

Verbonden overeenkomsten

Mr. Dr. A.H. Lamers.¹

1.0 Inleiding

Economische en maatschappelijke verdichting is het verschijnsel dat de (mondiale) economie zich steeds meer tot een 'rooster' ontwikkelt. Dit rooster ontstaat mede doordat de deelnemers aan de economie zich specialiseren waardoor de onderlinge concurrentie afneemt maar tegelijkertijd ook een grotere wederzijdse afhankelijkheid ontstaat. De behoefte om samen te werken, om zo kennis en kunde te combineren en kosten en risico's te spreiden is groot. Het rooster ontwikkelt zich tot een netwerk van stromen goederen, kapitaal, informatie en mensen dat regio's, sociale groeperingen en economieën met elkaar verbindt.

Deze ontwikkeling heeft een zodanige invloed op het contractenrecht dat partijautonomie onder druk komt te staan. In steeds meer gevallen hebben niet alleen meer zij die zich willens en wetens hebben gebonden te maken met de rechtsgevolgen van een overeenkomst, maar ook zij die op een andere wijze met een overeenkomst waarin zij niet als partij deelnemen te maken krijgen. Zijn deze laatste personen te beschouwen als quasi-contractanten die alsdan ook vergelijkbare rechten en plichten hebben als de echte contractanten met betrekking tot de overeenkomst die alsdan in rechte ook dezelfde remedies kunnen inzetten als die de echte contractanten ter beschikking staan? Of zijn zij slachtoffer of geluksvogel in die zin dat indien zij nadeel of voordeel hebben vanwege een overeenkomst waarbij zij geen partij zijn? In het geval sprake is van slachtofferschap in die zin dat de overeenkomst (waarbij het 'slachtoffer' geen partij is) nadelige gevolgen voor het slachtoffer heeft, dient dan compensatie plaats te vinden? En dient een geluksvogel die onbedoeld voordeel heeft bij een overeenkomst waarbij hij geen partij is dat voordeel zelfs af te staan aan een der partijen bij de overeenkomst?

Als gevolg van de hiervoor genoemde ontwikkeling, ook wel de verdichting van het contractenrecht genaamd, begint een van de pijlers waarop het contractenrecht is gebaseerd, het autonomiebeginsel, af te brokkelen. De gevolgen daarvan zijn (nog) niet te overzien. In dit essay beschrijf ik de ontwikkeling waarin de Nederlandse rechtspraak steeds vaker de belangen van derden beschermt indien zij nadeel leiden als gevolg van rechtsfeiten welke binnen een overeenkomst waarbij zij geen partij zijn plaatsvinden.² Bovendien zal ik de verschillende vormen van de wijzen waarop contracten rechten en/of plichten voor derden kunnen scheppen pogen in te delen in herkenbare categorieën en zullen bezwaren tegen en de mogelijkheden van deze ontwikkeling worden beschreven. Teneinde een goed beeld te krijgen van de wortels van de huidige doctrine met betrekking tot het leerstuk 'verbonden overeenkomsten in het handelsrecht' en de wijze waarop deze nochtans in de rechtspraak wordt toegepast zal ik deze eerst nader beschouwen.

2.0 De huidige doctrine

In het Nederlandse recht is er een duidelijk onderscheid tussen de positie van een gelaedeerde in een stukgelopen relatie uit overeenkomst en anderzijds de gelaedeerde in het geval van een gepleegde onrechtmatige daad. Dit onderscheid wordt wellicht het beste geïllustreerd door het verschil in remedies die de gelaedeerde in de twee verbintenissenrechtelijke posities heeft en die hierna nader worden uitgewerkt.

2.1 De positie van de gelaedeerde in het geval van onrechtmatige daad

¹ A.H. Lamers is verbonden aan de faculteit rechtswetenschappen van de Open Universiteit te Nederland

² Dit essay is mede gebaseerd op eerdere publicaties van de auteur.

In het geval van een onrechtmatige daad is de hoofdregel in het Nederlandse recht dat de gelaedeerde dient te worden gecompenseerd. Art. 6:103 BW luidt: *'Schadevergoeding wordt voldaan in geld. Nochtans kan de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen. Wordt niet binnen redelijke termijn aan een zodanige uitspraak voldaan, dan herkrijgt de benadeelde zijn bevoegdheid om schadevergoeding in geld te verlangen'*. Uit dit artikel volgt dat slechts in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken van de hoofdregel (dat de gelaedeerde door betaling van een geldsom dient te worden gecompenseerd).³ Daar staat tegenover dat, indien de rechter oordeelt om de schade op een andere wijze te compenseren dan door betaling van geld, het aantal manieren waarop compensatie kan plaatsvinden oneindig is. Een klassiek voorbeeld is de zaak Pos/van de Bosch uit 1967.⁴ Het feitencomplex was als volgt: Van den Bosch sloot een pachtovereenkomst met koopoptie met Brouwer. De koopoptie hield in dat Van den Bosch optie van eerste koop had ten aanzien van het land en de opstallen die hij van Brouwer had gepacht indien en zodra Brouwer en zijn twee bij hem inwonende zusters waren overleden. Als de laatste zuster overlijdt, blijkt dat zij de grond met opstallen een jaar eerder heeft geschonken en overgedragen aan haar neefje Pos die vervolgens stelt dat hij eigenaar is en geen overeenkomst met Van den Bosch heeft. Mede omdat Pos als adviseur van tante Neeltje wist dat Brouwer een koopoptie aan Van den Bosch had verleend, is de rechter van mening dat Pos een onrechtmatige daad jegens Van den Bosch heeft begaan door de schenking te accepteren. De rechter kent Van den Bosch echter geen schadevergoeding in geld toe maar gelast dat de schadevergoeding dient te bestaan in ongedaanmaking van de schenkingsovereenkomst waardoor het land met de opstallen alsnog aan Van den Bosch door middel van een koopovereenkomst kon worden overgedragen. Het voorgaande voorbeeld is aldus een uitzondering op de hoofdregel dat een schadevergoeding dient te worden voldaan in geld.

2.2 De positie van de gelaedeerde in het geval van wanprestatie

Een gelaedeerde in een stukgelopen overeenkomst⁵ heeft in het geval van een wanprestatie een keuze uit een ruim scala van remedies die hij kan inzetten tegen de wanpresterende contractspartner. Deze remedies zijn grofweg in te delen in vijf categorieën⁶:

1. Art. 3:296 BW; nakoming vorderen, eventueel versterkt met een dwangsom ex art. 611a Rv
2. Art. 6:265 BW; (al dan niet buitengerechtelijk) ontbinden
3. Art. 6:52 BW; opschorten
4. Art. 6:258 BW; overeenkomst wijzigen
5. Afd. 6.1.10 BW; schadevergoeding vorderen.

Naar mijn mening is nakoming vorderen de primaire remedie die een gelaedeerde in het geval van wanprestatie ter beschikking staat.⁷ Men sluit immers een overeenkomst met het oog op de nakoming.⁸ De gedachte dat men de wederpartij in het geval van wanprestatie door tussenkomst van de rechter tot nakoming kan dwingen is wellicht de meest directe uitwerking van de wijze waarop vanaf de middeleeuwen in de civil law traditie werd gedacht over het contractenrecht en welke is neergelegd in de uitdrukking "Pacta sunt servanda". Deze gedachte is op haar beurt mede gestoeld op het idee dat, wil men een stabiele economie/maatschappij inrichten, men moet kunnen rekenen op zijn handelspartners.⁹ Dat het recht op nakoming wordt gezien als de primaire remedie doet niet af

³ TM, PG 6, p. 362.

⁴ ECLI:NL:HR:AC4789, m.nt. GJS (Pos/Van den Bosch)

⁵ Niet zelden door wanprestatie maar niet altijd. Verderop in dit werk wordt uiteengezet dat met name een derde-gelaedeerde ook door een ander rechtsfeit dan een wanprestatie schade kan leiden.

⁶ Deze opsomming is niet uitputtend.

⁷ Deze remedies zijn nagenoeg één op één overgenomen in het Voorstel voor een verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees Kooprecht van het Europees Parlement en de raad van 11 oktober 2011 (2011/0248 (COD)) art. 106 eerste lid. Dat is vermeldenswaardig omdat het recht om nakoming te vorderen in de grote Europese wetgevingsstudies PECL en DCFR, niet vanzelfsprekend was.

⁸ J.G.J. Rinkes in *The principles of European Contract Law and Dutch Law*, D. Busch e.a. (red.), Deventer Kluwer 2002, p. 251 alsmede M.B.M. Loos in "idem", p. 347.

⁹ J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1979, p. 131.

aan het feit dat de gelaedeerde in een stukgelopen contractsrelatie nog tenminste vier andere remedies ter beschikking heeft waarvan hij er tenminste twee zonder tussenkomst van de rechter kan effectueren (ontbinden en opschorten). Dat is heel wat meer dan alleen schadevergoeding vorderen. Daar komt bij dat het handelsverkeer vergeleken met de middeleeuwen exponentieel complexer is geworden. Deze complexiteit komt tot uitdrukking in het feit dat de relaties in het handelsverkeer niet altijd meer zijn terug te brengen tot bilaterale contractsrelaties in die zin dat A zaken doet met B en daarmee de transactieketen is afgesloten. Polak spreekt van massificatie als pluraliteitstendens in het privaatrecht en bedoelt daarmee de opkomst van constellaties in en buiten rechte waarin zich aan een of beide zijden een veelheid van partijen aandient of de belangen van velen aan de orde zijn, naast het traditionele één op één scenario.¹⁰

Hierna zal worden betoogd dat een derde die geen contractspartner is maar wel nauw bij de uitvoering van een overeenkomst is betrokken, de quasi contractant genaamd, in voorkomende gevallen er meer belang bij heeft dat de overeenkomst wordt nagekomen dan bij schadevergoeding.

Uit het voorgaande blijkt dat de gelaedeerde in het geval van een stukgelopen contractsrelatie een veel ruimer arsenaal aan remedies ter beschikking staat dan de gelaedeerde in het geval van een onrechtmatige daad. Men zou zich kunnen afvragen waarom dat nochtans het geval is. Zoals uit het navolgende zal blijken geraken contractsrelaties alsmede andere verbintenisrechtelijke relaties, waarvan primair de onrechtmatige daad, als gevolg van de economische en maatschappelijke verdichting, zoals hiervoor beschreven, steeds meer verweven. Dit laatste zal nader worden uitgewerkt in de volgende hoofdstukken. Hierna zal eerst worden ingegaan op de achterliggende doctrine met betrekking tot het leerstuk partijautonomie in het contractenrecht.

2.3 Nadere beschouwing van de doctrine

Het onderscheid tussen onrechtmatige daad en wanprestatie zoals hiervoor beschreven, is gelegen in de gedachte dat de verbintenissen dienen te worden onderscheiden naar hun wijzen van ontstaan. Een vergelijkbare indeling is te vinden in het oudste ons bekende Romeinsrechtelijke werk over deze materie, de Instituten van Gaius. Daar is te lezen dat 'elke verbintenis ontstaat òf uit contractus òf uit delictum.¹¹ Daarbij dient te worden aangetekend dat het begrip contractus voor Gaius niet geheel hetzelfde is als overeenkomst in het huidige Nederlandse recht. Hetzelfde geldt voor de begrippen delictum en onrechtmatige daad.

De scheidslijn tussen contract en onrechtmatige daad is in het huidige Nederlandse recht diep geworteld in de doctrine van de civil law. Deze doctrine begint zich steeds weerbarstiger te verhouden met de praktijk. De verdichting van de samenleving eist zijn tol in het handelsrecht waardoor in de rechtspraak niet zelden omwegen moeten worden bewandeld om recht te doen in situaties welke bij strikte toepassing van de leer -inhoudende dat de remedies uit wanprestatie uitsluitend kunnen worden toegepast door 'echte' contractanten en niet door quasi-contractanten- wellicht tot ongewenste oplossingen zou leiden.

2.4 Partijautonomie

Het contractenrecht is gebaseerd op partijautonomie. Iedere persoon is vrij om te contracteren waarover, waarom, hoe en met wie hij wil. In dit uitgangspunt ligt besloten dat de contractanten in beginsel geheel zelf de inhoud en de contouren van een overeenkomst bepalen als het gaat om de verplichtingen en rechten die zij over en weer aangaan.¹² Het gaat zelfs zo ver dat in het geval partijen het na het sluiten van de overeenkomst niet eens zijn over de inhoud van de overeenkomst zal moeten

¹⁰ M.V. Polak, 'Massificatie in veelvoud' in E.J. Numann e.a. (red.), *Massificatie in het privaatrecht. Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia & Amicitia*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1.

¹¹ Gaius: Instituten 3.88.

¹² Behoudens art. 3:40 BW.

worden onderzocht wat partijen voor ogen stond.¹³ Kant schreef ‘*Nur handlungen die mit der autonomie des willens zusammen bestehen, sind erlaubt*’.¹⁴

De partijautonomie onderscheidt de rechtssfeer van een overeenkomst van andere verbintenissenrechtelijke rechtssferen tussen partijen, zoals die van de onrechtmatige daad. Indien tussen partijen een verbintenis ontstaat op grond van onrechtmatige daad, hoeft slechts te worden vastgesteld welke gevolgen het recht verbindt aan het feitelijk handelen van de partij en op basis waarvan de onrechtmatige daad jegens de andere partij is gebaseerd. Contractanten, daarentegen, hebben bewust voor een tussen hen geldende verbintenis en de gevolgen daarvan gekozen. Personen tussen wie op een andere wijze een verbintenis is ontstaan, niet.

Uit het systeem van het BW volgt echter niet dat beide regelingen, contract en onrechtmatige daad, exclusief gelden en hieruit zou kunnen worden afgeleid dat ‘vermenging’ tussen beide leerstukken niet is uitgesloten. In de jurisprudentie ontwikkelt zich een voorzichtige vermenging die hierna zal worden uitgewerkt. Deze vermenging gaat overigens verder dan alleen situaties waarin contract en onrechtmatige daad vermengd geraken. Ook treft men situaties aan waarin de twee verschillende rechtssferen vermengd geraken waarbij die beide rechtssferen uit contract zijn ontstaan.

Het is niet de bedoeling om in deze bijdrage de hele discussie over het al dan niet bestaan van en zo ja, de grenzen van, partijautonomie over te doen of zelfs om daar iets aan toe te voegen. Feit is dat de rechtspraak zich vanuit dogmatisch oogpunt steeds frequenter in bijzondere bochten moet wringen om recht te doen aan situaties waarin de strikte scheiding tussen contract en onrechtmatige daad of tussen twee verschillende contractssferen onderling een rechtvaardige oplossing in de weg staat.

Hierna zal het leerstuk doorwerking van overeenkomsten nader worden geanalyseerd aan de hand van de wijzen waarop de Nederlandse rechtspraak oplossingen heeft gezocht en gevonden voor situaties waarin de doctrine rondom onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad en de contractspraktijk onderling, zich niet optimaal verhielden.

De rechtspraak houdt er tot nu toe aan vast om de doctrine met betrekking tot de afgeschermdere rechtssfeer van het contract alsmede met betrekking tot de positie van gelaedeerden in de contractuele sfeer en anderzijds de delictuele sfeer niet los te laten. Toch zijn er scheuren waar te nemen in de muren die de rechtssferen scheiden en deze scheuren worden niet alleen langer maar ook breder. Vroeg of laat zal de positie van de derde als quasi contractant in het overeenkomstenrecht nader moeten worden geregeld. In het Franse recht¹⁵ zijn hiervoor al initiatieven genomen die overigens in deze bijdrage niet nader zullen worden besproken. Ook in het common law-stelsel is de hier voor beschreven kwestie van te strikte scheiding van meerdere overeenkomsten binnen eenzelfde contractencomplex aan de orde, Sobel-Read geeft daarbij het voorbeeld van de supply chains waarbij hele reeksen contracten elkaar feitelijk opvolgen maar waarbij nog maar nauwelijks valt vol te houden dat deze opvolgende contracten geheel los van elkaar staan.¹⁶

3.0 De systematiek van verbonden overeenkomsten

In deze paragraaf zal een nadere afbakening in twee categorieën van verbonden overeenkomsten worden gegeven. Deze afbakening is een weerslag van de wijze waarop de Nederlandse rechtspraak in de verschillende casus, die voor wat betreft de contractuele constellatie op elkaar lijken en de daarbij gekozen oplossing, beslist.

Ik zou de twee hierna uit te werken categorieën ‘zuivere’ schakeljurisprudentie zou willen noemen. De reden daarvoor is dat de rechtssfeer van tenminste één overeenkomst in een overeenkomstencomplex een of meerdere overeenkomsten in dat complex zodanig beïnvloedt dat de grenzen van die overeenkomst als het gaat om de klassieke doctrine, het relativiteitsbeginsel in het bijzonder, geweld

¹³ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981, NJ 1981/635, m.nt C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

¹⁴ E. Kant, *Kritik der praktischen Vernunft, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben van Wilhelm Weischedel 1788, Heruitgave Surkamp: Berlin 1982.

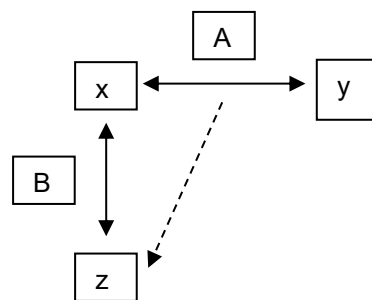
¹⁵ S. Vogenauer, The avant-project de reforme: an overview, in J. Cartwright, S. Vogenauer & S. Whittaker (eds.), *Reforming the French Law of obligations*, Oxford: Hart Publishing 2009.

¹⁶ K.B. Sobel-Read e.a., ‘Recalibrating Contractlaw: Choses in Action, Global Value Chains, and the Enforcement of Obligations Outside of Privity’, *Tulane Law Review* Vo. 93 November 2018.

wordt aangedaan. Van een dergelijk contractencomplex kan niet worden volgehouden dat de afzonderlijke overeenkomsten in het contractencomplex ook afzonderlijke rechtssferen zijn.

3.1 kernovereenkomst (variant a)

De eerste categorie is het complex van overeenkomsten waarbij er sprake is van een zogenaamde 'kernovereenkomst'. Dat is het geval als in een complex van overeenkomsten een bepaalde overeenkomst een of meerdere andere overeenkomsten in het complex dicteert in die zin dat de samenhang van het complex zich manifesteert doordat een bepaald rechtsfeit 'binnen' de kernovereenkomst (A) een onrechtmatige daad jegens een derde inhoudt.¹⁷ Deze derde is alsdan geen directe contractant binnen de kernovereenkomst maar hij contracteert wel met een van de partijen die wel contractant binnen de kernovereenkomst is en contracteert via die 'link' in het complex (B). Hierna is die situatie uitgewerkt in een schema en volgt een opsomming van de meest in het oog springende jurisprudentie in deze categorie.



- HR 3 mei 1946, NJ 1946/323 (*Staat/Degens*)
- HR 12 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC2654, NJ 1980, 117 m.nt. G.J. Scholten (*Radio Modern/Edah*)
- HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:ZC2660, NJ 1999, 98 m.nt. JBMV (*Mooijman/Netjes*)
- HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, RvdW 2004/108 (*Vleesmeesters/Alog*)
- HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, NJ 2012/59 (*Wierds/Visseren*)
- HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194 (*Joba/Tjin Hin Tjoe*)
- HR 11 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, NJ 2015/2 (*Eneco/Stichting Ronde van Nederland*)
- HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83 (*CZ/Momentum*)
- HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2014:1355, NJ 2017/364 (*Vissers c.s./Compaen*)

3.2 Flankerende overeenkomsten (variant b)

De tweede vorm van verbonden overeenkomsten is die waarbij een samenstel van twee overeenkomsten 'lotsverbonden' is in die zin dat als de ene overeenkomst (A) wordt ontbonden de andere overeenkomst (B) hetzelfde lot zal moeten treffen.¹⁸

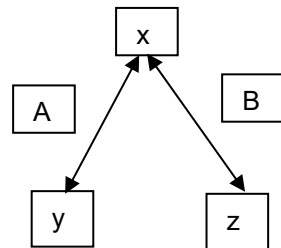
Hierna is die situatie uitgewerkt in een schema en volgt een opsomming van de meest in het oog springende jurisprudentie in deze categorie waarbij wordt opgemerkt dat de jurisprudentie niet zelden

¹⁷ Strikt genomen kan zich de situatie ook voordoen indien er maar een overeenkomst is en de verbonden derde jegens wie door een mutatie binnen de overeenkomst een onrechtmatige daad wordt gepleegd niet door middel van een tweede overeenkomst is verbonden maar slechts omdat hij op een andere wijze nauw bij de uitvoering van de overeenkomst is verbonden. Uit de besproken rechtspraak blijkt echter dat er in alle gevallen sprake was van een complex van twee of meer contracten waarbij een contract als een kernovereenkomst kan worden gezien omdat een contractant bij meerdere overeenkomsten contractspartner was.

¹⁸ Ook in het geval van flankerende overeenkomsten is het niet strikt noodzakelijk dat een contractant als 'spil' met twee andere contractanten contracteert. Er zijn situaties denkbaar waarin twee overeenkomsten met ieder twee andere contractanten toch lotsverbonden zijn.

(maar niet altijd) gevallen zijn waarbij een koopovereenkomst en een financieringsovereenkomst die koop betreffende, lotsverbonden zijn.

In een schema:



Voorbeelden van jurisprudentie in deze categorie zijn:

- HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999, 97 m.nt. JBMV (*Jans/FCN*)
- HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279, NJ 2000, 307 (*Meissner/Arenda*)
- HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8185, NJ 2003, 34 (*Lisman/St. Willibrordus*)
- HvJ EG 4 oktober 2007, ECLI:EU:C2007:575 NJ 2008, 37 m.nt. M.R. Mok (*Rampion*)
- Hof 's-Hertogenbosch 10 augustus 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN4019 (*Elfenmeer/Pluviers*)
- HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162, NJ 2012, 60 (*Agfaphoto finance/Foto Noort*)
- HR 3 februari 2012, ECLI:HR:NL:2012:BU4907, NJ 2012, 91 (*Euretco/Naeije*)
- HR 10 augustus 2014, ECLI:HR:NL:2012:BW4992, NJ 2012/486 (*Pocorni/Defam*)
- HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:41, NJ 2013/367 (*Antillenhuis*)

3.3 Nadere beschouwing van de problematiek

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

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

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

Dit artikel is, mede vanwege het feit dat het in boek drie is geplaatst, niet uitsluitend gericht op nakoming uit een overeenkomst maar ook op het vorderen van nakoming uit andere rechtsplichten zoals onder andere intellectuele eigendomsrechten en het goederenrecht én verbintenissen welke zijn ontstaan uit art. 6:162 BW.¹⁹ Art. 3:296 lid 1 BW geeft slechts een processuele bevoegdheid om een rechtsvordering in te stellen maar geen materieel vorderingsrecht. Een bepaling die het materiële vorderingsrecht zou regelen achtte de wetgever overbodig omdat hij het recht op nakoming als een

¹⁹ D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, Deventer: Kluwer 2009, p. 12.

essentieel onderdeel van een verbintenis uit overeenkomst beschouwde.²⁰ Strikt juridisch gezien is het recht op nakoming eigenlijk ook geen rechtsmiddel dat ontstaat ten gevolge van niet-nakoming. Vanaf het moment van de opeisbaarheid van de vordering kan de crediteur nakoming vorderen. Het is daarvoor niet nodig dat de debiteur in verzuim is. Een ingebrekestelling voor de vordering tot nakoming is dus geen vereiste. Men zou kunnen stellen dat het recht op nakoming in landen met een civil law traditie een essentie is van de verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst.²¹

De basis van het materiële recht op nakoming is in het Nederlandse recht echter gelegen in de gedachte dat de vordering rechtstreeks voortvloeit uit (de verbintenis uit) de overeenkomst.²² Met dat laatste is het recht op nakoming in de doctrine gekoppeld aan de verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst. In de toelichting van het ontwerp BW van Meijers wordt echter benadrukt dat het begrip 'subjectief recht' wordt vermeden omdat zulks tot een beperkt gebied van toepassing van de rechtsvordering zou lijden. In dit laatste kan, zoals hiervoor reeds is besproken, worden gelezen dat ook in het geval van een verbintenis uit onrechtmatige daad de gelaedeerde nakoming zou moeten kunnen vorderen.²³

Ondanks de verschillen die samenhangen met het systeem van het BW, kan uit de parlementaire geschiedenis van de artikelen 6:74 (wanprestatie) en 6:162 (onrechtmatige daad), niet worden afgeleid dat beide regelingen exclusiviteit is toebedacht indien een partij schade heeft geleden veroorzaakt door gedrag dat zowel als een tekortkoming in de nakoming (tussen contractspartijen) alsook als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt.²⁴ Het enkele feit dat er een speciale regeling voor niet-nakoming van verbintenissen bestaat, volstaat dus niet om exclusieve werking toe te kennen.²⁵

Er kan dus worden geconcludeerd dat vanuit het perspectief van de doctrine de rechtsfiguur 'nakoming vorderen' niet exclusief is gereserveerd voor contractanten in directe contractenrechtelijke situaties. Reeds in voorgaande publicaties²⁶ betoogde ik dat de relativiteit van contractwerking geen voorwaarde meer kan zijn voor gebondenheid aan een overeenkomst.²⁷ De relativiteit kan er mijns inziens niet meer aan in de weg staan dat een overeenkomst rechtsgevolgen heeft jegens derden en evenmin dat derden hieraan voorbij kunnen gaan. Deze relativiteit van de contractswerking rust op het beginsel van de partijautonomie dat op zijn beurt weer is geworteld in wil en vertrouwen. Het autonomiebeginsel houdt dus wilsautonomie in.²⁸ Ook Du Perron betoogde dat contracten niet alleen op autonomie, wil en vertrouwen berusten maar ook op heteronome normen zoals bijvoorbeeld de redelijkheid en de billijkheid alsmede dwingendrechtelijke regels die door het recht worden opgelegd. Dat partijen niet geheel vrij zijn om een overeenkomst naar eigen inzicht vorm te geven, tast aldus het autonomiebeginsel als grondslag voor de gebondenheid niet aan.²⁹ Dat de partijautonomie de laatste decennia meer en meer is beperkt constateert ook Castermans.³⁰ Deze auteur geeft aan dat de regels van contractenrecht er beter op dienen te zijn gericht om het uitvoeren van overeenkomsten in goede

²⁰ PG Boek 6, p. 919.

²¹ In de Common Law traditie staat schadevergoeding voorop.

²² Asser Hartkamp/Sieburgh, *De verbintenis in het algemeen*, (6-I), Deventer: Kluwer 2012, nr. 380.

²³ TM, p. 298.

²⁴ In de Common Law traditie is wanprestatie een species van de onrechtmatige daad, zie: W.J. Zwolve, *Common Law en Civil Law* (Uniken Venema's), Den Haag: Boom 2008, p. 611-612 en H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe B.W. (Titel 1 t/m5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 407.

²⁵ A.G. Castermans, 'Partijautonomie tussen contract en onrechtmatige daad', *AA* november 2012, p. 859-868.

²⁶ A.H. Lamers & A.L.H. Ernes, 'Groepscontracten als antwoord op economische verdichting van de samenleving' *WPNR* 6934, 9 juni 2012; A.H. Lamers, 'De inzet van remedies uit overeenkomst jegens derden' in A.H. Lamers & S.L.T. Schoenmaekers red., *Recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving*, Zutphen: Juridische uitgeverij Paris 2014, p. 77-87; A.H. Lamers & M.M. van Rossum, 'Contractuele vernetwerking in perspectief', *NTHR* 2015/6, p. 287-293; A.H. Lamers & M.M. van Rossum, 'Contractuele vernetwerking in nader perspectief: de Hoge Raad zet de deur verder open', *NTHR* 2017/6, p. 354-358.

²⁷ A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'Groepscontracten als antwoord op economische verdichting van de samenleving', *WPNR* 6934, 9 juni 2012, p. 451-458, A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *AA* 2012 01, p. 26-33, A.H. Lamers, *Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie*, diss. OU, Deventer: Kluwer 2011.

²⁸ M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, diss. RU, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 25.

²⁹ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-24.

³⁰ A.G. Castermans, 'Partijautonomie tussen contract en onrechtmatige daad', *AA* november 2012, p. 859-868.

banen te lijden, vooral door voorzieningen te treffen met betrekking tot onderwerpen die partijen ongeregeld hebben gelaten. Deze regels stellen burgers aldus in staat hun autonomie te verwezenlijken en tegelijkertijd begrenzen zij de partijautonomie.

4.0 De bezwaren

Nochtans levert het analyseren van de wijze waarop de privaatrechtsdogmatiek zich in de praktijk soms klem zet als het gevolg van het feit dat de economie complexer wordt ook weerstand op.³¹ Zo betoogt Rinkes dat pluraliteit van wilsbinding de kern lijkt te zijn van het niet zelden verwarrende beeld dat in de rechtspraak en de literatuur wordt geschetst van meerpartijencontracten, groepscontracten en verbonden rechtsverhoudingen. Hij verwijst daarbij naar het arrest Jans/FCN waarin de Hoge Raad bevestigde dat twee overeenkomsten op zodanige wijze met elkaar zijn verbonden dat met vernietiging van de ene overeenkomst ook de andere dient te worden vernietigd (groep 1). Vervolgens merkt deze auteur op dat de verbondenheid van een overeenkomst tussen A en B in een omgeving waarbinnen meerdere belangen van ook andere partijen betrokken zijn, dit kennelijk leidt tot verwarring bij het rechtsdenken in die zin dat in de contractsbinding zelf een pluraliteit van wilsbinding kan worden herkend die inhoudt dat partijen niet enkel belangen van betrokken derden dienen te ontzien maar evenzeer dat partijen zich bewust dienen te zijn van die belangen bij de realisering van de doelstellingen (causa) van het contract. De causa-eis ziet echter enkel op de individuele wilsbinding van de partijen bij de overeenkomst in de context van (betrokken) derden. De causa-eis kan daarmee niet worden gebruikt als onderbouwing van het feit dat eventuele belangen van derden rechtens relevant zijn bij het realiseren van hetgeen partijen beogen bij het aangaan van hun contractuele binding. Bovendien betoogt Rinkes dat contracteren noodzakelijk is om te functioneren in de maatschappij en dat daarbij te allen tijde meerdere partijen zijn betrokken aangezien de ruileconomie in zuivere vorm (voor zover deze ooit heeft bestaan) nimmer heeft gefunctioneerd.³²

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

In het vroege Romeinse recht werd het begrip *contractus* beduidend ruimer uitgelegd dan de bron van een verbintenis die twee partijen exclusief bindt en uitsluitend rechtsgevolgen voor partijen in het leven roept. Reeds in de vroege keizertijd³³ ontwierp Gaius in zijn *Institutiones* een systematische indeling van de ontstaansgronden van verbintenissen. Hij kwam daarbij tot een tweedeling van verbintenissen uit *delict*³⁴ en verbintenissen uit *contract*. Daarbij heeft het contract in de gedachten van de Klassieke Romeinse juristen een ruimer toepassingsveld gehad. Indien dit anders zou zijn, zouden er immers te veel rechtsverhoudingen buiten het kader van de systematische indeling vallen. Het klassieke contractsbegrip heeft dus een ruimer gebied van rechtsverhoudingen bestreken. Zo vielen onder het contract ook de contract-achtigen zoals zaakwaarneming en onverschuldigde

³¹ I. Samoy en S. Van Loock, 'De rol van de leidende partij in het kader van een meerpartijenovereenkomst: zoektocht naar de gepaste juridische kwalificatie'. Tijdschrift voor Privaatrecht 2012, afl. 3, 1109-1138, R. de Wijk, "5 over 12, hoe Nederland toch sterker uit de crisis kan komen", Amsterdam: Amsterdam University Press 2012, p. 107 e.v., A.L.H. Ernes, *Und die Moral von der Geschicht...*, oratie, Heerlen: Open Universiteit 2011, p. 18-20, D. Jacobs, *The Cultural side of innovation: Adding Values*, New York : Routledge 2014, p 119-121.

³² J.G.J. Rinkes, 'Bij pluraliteit van wilsbinding dienen we niet toe te komen aan de groep als uitgangspunt', in: A.H. Lamers & S.L.T. Schoenmaekers, red., *Recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving*, Zutphen, Uitgeverij Paris 2014, p. 65-76.

³³ Ongeveer 160 AC.

³⁴ Vrij vertaald: onrechtmatige daad.

betaling. Deze rechtsverhoudingen berustten bepaald niet op wilsovereenstemming maar werden destijds wel tot de contracten gerekend.³⁵

Nieuwenhuis geeft een ander argument om te bepleiten dat de gevolgen van een contract niet altijd beperkt kunnen blijven tot de sfeer van de contracterenden zelf. Hij stelt dat voor een geldige overeenkomst toestemming is vereist. Hierdoor wordt voorkomen dat een contractant tegen zijn wil wordt gebonden aan een ander. Deze auteur stelt vervolgens dat dit slechts een uitgangspunt kan zijn omdat de omstandigheid dat de ene contractant de gebondenheid niet werkelijk wilde soms moet wijken voor het gerechtvaardigde vertrouwen van de andere partij.³⁶ In die zin wordt de autonomie van partijen begrensd door het vertrouwensbeginsel.³⁷

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

5.0 Conclusie

Het is evident dat het loslaten van de doctrine met betrekking tot de beslotenheid van de overeenkomst niet zonder gevaar is, aangezien personen worden betrokken bij een overeenkomst die ten aanzien van die overeenkomst niet de nadrukkelijke wil hebben geuit om deel te willen uitmaken van de rechtssfeer ervan. Indien twee of meer contracten voldoende juridische connexiteit hebben zou het naar mijn mening mogelijk moeten zijn dat een derde-gelaedeerde als 'indirecte contractant of quasi-contractant' in gevallen waarin er voldoende connexiteit tussen twee overeenkomsten is, de remedies uit overeenkomst inzet jegens een contractant met wie deze indirecte contractant niet zelf door middel van de directe overeenkomst is verbonden. Deze (voldoende) connexiteit zou kunnen voortvloeien uit de volgende omstandigheden waarbij uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat deze opsomming niet uitputtend is en zowel een zwaarwegende enkele omstandigheid alsmede een combinatie van meerdere omstandigheden aanleiding kunnen zijn tot het vaststellen van voldoende connexiteit:

- de ene overeenkomst staat ten dienste van de andere overeenkomst;
- de ene faciliteert de andere overeenkomst;
- de ene overeenkomst ligt ten grondslag aan de andere overeenkomst;
- alle overeenkomsten binnen het contractencomplex zijn gesloten tussen dezelfde partijen.

De reciprociteit die aan de basis van een contract ligt reikt in het geval meerdere overeenkomsten zijn geschakeld naar mijn mening verder dan de huidige dogmatische grenzen van een overeenkomst als het gaat om de vraag wie onder de invloedssfeer van de overeenkomst valt.

³⁵ Zie over deze zogenaamde quasi-contracten: J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 162, 165 en 182, M. Kaser, *Romeins privaatrecht*, (vert. F.B.J. Wubbe, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971, p. 188 alsmede R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands Privaatrecht*, Leiden: Universitaire pers 1980, p. 223-224.

³⁶ Art. 3:86 BW.

³⁷ J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1979, p. 66.