overeenkomsten afzonderlijk? Ik doe een aanzet tot verdere gedachtevorming. Een belangrijk aspect in complexe contractsverhoudingen (uitgaande van de stelling dat contractspartijen bekend zijn met het feit dat ze tot een complexe contractsverhouding toetreden) is de wijze waarop informatie die essentieel is voor de wilsbinding van de afzonderlijke contractspartijen wordt vastgelegd. Is daarbij sprake van binding aan de gehele groep of enkel aan een verbondenheid van een of meer mede-contractanten, dan wel aan delen van de verbondenheid? Een essentieel

²⁰ Citaat t.a.p.

²¹ Ik citeer het arrest Kribbebijter (Hoge Raad 11 maart 1977, [NJ 1977, 521](#)): dat het antwoord op de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam – dat wil zeggen als wederpartij van die ander – is opgetreden, afhangt van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden; dat een bevestigend antwoord op deze vraag, die van feitelijke aard is, niet wordt uitgesloten door de omstandigheid dat die ander wist dat degene met wie hij handelde, dit ten behoeve van een opdrachtgever deed; (...) dat iemand die in eigen naam maar ten behoeve van een opdrachtgever met een ander een overeenkomst sluit, in beginsel ook in eigen naam ten behoeve van die opdrachtgever de uit die overeenkomst voortvloeiende rechten geldend kan maken; dat dit met name ook geldt voor een vordering (...) strekkende tot vergoeding van de schade die als gevolg van ontbinding van de overeenkomst wegens wanprestatie aan de zijde van de partij jegens wie de wanprestatie is gepleegd, is geleden.

kenmerk van rechtens afdwingbare verbondenheidsverhoudingen is dat de afzonderlijke overeenkomsten niet zonder elkaar kunnen bestaan; dat houdt in dat de bindingsmomenten van gebondenheid kenbaar moeten zijn en dragend moeten zijn voor de wilsbinding. Groepscontracten zijn daarbij rechtens niet uitzonderlijk spannend: indien men toetreedt tot een groepsovereenkomst in welke setting dan ook, is dat een feit bij de wilsbinding. Het deelnemen aan een race met zeiljachten impliceert instemming met de voor de groep geldende regels. Voor meerpartijverhoudingen geldt mutatis mutandis hetzelfde: wordt gezamenlijk en in aanwezigheid van eenieder gecontracteerd en getekend etq dan volstaan de traditionele beoordelingscriteria voor het bepalen van ieders contractuele gebondenheid. Is men niet bijeen op dezelfde plaats en tijd, dan kunnen de hierboven geformuleerde beginselen voor een rechtens afdoende analyse dienstig zijn (zo men dat maatschappelijk of ingegeven door rechtvaardigheidsargumenten – distributive justice - wenst: aangevuld met zorgplichten en belangenbehartiging van de niet-aanwezigen). Bij verbondenheid van derden met een contract zullen zich slechts belangrijke problemen voordien bij 'non-intended third parties'. Het denken in de rechtsfiguur onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking biedt dan doorgaans een afdoende oplossing, mogelijk in samenhang met rechtsfiguren als rechtsverwerking, misbruik van recht of estoppel. Indien uiteindelijk samenhangende rechtsverhoudingen aan de orde zijn is er werk aan de winkel: een denken in de dogmatiek van de beschikbare bronnen van verbintenissen kan dan op het eerste gezicht tekortschieten. In dergelijke verhoudingen is doorgaans geen sprake van 'gewilde' pluraliteit van wilsbinding vanwege onbekendheid met de verbondenheid in alle details. Er is dan wel sprake van samenhang omdat het vanaf het begin duidelijk is dat A van B nimmer volledige vervulling mag en kan verwachten van de contractuele afspraken. B is daartoe simpelweg niet in staat, en kan de verwachte zaken of diensten niet zelfstandig leveren. Hoe dienen we dit rechtens te duiden? Bij de initiële contractsbinding tussen A en B is duidelijk dat B – in een simpel voorbeeld – nimmer zelfstandig in staat zal zijn om na te komen. Deze wetenschap impliceert dat A én B bij het aangaan van de overeenkomst bewust en met rechtens relevante intentie doorwerking verlenen aan andere, afzonderlijke doch verbonden contracten die B heeft gesloten of zal sluiten met C, D en anderen. Dit roept niet om een herijking van de contractsbinding maar om een analyse van de mate waarin doorwerking dient te worden verleend, de mate van betrokkenheid van andere partijen bij het contract tussen A en B en de vraag in hoeverre daarbij analoge toepassing mag worden geboden aan rechtsfiguren als vertegenwoordiging of de regeling voor aansprakelijkheid voor hulppersonen. Bij dit alles is groepsdenken geen verrijking, als gesteld. We spreken bij verbondenheid van overeenkomsten van een open contractsbegrip: toetreding tot een dergelijk contract (onbetwist een essentieel element van de huidige samenleving) houdt in dat de contractanten een deel van hun invloed op de vaststelling van de contractsinhoud bewust loslaten. Ook dat is een wilsmoment, zij het als uiting van het bewustzijn dat sprake is van pluraliteit van die wilsmomenten. De motieven hiervoor zullen niet zelden economisch van aard zijn, maar men heeft geen keuze: ik kan niet voor mijn kaas naar de melkveehouder gaan, en voor mijn karbonade naar de varkenshouder. Dat is een economische realiteit, geen rechtens relevante vaststelling. Verdichting is een economische omstandigheid, geen juridisch beginsel. In een dergelijke situatie is de wil gericht op het verlenen van doorwerking in het contract tussen A en B van andere contracten (waarvan de verbondenheid gezekerd is door het op de overeenkomst gebaseerde nadere contracteren van B met andere schakels). Deze feitelijke omstandigheid leidt vervolgens tot samenhang in de contracten (aldus gewild). Dit roept de vraag op of sprake is van samenhang die gebaseerd moet zijn op de

economische doelstellingen van de gehele groep (een uitsluitend economisch causa-begrip, een novum in rechte), of dat de betrokken partijen A, B en de anderen slechts gericht zijn op de deelcontracten die hen aangaan, met een beperkte invloed op hetgeen de rechter uiteindelijk zal kunnen zien als 'groepsafspraken' in absentia van enkele of meerdere betrokkenen. Het privaatrecht heeft daar geen eenduidig antwoord op. Indien de afspraken gericht zijn (en geduid moeten worden als zijnde gericht op) het verwezenlijken van samenhang en doorwerking, dan dient aan deze doorwerking vol effect te worden verleend. De wilsuiting moet dan als zodanig worden geduid. In andere gevallen moet een partij tolereren dat doorwerking van andere overeenkomsten noodzakelijk is om zijn 'performance interest' te waarborgen, tenzij dit doorkruist wordt door andere afspraken of indien sprake is van het ontbreken van een rechtens afdwingbaar belang.²² Het aanduiden van een spil in complexe contractsverhoudingen lijkt een aantrekkelijke gedachte. In het maritieme recht zijn dergelijke rechtsfiguren noodzakelijkerwijs niet ongebruikelijk, doch de daarmee verbonden beginselen laten zich vanuit de praktijk van de Marine Insurance Act 1908 niet eenvoudig toepassen in meer gebruikelijke non-maritieme privaatrechtelijke rechtsverhoudingen van obligatoire aard. Een contract-spil kan dienstig zijn, maar onmiskenbaar is de spil deels degene die het overzicht heeft over de contractsverbondenheid, deels degene die wisselend optreedt als principaal of als vertegenwoordiger. Uiteindelijk is deze rol niet benijdenswaardig: aan de spil wordt toegerekend hetgeen de groep 'virtueel' weet, hij is afhankelijk van de nakomingsbereidheid van de verbonden contractanten maar moet met zijn kennis ook toelaten dat daarom 'inroads' worden gemaakt op zijn eigen contractsbelangen, waarbij een afweging past tussen de gemeenschappelijke verbondenheid en de individuele contractanten of delen van contractscomplexen. Verdedigbaar is dat een dergelijke 'spil' van juridische kleur moet kunnen verschieten: is een bepaald juridisch risico ingebouwd, is dit toerekenbaar aan de spil? De aansprakelijkheid van de spil mag daarbij niet verworden tot een hoofdelijke, met alle regres- en draagplichtproblemen die daarbij in het verschiet liggen. Aansprakelijkheid van de spil kan nimmer verder reiken dan zijn economisch aandeel aan de groepsverbondenheid naast zijn individuele binding met zijn directe contractspartijen A en C, niet met andere ketenverbonden partijen. Niet-nakoming van verbonden partijen in de groep of keten kan niet in abstracte zin worden bepaald; er kunnen echter wel grenswaarden aan worden toegekend. Een partij in een keten of groep presteert wel of niet, dat zijn grenswaarden. De totale prestatie van de groep of keten kan aldus bestaan uit een optelsom van deze grenswaarden 0 (niet presteren) of 1 (presteren) van alle betrokken partijen. In de feitelijke waardering van deze verbondenheid en individuele contractuele gehoudenheid is dit aldus eenvoudig te duiden. Op basis daarvan kan correctie worden aangebracht op de wilsuitingen bij individuele overeenkomsten die rechtens relevante samenhang vertonen met andere overeenkomsten. Aldus kan de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt ook moeilijk anders worden verstaan. Het feit dat moet worden vastgesteld dat de Hoge Raad daarbij blijft steken in denken in termen van maatschappelijke (of zo men wil: economische) betamelijkheid en dat dit in de rechtswetenschap met instemming lijkt te worden begroet stemt tot nadenken.

²² Vraagstukken inzake kwesties als 'fraus omnia corrumpit' of de inmiddels (niet onterecht) wel vergeten rechtsfiguur van de laesio enormis laat ik in dit verband liggen.