

HET AANVAARDE DERDENBEDING: TWEE- OF DRIEPARTIJENOVEREENKOMST?

Mr M.S. Bijleveld

In de onderstaande beschouwing wordt de grondslag van de positie van de derde bij het derdenbeding zowel naar huidig als naar komend recht besproken. Gezien wordt dat naar beide stelsels de theorie ter verklaring van de positie van de derde dezelfde is, terwijl de gevolgen van aanvaarding door de derde, te weten naar komend recht een driepartijenovereenkomst in plaats van, volgens de leer van het huidige recht, een tweepartijenovereenkomst, wel verschillend kunnen zijn. Dit verschil wordt nader bekeken en tevens wordt gezocht naar de beargumentering ervan. Ook de praktische gevolgen voor de betrokken partijen ten aanzien van het hier aangeduide zullen in deze beschouwing aan de orde komen.

1. Inleiding

Door de jaren heen is er door reeds vele juristen aandacht besteed aan de problematiek rond de rechtspositie van de derde bij het derdenbeding. Daarbij hebben meestal de vragen centraal gestaan hoe en wanneer de derde zijn recht verkrijgt en wat zijn positie is in de periode die ligt tussen het aangaan van de overeenkomst stipulator-promissor en zijn aanvaarding. Diverse theorieën waarmee getracht wordt de antwoorden op deze vragen te geven hebben in de loop der jaren het licht mogen aanschouwen. Het is niet de opzet van deze beschouwing elk van hun uitvoerig te bespreken. Zij zullen slechts kort worden weergegeven en wel voorzover zij van belang zijn voor het vinden van het antwoord op de hier centraal staande vraag: is het aanvaarde derdenbeding een twee- of driepartijenovereenkomst en via welke redenering komt men tot het antwoord op deze vraag?

Zowel huidig als komend recht zullen in deze beschouwing centraal staan. Dit omdat, zoals hieronder zal blijken, in het huidige recht de opvatting overheerst dat het derdenbeding een tweepartijenovereenkomst is, terwijl het NBW kiest (zij het als regelend recht) voor de driepartijenovereenkomst. Wat vandaag nog A is kan dus morgen B

zijn, tenzij partijen anders overeenkomen, en dan is het weer A.

Om dit verschil aan de orde te stellen zullen concreet gesteld de volgende vragen besproken worden.

1. Wat is momenteel de heersende leer aangaande het hier aan de orde gestelde?
2. In hoeverre wijkt het komende recht hiervan af?
3. Wat zullen de gevolgen zijn van deze afwijkingen?
4. Welke regeling verdient de voorkeur?

2. Huidig recht

Een van de beginselen van ons contractenrecht is het autonomiebeginsel of te wel het recht op zelfbeschikking: de uitoefening van bevoegdheden en het aanknopen van rechtsbetrekkingen wordt overgelaten aan het initiatief en de vrije keuze van de daarbij betrokkenen.¹⁾ Niet alleen kan men een ander buiten diens wil door middel van een overeenkomst geen verplichtingen opleggen, maar ook 'zou het in strijd zijn met de waardigheid van de mens indien hem door een ander naar willekeur rechten kunnen worden opgedrongen'.²⁾ Dit beginsel vindt men terug in art. 1351 BW. Het derdenbeding vormt een uitzondering op dit beginsel: als gevolg van de overeenkomst stipulator-promissor, waarbij laatstgenoemde zich verbindt jegens eerstgenoemde tot een prestatie jegens een derde, ontstaat voor deze derde een recht waartoe hij zelf zijn wil niet heeft geuit. Dit recht heeft echter geen werking zolang het niet door de derde is aanvaard, hetgeen de toelaatbaarheid van deze uitzondering op het hierboven bedoelde beginsel verklaart.³⁾

Zoals onder 1. reeds is gezegd zijn er in de loop der tijden vele theorieën ontstaan aangaande de rechtspositie van de derde bij het derdenbeding (wanneer en hoe ontstaat het recht van de derde en wat is zijn positie voor zijn aanvaarding). Van Ginneken⁴⁾ vat ze als volgt samen:

"de theorie der rechtbevestigende verklaring, de theorie der rechtsverkrijgende verklaring, de verschillende aanbodtheorieën en de verschillende vertegenwoordigingstheorieën. Naar een ander criterium kan men de derdenbedingtheorieën onderscheiden in sui-generis-theorieën, waartoe de beide eerstgenoemde categorieën behoren en theorieën die het derdenbeding herleiden tot enig reeds bestaand instituut, waartoe de beide laatstgenoemde categorieën behoren."

Rutten⁵⁾ bespreekt de diverse theorieën uitvoerig en vermeldt daarbij tevens hun voorstanders en de erover verschenen literatuur. Daarvoor verwijs ik bij deze naar hem. Ik wil hier volstaan met een zeer korte beschrijving van de door Van Ginneken genoemde hoofdcategorieën.

Volgens de theorie van de rechtbevestigende verklaring ontstaat het recht van de derde jegens de belover terstond bij het sluiten van de overeenkomst tussen stipulator en promissor; de aanvaarding door de derde heeft slechts deze betekenis dat daardoor het recht van de stipulator om te herroepen teniet gaat.

De theorie van de rechtverkrijgende verklaring beschouwt de aanvaarding van de derde als een essentiële voorwaarde voor de rechtsverkrijging door de derde. Voor zijn aanvaarding heeft de derde volgens deze theorie nog geen enkel recht, doch slechts een verwachting.

De theorie van het aanbod komt in verschillende vormen voor. Kern der varianten is steeds dat het recht van de derde ontstaat door zijn aanvaarding van een aan hem, hetzij door de stipulator, hetzij door de promissor, gedaan aanbod.

De voor deze beschouwing interessante variant op de aanbodtheorie is die van Suyling⁶⁾: tengevolge van een door de promissor gedaan en door de derde aanvaard aanbod treedt de derde toe tot de tussen de stipulator en de promissor reeds bestaande overeenkomst⁷⁾: er is dan een driepartijenovereenkomst ontstaan (bij de andere varianten op deze theorie komt er steeds een nieuwe tweepartijenovereenkomst tot stand nl. tussen de derde en de promissor).

Karakteristiek bij de vertegenwoordigingstheorieën is dat de stipulator optreedt als onbevoegd vertegenwoordiger van de derde en dat het recht van de derde ontstaat op het moment dat deze de handeling van de stipulator bekrachtigt.

Wat kan men nu zeggen is onder het huidige recht de heersende leer? Zeker is dat de Hoge Raad in zijn arrest van 13 februari 1924 (W 11211 m.n. SB, NJ 1924, p. 711) de theorie der rechtbevestigende verklaring heeft verworpen (de Hoge Raad zegt daarin nl. expliciet dat het recht van de derde eerst door de aanvaarding wordt geboren).

Verdere definitieve conclusies kunnen uit de jurisprudentie nau-

welijks worden getrokken. Rutten⁸⁾ staat de theorie der rechtverklaring voor zij het met dit verschil dat de derde voor zijn aanvaarding niet slechts een verwachting heeft edoch een (wils)-recht.

Andere schrijvers echter hebben in het arrest van de Hoge Raad van 13 februari 1924 de aanbod-theorie gelezen⁹⁾, terwijl Schoordijk¹⁰⁾ daarin zijn uit 1958 stammende vertegenwoordigingstheorie, die hij overigens ook nu nog steeds verdedigt¹¹⁾, bevestigd zag.

Met andere woorden, het is in het huidige recht erg moeilijk met zekerheid te zeggen wat de heersende leer aangaande het aanvaarde derdenbeding is. Wel duidelijk is dat alleen volgens de aanbodtheorie van Suyling het aanvaarde derdenbeding een driepartijenovereenkomst is. *Alvorens naar het komende recht over te stappen, wil ik deze aanbod-theorie nog eens nader onderzoeken.*

3. De aanbod-theorie van Suyling

Waarom het aanvaarde derdenbeding volgens Suyling een driepartijenovereenkomst is beredeneert hij, zoals hierboven al is aangegeven, als volgt:

De tussen de stipulator en de promissor gesloten overeenkomst bevat een door de stipulator bedongen aanbod van de promissor aan de derde. Door de aanvaarding van de derde van dit aanbod treedt hij toe tot de overeenkomst die daarvoor nog slechts verbintenissen tussen de stipulator en de promissor in het leven had geroepen.

Deze theorie is door diverse schrijvers afgewezen. Een van de argumenten daarbij is dat deze theorie aan art. 1353 BW alle betekenis ontnemt¹²⁾: hetgeen Suyling beschrijft is een 'gewone' driepartijenovereenkomst terwijl het derdenbeding juist gekenmerkt wordt door het gegeven dat het beding slechts een onderdeel van de overeenkomst tussen de stipulator en de promissor is, waaruit volgt dat deze laatste tegenover de eerste de verplichting op zich neemt aan de derde een prestatie te verrichten en dit laatste dus niet omdat de derde en de promissor ooit de bedoeling hebben gehad een overeenkomst met elkaar aan te gaan.¹³⁾

Aan dit argument ligt echter reeds de stelling ten grondslag dat het derdenbeding en een 'gewone' driepartijenovereenkomst twee verschillende rechtsfiguren zijn, hetgeen Suyling juist ontkent. Hij ontzegt aan art. 1353 ('een ijdelen regel') enige betekenis door te

stellen dat het verschil tussen het derdenbeding en het driepartijencontract slechts is dat het eerste in twee tempo's wordt gesloten.¹⁴⁾

Ik zou er weinig¹⁵⁾ op tegen hebben het derdenbeding te zien als een 'gewone' overeenkomst waarbij echter de in dit geval door de promissor te leveren prestatie wordt opgesplitst, waardoor hij niet één edoch twee crediteuren heeft, te weten de stipulator en de derde. Het bijzondere van art. 1353 ligt dan nog in de uitzondering die het maakt op art. 1351 (zie hierboven onder 2.).

De stelling dat de promissor nooit de bedoeling heeft gehad een overeenkomst met de derde aan te gaan is het argument om te verwerpen dat er door de promissor überhaupt een aanbod wordt gedaan (Er komt volgens die opvatting dus geen enkele overeenkomst tot stand met de derde, noch een driepartijen- noch een tweepartijenovereenkomst). Dit kan echter ook anders gezien worden. Partijen willen dat er voor de derde een recht ontstaat. Waarom zou dat niet kunnen door middel van de aanvaarding van een aanbod? Zeker zal aanvankelijk de promissor nooit de bedoeling hebben gehad een overeenkomst met de derde aan te gaan. Maar waarom zou dat nog altijd zo zijn nadat hij met de stipulator is overeengekomen dat (een deel van) de door hem te leveren prestatie jegens deze derde verschuldigd zal zijn? Ik zie daarin geen argument het ontstaan van het recht van de derde niet te verklaren uit een door de promissor aan de derde gedaan aanbod dat door de laatste is aanvaard.

Resteert echter nog dat wel de vraag wat het gevolg is van de aanvaarding door de derde van het aanbod, een twee- of een driepartijenovereenkomst. Gerbrandy¹⁶⁾ acht het niet onlogisch en onredelijk om de derde in bepaalde opzichten na zijn aanvaarding als partij te beschouwen. In bepaalde opzichten, omdat, aldus Gerbrandy, het niet terecht zou zijn om aan de derde alle rechten die uit het partij-zijn voortvloeien toe te kennen. Dit omdat de overeenkomst ten opzichte van de derde niet wederkerig is.¹⁷⁾ Gerbrandy legt echter geen juridische constructie aan zijn opvatting ten grondslag.

Zwitser¹⁸⁾, die zelf een variant op de aanbod-theorie aanhangt waarbij er na de aanvaarding door de derde een nieuwe overeenkomst tussen deze derde en de promissor tot stand komt, voert tegen het ontstaan van een driepartijenovereenkomst het volgende aan:¹⁹⁾

"Tegen deze visie geldt,, het bezwaar dat er geen rechtsband tussen bedinger en derde inherent is aan het derdenbeding. Noch behoeft er wilsovereenstemming te bestaan tussen bedinger en derde, noch ook kunnen gebreken in een eventueel wél be-

staande relatie tussen bedinger en derde repercussies hebben voor de overeenkomst tussen bedinger en belover en op de rechtsverhouding tussen belover en derde. Bovendien is het onpraktisch om, zoals het NBW wil, derde en bedinger samen een actie uit wanprestatie te laten instellen, waar wanprestatie van de belover de bedinger veelal in het geheel niet raakt en de bedinger onvindbaar kan zijn."

De eerste twee bezwaren zijn mijns inziens ongegrond wanneer men in ogenschouw neemt dat de derde door zijn aanvaarding, toetreedt tot de tussen de stipulator en de promissor reeds bestaande overeenkomst. In deze reeds bestaande overeenkomst ligt naar mijn mening de toestemming tot toetreding reeds besloten.

Ook het bezwaar dat gebreken in een wel (reeds!) bestaande relatie tussen bedinger en derde geen repercussies kunnen hebben op het geheel kan ik niet onderschrijven. Ook in de opvatting dat het aanvaarde derdenbeding een driepartijenovereenkomst is, is het zo dat de eventueel bestaande relatie tussen de stipulator en de derde er misschien wel de oorzaak van geweest is dat men het derdenbeding is aangegaan, maar het maakt er op zich geen deel van uit.

Het laatste bezwaar van Zwitser dat wijst op een eventueel onpraktisch gevolg wil ik nu even laten voor wat het is.

Ook Kortmann²⁰⁾ wijst bij het derdenbeding op de vage grens die kan lopen tussen een twee- en een driepartijenovereenkomst:

"De verwantschap met bepaalde vormen van vertegenwoordiging,, is onmiskenbaar, terwijl men ook aansluiting kan zoeken bij het driepartijencontract."

Ook hij komt echter niet tot een juridische constructie van het laatste, maar houdt het bij een verwijzing naar het NBW.

Laat ik nu ook overstappen naar het komende recht. Zoals ik in mijn inleiding reeds even aangaf, kiest het NBW voor de driepartijenovereenkomst. Laten we eens kijken hoe het een en ander daar wordt beargumenteerd.

4. Komend recht

Het derdenbeding wordt in het NBW geregeld in de artt. 6.5.3.5-7. Van deze artikelen kunnen partijen ingevolge art. 6.5.3.2a afwijken, behoudens van art. 6.5.3.5 lid 1 (de derde verkrijgt het recht steeds eerst door en op het moment van zijn aanvaarding). Hieruit volgt dat partijen ook ten aanzien van art. 6.5.3.5a lid 2 (nadat de derde het

beding heeft aanvaard, geldt hij als partij bij de overeenkomst) een afwijkende regeling kunnen treffen.

Ten aanzien van het vereiste van aanvaarding door de derde stelde de commissie in het Voorlopig Verslag de volgende vraag aan de orde.²¹⁾ Is om te kunnen aanvaarden vereist dat de derde door middel van een aanbod van de kant van partijen bij de overeenkomst kennis heeft genomen van het ten zijne behoefte gemaakte beding, of is dit ook mogelijk wanneer de derde door een andere, wellicht toevallige, oorzaak van het beding op de hoogte is geraakt?

Een aantal leden van deze commissie wees daarbij in dit verband op het feit dat, evenals dat het geval is bij een overeenkomst tussen twee partijen of bij een andere overeenkomst tussen drie partijen dan het derdenbeding, de contractuele verhouding tot stand moet komen door een aanbod en aanvaarding daarvan.

"Men kan het beding zelf als het aanbod beschouwen, maar dan moet het wel als zodanig, in een tot de derde gerichte verklaring, deze hebben bereikt (art. 3.2.4. lid 3)."(22)

In de Memorie van Antwoord wordt hierop gesteld dat de mogelijkheid tot aanvaarding van de derde niet afhankelijk is van de vraag of hem daartoe een aanbod is gedaan. Deze eis zou een soepele hantering van de figuur van het derdenbeding in gevaar kunnen brengen, bijvoorbeeld in gevallen dat het nog niet duidelijk is door welke derde het aanvaardt zal kunnen worden, aldus de Memorie van Antwoord.

Ik kan het met deze zienswijze niet eens zijn. Welk aanbod dan ook kan niet aanvaard worden wanneer nog niet bekend is tot wie het is gericht. Het kan de derde dan ook nog niet bereiken. Maar op het moment waarop partijen het erover eens zijn of dat vast is komen te staan welke derde(n) het betreft, dan kan mijns inziens deze derde het tot hem gerichte aanbod accepteren, ongeacht de vraag hoe het aanbod hem heeft bereikt. Wanneer ik appels te koop aanbied is het toch niet relevant of de koper deze appels in mijn winkel heeft zien liggen, mijn advertentie daaromtrent heeft gelezen of van zijn buurvrouw heeft gehoord dat ik appels te koop aanbied?²³⁾

Hartkamp²⁴⁾ trekt uit de Parl. Gesch. de conclusie dat de theorie van het aanbod hierdoor wordt verworpen en dat de theorie van de rechtverkrijgende verklaring wordt aanvaard (zij het dan in de variant van

Rutten, zie hierboven onder 2., omdat de derde vóór' zijn aanvaarding niet slechts een uitzondering heeft edoch een wilsrecht).²⁵⁾

De conclusie kan dus luiden dat naar komend recht bij het derdenbeding de derde tot de overeenkomst tussen de stipulator en de promisor kan treden, zonder daartoe een aanbod te hoeven aanvaarden.²⁶⁾

Een onbevredigend en naar mijn idee ook onnodig resultaat. De uiteindelijke rechtspositie die de derde verkrijgt wordt daarmee ook losgekoppeld van de theorie die aan het ontstaan ervan ten grondslag ligt, terwijl juist verwacht kan worden dat het eerste door het laatste wordt verklaard.

Als gevolg hiervan doet de vraag zich voor of het 'geldt hij als partij bij de overeenkomst' van art. 6.5.3.5a soms niet gelezen moet worden dat de derde tot de overeenkomst toetreedt, maar dat hij slechts qua rechten gelijk gesteld wordt met een partij, dus meer "als ware hij partij". Dit zou dan kunnen verklaren waarom aanvaarding van een aanbod niet noodzakelijk is.

Dit is echte niet het geval. In de Parl. Gesch.²⁷⁾ wordt bijvoorbeeld gesproken van een vergelijk met de gewone driepartijenovereenkomst "waarbij echter de derde partij (wellicht wegens tijdelijke afwezigheid) als laatste haar toestemming geeft". En verder dat art. 6.5.3.5a lid 1 niet alleen tot gevolg heeft dat op het aanvaarde derdenbeding de speciale bepalingen aangaande meerpartijenovereenkomsten van toepassing zijn (vgl. artt. 6.5.1.1 lid 2 en 6.5.4.22), maar dat de erkenning van de derde als partij ook op andere punten gevolgen heeft. "Zo zal de derde ook als partij moeten worden beschouwd bij de toepassing van de artikelen 6.5.3.11 en 6.5.3.12 op kettingbeding."²⁸⁾

De derde krijgt dus na zijn aanvaarding volledige rechten. Het lijkt me dan ook gezien dit feit niet zinvol een onderscheid te maken tussen 'partij-bij' en 'als ware hij partij'. Daarbij, in het laatste geval zou er ook niet echt sprake zijn van een driepartijenovereenkomst.

5. Het waarom van art. 6.5.3.5a

In de Parl. Gesch.²⁹⁾ worden twee redenen genoemd waarom het aanvaarde derdenbeding onder komend recht een driepartijenovereenkomst is.

1. In het huidige recht is het onwenselijk dat de derde in geval

jegens hun wanprestatie wordt gepleegd ontbinding van de overeenkomst zou kunnen vragen, hetgeen het gevolg zou zijn van het 'partij-zijn-bij'. Dit argument vervalt onder het komend recht, gezien de speciale regeling die het NBW voor de ontbinding van meerpartijenovereenkomsten geeft (zie art. 6.5.4.22).

2. Het is welbeschouwd een illusie dat men de overeenkomsten met derdenbeding als een eenvoudige tweepartijenovereenkomst zou kunnen behandelen. "Immers, ook aan de stipulator kan men het ontbindingsrecht niet toekennen zonder beperkingen die de positie van de derde - wiens recht door de ontbinding zou vervallen - versterken."

Art. 6.5.3.5a is zoals gezegd regelend recht: partijen kunnen anders overeenkomen. Vanuit dit gegeven moet mijns inziens ook lid 2 van dit artikel gelezen worden. Dit lid bepaalt dat de derde, indien dit met de strekking van het beding in overeenstemming is, daaraan ook rechten kan ontlene over de periode voor de aanvaarding. Zou artikel 6.5.3.5a een dwingend rechtelijke bepaling zijn dan zou lid 2 naar mijn mening een overbodige bepaling zijn. Wanneer de derde tot de overeenkomst tussen de stipulator en de promissor toetreedt, worden de rechten die hij daardoor verkrijgt immers steeds bepaald door de inhoud van de overeenkomst.

Op dit punt gekomen, wilde ik nu overgaan tot het bespreken van de volgende vraag. Wat is nu eigenlijk uiteindelijk voor de betrokken partijen het concrete verschil in gevolgen tussen het aanvaarde derdenbeding als twee- of het aanvaarde derdenbeding als driepartijenovereenkomst.

Dit is mede hierom interessant nu onder het komende recht beiden mogelijk zijn. Partijen moeten dan ook weten waartussen ze te zijner tijd gaan kiezen.

6. Het verschil in resultaat

Wanneer partijen niet anders regelen, treedt de derde in het komende recht toe tot de reeds tussen de stipulator en de promissor bestaande overeenkomst. Op dat moment is er dan een meerpartijenovereenkomst ontstaan, waarvoor de artt. 6.5.1.1 lid 1³⁰⁾ en 6.5.4.22³¹⁾ van belang zijn. Wanneer partijen echter art. 6.5.3.5a uitsluiten, blijft

eerstgenoemd gevolg uit en zijn de hier aangegeven artikelen dus niet van toepassing.

Wat zijn nu de precieze gevolgen van dit verschil voor de vraag welke rechten en bevoegdheden de driepartijen kunnen doen gelden wanneer één van hen niet aan zijn verplichtingen voldoet.

Nemen we het geval dat er sprake is van een tekortkoming aan de kant van de promissor. Aan wie komt in dat geval het recht op ontbinding toe? Wanneer er sprake is van een driepartijenovereenkomst volgt het antwoord uit art. 6.5.4.22 lid 3: de stipulator en de derde kunnen in ieder geval gezamenlijk tot ontbinding overgaan. "In ieder geval" duidt erop dat hiervan niet steeds sprake hoeft te zijn. Ik denk bijvoorbeeld aan het geval dat partijen anders zijn overeengekomen: de rechten van de derde vloeien tenslotte steeds voort uit de inhoud der overeenkomst.³²⁾

Tevens lijkt het mij dat elk der partijen zelfstandig kan ontbinden in de volgende gevallen:

1. de stipulator: wanneer en voorzover het belang van de derde zich daartegen niet verzet³³⁾
2. de derde: wanneer het betreft een beding met daaraan verbonden een last: de derde is dan een symetrische partij in de zin van art. 6.5.4.22 lid 2.

Hartkamp³⁴⁾ merkt in verband met het tweede geval op dat het hier echter steeds slechts een gedeeltelijke ontbinding zal kunnen betreffen: de derde kan zich wel door ontbinding van zijn verbintenis bevrijden, maar kan daarmee niet de rechtsverhouding tussen de stipulator en de promissor beëindigen. Hij stelt dat dit voortvloeit uit de aard van de overeenkomst (zie art. 6.5.4.22 lid 2). Ikzelf baseer dit eerder op de ratio van een gezamenlijke ontbinding die aan art. 6.5.4.22 lid 2 en 3 ten grondslag ligt nl. dat geen der partijen de ander in zijn belang kan schaden zonder dat deze ten aanzien van de gevolgen daarvan zijn wil heeft geuit.

Kijken we dan nu naar het derdenbeding als tweepartijenovereenkomst. Wat zijn dan de bevoegdheden der partijen wat betreft de hierboven behandelde problematiek?

Wanneer men uitgaat van de theorie der rechtverkriggende verklaring (zie hierboven onder 2.) blijft de derde steeds 'derde' bij de overeenkomst, hetgeen tot gevolg heeft dat hij in ieder geval nooit de bevoegdheid heeft wegens wanprestatie ontbinding te vragen.³⁵⁾

Of de stipulator bij wanprestatie van de promissor jegens de derde ontbinding van de overeenkomst kan vorderen is, wanneer partijen daaromtrent niets hebben afgesproken, in het huidige recht nog steeds een omstreden vraag.³⁶⁾

De vraag dringt zich op hoe onder het komende recht hierover geoordeeld moet worden wanneer partijen toetreding van de derde hebben uitgesloten. In het antwoord op deze vraag ligt, wat betreft het ontbindingsrecht, namelijk tevens het antwoord besloten op de hier aan de orde zijnde vraag: wat is het verschil in gevolg wanneer partijen art. 6.5.3.5a lid 1 uitsluiten?

Ik denk dat het verschil met het huidige recht wat dit betreft het volgende is. Wanneer partijen van art. 6.5.3.5a afwijken, dan sluiten zij daarmee ook uitdrukkelijk de toepasselijkheid van art. 6.5.4.22 uit. De stipulator kan dan niet slechts tezamen met de derde tot ontbinding overgaan, maar kan dat dan ook alleen, hetgeen de derde van tevoren wist en met de aanvaarding van zijn recht geaccepteerd heeft.³⁷⁾

Verlaten we nu het terrein der ontbinding en kijken we naar een ander verschil dat uitsluiting van art. 6.5.3.5a wellicht met zich mee kan brengen. Ik wil hiertoe een citaat uit Asser-Rutten (38) tegenover een citaat uit Asser-Rutten-Hartkamp (39) zetten. Rutten:

"Anders dan volgens de regeling van het Nieuw BW (art. 6.5.3.5a), worden naar geldend recht door het derdenbeding tussen de derde en de stipulator geen verbintenissen in het leven geroepen."

Hartkamp:

"Tengevolge van de aanvaarding door de derde ontstaat een drie-partijen-overeenkomst, maar hierdoor worden tussen de derde en de stipulator geen verbintenissen in het leven geroepen."

Zou Hartkamp gelijk hebben, dan zou uitsluiting van art. 6.5.3.5a voor het in deze citaten aan de orde gestelde geen verschil maken. Ik vraag het mij echter af.

Stel het volgende geval. Als gevolg van een niet-presteren aan de kant van de stipulator mag de promissor de aan de derde te leveren prestatie opschorten. Stel nu dat deze opschorting de promissor erg goed uitkomt, waardoor laatstgenoemde niet de behoefte heeft de stipulator tot nakoming aan te sporen. Wat zijn dan de mogelijkheden

van de derde? In de opvatting van Hartkamp zal de derde waarschijnlijk⁴⁰⁾ steeds aangewezen zijn op de promissor (het niet-aanspreken van de stipulator door deze zou ten opzichte van de derde onredelijk zijn) of wellicht op de stipulator, via een actie uit onrechtmatige daad.

Gaat men er echter van uit dat door toetreding van de derde er wel verbintenissen tussen de derde en de stipulator ontstaan, nl. die ex art. 6.5.3.1 lid 1 (een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien) dan zou de derde een rechtstreekse actie ten opzichte van de stipulator op grond van de overeenkomst kunnen instellen.⁴¹⁾ Ik zelf ben een voorstander van deze laatste opvatting. Deze benadrukt mijns inziens de onderling samenhang tussen de driepartijen, een gevolg dat partijen, indien niet gewenst, steeds kunnen uitsluiten.

7. Conclusie

Het derdenbeding is een overeenkomst waarbij de stipulator en de promissor een eigen recht creëren voor een derde, waartoe de promissor een aanbod doet. Afhankelijk van partijbedoelingen ontstaat er na de aanvaarding door de derde een tweepartijen (promissor-derde)- of een driepartijen (stipulator-promissor-derde) overeenkomst.

Zo kan naar mijn mening het derdenbeding, zowel naar huidig als naar komend recht, worden gezien. Wanneer er een driepartijenovereenkomst ontstaat, houdt dit waarschijnlijk (afhankelijk van de inhoud der overeenkomst) in dat de rechten van de derde omvangrijker zijn (zie onder 6.). Nu dit zeker niet altijd gewenst⁴²⁾ zal zijn, is het verklaarbaar dat veelal onder het huidige recht, waarin een speciale regeling wat betreft de speciale gevolgen van een meerpartijenovereenkomst ontbreekt, partijen meestal een tweepartijenovereenkomst bedoelen te laten ontstaan.

Naar komend recht kunnen partijen de door de derde te verkrijgen rechten op twee manieren beïnvloeden. Ten eerste door middel van uitsluiting van art. 6.5.3.5a en ten tweede door middel van de verdere inhoud der overeenkomst.

Het is begrijpelijk dat het NBW niet gekozen heeft voor een dwingend rechtelijke bepaling als die van art. 6.5.3.5a, met de mogelijkheid de gevolgen van een driepartijenovereenkomst zelf te regelen. Ten eerste niet omdat partijen zelf moeten kunnen uitmaken of zij een derde als partij erbij willen en ten tweede omdat dit minder goed zou aansluiten bij de opzet van de algemene regeling aangaande meerpartijenovereenkomsten (vgl. art. 6.5.1.1 lid 2).

De bedoeling van partijen staat in deze regeling in het NBW dus centraal. Dit regelende recht dwingt partijen ook van te voren te beslissen over de door de derde te verkrijgen rechten. Laatstgenoemde weet dan wat hem te wachten staat en kan dat ook beïnvloeden door middel van zijn wel of niet aanvaarden. Regelen partijen van te voren niets, dan kan dat niet in het nadeel van de derde werken.

Een minpunt van het NBW vind ik dat art. 6.5.3.5a slechts een pragmatische grondslag heeft, die niet juridisch onderbouwd wordt door de aanvaarde theorie der rechtverkriggende verklaring (zie onder 4.). De derde wordt, tenzij anders overeengekomen, partij bij de overeenkomst 'omdat de wet het zegt' en niet omdat hij een aanbod daartoe aanvaard.

Tot slot kan in ieder geval gesteld worden dat de onderverdeling van Van Ginneken (zie onder 2.) der bestaande theorieën in sui-generis theorieën en theorieën die aansluiten bij reeds bestaande instituten volgens het NBW niet vol te houden is. Het NBW wijst duidelijk op de verwantschap met vertegenwoordiging, terwijl ze uiteindelijk de theorie van de rechtbevestigende verklaring aan haar regeling ten grondslag legt. Nee, de figuur van het derdenbeding laat zich niet eenvoudig in een bepaald hokje stoppen!

Noten

- 1) Vgl. J.H. Nieuwenhuis. Drie beginselen van contractenrecht, diss. Leiden 1979, blz. 63.
- 2) Asser-Rutten II, Zwolle 1982, blz. 291.
- 3) Vgl. Asser-Rutten II, blz. 291.
In de TM art. 6.5.3.5-8 (Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Van Zeben, Du Pon en Olthof, Deventer 1981, Boek 6, blz. 948) wordt gesteld dat de regel, dat in het algemeen niemand op zijn eigen naam iets kan bedingen dan voor zichzelf thans algemeen als verouderd wordt beschouwd. Zo ook P.P.J.N. van Ginneken (AA XV, 6, blz. 168 en de aldaar

genoemde schrijvers): 'Het derdenbeding wordt niet langer beschouwd als een uitzonderingsfiguur op een voorafgaande regel: een met artt. 1351 en 1376 corresponderende bepaling is in het nieuwe BW niet opgenomen'. Echter: ook aan de artt. 6.5.3.1-6.5.3.8a ligt het beginsel ten grondslag dat een overeenkomst in het algemeen slechts verbintenissen vestigt tussen de partijen die haar aangingen (zie Asser-Rutten-Hartkamp II, Zwolle 1985; nr. 378). Hartkamp onderschrijft het argument van de TM dat het stelsel historisch uit enkele eigenaardigheden van het Romeinse recht is te verklaren, maar nu verouderd is (t.a.p. nr. 417) maar stelt wel dat het derdenbeding ook onder het komende recht een uitzondering blijft op de regel dat men ook rechten niet iemand tegen diens wil moet kunnen opdringen (t.a.p. nr. 383, 416). Er is dan ook n.m.m. geen verschil wat dit betreft tussen huidig en komend recht.

- 4) T.a.p. blz. 170/171.
- 5) Asser-Rutten II, blz. 297 e.v.
- 6) Inleiding tot het Burgerlijk Recht II, nr. 121.
- 7) En niet, zoals Asser-Rutten (blz. 298) zegt, dat er na de aanvaarding van de derde een nieuwe overeenkomst tot stand komt tussen de drie betrokken partijen.
- 8) Asser-Rutten II, blz. 300.
- 9) Vgl. Van Ginneken, t.a.p. blz. 174.
- 10) H.C.F. Schoordijk, Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard, diss. Amsterdam 1958, blz. 163 e.v.
- 11) H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1979, blz. 515.
- 12) Asser-Rutten II, blz. 298.
- 13) Vgl. Star Busmann, noot onder HR 13 februari 1924, W 11211.
- 14) Suyling, t.a.p. nr 121.
- 15) Ik kom op het karakter van het derdenbeding nog terug onder 7.
- 16) WPNR 4727 onder IV.
- 17) Dit hoeft echter niet steeds zo te zijn. Aan het derdenbeding kan ook een last worden verbonden. Vgl. Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek door Van Zeben, Du Pon en Olthof Boek 6, Deventer 1981, blz. 953.
- 18) R. Zwitser, Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen, diss. Leiden 1984, blz. 83. Zo ook n.m.m. Arr.-Rechtbank Almelo, 24 december 1952, NJ 1953, 710.
- 19) Zwitser, t.a.p. blz. 82.

- 20) S.C.J.J. Kortmann, 'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbepalingen, diss. Nijmegen 1977, blz. 148 e.v.
- 21) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 953/954.
- 22) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 954.
- 23) Zo ook Zwitser, t.a.p. blz. 86/87.
- 24) Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 422 e.v.
- 25) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 958.
- 26) Een gevolg van art. 6.5.1.1 lid 2?
- 27) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 948.
- 28) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 961.
- 29) Parl. Gesch., Boek 6, blz. 960.
- 30) Art. 6.5.1.1 lid 2 luidt: Op overeenkomsten tussen meer dan twee partijen zijn de wettelijke bepalingen betreffende overeenkomsten niet toepasselijk, voorzover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet.
- 31) Art. 6.5.4.22 luidt als volgt: 1. Op overeenkomsten waaruit tussen meer dan twee partijen verbintenissen voortvloeien, vinden de bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten met inachtneming van de volgende leden overeenkomstige toepassing, voorzover de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet.
2. De partij die een verbintenis op zich heeft genomen ter verkrijging van een daartegenover van een of meer der andere partijen bedongen prestatie, kan haar recht op ontbinding gronden op een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis jegens haarzelf.
3. Schiet een partij met samenhangende recht en verplichtingen zelf tekort in de nakoming van haar verbintenis, dan kunnen in ieder geval de overige partijen gezamenlijk de overeenkomst ontbinden.
- 32) Vgl. Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 427.
- 33) Zie Parl. Gesch., Boek 6, blz. 1047.
- 34) Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 428.
- 35) Wanneer echter uitgegaan wordt van de aanbodtheorie waarbij na aanvaarding een nieuwe overeenkomst tussen de derde en de promissor ontstaat, heeft de derde, wanneer het betreft een derdenbeding met daaraan verbonden een last, mijns inziens wel het ontbindingsrecht.
- 36) Vgl. Asser-Rutten II, blz. 304, Schoordijk (diss.) t.a.p. blz. 154 en de daar vermelde literatuur en HR 2 februari 1951, NJ 1951, 540 m.n. Ph.A.N.H.

- 37) De problemen die hierbij kunnen optreden zullen worden beheerst door artt. 3.2.2 en 3.2.3.
- 38) T.a.p. blz. 302/303.
- 39) T.a.p. nr. 431.
- 40) Men zou zich nog kunnen afvragen of het bij de relatie stipulator-derde misschien een rechtsverhouding betreft die beheerst wordt door de goede trouw. Vgl. mede voor voorbeelden hiervan Asser-Rutten II, blz. 269.
- 41) Uiteraard mits voldoende belang; vlg. art. 3.11.8.
- 42) Vgl. het door de diverse schrijvers aangegeven 'speciale karakter' van het derdenbeding, zie onder 3. Dit is m.i. mede afhankelijk van de onderlinge samenhang tussen de diverse verbintenissen.