

Mr. A.L.H. Ernes

# Und die Moral von der Geschicht...



**Open Universiteit**  
[www.ou.nl](http://www.ou.nl)



© Copyright Auteur, 2011

All rights reserved. No part of this publication may reproduced, stored, in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior permission of the publishers.

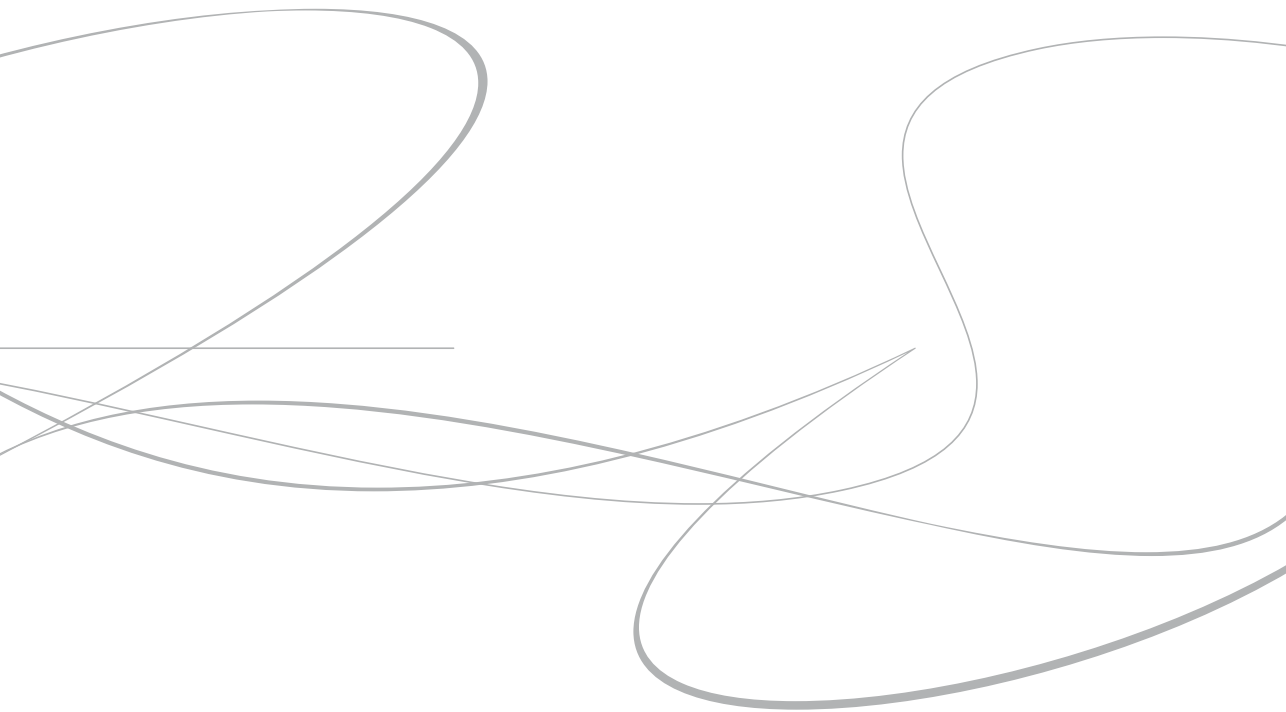
Ontwerp omslag: Afdeling Visuele Communicatie, Open Universiteit  
Opmaak binnenwerk: Afdeling Visuele Communicatie, Open Universiteit  
Redactie: Marcel Maassen

ISBN/EAN: 9789035817494

Printed in The Netherlands

# Inhoud

- 1 Inleiding 7
  - 2 Het geldingsbereik van een overeenkomst 9
  - 3 Intermezzo: vertegenwoordiging 15
  - 4 Verdichting van de sociale verhoudingen 18
  - 5 De overeenkomst is een nauw jasje 23
  - 6 Het verwachtingspatroon van een contractspartij 26
  - 7 Wie is partij bij een overeenkomst  
en wie is een (betrokken) derde? 32
  - 8 Partij bij elkaars overeenkomst? 34
  - 9 Intermezzo: election 37
  - 10 Und die Moral von der Geschicht... 39
  - 11 Dankwoord 41
- Literatuur 43
- Aangehaalde jurisprudentie 47



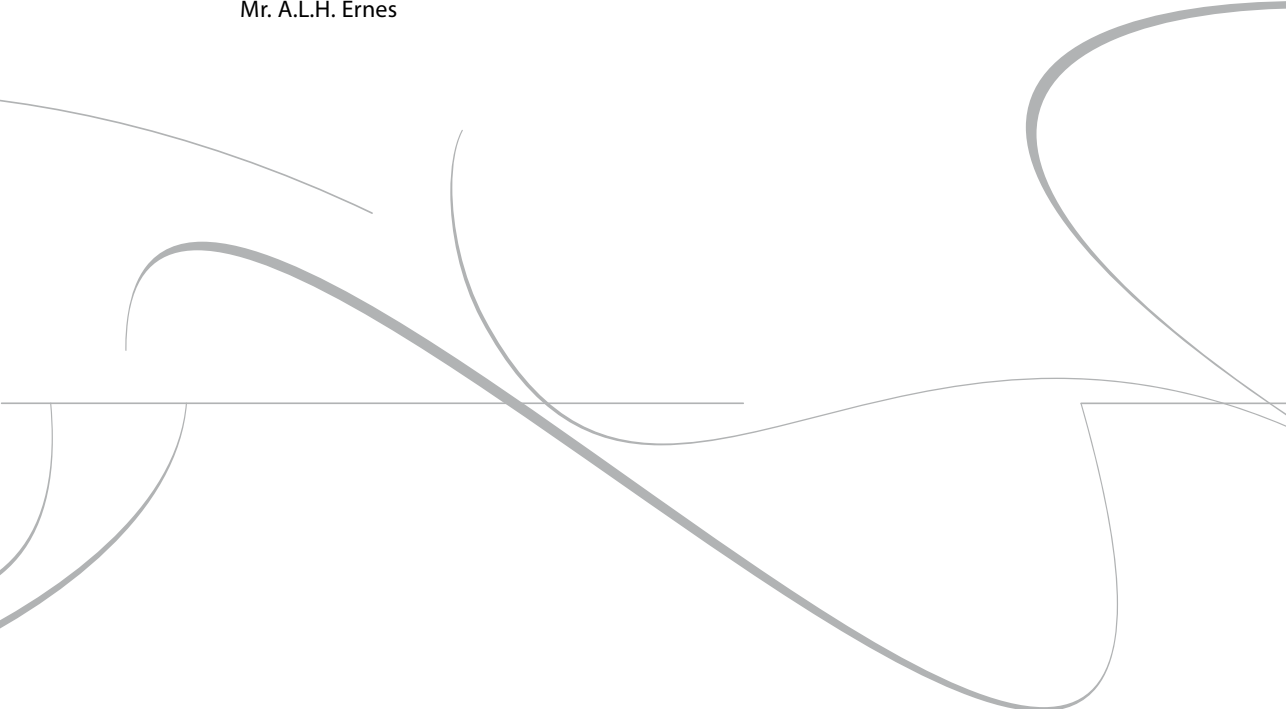
# **Und die Moral von der Geschicht...**

**Rede**

uitgesproken bij de openbare aanvaarding van het ambt van  
bijzonder hoogleraar dogmatiek civiel- en handelsrecht aan de  
Open Universiteit op 20 mei 2011

door

Mr. A.L.H. Ernes





*Geachte rector,  
Dames en heren,*

## 1. Inleiding

Als inleiding van mijn betoog wil u graag een drietal casus aan u voorleggen.

Weduwe Bolte is de trotse eigenaar van drie kippen en een haan.<sup>1</sup> De rekels Max en Moritz smeden een plan; zij sluiten een overeenkomst. Ze willen kost wat kost de kippen en de haan te pakken krijgen. Hoe gaan zij te werk? Allereerst voeren zij brood aan de beestjes. Het brood snijden zij daarbij in vier stukken, die zij vastbinden aan één touw. Het touw met het brood leggen zij vervolgens in de tuin van weduwe Bolte. De haan en de kippen slikken elk een stuk brood in en zitten nu dus aan elkaar vast. In paniek fladderen zij een boom in en raken verstrikt in de takken. De drie kippen leggen nog snel een laatste ei. De weduwe hoort het benauwde gekakel en gaat kijken wat er aan de hand is. Zij vindt de dode dieren. Na haar tranen te hebben gedroogd, besluit zij de kippen en de haan dan maar te braden. Wanneer zij de pan ook maar even uit het oog verliest, hengelen Max en Moritz de kippen via de schoorsteen uit de pan. Zij eten vervolgens hun buikjes rond. Dames en heren, is het nu nog met droge ogen vol te houden dat de weduwe, die haar kippen en haar haan kwijt is, helemaal niets met de overeenkomst tussen Max en Moritz te maken heeft?

Een tweede casus is de volgende. Toen ik vorig jaar in de zomer aan deze oratie zat te werken, kreeg ik telefoon van mijn moeder. Zij was nogal ontstemd over haar verhuurster, de woningstichting. Wat wilde het geval? Op grond van haar huurovereenkomst dient moeder een maandelijkse bijdrage te voldoen voor het onderhoud van de groenvoorziening. Hoewel ze steeds stipt dat bedrag betaalde, groeiden de distels parmantig boven de rozen uit in het plantsoentje voor haar appartement. Moeder belde de woningstichting en kreeg de informatie dat de woningstichting op haar beurt een onderhoudscontract voor de groenvoorziening had gesloten met Licom NV. Nu zult u wellicht zeggen: dan moet de Woningstichting op haar beurt aan de bel trekken bij Licom voor de nalatigheid in het onderhoud, maar de medewerker van de Woningstichting beweerde dat de huurders best zelf naar Licom NV konden bellen met hun klachten. Vragen doemen op. Moeten de huurders inderdaad hun klachten bij Licom NV deponeren? Mogen de huurders Licom NV aanspreken? Kunnen of moeten de huurders de Woningstichting aanspreken, omdat zij haar verplichtingen niet nakomt, waarna de Woningstichting zich tot Licom moet wenden?

1 Wilhelm Busch, *Und die Moral von der Geschicht, Sämtliche Werke und eine Auswahl der Skizzen und Gemälde in zwei Bänden*, Sigbert Mohn Verlag, 1959, Erster und Zweiter Streich.



Maar met dit (kleine) huurdersleed is de kous niet af. Op het terrein van het handels- en vervoersrecht zijn situaties als de volgende aan de orde van de dag. Daarmee kom ik tot de derde casus.

A op Sint Maarten koopt multiplex in de Verenigde Staten bij B. Dit moet in een container worden vervoerd naar Sint Maarten. Dat dit gebeurt, regelt C. De container wordt vervoerd door D en er wordt uiteraard een cognossement gemaakt. Het multiplex komt in Sint Maarten aan en wordt op de kade gezet bij E (waarbij de container kapot gaat of al kapot van boord komt). Dit vindt plaats op of omstreeks 8 november 1999. Om onduidelijke redenen blijft het multiplex enige dagen in de kapotte container op het haventerrein van E staan en vervolgens komt van 17 tot 19 november 1999 de orkaan Lenny over Sint Maarten. Het multiplex is nu definitief onbruikbaar. In dit voorbeeld gaat het om de positie van E ten opzichte van A, want A spreekt E aan uit hoofde van een overeenkomst. E is volgens A 'betrokken bij de (zee)vervoersovereenkomst', want tussen A en E zijn eerder rechtstreekse contracten gesloten. A heeft al vaker spullen uit de Verenigde Staten laten komen die bij E op de kade werden gezet, waarna E met A contact opnam A om te melden dat de spullen waren gearriveerd. In het verleden heeft E de spullen ook wel eens naar A gebracht. A spreekt E subsidiair aan op grond van onrechtmatige daad omdat E naar zijn zeggen slecht op de spullen heeft gepast. Veel vragen rijzen: bestaat een overeenkomst als grond voor aansprakelijkheid van E, en hoe zit het dan met wil, wilsuiking, aanbod en aanvaarding? En er ontstaan problemen aangaande de algemene voorwaarden van E, die al dan niet van toepassing zijn. Het is een fikse legpuzzel om deze zaak in goede banen te leiden.

Vandaag zou ik daarom met u een blik willen werpen op de grenzen en beperkingen van het contractsbegrip. Daarbij komt dan de vraag aan de orde wie bij een overeenkomst partij zijn en wie niet. Bestaat er wellicht een categorie personen die geen onstaanspartij is bij een overeenkomst, maar desondanks sterke trekken van een contractspartij vertoont?



## 2. Het geldingsbereik van een overeenkomst

Alvorens ik toekom aan het geldingsbereik van een overeenkomst, het volgende. Het recht is een geheel van normen en regels voor het handelen van de mens in de maatschappij. Dit geheel van normen vormt een systeem, waarin wetsbepalingen niet op zichzelf staan. De rechtswetenschap brengt hierin orde en helderheid: orde in de chaos, geen chaos in de orde. Zo ontstaan rubrieken van hoofdregels, nevenschriften en uitzonderingen. Deze systematisering is noodzakelijk. Zouden we geen systeem aanbrengen in de regels, dan zou het niet mogelijk zijn het recht te kennen. De leerstoel, die ik vandaag met deze rede aanvaard, is de leerstoel 'Dogmatiek civiel en handelsrecht'. Dat wil zeggen dat mijn leeropdracht zal zijn de bestudering van het systeem van het privaatrecht, met aandacht voor mogelijke her-rubricering. Binnen dat kader past het thema van deze lezing: het geldingsbereik van een overeenkomst. Daar gaan we nu naar kijken.

'Naar algemeen wordt aanvaard, heeft de overeenkomst uitsluitend gelding tussen de contractanten en niet ten opzichte van derden. Deze staan derhalve buiten het krachtenveld van de overeenkomst en vallen dus buiten het bereik van de stroom van de eruit voortvloeiende rechten en plichten.'

Deze regels stammen uit 1965 en zijn van de hand van Cahen.<sup>2</sup> Hij voorzag toen reeds dat dit uitgangspunt voor spanning zou gaan zorgen. Nederland stond niet alleen in deze relativiteit van de contractswerking.<sup>3</sup> Voor het Franse recht geldt eenzelfde uitgangspunt. Daar is het beginsel van 'La relativité des contrats' neergelegd in artikel 1165 Code civil. Pothier heeft als onderbouwing hiervan opgemerkt:

'Les contrats produisent des obligations. (...) une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet de la convention, et seulement entre les parties contractantes. (...) La raison de la première partie de ce principe est évidente. La convention étant formée par la volonté des parties contractantes, elle ne peut avoir d'effet que sur ce que les parties contractantes ont voulu et ont eu en vue.'<sup>4</sup>

- 2 J.L.P. Cahen, Kortsluiting in contractuele verhoudingen, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (1965) p. 473-507, tevens opgenomen in: 'Bezielde materie', geschriften van J.L.P. Cahen, Arnhem 1991, p. 21-46.
- 3 Dat de overeenkomst alleen gold tussen partijen was bepaald in artikel 1376 (oud) BW. Zie hieromtrent: R. Zwitser, *Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen*, dissertatie Leiden, 1984. In het huidige BW is dit beginsel niet uitdrukkelijk neergelegd. De reden hiervoor is dat de wetgever verdere ontwikkelingen niet heeft willen afsnijden en heeft volstaan met een regeling van de gevallen waarin werking jegens derden stellig wel behoort te bestaan, MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 917.
- 4 Pothier, *Oeuvres complètes, Traité des Obligations*, édition Crochard Paris 1830, p. 423, nr. 85 en 86.



In het stelsel van de common law kent men de doctrine van ‘privity of contract’, die hetzelfde uitgangspunt inhoudt.<sup>5</sup>

Deze relativiteit van de contractswerking wordt wel gezien als het complement van het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst.<sup>6</sup> Een overeenkomst geldt daardoor slechts tussen partijen.

Hoe werkt dit nu? Het uitgangspunt is dat eenieder vrij is, autonoom is, om te handelen. In die zin is er dus sprake van contractsvrijheid. Gaat men een overeenkomst aan, dan bindt men zich en kunnen de gemaakte afspraken vervolgens door de wederpartij worden afgedwongen. Dit aspect wordt verwoord in het autonomiebeginsel.

Stel, A wil zijn paard verkopen voor € 4700,-. De wederpartij, de koper, vertrouwt op die uitlatingen van de verkoper en wenst het paard wel te kopen voor dit bedrag. Zo komt dan door hun onderlinge (wils)overeenstemming de overeenkomst tot stand. Deze twee grondslagen voor de contractuele binding, wil en vertrouwen zijn neergelegd in de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Wil en vertrouwen vullen elkaar aan, evenals aanbod en aanvaarding, art. 6:217 lid 1 BW.<sup>7</sup> Het vertrouwen bouwt daarbij voort op een eerder gegeven. Ik heb in mijn dissertatie opgemerkt dat het vertrouwen nooit werkt als solist.<sup>8</sup>

Ik moet als kanttekening maken dat daarbij, door de invloed van het vertrouwen, niet alleen de innerlijke wil van de verkoper van belang is. De wil moet geuit zijn, want dan is de wil immers pas kenbaar voor de wederpartij. En bovendien, als sprake is van schijn van wil, is dat ook voldoende. Als de koper afgaat op de mededeling van de verkoper dat hij zijn paard wil verkopen voor € 4500 terwijl hij eigenlijk € 4700 bedoelde, dan komt de overeenkomst toch tot stand. De eigenlijke wil van de verkoper is dus niet zo heel erg relevant. Zweigert heeft ooit opgemerkt dat bij de uitleg van partijbedoelingen andere maatstaven moeten worden gehuldigd dan bij de uitleg van wettelijke bepalingen

‘denn der Durchschittsmensch redet unklar weil er unklar denkt’<sup>9</sup>

Schoordijk huldigde altijd de zienswijze: ‘Waar een wil is, moet hij weg’.<sup>10</sup> De betekenis van de wil is in de loop der tijd inderdaad nogal afgenomen.<sup>11</sup>

- 5 Zie hierover bijvoorbeeld Nicole Kornet, *The doctrine of privity, exemption clauses and third parties – a common law perspective*, in: *Derden in het contractenrecht* (red. Ilse Samoy) Intersentia Antwerpen – Oxford 2009, p. 129-162.
- 6 C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, dissertatie UvA, Deventer, 1999, pag. 9.
- 7 Over het vertrouwensbeginsel: J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, dissertatie Leiden, Arnhem, 1995 en J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, dissertatie Leiden, Deventer 1979.
- 8 A.L.H. Ernes, *Onbevoegde vertegenwoordiging*, dissertatie Open Universiteit, Deventer, 2000, p. 13.
- 9 Citaat aangehaald door Fritz Reichert-Facilides, *Humor und Recht*, in: *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1981, p. 897.
- 10 Schoordijk typeert de wilsleer als ‘mechanisch denken’. H.C.F. Schoordijk, ‘Het ‘op naam vereiste’ bij de vertegenwoordiging, Honderd jaar na Schlossmann’, *TPR* 2000, p. 1069-1106.
- 11 Dit wordt bijvoorbeeld gesignaleerd door R. Verstegen, *Res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*, in de bundel *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh*, Kluwer Deventer 1987, p. 117-122.

Beekhuis wees reeds in 1953 op de vele manieren van overheidsinmenging in contracten, waardoor van partijwil en contractsvrijheid meer over is.<sup>12</sup> Kranenburg weet de afname van de relevantie van de wil aan de ontwikkeling van de techniek in verband met de complicatie van verkeer en bedrijfsleven.<sup>13</sup> Door die ontwikkeling, zo signaleerde hij, werd de overbrenging van wilsverklaringen op grote afstand en met grote snelheid mogelijk door de uitvinding van de telegraaf en door de inschakeling van tussenpersonen. Maar door dezelfde ontwikkeling nam de kans op fouten in de overbrenging toe, wat dan leidde tot de vraag: wie moet de gevolgen dragen?

Ook volgens mij is de wil niet zozeer van belang. Het is wèl van belang dat het vertrouwen van de wederpartij ergens op is gestoeld. Zoals gezegd, de wederpartij kan afgaan op de wil van de verkoper, of op de schijn van diens wil.<sup>14</sup> Relevant daarbij is dat het vertrouwen van de wederpartij legitiem is.<sup>15</sup> Hij mag niet zomaar afgaan op zijn eigen hersenspinsels, hij dient zijn vertrouwen te baseren op een 'normaliteit'.<sup>16</sup>

Het vertrouwen staat steeds voorop. Het is een vereiste, een absolute noodzaak, dat iemand zijn wederpartij kan vertrouwen.<sup>17</sup> Om met Hilaire Belloc te spreken:

'(...) for there is nothing that a careful plotter will more narrowly watch in an agent than his record of fidelity in the past.'<sup>18</sup>

Laten we ervan uitgaan dat de rol van de wil in het recht in de loop der tijd kleiner is geworden. Deze tendens zal zich naar mijn mening in de toekomst krachtig doorzetten. Immers, de situatie dat de verkoper zijn paard verkoopt en de koper tegenover hem staat om het paard te kopen en de koopprijs te betalen is een mooi schoolvoorbeeld om rechtshandelingen, verbintenissen en overeenkomsten aan studenten uit te

- 12 J.H. Beekhuis, *Contract en contractsvrijheid*, Rede uitgesproken bij de overdracht van het rectoraat der Rijksuniversiteit Groningen op 21 september 1953, in: Geschriften van J.H. Beekhuis, Tjeenk Willink Zwolle, 1989, p. 176-194. Meer recent over Contractdwang, zie I.S.J. Houben, *Contractdwang*, dissertatie Leiden, Kluwer Deventer 2005.
- 13 R. Kranenburg, *De grondslagen der rechtswetenschap*. Juridische kennisleer en methodologie, Tjeenk Willink Haarlem, 1946, p. 106-107.
- 14 HR 11 december 1959, NJ 1960, 230 (Eelman/Hin).
- 15 Over de rol van het vertrouwen, zie J.G.J. Rinkes, *Reasonable expectations of honest men. Over privaatrecht, contractenrecht en vertrouwen*, Oratie OU, Uitgeverij Paris, Zutphen 2006.
- 16 J.B.M. Vranken, *Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer 1997, p. 5-37, met name p. 22.
- 17 Bernard Williams, *Truth and truthfulness*, Princeton University Press 2002, p. 77-78 verwoordt dit aldus: 'If A tells B to do something, but lacks authority to do so (even if, we may add, A reasonably thinks that he has that authority), what follows is that B has no reason to obey him. This does not necessarily mean that B has no reason to do the thing in question – he may have some other reason to do it. What it means is that B has no reason to do it which lies just in the fact that A has told him to do so. Similarly, it may be said, if A tells B that P, but lacks authority to do so (that is to say, he does not know that P), this will not give B a reason to believe that P; B may have some other reason to believe that P, but he will not have a reason which lies just in the fact that A told him that P. It may be said that a hearer never has a reason for believing that P which lies in the fact that a given speaker has told him that P. He has to believe also that the speaker (on such matters, and so on) is a reliable informant.'
- 18 Hilaire Belloc, *The historic Thames*, O.M. Dent & Sons Ltd. London 1907, p. 154.



leggen, maar in de praktijk is dit een uitzonderingssituatie. Veel overeenkomsten worden niet op deze manier gesloten. Wellicht is de tijd gekomen om anders tegen het overeenkomstbegrip aan te gaan kijken. Dat is niet eenvoudig. Hoe te springen met lemen voeten? <sup>19</sup> Ofwel, zoals Chesterton wel heeft beweerd, men kan 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.<sup>20</sup> Het kan verfrissend zijn de wereld vanuit een andere invalshoek te bezien dan gebruikelijk.

Opmerking verdient dat de wils-vertrouwensleer niet goed past bij het hedendaagse fenomeen van automatisch contracteren. Overeenkomsten worden in de huidige tijd niet meer op een zo persoonlijke manier als in het paardvoorbeeld aangegaan. Overeenkomsten worden zelfs aangegaan met behulp van geautomatiseerde systemen. Overeenkomsten komen tot stand via email, via elektronische marktplaatsen, u winkelt vaak niet meer in stenen winkels, maar in online winkels. Als u een boek bestelt via Bol.com, dan is dat een geautomatiseerd systeem; uw bestelling wordt automatisch bevestigd. De heer of mevrouw Bol van bol.com bestaat niet. Het is zelfs zo dat iemand soms denkt met een persoon te spreken, maar in werkelijkheid een computer aan de lijn heeft. Een voorbeeld, waar een medewerker van een bedrijf dacht dat hij met een collega aan het chatten was, maar in werkelijkheid antwoord kreeg van een ELIZA-computer:<sup>21</sup>

19 J.B.M. Vranken, *Springen met lemen voeten*, Preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, 2003.

20 G.K. Chesterton, *A defense of nonsense*, in: *The defendant*, London 1901.

21 Margaret A. Boden, *Artificial Intelligence and Natural Man*, 2nd ed. expanded, The MIT Press, London 1987, p. 96-97, waar zij refereert aan dit onderzoek door Steven Kaneff, ed. *Picture Language Machines*, New York 1970, p. 32-33. Zie tevens artikel 10 van Richtlijn 97/7 EG (betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten) waarin beperkingen zijn aangebracht voor het gebruik van geautomatiseerde oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst.

**Medewerker:**

Do you think that I can use the computer this morning?

**Eliza:**

Why do you ask?

**Medewerker:**

I might be able to make some additional telcomp sales.

**Eliza:**

Why aren't you sure?

**Medewerker:**

My prospective customers have never seen a demonstration of the system.

**Eliza:**

Does this mean very much to you?

**Medewerker:**

Of course it does.

**Eliza:**

You seem very positive about that.

**Medewerker:**

This is ridiculous.

**Eliza:**

What do you mean this is ridiculous?

**Medewerker:**

Is there any reason why I can't use the computer now?

**Eliza:**

Tell me more about your prospective customers.

**Medewerker:**

Please dial me up on 491-1850

Daarna antwoordde Eliza niet meer. De machine waarop de medewerker typte gaf als instructie 'End all messages with a period'. Dat had hij gedaan totdat hij te kwaad werd zich de instructie te herinneren. De punt gaf voor Eliza aan dat het bericht was beëindigd, en zij wachtte dus steeds braaf en geduldig totdat de punt verscheen alvorens een antwoord te geven. De ziedende medewerker belde vervolgens zijn collega uit bed. Het gesprek dat daarop volgde, lijkt wonderwel op het voorgaande.

**Medewerker:**

Why are you being so snotty to me?

**Collega:**

What do you mean why am I being snotty to you?

De rest van de dialoog is door de onderzoekers niet opgenomen, waarschijnlijk waren het geen termen die in druk mochten verschijnen.

Maar, om terug te keren naar het elektronisch contracteren, over dit fenomeen zijn inmiddels onder meer proefschriften verschenen van Martius en Voulon.<sup>22</sup> Denkt u, dat gaat niet over mij, ik contracteer niet via een computer of een machine, want ik vertrouw die dingen niet? Toch wel. Gaat u met de trein, dan neemt u snel een snickers uit een automaat. Reist u met de auto, dan pauzeert u bij een tankstation, waar u koffie koopt, ook uit een automaat. Ook dit zijn vormen van automatisch contracteren, waar u niet fysiek tegenover uw wederpartij staat, waarmee u kunt onderhandelen.

In de ( nabije) toekomst is het daarbij zeer wel denkbaar dat het fenomeen elektronisch contracteren meer en meer terrein gaat winnen. Een ontwikkeling kan zijn dat uw tv, via digitale kanalen, speelfilms zoekt, die in het genre passen, dat u eerder heeft bekeken. De tv bestelt vervolgens die film. Wie weet, doet in de toekomst uw koelkast aan voorraadbeheer en gaat zo'n koelkast zelf voor u winkelen. Ook denkbaar is dat u een computerprogramma de opdracht geeft de eerste druk van 'Rosetti, his life and works' door Evelyn Waugh voor u te vinden en aan te schaffen. We bevinden ons dan op het terrein van de 'intelligent agents'. In de toekomst zullen hieraan vragen van juridische aard worden gekoppeld. Kan zo'n software agent worden gezien als een rechtssubject? Kunnen deze agents zelfstandig rechtshandelingen tot stand brengen?<sup>23</sup> Vragen die in de toekomst zullen moeten worden beantwoord.

22 H.P.A.J. Martius, *Elektronisch handelsrecht, een verhandeling over de juridische aspecten van elektronische communicatie in het handelsrecht met bijzondere aandacht voor het verzekerings- en vervoerrecht*, dissertatie Open Universiteit, Zutphen 2007 en M.B. Voulon, *Automatisch contracteren*, dissertatie Leiden, 2010.

23 Zie omtrent deze en andersoortige vragen bijvoorbeeld: Juridische aspecten van autonome systemen, Platform voor eNederland, mei 2005, te vinden op [www.ecp.nl/download/Juridische\\_aspecten.pdf](http://www.ecp.nl/download/Juridische_aspecten.pdf).  
Zie tevens M.B. Voulon, Intelligent agent: instrument in plaats van actor, JAVI februari 2004, p. 16-19, Emily M. Weitzenboeck, Electronic agents and the formation of contracts, *International Journal of Law and Information Technology* Vol. 9 nr. 3 (2001) p. 204-234, Frances Brazier, Anja Oskamp, Maurice Schellekens, Niek Wijngaards, Can agents close contracts? [www.iids.org/publications/lea03\\_contract.pdf](http://www.iids.org/publications/lea03_contract.pdf)

### 3. Intermezzo: vertegenwoordiging

In vertegenwoordigingscasus staat de ene partij niet tegenover de wederpartij, dat is nu juist het kenmerkende van het leerstuk van de vertegenwoordiging. Bij onbevoegde vertegenwoordiging lijkt het daarbij te gaan om toedoen door de achterman, de principaal. Hij moet iets hebben gedaan waardoor de tussenpersoon bevoegd leek te zijn. Jarenlang hebben op dit terrein dan ook problemen gespeeld aangaande toerekeningsvraagstukken. Het toedoenbeginsel, dat naar mijn mening kan worden gezien als een uitvloeisel van het autonomiebeginsel, bleek te leiden tot moeizame redeneringen en lange tijd is door diverse auteurs ervoor gepleit het toedoenbeginsel aan te vullen met het risicobeginsel. Ik kom daarop later terug. Feit is dat vraagstukken aangaande vertrouwen zowel hebben gespeeld op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten als op het terrein van de onbevoegde vertegenwoordiging.<sup>24</sup>

Het arrest van de Hoge Raad inzake ING/Bera kan worden aangemerkt als een nieuw standaardarrest op het terrein van het vertegenwoordigingsrecht indien sprake is van onbevoegdheid van de tussenpersoon. Reeds eerder is de relevantie en reikwijdte van deze uitspraak opgemerkt.<sup>25</sup>

De aandelen in Bera Holding worden sinds 1999 gehouden door haar in Suriname woonachtige directeur, Berner, die als enige bevoegd is Bera Holding te vertegenwoordigen. In april 2003 heeft Berner bij ING een bankrekening geopend met een depositorekening. Berner heeft ten kantore van ING, in gezelschap van Ramkalup de offerte met bijbehorende handtekeningenkaart namens Bera Holding ondertekend. De bankafschriften voor zowel de rekening als de depositorekening zijn op verzoek van Berner steeds verstuurd naar het adres van de in Nederland gevestigde ondernemingen van Ramkalup, Bera Distributie BV en Bera Commercial BV.

ING heeft in opdracht van Ramkalup in totaal een bedrag van € 210.000,- van de rekening en de depositorekening overgeboekt naar eveneens bij ING aangehouden rekeningen ten name van Bera BV, Bera Commercial BV en Bera Distributie BV. Op 5 april 2004 is een fax gezonden door Berner aan ING, inhoudende: 'Hiermede verzoek ik u met spoed € 50.000,- van de rekening van Bera Holding NV over te maken op de rekening van Bera BV. Dit bedrag moet verder gestuurd worden naar Suriname zoals besproken met de heer Ramkalup.'

24 In deze zin ook: P. van Schilfgaarde, *Over de verhouding van de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten*, in: *Goed en Trouw, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. W.C.L. Van der Grinten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1984, p. 57-70, m.n. p. 63.

25 W.L. Valk, *Toedoen na ING/Bera*, *NTBR* 2010/ 6, Redactioneel; A.L.H. Ernes, Schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid komt voor risico van de principaal, bespreking van het arrest ING Bank NV/Bera Holding NV, HR 19 februari 2010, L.J.N. BK7671, *NJ* 2010, 115, *NTBR* 2010/38, M.A.J.G. Janssen, Het toedoenbeginsel uitgehold, ofwel van Vas Dias/Salters tot ING/Bera Holding, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak (ORP)*, 2010/1, p. 22-31 en T.H.M. van Wechem en J.H.M. Spanjaard, *Bevoegdheid, vertegenwoordiging en informatieplicht: bakens worden verzet*, *Contracteren, Tijdschrift voor de Contractspraktijk* 2010/4, p. 145-150.



De Hoge Raad geeft aan dat bij de beoordeling van de door ING aangevoerde stellingen uitgangspunt moet zijn dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde ook plaats kan zijn ingeval ING gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan Ramkalup op grond van feiten en omstandigheden *die voor risico van Bera Holding komen* en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting als het dit uitgangspunt heeft miskend en bij zijn oordeel is uitgegaan van een te strenge maatstaf, door slechts onder 'zeer bijzondere omstandigheden' een beroep op schijn van volmachtverlening toelaatbaar te oordelen.

Hoe liggen de kaarten dan in casu? Volgens de Hoge Raad houdt het verweer van ING in dat zij op grond van omstandigheden die voor risico van Bera Holding komen, heeft mogen aannemen dat, ondanks het feit dat uit de handtekeningenkaart blijkt dat alleen Berner bevoegd was namens Bera Holding te handelen, Ramkalup volmacht had gekregen tot het geven van betalingsopdrachten. De Hoge Raad merkt op dat vaststaat dat Ramkalup bij Bera Holding was betrokken. Voorts oordeelt de Hoge Raad van belang dat de bankafschriften van deze rekeningen op verzoek van Bera Holding naar het bedrijfsadres van Ramkalup werden verzonden. Dit kan niet leiden tot het oordeel van het hof dat ING rekening ermee moest houden dat Bera Holding met vertraging van de bankafschriften kennis zou nemen. Niet alleen heeft het hof hiermee miskend dat het feit dat Bera Holding zelf opdracht heeft gegeven die afschriften naar het bedrijfsadres van Ramkalup te zenden ertoe leidt dat deze vertraging voor haar risico komt, maar het hof heeft er ook aan voorbijgezien dat het aan Bera Holding was uitvoering te geven aan de ingevolge artikel 12 van de algemene voorwaarden op haar rustende verplichting de bankafschriften tijdig (terstond na ontvangst) op juistheid te controleren, en dat ING niet behoefde te onderzoeken of zij dit ook deed. De Hoge Raad is de mening toegedaan dat het in het algemeen voor de hand ligt dat deze controle plaatsvindt op het adres waarheen de bankafschriften worden verstuurd.

Op grond van dit een en ander had het hof ook de stelling van ING in zijn beoordeling moeten betrekken dat Bera Holding niet tijdig heeft geprotesteerd tegen de gewraakte overschrijvingen, met de daaraan volgens ING verbonden rechtsgevolgen, die mede van belang kunnen zijn in het licht van de overige omstandigheden zoals die door ING zijn aangevoerd.

Schoordijk voorzag deze rechtsontwikkeling. Hij sprak van een 'afzwakking van het toedoenbeginsel'.<sup>26</sup> Ook door Van der Grinten is geconstateerd dat in het antwoord op de vraag hoe schijn kan worden gewekt, een ontwikkeling is te zien.<sup>27</sup> Ook ikzelf heb ervoor gepleit het reactieve toedoenbeginsel aan te vullen met het dynamische risicobeginsel.<sup>28</sup> Kortmann meent dat sprake is van een ontwikkeling en dat het

26 H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het Nieuwe B.W. (Titel 1 t/m 5, Titel 11)*, Deventer 1986, blz. 206.

27 Asser-Van der Grinten 2-1 (*De vertegenwoordiging*), Zwolle 1990, nr. 38.

28 Ernes, *Onbevoegde vertegenwoordiging*, a.w. p. 221.



‘toedoen-beginsel’ niet te streng moet worden opgevat.<sup>29</sup> De rechtspraak laat, zoals hiervoor geschetst, een ontwikkeling zien in een reeks van uitspraken,<sup>30</sup> uitmondend in het arrest ING/Bera. In de lagere rechtspraak is het ING/Bera criterium inmiddels reeds diverse malen toegepast.<sup>31</sup>

In dit intermezzo is duidelijk geworden dat, de autonomie van de achterman beperkt is. Hij kan gebonden worden door een bevoegde tussenpersoon, maar ook door een tussenpersoon die niet bevoegd is, maar dat wel lijkt te zijn. De derde verdient in die zin bescherming, ten koste van de autonomie van de achterman. Waarom? Omdat, wie zich bedient van een tussenpersoon het risico van daarmee gepaard gaande problemen dient te dragen. De derde heeft geen keuze, maar staat voor een voldongen feit wanneer de achterman een tussenpersoon inschakelt. Wanneer men bovendien bedenkt dat een (rechts)verhouding van drie personen per definitie meer complex is dan een verhouding van twee personen, dienen de risico's die een dergelijke complexiteit met zich brengt te worden gedragen door degenen die ze in het leven heeft geroepen. Anderzijds is niet alle vertrouwen van de fidens beschermenswaard. De legitimiteit van het vertrouwen dient te zijn gerelateerd aan de mate van inspanning van de fidens op zijn zoektocht naar de werkelijkheid. Het moet dus gaan om gerechtvaardigd ofwel *legitiem* vertrouwen. De vraag of het vertrouwen legitiem is, is afhankelijk van de gewekte rechtsschijn. Immers, naarmate de schijn 'echter' lijkt, naarmate de schijn overtuigender is, zal het daarop gerichte vertrouwen van de wederpartij eerder legitiem en daarmee eerder beschermenswaard zijn. Men mag in beginsel afgaan op wat zich aandient, mits hetgeen zich aandient normaal is en men geen reden heeft te vermoeden dat het eigenlijk anders (bedoeld) is. Zoals ik reeds aangaf, deze wisselwerking van schijn en vertrouwen speelt niet slechts in vertegenwoordigingscasus, maar is eigen aan contracteren.

29 Asser-Van der Grinten-Kortmann 2-1 (*De vertegenwoordiging*) Deventer 2004, nr. 38.

30 A-G Langemeijer heeft in zijn conclusie (onder 2.7) voor het arrest ING/Bera Holding een opsomming gegeven van deze jurisprudentie.

31 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 6 april 2010, LJN: BM1231, Hof Arnhem 13 april 2010, LJN: BM0851, Rechtbank Rotterdam 18 maart 2010, LJN: BL9375, Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, LJN: BM 0994, Rechtbank Haarlem 25 augustus 2010, LJN: BN7387, Rechtbank Roermond 6 oktober 2010, LJN: BO0062, Rechtbank Zutphen 13 oktober 2010, LJN: BO0042, Rechtbank Rotterdam 10 november 2010, LJN: BO4604. Uit deze jurisprudentie blijkt dat een procespartij, die een beroep doet op schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid, de omstandigheden waarop zij is afgegaan zal moeten (blijven) benoemen. Zij zal moeten aanvoeren dat ze gerechtvaardigd mocht vertrouwen op de schijnsituatie. Vervolgens moet door de rechter worden vastgesteld of de schijnsituatie voor risico van de achterman dient te worden gebracht. Wanneer aldus in de toekomst het risicobeginsel door de lagere rechter dient te worden geconcretiseerd, te worden ingevuld, dan is het voor de hand liggend, de feiten en omstandigheden die reeds in de jurisprudentie aan de orde zijn geweest, en waaruit schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid, als leidraad te nemen.



## 4. Verdichting van de sociale verhoudingen

Ik kom terug op het autonomiebeginsel. Dit houdt, kort gezegd, in dat contractuele normen slechts kunnen berusten op de vrijwillige instemming van de partijen. Het autonomiebeginsel is van oudsher gestoeld op de wilsleer.<sup>32</sup> De wilsleer heeft niet meer veel aanhangers; de vraag is dan ook gerechtvaardigd of het autonomiebeginsel nog wel op de voorgrond zou dienen te staan. Hoe groot is de autonomie van een persoon, die deel uitmaakt van een gemeenschap?

Interessant is de gedachtengang van Williams, die voorop stelt dat een basisfunctie van taal communicatie is.<sup>33</sup> Met taal wil de ene taalgebruiker aan een andere gebruiker gegevens verstrekken, die de ander nog niet kende. Williams duidt dit aan als een 'purely positional advantage'. Kijkt men naar een groep mensen, dan zijn alle groepsleden op hun beurt in een voordeels- of een nadeelssituatie ten opzichte van elkaar. Wat de groep aldus nodig heeft is het bij elkaar leggen van alle informatie. Dit houdt in dat er een verdeling zal zijn van kenniswerkzaamheden.

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.<sup>34</sup>

En ook in Duitsland is de complexiteit van de hedendaagse samenleving opgemerkt en toegespitst op de juridische complexiteit. Rohe merkt op:

'Manche Transaktionen lassen sich nur im koordinierten Zusammenwirken einer Vielzahl Beteiligter ohne zentrale Steuerung realisieren. Beispiele sind die Vorgänge des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und des Güterferntransports, bei denen selbständige Beteiligte auf einer Gleichordnungsebene zusammenarbeiten. Die Rolle der Beteiligten ist dabei austauschbar; der Ausführende der einen Überweisung gibt die nächste in Auftrag. Von daher wird das Modell der einseitigen Interessenwahrung verfehlt. Auf erste Sicht zeigt sich ein Konglomerat von Einzelverträge zwischen den Beteiligten.'<sup>35</sup>

Hij constateert bovendien dat het Duitse recht zich het concept van bescherming van redelijke deelnemers aan het rechtsverkeer eigen heeft gemaakt, naast de zorg voor de 'privatautonomer Handlungsspielräume' van het individu.<sup>36</sup>

32 M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, dissertatie Tilburg, Wolf Legal Publishers Nijmegen 2006, p. 25-28.

33 Bernard Williams, a.w. p. 42.

34 Ignace Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid, De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Intersentia Antwerpen – Groningen – Oxford 2003, p. 7.

35 Mathias Rohe, *Netzverträge*, Mohr Siebeck, Tübingen 1998, p. 2.

36 Ibid. p. 178-179.

Een verdichting van de sociale verhoudingen wordt eveneens geconstateerd door Köndgen. Hij stelt, in navolging van Durkheim, dat het gegeven van een groeiende bevolking heeft gezorgd voor een verdichting van de sociale verhoudingen.<sup>37</sup> 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 differentiatie. 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 geleid tot 'willensunabhängigen Grundlagen des Vertrages'. De wilsovereenstemming als juridisch relevant gegeven wordt stap voor stap teruggedrongen en vervangen door objectieve normen.

De juridische gedachtegang van Köndgen, is tevens een biologische problematiek. Alexander heeft in 1987 geconstateerd dat lidmaatschap van een groep veiligheid en extra voorzieningen oplevert, maar dat deze voordelen ten koste gaan van het individu. Het individu moet immers zowel voorzieningen delen met andere groepsleden als ook bepaalde vrijheden opgeven. Hierbij dient te worden bedacht dat morele systemen systemen zijn van indirecte reciprociteit. Dit wil zegen dat men niet onmiddellijk iets terug krijgt voor zijn bijdrage, maar dat men op termijn wordt beloond.<sup>38</sup> Rawls hangt dezelfde gedachte aan, waar hij verdedigt:

'It (justice, AE) does not allow that the sacrifices imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many.'<sup>39</sup>

Gommer bespreekt in een bijdrage in het WPNR een tweetal casusposities vanuit een biologisch perspectief. Hij geeft daarin aan dat de opvattingen van Alexander leiden tot een tweetal inzichten. Loon naar werken is een beginsel dat wellicht ouder is dan de mens zelf en free riders vormen een gevaar voor de groepsorde.<sup>40</sup> Wat opvalt is dat Gommer hier niet de link legt naar de biologie. Immers, loon naar werken is afgeleid van een biologisch verschijnsel. Als een paard te veel voer krijgt, kan het 'spierbevangen' raken.<sup>41</sup> Spierbevangenheid ontstaat doordat het paard in de rustdagen evenveel voer heeft gekregen als tijdens werkdagen en de suikers daaruit als glycogeen in de

37 Johannes Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen 1981, p. 145-148. Hij verwijst naar de theorie van Emile Durkheim in: *La division du travail social*, Deutsche Übersetzung, Über die Teilung der sozialen Arbeit, Frankfurt am Main, 1977. Een verwante gedachtegang kan worden aangetroffen bij P.S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford 1979, p. 572 e.v.

38 Richard D. Alexander, *The biology of moral systems*, Hawthorne 1987, tweede druk 2009, p. 77-81.

39 John Rawls, *A theory of justice*, Harvard University Press, 22nd ed. 1997, p. 4.

40 H. Gommer, Afspraak is afspraak, of toch niet?, *WPNR* 6851 (17-24 juli 2010), p. 585-590.

41 De officiële Engelse naam is Equine Rhabdomyolysis Syndrome (ERS), ook wordt wel gesproken van 'tying-up'. Zie hierover bijvoorbeeld P.A. Harris, The equine rhabdomyolysis syndrome in the United Kingdom: Epidemiological and clinical descriptive information, *British Veterinary Journal*, Volume 147, Issue 4, July-August 1991, p. 373-384.



spieren heeft vastgelegd. Glycogeen is een vorm van suiker die direct kan worden verbrand. Dit is bij paarden nodig omdat het vluchtdieren zijn. Om dat te kunnen is direct energie nodig en uit voorzorg is die energie al in de spieren opgeslagen. Als er echter te veel glycogeen in de spieren is opgeslagen vindt er op het moment dat het paard aan het werk gaat een kettingreactie plaats: al het glycogeen wordt opgebruikt, hetgeen al in stap kan gebeuren. Omdat het paardenlichaam niet in staat is genoeg zuurstof aan te voeren om die verbranding in goede banen te leiden, wordt een gedeelte van het glycogeen zonder zuurstof verbrand. Hierbij ontstaan meer afvalstoffen dan bij normale verbranding met zuurstof. Het lichaam is niet in staat om alle afvalstoffen, met name lactaat (melkzuur), af te voeren en een groot gedeelte blijft in de spieren achter. Dit houdt in dat een surplus van glucose in de spieren ontstaat. Om dat verschijnsel te voorkomen geldt voor oudsher het voorschrift: 'Niet gewerkt, half voer', dat nog op een bordje in het openluchtmuseum te Arnhem is te bezichtigen. Rhabdomyolysis komt ook bij mensen voor. Populair wordt het wel aangeduid als maandagochtend syndroom.<sup>42</sup>

Ik kwam tot bespreking van deze biologische fenomenen in aansluiting op de gedachtengang van Köndgen. Maar ik keer terug naar het juridische betoog. Mijns inziens kunnen bovenstaande inzichten als volgt 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 'voorrangsregels'. A wordt gebonden wanneer hij dat wil, maar ook wanneer hij de schijn wekt zulks te willen. Lord Denning spreekt van 'reasonable care', die in acht moet worden genomen wanneer iemand een voorstelling van zaken, inlichtingen, een advies of een mening geeft.<sup>43</sup> Manigk geeft uiting aan dezelfde gedachte waar hij beweert:

'Wer privatautonome Rechtsgestaltungen gemäß der Rechtsordnung verbindlich und wirksam vornehmen will, hat die Rechtspflicht, dabei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden.'<sup>44</sup>

Ook Nieuwenhuis redeneert in deze trant. Volgens hem biedt de rechtsorde het individu de mogelijkheid om naar eigen verkiezing rechtsbetrekkingen aan te knopen. De keerzijde, van de aldus verleende autonomie is dan de aansprakelijkheid voor de in dat kader veroorzaakte storingen.<sup>45</sup>

42 Bij mensen blijkt een verband met sikkelcel-anemie te bestaan, zie: Gary L. Harrelson, EdD, ATC; A. Louise Fincher, EdD, ATC; James B. Robinson, MD, Acute Exertional Rhabdomyolysis and Its Relationship to Sickle Cell Trait, *Journal of Athletic Training*, Volume 30, Number 4, 1995, p. 309-312. Over sikkelcel-anemie zie: F.P.L. van der Dijs, *Sickle cell disease and a-thalassemia in Curaçao. Contributions to epidemiology, pathophysiology and supportive care*, dissertatie Groningen 2004.

43 Lord Alfred Thomson Denning, *The Discipline of Law*, London 1979, p. 273.

44 Alfred Manigk, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin 1939, p. 270.

45 Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, a.w. p. 8.

Dat het autonomiebeginsel een sociale ofwel dynamische kant heeft, is betoogd door Bakels. Zijn opvatting houdt in dat een (rechts)persoon zich in zijn maatschappelijk functioneren mede dient te richten naar de gerechtvaardigde verwachtingen die anderen aan zijn opstelling ontlenuen.<sup>46</sup> Bovendien is het volgens hem niet altijd de kwestie of er wel of niet een contract is. Relevant oordeelt Bakels de rechte vereiste mate van zorg voor elkaars belangen, welke uit de feitelijke relatie tussen nauw verbonden partijen moet worden afgeleid.<sup>47</sup> Ook Vranken blijkt deze mening toegedaan waar hij stelt: 'Kern van het huidige contractenrecht is de gehoudenheid rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij'.<sup>48</sup> Verdedigd kan ook worden dat het begrip autonomie moet worden verenigd met haar 'tegenpool', het paternalisme.<sup>49</sup> Du Perron ontkomt evenmin aan de conclusie dat het toestemmen in een overeenkomst soms onttrokken is aan de keuzevrijheid van het individu en daarentegen wordt opgelegd door de omstandigheden, die aldus een beperking vormen van de vrijheid.<sup>50</sup> Het begrip 'autonomie' sluit met andere woorden niet uit dat sprake kan zijn van een belangenafweging, die vervolgens ten gunste van de wederpartij kan uitvallen.<sup>51</sup>

Wanneer men al zou willen vasthouden aan een rol voor de wil, en daarmee relevantie toekennen aan het autonomiebeginsel, dan dient in elk geval het begrip wil ook te omvatten de schijn van wil.<sup>52</sup> Het autonomiebeginsel geeft een recht, zijnde het recht deel te nemen aan het rechtsverkeer wanneer men dat wil. Het schept echter ook een verplichting, zijnde de verplichting rekening te houden met de andere rechtsverkeerdeelnemers. Men kan zeggen dat aansprakelijkheid uit hoofde van opgewekte schijn een verplichting is, die berust op deelname aan het rechtsverkeer.<sup>53</sup> Canaris heeft de verhouding tussen autonomie en vertrouwen als volgt geschetst:

'So zeigt sich denn bei näherer Untersuchung in der Tat, daß die Vertrauenshaftung die Funktion hat, die Privatautonomie Selbstbindung dort zu ergänzen, wo die Rechtsgeschäftslehre Schutzlücken offenläßt und wo deshalb das Prinzip der Selbstverantwortung korrelativ neben das der Selbstbestimmung treten muß.'<sup>54</sup>

- 46 Conclusie A-G Bakels bij HR 23 oktober 1999, *NJ* 1999, 582, Nacap Nederland BV/ Mestindustrie Kurstjens BV.
- 47 F.B. Bakels, *Vloeiend verbintenissenrecht*, *RM Themis* 1996/2, p. 42-56, m.n. p. 45.
- 48 J.B.M. Vranken, *Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag 1999, p. 80. Zie ook: J.B.M. Vranken, *Over partij-autonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht*, in: J.M. Barendrecht e.a., *Beginselen van contractenrecht* (Nieskens-bundel), Deventer 2000, p. 145-155.
- 49 W.H. Van Boom, M.L. Tuil en W. Dijkshoorn (red), *Autonomie en paternalisme*, Den Haag 2008.
- 50 Du Perron, diss. a.w. p. 16.
- 51 Zie hieromtrent Johann-Georg Schubert, *Anscheinsvollmacht und Privatautonomie*, Dissertation Hamburg, Berlin 1970, p. 42-43. Hij stelt bovendien: 'Wie BAILAS dargelegt hat, meint das Wort Wille im Begriff der Willenserklärung des Vernunftrechts nicht den Geschäftswillen der Pandektistik, sondern bedeutet soviel wie Freiwilligkeit.'
- 52 Köndgen merkt op: 'Legitime Erwartungen schützen heißt nicht Abschaffung der Privatautonomie, sondern mikroskopische Phasenverschiebungen auf der Skala zwischen Freiheit und Zwang', a.w. p. 150.
- 53 Du Perron zit mijns inziens op hetzelfde spoor waar hij wijst naar 'heteronome normen'. Hij verdedigt meer specifiek dat contractuele normen zijn terug te voeren tot de heteronome norm dat men zich aan zijn afspraken moet houden. Du Perron, diss. a.w. p. 29.
- 54 Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971, p. 440.



Von Craushaar denkt ook volgens deze lijn, waar hij met betrekking tot de 'Privatautonomie' stelt dat daartoe zowel de 'Selbstbestimmung' als de 'Selbstverantwortung' behoren. Men zou kunnen zeggen dat de 'Privatautonomie' door de 'Selbstverantwortung' wordt begrensd.<sup>55</sup> Dat het hierbij gaat om een wederzijdse verantwoordelijkheid van de deelnemers aan het rechtsverkeer wordt met zoveel woorden opgemerkt door Pawlowski.<sup>56</sup> Schubert ten slotte stelt dat eenieder, die deelneemt aan het rechtsverkeer, de rechtsplicht heeft zijn gedrag zo in te richten, dat derden dit niet als afgifte van een wilsverklaring kunnen opvatten, wanneer men zulks niet wenst.<sup>57</sup>

Manigk meent dat het autonomiebeginsel gebaseerd is op de gedachte van de wil. Echter, ook de 'fahrlässige Willenserklärung' dient dan onder het autonomiebeginsel te ressorteren. De reden hiervoor is dat de betrokkene door een tijdige tegengestelde verklaring de intredende rechtsgevolgen kan voorkomen.<sup>58</sup> Met andere woorden, de schijnwekker kan deze schijn ontcrachten. Ook al doet hij zulks niet, hij kan de situatie beïnvloeden. Wil en schijn van wil behoren beide tot zijn invloedssfeer.

Redeneert men voort op dit patroon, dan is de stap naar de aard van de oplossing van het vertrouwensprobleem nog maar klein: de fidens wordt wanneer hij afgaat op A's wil hetzelfde behandeld als wanneer hij afgaat op A's schijn van wil. In het laatste geval wordt hij gebracht in de toestand waarin hij zou zijn geweest, ware de schijn werkelijkheid. Dit geldt niet alleen voor de wedepartij, maar is eveneens van belang voor de positie van derden. Thiel beredeneerde dit reeds in zijn proefschrift, waar hij ten aanzien van de derdenbescherming uit hoofde van artikel 1910 (oud) BW stelt:

'Voor hem (de derde, AE) bestaat slechts dit ééne, dat eene verhouding, waarop hij rekende, er niet is; hij verlangt, en het verkeersbelang steunt hem in dien eisch, de erkenning van de beteekenis van zijn' indruk.'<sup>59</sup>

- 55 Götz Von Craushaar, Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht, AcP 174 (1974), p. 2-25, m.n. p. 5 en 6. Schubert verwoordt dit als volgt: 'Beide Seiten der Privatautonomie gehören freilich untrennbar zusammen: Freie Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse ist nicht denkbar, wenn nicht gleichzeitig sichergestellt ist, daß im Bereich der Selbstgestaltung die Tatbestände auferlegter Regelungen, auf die im Interesse des redlichen Verkehrs nicht verzichtet werden kann, die Ausnahme bilden,' a.w. p. 44.
- 56 Hans-Martin Pawlowski, Die gewillkürte Stellvertretung, JZ 1996, p. 125-132, m.n. p. 128: 'Man identifiziert also das Prinzip der Privatautonomie nicht mehr allein mit der "Selbstbestimmung", sondern versteht darunter die Kompetenz der Bürger, *gemeinsam* ihre gegenseitigen Rechtsverhältnisse selbstverantwortlich zu gestalten.'
- 57 Schubert, a.w. p. 48.
- 58 Manigk, a.w. p. 479.
- 59 J.H. Thiel, *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen*, dissertatie Amsterdam 1903, p. 49 en 51.

## 5. De overeenkomst is een nauw jasje

Het automatisch contracteren gooit roet in het eten van het mooie juridische plaatje van de wil en het vertrouwen. Op dit punt is het eerder genoemde voorbeeld van de paardverkoop dus een anachronisme: partijen staan niet steeds letterlijk tegenover elkaar en bezegelen hun overeenkomst niet altijd met het schudden van elkaars hand. Ook op een ander vlak echter is het voorbeeld met het paard, met aan de ene kant de verkoper en aan de andere kant de koper een voorbeeld dat nogal zeldzaam is. Ik ga een stap verder. Hoewel ik zojuist heb aangegeven dat een overeenkomst in beginsel slechts werkt tussen de partijen, staat ook dit uitgangspunt op losse schroeven. Vaak zijn niet alleen de contractspartijen, maar ook derden betrokken bij een overeenkomst. Deze positie van derden kan niet adequaat worden beschreven en gerechtvaardigd in termen van verklaarde wil en vertrouwen.<sup>60</sup>

Cahen signaleerde dat een nauw bij de overeenkomst betrokken derde kan werken als storende factor bij de afwikkeling van de overeenkomst.<sup>61</sup> Kortsluiting ontstaat. Als een overeenkomst alleen werking zou hebben tussen de partijen, dan kan dit leiden tot verrassende, zelfs ongewenste uitkomsten. Ik zal een casus schetsen.

Op zondagavond 26 augustus 1928 neemt mevrouw Donoghue in Glasgow de tram naar Paisley. Zij ontmoet daar haar vriendin. De vriendin van mevrouw Donoghue bestelt en betaalt de drankjes. De café-eigenaar brengt de drankjes en schenkt een deel van de inhoud van een flesje ginger beer over het bestelde ijsje. Mevrouw Donoghue drinkt met smaak haar consumptie. Dan schenkt haar vriendin de rest van het flesje over haar ijsje en het blijkt te gaan om een macaber geval van een 'message in a bottle': de resten van een slak in staat van ontbinding vallen in haar glas.

Donoghue klaagt later over buikpijn en haar arts stelt als diagnose gastroenteritis en een shocktoestand. Mevrouw Donoghue spreekt dan de fabrikant Stevenson aan. Er was echter geen contractuele relatie tussen Donoghue en Stevenson.

In deze zaak *Donoghue v. Stevenson*<sup>62</sup> besliste de House of Lords op 26 mei 1932 als volgt. De volgende woorden zijn van Lord Atkin:

60 J.B.M. Vranken, *Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht*, a.w. p. 145-155.

61 Cahen, *Kortsluiting in contractuele verhoudingen*, a.w. p. 21.

62 [1932] AC 562.



'You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. *Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be - persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question...* a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination, and with knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of products will result in an injury to the consumer's life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care.'

Deze 'negligence liability' als onafhankelijke grond voor aansprakelijkheid, die aldus ontstaat, heeft in het Engelse recht ervoor gezorgd dat de 'law of torts' werd omgezet in 'the law of tort'. Verdedigd is wel de stelling dat: 'Today there is a general tort of negligence founded upon the idea of individual careless acts or statements.'<sup>63</sup> Maar dan zitten we dus op het terrein van de onrechtmatige daad. Dat wil ik vandaag echter terzijde laten.

Wat ik wel wil benadrukken is dat we zien dat er binnen het privaatrecht zorgplichten bestaan.<sup>64</sup> Terzijde merk ik op dat het fenomeen 'zorgplichten' kan worden gezien als een feminiene invloed in het recht. Daarmee wil ik niet zeggen dat de zorgplichten alleen te danken zijn aan de vrouwen, maar enige feminisering binnen het recht is moeilijk te ontkennen. Ik ontleen deze uitspraak aan Gilligan. Zij heeft onderzoek gedaan naar het verschil in aanpak door mannen en vrouwen en toont aan dat vrouwen en mannen meestal op een andere manier redeneren, waarbij vrouwen meer aandacht besteden aan het behouden van relaties (zorgzaamheidsethiek) en mannen eerder redeneren op basis van een soort rechtvaardigheidsethiek.<sup>65</sup>

Zijn derden betrokken bij de afhandeling van een overeenkomst, dan leidt dat bovendien tot problemen met de eerder genoemde wil/vertrouwensleer. De derde stond immers buiten de overeenkomst en is niet op de hoogte van wat partijen hebben gewild, noch waarop partijen hebben vertrouwd.

Een vergelijking kan worden getrokken met een overeenkomst waarbij algemene voorwaarden van toepassing zijn. Ook hier heeft de koper/consument niet zelden part noch deel gehad aan de totstandkoming van dit deel van zijn overeenkomst.<sup>66</sup> Dit

63 Geoffrey Samuel & Jac Rinkes, *Contractual and non-contractual obligations in English law*, dissertatie Maastricht 1992, p. 197 en 86.

64 Volgens Vranken is de gehoudenheid rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij de kern van het huidige contractenrecht. Hij onderscheidt twee zorgplichten, zijnde de 'duty of care' en de 'duty to cooperate'. J.B.M. Vranken, *Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenisrecht*, a.w. p. 145-155.

65 Carol Gilligan, *In a different voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Dissertatie 1982. Zie hierover ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, dissertatie UvA, Deventer 2007, p. 18-23.

66 Hierover: M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsvoorwaarden en de consument*, TvC Reeks Deel 1, Uitgeverij Paris Zutphen 2010.



probleem wordt nog groter indien het gaat om algemene voorwaarden die door anderen (zijnde niet-partijen) zijn opgesteld, bijvoorbeeld bij CAO's. Ontstaan er dan later problemen, dan kan men niet enkel kijken naar wat partijen nu precies hebben gewild. Dit subjectieve criterium biedt geen oplossing. De Hoge Raad heeft dit onderkend in het arrest Fox/DSM.<sup>67</sup> In een geval waar een overeenkomst moet worden uitgelegd en daarbij derden betrokken zijn geldt als uitlegcriterium de 'geobjectiveerde Haviltexnorm'.<sup>68</sup>

Na dit korte uitstapje kom ik terug op het Anglo-Amerikaanse recht. Is het mogelijk om behalve via een actie uit hoofde van onrechtmatige daad ook een contractuele actie te construeren, zodat een derde kan ageren tegen een der contractspartijen?

67 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493. Hierover: M.M. van Rossum, Uitleg van algemene voorwaarden, in: *Algemene voorwaarden*, B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse (red.), Kluwer Deventer 2010, p. 51-82.

68 Term van Du Perron in zijn noot onder dit arrest.



## 6. Het verwachtingspatroon van een contractspartij

Een voorbeeld van teleurgestelde verwachtingen bij een huwelijk speelt in een zaak uit de 19e eeuw. Een trouwpartij is op handen. De vaders van de bruid en bruidegom komen overeen om elk een bepaald bedrag toe te kennen aan de bruidegom. De vader van de bruid (William Guy) komt deze verplichting echter niet na. De vader van de bruidegom (John Tweddle) overlijdt. De bruidegom spreekt zijn schoonvader aan om de overeenkomst na te komen. Deze vordering wordt afgewezen. De bruidegom vindt helaas het consideration-begrip op zijn weg. Crompton J geeft aan: 'The modern cases (...) shew that the consideration must move from the party entitled to sue upon the contract.'<sup>69</sup>

Hoewel de bruidegom dus weliswaar belang had bij de (nakoming van de) overeenkomst, kon hij zijn schoonvader niet met succes aanspreken tot nakoming. Zijn actie strandde in 1861 op het gegeven dat er geen sprake was van enige 'consideration'.

Ook later bleek de problematiek van de derde nog weerbarstig. In de volgende zaak draait het om het beginsel van 'privity of contracts' (de relativiteit van de overeenkomst). Lord Denning MR schetst de casus van *Beswick v Beswick*<sup>70</sup> op karakteristieke wijze:

'Old Peter Beswick was a coal merchant in Eccles, Lancashire. He had no business premises. All he had was a lorry, scales, and weights. He used to take the lorry to the yard of the National Coal Board, where he bagged coal and took it round to his customers in the neighbourhood. His nephew, John Joseph Beswick, helped him in his business. In March 1962, old Peter Beswick and his wife were both over 70. He had had his leg amputated and was not in good health. The nephew was anxious to get hold of the business before the old man died. So they went to a solicitor, Mr. Ashcroft, who drew up an agreement for them.'

Wat hield die 'agreement' dan in? De neef verbond zich onder meer om, na de dood van zijn oom, aan diens weduwe een bedrag van £ 5 per week uit te keren. Na het overlijden van de oom stelde de weduwe een vordering in om deze belofte af te dwingen. Zij stelde de vordering in twee hoedanigheden in, uit eigen hoofde en bovendien als executeur van de nalatenschap van haar echtgenoot. Volgens Lord Denning was de weduwe gerechtigd deze vordering als derde in te stellen. Hij redeneerde:

<sup>69</sup> *Tweddle v. Atkinson* [1861] EWHC QB J57 en (1861) 121 ER 762; QB.

<sup>70</sup> [1968] AC 58.

'Where a contract is made for the benefit of a third person who has a legitimate interest to enforce it, it can be enforced by the third person in the name of the contracting party or jointly with him or, if he refuses to join, by adding him as a defendant. In that sense and it is a very real sense, the third person has a right arising by way of contract.'

De twee andere leden van het Court of Appeal (Danckwerts LJ en Salmon LJ) huldigden concurring opinions, zij het niet op grond van dezelfde redenering. Het House of Lords was het niet eens met de redenering van Lord Denning. De uitkomst was dat de weduwe niet uit eigen hoofde de vordering kon instellen, aangezien ze geen partij was bij de overeenkomst. In haar hoedanigheid van executeur van de nalatenschap van haar echtgenoot kon ze de vordering daarentegen wél instellen. Opgemerkt moet worden dat de uitkomst die Lord Denning voorstond, op termijn heeft gezegevierd en thans is te vinden in de Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999. Het verhaal gaat dat het wetsvoorstel bij de tweede lezing schertsend aan Lord Denning werd aangeboden als verjaardagscadeau vanwege zijn strijd tegen de privity-doctrine.

Een Amerikaanse casus is de volgende. Een verkoper van bonen vraagt aan een firma van officiële wegers om een partij bonen te wegen en de koper te voorzien van een kopie van het resultaat. Dat doen de wegers vervolgens. Ze wegen de bonen en maken een document op van hun bevindingen. Dit document verstrekken ze aan hun opdrachtgever en aan de koper van de bonen. Ze noteren in het document dat het was gemaakt in opdracht van de bonenverkoper, voor gebruik door de bonenkoper. De koper betaalt de verkoper op basis van het document, dat echter verkeerd blijkt te zijn. Dit is de casus van de zaak *Glanzer v. Shepard*.<sup>71</sup> Hier werd door Cardozo J als volgt geredeneerd:

'We think the law imposes a duty toward buyer as well as seller in the situation here disclosed. The plaintiffs' use of the certificates was not an indirect or collateral consequence of the action of the weighers. It was a consequence which, to the weighers' knowledge, was the end and aim of the transaction. *Bech, Van Siclen & Co.* ordered, but *Glanzer Brothers* were to use. The defendants held themselves out to the public as skilled and careful in their calling. They knew that the beans had been sold, and that on the faith of their certificate payment would be made. They sent a copy to the plaintiffs for the very purpose of inducing action. All this they admit. In such circumstances, assumption of the task of weighing was the assumption of a duty to weigh carefully for the benefit of all whose conduct was to be governed. We do not need to state the duty in terms of contract or of privity. Growing out of a contract, it has none the less an origin not exclusively contractual. Given the contract and the relation, the duty is imposed by law (cf. *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N. Y. 382, 390).'

71 *Glanzer v. Shepard* 233 NY 236 (1922)



Gegeven de overeenkomst en de onderlinge relaties, ontstaat in casu dus een rechtsplicht. Cardozo omzeilt op deze manier het probleem van de 'privity of contracts'. In een latere uitspraak stelt hij echter aangaande deze zaak:

'The bond was so close as to approach that of privity, if not completely one with it. (...) In a word, the service rendered by the defendant in *Glanzer v. Shepard* was primarily for the information of a third person, in effect, if not in name, a party to the contract (...).<sup>72</sup>

Kijken we eens naar deze casus in zake *Ultramares Corporation v. Touche*, die werd voorgelegd aan de Court of Appeals of New York.<sup>73</sup> Cardozo is wederom een van de rechters. Een accountantskantoor wordt ingeschakeld door Fred Stern & Co (een bedrijf dat rubber importeert en verkocht) om een balans op te maken van dit bedrijf. Voor de voortgang van het bedrijf had dit 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 blijkt dat de balans op gefingeerde gegevens is gestoeld; het bedrijf was in werkelijkheid insolvent.

Ultramares Corporation heeft aan Stern echter geld geleend, omdat ze vertrouwde op deze balans. De ene lening volgt de andere totdat het kaartenhuis instort. Stern gaat failliet. Ultramares spreekt dan de accountants aan. Cardozo stelt voorop dat er sprake is van nalatigheid van de accountants bij het opmaken van de balans. Maar, is deze nalatigheid een fout waarop Ultramares zich kan beroepen?

Cardozo refereert onder meer aan de zaak *Glanzer v. Shepard* waar hij verzucht: 'The assault upon the citadel of privity is proceeding in these days apace! Ik geef u mee dat deze tekst stamt uit 1931. Cardozo CJ verdedigt verder 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.'

Deze angst om de poorten wijd open te zetten voor een ongelimiteerd aantal aansprakelijkheden noemt met wel het 'floodgates' argument. Desalniettemin slaagt Ultramares' vordering jegens de accountants.<sup>74</sup>

72 *Ultramares Corporation v. Touche* 255 NY 170 (1931).

73 *Ibid.*

74 De beslissing is unaniem genomen door alle zeven rechters.

De Ultramares casus uit 1931 heeft moderne kanten; actualiteitswaarde kan de zaak niet worden ontzegd. Wie kent niet de World Online-zaak?<sup>75</sup> Hier handelde 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 67.562.819 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 bevatte 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 dan 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.

Op dit punt is de rechtsontwikkeling 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.<sup>76</sup> Nu, in de World Online casus, bestaat wèl een zorgplicht jegens potentiële kopers, zij het dat deze wordt geconstueerd via onrechtmatige daad en misleiding.

Naar mijn 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 kunnen stellen dat zij betrokken derde is en op grond daarvan een beroep kunnen doen op de zorgplichten, voortvloeiend uit overeenkomst.

Ook in het Franse recht vraagt men zich af hoe men moet omgaan met de contractswerking en de lastige derde. Men wil voorkomen dat een contractspartij voor verrassingen komt te staan. Durry formuleert het zo:

‘si l’on pose, un postulat, que la responsabilité contractuelle est justiciable d’un régime spécifique parce que le débiteur a dû prévoir à quoi il s’engageait et quelles règles lui sont applicables en cas de défaillance, il ne faut pas tolérer que la qualifications de tiers au contrat permette de dépasser ces previsions, du moins chaque fois que cette qualification est, pour une large part, artificielle.’<sup>77</sup>

75 HR 27 november 2009, LJN: BH 2161.

76 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, Kluwer Deventer 2010, p. 269.

77 G. Durry, *Chronique de jurisprudence, Revue trimestrielle de droit civil* 1980, p. 355.



Voor wat betreft het Belgische recht heeft Claeys gevraagd: in welke mate moet een contractant bij het nakomen van een overeenkomst rekening houden met de belangen van (en is hij bij niet-behoorlijke nakoming van zijn overeenkomst aansprakelijk tegenover) een persoon die weliswaar niet aan het sluiten van die overeenkomst heeft meegewerkt maar die via één of meer samenhangende overeenkomst(en) met een medecontractant van de aangesproken contractant verbonden is?<sup>78</sup>

Voor het Nederlandse recht kan men in het kader van derdenwerking van (bedingen in) overeenkomsten denken aan diverse uitspraken.<sup>79</sup> Ik bespreek hier slechts kort de problematiek van het arrest Vleesmeesters/Alog<sup>80</sup> om aan te geven dat ook in het Nederlandse recht het verwachtingspatroon van de contractant een rol kan spelen.

Hier ging het om een huurovereenkomst, die Alog BV had gesloten met Euro Invest. Alog was verplicht de bedrijfsruimte als supermarkt te gebruiken. Alog onderverhuurt het grootste deel van de ruimte aan Aldi BV. Het overige deel wordt verhuurd aan Dumeco Retail BV, die het op haar beurt onderverhuurt aan slagerij Vleesmeesters. Op enig moment verhuist Aldi naar een andere lokatie. Aldi heeft geen overleg gepleegd met Vleesmeesters. Na het vertrek van Aldi gaat Vleesmeesters door met het slagersbedrijf, maar het blijkt niet haalbaar. Het bedrijf stopt vanwege toenemende verliezen. Euro Invest vordert ontruiming van Alog en Vleesmeesters. De tekortkoming bestaat daarin dat Alog niet heeft voldaan aan haar contractuele verplichting de ruimte als supermarkt te gebruiken. Vleesmeesters op haar beurt dagvaardt Alog op grond van onrechtmatige daad. Vleesmeesters stelt dat Alog, door wanprestatie te plegen jegens Euro Invest, onrechtmatig heeft gehandeld jegens Vleesmeesters.

De Hoog Raad oordeelt:

<sup>78</sup> Claeys, a.w. p. 9.

<sup>79</sup> 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 (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, LJN: AA4429 (ODS/Curaçao Port Services).

<sup>80</sup> 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, RvdW 2004, 108, *NTBR* 2005/2, p. 48-59 en M.J. van Laarhoven, diss., a.w. p. 68-76.

‘(...) Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contract-verhouding 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.

In het oude recht bepaalde artikel 1376 lid 2 BW dat een overeenkomst een derde niet tot nadeel kan strekken. Dat is teveel 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.’

- 81 J.G.J. Rinkes, *Reasonable expectations of honest men, over privaatrecht, contractenrecht en vertrouwen*, a.w. p. 26. Zie ook HR 23 april 2010, NJ 2010, 454, LJN: BL 6024, waarover J.G.J. Rinkes, De toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het verzekeringsrecht, in: *Juridische aspecten van verzekeringsvoorwaarden*, ACIS-serie deel 5 (red. M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes) Uitgeverij Paris Zutphen 2011, p. 29-59.
- 82 A. Pitlo, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 3, Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Gouda Quint BV Arnhem, achtste druk 1979, bewerkt door M.F.H.J. Bolweg, p. 172-173.

## 7. Wie is partij bij een overeenkomst en wie is een (betrokken) 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.<sup>83</sup> Partijen zijn dus 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.

Foriere maakt voor het Belgische recht een tweedeling in enerzijds 'les parties à l'origine du contrat' en anderzijds 'les parties rejoignant le contrat après sa formation'. Onder de laatste groep vallen dan ook de rechtsopvolgers.<sup>84</sup> Deze tweedeling wordt iets anders verwoord door Dirix, waar hij stelt dat partij bij de overeenkomst zijn, diegenen die partij hebben willen zijn of aan wie die wil op grond van de vertrouwensleer kan worden toegerekend en daarnaast de rechtverkrijgenden onder algemene titel en onder bijzondere titel.<sup>85</sup> Ook hij gaat in op de categorie 'toetredingspartijen'.<sup>86</sup> Kort en bondig stelt Du Perron dat een derde is, iedereen die bij de overeenkomst geen partij is.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup> Dit klinkt nogal Orwelliaans: 'All animals are equal. But some animals are more equal than others'.<sup>89</sup> Men krijgt hier ook wellicht de associatie met Peter Pan:

83 Du Perron, diss. a.w. p. 37-70.

84 Paul Alain Foriere, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*. L.G.D.J., Brussel, 2006.

85 E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversondernehmung, Antwerpen - Apeldoorn 1984, p. 38.

86 Ibid. p. 68 ev.

87 Du Perron, diss. a.w. p. 46.

88 Du Perron, diss. a.w. p. 47.

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



'Then I shan't be exactly a human?' Peter asked.

'No.'

'Nor exactly a bird?'

'No.'

'What shall I be?'

'You will be a Betwixt-and-Between,' Solomon said, and certainly he was a wise old fellow, for that is exactly how it turned out.'<sup>90</sup>

Erg helder en rustgevend is zo'n situatie niet. Als voorbeeld van een betrokken derde grijpt Du Perron naar de middellijke vertegenwoordiging, waarvan hij opmerkt dat de principaal nader tot de overeenkomst staat dan een willekeurige buitenstaander.<sup>91</sup> Dit zelfde kan naar 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: is het eiland waarop twee contractspartners zich samen bevinden niet groter dan een in het water gegooide steen, dan vormen zich daaromheen terstond vele concentrische cirkels van 'derden'.<sup>92</sup> 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 produkt in de winkel van zijn afnemer heeft gekocht.<sup>93</sup>

Van Schilfgaarde wijst op de leer van de directe eigendomsverkrijging bij middellijke vertegenwoordiging.<sup>94</sup> Op grond van deze leer kan de middellijk vertegenwoordiger door de handelingen van de tussenpersoon eigendom verliezen en verwerven. Dit gebeurt terwijl de derde niet weet (en niet hoeft te vermoeden) dat de tussenpersoon voor de middellijk vertegenwoordigde handelt. Van Schilfgaarde typeert deze leer als 'opmerkelijk' omdat daarin blijkbaar voor mogelijk wordt gehouden dat de derde partij is in de zakelijke overeenkomst van eigendomsovergang met een persoon wiens bestaan hem onbekend is. Hij ziet als grondslag voor het partij-zijn van de achterman, de rechtsverhouding tussen de achterman en de tussenpersoon, dat wil zeggen de betrokkenheid van de achterman bij de transactie tussen de tussenpersoon en de derde. Hij verwijst naar Cahen, daarmee naar mijn mening suggererend dat de middellijk vertegenwoordigde een voorbeeld is van een contractueel betrokken derde.

90 J.M. Barrie, *Peter Pan in Kensington Gardens*, 1906, Collector's Library London 2008, p. 30.

91 Du Perron, diss. a.w. p. 47.

92 C.P. Aubel, *En passant de tweede hand*, Deventer 1972, p. 18, nr. 29.

93 Ibid p. 23, nr. 42.

94 P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen*, dissertatie Leiden, Kluwer Deventer 1969, nr. 16, p. 25.



## 8. Partij bij elkaars overeenkomst?

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 onrechtmatige daadsactie bedienen? Of zou hij (tevens) de mogelijkheid moeten hebben een actie uit hoofd 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 ontlenuen, zo kan uit het voorgaande worden geconstateerd. En nog een stapje verder: wat gebeurt er als een contractueel betrokken derde deel uitmaakt van de samenhangende rechtsverhouding, van een contractueel netwerk?<sup>95</sup> Ook dan is het zuiver als hem uit een of meer contracten die deel uitmaken van het netwerk acties ten dienste staan.

Bij samenhangende overeenkomsten speelt dezelfde problematiek. Zonder enige pretentie van volledigheid kan worden gewezen op het arrest *Vleesmeesters/Alog*,<sup>96</sup> *Jans/Fiat Credit*<sup>97</sup> en *Mooijman/Netjes*.<sup>98</sup> 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 gesignaleerd dat de bilaterale overeenkomst niet is toegesneden op de toegenomen en nog steeds toenemende complexiteit van het maatschappelijk verkeer.<sup>99</sup> Het is tijd voor een nieuwe invulling van het begrip overeenkomst.

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?

95 Terzijde merk ik 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 University 2011.

96 HR 24 september 2004, *NJ* 2008, 587.

97 HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97, m. nt. Vranken.

98 HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98 m. nt. Vranken

99 J.G. A. Linssen, *Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht*, *NJB* 29 september 1995, afl. 34, p. 1265-1274; C.E. du Perron, *Samenhangende rechtsverhoudingen in het handelsrecht*, in: *Het eigen gezicht van het handelsrecht*, Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht, R.Q.J. Klomp, M.M. Mendel, C.E. du Perron en A.C. van Schaick, W.E.J. Tjeenk Willink Deventer 2000, p. 239-273, m.n. p. 242.

Ik wil graag wijzen op een soortgelijke problematiek, beproven door Hoetink.<sup>100</sup> Hij bespreekt het geval dat de overgang van een verbintenis, zowel actief als passief, in het oudere Romeinse recht gold als een logische onmogelijkheid. De reden hiervoor was dat de obligatio een rechtsbetrekking was tussen twee personen, die kwam te vervallen als een van de beide personen tussen welke hij lag, verdween. Het latere Romeinse recht echter erkent de overgang van verbintenissen, allereerst door erfopvolging. Hoe kan dit onmogelijke mogelijk zijn geworden? Volgens Hoetink kan dit doordat het latere recht, dat de opvolging toelaat, een ander begrip verbintenis hanteert dan het oude recht. Het is geen kwestie van logica: de opvolging in de verbintenis is precies even logisch als het niet opvolgen. Het hangt uitsluitend van het begrip verbintenis af tot welk resultaat men komt.

Misschien is daarom ook nu de tijd gekomen om de begrippen 'partij' en 'derde' vanuit een ander perspectief te bezien.

Bacache-Gibeilli heeft ten aanzien van het Franse recht voorgesteld dat het partijbegrip zou moeten worden opgerekt.

'L'étude du nouveau principe selon lequel c'est la loi qui attribue au contrat sa force obligatoire nous permet d'élargir la catégorie des parties au contrat. Sont «parties» tout ceux qui sont concernés par le contrat comme instrument de respect des prévisions et de réalisation de la justice commutative, c'est-à-dire non seulement les cocontractants mais les participants au même groupe de contrats. La notion de «parties contractantes» devrait englober à côté des parties à un même contrat celle de parties cocontractantes à deux contrats distincts formant un groupe de contrats au sens précédemment dégagé.'<sup>101</sup>

Volgens de door haar voorgestane wijze worden deelnemers binnen een contractengroep aldus 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'.<sup>102</sup> Vanstapel concludeert hieruit terecht dat de theorie van de contractgroep als gevolg heeft

100 H.R. Hoetink, *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, in: *Rechtsgeleerde opstellen*, Tjeenk Willink Alphen aan de Rijn 1982, p. 97-114, m.n. p. 110-111.

101 Mireille Bacache-Gibeilli, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, these Paris, L.G.D.J. 1996, nr. 300.

102 Ibid. nr. 303.



dat de uitwerking van een samenhangende overeenkomst niet beperkt blijft tot de contractpartijen maar zich uitstrekt tot de contractpartijen aan de samenhangende overeenkomsten die met die eerste overeenkomst een contractgroep vormen.<sup>103</sup>

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.<sup>104</sup>

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.<sup>105</sup> 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. Wanneer is dan sprake van een economische eenheid? Dat is het geval

'wenn über ein Zweck-Mittel- Verhältnis hinaus die beiden Geschäfte miteinander derart verbunden sind, dass keines ohne das andere geschlossen worden wäre oder jeder der Verträge seinen Sinn erst durch den anderen erhält.'<sup>106</sup>

Rohe heeft, met name als het handelt om het 'bargeldlosen Zahlungsverkehr' samenhangende rechtsverhoudingen in kaart gebracht onder de noemer 'Netzverträge'. Hij ziet hier een rol weggelegd voor de volmacht.

'Die Herstellung des Netzvertrages – bei ständig wechselnden Beteiligten – ist mit der konkludenten Bevollmächtigung zum Kontrahieren mit allen gegenwärtigen und zukünftigen Netzbeteiligten zu erklären (...) Die Bevollmächtigung erfolgt gegenseitig beim Abschluss des ersten bipolaren Vertrages mit einem bereits am Netz Beteiligten. Dies gilt für Geldinstitute und Kunden gleichermaßen.'<sup>107</sup>

Deze opmerking stuurt ons richting volmacht. Wederom aanleiding voor een kort intermezzo.

103 Ingrid Vanstapel, Wie is 'partij' en wie is 'derde' in een contract in een contractgroep? Actuele knelpunten en perspectieven, in: *Derden in het contractenrecht*, (red. Ilse Samoy), Intersentia Antwerpen – Oxford 2009, p. 1-59, m.n. pag 58.

104 Foriers, a.w. p. 44 en 159.

105 Köndgen, a.w. p. 249-250.

106 Angelika Fuchs, Zum Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff bei verbundenen Geschäften, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1999, p. 305-336, m.n. p. 306.

107 Rohe, a.w. p. 171.

## 9. Intermezzo: election

Iemand die geen partij is bij een overeenkomst kan toch aangesproken worden of zelf een partij aanspreken. Hoewel deze optie vernieuwend moge klinken, is zij dat niet. Schoordijk heeft ooit gezegd dat het leerstuk vertegenwoordiging wellicht de sleutel biedt voor de oplossing van de problematiek van de samenhangende rechtsverhoudingen. Ik wil dit concreteriseren door heel kort te wijzen op het leerstuk van de 'election'.<sup>108</sup>

In het Anglo-Amerikaanse recht kunnen drie soorten principalen worden onderscheiden. Men spreekt van een 'disclosed principal' ofwel 'named principal' wanneer het voor de derde duidelijk is dat de tussenpersoon handelt namens een achterman en bovendien diens identiteit aan de derde bekend is.

Ten tweede bestaat de optie dat de derde denkt dat zijn wederpartij handelt voor zichzelf, maar dat deze in werkelijkheid optreedt namens een onbekende achterman. Deze achterman is voor de derde verborgen en wordt dan ook aangeduid als 'undisclosed principal'.

Een laatste mogelijkheid is, dat de derde weliswaar weet dat de tussenpersoon optreedt namens een achterman, maar niet op de hoogte is van diens identiteit. In deze situatie kenmerkt men de achterman als 'unnamed principal' ofwel 'partially disclosed principal'. Deze figuur toont mijns inziens verwantschap met de in Nederland bekende 'nader te noemen meester' van artikel 3:67 BW.

Wanneer sprake is van een 'disclosed principal' is, zowel in het Amerikaanse als in het Engelse recht, de hoofdregel dat niet de tussenpersoon, maar de achterman partij wordt bij de overeenkomst met de derde. Desalniettemin is het mogelijk dat de tussenpersoon, om welke reden dan ook, persoonlijk aansprakelijk is.<sup>109</sup> Reuschlein en Gregory merken op:

'When an agent exceeds the authority granted him by the principal, he becomes personally bound by the contract'.<sup>110</sup>

Doet iets dergelijks zich voor, dan heeft de derde in het Engelse recht de keuze ('election') om ofwel de tussenpersoon ofwel de achterman aan te spreken. Kiest de derde ervoor de tussenpersoon aan te spreken en verkrijgt hij een definitieve uitspraak, dan kan hij later niet alsnog de achterman aanspreken.<sup>111</sup> Dit geldt uiteraard ook andersom. Het is van tweeën een: de keuze voor het aanspreken van de een blokkeert de mogelijk-

108 Meer hierover in: A.L.H. Ernes, De nader te noemen meester en het Anglo-Amerikaanse leerstuk van de 'election'. Een rechtsvergelijkende beschouwing naar aanleiding van het arrest HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 442, *NTBR* 2000/8, p. 374-380.

109 Voor een voorbeeld kan worden verwezen naar de uitspraak *Bridges and Salmon Ltd. v. 'The Swan' (Owner)* [1968] 1 Lloyd's Rep. 5.

110 Harold Gill Reuschlein and William A. Gregory, *The law of agency and partnership*, second edition St. Paul Minnesota 1989, p. 190. Zie tevens A. F. Phillips, Agency: elections and reflections [1993] *Juridical Review* 133, met name p. 135-136.

111 G.H.L. Fridman, *The law of agency*, seventh edition, London 1996, p. 226, B.S. Markesinis and R.J.C. Munday, *An outline of the law of agency*, fourth edition, London 1998, p. 161-162.



heid van aanspreken van de ander.<sup>112</sup>

Ter illustratie kan worden gewezen op de uitspraak *Priestley v. Fernie*.<sup>113</sup> Hier tekende de kapitein van een schip de vrachtbrief in zijn eigen naam, waardoor hij persoonlijk aansprakelijk werd. De derde sprak hem aan en verkreeg een uitspraak jegens de kapitein. De complicatie deed zich voor dat de kapitein insolvent bleek. De derde kon zich nu echter niet meer wenden tot de achterman, de eigenaar van het schip. Dit recht had hij verwerkt door de verkregen uitspraak jegens de tussenpersoon.

Reynolds bekritiseert deze gedachtengang. Hij verdedigt, dat wanneer een derde op een zodanige manier een overeenkomst is aangegaan met een 'disclosed principal' dat zowel de achterman als de tussenpersoon aansprakelijk zijn uit hoofde van deze overeenkomst, deze derde waarschijnlijk helemaal niet denkt dat hieruit een alternatieve aansprakelijkheid voortvloeit. De derde zal juist denken, en veelal zelfs bedoelen, dat er nu twee personen aansprakelijk zijn jegens hem. Hier is verdedigbaar dat het leerstuk van 'joint and several liability' aan de orde is. Het leerstuk van 'election' is daarom naar zijn mening niet relevant.<sup>114</sup>

Ook Markesinis en Munday nemen afstand van het alternatieve karakter van de 'election' en zijn de mening toegedaan 'the notion looks distinctly unconvincing in cases of disclosed agency'.<sup>115</sup> Desalniettemin maken zij de kanttekening dat er veel uitspraken zijn waarin het leerstuk wél is toegepast. Zij denken dan ook dat de rechters zullen vasthouden aan de 'election' en aldus alternatieve in plaats van hoofdelijke aansprakelijkheid het uitgangspunt zal blijven.<sup>116</sup>

Voor het Nederlandse recht zou ik een gedachtenexperiment willen voorstellen. A koopt bloembollen van B. De bloembollen worden voorlopig opgeslagen in een silo van B. Enige tijd later merkt B dat de bloembollen worden aangetast door een ziekte. B wendt zich tot A en meldt deze observatie. B deelt bovendien mede aan A dat hij weet dat C deze bloembollen kan behandelen om erger schade te voorkomen. A geeft toestemming voor deze behandeling. B wendt zich tot C en komt met C overeen dat deze de bloembollen behandelt. Aldus geschiedt. Nadat C de klus heeft geklaard, verneemt hij dat A, en niet B, de eigenaar is van de bloembollen. Van wie kan hij de betaling vorderen? Slechts van B omdat hij met hem de overeenkomst heeft gesloten? Of slechts van A omdat A de eigenaar van de bloembollen is? Of mag C kiezen? Waarom zou C in deze situatie niet de keuze mogen toekomen of hij A danwel B aanspreekt? En waarom zou hij niet beiden mogen aanspreken, waarna A en B onderling de afhandeling moeten regelen?

Geconcludeerd mag mijns inziens worden dat het niet ondenkbaar is dat een (betrokken) derde (in het voorbeeld: A) uit hoofde van een overeenkomst kan worden aangesproken. We kunnen ons daarbij dan nog afvragen of dit een alternatieve of een cumulatieve aansprakelijkheid moet zijn. Mijn voorkeur voor cumulatieve aansprakelijkheid zal duidelijk zijn.

112 F.M.B. Reynolds, *Bowstead and Reynolds on agency*, nineteenth edition, London 2010, Article 84. Tevens Reynolds, *Election distributed* [1970] 86 *Law Quarterly Review* 318; A.L. Goodhart and C.J. Hamson, *Undisclosed principals in contract* [1932] 4 *Cambridge Law Journal* 320, met name p. 324.

113 (1865) 3 H & C 977.

114 Reynolds, *Election distributed*, a.w. p. 347.

115 Markesinis and Munday, a.w. p. 163.

116 *Ibid.*

## 10. Und die Moral von der Geschichte...<sup>117</sup>



Ik kom tot een afronding, tot de Moral von der Geschichte. 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 de begrippen 'partij', 'overeenkomst' en 'derde' wederom op de agenda zetten. 'Recht functioneert niet in een vacuüm. Het beoogt menselijk gedrag en maatschappelijke verhoudingen te

regelen en te beïnvloeden', aldus Vranken.<sup>118</sup> Ik heb vandaag geprobeerd aant 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 genomen en in de toekomst zeker nog meer terrein zal winnen. Dan is de boodschap 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.<sup>119</sup>

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. Ik denk daarbij aan de bouwwereld van mijn leermeester Van den Berg, waar vaak met hulppersonen wordt gewerkt. Dit geldt ook voor het transportrecht, ter land, ter zee en in de lucht. En er is meer: denk aan de assurantietussenpersonen. Op het terrein van de muziek komen tal van geschakelde overeenkomsten voor waarbij impresario's optreden, die partijen tot elkaar brengen en steeds wisselende petten dragen. Door diverse promovendi, verbonden aan onze capgroep, wordt onderzoek op deze en aanverwante terreinen verricht.

117 Wilhelm Busch, *Und die Moral von der Geschichte, Sämtliche Werke und eine Auswahl der Skizzen und Gemälde in zwei Bänden*, Sigbert Mohn Verlag, 1959.

118 J.B.M. Vranken, Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap, WPNR 6840 (24 april 2010), p. 318-329, m.n. p. 324.

119 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 UM 2000, p. 1.

Vranken heeft tevens wel opgemerkt dat de gebondenheid aan overeenkomsten niet, zeker niet op de eerste plaats, steunt op de partijautonomie. Of en hoe gebondenheid aan overeenkomsten ontstaat, wordt door het recht bepaald.<sup>120</sup> Dit onderschrijf ik. Tevens meen ik dat dit de deur openzet naar een nieuwe, contemporaine, invulling van het contractsbegrip. Misschien moeten we na grondige bestudering van de problematiek tot de conclusie komen dat de begrippen 'partij' en 'derde' geen elkaar uitsluitende grootheden zijn, en dienen we de stap te zetten naar een daarbij passend overeenkomst-begrip. De toekomst zal het leren, en daar wil ik aan bijdragen.

120 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, W.E.J. Tjeenk Willink Deventer 2000, p. 145-155.



## 11. Dankwoord

Het College van Bestuur van de Open Universiteit wil ik bedanken voor het in mij gestelde vertrouwen. Sedert 1988 werk ik met zeer veel plezier aan deze bijzondere universiteit, die behalve afstandsonderwijs, nu ook (afstands)onderzoek in haar takenpakket heeft.

Een speciaal woord van dank aan JPR Advocaten, die met hun financiële steun, de instelling van mijn leerstoel mede mogelijk hebben gemaakt.

Een bijzonder woord van dank voor mijn collega's van de faculteit Rechtswetenschappen en vooral van de capgroep privaatrecht. Al in mijn dissertatie heb ik gesteld dat de sfeer bijzonder is en dat collega's hier vrienden zijn en blijven. Dat geldt bijna elf jaar later nog onverkort.

Mijn collega's in het gerechtshof Arnhem en de rechtbank Maastricht dank ik voor het feit dat zij me de gelegenheid bieden de theorie te combineren met de weerbarstige en steeds weer verrassende juridische praktijk.

Een bijzonder woord van dank aan de promovendi van de capgroep privaatrecht is op zijn plaats. Zij onderzoeken diverse aspecten op het gebied van het overeenkomstenrecht, die mij in het kader van deze leerstoel in het bijzonder bezighouden, de vertegenwoordiging, de bemiddeling, estoppel etc. Tevens zorgen zij, met de andere onderzoekers van RW voor een vriendschappelijke en stimulerende onderzoekscultuur. Tegen hen zou ik de woorden, die H.G. Wells ooit sprak tegen Osbert Sitwell willen herhalen:

'If you are in difficulties with a book, try the element of surprise... Attack it at an hour when it isn't expecting it.'<sup>121</sup>

Tot slot dank ik mijn familie en vrienden omdat zij er altijd zijn met hulp, bijstand, vrolijkheid en wat niet allemaal meer. Een speciaal woord richt ik tot mijn burens. Zij begrijpen het als ik zeg: 'Dushi woont op nummer 35'.

121 Osbert Sitwell, *The Scarlet Tree*, being the second volume of *Left Hand, Right Hand*, Macmillan & Co. London 1949, p.33.



Mijn vader was altijd mijn grote inspirator en had hier moeten zijn. Ik gedenk hem vandaag. Deze rede draag ik op aan mijn moeder, die door haar gewoonte nooit een kruiswoordpuzzel terzijde te leggen voordat hij af was en het motto huldigt 'je maakt af waar je aan begint', ervoor heeft gezorgd dat ik de universiteit heb doorlopen van de collegebanken bij mijn leermeester Schoordijk tot het bijzonder hoogleraarschap van vandaag.

Dank voor uw aandacht.

Ik heb gezegd.

## Literatuurlijst

- Alexander, Richard D. *The biology of moral systems*, Hawthorne 1987, tweede druk 2009.
- Asser-Van der Grinten. 2-1 (*De vertegenwoordiging*), Zwolle 1990.
- Asser-Van der Grinten-Kortmann. 2-1 (*De vertegenwoordiging*) Deventer 2004.
- Atiyah, P.S. *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford 1979.
- Aubel, C.P. En passant de tweede hand, over beperking van aansprakelijkheid tegenover derden, Deventer 1972.
- Bacache-Gibeilli, Mireille. *La rélativité des conventions et les groupes de contrats*, these Paris, L.G.D.J. 1996.
- Bakels, F.B. Vloeiend verbintenissenrecht, *RM Themis* 1996/2, p. 42-56.
- Barrie, J.M. *Peter Pan in Kensington Gardens*, 1906, Collector's Library London 2008.
- Beekhuis, J.H. *Contract en contractsvrijheid*, Rede uitgesproken bij de overdracht van het rectoraat der Rijksuniversiteit Groningen op 21 september 1953, in: Geschriften van J.H. Beekhuis, Tjeenk Willink Zwolle, 1989, p. 176-194.
- Belloc, Hilaire. *The historic Thames*, O.M. Dent & Sons Ltd. London 1907.
- Boden, Margaret A. *Artificial Intelligence and Natural Man*, 2nd ed. expanded, The MIT Press, London 1987.
- Van Boom, W.H. , Tuil, M.L. , Dijkshoorn, W.(red). *Autonomie en paternalisme*, Den Haag 2008.
- Brazier, Frances, Oskamp, Anja, Schellekens, Maurice, Wijngaards, Niek. *Can agents close contracts?* [www.iids.org/publications/lea03\\_contract.pdf](http://www.iids.org/publications/lea03_contract.pdf)
- Busch, Wilhelm. *Und die Moral von der Geschichte*, Sämtliche Werke und eine Auswahl der Skizzen und Gemälde in zwei Bänden, Sigbert Mohn Verlag, 1959.
- Cahen, J.L.P. Kortsluiting in contractuele verhoudingen, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (1965) p. 473-507, eveneens opgenomen in 'Bezielde materie', geschriften van J.L.P. Cahen, Arnhem 1991, p. 21-46.
- Canaris, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971.
- Chesterton, G. K. *A defense of nonsense*, in: The defendant, London 1901.
- Claeys, Ignace. *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid, De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Intersentia Antwerpen – Groningen – Oxford 2003.
- von Craushaar, Götz. Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht, *AcP* 174 (1974), p. 2-25.
- Denning, Lord Alfred Thomson. *The Discipline of Law*, London 1979.
- van der Dijs, F.P.L. *Sickle cell disease and a-thalassemia in Curaçao. Contributions to epidemiology, pathophysiology and supportive care*, dissertatie Groningen 2004.
- Dirix, E. *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeverij, Antwerpen - Apeldoorn 1984.
- Durry, G. Chronique de jurisprudence, *Revue trimestrielle de droit civil* 1980, p. 355.
- Ernes, A.L.H. *Onbevoegde vertegenwoordiging*, dissertatie Open Universiteit, Kluwer Deventer 2000.
- Ernes, A.L.H. De nader te noemen meester en het Anglo-Amerikaanse leerstuk van de 'election'. Een rechtsvergelijkende beschouwing naar aanleiding van het arrest HR 26 mei 2000, NJ 2000, 442, *NTBR* 2000/8, p. 374-380.
- Ernes, A.L.H. Schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid komt voor risico van de principaal, Bespreking van het arrest ING Bank NV/Bera Holding NV, HR 19 februari 2010, LJV BK7671, NJ 2010, 115, *NTBR* 2010/38.
- Fofaris, Paul Alain. *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*. L.G.D.J., Brussel, 2006.

- Fridman, G.H.L. *The law of agency*, seventh edition, London 1996.
- Fuchs, Angelika. Zum Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff bei verbundenen Geschäften, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1999, p. 305-336.
- Gilligan, Carol. *In a different voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, 1982.
- Gommer, H. Afspraak is afspraak, of toch niet?, *WPNR* 6851 (17-24 juli 2010), p. 585-590.
- Goodhart, A.L. & Hamson, C.J. Undisclosed principals in contract [1932] 4 *Cambridge Law Journal* 320.
- Harrelson, Gary L., Fincher, A. Louise, Robinson, James B. Acute Exertional Rhabdomyolysis and Its Relationship to Sick Cell Trait, *Journal of Athletic Training*, Volume 30, Number 4, 1995, p. 309-312.
- Harris, P.A. The equine rhabdomyolysis syndrome in the United Kingdom: Epidemiological and clinical descriptive information, *British Veterinary Journal*, Volume 147, Issue 4, July-August 1991, p. 373-384.
- Hendrikse, M.L. & Rinkes J.G.J. *Verzekeringsvoorwaarden en de consument*, TvC reeks Deel 1, Uitgeverij Paris Zutphen 2010.
- Hendrikse M.L. & Rinkes, J.G.J. (red.) *Juridische aspecten van verzekeringsvoorwaarden*, ACIS serie deel 5, Uitgeverij Paris Zutphen 2011.
- Hoetink, H.R. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, in: Rechtsgeleerde opstellen, Tjeenk Willink Alphen aan de Rijn 1982, p. 97-114.
- Houben, I.S.J. *Contractdwang*, dissertatie Leiden, Kluwer Deventer 2005.
- Janssen, M.A.J.G. Het toedoenbeginsel uitgehold, ofwel van Vas Dias/Salters tot ING/Bera Holding, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk (ORP)*, 2010/1, p. 22-31.
- Köndgen, Johannes. *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen 1981.
- Kranenburg, R. *De grondslagen der rechtswetenschap. Juridische kennisleer en methodologie*, Tjeenk Willink Haarlem 1946.
- Laarhoven, van M.J. Over derdenwerking van overeenkomsten en samenhangende rechtsverhoudingen. Enkele beschouwingen n.a.v. HR 24 september 2004, RvdW 2004, 108, NTB 2005/2, p. 48-59.
- Laarhoven, van M.J. *Samenhang in rechtsverhoudingen*, dissertatie Tilburg, Wolf Legal Publishers Nijmegen 2006.
- Lieveerse, C.W.M. & Rinkes, J.G.J. *Onerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector*, Preadvies voor de vereniging van effectenrecht, Kluwer Deventer 2010.
- Linssen, J.G.A. Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht, *NJB* 29 september 1995, afl. 34, p. 1265-1274.
- Manigk, Alfred. *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin 1939, p. 270.
- Markesinis, B.S. & Munday, R.J.C. *An outline of the law of agency*, fourth edition, London 1998.
- Martius, H.P.A.J. *Elektronisch handelsrecht, een verhandeling over de juridische aspecten van elektronische communicatie in het handelsrecht met bijzondere aandacht voor het verzekerings- en vervoerrecht*, dissertatie Open Universiteit, Zutphen 2007.
- Nieuwenhuis, J.H. *Drie beginselen van contractenrecht*, dissertatie Leiden, Deventer 1979.
- Orwell, George. *Animal Farm*, Secker and Warburg 1945, Penguin Books 1960.
- Pawlowski, Hans-Martin. *Die gewillkürte Stellvertretung*, *JZ* 1996, p. 125-132.
- Perron, du C.E. *Overeenkomst en derden*, dissertatie UvA, Deventer 1999.
- Perron, du C.E. *Samenhangende rechtsverhoudingen in het handelsrecht*, in: Het eigen gezicht van het handelsrecht, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, R.Q.J. Klomp, M.M. Mendel, C.E. du Perron en A.C. van Schaick, W.E.J. Tjeenk Willink Deventer 2000, p. 239-273.
- Phillips, A.F. Agency: elections and reflections [1993] *Juridical Review* 133.

- Pitlo, A. *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 3, Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Gouda Quint BV Arnhem, achtste druk 1979, bewerkt door M.F.H.J. Bolweg.
- Pothier. *Oeuvres complètes, Traité des Obligations*, édition Crochard Paris 1830.
- Rawls, John. *A theory of justice*, Harvard University Press, 22nd ed. 1997.
- Reichert-Facilides, Fritz *Humor und Recht*, in: Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1981.
- Reuschlein, Harold Gill & Gregory, William A. *The law of agency and partnership*, second edition St. Paul Minnesota 1989.
- Reynolds, F.M.B. Election distributed [1970] 86 *Law Quarterly Review* 318.
- Reynolds, F.M.B. *Bowstead and Reynolds on agency*, nineteenth edition, London 2010.
- Rinkes, J.G.J. *Reasonable expectations of honest men. Over privaatrecht, contractenrecht en vertrouwen*, Oratie OU, Uitgeverij Paris, Zutphen 2005.
- Rohe, Mathias. *Netzverträge*, Mohr Siebeck Tübingen 1998.
- Samoy, Ilse (red.) *Derden in het contractenrecht*, Intersentia Antwerpen-Oxford 2009.
- Samuel, Geoffrey & Rinkes, Jac. *Contractual and non-contractual obligations in English law*, dissertatie Maastricht, Ars Aequi Nijmegen 1992.
- Schilfgaarde, van P. *Toerekening van rechtshandelingen*, dissertatie Leiden, Kluwer Deventer 1969.
- Schilfgaarde, van P. *Over de verhouding van de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten*, in: Goed en Trouw, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. W.C.L. Van der Grinten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1984, p. 57-70.
- Schoordijk, H.C.F. *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het Nieuwe B.W. (Titel 1 t/m 5, Titel 11)*, Deventer 1986.
- Schoordijk, H.C.F. Het 'op naam vereiste' bij de vertegenwoordiging, Honderd jaar na Schlossmann, TPR 2000, p. 1069-1106.
- Schubert, Johann-Georg. *Anscheinsvollmacht und Privatautonomie*, Dissertation Hamburg, Berlin 1970.
- Sitwell, Osbert. *The Scarlet Tree*, being the second volume of *Left Hand, Right Hand*, Macmillan & Co. London 1949.
- Smits, J.M. *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, dissertatie Leiden, Arnhem 1995.
- Smits, J.M. *De barmhartige samaritaan in het Europees privaatrecht; over de gevaren van beginselen zonder programma en een programma voor de toekomst*, oratie UM 2000.
- Thiel, J.H. *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen*, dissertatie Amsterdam 1903.
- Tjong Tjin Tai, T.F.E. *Zorgplichten en zorgethiek*, dissertatie UvA, Deventer 2007.
- Tjong Tjin Tai, T.F.E. *Over de grenzen van het privaatrecht*, Tilburg University 2011.
- Valk, W.L. Toedoen na ING/Bera, NTBR 2010/ 6.
- Verstegen, R. *Res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*, in de bundel Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh, Kluwer Deventer 1987, p. 117-122.
- Voulon, M.B. Intelligent agent: instrument in plaats van actor, *JAVI* februari 2004, p. 16-19.
- Voulon, M.B. *Automatisch contracteren*, dissertatie Leiden, Leiden University Press 2010.
- Vranken, J.B.M. *Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer 1997.
- Vranken, J.B.M. *Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag 1999.

- Vranken, J.B.M. *Over partij-autonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht*, in: J.M. Barendrecht e.a., *Beginselen van contractenrecht* (Nieskens-bundel), Deventer 2000, p. 145-155.
- Vranken, J.B.M. *Springen met lemen voeten*, Preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, 2003.
- Vranken, J.B.M. Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap, *WPNR* 6840 (24 april 2010), p. 318-329.
- Wechem, van T.H.M. & Spanjaard, J.H.M. Bevoegdheid, vertegenwoordiging en informatieplicht: bakens worden verzet, *Contracteren, Tijdschrift voor de Contractspraktijk* 2010/4, p. 145-150.
- Weitzenboeck, Emily M. Electronic agents and the formation of contracts, *International Journal of Law and Information Technology* Vol. 9 nr. 3 (2001) p. 204-234.
- Wessels, B., Jongeneel, R.H.C., Hendrikse, M.L. (red.) *Algemene voorwaarden*, serie Recht en Praktijk, Contractenrecht, CR1, Kluwer Deventer 2010.
- Williams, Bernard. *Truth and truthfulness*, Princeton University Press 2002.
- Zwitter, R. Rond art. 1376 *BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen*, dissertatie Leiden 1984.

## Aangehaalde jurisprudentie

### Nederland

- HR 24 november 1905, W 1905, 8304
- HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323 (Staat/Degens)
- HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (Baris/Riezenkamp)
- HR 11 december 1959, *NJ* 1960, 230 (Eelman/Hin)
- HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 (Gegaste uien)
- HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 (Securicor)
- HR 12 oktober 1979, *NJ* 1980 (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 23 oktober 1999, *NJ* 1999, 582 (Nacap Nederland BV/ Mestindustrie Kurstjens BV)
- HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 307 (Meissner/Arenda)
- HR 21 januari 2000, LJN: AA4429 (ODS/Curaçao Port Services)
- HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 442 (Weld Equip/Van de Pest)
- HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 (Fox/DSM)
- HR 24 september 2004, *NJ* 2008, 587 (Vleesmeesters/Alog)
- HR 27 november 2009, LJN: BH 2161, RvdW 2009, 1403 (World Online)
- HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 115 (ING/Bera)
- HR 23 april 2010, *NJ* 2010, 454
  
- Hof Amsterdam 6 april 2010, LJN: BM1231
- Hof Arnhem 13 april 2010, LJN: BM0851
  
- Rechtbank Rotterdam 18 maart 2010, LJN: BL9375
- Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, LJN: BM 0994
- Rechtbank Haarlem 25 augustus 2010, LJN: BN7387
- Rechtbank Roermond 6 oktober 2010, LJN: BO0062
- Rechtbank Rotterdam 10 november 2010, LJN: BO4604

## Engeland

- Tweddle v. Atkinson [1861] EWHX QB J57 en (1861) 121 ER 762; QB
- Priestley v. Fernie [1865] 3 H & C 977
- Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562
- Bridges and Salmon Ltd. v. 'The Swan' (Owner) [1968] 1 Lloyd's Rep. 5
- Beswick v. Beswick [1968] AC 58

## Verenigde Staten

- Glanzer v. Shepard 233 NY 236 (1922)
- Ultramares Corporation v. Touche 255 NY 170 (1931)