

De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht

A.L.H. Ernes & A.H. Lamers*

1 Inleiding

Het begrip 'overeenkomst' is een van de sleutelbegrippen in het vermogensrecht. Een overeenkomst is een meerszijdige rechtshandeling, waarvoor kenmerkend is dat die rechtshandeling steeds door twee of meer partijen wordt verricht.

In deze bijdrage zal aandacht worden besteed aan de vraag wie kan worden gezien als partij bij een overeenkomst, en aansluitend hierop: wie zijn derden? Sluiten de begrippen 'partij' en 'derde' elkaar uit, of bestaan er overlappingen? Daarnaast zal worden gekeken naar de problematiek van de samenhangende overeenkomsten, waarbij de vraag kan worden gesteld of degene die partij is bij de ene overeenkomst, ook contractuele rechten kan ontlenen aan de overeenkomsten die met deze eerste overeenkomst samenhang vertonen. Tot slot zal worden onderzocht op welke wijze contractencomplexen, waarvan de samenhang zo sterk is dat kan worden gesproken van een contractengroep, kunnen worden afgebakend in die zin dat kan worden vastgesteld welke contractanten in dat complex, ondanks het feit dat ze geen directe bilaterale contractuele band met elkaar hebben, elkaar toch kunnen aanspreken op grond van contractuele rechten.

Vaak zijn niet alleen de contractspartijen, maar ook derden betrokken bij een overeenkomst

2 Het nauwe jasje van de overeenkomst
Hoewel een overeenkomst in beginsel slechts werkt tussen de partijen, staat dit uitgangs-

punt op losse schroeven. Vaak zijn niet alleen de contractspartijen, maar ook derden betrokken bij een overeenkomst. Cahen signaleerde dat een nauw bij de overeenkomst betrokken derde kan werken als storende factor bij de afwikkeling van de overeenkomst.¹

Een voorbeeld is de zaak *Ultramares Corporation v. Touche*, die werd voorgelegd aan de Court of Appeals of New York.² Een accountantskantoor werd ingeschakeld door Fred Stern & Co (een bedrijf dat rubber importeerde en verkocht) om een balans op te maken van dit bedrijf. Om te kunnen blijven functioneren had Stern altijd grote leningen nodig van banken en andere geldschieters. Dat wisten de accountants. Zij wisten ook dat de gecertificeerde balans door Stern zou worden getoond aan banken, crediteuren, aandeelhouders, kopers en verkopers als basis voor de financiële handelingen. Ze maakten de balans en gaven 32 gecertificeerde kopieën af. Later bleek dat de balans op gefingeerde gegevens was gestoeld; het bedrijf was in werkelijkheid insolvent.

Ultramares Corporation had aan Stern echter geld geleend, omdat ze vertrouwde op deze balans. De ene lening volgde de andere totdat het kaartenhuis instortte. Stern ging failliet. Ultramares sprak daarop de accountants aan. Cardozo (een van de rechters die de uitspraak wijzen) stelde voorop dat er sprake was van nalatigheid van de accountants bij het opmaken van de balans. Maar, was deze nalatigheid een fout waarop Ultramares zich kon beroepen? Cardozo CJ verdedigt in deze uitspraak dat het recht niet mag toestaan dat 'liability for the consequences of a negligent certificate may be enforced by any member of an indeterminate class of creditors, present and prospective, known and unknown.'

* Prof. mr. A.L.H. Ernes is bijzonder hoogleraar dogmatiek civiel en handelsrecht aan de Open Universiteit. Tevens is zij als honorair universitair hoofddocent verbonden aan Maastricht University. Daarnaast is zij raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Arnhem en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Maastricht. Mr. dr. A.H. Lamers is als onderzoeker verbonden aan de ArtEZ hogeschool en de stichting Mercatura Honesta.

1 J.L.P. Cahen, 'Kortsluiting in contractuele verhoudingen', in: J.Th. Degenkamp e.a. (red.), *Bezielde materie. Een selectie uit de geschriften van J.L.P. Cahen*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 21-46 (oorspronkelijk verschenen in: *RM Themis*, 1965, p. 473 e.v.).

2 225 NY 170 (1931).



Foto © Marten Hoogstraal (whiteframe.nl)

Deze angst om de poorten wijd open te zetten voor een ongelimiteerd aantal aansprakelijkheden noemt men wel het *floodgates*-argument. Desalniettemin slaagt Ultramares' vordering jegens de accountants omdat de rechters van mening waren dat Ultramares op de accountantsverklaringen had moeten kunnen vertrouwen.³

Een zaak als *Ultramares* uit 1931 heeft actualiteitswaarde. In de *World Online*-zaak ging het (onder meer) om prospectusaansprakelijkheid. ABN AMRO en Goldman Sachs waren *joint global coordinator*, *joint lead manager* en *joint bookrunner* voor de introductie op de Amsterdamse effectenbeurs van aandelen World Online. Ten behoeve van die introductie is eerst een voorlopig prospectus gepubliceerd en later een definitief prospectus voor de uitgifte van ruim 67 miljoen gewone

aandelen World Online. De Vereniging van Effectenbezitters (VEB) heeft in feitelijke instanties een serie verwijten tegen World Online en de banken aangevoerd die onder meer betrekking hebben op de inhoud van het prospectus. Volgens VEB bevat het prospectus op meerdere punten onjuiste dan wel onvolledige informatie. VEB doet in de procedure een beroep op misleidende reclame en onrechtmatige daad. Opvallend is dat de casus lijkt op *Ultramares* in die zin dat ook bij *World Online* een document (prospectus) is opgesteld, in dit geval door de banken, waarop derden af konden gaan. Dat derden op de gegevens in het prospectus zouden afgaan, was ook bekend bij de banken. Sterker nog, dat is juist de bedoeling van een dergelijk prospectus. In een dergelijke situatie hebben de banken een zorgplicht dat de gegevens correct zijn. Deze zorgplicht geldt daarbij niet enkel jegens hun wederpartij, maar ook jegens deze derden, die nauw betrokken zijn bij de overeenkomst.

Dat derden op de gegevens in het prospectus zouden afgaan, was bekend bij de banken. In een dergelijke situatie hebben de banken een zorgplicht dat de gegevens correct zijn. Deze zorgplicht geldt ook jegens deze derden, die nauw betrokken zijn bij de overeenkomst

Op dit punt is de rechtsontwikkeling in Nederland voortgeschreden sinds 1905. In dat jaar oordeelde de Hoge Raad eveneens in een prospectus-zaak, maar wist de Hoge Raad geen rechtsgrond aan te geven voor een verplichting van de uitgever van het prospectus tot extra zorg jegens kopers.⁵ Nu, in de *World Online*-casus, bestaat wél een zorgplicht jegens potentiële kopers, zij het dat deze wordt geconstrueerd via onrechtmatige daad en misleiding.

Naar onze mening kan een volgende stap worden gezet. Argumenten op de leest van *Ultramares* geschoeid, hadden in de *World Online*-zaak aan de orde kunnen worden gesteld. Met andere woorden, de VEB had evenals *Ultramares* kunnen stellen dat zij betrokken derde is en op grond daarvan een beroep kunnen doen op de zorgplichten, voortvloeiend uit overeenkomst.

Voor het Nederlandse recht kan men in het kader van derdenwerking van (bedingen in) overeenkomsten denken aan diverse uitspra-

³ De beslissing is unaniem genomen door alle zeven rechters.

⁴ HR 27 november 2009, LJN: BH2162, RvdW 2009, 1403.

⁵ HR 24 november 1905, W 1905, 8304. Zie hierover: J.G.J. Rinkes, *Onerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector* (preadvies voor de Vereniging van Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2010, p. 269.

ken.⁶ We bespreken hier slechts kort de problematiek van het arrest *Vleesmeesters/Alog*⁷ om aan te geven dat ook in het Nederlandse recht het verwachtingspatroon van een derde een rol kan spelen bij de vraag of een contractant bij de uitvoering van een overeenkomst zijn zorgplicht jegens derden wel voldoende in acht neemt.

Hier ging het om een huurovereenkomst, die Alog had gesloten met Euro Invest. Alog was op grond van een contractueel exploitatiebeding verplicht de bedrijfsruimte (in een klein winkelcentrum) ook daadwerkelijk als supermarkt te gebruiken. Alog onderverhuurde het grootste deel van het winkelcentrum aan Aldi, het overige deel werd onderverhuurd aan Dumeco die het op haar beurt onderverhuurde aan slagerij Vleesmeesters. Als Aldi de supermarkt op enig moment niet meer rendabel kan exploiteren, sluit ze de winkel. Op dat moment pleegt Alog wanprestatie jegens Euro Invest wegens het schenden van het exploitatiebeding. Vleesmeesters, die alleen achterblijft in het voor het grootste deel leegstaande winkelcentrum, moet zijn bedrijfsactiviteiten ook beëindigen wegens toenemende verliezen. Vleesmeesters spreekt vervolgens Alog aan op grond van onrechtmatige daad. Vleesmeesters stelt dat Alog, door wanprestatie te plegen jegens Euro Invest, onrechtmatig heeft gehandeld jegens Vleesmeesters. De Hoge Raad oordeelt:

'(...) 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 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 de 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 de omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.'

Iemand die een overeenkomst aangaat heeft dus in sommige gevallen niet alleen een zorgplicht jegens zijn directe wederpartij, maar

ook jegens derden, die nauw zijn betrokken bij de uitvoering van de overeenkomst. Naar aanleiding van deze zaak verdedigt Rinkes dat een burger erop vertrouwt dat ook andere burgers 'honest' zijn en dat dus een *honesty* als principe dient te worden ingevoerd, waarbij *sincerity* en *accuracy* doorslaggevend zijn.⁸

In het oude recht bepaalde artikel 1376 lid 2 BW dat een overeenkomst een derde niet tot nadeel kan strekken. Dat is te veel gezegd. Zoals Pitlo/Bolweg reeds aangaf: we benadelen bijna dagelijks derden door de overeenkomsten die we sluiten. Bolweg illustreerde deze stelling met het voorbeeld:

'Want hoeveel mensen zie ik niet bij de halte achterblijven, nadat ik er nog in geslaagd ben een vervoercontract met de gemeentetram te sluiten! Had ik dat contract niet gesloten, dan bleef er een aspirant-passagier minder bij de halte achter.'⁹

Wellicht is de tijd gekomen fris tegen het overeenkomstbegrip aan te gaan kijken. Dat is niet eenvoudig. Volgens Chesterton kan men een huis zien als een huis en daar verder niet over piekeren, maar een huis kan ook worden gezien als een gigantische hoed die de mens beschermt tegen de zon en de regen.¹⁰ Het kan verfrissend zijn de wereld vanuit een andere invalshoek te bezien dan gebruikelijk.

Wellicht is de tijd gekomen fris tegen het overeenkomstbegrip aan te gaan kijken

3 Autonomiebeginsel

Het autonomiebeginsel houdt kort gezegd in dat contractuele normen slechts kunnen berusten op de vrijwillige instemming van de partijen. Maar, hoe groot is de autonomie van een persoon die deel uitmaakt van een gemeenschap?

Claeys signaleert een viertal economische en sociale ontwikkelingen: de toenemende specialisatie in de diverse economische sectoren, de versnelde circulatie van goederen en diensten, het noodzakelijke vertrouwen dat mensen in de handelingen en informatie van anderen moeten kunnen stellen en de socialisering van de maatschappelijke verhoudingen.¹¹ Ook Köndgen stelt, in navolging van Durkheim, dat het gegeven van een groeiende bevolking heeft gezorgd voor een verdichting van de sociale verhoudingen.¹² Dit verschijnsel heeft geleid tot de vraag hoe mensen in een enge ruimte in vrijheid kunnen coëxisteren. De oplossing van deze vraag ligt volgens Köndgen op het vlak van arbeidsdeling en sociale diffe-

- 6 HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323 (*Staat/Degens*); HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 64 (*Baris/Riezenkamp*); HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 (*Gegaste uien*); HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 (*Securicor*); HR 12 oktober 1979, *NJ* 1980, 117 (*Radio Modern/Edah*); HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 (*Citronas*); HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 40 (*Gestolen hammen*); HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97 (*Jans/Fiat*); HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98 (*Mooijman/Netjes*); HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 307 (*Meissner/Arenda*); HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 553 m.nt. J.B.M. Vranken (*ODS/Curaçao Port Services*).
- 7 HR 24 september 2004, *NJ* 2008, 587. Over deze uitspraak: M.J. van Laarhoven, 'Over derdenwerking van overeenkomsten en samenhangende rechtsverhoudingen. Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 24 september 2004, *RudW* 2004, 108', *NTBR* 2005-2, p. 48-59 en M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen. Een beknopte studie voorbij het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 68-76.
- 8 J.G.J. Rinkes, *Reasonable expectations of honest men, over privaatrecht, contractenrecht en vertrouwen* (oratie Open Universiteit), Zutphen: Paris 2006, p. 26. Zie ook HR 23 april 2010, *NJ* 2010, 454, waarover J.G.J. Rinkes, 'De toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het verzekeringrecht', in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes (red.), *Juridische aspecten van verzekeringsvoorwaarden* (ACIS-serie deel 5), Zutphen: Paris 2011, p. 29-59.
- 9 A. Pitlo, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 3, Algemeen deel van het verbintenissenrecht* (bewerkt door M.F.H.J. Bolweg), Arnhem: Gouda Quint 1979, p. 172-173.
- 10 G.K. Chesterton, 'A defense of nonsense', in: *The defendant*, London: Dent 1901,

rentiatie. Met andere woorden: eenieder gaat zich specialiseren. Als gevolg hiervan moet een paradox worden gesignaleerd: de specialisatie zorgt ervoor dat de onderlinge concurrentie afneemt, maar daartegenover staat een grotere wederzijdse afhankelijkheid. Voor het rechtsleven heeft deze ontwikkeling tot gevolg dat niet-contractuele sociale relaties zich verder zijn gaan ontwikkelen. Deze ontwikkeling heeft volgens Köndgen geleid tot *willensunabhängigen Grundlagen des Vertrages*. De wilsovereenstemming als juridisch relevant gegeven wordt stap voor stap teruggedrongen en vervangen door objectieve normen.

Wij verdedigen dat bovenstaande inzichten als volgt kunnen worden geïnterpreteerd. Begeeft men zich in het (drukke) rechtsverkeer, dan dient men ermee rekening te houden andere personen op zijn weg te ontmoeten. Ten aanzien van deze andere personen heeft men zowel rechten als plichten. Wil A een overeenkomst aangaan, dan gebeurt dit op vrijwillige basis. Het gegeven echter dat A (en ieder ander) midden in het rechtsverkeer staat, geeft op zijn beurt aanleiding voor 'voorangsregels'. A wordt gebonden wanneer hij dat wil, maar ook wanneer hij de schijn wekt zulks te willen.

Begeeft men zich in het (drukke) rechtsverkeer, dan dient men ermee rekening te houden andere personen op zijn weg te ontmoeten. Ten aanzien van deze andere personen heeft men zowel rechten als plichten

4 Wie is partij en wie is derde?

Een vraag die vervolgens kan worden gesteld is: wie heeft te gelden als partij bij een overeenkomst en wie is derde? Du Perron concludeert dat de categorie 'partijen' in drie groepen kan worden verdeeld.¹³ Partijen zijn allereerst zij die door toestemming over en weer de overeenkomst hebben gesloten. Deze categorie bestempelt Du Perron als de ontstaanspartijen. De tweede groep wordt gevormd door de rechtsopvolgers (onder algemene en bijzondere titel) van de ontstaanspartijen. Zij treden immers in de rechtspositie van hun rechtsvoorgangers. De derde groep is de groep van de toetredingspartijen. Zij zijn niet aanwezig bij de totstandkoming van de overeenkomsten, maar komen pas later in beeld.

Kort en bondig stelt Du Perron dat een derde is iedereen die bij de overeenkomst geen partij is.¹⁴ Aldus moet worden geconstateerd dat de begrippen 'derde' en 'partij' elkaar wederzijds uitsluitende grootheden zijn. Echter, Du Perron corrigeert dit door aan te geven dat deze tegenstelling niet goed laat uitkomen dat sommige derden in een nauwere betrekking tot een overeenkomst staan dan andere.¹⁵ Dit klinkt nogal Orwelliaans: 'All animals are equal. But some animals are more equal than others'.¹⁶

Als voorbeeld van een betrokken derde grijpt Du Perron naar de middellijke vertegenwoordiging, waarover hij opmerkt dat de principaal nader tot de overeenkomst staat dan een willekeurige buitenstaander.¹⁷ Hetzelfde kan worden gezegd van bijvoorbeeld Vleesmeesters, die dichter bij de overeenkomst tussen Alog en Euro Invest staat dan een willekeurige persoon X.

Aubel schetst het beeld als volgt: het eiland waarop twee contractspartners zich bevinden, kan men zich voorstellen als een in het water gegooide steen. Daaromheen vormen zich meteen diverse concentrische cirkels van 'derden'.¹⁸ Zo ontstaat er een verschil tussen de 'contractueel betrokken derde', die belang heeft bij de overeenkomst of op een andere wijze dicht bij de contractspartijen staat en de volledige derde, die niets met de overeenkomst van doen heeft. Hij illustreert dit met het voorbeeld van de fabrikant die frisdrank op de markt brengt in flessen die wel eens uit elkaar kunnen spatten. Deze fabrikant zal zich waarschijnlijk minder zorgen maken over schadeclaims van toevallige passanten dan over de claim van de consument (met wie hij ook geen overeenkomst heeft gesloten), die zijn product in de winkel van zijn afnemer heeft gekocht.¹⁹

Lijdt men schade en is men geen contractspartij, dan is de weg naar schadevergoeding mogelijk via een onrechtmatige daadsactie. Zeker. Maar is dat steeds de aangewezen weg? Als iemand een contractueel betrokken derde is, kan hij zich dan slechts van de onrechtmatigedaadsactie bedienen? Of zou hij (tevens) de mogelijkheid moeten hebben een actie uit hoofde van toerekenbare niet-nakoming?

Wanneer men aanvaardt dat er gradaties van 'derden' bestaan, dan is het daarmee in tegenspraak om alle derden op het algemene, lastige en brede pad van de onrechtmatige daad te sturen. Als een derde betrokken is bij een overeenkomst, dan kan hij aan die overeenkomst op enigerlei wijze rechten ontnemen, zo kan uit het voorgaande worden geconstateerd. En nog een stapje verder: wat gebeurt

11 I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid, De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken* (diss. Leuven) Antwerpen: Intersentia 2003, p. 7.

12 J.B. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen: Mohr 1981, p. 145-148. Hij verwijst naar de theorie van Emile Durkheim in: *De la division du travail social*, Parijs: Presses Universitaires de France 1960 (oorspr. 1893). Een verwante gedachtegang kan worden aangetroffen bij P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford: Clarendon Press 1979, p. 572 e.v.

13 C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 37-70.

14 Du Perron 1999, p. 46.

15 Du Perron 1999, p. 47.

16 George Orwell, *Animal Farm*, Londen: Secker and Warburg 1945, Penguin Books 1960, p. 114.

17 Du Perron 1999, p. 47.

18 C.P. Aubel, *En passant de tweede hand. Over beperking van aansprakelijkheid tegenover derden*, Deventer: Kluwer 1972, nr. 29.

19 Aubel 1972, nr. 42.

er als een contractueel betrokken derde deel uitmaakt van de samenhangende rechtsverhouding, van een contractueel netwerk?²⁰ Ook dan is het zuiver als hem acties ten dienste staan uit een of meer contracten die deel uitmaken van het netwerk.

Wanneer men aanvaardt dat er gradaties van 'derden' bestaan, dan is het daarmee in tegenspraak om alle derden op het algemene, lastige en brede pad van de onrechtmatige daad te sturen

Bij samenhangende overeenkomsten speelt dezelfde problematiek. Zonder enige pretentie van volledigheid kan worden gewezen op het arrest *Vleesmeesters / Alog*,²¹ *Jans / Fiat Credit*,²² *Mooijman / Netjes*²³ en *Radio Modern / Edah*.²⁴ Waar meerdere overeenkomsten in elkaars verlengde liggen, of anderszins met elkaar samenhangen, is het krampachtig deze overeenkomsten van elkaar te scheiden, waardoor de persoon die wel partij is bij de ene overeenkomst maar niet bij de andere, een deelnemer bij die samenhangende overeenkomst slechts via onrechtmatige daad zou kunnen aanspreken. Een actie uit hoofde van toerekenbare niet-nakoming zou tot de mogelijkheden moeten behoren. Reeds eerder is door Linssen en door Du Perron in deze context signaleerd dat de bilaterale overeenkomst niet is toegesneden op de toegenomen en nog steeds toenemende complexiteit van het maatschappelijk verkeer.²⁵ Het is tijd voor een nieuwe invulling van het begrip overeenkomst.

Een derde kan trekken van een partij vertonen, waardoor hij aanspraken kan hebben die van oudsher zijn voorbehouden aan een partij

Geconstateerd moet worden dat de begrippen 'partij' en 'derde' elkaar niet steeds wederzijds uitsluiten. Een derde kan trekken van een partij vertonen, waardoor hij aanspraken kan hebben die van oudsher zijn voorbehouden aan een partij. Het gevolg zou dan zijn dat de grenzen tussen de begrippen vervagen. Kan dat? Zou een wijziging binnen het privaatrecht mogelijk zijn?

Bacache-Gibeilli heeft ten aanzien van het Franse recht voorgesteld dat het partijbegrip zou moeten worden opgerekt.²⁶ Volgens het door haar voorgestane model worden deelnemers binnen een contractengroep partij bij elkaars overeenkomsten. Bacache-Gibeilli stelt vervolgens voor dat het begrip partij niet alleen moet worden gedefinieerd door te refereren aan de contractuele procedure (het sluiten van de overeenkomst), maar met name door te kijken naar de geadresseerden van de contractuele norm. Zo komt ze tot een tweetal subgroepen van partijen, de partijen die zowel deelnemen aan de procedure als aan de norm. Dit is de categorie *cocontractantes*. De tweede subgroep wordt gevormd door de partijen die wél normgeadresseerden zijn, maar geen deelnemers aan de procedure. Dit zijn de leden van de contractengroep. Om deel te kunnen nemen aan deze categorie volstaat het dat men partij is bij een procedure van een andere overeenkomst, die met de eerste overeenkomst een groep vormt, verenigd door *une identité d'obligations*.²⁷ Vanstapel concludeert hieruit terecht dat de theorie van de contractgroep als gevolg heeft dat de uitwerking van een samenhangende overeenkomst niet beperkt blijft tot de contractpartijen maar zich uitstrekt tot de contractpartijen bij de samenhangende overeenkomsten die met die eerste overeenkomst een contractgroep vormen.²⁸

Foriers geeft voor het Belgische recht aan dat het in bepaalde situaties mogelijk is dat een partij van een onder-overeenkomst, of overeenkomst die deel uitmaakt van een groep, tevens partij is bij een andere overeenkomst die tot de groep behoort.²⁹

Köndgen spreekt voor het Duitse recht wel van een *generalisierte Reziprozität in Gruppen*, waar bijvoorbeeld A levert aan B, B aan C, C aan D enzovoorts, tot uiteindelijk F of G weer aan A levert.³⁰ Deze indirecte ruil stelt hij zich niet strikt lineair, in een fraaie ketting voor. De prestatie van A verschaft hem ook krediet bij C, D of E en wanneer een groepslid om welke reden dan ook wegvalt, kunnen de andere groepsleden deze leemte opvullen. Deze *generalisierte Reziprozität* is volgens hem de meeste vluchtige modus van wederkerigheid. Niet slechts tijd en plaats van de tegenprestatie blijven ongespecificeerd, zelfs de wederpartij die de tegenprestatie zal leveren is ongewis. Een andere invalshoek ziet Fuchs. Zij spreekt van *verbundene Geschäfte* als het gaat om twee overeenkomsten, die samen een economische eenheid vormen.³¹

20 Terzijde merken wij op dat ook ten aanzien van onrechtmatige daadsacties kan worden gedacht in termen van netwerken, zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Over de grenzen van het privaatrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2011.

21 HR 24 september 2004, NJ 2008, 587.

22 HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. J.B.M. Vranken.

23 HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98 m.nt. J.B.M. Vranken.

24 HR 12 oktober 1979, NJ 1980, 117.

25 J.G.A. Linssen, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht', *NJB* 1995-34, p. 1265-1274; C.E. du Perron, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in het handelsrecht', in: R.J.Q. Klomp, M.M. Mendel, C.E. Du Perron & A.C. van Schaick (red.), *Het eigen gezicht van het handelsrecht* (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht), Deventer: Kluwer 2000, p. 239-273, m.n. p. 242.

26 M. Bacache-Gibeilli, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Parijs: L.G.D.J. 1996, nr. 300.

27 Bacache-Gibeilli 1996, nr. 303.

28 I. Vanstapel, 'Wie is "partij" en wie is "derde" in een contract in een contractengroep? Actuele knelpunten en perspectieven', in: I. Samoy (red.), *Derden in het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 1-59, m.n. p. 58.

29 P.A. Foriers, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Brussel: L.G.D.J. 2006, p. 44 en 159.

30 Köndgen 1981, p. 249-250.

31 A. Fuchs, 'Zum Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff bei verbundenen Geschäften', *Archiv für die civilistische Praxis* 1999-3, p. 305-336, m.n. p. 306.

5 Afbakening van de contractengroep

De meest voor de hand liggende vraag, indien acceptatie van de contractengroep wordt overwogen, is de vraag waar de grens van de groep ligt. In een contractengroep kunnen ook contractanten die geen rechtstreekse bilaterale overeenkomst met elkaar hebben gesloten elkaar toch in de nakoming van een overeenkomst die met een ander is gesloten, rechtstreeks aanspreken. Ook is het mogelijk dat een contractant die zonder dat sprake is van een niet-toerekenbare tekortkoming niet nakomt, toch wanprestatie pleegt jegens een of meerdere andere contractanten in de groep waarmee deze contractant geen directe bilaterale overeenkomst heeft gesloten. Een deelnemer in een contractengroep kan dus gebonden worden aan bedingen in een overeenkomst waarbij hij zelf geen rechtstreekse partij is. Bovendien geldt tussen 'contractanten' een verregaande zorgplicht. Daar staat als relativerende omstandigheid tegenover dat de aanspraak jegens de rechtstreekse contractant met wie een directe bilaterale overeenkomst is gesloten, blijft bestaan.

De gevolgen van acceptatie van de contractengroep zijn, tenminste vanuit het oogpunt van aansprakelijkheid en zorgplichten, verstrekkend en dus is volgens ons, omwille van het voorkomen van ongecontroleerde contractuele aansprakelijkheid, van belang dat aan contractengroepen grenzen worden gesteld. De navolgende criteria kunnen deze grenzen markeren:

- 1 Er is sprake van een spil in de contractengroep, en
 - 2 er is sprake van een gemeenschappelijke oorzaak, en dientengevolge
 - 3 beogen alle contractanten hetzelfde economische doel te realiseren.
- Hierna zullen deze criteria nader worden uitgewerkt.

De spil

Contractencomplexen ontstaan zelden 'spontaan'. Doorgaans zoeken partijen elkaar bewust op en bovendien is één van de contractanten in een complex vaak aan te merken als 'organisator' van het complex. Een voorbeeld zijn de contractencomplexen die gebruikelijk zijn in de muziekindustrie waarbij de intermediair zoals bijvoorbeeld een artiestenbureau of een manager is te identificeren als degene die het complex organiseert en die we de spil in het contractencomplex zouden willen noemen.³² Een ander voorbeeld zijn de contractencomplexen in de

bouw waar de architect niet zelden is aan te merken als de spil in het complex.³³ Een wezenlijk kenmerk van een contractengroep is volgens ons de aanwezigheid van een spil. Deze spil smeedt de verschillende bilaterale overeenkomsten, alsmede de relaties tussen 'deelnemers' aan een contractengroep tussen wie geen directe bilaterale overeenkomsten bestaan, als het ware aan elkaar. De spil is de regisseur binnen het contractencomplex. De spil voert niet zelden de juridische regie over de bilaterale overeenkomsten binnen de groep. Dat laatste heeft bijvoorbeeld in situaties waarin een tussenpersoon als spil is aan te wijzen tot gevolg dat op alle overeenkomsten de algemene voorwaarden van de tussenpersoon van toepassing zullen zijn.³⁴ Dit geeft feitelijk een grotere rechtszekerheid dan in het geval dat er sprake zou zijn van een contractengroep waarbinnen op de verschillende overeenkomsten ook verschillende algemene voorwaarden van toepassing zouden zijn. Bovendien maakt dit de stap naar aanneming van een contractengroep kleiner omdat de algemene voorwaarden die op alle directe overeenkomsten van toepassing zijn op deze wijze ook indirect van toepassing zijn op de relatie tussen contractanten tussen wie onderling geen directe bilaterale overeenkomst bestaat. Komt het ooit tot wanprestatie van een der partijen dan is tenminste duidelijk welke regels op 'alle' contractanten van toepassing zijn.

Contractencomplexen ontstaan zelden 'spontaan'. Doorgaans zoeken partijen elkaar bewust op en bovendien is één van de contractanten in een complex vaak aan te merken als 'organisator' van het complex

Het is als criterium ter concludering tot een contractengroep niet altijd noodzakelijk dat de spil de *juridische* regie voert. Ook de feitelijke regie in uitvoerende zin of de regie in de communicatie tussen alle deelnemers kan ertoe leiden dat een persoon als spil in een contractengroep kan worden gezien. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is de driehoek van opdrachtgever, architect en aannemer in de bouw zoals beschreven door Van den Berg in zijn dissertatie en waarin de architect de regie (bouwdirectie) voert.³⁵

32 A.H. Lamers, *Contracten door intermediairs in de muziekindustrie* (diss. Open Universiteit), Deventer: Kluwer 2011, p. 93-105.

33 M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1990; M.A.M.C. van den Berg, *Van horige tot maat? Over emancipatie van de aannemer als contractpartij* (afscheidsrede Tilburg), Tilburg: Universiteit van Tilburg 2010.

34 Lamers 2011, hoofdstuk 4 en 7.

35 Van den Berg 1990, p. 3 e.v.

Gemeenschappelijke oorzaak

De gemeenschappelijke oorzaak³⁶ van de overeenkomst(en) wijst naar hetgeen partijen hebben beoogd, naar de strekking van hetgeen zij wilden bewerkstelligen. Deze oorzaak is de operatie die de spilfiguur voor ogen heeft en is te onderscheiden van het datgene wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst(en) beoogden en dat zich laat vangen in het hierna te bespreken economische doel.³⁷ Be-doeld wordt een gemeenschappelijke oorzaak als gevolg waarvan een gemeenschappelijk doel kan worden nagestreefd.

Niet zelden is er sprake van een 'beginovereenkomst' die tot gevolg heeft dat ter realisatie van deze beginovereenkomst één of meerdere vervolgovereenkomsten zullen worden gesloten die zich tot de beginovereenkomst niet verhouden als onderovereenkomst maar die in het complex van dezelfde rangorde zijn als de beginovereenkomst. Een voorbeeld is de overeenkomst die de lasthebber (afd. 7.7.2 BW) sluit of de overeenkomst die na bemiddeling (afd. 7.7.3 BW) tot stand komt. Deze laatste vervolgovereenkomsten zijn immers niet ondergeschikt aan de bron van die overeenkomst, namelijk de overeenkomst van lastgeving en de bemiddelingsovereenkomst.

Een voorbeeld: als een opdrachtgever een overeenkomst sluit met een intermediair in de muziekindustrie inhoudende dat deze intermediair een overeenkomst met band X moet sluiten ter invulling het programma van de plaatselijke jazzclub, dan is de overeenkomst tussen opdrachtgever en intermediair te kwalificeren als lastgevingsovereenkomst en de overeenkomst tussen intermediair en band als uitvoering van die last.³⁸ De laatste overeenkomst, die ook 'uitvoeringsovereenkomst' zou kunnen worden genoemd, is daarbij niet ondergeschikt aan de daaraan voorafgaande lastgevingsovereenkomst.

Realisatie van hetzelfde economische doel

Een derde criterium dat zou kunnen gelden als scheidslijn voor de vraag in hoeverre een contractencomplex als contractengroep kan worden gezien is het feit dat alle contractanten hetzelfde doel willen realiseren. Dit criterium lijkt veel op de door Van Laarhoven geïdentificeerde 'economische samenhang'³⁹ als aanwijzing voor derden-betrokkenheid, doch heeft een ander uitgangspunt. Economische samenhang kan ook ontstaan zonder dat partijen bij de verschillende contracten in een contractencomplex deze voor ogen hebben. Dat was bijvoorbeeld het geval in het hiervoor besproken arrest *Vleesmeesters / Alog*⁴⁰

waarin Vleesmeesters als onderhuurder via Dumeco contracteerde met Alog. Vleesmeesters heeft volgens ons op het moment dat ze de onder-onderhuurovereenkomst sloot niet hetzelfde economische doel voor ogen gehad als Euroinvest, namelijk het uitbaten van een onroerend-goed-complex.

Als het gaat om de vraag of partijen in een contractencomplex eenzelfde doel voor ogen hebben is het van belang om onderscheid te maken tussen hoofdovereenkomsten en nevenovereenkomsten. Als een aannemer een tegelzetbedrijf inhuurt om in een te realiseren en te exploiteren kantorencomplex slechts enkele toiletten af te tegelen, dan heeft de tegelaar nauwelijks hetzelfde economische doel voor ogen als de aannemer. Als voorbeeld voor een geval waarin de contractanten in een contractencomplex wel een gemeenschappelijk doel voor ogen hebben is als een opdrachtgever via een artiestenbureau een artiest boekt. Zowel de opdrachtgever als de intermediair als de artiest werken dan samen aan één doel, het optreden van de artiest.

Als afsluiting van deze paragraaf wordt opgemerkt dat partijen die 'deelnemen' in een contractengroep en dus een gezamenlijk economisch doel voor ogen hebben, weten of behoren te weten dat er andere betrokkenen zijn. Deze wetenschap alleen al creëert tenminste een samenhang op grond waarvan partijen rekening hebben te houden met elkaars belangen.⁴¹

6. Afsluiting

Het is zeer lastig om binnen het recht te bakens te verzetten, om voortschrijdend(e) inzicht(en) te codificeren. Toch moeten we in de nabije toekomst aan de begrippen 'partij', 'overeenkomst' en 'derde' aandacht besteden. 'Recht functioneert niet in een vacuüm. Het beoogt menselijk gedrag en maatschappelijke verhoudingen te regelen en te beïnvloeden', aldus Vranken.⁴²

Wij hebben geprobeerd aan te geven dat derden door interactie met de contractspartijen betrokken kunnen zijn bij een overeenkomst. Deze interactie dient voorwerp te zijn van onderzoek. Het is dringend noodzakelijk dat helder is wie kan worden aangeduid als contractspartij, dat we vaststellen hoe ver een overeenkomst zich uitstrekt en dat we daarbij ook grenzen stellen aan het begrip 'betrokken derde'. Voeg daarbij het gegeven dat elektronisch contracteren een grote vlucht heeft genomen en in de toekomst zeker nog meer terrein zal winnen. Dan is de bood-

36 Niet te verwarren met het onder het oude recht geldende geldige oorzaakvereiste voor de geldigheid van de overeenkomst (art. 1356 en 1371 BW (oud)). Zie over deze materie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III (2010), nr. 299.

37 B. Teyssie, *Les groupes des contrats*, Parijs: L.G.D.J. 1975, p. 95-96.

38 Lamers 2011, p. 49 e.v.

39 Van Laarhoven 2006, p. 39 e.v.

40 HR 24 september 2004, NJ 2008, 537.

41 J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *WPNR* (6472) 2002, p. 45.

42 J.B.M. Vranken, 'Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap', *WPNR* 2010 (6840), p. 318-329, m.n. p. 324.

43 Volgens Smits staat het Europees privaatrecht nog in de kinderschoenen. Naar mijn mening geldt dit eveneens voor het Nederlands privaatrecht. J.M. Smits, *De barmhartige samaritaan in het Europees privaatrecht. Over de gevaren van beginselen zonder programma en een programma voor de toekomst* (oratie Maastricht), Maastricht: Maastricht University 2000, p. 1.

schap duidelijk: contracten zijn geen eilandjes waarop zich slechts twee partijen bevinden, afgesloten van de rest van de wereld. Er is dus (altijd) meer. Het contractenrecht is echter kennelijk (nog) niet toegesneden op deze realiteit; het privaatrecht staat nog in de kinderschoenen.⁴³

Contracten zijn geen eilandjes waarop zich slechts twee partijen bevinden, afgesloten van de rest van de wereld

Het partijbegrip kan tevens de sleutel bieden tot de ontrafeling van de problematiek van de samenhangende of geschakelde overeenkomsten. Als overeenkomsten samenhang vertonen, kunnen dan de partijen bij ieder van deze overeenkomsten ook worden gezien als partij bij de andere overeenkomsten? Een inventarisatie van gebieden waarop

samenhangende overeenkomsten zich vaak voordoen is een goed begin. In de bouwwereld wordt vaak met hulppersonen gewerkt. Dit geldt ook voor het transportrecht, ter land, ter zee en in de lucht. En er is meer: denk aan de assurantietussenpersonen.⁴⁴ We hebben gewezen op het terrein van de muziek, waar tal van geschakelde overeenkomsten bestaan waarbij impressario's optreden, die partijen tot elkaar brengen en steeds wisselende petten dragen.⁴⁵ Vranken heeft tevens opgemerkt dat de gebondenheid aan overeenkomsten niet, zeker niet in de eerste plaats, steunt op de partijautonomie. Of en hoe gebondenheid aan overeenkomsten ontstaat, wordt door het recht bepaald.⁴⁶ Dit onderschrijven wij. Tevens menen wij dat dit de deur openzet naar een moderne invulling van het contractsbegrip. Als we constateren dat de begrippen 'partij' en 'derde' geen elkaar uitsluitende grootheden zijn, dienen we de stap te zetten naar een daarbij passend overeenkomstbegrip.

⁴⁴ C.J. de Jong, *De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke positie van de verzekeringstussenpersoon en de gevolmachtigd agent, hun rol in het financiële dienstverleningsproces en de voor hen geldende gedragsnormen* (diss. Open Universiteit), Zutphen: Paris 2011.

⁴⁵ Lamers 2011.

⁴⁶ J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht' in: *Beginselen van het contractenrecht. Opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer: Kluwer 2000, p. 145-165.