

De meerpartijovereenkomst

De meerpartijenovereenkomst

C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans,
M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis,
H.A. ten Oever
(red.)

met bijdragen van:

J.A.A. Adriaanse
C.H. Bezemer
S.F. Bies
C.G. Breedveld-de Voogd
M.O.J. de Folter
C. de Groot
A.M.M. Hendrikx
Jac. Hijma
S. Van Loock
J. Nijland

C.M.D.S. Pavillon
W.A.K. Rank
J.I. van der Rest
I. Samoy
J.H.M. Spanjaard
T.L.M. Verdoes
M.J. Vonk
S. Voskamp
B. Wessels
I.S. Wuisman

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2015 Breedveld-de Voogd, Castermans, Knigge, Van der Linden,
Nieuwenhuis, Ten Oever

ISBN 978 9013 13 106 2
ISBN 978 9013 13 107 9 (E-Publishing)

Wolters Kluwer b.v., Deventer

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF	VII
1 <i>Deal or No Deal?</i> Het dwangakkoord buiten faillissement en het perspectief van de schuldeiser: een civilologische verkenning <i>J.A.A. Adriaanse, J.I. van der Rest & T.L.M. Verdoes</i>	1
2 Tussen wal en schip. Het wisselrecht ten tijde van de Republiek der Verenigde Nederlanden <i>C.H. Bezemer</i>	21
3 De koop op afstand van vouchers voor diensten en producten. Een eigentijdse meerpartijenverhouding nader geduid <i>S.F. Bies & C.M.D.S. Pavillon</i>	35
4 De rechter en de onmisbare partij. Beschouwingen over meerpartijencontracten <i>M.O.J. de Folter</i>	59
5 Het verplichte openbaar overnamebod als gevolg van <i>acting in concert</i> <i>C. de Groot</i>	77
6 De uitleg van de verzekeringsovereenkomst ten behoeve van een derde <i>A.M.M. Hendriks</i>	97
7 Wilsgebreken bij een meerpartijenovereenkomst <i>Jac. Hijma</i>	111
8 De maatschap als meerpartijenovereenkomst. De aansprakelijkheid van de individuele maat nader beschouwd <i>J. Nijland</i>	127

9	Een beleggingsfonds in de vorm van een FGR: een meerpartijenovereenkomst <i>sui generis</i> ? <i>W.A.K. Rank</i>	139
10	De toepassing van het klassieke verbintenissenrecht op de meerpartijenovereenkomst vanuit Belgisch perspectief <i>I. Samoy & S. Van Loock</i>	161
11	Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in een meerpartijenverhouding: veel is onduidelijk <i>J.H.M. Spanjaard</i>	185
12	Ouderschapslan: meerpartijenovereenkomst of meerpartijenplan? <i>M.J. Vonk & C.G. Breedveld-de Voogd</i>	201
13	Onderwijsovereenkomst: tripartiet of niet. Een verkenning van de betrokken partijen bij een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs <i>S. Voskamp</i>	211
14	Over aanbod en aanvaarding van een faillissementsakkoord als meerpartijenovereenkomst van eigen aard <i>B. Wessels</i>	235
15	Aandeelhoudersovereenkomsten bij de persoonsgebonden BV als samenwerkingsverband <i>I.S. Wuisman</i>	255

Woord vooraf

In 1982 schreef Huib Drion:¹

‘Het “binaire” karakter van ons contractenrecht, dat immers hoofdzakelijk is ontwikkeld als een recht van het tweepartijencontract, heeft zijn stempel gezet op alle leerstukken van dit deel van het privaatrecht. Dat brengt mee dat bijna al die leerstukken vragen doen rijzen, zovaak er sprake is van een overeenkomst tussen meer dan twee partijen: het leerstuk van de totstandkoming, het contract, dat van de uitleg, dat van de ongeoorloofde oorzaak, dat van de wilsgebreken, dat van de exceptio [non] adimpleti contractus en dat van de ontbinding wegens wanprestatie’.

Elke keer dat meer dan twee partijen bij een overeenkomst zijn betrokken, moet worden uitgevonden hoe het contractenrecht, dat hoofdzakelijk is geschreven met het oog op twee partijen, moet worden toegepast.

Al in 1982 wist Drion wat het nieuw burgerlijk wetboek zou brengen voor de meerpartijenovereenkomst: erkenning en een nummer. Hij achtte het een grote vooruitgang dat in Boek 6 een plaats was ingeruimd voor de meerpartijenovereenkomst, zodat de eigen problemen van het meerzijdige contract een eigen plaats zouden krijgen in de systematiek van het recht. Rechtspraak en literatuur over de meerpartijenovereenkomst zouden gemakkelijk kunnen worden opgespoord in kaartsystemen en registers van handboeken.²

Het nummer luidt sinds 1992 6:213 lid 2 BW:³

‘Op overeenkomsten tussen meer dan twee partijen zijn de wettelijke bepalingen betreffende overeenkomsten niet toepasselijk, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet.’

Drion maakte onmiddellijk duidelijk dat deze bepaling geen oplossingen bevat voor vragen die kunnen rijzen bij meerpartijenovereenkomsten. Sterker nog, hij achtte het wijselijk dat artikel 6:213 lid 2 is beperkt tot de regel dat de wetsvoorschriften met betrekking tot overeenkomsten niet zonder meer op

1 H. Drion, ‘De meerpartijenovereenkomst en zijn problemen’, in: W.M. Kleyn e.a. (red.), *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum*, Deventer: Kluwer 1982, p. 4-5.

2 Drion 1982, p. 1-2.

3 Zie ook art. 6:279 voor de wederkerige overeenkomsten.

meerpartijencontracten van toepassing zijn.⁴ Voor de verschillende typen meerpartijenovereenkomsten kunnen nu eenmaal niet dezelfde regels gelden. Nu eens is het aantal partijen de complicerende factor, dan weer het palet aan bijzondere verbintenissen of de combinatie van een en ander.⁵

Op 4 april 2014 wijdde het Instituut voor Privaatrecht een symposium aan de meerpartijenovereenkomst. De concept-bijdragen voor deze bundel lagen ter discussie voor, met Drions verwachtingen als inspirerend uitgangspunt. De kaartsystemen en registers, in hardcopy of elektronisch beschikbaar, hebben nog weinig vooruitgang gebracht, zo bleek nadat het thema vanuit de verschillende deelterreinen van het privaatrecht was belicht. Drie vragen vormden de rode draad van de discussie.

1. *Is er sprake is van een meerpartijenovereenkomst?*

De eerste vraag stelt aan de orde welke rechtsverhouding kwalificeert als meerpartijenovereenkomst. *Samoy & Van Loock* en *Hijma* wijden beschouwingen aan de verschillende typen meerpartijenovereenkomst. Traditioneel is het onderscheid tussen de symmetrische of bilaterale, de asymmetrische of complexe meerpartijenovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst. Bij de laatste twee vormen is te onderscheiden of er sprake is van een eenheid of veelvormigheid van verbintenissen. Een meerpartijenovereenkomst kan op een tweepartijenovereenkomst lijken, zodat het aantal problemen dat samenhangt met het meerpartijenkarakter beperkt blijft. Het kan ook gaan om een kluwen van verschillende verbintenissen met een groot aantal partijen die van meet af aan zijn betrokken of later zijn toegetreden.

Hoe komt een meerpartijenovereenkomst tot stand? Het ligt in de rede het antwoord te baseren op de artikelen 6:217 en 3:33 en 35 BW. De gewone regels van totstandkoming worden voor rechtsverhoudingen over het basis- en voortgezet onderwijs nog wel eens over het hoofd gezien. *Voskamp* transplanteert de jurisprudentie over de rechtsverhouding tussen arts, minderjarige patiënt en ouders in de rechtsverhouding school, leerling en ouders. Het gevolg is dat ouders minder snel partij zijn bij de onderwijsovereenkomst dan in jurisprudentie en literatuur over dergelijke rechtsverhoudingen wordt aangenomen. De gewone regels gelden ook voor de toetreding van een vennootschap tot een aandeelhoudersovereenkomst, zo betoogt *Wuisman*, zelfs als sprake is van een persoonsgebonden samenwerkingsverband. Als nadere eis wordt wel gesteld dat de schriftelijke overeenkomst namens de vennootschap wordt ondertekend.

Dit ligt anders voor het faillissementsakkoord, aldus *Wessels*. De eigen regeling inzake de aanbieding en de aanvaarding van het aangeboden ontwerp-akkoord (art. 145 Fw), de verbindende kracht ervan (art. 157 Fw), en het

4 Drion 1982, p. 1.

5 Drion 1982, p. 4.

gegeven dat slechts éénmaal in hetzelfde faillissement een akkoord kan worden aangeboden (art. 158 Fw) beperken de toepasselijkheid van de gewone regels. Ondertussen moet het belang van 'consent' niet worden onderschat. *Adriaanse, Van der Rest & Verdoes* tonen zich kritisch over het gedwongen karakter van het dwangakkoord buiten het faillissement zoals dat tot uitdrukking komt in het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II. Zij verwachten dat een coöperatieve houding van crediteuren beter loont dan dwang.

2. *Wat zijn de rechtsgevolgen, indien in een specifieke context sprake is van een meerpartijenovereenkomst?*

De tweede vraag behelst de specifieke rechtsgevolgen van de kwalificatie meerpartijenovereenkomst. Zoals *Samoy & Van Loock* concluderen voor het Belgische verbintenissenrecht, is het verbintenissenrecht voldoende flexibel om de problemen van de verschillende typen meerpartijenovereenkomsten het hoofd te bieden. Andere bijdragen komen expliciet of impliciet tot dezelfde conclusie, zoals *Spanjaard* over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in meerpartijenovereenkomsten. *Hendriks* laat zien dat de Haviltex-maatstaf geldt bij de uitleg van de verzekeringsovereenkomst ten behoeve van een derde. *Hijma* vertaalt bekende vuistregels in de sfeer van wilsgebreken voor de meerpartijenruil.

De Folter stelt de procesrechtelijke consequenties van een meerpartijenovereenkomst aan de orde. Is het noodzakelijk dat alle contractspartijen ook procespartij zijn in een eventueel geding? De rechtspraktijk pleegt zich volgens *De Folter* te beperken tot de kern van het geschil, zodat wordt vermeden dat steeds alle contractspartijen bij een beding betrokken raken. Is betrokkenheid van een der andere contractspartijen gewenst, dan kan vrijwaring of gedwongen tussenkompst uitkomst bieden.

Artikel 6:213 lid 2 BW moedigt aan in het overeenkomstenrecht rekening te houden met de aard van de overeenkomst. Dat zou ook moeten gelden voor de toepassing van bepalingen die mede voor overeenkomsten gelden, zoals die inzake hoofdelijkheid. *Nijland* betoogt dat de Hoge Raad het karakter van de maatschapsovereenkomst uit het oog verliest, waar hij de maten hoofdelijk aansprakelijk acht als één van hen namens de maatschap een overeenkomst van opdracht is aangegaan. Aansprakelijkheid voor gelijke delen was op haar plaats geweest.

3. *Heeft de kwalificatie in die context toegevoegde waarde?*

Bezemer laat aan de hand van privéaantekeningen van raadsheer Willem Pauw zien dat reeds het wisselrecht van de Republiek der Verenigde Nederlanden worstelde met het probleem van de meerpartijenovereenkomst. De verhouding tussen de trekker van een wissel, de nemer daarvan en de betrokkene is een meerpartijenovereenkomst, die ten tijde van de Republiek aanleiding gaf tot

problemen waarvoor het Romeinse recht geen pasklare antwoorden bood. Een bijzondere regeling bleek noodzakelijk. Klaarblijkelijk liet de enkele kwalificatie van de overeenkomst als meerpartijenkomst onverlet de behoefte aan een eigen regeling van het wisselrecht.

Hetzelfde wordt opgemerkt voor de hedendaagse praktijk van een onderneming als Groupon, die geen wissels maar vouchers aanbiedt waarmee klanten producten of diensten kunnen afnemen van verschillende bedrijven. Wat als de leverancier niet nakomt, kan de klant – veelal een consument – Groupon aanspreken? *Bies & Pavillon* bespreken een palet aan mogelijkheden en komen daarbij tot de conclusie, dat het geen meerwaarde biedt als de verhouding tussen de voucherverkoper Groupon, de leverancier en de consument als een meerpartijenovereenkomst wordt gezien.

In de andere bijdragen waarin over de kwalificatie meerpartijenovereenkomst wordt getwijfeld, heeft dit eerder te maken met het contractuele aspect dan met het gegeven dat meer dan twee partijen zijn betrokken.

Het beleggingsfonds in de vorm van een Fonds voor Gemene Rekening is zonder twijfel een meerpartijenovereenkomst, maar zijn inrichting en het toezicht is in zulk detail geregeld in overeenkomsten die op hun beurt zijn geënt op Europese regelgeving en de Wet financieel toezicht, dat er volgens *Rank* weinig ruimte is betekenis toe te kennen aan de kwalificatie meerpartijenovereenkomst.

Juist vanwege de rechtsgevolgen van de kwalificatie als overeenkomst zou het ouderschapsplan niet als meerpartijenovereenkomst moeten worden aangemerkt, aldus *Vonk & Breedveld-de Voogd*. Het plan moet immers vooral worden gezien als een plicht tegenover het kind en niet als een bron van rechtens afdwingbare rechten, tussen ouders over en weer. Voorts zou het gevolg dat een kind partij is bij die overeenkomst op gespannen voet staan met het fundamentele karakter van het recht op omgang met het kind. Zij zien het ouderschapsplan dan ook als een familierechtelijke overeenkomst tussen de ouders en kenschetsen dit als een meerpartijenplan.

De Groot problematiseert de grondslag van de samenwerking van personen gericht op het uitbrengen van een openbaar overnamebod (*acting in concert*), zoals bedoeld in de Richtlijn nr. 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod. De Wet financieel toezicht bepaalt dat er sprake moet zijn van een overeenkomst, terwijl de Autoriteit Financiële Markten in navolging van ontwikkelingen in Oostenrijk op het spoor zit van een *gentlemen's agreement*. De kwalificatie overeenkomst zou kunnen verklaren waarom partners gehouden zijn een bod uit te brengen, ook als één van de betrokken *gentlemen* is uitgetreden.

Al met al had Drion gelijk met zijn stelling dat de wet wijselijk geen specifieke regels voorschrijft voor de meerpartijenovereenkomst in het algemeen. De praktijk is divers en de regels laten voldoende ruimte om rekening te houden met specifieke aspecten van een specifieke meerpartijenovereenkomst. Daarbij kan men – in navolging van *Samoy & Van Loock* – denken aan de mate van lotsverbondenheid tussen de verbintenissen van de verschillende partijen. Concepten als (on)deelbaarheid, samenhang en wederkerigheid spelen dan ook een onmisbare rol bij het oplossen van de problemen die zich bij meerpartijenovereenkomsten kunnen voordoen.

C.G. Breedveld-de Voogd

A.G. Castermans

M.W. Knigge

T. van der Linden

J.H. Nieuwenhuis

H.A. ten Oever

1 | *Deal or No Deal?*
Het dwangakkoord buiten faillissement en het
perspectief van de schuldeiser: een civilologische
verkenning

J.A.A. Adriaanse, J.I. van der Rest & T.L.M. Verdoes[■]

1 INLEIDING

Medio 2014 heeft het ministerie van Veiligheid en Justitie het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II ter internetconsultatie aangeboden aan de praktijk.¹ In het wetsvoorstel wordt een nieuwe regeling uitgewerkt ‘ter versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven’. Een van de onderdelen is gericht op het zogenoemde ‘dwangakkoord buiten faillissement’. Kern hierbij vormt een ‘stemming door de schuldeisers over een door de schuldenaar aan hen aangeboden akkoord.’² Schuldeisers en aandeelhouders worden verdeeld in klassen (e.g. pand- of hypotheekhouders, preferente schuldeisers, gewone schuldeisers, aandeelhouders) en per klasse wordt gestemd over het onderhandse voorstel. Wanneer een meerderheid in een klasse met het akkoord instemt, kan het verbindend worden voor alle partijen binnen de klasse; het dwangakkoord is daarmee een min of meer opgelegde meerpartijenovereenkomst. Volgens de minister zal de regeling behelzen ‘dat schuldeisers of aandeelhouders *die onredelijk dwarsliggen* bij een door de meerderheid van de schuldeisers of aandeelhouders ondersteunde sanering van de schulden van de onderneming, kunnen worden gedwongen aan een zodanige sanering *mee te werken* indien daardoor een *faillissement kan worden voorkomen*’.

Wat is de rechtvaardiging van een dwangakkoord buiten faillissement, waarmee in contractuele vrijheid afgesloten overeenkomsten eenzijdig kunnen worden ontbonden, en daarmee rechten van crediteuren, op zijn zachts gezegd, ‘met voeten worden getreden’? Dwang (om geforceerd af te wijken van eerder gemaakte afspraken) heeft een negatieve connotatie, en zou – althans bezien

■ Prof. dr. mr. J.A.A. Adriaanse, dr. J.I. van der Rest en dr. T.L.M. Verdoes zijn verbonden aan de afdeling Bedrijfswetenschappen van de Universiteit Leiden. Zij doen onderzoek op het raakvlak van de bedrijfswetenschappen en het insolventierecht.

1 Minister van Justitie, kamerstuk d.d. 14 augustus 2014, zie <http://www.internetconsultatie.nl/wco2>.

2 Brief Minister van Justitie aan Tweede Kamer d.d. 27 juni 2013, kenmerk 403309.

vanuit de rechtszekerheid – in gevallen van vrijwillige contractvorming eigenlijk niet mogen bestaan. Wanneer dit wel gebeurt, moeten de redenen daartoe zeer zwaarwegend zijn, waarbij elke andere optie niet te prefereren is ('best of the worst outcome'). De gedachte achter een dwangakkoord buiten faillissement is dat crediteuren er zelf (vrijwillig) niet uitkomen, en dat dit een ongewenste situatie oplevert ('worse outcome'). Het nieuw beoogde faillissementsrecht biedt waarschijnlijk verdergaande mogelijkheden partijen te dwingen 'akkoord' te gaan, om daarmee meer gewenst gedrag en bovenal een gewenste einduitkomst te bewerkstelligen. Het recht gaat dus uit van gedragingen – crediteuren geven niet vrijwillig hun rechten op – en probeert daar verandering in aan te brengen: een betere uitkomst in de vorm van een hogere waarde (lees: voorkoming van faillissement) van de insolvente onderneming. Het recht neemt in deze redenering aan dat crediteuren zich 'economisch irrationeel' en wellicht ook onredelijk of opportunistisch kunnen gedragen en probeert daarin verandering aan te brengen. Er bestaan in deze context derhalve vermeende gedragspresumpties en gedragseffecten, maar de vraag is natuurlijk: kloppen deze aannames? Het zijn immers nog onbewezen veronderstellingen over hoe actoren (schuldeisers) zich gedragen, en belangrijker nog over de daadwerkelijke effecten die door hun gedragsverandering teweeg kunnen worden gebracht. Aan het recht zelf moeten eisen worden gesteld, bijvoorbeeld die van rechtszekerheid. Aanpassingen van wetten dienen dan ook niet lichtvoetig te worden ondernomen maar – via een politiek proces – te worden gerechtvaardigd.³

Waar lopen partijen in de praktijk tegenaan? Het vakgebied *civilologie* gaat in op de empirische kant, 'de onbewezen veronderstellingen', van het civiele recht. In deze bijdrage willen wij een civilologische benadering toepassen op de voorgestelde aanpassing van het faillissementsrecht, en het dwangakkoord buiten faillissement in het bijzonder. Meer in het algemeen willen we een bijdrage leveren aan de discussie rondom wijzigingsvoorstellen voor insolventiewetgeving – Nederland volgt een internationale trend – waarbij het achterliggende idee betreft: versterking van de kansen van overleving van een bedrijf in zwaar weer ('reorganiserend vermogen') met versterking van de positie van de schuldenaar ('debiteur-vriendelijker' maken van insolventiewetgeving) ten koste van een of meerdere groepen crediteuren. De bijdrage is gebaseerd op een enquête onder *credit managers* – professionals binnen veelal grote organisaties die zich bezighouden met debiteurenbeheer- en beleid, incasso en onderhandelingen met schuldenaren in zwaar weer. Het praktijkonderzoek

3 Hoe zou de wereld eruit zien zonder het recht, zouden vrije partijen tot dezelfde (na te streven) uitkomsten kunnen komen? Zie bijvoorbeeld H. Hansmann en R. Kraakman, 'The essential role of organization law', *Yale Law Journal*, 110(3), 2000, p. 387-440, waarin zij nagaan of partijen eenzelfde vennootschappelijke constructie kunnen bewerkstelligen door in vrijheid contracten af te sluiten. De (contractuele) kosten daarvan zouden enorm hoog zijn.

draagt bij aan het verkrijgen van inzicht in de dynamiek van onderhandelingen rondom bedrijven in zwaar weer, de motieven en gedragingen van crediteuren in dat kader, evenals de vraag wat crediteuren beschouwen als 'onredelijk gedrag'. We hopen hiermee een bijdrage te leveren aan de discussie over het versterken van het reorganiserend vermogen binnen faillissementswetgeving, en schuldeiserakkoorden in het bijzonder.

In wat volgt, wordt eerst kort ingegaan op het relatief nieuwe vakgebied civilologie waarna een toelichting wordt gegeven op de in het onderzoek gehanteerde uitgangspunten voor succesvolle informele reorganisatie. Daarna volgen de (statistische) resultaten van een enquête onder schuldeisers als ook enige tentatieve conclusies.

2 CIVILOGIE – DE EMPIRISCHE KANT VAN HET RECHT

Interactie tussen personen vormt een belangrijk element van de samenleving. Het recht bevat de spelregels waarmee het gedrag tussen personen wordt beïnvloed, enerzijds beperkt (door dwingende spelregels) anderzijds verruimd, door het vertrouwen en de bescherming die het biedt. Het burgerlijk recht is in deze context 'intrinsiek multidisciplinair'.⁴ Daarbij beïnvloedt het recht enerzijds gedrag; anderzijds gaat het ook uit van veronderstellingen over gedrag. Maar in hoeverre sluiten de verschillende gedragspresumpties en gedragseffecten aan op de werkelijkheid, de praktijk? Deze vraag komt aan de orde in een relatief nieuw vakgebied: de civilologie. Daaronder kan worden verstaan:

'(...) de verzameling van wetenschappen die in onderlinge samenhang onze kennis vergroot van de gedragspresumpties waar het privaatrecht zich van bedient, de effecten die het privaatrecht heeft op gedrag van individuen, ondernemingen en organisaties en de betekenis die deze presumpties en effecten hebben voor de privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en – toepassing.⁵ (...) In deze empirische kant van het privaatrecht komt tot uitdrukking hoe mensen en organisaties werkelijk zijn, denken, beslissen en zich gedragen. Anders gezegd is er invloed van privaatrechtelijke regels op gedrag en sluiten regels aan bij dat gedrag?⁶ Deze

4 C.J.J.M. Stolker, 'Vooruitgang in de wetenschap – vooral toeval of organisatie?', naar aanleiding van J.H. Nieuwenhuis, 'Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad', beiden in: J.H. Nieuwenhuis en C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht, wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2006, p. 10.

5 Zie W.H. Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, 'Inleiding: een handboek voor de civiloloog-privatist', in: W.H. Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2013, p.1.

6 Boom, Giesen en Verheij 2013, p. 2.

regels kunnen zowel bedoelde als onbedoelde effecten hebben (op verschillende niveaus (...)).⁷

Civilologie is een onderdeel van het juridische wetenschappelijke discours, maar voegt een nieuwe dimensie toe: de empirie ofwel kennis over de effecten van het recht op het gedrag van de mens. Civilologie is dan ook synthetisch van aard, is niet monodisciplinair maar multidisciplinair. Het probeert door meer empirie in het privaatrecht te incorporeren een betere onderbouwing ('bewijzen') te leveren voor werkelijkheidspretenties in het recht. Recht wordt daarmee meer 'evidence-based'. Deze aanvullingen op het privaatrechtelijke landschap komen overigens niet alleen uit de economie of bedrijfswetenschappen: ook aan inzichten uit de psychologie, sociologie en andere gedragswetenschappen kunnen belangrijke inzichten worden ontleend. Het 'aantonen' (of in elk geval niet verwerpen) van gedragspresumpties en effecten kan door middel van verschillende technieken: door laboratoriumexperimenten, case-studies, surveys en computersimulaties.⁸

3 VOORONDERSTELLINGEN

Het uitgevoerde enquêteonderzoek is gebaseerd op een aantal vooronderstellingen, welke mede gebaseerd zijn op een WODC-onderzoek van Adriaanse, Kuijl, Vos en Huls (2004).⁹ In dat onderzoek werd geconcludeerd dat de kans van slagen van een zogenoemde informele reorganisatie – een herstructureringsproces dat plaatsvindt buiten surseance van betaling en zonder gebruikmaking van (overige) juridische dwangmiddelen – wordt verhoogd wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

1. adequate reorganisatie van de (operationele) bedrijfsactiviteiten door het management (bij voorkeur met hulp van derden);
2. het betrekken van belangrijke belanghebbenden (lees: financiers) in het reorganisatieproces;
3. transparantie (ten opzichte van belangrijke belanghebbenden) ten aanzien van de financiële situatie en de voorgenomen reorganisatie; en

7 Zo kunnen bijvoorbeeld de rechten van crediteuren positief worden beïnvloed, maar dit kan ten koste gaan van de mate waarin ondernemingen bereid zijn risico's te lopen. Anders gesteld: versterking van crediteurenrechten kan ten koste gaan van (meer risicogevoelige) investeringen in innovatie. De empirische kant van het privaatrecht onderzoekt deze veronderstelde gedragsverandering.

8 Met behulp van computersimulaties kunnen samenlevingen bijvoorbeeld worden nagebootst door mensen (agenten) uit te rusten met bepaalde vaardigheden. Zie: J.M. Epstein en R. Axtell, *Growing artificial societies, Social science from the bottom up*, Brookings Institution Press: Washington D.C. 1996.

9 J.A.A. Adriaanse, N.J.H. Huls, J.G. Kuijl, P. Vos, *Informeel reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement*, WODC, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2004.

4. inbreng van risicodragend kapitaal (al dan niet in de vorm van een overname door een andere partij).

Uit de opsomming blijkt dat aspecten als 'het betrekken van schuldeisers/financiers', 'transparantie' en 'vertrouwen' een belangrijke bijdrage leveren aan de slagingskans van een reddingsoperatie van een onderneming in zwaar weer. 'Dwang' werd nadrukkelijk niet als succesfactor genoemd. Sterker, in het onderzoek werd geconcludeerd dat bevordering van 'mediation' en ook 'soft law' in de vorm van 'richtlijnen en principes' gericht op het 'samen eruit komen' waarschijnlijk meer soelaas bieden bij financiële moeilijkheden, dan openbare reorganisatieprocedures, in combinatie met dwangmiddelen voor de debiteur in nood.

De enquête is dan ook opgezet vanuit de volgende vooronderstellingen (niet-limitatief):

- Schuldeisers zijn in beginsel bereid om constructief mee te denken aan een oplossing voor de onderneming in nood. Ook kwijtschelding behoort daarbij tot de mogelijkheden;
- Meer wettelijke dwang leidt tot een kleinere kans op medewerking van betrokken schuldeisers in een (poging tot) informele reorganisatie;
- Hoe meer bereidheid bij de debiteur tot het delen van informatie met de schuldeiser over de werkelijke financiële situatie, evenals het plan van aanpak om het bedrijf operationeel weer gezond te maken, hoe groter de kans op medewerking van de schuldeiser;
- De wijze van benadering door bedrijven in nood ('tone of voice') – dwingende toon versus op oplossing gerichte benadering – is in hoge mate van invloed op de kans op medewerking van schuldeisers;
- Een norm voor 'onredelijk gedrag' is amper vast te stellen. Wettelijke dwang druist in tegen het rechtsgevoel van crediteuren, dit beïnvloedt hun gedrag in negatieve zin;
- Vertrouwen in het management en haar adviseurs is van doorslaggevend belang, zelfs wanneer de beslissing om *niet* mee te werken economisch ongunstiger is dan wanneer wel wordt meegewerkt.

Onderstaand wordt verslag gedaan van de belangrijkste resultaten van de enquête.

4 UITKOMSTEN VAN DE ENQUÊTE ONDER SCHULDEISERS

Begin 2014 is in samenwerking met de Vereniging voor Credit Management (VVC) een enquête uitgezet onder haar 554 leden; dit resulteerde in een respons van 16,96% (94 leden). Ongeveer tweederde gaf aan werkzaam te zijn als credit manager. Ruim 85% heeft meer dan tien jaar ervaring. Van de 94 leden heeft 53,2% meer dan twintig jaar ervaring. Verder heeft 83% direct

contact met bedrijven in zwaar weer. Aan 88,5% van de respondenten is in de afgelopen vijf jaar een (onderhands/vrijwillig) kwijtscheldingsakkoord aangeboden. 41,1% heeft dit tien keer of minder aangeboden gekregen, 35,9% meer dan tien keer maar minder dan honderd keer, en 11,5% 100 tot 500 keer. 78,2% gaf aan regelmatig in te stemmen met een kwijtscheldingsakkoord. 53,8% stemde vijf keer of minder in. 43,6% stemde tussen de vijf en tachtig keer in.

De enquête bestond uit vier delen: algemene vragen over de schuldeisers, 21 stellingen en twee aparte cases. De stellingen waren onderverdeeld in stellingen over (a) de bereidheid tot medewerking, (b) het dwangakkoord, (c) de rol van informatie bij het tot stand komen van een schuldeiserakkoord en (d) de relatie tussen partijen. We bespreken eerst de gemiddelde scores van de 21 stellingen en verkennen daarna de samenhang tussen deze stellingen met behulp van correlaties. Ten slotte worden de gemiddelde scores van de twee cases vergeleken met behulp van een t-toets.

4.1 Descriptieve analyse

Tabel 1 geeft de gemiddelde scores op de 21 stellingen weer, gerangschikt op een intervallschaal van 5 (volledig mee eens) tot 1 (volledig mee oneens).

Tabel 1: Beschrijvende Statistiek

	Mean	Std. Error	Std. Dev.
21. Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord	4,50	,084	0,813
14. Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord	4,23	,116	1,121
3. Ik ben in het algemeen bereid in overleg te treden over een oplossing mits er meerdere opties zijn om uit te kiezen	4,19	,108	1,050
16. Ondernemingen in zwaar weer zijn in het algemeen onvoldoende transparant over hun reorganisatieplan	4,13	,090	0,870
15. Ondernemingen in zwaar weer zijn te weinig transparant over de werkelijke situatie. Als ze dat wel zouden zijn dan zouden meer crediteuren bereid zijn om mee te werken aan een kwijtscheldingsakkoord	4,11	,094	0,910
4. Voor mij is het economische belang altijd doorslaggevend. Hoe groter de kans op betaling, des te groter de kans op mijn medewerking	4,09	,106	1,023
19. Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen in zwaar weer. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten	3,94	,102	0,993
10. Als het makkelijker wordt een dwangakkoord buiten faillissement door te drukken bij niet-willende schuldeisers, zal ik in een eerder stadium stoppen met leveren	3,77	,108	1,052

	Mean	Std. Error	Std. Dev.
17. Reorganisatieplannen die ik onder ogen krijgen zijn veelal te optimistisch ingeschat	3,68	,082	0,793
11. Een dwangakkoord buiten faillissement druist in tegen mijn rechtsgevoel	3,39	,126	1,220
20. Ik ben wel eens benadeeld door een in mijn ogen 'onredelijk' handelende schuldeiser	3,38	,123	1,192
2. Als de vordering klein is ten opzichte van onze gemiddelde debiteurenstand, dan is mijn bereidheid om een vordering af te schrijven in het algemeen groot	3,28	,131	1,273
1. Hoe meer ik heb te verliezen hoe groter de bereidheid om mee te werken aan een kwijtscheldingsakkoord	3,19	,140	1,362
12. Een dwangakkoord buiten faillissement is een pragmatische manier om bedrijven te redden en voor concurrente crediteuren om nog iets eruit te slepen. Bij faillissement krijgen ze toch vrijwel niks. Dit is dus altijd beter.	3,12	,109	1,056
6. Ik ben weleens niet akkoord gegaan terwijl het bedrijfseconomisch beter was wel akkoord te gaan	3,01	,142	1,380
5. Bij een schuldsanering worden ondernemersrisico's bij de verkeerde partijen gelegd. Dit is een reden om uit principe niet mee te werken	2,83	,134	1,300
13. Bij voorstellen tot schuldsanering krijg ik meestal volledig inzicht in de financiële situatie	2,82	,135	1,311
9. Als ik weet dat (in het nieuwe wetgevingsregime) de helft van de schuldeisers in mijn schuldeiserklasse akkoord is gegaan, zal ik als vanzelfsprekend ook vrijwillig akkoord gaan	2,77	,124	1,204
18. Bij weinig informatie van de kant van de schuldenaar ben ik veelal toch bereid mee te werken aan een onderhands akkoord	2,17	,118	1,142
7. Ik lig regelmatig 'onredelijk dwars' ten opzichte van mijn medeschuldeisers	2,09	,123	1,188
8. Door mijn toedoen (niet meewerken aan een akkoord) is wel eens een klant in zwaar weer ten onrechte failliet gegaan	1,88	,117	1,135

Antwoorden op 5-punts Likertschaal: 1 (volledig oneens), 2 (enigszins oneens), 3 (neutraal), 4 (enigszins mee eens), 5 (volledig mee eens)

Opvallend zijn de lage scores voor 'door toedoen van schuldeiser ten onrechte failliet gaan' ($\bar{X}=1,88$), 'onredelijk dwarsliggen' ($\bar{X}=2,09$). Schuldeisers geven aan in beginsel coöperatief te zijn. De neutrale score ($\bar{X}=3,01$) voor het 'niet akkoord gaan terwijl beter was dit wel te doen' geeft hieraan ondersteuning. Maar schuldeisers verlangen er wel wat voor terug. Weinig informatieverstrekking zorgt bijvoorbeeld voor weinig bereidheid mee te werken ($\bar{X}=2,17$). Ook vallen de hoge scores op voor de rol van vertrouwen ($\bar{X}=4,50$), inzicht in de financiële situatie ($\bar{X}=4,23$), het reëel betrokken worden bij het overleg door

het aanbieden van verschillende opties ($\bar{X}=4,19$), en transparantie in het algemeen ($\bar{X}=4,13$) c.q. over het reorganisatieplan in het bijzonder ($\bar{X}=4,11$). Daarnaast speelt het 'economisch belang' een substantiële rol ($\bar{X}=4,09$), echter een schuldeiser schrijft niet sneller een vordering af als die 'klein' is ($\bar{X}=3,28$) en de medewerking wordt niet als vanzelfsprekend groter als er 'meer te verliezen is' ($\bar{X}=3,19$). Ten slotte valt op dat een dwangakkoord niet per se indruist tegen het 'rechtsgevoel' ($\bar{X}=3,39$); schuldeisers staan daar redelijk neutraal tegenover. Ook is een dwangakkoord in de ogen van een schuldeiser op zich niet 'een betere manier' om een bedrijf te redden ($\bar{X}=3,12$) en wanneer de helft van de schuldeisers akkoord gaat, gaat een schuldeiser niet als vanzelfsprekend ook 'vrijwillig akkoord' ($\bar{X}=2,77$). Bovenstaande tentatieve observaties lijken de vooronderstellingen over open overleg, transparantie, vertrouwen en informatieverstrekking dus op het eerste gezicht in hoge mate te ondersteunen. Schuldeisers staan daarnaast neutraal tegenover wettelijke dwang.

4.2 Samenhang tussen de mate van betrokkenheid c.q. instemmen en de stellingen

In appendices 1 en 2 is een overzicht gegeven van de correlaties (Pearson's r) tussen het aantal kwijtscheldingsakkoorden dat de afgelopen jaren is 'aangeboden' dan wel waarmee is 'ingestemd', en de 21 stellingen over 'meewerken', 'dwangakkoord', 'informatie' en 'relatie'. Tabel 2 geeft de significante verbanden weer.

Tabel 2a – meer akkoorden aangeboden, MEER eens met de rechter stelling...

Het aantal keren dat een onderhands akkoord is aangeboden	Beperkt positief ($r = .274, p < 0,05$)	Wel eens niet akkoord gegaan terwijl het bedrijfseconomisch beter was geweest wel akkoord te gaan [6]
---	---	---

Tabel 2b – meer akkoorden aangeboden / ingestemd, MINDER eens met de rechter stellingen...

Het aantal keren dat een (onderhands/vrijwillig) kwijtscheldingsakkoord is aangeboden	Beperkt negatief ($r = -.226$, $p < 0,05$)	Bij weinig informatie van de kant van de schuldenaar ben ik veelal toch bereid mee te werken aan een onderhands akkoord [18]
	Medium negatief ($r = -.316$, $p < 0,01$)	Als de helft van de schuldeisers in mijn schuldeiserklasse akkoord is gegaan, zal ik ook vrijwillig akkoord gaan [9]
Hoeveel keer ingestemd is met een dergelijk kwijtscheldingsakkoord	Beperkt negatief ($r = -.255$, $p < 0,05$)	
	Beperkt negatief ($r = -.244$, $p < 0,05$)	Bereid in overleg te treden over een oplossing mits er meerdere opties zijn om uit te kiezen [3]

Uit deze tabel kan worden afgeleid dat schuldeisers die vaker met een onderhands akkoord te maken hebben, kritischer staan tegenover een kwijtscheldingsakkoord. Het aantal kwijtscheldingsakkoorden dat een schuldeiser wordt aangeboden, heeft overigens een zeer sterk verband met het aantal akkoorden waarmee de schuldeiser instemt ($r = .769$, $p < 0,0001$).

4.3 Samenhang tussen stellingen

Tabellen 3-6 geven een opsomming van de significante relaties tussen de 21 stellingen onderling (zie appendices 1 en 2 voor een overzicht van alle verbanden).

Tabel 3a – Medewerking: degene die het meer eens is met de linker stelling, is dat ook met de rechter stelling...

Hoe meer ik heb te verliezen hoe groter de bereidheid om mee te werken aan een kwijtscheldingsakkoord [1]	Beperkt positief ($r = .211$, $p < 0,05$)	Als de vordering klein is ten opzichte van onze gemiddelde debiteurenstand, dan is mijn bereidheid om een vordering af te schrijven in het algemeen groot [2]
	Medium positief ($r = .401$, $p < 0,0001$)	Als ik weet dat (in het nieuwe wetgevingsregime) de helft van de schuldeisers in mijn schuldeiserklasse akkoord is gegaan, zal ik als vanzelfsprekend ook vrijwillig akkoord gaan [9]
Als de vordering klein is ten opzichte van onze gemiddelde debiteurenstand, dan is mijn bereidheid om een vordering af te schrijven in het algemeen groot [2]	Medium positief ($r = .421$, $p < 0,0001$)	
	Beperkt positief ($r = .233$, $p < 0,05$)	Ik ben in het algemeen bereid in overleg te treden over een oplossing mits er meerdere opties zijn om uit te kiezen [3]
Ik ben in het algemeen bereid in overleg te treden over een oplossing mits er meerdere opties zijn om uit te kiezen [3]	Beperkt positief ($r = .271$, $p < 0,01$)	Voor mij is het economische belang altijd doorslaggevend. Hoe groter de kans op betaling, des te groter de kans op mijn medewerking [4]
	Medium positief ($r = .485$, $p < 0,00001$)	
Voor mij is het economische belang altijd doorslaggevend. Hoe groter de kans op betaling, des te groter de kans op mijn medewerking [4]	Beperkt positief ($r = .278$, $p < 0,01$)	Als ik weet dat (in het nieuwe wetgevingsregime) de helft van de schuldeisers in mijn schuldeiserklasse akkoord is gegaan, zal ik als vanzelfsprekend ook vrijwillig akkoord gaan [9]
Bij een schuldsanering worden ondernemersrisico's bij de verkeerde partijen gelegd. Dit is een reden om uit principe niet mee te werken [5]	Medium positief ($r = .323$, $p < 0,01$)	
Ik ben weleens niet akkoord gegaan terwijl het bedrijfseconomisch beter was wel akkoord te gaan [6]	Beperkt positief ($r = .229$, $p < 0,05$)	Ik lig regelmatig 'onredelijk dwars' ten opzichte van mijn medeschuldeisers [7]

Ik lig regelmatig 'onredelijk dwars' ten opzichte van mijn medeschuldeisers [7]	Medium positief ($r = .430$, $p < 0,0001$)	Door mijn toedoen (niet meewerken aan een akkoord) is wel eens een klant in zwaar weer ten onrechte failliet gegaan [8]
---	---	---

Tabel 3a – Medewerking: degene die het meer eens is met de linker stelling, is het MINDER eens met de rechter stelling...

Hoe meer ik heb te verliezen hoe groter de bereidheid om mee te werken aan een kwijtscheldingsakkoord [1]	Beperkt negatief ($r = -.224$, $p < 0,05$)	Bij een schuldsanering worden ondernemersrisico's bij de verkeerde partijen gelegd. Dit is een reden om uit principe niet mee te werken [5]
Als de vordering klein is ten opzichte van onze gemiddelde debiteurenstand, dan is mijn bereidheid om een vordering af te schrijven in het algemeen groot [2]	Beperkt negatief ($r = -.204$, $p < 0,05$)	Ik ben weleens niet akkoord gegaan terwijl het bedrijfseconomisch beter was wel akkoord te gaan [6]

Tabel 4a – Dwangakkoord: degene die het meer eens is met de linker stelling, is dat ook met de rechter stelling...

Als het makkelijker wordt een dwangakkoord buiten faillissement door te drukken, zal ik in een eerder stadium stoppen met leveren [10]	Medium positief ($r = .450$, $p < 0,00001$)	Een dwangakkoord buiten faillissement druist in tegen mijn rechtsgevoel [11]
	Beperkt positief ($r = .229$, $p < 0,05$)	Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord [14]
	Medium positief ($r = .330$, $p < 0,05$)	Ondernemingen in zwaar weer zijn te weinig transparant over de werkelijke situatie. Als ze dat wel zouden zijn dan zouden meer crediteuren bereid zijn om mee te werken aan een akkoord [15]
	Beperkt positief ($r = .274$, $p < 0,01$)	Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten [19]
	Medium positief ($r = .428$, $p < 0,0001$)	Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord [21]
Beperkt positief ($r = .255$, $p < 0,05$)		
Een dwangakkoord buiten faillissement druist in tegen mijn rechtsgevoel [11]	Medium positief ($r = .317$, $p < 0,01$)	Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord [14]
	Beperkt positief ($r = .279$, $p < 0,01$)	Bij voorstellen tot schuldsanering krijg ik meestal volledig inzicht in de financiële situatie [13]
Een dwangakkoord buiten faillissement is een pragmatische manier om bedrijven te redden. Bij faillissement krijgen ze toch vrijwel niks. Dit is dus altijd beter [12]	Medium positief ($r = .304$, $p < 0,01$)	Bij weinig informatie van de kant van de schuldenaar ben ik veelal toch bereid mee te werken aan een onderhands akkoord [18]

Tabel 4a – Dwangakkoord: degene die het meer eens is met de linker stelling, is het MINDER eens met de rechter stelling...

Een dwangakkoord buiten faillissement druist in tegen mijn rechtsgevoel [11]	Medium negatief ($r = -.387$, $p < 0,001$)	Een dwangakkoord buiten faillissement is een pragmatische manier om bedrijven te redden. Bij faillissement krijgen ze toch vrijwel niks. Dit is dus altijd beter [12]
--	---	---

Tabel 5a – Informatie: degene die het meer eens is met de linker stelling, is dat ook met de rechter stelling...

Bij voorstellen tot schuldsanering krijg ik meestal volledig inzicht in de financiële situatie [13]	Beperkt positief ($r = .212$, $p < 0,05$)	Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord [14]
Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord [14]	Medium positief ($r = .355$, $p < 0,001$)	Ondernemingen in zwaar weer zijn te weinig transparant over de werkelijke situatie. Als ze dat wel zouden zijn dan zouden meer crediteuren bereid zijn om mee te werken aan een akkoord [15]
	Medium positief ($r = .421$, $p < 0,001$)	Ondernemingen in zwaar weer zijn in het algemeen onvoldoende transparant over hun reorganisatieplan [16]
	Beperkt positief ($r = .254$, $p < 0,05$)	Reorganisatieplannen die ik onder ogen krijgen zijn veelal te optimistisch ingeschat [17]
	Beperkt positief ($r = .217$, $p < 0,05$)	Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten [19]
	Medium positief ($r = .4254$, $p < 0,001$)	Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord [21]

Ondernemingen in zwaar weer zijn te weinig transparant over de werkelijke situatie. Als ze dat wel zouden zijn dan zouden meer crediteuren bereid zijn om mee te werken aan een akkoord [15]	Sterk positief ($r = .662$, $p < 0,0000001$)	Ondernemingen in zwaar weer zijn in het algemeen onvoldoende transparant over hun reorganisatieplan [16]
	Medium positief ($r = .361$, $p < 0,001$)	Reorganisatieplannen die ik onder ogen krijgen zijn veelal te optimistisch ingeschat [17]
	Medium positief ($r = .472$, $p < 0,001$)	Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten [19]
	Medium positief ($r = .436$, $p < 0,001$)	Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord [21]
Ondernemingen in zwaar weer zijn in het algemeen onvoldoende transparant over hun reorganisatieplan [16]	Medium positief ($r = .325$, $p < 0,001$)	Reorganisatieplannen die ik onder ogen krijgen zijn veelal te optimistisch ingeschat [17]
	Medium positief ($r = .458$, $p < 0,001$)	Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten [19]
	Medium positief ($r = .395$, $p < 0,001$)	Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord [21]

Tabel 5b – degene die het meer eens is met de linker stelling, is het MINDER eens met de rechter stelling...

Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord [14]	Medium negatief ($r = -.367$, $p < 0,001$)	Bij weinig informatie van de kant van de schuldenaar ben ik veelal toch bereid mee te werken aan een onderhands akkoord [18]
---	---	--

Tabel 6 – Relatie: degene die het meer eens is met de linker stelling, is dat ook met de rechter stelling...

Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten [19]	Medium positief ($r = .373$, $p < 0,001$)	Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord
Ik ben wel eens benadeeld door een in mijn ogen 'onredelijk' handelende schuldeiser [20]	Beperkt positief ($r = .223$, $p < 0,05$)	

Uit de correlatieanalyse lijkt naar voren te komen dat onredelijk gedrag, althans gezien vanuit het perspectief van crediteuren, sterk wordt beïnvloed door de kwaliteit van de relatie tussen schuldeiser en schuldenaar. Vertrouwen, informatie en transparantie spelen daarbij een cruciale rol en bepalen mede het slagen van een onderhands kwijtscheldingsakkoord.

4.4 De formeel juridische versus coöperatieve vorm

Om de rol van omgangsvormen en taalgebruik te onderzoeken, evenals meer in het algemeen het aspect van 'samenwerking versus dwang', zijn twee vergelijkbare cases in de enquête aan de respondenten voorgelegd, waarbij casus A op een formele juridische toon was geformuleerd en casus B een meer coöperatieve toon had: *Stel, u krijgt een brief van de advocaat van uw klant in zwaar weer. De brief bevat de volgende passage:*

CASUS A: '(...) Door de economische omstandigheden is mijn cliënt in zwaar weer terecht gekomen. Wij zijn bezig met een reorganisatie en de perspectieven zijn goed. Indien u akkoord gaat met 60% kwijtschelding op uw vordering, dan is er voldoende perspectief op een gezonde toekomst (...) ik wijs u erop dat wanneer u niet meewerkt, en de meerderheid van de schuldeisers in uw 'schuldeisersklasse' wel, ik u dwing tot medewerking op basis van de Wet Continuïteit Ondernemingen II. Ik zal me dan beroepen op 'onredelijk gedrag' uwerzijds. Mocht het akkoord niet tot stand komen, dan zal het bedrijf hoogstwaarschijnlijk failleren. Mijn verwachting is dat u dan hoogstens 20% op uw vordering ontvangt (...)'

CASUS B: '(...) Door de economische omstandigheden is mijn cliënt in zwaar weer terecht gekomen. Wij zijn bezig met een reorganisatie en de perspectieven zijn goed. Hoewel u al veel geduld hebben moeten hebben, zou ik u willen vragen of u bereid bent mee te werken aan de reorganisatie, onderdeel daarvan is een kwijtscheldings-

voorstel waardoor u slechts 40% zult ontvangen, mits elke schuldeiser in uw 'schuldeisersklasse' akkoord gaat. Dit alles spijt ons zeer. We zijn uiteraard bereid om op vertrouwelijke basis volledig inzicht te geven in de financiële situatie. Hoewel we optimistisch zijn, blijven we realistisch. De kans van slagen is niet zeker maar met het uitgebreide reorganisatieplan, inclusief ingrijpende bezuinigingsmaatregelen, zetten we de schouders eronder. De eerste resultaten zijn al zichtbaar. Wij waarderen de relatie met u, en bieden nogmaals ons excuus aan voor de ontstane situatie (...)

Casus A werd gepresenteerd aan het begin van de enquête; Casus B aan het einde na de stellingen. Gegeven de minimale informatie in deze casus werden de respondenten gevraagd op een schaal van 1 tot 10 aan te geven wat in beginsel hun bereidheid was om mee te werken aan een oplossing. De cases zijn economisch beschouwd equivalent.

Met gebruik van een 'gepaarde-steekproef' *t*-toets laten de tabellen 7,8 en 9 zien dat schuldeisers in beginsel gemiddeld meer bereid zijn mee te werken aan een oplossing als de omgangsvormen en het taalgebruik coöperatief van aard zijn ($\bar{X}=5.83$, $SE=.240$) dan wanneer deze op formeel juridische toon wordt geformuleerd ($\bar{X}=4.10$, $SE=.249$), $t(93) = -7.460$, $p < 0.0000001$, $r = 0.37$.

Tabel 7: 'Gepaarde Steekproeven Statistieken'

		Gemiddelde	N	Std. Deviatie	Std. Error Gemid.
Paar 1	Casus A – u krijgt een brief van de advocaat ...	4,10	94	2,414	,249
	Casus B – u krijgt een brief van de advocaat ...	5,83	94	2,331	,240

Tabel 8: 'Gepaarde Steekproeven Correlaties'

		N	Correlatie	Sig.
Paar 1	Casus A – u krijgt een brief van de advocaat ...	94	,549	,000

Tabel 9: 'Gepaarde Steekproeven Toets'

		Gepaarde Verschillen					t	df	Sig. (2-zijdig)
		Gemid.	Std. deviatie	Std. error gemid.	95% Betrouwbaarheidsinterval v/h/ verschil				
					Lower	Upper			
Paar 1	Casus A – u krijgt...	-1,734	2,254	,232	-2,196	-1,272	-7,460	93	,000

De effectgrootte ($r = 0.37$) is daarbij medium (Cohen, 1992).¹⁰ Met behulp van de software-applicatie 'G*Power' (versie 3.1.9) is vervolgens de 'statistical power' berekend, post-hoc bij een α -niveau van .05. Gegeven dat deze (ruim) groter is dan .8 (Mazen, Hemmasi en Lewis, 1985),¹¹ bij een effectgrootte van 0.37 en een steekproefomvang van 94, kan worden geconcludeerd dat de steekproefomvang groot genoeg is en dat het zeer waarschijnlijk is ($1-\hat{\alpha}=.94$) dat er daadwerkelijk een significant positief verschil in bereidheid bestaat wanneer schuldeisers op een meer coöperatieve in plaats van een formeel juridische wijze worden gevraagd mee te werken aan een oplossing.

5 Conclusies en kanttekeningen rondom het dwangakkoord buiten faillissement

Aanleiding voor dit onderzoek is de aangekondigde herijking van het faillissementsrecht, gericht op het versterken van het 'reorganiserend vermogen' van bedrijven, waarbij sanering van schulden buiten faillissement wordt vergemakkelijkt door middel van 'dwang'. Beoogd criterium daarbij is het tegengaan van kennelijk 'onredelijk gedrag', in het bijzonder wanneer andere schuldeisers (meer dan 50%) reeds akkoord zijn gegaan. Hoewel het afwachten is wat de wettelijke regeling precies zal inhouden, zouden wij op basis van het onderzoek de volgende tentatieve conclusies willen trekken, evenals kanttekeningen willen plaatsen.

- 'Transparantie', 'vertrouwen' en 'informatie' zijn aantoonbare sleutelbegrippen in de context van schuldeisersakkoorden. In combinatie met een in beginsel open houding van crediteuren om mee te werken aan een akkoord zijn hiermee ingrediënten aanwezig om de noodzaak van 'dwang' te heroverwegen of op zijn minst te (her)onderzoeken;
- De houding van de ondernemer en zijn/haar adviseurs richting schuldeisers ('tone of voice') heeft een significante invloed op de bereidheid van crediteuren om wel of niet mee te werken. Een 'coöperatieve houding' loont derhalve ten opzichte van 'dwang', waarbij we op basis van het bovenstaande durven te stellen dat dit niet alleen geldt in de context van vermeend onredelijk gedrag, wanneer reeds 50% van de collega-schuldeisers akkoord is gegaan, maar ook in een eerdere fase van (poging tot) vrijwillige schuldsanering;
- Meer in het algemeen, het reorganiserend vermogen van bedrijven in nood zal niet zomaar toenemen wanneer het dwangakkoord buiten faillissement

10 J. Cohen, 'A power primer', *Psychological Bulletin*, 112(1), 1992, p. 155-159.

11 A.M.M. Mazen, M. Hemmasi. en M.F. Lewis, 'In Search of Power: A Statistical Power Analysis of Contemporary Research in Strategic Management', *Academy of Management Proceedings*, 1985, p. 30-34.

wordt ingevoerd. Sterker, door als gevolg hiervan mogelijk toenemende polarisatie tussen schuldenaren en schuldeisers, evenals tussen schuldeisers onderling lijkt de kans aanwezig dat bereidheid tot medewerking aan een informele oplossing bij voorbaat al minder groot is. De voorgenomen wijzigingen zouden dus zelfs averechts effect kunnen opleveren;

- De resultaten suggereren dat het dwangakkoord buiten faillissement misschien wel een verkeerde oplossing is voor het verkeerde vraagstuk. Name-lijk, de eenzijdige focus op het met dwang saneren van schulden, vanuit het (negatieve) uitgangspunt van kennelijk 'onredelijk gedrag' (is dat wel objectief vast te stellen?), in plaats van het bevorderen van samenwerking met crediteuren ('tweerichtingsverkeer') gebaseerd op onderling vertrouwen, informatie-uitwisseling en constructief overleg. Met andere woorden, een wetsvoorstel dat zich alleen richt op het gedrag van de schuldeiser is incompleet omdat er geen eisen worden gesteld aan het noodzakelijke constructieve gedrag van de schuldenaar.

Ons advies aan de Minister zou dan ook zijn eerst nog eens twee keer na te denken voordat het dwangakkoord buiten faillissement wordt ingevoerd, en met behulp van aanvullend onderzoek te bezien of bijvoorbeeld niet beter met behulp van (stimulering van) 'soft-law' de gewenste samenwerking en 'deals' tussen debiteuren en crediteuren tot stand kunnen worden gebracht. Niet in de laatste plaats omdat de in de wetswijziging beoogde (forse) doorbreking van de contractsvrijheid op zijn minst behoedzaamheid te weeg moet brengen. Mogelijke alternatieven die de rechtszekerheid *minder* in gevaar brengen zouden dus te allen tijde eerst moeten worden onderzocht. *Deal or No deal?*

APPENDIX 1: Correlaties – (a) meewerken

	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8. ten	9. helft	
	hoeveel keer ingestemd	meer te verliezen	vordering klein	meerdere opties	economische belang	verkeerde partijen	niet akkoord	onredelijk dwars	omrechte failliet	schuldseisers akkoord
Kunt u een globale inschatting geven van het aantal keren dat aan u een (onderhands/vrijwillig) kwijtscheldingsakkoord is aangeboden in de afgelopen vijf jaar.	1	-.141	.018	-.165	-.045	.145	.274*	.186	-.021	-.316**
		.000	.873	.148	.697	.205	.015	.104	.855	.005
	78	78	78	78	78	78	78	78	78	78
Kunt u globaal aangeven hoeveel keer u ingestemd heeft met een dergelijk (kwijtscheldings)akkoord?	1	.047	-.007	-.244*	.054	-.065	.110	-.016	-.050	-.255*
		.685	.951	.031	.641	.569	.337	.888	.667	.024
	78	78	78	78	78	78	78	78	78	78
1. Hoe meer ik heb te verliezen hoe groter de bereidheid om mee te werken aan een kwijtscheldingsakkoord		1	.211*	.094	.197	-.224*	-.035	-.077	.126	.401**
			.041	.366	.058	.030	.735	.463	.226	.000
		94	94	94	94	94	94	94	94	94
2. Als de vordering klein is ten opzichte van onze gemiddelde debiteurenstand, dan is mijn bereidheid om een vordering af te schrijven in het algemeen groot			1	.233*	.271**	-.056	-.204*	-.037	.015	.421**
			.024	.024	.008	.594	.049	.723	.884	.000
		94	94	94	94	94	94	94	94	94
3. Ik ben in het algemeen bereid in overleg te treden over een oplossing mits er meerdere opties zijn om uit te kiezen			94	1	.485**	.103	.028	.021	-.053	.180
					.000	.324	.787	.839	.611	.082
			94	94	94	94	94	94	94	94
4. Voor mij is het economische belang altijd doorslaggevend. Hoe groter de kans op betaling, des te groter de kans op mijn medewerking					1	-.046	-.100	-.024	.036	.278**
					.663	.339	.339	.821	.727	.007
					94	94	94	94	94	94
5. Bij een schuldsanering worden ondernemersrisico's bij de verkeerde partijen gelegd. Dit is een reden om uit principe niet mee te werken						1	.163	.323**	.154	-.067
						.117	.002	.138	.522	.007
						94	94	94	94	94
6. Ik ben wel eens niet akkoord gegaan terwijl het bedrijfseconomisch beter was wel akkoord te gaan							1	.229*	.001	-.121
								.026	.994	.244
								94	94	94
7. Ik lig regelmatig "onredelijk dwars" ten opzichte van mijn medeschuldeisers								1	.430**	-.031
									.000	.767
								94	94	94
8. Door mijn toedoen (niet meewerken aan een akkoord) is wel eens een klant in zwaar weer ten onrechte failliet gegaan									1	.129
										.214
									94	94
9. Als ik weet dat (in het nieuwe wetgevingssysteem) de helft van de schuldeisers in mijn schuldeiserklasse akkoord is gegaan, zal ik als vanzelfsprekend ook vrijwillig akkoord gaan										1
										94

*. Correlatie is significant op het 0,05 niveau (2-zijdig). **. Correlatie is significant op het 0,01 niveau (2-zijdig).

2 | Tussen wal en schip Het wisselrecht ten tijde van de Republiek der Verenigde Nederlanden

C.H. Bezemer [■]

1 INLEIDING

Het wisselrecht heeft vanaf de late Middeleeuwen een belangrijke rol gespeeld in het internationale betalingsverkeer en de kredietverlening. Door technologische ontwikkelingen is het belang ervan verminderd. Desondanks blijft het een goed voorbeeld van de complicaties die kunnen optreden als meer dan twee partijen betrokken zijn bij de tenuitvoerlegging van een transactie. In het wisselrecht waren/zijn dat ten minste drie partijen, vaak meer.¹ Hier geldt: naarmate het aantal partijen toeneemt, neemt het aantal onzekerheden toe. En: hoe meer onzekerheden, hoe meer het aankomt op vertrouwen. Omdat de regels van het 'spel' niet overal in Europa identiek waren zal ik mij concentreren op de praktijk zoals die naar voren komt uit de *Observationes tumultuariae novae* van Willem Pauw [1712-1787]. Deze raadsheer en later president van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland heeft ons zijn privé-aantekeningen nagelaten over de zaken die tussen 1743 en 1787 aan de Raad zijn voorgelegd.² Daaronder zijn tientallen zaken die op enigerlei wijze verband houden met wisselbrieven. Pauws weergave van hetgeen zich afspeelde in de beslotenheid van de Hoge Raad geldt als betrouwbaar.³ Van minstens even groot belang is te weten dat de Hoge Raad van toen geen cassatiehof was maar hoogste feitenrechter. Pauw begint iedere notitie dan ook met een beschrijving van de casus en de beslissingen van lagere instanties. Waarna hij ingaat op de binnen de Hoge Raad naar voren gebrachte argumenten en

■ Mr. dr. C.H. Bezemer is universitair hoofddocent Historische ontwikkeling van het recht aan de Universiteit Leiden.

1 Meer hierover in de volgende paragraaf.

2 De aantekeningen zijn in 1918 door Meijers ontdekt en uitgegeven door een team van rechtshistorici onder de titel *Wilhelmi Pauw, Observationes tumultuariae novae*, deel I (red. Fischer et al.), Haarlem: Tjeenk Willink en Zoon 1964; deel II (red. Feenstra et al.), Haarlem: Tjeenk Willink en Zoon 1967; deel III (red. Feenstra et al.), Haarlem: Tjeenk Willink en Zoon 1972.

3 Zie H.W. van Soest, 'Hoe vervaardigde raadsheer Willem Pauw zijn *Observationes Tumultuariae Novae*?', in: Ankum/Spruit/Wubbe (red.), *Satura Roberto Feenstra oblata*, Fribourg: Editions Universitaires 1985, p. 585-607.

de uiteindelijke beslissing. Tezamen genomen moet dit ons een goed beeld geven van in ieder geval die zaken die dankzij partijen met een lange adem (en voldoende geld) de complete rechtsgang hebben doorlopen.

2 ESSENTIALIA VAN HET WISSELRECHT PLUS ENIGE STATISTIEKEN

Alvorens nader in te gaan op de door Pauw vermelde wisselzaken is het goed de hoofdkenmerken en eigenschappen van het toenmalige wisselrecht te schetsen.

Een wisselbrief werd uitgegeven door de trekker die deze meegaf aan de nemer, uiteraard niet zonder tegenprestatie. Tegelijk ging er een kopie van de brief naar de elders woonachtige betrokkene, bijvoorbeeld een bevriende relatie of een filiaalhouder, die verzocht werd op een bepaalde datum een bepaald bedrag uit te keren aan de nemer of aan een ander die door endossement de rechthebbende was geworden. Meestal meldde de houder van de wisselbrief zich vóór de betaaldatum bij de betrokkene, die, als de trekker zijn zaken op orde had, de wissel accepteerde en daardoor partij werd bij een driepartijenovereenkomst, of, afhankelijk van het aantal geëndosseerden, een vier- of nogmeerpartijenovereenkomst.

Ging alles volgens plan dan betaalde de betrokkene op de in de wisselbrief aangegeven dag. Zo niet, dan moest protest aangetekend worden. Doorgaans betekende dit een gang naar de notaris. Vanaf dat moment had de houder van de wisselbrief de mogelijkheid regres te nemen tegen iedereen die al ‘aan boord’ was of die naderhand ‘aan boord’ was gekomen. Dus tegen de nemer en de trekker, en tegen iedere geëndosseerde. Niemand kon ontsnappen. Vandaar dat dit onderwerp een plaats verdient bij het thema ‘Meerpartijenovereenkomsten’.

Op het eerste gezicht lijkt het een kwestie van lastgeving door de trekker aan de betrokkene met een wat ingewikkelde manier om de last tot een goed einde te brengen. Er zitten echter vaak vertegenwoordigingsproblemen aan vast, plus, ook binnen de provincies Holland en Zeeland, afwijkende ‘wisselstijlen’. En, natuurlijk, de meerpartijenproblematiek, die groter wordt naar mate het aantal geëndosseerden toeneemt. Hoe één en ander in elkaar grijpt kan het best gedemonstreerd worden aan de hand van een aantal typische gevallen. Om de achtergrond daarvan aan te geven geef ik eerst enige statistieken.

Van de 58 door Pauw beschreven wisselzaken gaan er vijftien over wissels die beheerst werden door het Amsterdamse wisselrecht.⁴ Dit is natuurlijk geen toeval. Bijkomstig voordeel is dat we van het Amsterdamse wisselrecht een tamelijk gedetailleerde beschrijving hebben van de hand van Phoonsen (eerste

4 De nummers 362, 363, 382, 398, 877, 878 + 879 + 880 + 881, 941, 967, 1152, 1158, 1312 + 1313 + 1320 + 1396, 1347, 1367, 1380 + 1401 + 1449 + 1612, en 1530. De door een plus-teken verbonden nummers betreffen één en dezelfde zaak.

druk Amsterdam 1676).⁵ Het uiterst praktische boek van Phoonsen is ook behulpzaam waar het het wisselrecht van Rotterdam betreft, en dat van diverse andere steden en landen van Europa.⁶ Het Rotterdamse wisselrecht werd toegepast in zes zaken.⁷ Ik tel ook zes Zeeuwse zaken (Middelburg en Vlissingen elk drie).⁸ Verder één Delftse, één Haagse, en één Leidse zaak.⁹ Een bijzondere plaats nemen de koloniale gevallen in. Zo zijn er zestien kwesties die in eerste instantie door het Hof van Civiele Justitie in Suriname zijn beoordeeld.¹⁰ Ging men daarvan in beroep (revisie) dan belandde men meestal direct bij de Hoge Raad als gedelegeerd rechter namens de Staten-Generaal en zonder tussenkomst van het Hof van Holland.¹¹ Uiteraard zorgde ook de Verenigde Oost-Indische Compagnie voor enige zaken.¹² De overige gevallen belandden zonder lagere instanties bij het Hof van Holland en/of de Hoge Raad.¹³

Het hoeft geen betoog dat achter deze statistieken ettelijke drama's schuilgaan die onherroepelijk optreden als men huis en haard verlaat om in de wijde wereld gewin te zoeken. Met aanvullende gegevens is het soms mogelijk de door Pauw verschaft informatie extra leven in te blazen en de hartslag/bloeddruk van zijn tijd te horen/voelen. Eerst moet echter de wisselbrief juridisch geplaatst worden.

-
- 5 De volledige titel luidt: J. Phoonsen, *Wissel-styl tot Amsterdam. Vervattende niet alleen wat men gewoon, maar ook wat een voorsichtigh koopman, tot sijn securiteyt, in de wissel-handel dienstig en noodig is. Mitsgaders ordonantien, willekeuren, en reglementen van wisselen tot Amsterdam, Rotterdam, Antwerpen, Lions, Hamburg, Franckfurt, Leipzig, Nurnberg, Auspurg, Breslauw, Bologna, Bisenzone, Bolzano, en Bolgiano. Als ook ordonantien van Lodewyk de XIV wegens de handel der negotianten en kooplieden*. Ik benutte de editie Amsterdam 1716, die naast de reeds genoemde steden ook het wisselrecht van Denemarken, Zweden, Brandenburg, Pruisen en Danzig bevat.
 - 6 Phoonsen wordt in vijftien gevallen door Pauw aangehaald, waaronder acht Amsterdamse gevallen en één Rotterdams geval. Zie het auteursregister in Pauw III (1972), p. 523.
 - 7 Nummers 78, 252, 778, 886, 1080 en 1550.
 - 8 Middelburg: nrs. 511, 976 en 1701; Vlissingen: nrs. 1095, 1644 + 1692 + 1695, en 1763.
 - 9 Respectievelijk nrs. 820, 765 en 1442.
 - 10 Nummers 575, 648, 895, 931, 986, 1139, 1196, 1244, 1273, 1382, 1479, 1517, 1544, 1642, 1665 + 1700, en 1683.
 - 11 Een uitzondering is zaak nr. 1517, waarover hieronder in paragraaf 5. In de Wet op de Rechterlijke Organisatie (van 1827) stond een bepaling die hetzelfde tot uitdrukking bracht. Art. 91 lid 2 (oud) luidde: de Hoge Raad oordeelt bij wege van hoger beroep in burgerlijke zaken: 1° 2° over de vonnissen gewezen bij de hoven van justitie in de koloniën of bezittingen van het Rijk in andere werelddelen, overeenkomstig de bepalingen deswege door de Koning te maken.
 - 12 Ik tel er drie: nrs. 40 + 71 + 111, 798 en 1133.
 - 13 Het betreft de nummers 69, 268 + 269 + 270, 583, 619, 878 + 879 + 880 + 881, 1080, 1133, 1290 + 1319, en 1764.

3 DE WISSELBRIEF: EEN HYBRIDE

Sinds de wisselbrief in de late Middeleeuwen in zwang kwam is geprobeerd hem juridisch te temmen. Dat is nooit helemaal gelukt.¹⁴ Sommige dieren gedragen zich nu eenmaal anders dan de oppassers dat wensen. De eersten die een poging waagden waren de middeleeuwse geleerdrechtelijke juristen. Zij gebruikten hun romeinsrechtelijke gereedschapskist om het nuttige betalingsinstrument een plaats te geven in de hun vertrouwde kaders. Dit leidde tot velerlei interpretaties. Voor de door ons uitgekozen periode is van belang dat Hugo de Groot de rechtsverhouding tussen de trekker van een wisselbrief en de betrokkene gekwalificeerd heeft als lastgeving (*mandatum*).¹⁵ Dat was niet voor het eerst, maar men kwam er al spoedig achter dat niet alle aspecten van de Romeinse lastgeving van pas kwamen bij de vormgeving van genoemde rechtsverhouding. In het bijzonder het om-niet-karakter van de oude Romeinse lastgeving kon onmogelijk toegepast worden op de betrokkene als lasthebber, die zijn diensten als betalende partij na de aanbieding en acceptatie van de wisselbrief niet voor niets verrichtte. Dit had ook consequenties voor de aansprakelijkheidsgraden van trekker en betrokkene. Iemand die dingen zonder tegenprestatie verrichtte had naar Romeins recht een geringe zorgplicht. Dit gold zeker niet voor de acceptant. Dat maakte een deel van de romeinsrechtelijke teksten over lastgeving onbruikbaar. Het uitgeven van een overdraagbare wisselbrief was al evenmin een element van de Romeinse lastgeving.

Daarnaast heeft het overhandigen van een wisselbrief aan de nemer, en het opsturen van een kopie ervan aan de betrokkene trekken van het derden-beding, iets waar de oude Romeinen grote moeite mee hadden. Nu was er over dit onderwerp sinds de receptie van het Romeinse recht aanhoudend discussie, ook met kanonisten. Dat maakte dat alleen een 'creatieve' omgang met de teksten tot een *zeitgemässe* toepassing kon leiden. En, het zal niet verbazen na deze eerste *observationes*: de Romeinen kenden de wisselbrief niet.¹⁶ Het hoeft dus evenmin te verbazen dat om onduidelijkheden te vermijden overheden overgingen tot het opstellen van voorschriften omtrent het uitgeven, overdragen, aanbieden en betalen van wisselbrieven en de procedure in geval van niet-acceptatie of niet-betaling. De eerste regelingen in de Neder-

14 Voor een Nederlandstalig overzicht zie J.A.F. Wallert, *Ontwikkelingslijnen in praktijk en theorie van de wisselbrief 1300-2000*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf/Groningen: Chimaera 1996. Niet door haar geciteerd: G. Cassandro, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napels: Edizioni Scientifiche Italiane 1982, waarin enkele bijdragen staan over de beginperiode van het wisselrecht.

15 *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, III, 13.

16 Met de overdraagbaarheid van schuldbekentenissen hadden ze geen probleem. Zie daarover recentelijk W.J. Zwalve, 'Exit bos frisica, The Tolsum tablet and Roman law', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2009/77, p. 355-366.

landen stammen uit Antwerpen (1570/71).¹⁷ Daarmee was het leed nog niet geleden, want er was de nodige variatie in de voorschriften, zodat kooplieden en andere reislustigen alsnog de kans liepen om geld verlegen te zitten in het buitenland. Het was zaak goed op de hoogte te zijn van de lokale gebruiken. De nemer mocht hopen dat de trekker van de wissel hem hierover kon inlichten. Ook in andere opzichten was de trekker de leidende partij: hij moest ervoor zorgen dat betrokkene daadwerkelijk bereid was aan de nemer, of eventuele geëndosseerden, te betalen. De grondslag was meestal daarin gelegen dat de betrokkene in het krijt stond bij de trekker of diens vertegenwoordiger was. Desondanks bleef het in hoge mate een kwestie van vertrouwen, hoeveel regels er ook bedacht zijn om het aantal onzekerheden te verminderen. Het wordt tijd voor enige concrete gevallen.

4 GESCHONDEN VERTROUWEN: DE GEMANGELDE SCHIPPER

In 1763 kreeg de Hoge Raad een geval voorgelegd waaruit blijkt hoe voorzichtig je moet zijn met het aannemen van een wisselbrief als je niet, of niet goed op de hoogte bent van de kredietwaardigheid van de trekker.¹⁸ Wat was er gebeurd? Een zekere Titius, koopman te Rotterdam was met schipper Cajus overeengekomen dat Cajus vanaf Amsterdam naar Lissabon zou varen om aldaar zijn schip met zout vol te laden, welk zout hij naar Trondheim (Noorwegen) diende te vervoeren. Tevens was afgesproken dat het vrachtgeld na het lossen van het zout in Trondheim zou worden betaald. Cajus transporteerde volgens afspraak het zout naar Trondheim en leverde het af aan Sempronius, de daartoe aangewezen persoon. Toen het op betalen aankwam nam Cajus er genoegen mee dat Sempronius hem deels in contanten en deels in de vorm van een wisselbrief getrokken op Titius betaalde. Waarschijnlijk deed Cajus dat in het vertrouwen dat Sempronius solvent was en hij terug in Rotterdam de rest van het vrachtgeld zonder probleem kon incasseren. Zo ging het echter niet. Titius weigerde de wisselbrief te accepteren en Cajus sprak vervolgens Sempronius aan, tevergeefs, want die was inmiddels failliet gegaan. Er volgde een gang langs vier instanties, eindigend bij de Hoge Raad. Eveneens tevergeefs.

Voor ik inga op de in de Hoge Raad naar voren gebrachte argumenten, is het goed te weten wie er achter de Romeinse schuilnamen zitten die Pauw gebruikte om de anonimiteit van zijn dagboeknotities te waarborgen, mochten

17 Zie Wallert (1996), p. 53-88. Hoe met deze ook voor Amsterdam belangrijke optekening werd omgegaan door de Grote Raad van Mechelen in 1570, komt aan de orde in W.D.H. Asser, 'Van sine guden. The (conditional) acceptance by a factor of a bill of exchange drawn upon him by his principal', in A. Wijffels (red.), *Miscellanea Consilii Magni III. Essays on the History of Forensic Practice. Etudes d'histoire judiciaire*, Amsterdam 1988, p. 1-15.

18 Het gaat om Pauw II (1967), nr. 886.

zij onverhoopt op straat komen te liggen. Dankzij de zegeningen van internet is dit een stuk eenvoudiger geworden omdat daarop de kerngegevens te vinden zijn van het Hof van Holland, de instantie waar de arme Cajus langs geweest was voor hij bij de Hoge Raad belandde.¹⁹ Wie was hij? Op 11 mei 1762 diende Jan Haijes Visser, omschreven als ‘koopman te Staveren, medewerker en boekhouder van het kofschip genaamd Het Kort Verblijf’, het verzoek in tot een appèlzaak tegen het vonnis van de schepenen van Rotterdam inzake een geschil over de betaling van vrachtgeld. Dat verzoek werd ingewilligd. In dezelfde bron vinden we wie er achter Titius schuil gaan: François en Adrianus Dubbelmuts, bevrachters van genoemd kofschip.²⁰ De Dubbelmutsen behoorden tot een aanzienlijk Rotterdams koopmansgeslacht, met zonder twijfel goede contacten in stad en stadhuis. Regenten tegen wie een eenvoudig koopman uit Staveren niet opgewassen was. In Rotterdam werd Vissers eis tot betaling door de Dubbelmutsen van het resterende vrachtgeld afgewezen, in eerste instantie door de Commissarissen van Zeezaken (30 mei 1761), en vervolgens door de schepenen van Rotterdam (23 april 1762). Visser moet gehoopt hebben dat hem in Den Haag wel recht zou worden gedaan. Vandaar zijn appèl bij het Hof van Holland, dat echter op 7 december 1762 zijn eis afwees. Met spreekwoordelijke Friese vasthoudendheid ging hij door. De Hoge Raad van Holland, Zeeland & West-Friesland, dáár moest men toch de juistheid van zijn grief inzien?

Het duurde bijna een jaar voordat de Hoge Raad tot een beslissing kwam. Die was niet ten gunste van Visser, maar dankzij Pauw weten we dat niet alle raadsheren hem ongunstig gezind waren. Meer dan één raadsheer verkeerde in twijfel over de vraag of het deel van het vrachtgeld dat Visser op grond van de hem door Sempronius gegeven wisselbrief niet van de Dubbelmutsen had kunnen krijgen, wellicht op grond van de overeenkomst die hij met hen had gesloten opgevorderd kon worden. Er volgde een bewijsopdracht aan beide partijen. Deze rechtsvindingsactie hielp niet: de getuigenissen van de kooplieden die van beide zijden naar voren werden gebracht, waren tegenstrijdig. Toch moest er een beslissing genomen worden. Twee raadsheren waren de mening toegedaan dat Visser inderdaad de Dubbelmutsen kon aanspreken op grond van de met hen gesloten overeenkomst, temeer daar zij eigenaar waren van de door hem vervoerde lading. De overige raadsheren omhelsden de tegengestelde opvatting, zij het om verschillende redenen. Sommigen zeiden

19 De handigste manier om gegevens over partijen te vinden die bij Pauw meestal schuilgaan achter Romeinse voornamen is om in te tikken ‘Hof van Holland’ en ‘Rekesten om mandement’, en de zoekfunctie haar werk te laten doen. Dan komt men terecht op de website Ga het na in het Nationaal Archief, die talloze zoekmogelijkheden biedt. Lang niet alle bij Pauw genoemde zaken kunnen zo terug gevonden worden, maar, afhankelijk van het doel, is archiefbezoek niet altijd meer nodig.

20 Het is niet ongewoon dat Pauw meer dan één persoon aanduidt in het enkelvoud, doorgaans een firma. Vgl. Pauw III (1972), nr. 1227 en noot 3. Zie ook het in paragraaf 5 behandelde geval.

dat, omdat in de bevrachtingsovereenkomst was bepaald dat het vrachtgeld zou worden betaald door degene die in Trondheim de koopwaar in ontvangst zou nemen, de bevrachters daarmee voldoende te kennen hadden gegeven dat zij niet gehouden wilden zijn voor het vrachtgeld. En dat de betaling zoals die in Trondheim verricht was, waardoor het niet mogelijk was de hele vrachtsom te incasseren, toegeschreven moest worden aan overmacht die niet aan de Dubbelmutsen kon worden toegerekend, en die derhalve voor risico van Visser was. Pauw voegt hieraan toe: 'Ik gaf toe dat de bevrachter inderdaad aansprakelijk is voor het vrachtgeld, maar indien, zoals in dit geval, in het bevrachtingscontract de ontvanger van de goederen is aangewezen als degene van wie het vrachtgeld moet worden verlangd, zei ik dat er sprake was geweest van een soort *delegatio*, iets dat de schipper door eigen handelen heeft bevestigd toen hij betaling van Sempronius als ontvanger van de goederen had verlangd. En dat als hij enige schade heeft opgelopen van de kant van Sempronius dat niet van Titius (=de Dubbelmutsen) kan worden opgeëist omdat hij zelf zijn *vertrouwen* in Sempronius had gesteld, en een deugdelijke vordering had verworven door hem als schuldenaar te aanvaarden.' Als bewijs voor het laatste volgde een Digestentekst uit de titel over lastgeving [D. 17,1,26,2], een tekst die gaat over een schuldenaar die een ander aanwijst om zijn schuld te betalen, wat door de schuldeiser wordt aanvaard, ook al was die ander niet solvent.

Het is zeer de vraag of de schipper er zo tegenaan heeft gekeken toen hij vóór zijn lange zeereis met de Dubbelmutsen tot overeenstemming kwam. Ook ten opzichte van hen was hij te goed van vertrouwen. Misschien was het in het verleden wel goed gegaan met een soortgelijke trip. Ook moet worden aangetekend dat exact zeventien jaar later in een vergelijkbare zaak de Hoge Raad het argument van de *delegatio* afwees, en wel omdat de *delegatus*, de aangewezen schuldenaar, niet had ingestemd met zijn rol als schuldenaar.²¹ Omgekeerd kun je je afvragen of de schipper wel had ingestemd met Sempronius in Trondheim als zijn enige schuldenaar.

Het is niet waarschijnlijk dat Visser ooit nog in zee is gegaan met de Dubbelmutsen. In 1792 ging hun firma failliet, maar dat heeft Jan Haijes niet meer meegemaakt.²²

21 Het gaat om Pauw III (1972), nr. 1550.

22 De datum van het faillissement vond ik op de website van Genealogie Online (zoekwoord 'Dubbelmuts'), in een notitie over Carel Olsen Murk, wellicht een nazaat van de Sempronius van Pauw. De datum van overlijden van Visser (1 november 1779) via de website Stamboom.nl.

5 OVERSCHRIJDING VAN EEN VOLMACHT, OF: HOE KOM IK ONDER MIJN VERPLICHTINGEN UIT?

Het volgende geval illustreert dat wisselbrieven niet alleen werden gebruikt als betaalmiddel, maar ook als kredietinstrument.²³ Op 30 juni 1770 trok Cajus, vermoedelijk een plantagehouder, in Suriname een wissel ter waarde van 7655 gulden op Sempronius te Amsterdam ten behoeve van Titius *q.q.* Nemer Titius endosseert de wissel *q.q.* aan Maevius in Rotterdam. Als Maevius Sempronius benadert weigert die de wissel te accepteren en te betalen. Maevius daagt daarop Titius voor het Hof van Civiele Justitie in Suriname in diens hoedanigheid van vertegenwoordiger (*agendaris*) van Sempronius in Suriname, of waarvoor de letters *q.q.* mochten staan. Maevius vordert betaling van de wissel alsmede 25% van dat bedrag voor de kosten gemaakt in verband met de herwissel die getrokken moest worden op de regresplichtigen na Sempronius' weigering te accepteren/betalen. De rechters in Suriname veroordelen Titius tot betaling. Als Maevius het vonnis ten uitvoer wil leggen werpt Titius op dat hij nooit door Sempronius gemachtigd was betalingen in diens naam te doen, en dat wat voor volmacht hij ooit van Sempronius had ontvangen die was herroepen en overgegaan op Sejus. Maevius drong desondanks aan op betaling, maar krachtens een later besluit van het Hof werd Titius van die verplichting bevrijd. In plaats van hem wordt nu Sejus, als rechtsopvolger van Titius, veroordeeld. Die werpt echter op dat Titius nooit gemachtigd was de wisselbrief te endosseren en dat dat hem, Sejus, dus ook niet kan worden aangerekend. Toen raakte het geduld van Maevius op.

Voordat we gaan kijken hoe het verder ging kan het geen kwaad de identiteit van een aantal van de betrokkenen te onthullen. Achter de naam Maevius gaat de Rotterdamse firma Van Coopstad en Rochussen schuil: in die tijd de op één na grootste particuliere slavenhandelaar in de Republiek.²⁴ De wisselbrief was uitgegeven voor de aankoop van zestien slaven, zo blijkt uit het bij het Hof van Holland ingediende rekest.²⁵ Sempronius staat voor de Amsterdamse kooplieden Gerrit Abrahamsz. de Vries en Gerrit de Vries, tezamen met een Jan Marteilhe gevestigd in Suriname. Uit een eerder rekest aan het Hof blijkt dat zij toen directeuren waren van een 'fonds van negotie ten behoeve van planters in Suriname'.²⁶ Daarmee is duidelijk dat Jan Mar-

23 Het gaat om Pauw III (1972), nr. 1517.

24 Alleen de Middelburgse Commerce Compagnie was groter. Vgl. H. den Heijer, *Het slaven-schip*, oratie Leiden 2011, p. 7. Het gemeentearchief Rotterdam bevat talloze stukken over de activiteiten van Van Coopstad en Rochussen als slavenhandelaren en over hun rol als directeuren van negotiaties. Zie de website archieven.nl.

25 Zie het rekest om mandement van 24 mei 1776.

26 Rekest om mandement van 23 februari 1775.

teilhe hun vertegenwoordiger (agendaris) in Suriname was.²⁷ Hij moet Titius geweest zijn, omdat in het verdere verloop van de zaak alleen nog sprake is van Maevius, Sempronius en Titius.

Dit wetende wordt duidelijk dat de heren De Vries, op instigatie van hun agent in Suriname Jan Marteilhe, bereid waren enig risicokapitaal te investeren in een plantage in Suriname. Marteilhe moest de wisselbrief gebruiken om de aankoop van slaven (in Suriname) geleverd door de firma Van Coopstad en Rochussen te financieren. Toen bedachten de directeuren zich en voltrok zich het steekspel waarvan we het eerste bedrijf al kennen.

De firma Van Coopstad en Rochussen liet het er niet bij zitten en vroeg het Hof in Suriname om tenuitvoerlegging van het oorspronkelijke vonnis van 30 april 1771 in Amsterdam mogelijk te maken. Dit werd toegestaan. De schepenen van Amsterdam oordeelden op 6 december 1775 echter ten gunste van De Vries cum suis, en veroordeelden de firma zelfs tot betaling van de proceskosten. In beroep bij het Hof van Holland werd aanvankelijk (18 april 1777) gevonnist ten gunste van Van Coopstad en Rochussen, maar op 20 juni van dat jaar keerde het tij nogmaals. De Hoge Raad spendeerde er ook twee uitspraken aan, alle twee ten gunste van de heren De Vries.

Wat zei de Hoge Raad op 10 december 1779, voltallig bijeen en unaniem? Niemand kan aan de tenuitvoerlegging van een vonnis onderworpen worden als niet volstrekt duidelijk is hoe de zaken ervoor liggen, zowel ten aanzien van de feiten, als ten aanzien van het recht. Ten aanzien van de feiten constateerde de Hoge Raad dat het allerm minst zeker was dat Titius gemachtigd was Sempronius door middel van een wisselbrief te binden. Ten aanzien van het recht werd opgemerkt dat er twijfel mogelijk is of een vonnis uitgesproken tegen een lasthebber ten uitvoer kan worden gelegd tegen diens lastgever. Na herhaling van de noodzaak van volledige duidelijkheid over feiten en recht concludeert de Hoge Raad dat de schepenen van Amsterdam Sempronius terecht van de onderhavige rechtsgang hebben vrijgesproken. Daarmee was het juridisch steekspel niet beslist: aan de firma Van Coopstad en Rochussen werd impliciet de mogelijkheid gelaten nogmaals over de zaak zelf een nieuw proces te beginnen. Dat is nooit gebeurd: de firma is kort voor de uitspraak van de Hoge Raad ontbonden.²⁸

27 Wie een goed beeld wil krijgen van de plantageleningen en het functioneren van de fondsen van negotiatie in de onderhavige periode verwijs ik naar de 'research master thesis' van B(ram) Hoonhout, *Subprime plantation mortgages in Suriname, Essequibo and Demerara, 1750-1800. On manias, Ponzi processes and illegal trade in the Dutch negotiatie system* (masterscriptie Universiteit Leiden), 2012, te vinden in het Leiden Repository.

28 Dit ontleen ik aan de inleiding tot de archiefstukken in het Gemeentearchief Rotterdam over de firma (zie hierboven noot 24). De ontbinding vond plaats op 4 en 6 december 1779.

Het geschilderde geval is niet alleen instructief voor de valkuilen waarin men kan vallen bij het wisselrecht.²⁹ Het illustreert ook haarfijn de ondergang van het zgn. negotiatie-systeem in Suriname. Toen Cajus in 1770 een wissel trok op de De Vriezen had het systeem redelijk gefunctioneerd. In datzelfde jaar was er echter een misoogst. Het jaar daarop was er een opstand van slaven en bosnegers. Het vertrouwen in investeringen in plantages verdampte. De kredietcrisis van 1772 deed de rest.³⁰ Het is duidelijk dat de Amsterdamse kooplieden zich terug wilden trekken uit het project. Vandaar het eindeloze getraineer.

6 EEN NASLEEP VAN DE KREDIETCRISIS VAN 1772 (DE LEIDSE CAJUS)

De laatste twee gevallen doen ons midden in de kredietcrisis van 1772 belanden. Deze crisis was ontstaan in Londen en breidde zich al spoedig uit naar de rest van Europa. Tientallen banken vielen om. De verhoudingen tussen sommige landen raakten verstoord.³¹ Net als bij de huidige crisis van 2007 was de hoofdoorzaak gelegen in dubieuze financiële instrumenten. Zoals zal blijken speelden wisselbrieven daarin een rol. De daaraan inherente onzekerheden versterkten de instabiliteit van het internationale kredietsysteem. Het concrete geval speelde zich af in Londen en Amsterdam, om te eindigen in Leiden.

Een zekere Titius trekt op 15 december 1772 in Londen twee wissels op de Leidse koopman Cajus met de opdracht over twee maanden 12118 gulden te betalen aan ene Maevius. Maevius endosseert de wissel aan Atilius. Atilius op zijn beurt aan Sempronius.³² Achter de laatste naam schuilt het Amsterdamse bankiershuis Hope en Cie. Cajus is de Leidenaar Pieter van Peene, één van de kleinere spelers binnen het beleggingssyndicaat van de gebroeders Seppenwolde, dat aan speculatie in Engelse aandelen ten onder ging.³³ Uit het verdere verloop blijkt dat Maevius, net als de al spoedig insol-

29 In een andere notitie verzucht Pauw: 'Moeilijk en ingewikkeld zijn doorgaans de geschillen die over wissels gaan, en bovenal over degene die in de kolonie Suriname gebruikt worden, die nauwelijks beantwoorden aan de voorschriften die te dien aanzien gangbaar zijn.' Waarna een vergelijkbaar geval volgt als het onderhavige. Zie Pauw III (1972), nr. 1544.

30 Voor een gedetailleerde en genuanceerde beschrijving van de gebeurtenissen en hun oorzaken, zie Hoonhout (2012).

31 Ik ben zo vrij in dit geval te verwijzen naar het Wikipedia-artikel 'Credit crisis of 1772'.

32 Het gaat om Pauw III (1972), nr. 1312.

33 De Seppenwoldes zijn geen onbekenden in de literatuur. Hoewel de auteurs niet willen dat het geciteerd wordt (waarom dan op internet?): P. Koudijs/H.-J. Voth, *Leverage and Beliefs: Risk Taking and Personal Experience in Collateralized Lending Transactions on the Amsterdam Stock Market, 1770-1775* (1 juli 2013). Er is, ook op internet, een (positief) commentaar te vinden op het stuk van Koudijs en Voth in de vorm van een powerpointpresentatie (auteur: Christopher M. Meissner). Willem Pauw deed op een gegeven ogenblik geen moeite meer de identiteit van de Seppenwoldes in zijn dagboek te verbergen. Zie Pauw III (1972),

vente trekkers die schuil gaan achter de naam Titius, in Londen woonde. Hoewel Van Peene de wissels geaccepteerd had, weigerde hij op de aangegeven dag betaling. Als reden voerde hij geldgebrek aan, en dat de tijden er zich niet toe leenden veilig tot betaling over te gaan, kennelijk een verwijzing naar de kredietcrisis. Na protest van niet-betaling gedaan te hebben, endosseert Hope de wissels aan ene Benjamin in Londen met de opdracht protest aan te tekenen bij de trekker(s) en om met Maevis af te spreken dat die tegen betaling van 40 % van het totaalbedrag bevrijd wordt van zijn regresplicht. Daarna stuurt Benjamin de wissels terug naar Amsterdam. Dan gaat Hope over tot actie, laat beslag leggen op de Amsterdamse goederen van Van Peene en daagt hem voor de schepenenrechtbank. De schepenen veroordelen Van Peene op 9 september 1774 tot betaling, met rente. Een vonnis dat door het Hof van Holland op 21 december van dat jaar bevestigd wordt.

Voor de Hoge Raad voert Van Peene meerdere redenen aan waarom hij niet tot betaling is overgegaan. Pauw noemt er drie. De rest laat hij onvermeld als zijnde frivole subtiliteiten. Als eerste betoogde Van Peene dat Hope zijn recht op betaling had verloren door het endosseren van de wissels aan Benjamin. Dit werd verworpen omdat het endossement niet verricht was om enig recht aan Benjamin over te dragen maar uitsluitend om zijn protest bij de trekkers kracht bij te zetten en eventueel tot inning over te kunnen gaan, hetgeen niet lukte. Ten tweede voert Van Peene de afspraak met Maevis aan, die hem van iedere verdere verplichting zou ontslaan. Ook dit argument wordt verworpen als iets dat de verplichting van Van Peene niet raakt. Ten derde voert die aan dat hij nog maar 60 % van het bedrag hoeft te betalen. Ook dat wordt verworpen omdat als Hope meer dan het volle bedrag zou kunnen innen die het surplus aan Maevis zou moeten restitueren. Met één tegenstem bevestigt de Hoge Raad de eerdere vonnissen op 5 juli 1775.

Zes dagen later doet de Hoge Raad uitspraak in een soortgelijke zaak met opnieuw Van Peene in de hoofdrol.³⁴ Deze keer ging het om vier wisselbrieven ter waarde van ruim 17000 gulden. Deze waren in Londen door de ons inmiddels bekende Titius getrokken op Hope en Cie. Van Peene raakt betrokken omdat hij de wissels had geëndosseerd aan Maevis (geen onbekende), die ze vervolgens aan Atilius (idem) had geëndosseerd. Het is Atilius die nadat Hope, na aanvankelijk geaccepteerd te hebben, weigerde te betalen, en na vergeefs bij de (insolvente) trekkers te hebben aangeklopt, Van Peene voor de Amsterdamse schepenen daagde. Maevis had zich weer uit de keten van regresplichtigen gemanoeuvreed door 15 % van het bedrag aan Atilius te betalen. Bleef over Pieter van Peene, die de ons inmiddels bekende argumenten

nr. 1425, 1444, 1449, 1476, 1482, 1483, 1484, 1485, 1486, 1515, 1612, 1773 en 1776. Irritatie over hun procedeerlust zal daaraan niet vreemd zijn geweest. Pieter van Peene is minder opgevallen. Zijn identiteit blijkt uit een rekest dat op 21 september 1774 bij het Hof van Holland werd ingediend.

34 Pauw III (1972), nr. 1313.

aanvoerde over de deal tussen Atilius en Maevius. Interessant is wat over de list(en) van Maevius gezegd wordt: ‘... dat deze praktijk niet ongewoon is nu de zaken de handel betreffend overhoop zijn gehaald, iets dat vooral in Amsterdam, Londen en in andere handelssteden van Europa zichtbaar was.’³⁵ Opnieuw een verwijzing naar de crisis van 1772.

Eén door Van Peene naar voren gebracht argument wil Pauw nog wel noemen: dat Atilius zijn recht de trekkers en endossanten aan te spreken heeft verspeeld door de acceptant (Hope en Cie) uitstel van betaling te verlenen en dus zijn vertrouwen uitsluitend in die debiteur te stellen. Dit werd verworpen met de redenering dat Van Peene niet was aangesproken als wisseldebiteur maar als endossant (en als regresplichtige). Deze keer waren er meer raadsheren met twijfels maar niet voldoende om de Leidse Cajus te redden.

Van Peene bleef echter doorvechten en wist op 7 oktober 1775 de Hoge Raad te bewegen een door hem ingediend verzoek tot het verstrekken van een kwitantie en het cederen van de toepasselijke rechten en acties in te willigen, daar hij, zo verzekerde zijn advocaat, bereid was te betalen.³⁶ We kunnen dit verder laten rusten. Het was afgelopen met het wisselspel. Nog één keer verschijnt Van Peene in het dagboek van Pauw: hij weet Titius en Maevius te treffen als de acceptanten van één van de wissels waarom het allemaal begonnen is.³⁷ We schrijven 29 juli 1777. Een kleine vijf jaar later is ‘De Wed. Pieter van Peene’ één van de ondertekenaars van een verzoekschrift aan de Leidse Vroedschap om alles in het werk te stellen om de handel met de jonge republiek der Verenigde Staten van Noord-Amerika te bevorderen, juist nu het sluiten van een Commerce-Tractaat op komst is ...³⁸

7 SLOTBESCHOUWING

De gegeven voorbeelden laten vrijwel alle aspecten zien van de praktijk van het wisselrecht in de tweede helft van de achttiende eeuw. Alleen de vervalste wissel zit er niet tussen. Dat twee van de vier gevallen te maken hadden met economisch-financiële crises maakt ze niet minder nuttig voor een vergelijking met de meerpartijenovereenkomst nu. Integendeel. Zij laten zien hoe het wisselrecht functioneerde onder zware maatschappelijke druk. Wat onmiddellijk opvalt is dat zodra het vertrouwen verdwenen was, niet-betaling van wissels de eerste impuls was. Ook als het ging om partijen die eerder zonder problemen tot betaling over gingen. Dit zorgde voor nog grotere instabiliteit.

35 Pauw III (1972), nr 1313 p. 140: ... Neque insolita est haec praxis in hoc argumento, ubi turbatae sunt res mercatoriae, quae rerum facies cum maxime erat, tum Amstelodami, tum Londini, tum in aliis Europae emporiis.

36 Zie Pauw III (1972), nr. 1320.

37 Pauw III (1972), nr. 1396.

38 Zie L.P. (= S.J. Le Poole), ‘Fabrikeurs en kooplieden te Leiden in 1782’, *Leidsch Jaarboekje* 1926, p. 85-88.

Na een niet-betaling begon het zoeken naar regresplichtigen, alsook de pogingen zich uit de rij van aanspreekbare partijen te manoeuvreren. Het wordt ieder voor zich en het op vertrouwen gebaseerde systeem gaat aan flarden. Zelfs als de toepasselijke regels duidelijk zijn hangt het van behendigheid en goede relaties af wie er zonder kleerscheuren vanaf komt. Daarom is het ook zo belangrijk te weten wie zich verschuilen achter de Romeinse namen waarmee Pauw ze heeft getooid. Dan wordt zichtbaar dat het bankiershuis Hope en Cie het zich kon permitteren betaling van wissels te weigeren en een deal te sluiten met één van de regresplichtigen. Pieter van Peene, hoewel geen kleine jongen, had deze mogelijkheden niet. Hij moest het zoeken in procedurele gevechten voor het gerecht. In het Surinaamse geval waren de partijen meer aan elkaar gewaagd.

Als ik het mag veralgemeniseren: hoe meer partijen, hoe wankeler het geheel. Met iedere toetreden partij neemt het aantal schendbare vertrouwensrelaties toe. Tussen twee partijen is het er één. Tussen drie drie. Met vier partijen wordt het zes. En met vijf al tien. Het is dus geen toeval dat er bij de besproken wisselcasus twijfel was over het toe te passen recht. Dat sommige raadsheren het strikte wisselrecht (als dat er was) tekort vonden schieten bij de afweging van de onderscheidene belangen.³⁹ Evenmin is het toeval dat het Romeinse recht weinig werd aangehaald.⁴⁰ Dat gaat zozeer uit van de tweepartijovereenkomst dat het weinig hulp kon bieden bij meer complexe rechtsverhoudingen. Vandaar dat er zich een op ervaring gebaseerd samenstel van regels en voorschriften heeft ontwikkeld dat omvangrijker is dan je zou verwachten toen iemand besloot een brief te schrijven aan een goede bekende in het buitenland met het verzoek zijn studerende zoon zo nodig wat geld voor te schieten, welke hulp natuurlijk op een later tijdstip zou worden vergolden. De in de restanten van ons Wetboek van Koophandel opgenomen 177 artikelen over de wissel getuigen ervan. Andere pogingen het wisseldier, dat niet noodzakelijkerwijs gaat uitsterven,⁴¹ te temmen zullen met weinig minder toekunnen.

39 Een voorbeeld in Pauw III (1972), nr. 1158.

40 Het aantal directe aanhalingen is gering. Zie de bronnenindex in Pauw III (1972), p. 545-550, waar voor de titels C. 4,35 en D. 17,1 (alletwee over lastgeving) maar naar drie wisselcasus verwezen wordt (nrs. 511, 886 en 1449).

41 Ik moet hier wijzen op de populariteit die de wissel geniet in Duitsland, onze grootse handelspartner.

3 De koop op afstand van vouchers voor diensten en producten

Een eigentijdse meerpartijenverhouding nader geduid

S.F. Bies & C.M.D.S. Pavillon ■

1 INLEIDING

1.1 'Un ménage à trois ...'

De uit de Verenigde Staten overgewaaide online tegoedbonnen zijn erg populair in ons land van koopjesjagers. Het Amerikaanse Groupon is een voorbeeld van een bedrijf dat online bonnen verkoopt.¹ Groupon Netherlands BV biedt in Nederland via een website zogenaamde vouchers aan, waarmee producten of diensten met een fikse korting van andere bedrijven kunnen worden afgenomen. Bij het afnemen van een product of dienst door middel van een voucher zijn drie partijen betrokken: de voucherverkoper, de klant en het bedrijf dat de dienst verricht of het product levert. De klant is doorgaans een consument daar vouchers niet snel voor bedrijfsdoeleinden zullen worden gebruikt.²

Voucherverkopers als Groupon beschouwen zichzelf als een reclamekanaal. Door hun actieve en veelzijdige marketingtechnieken, via bijvoorbeeld mailings en social media, boren zij voor hun partners nieuwe klantenkringen aan. Groupon doet vooral zaken met kleine bedrijven, net opgestarte bedrijven of bedrijven die met een voorraad zitten die verkocht moet worden. De consument ziet de aantrekkelijke aanbieding op de website van Groupon, betaalt via deze website en ontvangt een digitale voucher, die hij kan inwisselen bij

■ Mw. mr. S.F. Bies is werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt en schreef deze bijdrage op persoonlijke titel, mw. mr. dr. drs. C.M.D.S. Pavillon is universitair docent civiel recht aan de Universiteit Leiden. Wij danken de deelnemers aan het privatissimum Consumentenrecht 2014 van de Master civiel recht voor hun waardevolle suggesties. Dit onderzoek is afgesloten op 30 juni 2014.

1 Andere op de Nederlandse markt opererende, met Groupon vergelijkbare voucheraanbieders zijn: <sweatdeal.nl>, <groupdeal.nl>, <vouchervandaag.nl> en <aanbiedingen.marktplaats.nl>.

2 Art. 4.1 van de AV van Groupon zoals gewijzigd op 13 juni 2014 (online te raadplegen) verbiedt dit zelfs: 'De koop van een Voucher geschiedt uitsluitend voor jouw niet-commercieel privégebruik (je mag de Voucher echter wel aan iemand cadeau geven voor zijn/haar niet-commercieel privégebruik)'.

de leverancier van het product of de dienst zonder nog iets te hoeven bijbetalen.

Deze driehoeksverhouding telt op het eerste gezicht drie overeenkomsten: de overeenkomst tussen de consument en Groupon,³ de overeenkomst tussen de leverancier van de dienst of het product en de consument (die tot stand komt bij het verzilveren van de voucher)⁴ en de overeenkomst tussen Groupon en de leverancier van de dienst of het product.⁵

1.2 ‘... souvent compliqué’

Groupon staat vanwege haar grote aandeel in de vouchermarkt relatief vaak in de publiciteit. Die berichtgeving is niet altijd positief. Zo kwam Groupon verschillende malen ter sprake in uitzendingen van consumentenprogramma's als Kassa en Radar en is zij onder de voucherverkopers ook een grote klachten-generator op consumentenfora en klachtenwebsites.⁶ De meeste klachten betreffen het niet kunnen inwisselen van de voucher of het niet of onbehoorlijk presteren van de leverancier na verzilvering van de voucher.

De eerste categorie klachten betreft de situatie waarin het inwisselen van de voucher om een of andere reden niet lukt. Hieronder valt ook de situatie waarin verzilvering onder de geadverteerde voorwaarden niet mogelijk blijkt (men denke aan een dinerbon die geldig is van dinsdag t/m zondag maar slechts op woensdag blijkt te kunnen worden verzilverd). Ter illustratie van de tweede categorie klachten geven wij de volgende voorbeelden. Het eerste voorbeeld betreft de situatie waarin de leverancier na verzilvering van de voucher niet presteert. Dit overkwam een aantal consumenten dat een voucher voor door een onderhoudsbedrijf te leveren diensten had gekocht en ingewisseld door een afspraak te maken.⁷ Het bedrijf kwam niet opdagen op het afgesproken tijdstip en bleek niet bereikbaar. In een dergelijk geval is denkbaar dat de consument schade lijdt doordat hij bijvoorbeeld een vrije dag heeft opgenomen of een oppas voor de kinderen heeft geregeld om het klusbedrijf te kunnen ontvangen. Het tweede door ons belichte geval betreft de situatie waarin het product ondeugdelijk is of de dienst niet naar behoren wordt

3 Groupon verkoopt overigens ook zelf producten via Groupon Goods Global GmbH ('Groupon Goods'). De consument sluit dan alleen een overeenkomst met Groupon.

4 Art. 6.1.2 van de AV van Groupon luidt: 'Houd er alsjeblieft rekening mee dat de Onderneming en niet Groupon de partij is die een overeenkomst aangaat met de Voucher Houder als de Voucher ingewisseld is'.

5 Art. 1.5 van de AV van Groupon heeft het over een 'niet met Groupon verbonden derde' maar de leveranciers hebben zonder meer een overeenkomst met Groupon betreffende de uitgifte van een voucher en bedongen korting.

6 Zie de websites <www.klacht.nl> en <www.klachtenkompas.nl>.

7 Vgl. de klachten van 30 juli en 10 augustus 2013 over Shen Tech onderhoudsbedrijf op <www.klacht.nl>.

verricht. De consument kreeg dankzij Groupon korting op valetparking bij Schiphol.⁸ De auto werd bij Schiphol afgegeven aan een medewerker van het bedrijf en bij terugkomst van de vakantie bleek de auto beschadigd. Ook waren er snelheidsovertredingen begaan met de auto, waarvoor de consument later een boete ontving.

Opvallend is dat de consument zich vaak tot Groupon richt om nakoming, restitutie en/of schadevergoeding te vorderen – zo ook in genoemde gevallen. Daar zijn verschillende redenen voor aan te wijzen. Het klagen bij de leverancier – als deze al bereikbaar is – levert in veel gevallen niets op en de consument heeft per slot van rekening aan Groupon betaald. Het is hem veelal ook niet duidelijk tot wie hij zich moet richten.

1.3 De restitutie- en schadevergoedingsplicht van Groupon bij wanprestatie van de leverancier

De Consumentenautoriteit (thans de Autoriteit Consument en Markt – ACM) liet Groupon begin 2013 een toezegging doen om consumenten beter te informeren over hun wettelijke en contractuele positie.⁹ Het is echter onduidelijk waartoe de voucherverkoper verplicht is jegens de consument in geval van een tekortkoming van de leverancier in de nakoming van zijn (op de website van de voucherverkoper geadverteerde) prestatie. Wanneer de leverancier zich zoals in bovenstaande voorbeelden schuldig maakt aan wanprestatie jegens de consument, wijst Groupon, op een aantal in haar algemene voorwaarden (AV) opgenomen uitzonderingen na, alle aansprakelijkheid af (hierna paragraaf 2.1).¹⁰ Vraag is of deze afwijzing rechtens is.

Om deze vraag te beantwoorden en de verplichtingen van voucherverkopers bij niet-nakoming van de leverancier vast te stellen, nemen wij in deze bijdrage de meerpartijenverhouding tussen consument, leverancier en Groupon onder de loep. Wij zoomen eerst in op de overeenkomst tussen de consument en de voucherverkoper (paragraaf 2). Ten tweede stellen wij ons de vraag of de consument wel een overeenkomst sluit met de leverancier en zo ja, wat de mate van samenhang tussen deze en de door hem met de voucherverkoper gesloten overeenkomst is (paragraaf 3). Vervolgens staan wij stil bij een mogelijke kwalificatie van de driepartijenverhouding als meerpartijenovereenkomst (paragraaf 4) en bespreken wij de eventuele buitencontractuele aansprakelijk-

8 Zie de uitzending van Vara Kassa van 26 januari 2013 betreffende Schipholparking24.

9 Toezegging Groupon Nederland B.V. 19 februari 2013 <<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11169/Toezegging-Groupon-Nederland/>> (laatst geraadpleegd 30 juni 2014).

10 Slechts in een enkel geval en na heel lang aandringen op social media-kanalen ontvangt de consument een compensatie, zoals in het geval waarin een smartphone na een reparatiebeurt bij een Groupon-partner nooit werd geretourneerd.

heid van de voucherverkoper (paragraaf 5). Wij sluiten af met het antwoord op de vraag of er behoefte is aan een nadere regeling van de voucherverkoop.

2 DE OVEREENKOMST TUSSEN DE CONSUMENT EN DE VOUCHERVERKOPER

2.1 De algemene voorwaarden van Groupon

De overeenkomst tussen de consument en Groupon betreft volgens de sinds 14 juni 2014 geldende Verkoopvoorwaarden Groupon Netherlands BV, de koop (op afstand) van een voucher (art. 2.2).¹¹ Art. 6 van deze voorwaarden bakent de ‘verantwoordelijkheid’ van Groupon af. Bij problemen betreffende de levering van de voucher kan de consument Groupon zonder meer aanspreken. Wanneer er evenwel iets misgaat bij de levering van het product of de dienst, moet de consument zich richten tot de leverancier. Komen de twee partijen er onderling niet uit, dan biedt Groupon in art. 5.5 aan om op verzoek van de consument ‘te proberen te helpen het probleem (...) op te lossen’. De algemene voorwaarden leggen de nadruk op het feit dat Groupon niet verantwoordelijk is voor de levering van diensten en producten en voor de diensten en producten zelf.

Voor het geval er problemen zijn met de levering van het product of de dienst, maakt art. 5 een onderscheid tussen de situatie waarin de voucher nog niet is verzilverd (art. 5.4) en de situatie waarin de voucher al is ingewisseld maar ontevredenheid bestaat over het geleverde (art. 5.5). Zolang er nog geen verzilvering heeft plaatsgevonden, is Groupon volgens de eigen voorwaarden de enige wederpartij van de consument. Groupon stelt evenwel strenge voorwaarden aan de restitutie van de koopprijs van de voucher indien deze niet kan worden ingewisseld.¹² Groupon geeft aan de levering niet te kunnen beïnvloeden (art. 3.5) en preciseert dat ‘tenzij uitdrukkelijk anders vermeld, de Voucher de Voucher Houder geen recht (geeft) het Aanbod Onderneming op een bepaald tijdstip te ontvangen’. In art. 7.3 exonereert Groupon zich bovendien voor alle door de consument geleden schade (en dus ook voor schade voortvloeiend uit het niet kunnen inwisselen van de voucher).

Als de voucher al wel is ingewisseld, is Groupon nog terughoudender en zal er hoogstens sprake zijn van een coulanceregeling. Groupon acht het echter niet altijd redelijk om de verantwoordelijkheid uitsluitend bij de leverancier

11 Zie ook de door de ACM opgelegde verplichting om de bedenktijdenregeling na te leven en art. 5.1 van de AV van Groupon.

12 Art. 5.4 van de AV van Groupon luidt: ‘Indien je niet in staat bent geweest jouw Voucher bij de Onderneming in te wisselen voor afloop van de Geldigheidsperiode om redenen waaraan jij geen schuld hebt, kom je eventueel in aanmerking voor een restitutie. Om een restitutie te ontvangen, moet je jegens Groupon in redelijkheid aantonen, dat jouw onvermogen om de Voucher in te wisselen niet jouw schuld was. De beslissing om een restitutie toe te kennen wordt geheel naar eigen inzicht door Groupon genomen’.

neer te leggen, bijvoorbeeld als sprake is van onvoorziene omstandigheden (art. 3.9). Zij biedt dan een Groupon-tegoed of terugbetaling van de voucher aan. De algemene voorwaarden maken het de consument onmogelijk om de door de gebrekkige prestatie van de leverancier geleden schade vergoed te krijgen. Groupon acht zich als 'tussenpersoon' in art. 7.4 'niet aansprakelijk voor de kwaliteit, veiligheid, bruikbaarheid of enig ander aspect van' de producten en diensten waarvoor de voucher is ingeleverd.

Het spreekt voor zich dat een consument een beroep kan doen op de vernietigbaarheid van deze AV en dat de rechter zonder meer verplicht is om deze bedingen ambtshalve op hun inhoud te toetsen indien Groupon zich hierop beroept.¹³ De exoneraties van art. 7.3 en 7.4 zullen dan wellicht stranden op grond van art. 6:237 sub (f) jo. 7:6 BW.¹⁴ Onduidelijke algemene voorwaarden zullen ingevolge art. 6:238 lid 2 BW voorts in het voordeel van de consument moeten worden uitgelegd. Bij toepassing van de contra proferentem-regel zou wellicht uit art. 3.9 ('onvoorziene omstandigheden') moeten volgen dat Groupon vergoeding moet aanbieden voor de schade veroorzaakt door wanpresterende bedrijven die niet meer bestaan (zoals in het geval van de valetparking waarin de eigenaresse van het bedrijf met de noorderzon is verdwenen). Dat Groupon de als gevolg van het tekortschieten van de leverancier door de consument geleden schade moet vergoeden, valt onzes inziens dus niet uit te sluiten.

2.2 Een non-conform recht aan toonder?

Onderhavige bijdrage heeft als doel om te bepalen wat de wettelijke plichten van de voucherverkoper zijn jegens de door de leverancier gedupeerde consument. Om vast te stellen welke rechten deze consument op grond van de wet toekomen, zullen we eerst de koopovereenkomst betreffende de voucher nader kwalificeren. Wat is een voucher eigenlijk? Het recht bevat weinig definities van een voucher. In art. 30a lid 1 van de door de Europese Commissie voorgestelde BTW-richtlijn¹⁵ wordt een voucher gedefinieerd als:

'een instrument dat recht geeft op afname van goederen of diensten, dan wel op een prijskorting of terugbetaling in verband met een levering van goederen of

13 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (Heesakkers/Voets).

14 Opgemerkt zij dat de exoneraties in art. 7.2 van de AV van Groupon op cryptische wijze worden ingeperkt: 'Groupon is altijd aansprakelijk voor: (a) door haar gepleegd bedrog of bedrieglijke, door haar gemaakte voorstelling van zaken; of (b) elke impliciete contractuele voorwaarde die op grond van toepasselijk recht niet kan worden uitgesloten of beperkt'.

15 Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 2006/112/EG betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over toegevoegde waarde wat de behandeling van vouchers betreft, 5 mei 2012, COM(2012) 206 def.

diensten, in combinatie met een overeenkomstige verplichting om aan dit recht te voldoen’.

Een voucher van Groupon kan gelet op deze definitie als recht op levering van een product of dienst *aan toonder* worden aangemerkt.¹⁶ De naam van de schuldeiser wordt immers niet op de voucher vermeld en de voucher is vrij overdraagbaar.¹⁷ Een dergelijk vorderingsrecht kan volgens art. 7:47 BW onderwerp zijn van een koopovereenkomst. Op de koop van vermogensrechten zijn de bepalingen van de kooptitel van (overeenkomstige) toepassing voor zover dit in overeenstemming is met de aard van het verkochte recht.¹⁸ Hoewel een analoge toepassing van het consumentenkooprecht bij de koop van een voucher voor een zaak gelet op de ‘aard van het recht’ verdedigbaar is, ligt zij bij de koop van voucher voor een dienst wellicht minder voor de hand.¹⁹

De vraag is hoe ver de verplichtingen van Groupon als verkoper van een recht aan toonder precies reiken. Groupon is verplicht tot de levering van het vorderingsrecht. Uit art. 7:9 jo. 7:47 BW en de Parlementaire Geschiedenis volgt dat de verkoper van een vermogensrecht alles in het werk moet stellen opdat de koper het vermogensrecht ten volle kan uitoefenen.²⁰ Daarmee wordt bedoeld dat de koper het recht aan toonder op geldige wijze krijgt overgedragen. Uit art. 7:17 jo. 7:47 BW volgt bovendien dat het gekochte vorderingsrecht aan de overeenkomst moet beantwoorden. Bij een tekortkoming van de verkoper in de nakoming van zijn verbintenis (i.e. de levering van een niet-conform recht aan toonder), kan de koper uiteindelijk tot ontbinding overgaan (art. 7:21 en 22 BW). Daarnaast kan de koper eventueel schadevergoeding vorderen (art. 7:24 BW). Wat deze conformiteitsverbintenis precies inhoudt, hangt af van wat partijen over en weer hebben afgesproken en wat de consument op grond van de overeenkomst redelijkerwijs mocht verwachten ten aanzien van het te leveren vorderingsrecht.

16 Aan de uitgifte van de voucher ligt de overeenkomst tussen Groupon en de leverancier ten grondslag (paragraaf 4).

17 Zie <<https://support.groupon.nl/entries/30302293-Kan-ik-een-terugbetaling-krijgen-Ik-wil-geen-gebruik-meer-maken-van-mijn-groupon->> (laatst geraadpleegd op 30 juni 2014).

18 Een nadeel van een dergelijke uitleg van het object van de overeenkomst voor de consument is dat van *consumentenkoop* (op afstand) in de zin van de gelijknamige Europese richtlijn slechts naar analogie sprake is: Asser/Hijma 7-I* 2013, nr.129. Het toepassingsbereik van de Richtlijnen consumentenkoop en consumentenrechten is immers beperkt tot roerende zaken resp. roerende zaken en diensten. Dit heeft mogelijk gevolgen voor de bevoegdheden van de ACM om de praktijken van voucherverkopers tegen te gaan. Een met art. 7:47 BW vergelijkbare schakelbepaling ontbreekt bovendien in de nieuwe afdeling 6.5.2B BW ter omzetting van de Richtlijn consumentenrechten (hoewel deze richtlijn *rechten op zaken en diensten* niet expliciet uitsluit van haar toepassingsbereik).

19 J. Hijma, Mr. C. Asser's *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. I*. Bijzondere overeenkomsten Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 76.

20 MvA II, Parl. Gesch. Boek 7, p. 297; B. Wessels, *Koop: algemeen*, Mon. Nieuw BW B-65a, Deventer: Kluwer 2010, nr. 58.

Om een beeld te schetsen van wat 'redelijke verwachtingen' zouden kunnen behelzen, volgt hierna een vergelijking met de door Van Boom in 2011 belichte online wederverkoop van concertkaarten.²¹ Een wederverkoper van concertkaarten verkoopt evenals Groupon een vorderingsrecht. Een derde moet de dienst verrichten: in het geval van een kaartje is de organisator van het concert 'de leverancier', in het geval van een voucher is de dienstverrichter of verkoper van het product 'de leverancier'. Wat mag de koper redelijkerwijs verwachten van de wederverkoper (en dus van Groupon)? Van Boom gaat uit van een beperkte verantwoordelijkheid van de wederverkopers van concertkaarten:²²

'de koper mag verwachten dat het kaartje de kwaliteiten bezit die men daarvan mag verwachten, zoals de kwaliteit dat het kaartje echt is. Bezit het die kwaliteiten niet, dan is sprake van tekortschieten van de verkoper.'

Het probleem dat zich voordeed in de in de inleiding besproken voorbeelden van de klus- en parkeerbedrijven betreft niet de echtheid van de voucher, maar de weigering van het klusbedrijf om te presteren en de gebrekkige kwaliteit van de door het valetparkingbedrijf geleverde dienst. Kan naar analogie worden gesteld dat een concertkaart niet de 'te verwachten kwaliteit' bezit wanneer het concert wordt afgelast of een andere (vals zingende) artiest komt optreden?

In 1998 schreef Van Boom in het *BWKJ* dat de conformiteitsverbintenis bij de koop van een vorderingsrecht betrekking heeft op het bestaan van de vordering, het ontbreken van specifieke verweermiddelen of juridische gebreken en de juistheid van de gestelde nominale waarde van de vordering.²³ In sommige gevallen rust op de koper een onderzoeksplicht om het bestaan van de vordering te achterhalen. Bij een waardepapier – zoals de voucher – mag de koper volgens Van Boom echter afgaan op de juistheid van de verklaring. De verkoper moet instaan voor een aantal essentiële kwaliteiten van de vordering zoals de inhoud en omvang hiervan ten tijde van de overdracht. Deze worden 'goeddeels door het papier zelf (...) bepaald'.²⁴

In het verlengde hiervan zou beargumenteerd kunnen worden dat de voucherverkoper niet slechts in moet staan voor de echtheid van de voucher maar ook voor de 'waarde' van de prestatie waarop deze recht geeft.²⁵ De

21 W.H. van Boom, 'Wetsvoorstel doorverkoop toegangskarten: nuttig en nodig?' *TvC* 2011-5, p. 180.

22 Van Boom 2011, p. 180.

23 W.H. van Boom, 'Koop van vorderingen' in: W.H. van Boom e.a. (red.) *Koop!*, *BW*-krant Jaarboek 14, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 73-75. *GS* Bijzondere overeenkomsten, artikel 47 Boek 7 *BW*, aant. 3.

24 Van Boom 1998, p. 69.

25 Vgl. T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 44, volgens wie het vraagstuk van de non-conformiteit bij aandelen niet enkel ziet op de aandelen maar ook (direct of indirect met behulp van art. 7:47 *BW*) op de onderliggende onderneming. Zie ook: Rb. Groningen (vzr.) 17 april 2003, *KG* 2003/135 (voor

omlijning door Van Boom van de conformiteitsverbintenis van de wederverkoper van concertkaarten is in dit licht wellicht te voorzichtig. Er is ook sprake van non-conformiteit als de consument een ander product of dienst (van mindere kwaliteit bijvoorbeeld, zoals in het geval van de valetparking) verkrijgt dan hem op de website van de voucherverkoper is voorgespiegeld en hij op grond van de tekst op de voucher (het waardepapier) redelijkerwijs mocht verwachten. Van non-conformiteit is evenwel alleen sprake als de vordering en onderliggende prestatie zoals bepaald door de voucher nooit de beloofde waarde hebben gehad, en niet als de waarde van de vordering door een van buiten komende oorzaak *na de overdracht* is gedaald. Dit is zeker bij diensten lastig om aan te tonen en, anders dan bij vouchers die het recht geven op een product, ligt een analoge toepassing van art. 7:18 lid 2 BW hier niet voor de hand.

Het niet kunnen innen van de vordering komt ook voor risico van de koper. Van Boom schaaft het feit dat de debiteur *niet bereid of in staat*²⁶ om te presteren onder het risico-begrip van art. 7:10 BW.²⁷ Dit artikel bepaalt dat, vanaf het tijdstip van (af)levering van de vordering, het risico van tenietgaan of achteruitgang²⁸ hiervan door een oorzaak die niet aan de verkoper van de vordering kan worden toegerekend, voor rekening van de koper komt. Het risico ligt in het voorbeeld van het klusbedrijf dus denkkelijk niet bij de voucherverkoper. De problemen die de koper ervaart, houden verband met een weigerachtige debiteur. Een kanttekening is dat als de koper voor een vordering een prijs betaalt die de nominale waarde benadert, terwijl de verkoper op de hoogte is of, gelet op voortekenen, op de hoogte had kunnen zijn van het 'dubieuze' karakter van de debiteur, een beroep op wanprestatie van de verkoper kans van slagen heeft.²⁹ Hoewel de consument door middel van een voucher meestal korting op een product of dienst krijgt, gaat het hierbij niet om het verdisconteren van de onzekerheid over de levering. Het prijsargument staat naar wij menen een beroep op wanprestatie niet in de weg. Wel zal de consument wederom in bewijsproblemen geraken. Het zal voor hem niet eenvoudig zijn om te bewijzen dat de voucherverkoper op de hoogte was of behoorde te zijn van de onbetrouwbaarheid van de leverancier.

de conformiteit van het appartementsrecht is van belang dat de woonoppervlakte overeenkomt met wat op grond van de brochure mocht worden verwacht).

26 Hiermee doelt hij op de solvabiliteit (en dus niet de onkunde) van de debiteur. Vgl. ook Wessels (Mon. Nieuw BW B65a), nr. 73 en Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 129.

27 Van Boom 1998, p. 71.

28 Hij beschouwt de weigering tot betaling door de schuldenaar als een achteruitgang van de vordering, aangezien er incassomaatregelen genomen moeten worden die drukken op de waarde van de vordering.

29 Van Boom 1998, p. 71. Art. 7:17 BW kan bij de verkoop van een vordering wel degelijk tot aansprakelijkheid van de verkoper leiden bij gebleken insolventie van de schuldenaar: MvA II, Parl. Gesch. Boek 7 1990, p. 297.

Dat Groupon voorwaarden stelt aan de vergoeding van een voucher die niet kan worden ingewisseld en haar aansprakelijkheid hiervoor uitsluit (paragraaf 2.1), is bij de gelijkstelling van een voucher aan een vordering aan toonder begrijpelijk. Het niet kunnen inwisselen van de voucher komt dan meestal niet voor risico van de voucherverkoper. Dat de consument een vordering op de leverancier toekomt *vanaf het tijdstip van de aankoop van de voucher*, staat echter niet in de AV van Groupon. Deze voorwaarden gaan niet uit van de koop van een vorderingsrecht maar stellen vast dat sprake is van een koop- of dienstenovereenkomst tussen consument en leverancier nadat de verzilvering heeft plaatsgevonden. Volgens Groupon heeft de koper pas dan, en niet al bij de aankoop van de voucher, een vordering op de leverancier.³⁰

2.3 Heeft de voucherverkoper een contractuele zorgplicht jegens de consument als wederpartij?

De overeenkomst tussen de consument en Groupon wordt in de AV van Groupon aangemerkt als de koop van een voucher. De vraag is echter of de overeenkomst tussen Groupon en de consument verder reikt dan alleen de koop van een voucher en de verantwoordelijkheid van Groupon verder gaat dan de levering van een conforme voucher. Zou de consument kunnen stellen dat tussen hem en Groupon een (gekwalificeerde) overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen – al is dit niet met zoveel woorden in het contract bepaald – en dat op Groupon een zorgplicht rust? Is een dergelijke stelling houdbaar? De bewoordingen van de overeenkomst zijn op zich immers niet beslissend voor de kwalificatie van een overeenkomst als een benoemde overeenkomst.³¹

De overeenkomst tussen de consument en de voucherverkoper zou zo kunnen worden uitgelegd dat de consument de voucherverkoper de opdracht geeft om hem een contract te laten sluiten met een bedrijf dat een dienst of product tegen korting levert. De opdracht zou ook inhouden dat de voucherverkoper de betaling aan de leverancier regelt, waarvoor de voucher als bewijs geldt. Omdat hierbij sprake is van een verplichte rechtshandeling, zou deze overeenkomst als lastgeving kunnen worden gekwalificeerd (art. 7:414 BW). Het deel van de aankoopprijs van de voucher dat de voucherverkoper zich voorbehoudt, kan voorts worden gelijkgesteld met het betalen van loon (art.

30 In de praktijk wordt de voucher echter soms direct bij aankoop hiervan al verzilverd waardoor het moment waarop de consument een vorderingsrecht toekomt *de facto* het moment van aanschaf van de voucher is, zie ook art. 3.4 van de AV van Groupon.

31 Zie o.a. B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 2 en HR 10 december 2004, NJ 2005, 239 (Diosinth/Groot).

7:405 BW). Zo bezien rust op Groupon als opdrachtnemer een zorgplicht ex art. 7:401 BW jegens de consument als opdrachtgever.³²

Vraag is dan of Groupon in de voorbeelden van het klusbedrijf en de valetparking, gelet op de omstandigheden, heeft nagelaten om als een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar' op te treden bij de uitoefening van haar opdracht.³³ In beide gevallen is er een overeenkomst tot stand gekomen tussen consument en leverancier en heeft Groupon de betaling geregeld. Hierbij zijn geen problemen ontstaan. Problemen deden zich pas voor bij de uitvoering van de op de leverancier rustende verbintenis. De levering van de dienst of het product maakt evenwel geen onderdeel uit van de opdracht en valt dus niet onder de zorgplicht.

Betoogd kan echter worden dat het vinden van *betrouwbare* contractspartners voor de consument wél bij de opdracht hoort. De core business van een voucherverkoper behelst het sluiten van overeenkomsten met bedrijven om aanbiedingen voor diensten en producten te kunnen vertonen op zijn website. De consument mag dan ook verwachten dat de voucherverkoper, als professionele partij, enkel zaken doet met eerlijke partijen. Ook mag hij aannemen dat een voucherverkoper vooraf de potentiële leveranciers voldoende 'screent'. Bij de toepassing van art. 7:401 BW zal de rechter uiteindelijk moeten bepalen of op de voucherverkoper een onderzoeksplicht rust en zo ja, hoever deze strekt.³⁴ Of een onderzoek voldoende zorgvuldig is uitgevoerd, zal afhangen van de omstandigheden van het geval.

Maakt het nog verschil uit dat Groupon aanbiedt om bij problemen tussen de consument en de leverancier die buiten haar verantwoordelijkheid vallen, te proberen te bemiddelen (art. 5.5 van de AV van Groupon)? Heeft zij daarmee, los van de vraag of sprake is van een overeenkomst van opdracht, een aparte zorgplicht in haar AV opgenomen? Het antwoord op deze vraag hangt af van de uitleg van de betreffende voorwaarde. Een consumentvriendelijke uitleg hiervan (op grond van art. 6:238 lid 2 BW) leidt tot de slotsom dat Groupon zich in genoemde voorbeelden moet inspannen voor een goede oplossing van het geschil tussen consument en leverancier. Doet zij dat niet, dan schiet zij tekort in de nakoming van haar inspanningsverbintenis. De vraag is evenwel van welke schade de consument vergoeding kan vorderen indien Groupon art. 5.5 niet naleeft. Tussen de tekortkoming van Groupon en de schade die aanleiding gaf tot het conflict bestaat geen causaal verband. Wellicht zouden

32 Groupon zou eventueel een beroep op art. 7:419 BW kunnen doen. Zo kan Groupon in het geval van de valetparking zelf de door de consument geleden schade op de leverancier verhalen.

33 T.F.E. Tjong Tjin Tai e.a., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009/93-102, in het bijzonder 94.

34 Het gaat hier niet om de veelal in de assurantiebemiddeling en financiële sector aangenomen onderzoeksplicht naar feiten of omstandigheden die de cliënt (de opdrachtgever) betreffen maar om een onderzoek naar feiten die de potentiële derde aangaan.

bepaalde, met het voortslepen van het conflict verband houdende kosten wel op Groupon kunnen worden verhaald.³⁵

3 DE DOOR DE CONSUMENT GESLOTEN DIENSTEN- OF KOOPOVEREENKOMST EN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE VOUCHERVERKOPER

3.1 Sluit de consument één of twee (samenhangende) overeenkomsten?

Of de consument op grond van zijn overeenkomst met de voucherverkoper de verzilverde voucher *alsmede* de door hem als gevolg van een uitgebleven of ondeugdelijke levering geleden schade vergoed krijgt, is, ongeacht hoe deze overeenkomst wordt gekwalificeerd, hoogst onzeker. Dit is slechts anders indien de voucherverkoper, en niet de leverancier, *de wederpartij* van de consument is bij de diensten- of koopovereenkomst (middellijke vertegenwoordiging). Om dit na te gaan zullen we hierna de vraag beantwoorden of de consument *naast* de overeenkomst met de voucherverkoper wel een aparte overeenkomst sluit met de leverancier (paragraaf 3.2). Luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, dan rijst de vraag naar de samenhang tussen deze overeenkomsten en naar de doorwerking van de rechtsgevolgen van niet-nakoming van de overeenkomst met de leverancier in de overeenkomst met de voucherverkoper (paragraaf 3.3).

3.2 Treedt de voucherverkoper op als middellijke vertegenwoordiger van de leverancier?

Groupon benadrukt in haar verkoopvoorwaarden dat de consument een overeenkomst sluit met de leverancier voor de levering van de dienst of het product (art. 6.1.2).³⁶ Toch is er reden om te twijfelen aan de letter van het contract.

Als de consument inderdaad een recht aan toonder koopt bij de voucherverkoper (paragraaf 2.2), rijst de vraag of er tussen de leverancier en de consument wel een overeenkomst tot stand komt. De consument heeft immers een recht op een product of dienst dat hij slechts nog moet uitoefenen bij de leverancier,

35 De consument zal moeten aantonen dat deze schade in zodanig verband staat met de tekortkoming van Groupon dat de schade als gevolg daarvan haar kan worden toegerekend. Hiertoe zal een vergelijking moeten worden gemaakt tussen de feitelijke situatie en de fictieve situatie waarin Groupon haar inspanningsverbintenis wel zou zijn nagekomen. Wat die fictieve situatie precies inhoudt is bij een inspanningsverbintenis echter moeilijk te definiëren.

36 Voorts hanteren beide bedrijven, los van elkaar, een bedenkttermijn.

zonder dat van hem een tegenprestatie is vereist.³⁷ Hij heeft immers reeds betaald aan de voucherverkoper. Het louter inwisselen van een voucher tegen goederen of diensten wordt *niet* als een betaling gezien maar als het uitoefenen van een recht aan toonder.³⁸ Als gezegd biedt de kwalificatie van de overeenkomst met de voucherverkoper als de koop van een recht aan toonder enige voordelen voor de consument. Hij kan de voucherverkoper aanspreken als hij schade lijdt doordat het vorderingsrecht niet conform blijkt te zijn. Is er sprake van een weigerachtige leverancier/debiteur, dan kan de voucherverkoper doorgaans echter niets voor hem betekenen.

Op grond van het leerstuk van de vertegenwoordiging zou men ook kunnen twijfelen aan de aanname dat de consument twee overeenkomsten sluit. En mochten deze twijfels worden bevestigd, dan biedt dit zonder meer voordelen voor de gedupeerde consument. Als de voucherverkoper als *middellijke vertegenwoordiger* van de leverancier optreedt, dan kan de consument hem aanspreken in geval van wanprestatie van zijn achterman (de leverancier). Volgens haar AV beschouwt Groupon zichzelf echter als *onmiddellijk vertegenwoordiger* van de leverancier (vgl. art. 3.4³⁹ en 3.8⁴⁰), behalve bij de verkoop van de voucher (dit doet Groupon op eigen naam). Of Groupon als onmiddellijk vertegenwoordiger van de leverancier optreedt, hangt echter af van de omstandigheden van het geval. Er is sprake van middellijke vertegenwoordiging als de consument er, gelet op de verklaringen en gedragingen van Groupon en de overige omstandigheden van het geval, redelijkerwijs op mag vertrouwen dat Groupon zijn wederpartij is bij de totstandkoming van de diensten- of koopovereenkomst.⁴¹

Op de pagina met de advertentie en de bestelpagina staat nergens expliciet vermeld dat de consument met de leverancier een overeenkomst sluit. Groupon geeft eigenlijk alleen in haar AV met zoveel woorden aan dat de consument een contract sluit met het bedrijf dat de dienst of het product zal leveren (art. 6.1.2). In de advertentietekst komt de naam van de leverancier ook niet altijd even duidelijk naar voren. Groupon biedt het product aan op haar website en regelt de betaling (via een voucher). Soms geschiedt verzilvering van de voucher tegelijkertijd met de aankoop van de voucher (art. 3.4 van de AV van Groupon).

37 Vgl. het innen van een AH-spaarkaart: J.W.A. Biemans, 'Airmiles en andere spaarsystemen nader beschouwd', *NJB* 2009, 869.

38 S. Van der Hoeven en T. Braakman, 'De toekomstige btw-behandeling van vouchers: alles helder?' *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 2013/1257.

39 'In het geval dat een Aanbod Onderneming op de Groupon Website een 'Direct bestellen' deal is, verzamelt Groupon jouw verzendingsgegevens op het moment van de aankoop. Groupon geeft dan deze gegevens voor jou door aan de Onderneming.'

40 'Groupon mag ten behoeve van de Onderneming reserveringskosten of andere kosten innen die samenhangen met de aankoop en/of het inwisselen van een Voucher.'

41 HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521 m.nt. GJS (Kribbebijter).

Is op basis van deze omstandigheden⁴² dan toch sprake van middellijke vertegenwoordiging (Groupon handelt in eigen naam maar voor rekening van de leverancier)? Groupon geeft tijdens het boekingsproces en op de uitgegeven voucher wel aan wie de aanbieder van de dienst of het product is en de betreffende algemene voorwaarden van Groupon (art. 6.1.2 bijv.) zijn makkelijk raadpleegbaar en (redelijk) duidelijk geformuleerd. Maar volstaat de op de website en in de AV van Groupon gegeven informatie om van onmiddellijke vertegenwoordiging te spreken? De vergelijking met de reisagent vormt in dit opzicht een interessant aanknopingspunt.⁴³ Om van onmiddellijke vertegenwoordiging te spreken is in de verhouding reisagent en reisorganisator in ieder geval

‘onvoldoende dat de diensten afzonderlijk worden vastgelegd en in rekening worden gebracht onder vermelding van de afzonderlijke prijscomponenten en de namen van de uitvoerende dienstverleners. Daarvoor is meer nodig, door zich bijvoorbeeld in alle reclameuitingen duidelijk te presenteren als een tussenpersoon die niet in eigen naam handelt, maar in naam van een ander’.⁴⁴

Dat Groupon zich in ‘alle’ reclameuitingen duidelijk presenteert als onmiddellijke vertegenwoordiger, valt als gezegd te betwijfelen. Er zijn echter andere omstandigheden die onzes inziens op onmiddellijke vertegenwoordiging (het optreden in naam van een ander) wijzen, zoals het feit dat bij verzilvering van de voucher op de website van Groupon de consument wordt verzocht om de algemene voorwaarden van de leverancier door middel van een ‘vinkje’ te aanvaarden. Verzilvering vindt met name bij diensten ook vaak later plaats, op de website van de leverancier (waarbij ook de AV van de leverancier worden aanvaard⁴⁵). Groupon levert het product of verricht de dienst verder niet zelf en de consument die van zijn herroepingsrecht gebruik maakt, dient het product dan ook naar de leverancier terug te sturen.

Hoewel er volgens ons dus goede aanwijzingen zijn dat er wat betreft de levering van de dienst of het product sprake is van onmiddellijke vertegenwoordiging, laten we de uitkomst van de toepassing van het leerstuk van de vertegenwoordiging graag over aan de rechter. Als gezegd is het de consument niet altijd duidelijk wie zijn wederpartij(en) is (zijn). De toezegging die Groupon in 2013 aan de ACM deed, vermeldt dan ook dat:

42 De verwarring wordt voor de consument mogelijk nog groter daar Groupon sinds kort zelf (in eigen naam) rechtstreeks producten verkoopt via GrouponGoods BV (op grond van een aparte set algemene voorwaarden).

43 Vgl. HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8510, NJ 2011, 448 m.nt. Jac. Hijma, r.o. 3.6 (SGR/ANVR).

44 Hof Arnhem 22 juli 2008, RCR 2009, 4. Zie ook Ktr. Amsterdam 26 juli 2011, Prg. 2001, 5768.

45 Art. 2.3 van de AV van Groupon vermeldt dat: ‘De Onderneming kan eigen algemene voorwaarden van toepassing verklaren op de koop, levering en/of het beschikbaar stellen van het Aanbod Onderneming.’

‘de (...) geconstateerde onregelmatigheden er in het bijzonder uit (bestaan) dat voor de consument onduidelijk is wie zijn contractspartner is (en wie derhalve welke verantwoordelijkheid draagt)’.

3.3 Is tussen de door de consument gesloten overeenkomsten sprake van voldoende samenhang?

Mocht er inderdaad sprake zijn van onmiddellijke vertegenwoordiging dan sluit de consument twee overeenkomsten: een met de voucherverkoper betreffende de voucher en een met de leverancier betreffende de dienst of het product. Zijn deze overeenkomsten dan zo met elkaar verbonden, dat ontbinding of vernietiging van de ene overeenkomst (die met de leverancier) noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat de andere overeenkomst (met de voucherverkoper) evenmin in stand kan blijven? Luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, dan kan de koop van de voucher bij wanprestatie van de leverancier ongedaan worden gemaakt en moet Groupon de consument de hiervoor betaalde prijs zonder meer terugbetalen (art. 6:271 BW), zonder hier (zoals nu het geval is) voorwaarden aan te verbinden.

De doorwerking van ontbinding van een overeenkomst bij een andere overeenkomst is eind jaren negentig aangenomen door de Hoge Raad in het arrest Jans/FCN.⁴⁶ Vandaag de dag is deze doorwerking deels gecodificeerd. De samenhang tussen de twee overeenkomsten die de consument sluit op de website van de voucherverkoper is echter niet het onderwerp van een wettelijke regeling.⁴⁷ Om vast te stellen of de ontbinding van de overeenkomst met de leverancier wegens wanprestatie de ontbinding van de voucherkoop rechtvaardigt, moet men dus terugvallen op de gezichtspunten uit de jurisprudentie waarin het leerstuk van de samenhangende overeenkomsten is ontwikkeld.⁴⁸ Om te bepalen of sprake is van voldoende samenhang, dient men te kijken naar de uitleg van de rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden van het geval. In het arrest Jans/FCN, dat betrekking had op de gebondenheid van een huurkoopovereenkomst en een financieringsovereenkomst, verschaft de Hoge Raad de volgende gezichtspunten:⁴⁹

46 HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.4.2 (Jans/FCN).

47 Deze regelingen betreffen de timeshareovereenkomst (art. 7:50e BW) en de kredietovereenkomst (art. 7:67 BW), al dan niet in combinatie met een koop op afstand (art. 7:46e BW). Het nieuwe art. 6:230q lid 2 jo. art. 6:230g lid 1 sub (l) BW biedt ook geen uitkomst: het artikel bepaalt niets omtrent de ontbinding op andere gronden dan het herroepingsrecht (nog los van het feit dat de overeenkomst met de voucherverkoper niet de van rechtswege te ontbinden *aanvullende* overeenkomst vormt).

48 E.J. Zippro, ‘Samenhangende overeenkomsten en de gevolgen voor de mogelijkheden van ontbinding en opschorting’, *MvV* 2012/4, p. 101.

49 HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.4.2 (Jans/FCN).

‘Zijn de financieringsovereenkomst en de overeenkomst tussen de huurkoper en huurverkoper (...) (nagenoeg) gelijktijdig en met medewerking van alle drie genoemde partijen tot stand gekomen, zoals bijvoorbeeld kan blijken uit het feit dat beide overeenkomsten in een akte zijn neergelegd, dan zal bij die uitleg in het bijzonder acht moeten worden geslagen op hetgeen ieder van de drie partijen van de andere partijen heeft verwacht en heeft mogen verwachten. Voorts kan voor die uitleg van belang zijn of een vaste betrekking bestond tussen de huurverkoper en de financier dan wel of de financier regelmatig als zodanig is opgetreden ter zake van huurkoopovereenkomsten die door de huurverkoper zijn gesloten, alsmede of de huurverkoper is opgetreden als gevolmachtigde van de financier, in welk geval wetenschap van de huurverkoper, met name omtrent gebreken in de verkochte zaak, naar de maatstaf van artikel 3:66, tweede lid, BW aan de financier moet worden toegerekend’.

Van Laarhoven voegt hieraan toe dat het bij de uitleg van samenhangende overeenkomsten niet alleen gaat om wat partijen zijn overeengekomen maar dat er gekeken moet worden naar hun gehele interactiepatroon. Pas na constatering en evaluatie van de feitelijk-economische samenhang kan van samenhangende rechtsverhoudingen worden gesproken, waarbij er door de juridische structuur heen moet worden gekeken.⁵⁰ De Hoge Raad besliste in het arrest *AgfaPhoto Finance/Foto Noort* dat dit criterium – de feitelijk-economische samenhang tussen de huurkoopovereenkomst en de financieringsovereenkomst – de tekortkoming in de ene overeenkomst de ontbinding van de andere overeenkomst rechtvaardigt.⁵¹

De overeenkomsten tussen consument en Groupon en tussen consument en leverancier zijn weliswaar niet in één akte neergelegd maar beide overeenkomsten verwijzen naar alle drie de partijen. Ook komen beide overeenkomsten soms gelijktijdig tot stand wanneer de koop en verzilvering van de voucher tegelijkertijd geschieden (de ‘direct bestellen’-deal genoemd in art. 3.4 van de AV van Groupon). Groupon heeft bovendien een contract met de leverancier op basis waarvan een zekere hoeveelheid vouchers (soms voor diverse producten of diensten) wordt uitgegeven. In de vorige paragraaf bleek voorts dat Groupon optreedt als vertegenwoordiger voor de leverancier. Tussen de door de consument gesloten overeenkomsten is zonder meer sprake van een feitelijk-economische samenhang – de dienst of het product kan niet worden aangeschaft zonder voucher, althans niet voor de aangeboden prijs. Tussen deze overeenkomsten is naar wij menen dus sprake van voldoende samenhang. De door het klus- of valetparkingbedrijf gedupeerde consument die overgaat tot (buitengerechtelijke) ontbinding van de overeenkomst met de leverancier kan bij Groupon teruggave vorderen van het bedrag dat is betaald voor de

50 M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 49 e.v.

51 HR 20 januari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU3162, NJ 2012, 60, r.o. 3.8 (*Agfaphoto Finance/Foto Noort*).

voucher. Volgens de Hoge Raad wordt er afgewikkeld tussen degenen tussen wie de prestaties zijn verricht.⁵² Naar wij menen is het de voucherverkoper niet toegestaan om hindernissen op te werpen voor de restitutie van het voor de voucher betaalde bedrag indien de consument de overeenkomst met de leverancier heeft ontbonden (of vernietigd).

Kan de consument eveneens de door hem als gevolg van de tekortkoming van de leverancier geleden schade verhalen op de voucherverkoper? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend, nu de Hoge Raad in het arrest AgfaPhoto Finance/Foto Noort heeft bepaald dat de nauwe samenhang tussen de overeenkomsten niet meebrengt dat de ene partij (AgfaPhoto Finance) aansprakelijk kan zijn voor de schade die het gevolg is van het tekortschieten van de andere partij (AgfaPhoto Netherlands) in de huurkoopovereenkomst. Volgens de Raad kan

‘dat gevolg (...) daaraan niet worden verbonden, aangezien de bedoelde samenhang alleen van belang is voor het antwoord op de vraag of het tekortschieten van AgfaPhoto Netherlands onder de huurkoopovereenkomst gevolgen heeft voor de gebondenheid van Foto Noort c.s. jegens AgfaPhoto Finance onder de financieringsovereenkomst.’⁵³

4 DE DRIEPARTIJENVERHOUDING ALS MEERPARTIJENOVEREENKOMST

4.1 Is er sprake van een derdenbeding ten gunste van de consument?

Voor het vorderen van schadevergoeding *van de voucherverkoper* bij een uitgebleven of ondeugdelijke levering heeft de vaststelling van de samenhang tussen de twee door de consument gesloten overeenkomsten (paragraaf 3.3) geen meerwaarde. Tussen twee met elkaar samenhangende overeenkomsten en een meerpartijenovereenkomst bestaat een ‘vloeiende lijn’.⁵⁴ De vraag is of de kwalificatie van de driepartijenverhouding als meerpartijenovereenkomst die meerwaarde wel heeft. Die kwalificatie is op haar plaats indien de overeenkomst tussen de voucherverkoper en de leverancier een derdenbeding bevat. De vraag is dus of deze overeenkomst

‘voor een derde het recht (schept) een prestatie van een der partijen te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep op de overeenkomst te doen,

52 HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.4.2 (Jans/FCN).

53 HR 20 januari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU3162, NJ 2012, 60, r.o. 3.8 (Agfaphoto Finance/Foto Noort).

54 A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6. Verbintenissenrecht. Deel III**. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2013, nr. 536.

indien de overeenkomst een beding van die strekking inhoudt en de derde dit beding aanvaardt' (6:253 lid 1 BW).

Om te bepalen of er sprake is van een derdenbeding, zijn alle omstandigheden van het geval van beslissende betekenis, gewaardeerd naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.⁵⁵ Dat de oorspronkelijke partijen een derdenbeding niet bewust hebben beoogd of letterlijk hebben verwoord, betekent niet dat er van een derdenbeding geen sprake is.⁵⁶ De uitleg van de overeenkomst en het derdenbeding hangt af van wat partijen dienaangaande zijn overeengekomen, waarbij de Haviltex-maatstaf moet worden toegepast. Wanneer de derde erop heeft vertrouwd en erop heeft mogen vertrouwen, op grond van gedane mededelingen of gewekte verwachtingen, dat hij recht had op het bepaalde in het beding, dan kan hij bescherming ontlenen aan art. 3:35 BW.⁵⁷

Een voor de hand liggende uitleg van de inhoud van de driepartijenverhouding leidt tot de aanname dat sprake is van een derdenbeding in de overeenkomst tussen de voucherverkoper en de leverancier inhoudende de levering van een product of dienst aan de consument die een bij de voucherverkoper aangeschafte voucher overlegt. Reeds bij het kopen van een voucher aanvaardt de consument dit beding en ontstaat er een meerpartijenovereenkomst. Het beding waarin is bepaald dat de leverancier levert aan de consument, biedt een zelfstandig vorderingsrecht aan de consument ten opzichte van de leverancier als promissor van het beding (art. 3:296 BW). De voucher vormt hiervan het bewijs (vgl. paragraaf 2.2).

4.2 Wat is de meerwaarde van de kwalificatie als meerpartijenovereenkomst?

De vraag is wat de consument kan ondernemen in geval van een tekortkoming in de nakoming van genoemd derdenbeding? Kan de consument de overeenkomst ontbinden en het voor de voucher betaalde bedrag alsmede de door een uitgebleven of ondeugdelijke levering geleden schade *van de voucherverkoper* vorderen?

Komt de leverancier/promissor van het beding als 'partij met samenhangende rechten en verplichtingen' zijn verplichtingen niet na, dan kunnen de stipulator van het beding (de voucherverkoper) en de derde (de consument) krachtens art. 6:279 lid 3 BW *gezamenlijk* de overeenkomst ontbinden.⁵⁸ Dit lijkt ons echter geen realistische optie: de voucherverkoper zal de overeenkomst

55 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6193, r.o. 5.5 (De Veste/makelaar).

56 HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9496, NJ 2005, 499 m.nt C.E. du Perron, r.o. 3.5.

57 HR 14 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123, NJ 2013, 239, r.o. 3.5.

58 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/574.

met de leverancier meestal voort willen zetten gelet op de vele tot de overeenkomst tussen hem en de leverancier toegetreden derden.

Biedt de in art. 6:279 lid 2 BW neergelegde ontbindingsbevoegdheid de consument dan toch de mogelijkheid om het voor de voucher betaalde bedrag van de voucherverkoper terug te vorderen? Door de aanvaarding van het derdenbeding is op de consument een verbintenis *jegens de stipulator* komen te rusten (de betaling van de koopprijs van de voucher). De consument kan dus ook als een 'partij met samenhangende rechten en verplichtingen' in de zin van art. 6:279 lid 3 BW worden aangemerkt. Vraag is echter of de consument op grond van art. 6:279 lid 2 BW de *gehele* overeenkomst kan ontbinden, indien de promissor jegens hem wanprestatie pleegt. Volgens Hartkamp en Sieburgh luidt het antwoord op deze vraag in het algemeen ontkennend.⁵⁹

'Uit de aard van de overeenkomst (zie art. 6:279 lid 1 BW) vloeit voort dat de ontbinding hier ten hoogste een gedeeltelijke kan zijn, in dier voege dat de derde zich door ontbinding wel van zijn verbintenis kan bevrijden, doch niet de rechtsverhouding tussen stipulator en promissor kan beëindigen. (...)

Door de partiële ontbinding – de consument trekt zich als het ware terug uit de overeenkomst – krijgt de gedupeerde consument de koopprijs van de voucher gerestitueerd van de voucherverkoper. Het kunnen ontbinden van de gehele overeenkomst voegt voor hem niets toe en is in het geval van voucherverkoop ook niet gewenst. Andere begunstigden van het 'derdenbeding' moeten kunnen voortborduren op de overeenkomst tussen de voucherverkoper en de leverancier.

Omdat de leverancier promissor is van het beding, kan alleen hij – en niet ook de voucherverkoper als stipulator – op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW) worden aangesproken. De kwalificatie van de driepartijenverhouding als meerpartijenovereenkomst, door het aannemen van een derdenbeding ten gunste van de consument waarvan de leverancier promissor is, heeft ten opzichte van het leerstuk van de samenhangende overeenkomsten, wat betreft de mogelijkheid om door het tekortschieten van de leverancier geleden schade vergoed te krijgen, geen meerwaarde voor de consument (paragraaf 3.3). Het aanduiden van de rechtsverhouding als meerpartijenovereenkomst heeft slechts toegevoegde waarde voor de consument *wanneer de voucherverkoper promissor zou zijn* van een beding op grond waarvan de consument de door hem geleden schade vergoed kan krijgen. Welke inhoud zou dit beding moeten hebben? Te denken valt aan een garantiebeding waarvan de leverancier de stipulator zou zijn en de voucherverkoper de promissor. Van een dergelijk beding is in de overeenkomst tussen Groupon en haar leveranciers echter geen sprake. Met veel moeite hebben wij de hand kunnen leggen op een overeenkomst tussen een (Franse) leverancier en Groupon. Hieruit blijkt duidelijk dat

59 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/575.

de leverancier alle verantwoordelijkheid draagt ten aanzien van de levering en conformiteit van het product resp. de verrichting en kwaliteit van de dienst.

5 DE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE VOUCHERVERKOPER

5.1 Is de voucherverkoper betrokken bij de wanprestatie van de leverancier?

Wij hebben verschillende situaties geschetst waarin de consument de voucherverkoper op grond van wanprestatie kan aanspreken en de als gevolg van de uitgebleven of gebrekkige prestatie van de leverancier geleden schade van de voucherverkoper kan vorderen (art. 6:74 BW). Zou sprake zijn van de koop van een recht aan toonder dan is er mogelijk sprake van non-conformiteit (paragraaf 2.2). Zou de overeenkomst tussen de consument en de voucherverkoper als een overeenkomst van opdracht worden gekwalificeerd, dan kan worden betoogd dat de voucherverkoper zijn zorgplicht heeft geschonden (paragraaf 2.3). Zou sprake zijn van middellijke vertegenwoordiging dan is de voucherverkoper (en niet de leverancier) de wederpartij van de consument en levert een ondeugdelijke prestatie van de leverancier een toerekenbare tekortkoming van de voucherverkoper op (paragraaf 3.2). Deze wegen zijn echter onzeker en sterk afhankelijk van de uitleg van de driepartijenverhouding door de rechter. Biedt de delictuele weg wellicht meer zekerheid?

Zou bijvoorbeeld kunnen worden aangenomen dat Groupon heeft meegewerkt aan de wanprestatie door het klus- of het valetparkingbedrijf?⁶⁰ Dit zal niet snel het geval zijn. Groupon zal de wanprestatie moeten hebben uitgelokt of in ieder geval op de hoogte moeten zijn geweest van de wanprestatie van het bedrijf.⁶¹ Van uitlokking is geen sprake en de voucherverkoper is in de meeste gevallen niet op de hoogte van de uitgebleven of ondeugdelijke levering voordat de gedupeerde consument hem hierover informeert.

5.2 Heeft de voucherverkoper een buitencontractuele zorgplicht jegens de consument als derde?

In paragraaf 2.3 stelden wij dat het garanderen van een betrouwbare leverancier onder de zorgplicht van de voucherverkoper jegens de consument zou vallen. Zou het bestaan van een overeenkomst van opdracht tussen de consument en de voucherverkoper worden uitgesloten, dan komt de consument

60 J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Mon. Nieuw BW B57, Deventer: Kluwer 2004, nr. 2. Vgl. HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42 (Pos/Van den Bosch); HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 m.nt. CJHB en WMK (Curaçao/Boyé).

61 Asser-Tjong Tjin Tai 7-IV 2009/204.

ook langs een andere weg een beroep toe op de schending van de zorgplicht van een goed opdrachtnemer. Tussen de voucherverkoper (opdrachtnemer) en de leverancier (opdrachtgever) kan naar wij menen zonder meer van een overeenkomst van opdracht, meer in het bijzonder van lastgeving (art. 7:414 BW),⁶² worden gesproken.⁶³ Dat de consument 'buiten' deze contractuele relatie staat, doet dan niets af aan het feit dat hij de voucherverkoper op grond van onrechtmatige daad kan aanspreken indien deze onzorgvuldig jegens hem heeft gehandeld.⁶⁴

De reikwijdte van de zorgplicht jegens derden is echter onduidelijk. Zo laat de vraag of een verkoopmakelaar onrechtmatig handelt jegens de consument zich niet in haar algemeenheid beantwoorden. Recentelijk heeft de Hoge Raad overwogen dat een redelijk handelende makelaar slechts onder bepaalde omstandigheden jegens een potentiële koper in moet staan voor zijn onzorgvuldige informatievoorziening.⁶⁵ De uitbreiding van de zorgplicht van de voucherverkoper naar de consument is dus afhankelijk van door de consument te stellen omstandigheden als de mate waarin de voucherverkoper zijn onderzoeksplicht inzake de betrouwbaarheid van zijn opdrachtgever en de kwaliteit van door hem aangeboden diensten en producten is nagekomen.

5.3 Biedt de Wet oneerlijke handelspraktijken uitkomst?

Om de hierboven geschetste problematiek van de meest gereede uitleg van de driepartijenverhouding en bijbehorende overeenkomsten te omzeilen, ligt vooral de weg van art. 6:193c lid 1 BW voor de hand. Deze species van de onrechtmatige daad betreft de misleidende handelspraktijk en komt de consument in ruime mate tegemoet wat betreft diens bewijslast (vgl. art. 6:193j lid 1 en 2 BW). De voucherverkoper draagt de bewijslast ten aanzien van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die hij heeft verstrekt aan de consument en art. 6:193j lid 2 BW helpt de consument met een omkering van de bewijslast betreffende de toerekenbaarheid van de onrechtmatige misleiding. Het is dus aan de voucherverkoper om aan te tonen dat hij van

62 Dat slechts sprake is van bemiddeling lijkt ons uitgesloten: het aanbieden van diensten of producten via de website van Groupon, het regelen van de betaling en de bevestiging van de totstandkoming van de overeenkomst met de leverancier vormen rechtshandelingen die een bemiddelaar niet verricht. In de verhouding tussen Groupon en de leverancier ligt de nadruk ook niet slechts op de precontractuele fase. Voorts handelt Groupon bij de betaling sowieso op eigen naam.

63 Zou tussen Groupon en de consument toch sprake zijn van een overeenkomst van lastgeving (paragraaf 2.3), dan blijkt dat Groupon eigenlijk twee heren dient (wat gezien de convergerende belangen van beide lastgevers in dit geval is toegestaan: art. 7:417 lid 1 BW).

64 HR 4 februari 1977, NJ 1977, 278 m.nt. GJS (Gerritsen/Zwaan); HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008, 587 m.nt. C.E. du Perron (Vleesmeesters/Alog).

65 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162, NJ 2012, 290 m.nt. L.C.A. Verstappen (Savills/Pasman).

de onbehoorlijke uitvoering van de prestatie niets kon weten en daar voldoende onderzoek naar heeft gedaan.

De consument kan op grond van art. 6:193c lid 1 BW de schade vorderen die hij heeft geleden door een misleidende praktijk – waarvoor geen opzet is vereist – mits hij de schade en het causale verband aantoont tussen de misleiding en de door hem geleden schade. Om vast te stellen of de schade door de misleiding is veroorzaakt, is bepalend in welke situatie de consument zich zou bevinden zonder de misleiding.⁶⁶ Wanneer Groupon vouchers aanbiedt voor ‘universele’ koffiecups en het gebruik van deze cups in een bepaald merk koffieapparaat tot gevolg heeft dat het apparaat onbruikbaar wordt, dan heeft Groupon zich naar het aanziet schuldig gemaakt aan misleidende reclame en kan de consument de geleden schade vorderen op grond van een onrechtmatige daad.⁶⁷ Daarnaast kan hij de koop van de voucher vernietigen op grond van het recent ingevoerde art. 6:193j lid 3 BW en zo de aankoopprijs van de voucher terugkrijgen.⁶⁸ De consument dient ook dan het causale verband tussen de misleidende praktijk en de contractssluiting te stellen en zo nodig te bewijzen.⁶⁹ Groupon maakt zich mogelijk evenzeer schuldig aan een misleidende handeling wanneer zij adverteert voor een, naar later blijkt, niet-betrouwbaar bedrijf of voor diensten die een gehele andere uitvoering krijgen dan beloofd, zoals in het geval van de valetparking (vgl. art. 6:193c lid 1 sub b BW). De regeling van de oneerlijke handelspraktijken biedt de consument naar wij menen de meeste houvast wanneer hij schade heeft geleden en van de overeenkomst af wil.

6 TOT BESLUIT: DE NOODZAAK VAN EEN APARTE REGELING VOOR VOUCHER-VERKOOP

De consument die zich tot de voucherverkoper richt voor restitutie van de prijs van de voucher en vergoeding van de door hem geleden schade heeft meer dan een pijl op zijn boog. Tegelijkertijd is onzeker of deze pijlen hun doel zullen treffen. Dit hangt af van de wijze waarop de rechter de driepartijenverhouding tussen voucherverkoper, leverancier en consument uitlegt en op welk leerstuk de consument een beroep doet: zullen de AV contra proferentem worden uitgelegd en/of worden vernietigd, is er sprake van non-conformiteit, is de voucherverkoper een middellijke vertegenwoordiger van de leverancier, rust op hem een zorgplicht en hoever strekt deze zorgplicht? Vooralnog is

66 Vgl. de leer van het negatieve contractsbelang. Zie ook: W.H. van Boom, ‘Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken’, *TvC* 2008-1, p. 7.

67 ‘Niet passende Caffè Magnani cups: klacht Groupon’, <www.klachtenkompas.nl/groupon/niet-passende-caffe-magnani-koffie-cups> (laatst geraadpleegd op 30 juni 2014).

68 *Kamerstukken II* 2012/2013, 33 520, nr. 2.

69 M.B.M. Loos, ‘Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht’, *NJB* 2013, 2255.

er geen rechtspraak voorhanden en het ziet er ook niet naar uit dat deze er snel zal komen: de hoogte van de vordering staat in de meeste gevallen niet in verhouding tot de kosten van een gerechtelijke procedure.

Voucherverkoop komt veel voor en er bestaat onduidelijkheid over de beantwoording van de met de driepartijenverhouding gepaard gaande rechtsvragen. De moeilijkheid om de verplichtingen van de verkoper van vouchers in geval van wanprestatie van de leverancier vast te leggen geeft aan dat er behoefte is aan een duidelijke regeling inzake de verkoop van vouchers. Om te beginnen is van belang dat de voucherverkoper de consument nog beter informeert over het feit dat hij een overeenkomst sluit met de leverancier. Er bestaat echter geen nauw omschreven informatieverplichting van deze strekking en de door Groupon jegens de ACM gedane toezegging (paragraaf 1.3) is bijvoorbeeld gegrond op de regeling inzake de koop op afstand en de Wet oneerlijke handelspraktijken. Deze regelingen houden echter geen rekening met de bijzondere kenmerken van de driepartijenverhouding. De voucherproblematiek geniet ook weinig aandacht op Europees niveau. Dat een duidelijke inbedding van de voucherkoop in de Richtlijn consumentenrechten en dus in de nieuwe afdeling 6.5.2B BW is uitgebleven, zien wij als een gemiste kans. Naar wij menen is er behoefte aan een Europese regeling waarin de voucher expliciet onder het toepassingsbereik van het consumentenkooprecht wordt gebracht en de aansprakelijkheid van de voucherverkoper in geval van een uitgebleven of ondeugdelijke levering duidelijk wordt gedefinieerd en gecommuniceerd naar de consument dankzij speciaal op de voucherverkoop toegesneden informatieplichten. Deze regeling zou moeten bepalen dat in een dergelijk geval zowel de leverancier als de voucherverkoper aansprakelijk kunnen worden gesteld. Zij zou inhouden dat de voucherverkoper als tussenpersoon zo nauw bij de overeenkomst tussen de consument en de leverancier betrokken is dat, mocht de leverancier niet of ondeugdelijk presteren, de consument ook de voucherverkoper kan aanspreken.⁷⁰

Die aansprakelijkheid zou bijvoorbeeld kunnen zijn gebaseerd op een wettelijk vastgelegde zorgplicht van de voucherverkoper jegens de consument: wist hij of behoorde hij te weten dat de leverancier toerekenbaar zou tekortschieten? Deze zorgplicht veronderstelt een onderzoeksplicht aan de zijde van de voucherverkoper naar de kwaliteit en betrouwbaarheid van de gecontracteerde leveranciers.⁷¹ In geval van een wanpresterende leverancier zou de bewijslast worden omgekeerd en bij de voucherverkoper komen te liggen. Een dergelijke constructie is goed in te passen in de systematiek van ons BW. De aansprakelijkheid van de voucherverkoper zou eventueel ook kunnen worden gestoeld op een doorbreking van ons nationale vertegenwoordigingsrecht. En

70 Vgl. A.L.H. Ernes en A.H. Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *AA* 2012-1, p. 29-30.

71 Een dergelijke regeling zou ook de problematiek van de dubbele bedenktijd moeten adresseren.

bij de opstelling van nieuwe Europese regelgeving zou op dit punt aansluiting kunnen worden gezocht bij een bestaande regeling. Niet bij de Richtlijn pakketreizen die de beantwoording van vertegenwoordigingsvraag aan het nationale recht overlaat⁷² maar bij de Richtlijn consumentenrechten. Deze richtlijn wijkt af van de vertegenwoordigingsregeling van afdeling 3.3 BW door ook de bemiddelende tussenpersoon, ongeacht of deze in eigen naam handelt, aansprakelijk te stellen zolang hij kan worden aangemerkt als handelaar. Bij niet-nakoming kan de consument zowel de tussenhandelaar als de achterman aanspreken. Die afwijking geldt echter (vooralsnog?) alleen bij toepassing van de nieuwe afdeling 6.5.2B en art. 7:7, 9 en 11 BW.⁷³

72 HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8510, NJ 2011, 448, m.nt. Jac. Hijma, r.o. 3.6 (SGR/ANVR). Zie ook HvJ EU 14 november 2013, C-478/12, *Maletic v lastminute.com & TUI Österreich* (n.n.g.), r.o. 29.

73 *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 520, E, p. 3.

4 | De rechter en de onmisbare partij Beschouwingen over meerpartijencontracten

M.O.J. de Folter [■]

1 INLEIDING

In dit artikel onderzoekt de auteur in hoeverre een wisselwerking bestaat tussen meerpartijenovereenkomsten en de berechting daarvan in de civiele praktijk. Heeft de materieelrechtelijke kwalificatie dat een bepaalde overeenkomst te beschouwen is als een meerpartijenovereenkomst procesrechtelijke gevolgen? Kan omgekeerd bezien het procesrecht oplossingen aanreiken voor de beoordeling van meerpartijenovereenkomsten?

Zijn er bij een meerpartijencontract sommige of alle partijen betrokken waarvan de aanwezigheid in het geding onmisbaar geacht moeten worden, op materieelrechtelijke dan wel procesrechtelijke gronden. Dat is de onmisbare partij, zonder wie het geschil of geding niet tot een einde gebracht kan worden. Zijn daarnaast partijen aanwijsbaar waarvan de aanwezigheid in het geding wenselijk is, maar die eventueel kunnen ontbreken?¹

■ Mr. dr. M.O.J. de Folter is docent burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Aan de gekozen benadering kan een filosofisch tintje worden gegeven. Zoals hierna zal blijken bestaat 'dé meerpartijenovereenkomst' niet en is er daarom alle reden afstand te nemen van het concept van één onderliggende structuur, die alle bestaande (juridische) uitingen produceert en dus kan verklaren. Men kan dit 'deconstructie' noemen met verwijzing naar de taal filosoof Jacques Derrida. Zie J. Derrida, *Positions*, Chicago: University of Chicago Press 1981, p. 41-43: 'Deconstruction assumes all binary oppositions need to be analyzed and criticized in all their manifestations; the function of both logical and axiological oppositions must be studied in all discourses provide meaning and values. But deconstruction does not only expose how oppositions work and how meaning and values are produced in a nihilistic or cynic position, 'thereby preventing any means of intervening in the field effectively'. To be effective, and simply as its mode of practice, deconstruction creates new notions or concepts, not to synthesize the terms in opposition, but to mark their difference, undecidability, and eternal interplay.' Voorts J. Derrida, *De la grammatologie*, Parijs: Minuit 1967; J. Culler, *On Deconstruction: Theory and Criticism after Structuralism*, Ithaca: Cornell UP 1982; Th. Jansen, 'Deconstructivisme' in: W. van Peer & K. Dijkstra (red.), *Stelutwoorden*, Leuven/Apeldoorn: Garant 1991, p. 34-39.

2 HET TOEGENOMEN BELANG

De meest eenvoudige definitie van een meerpartijenovereenkomst is dat het betreft een overeenkomst die wordt gesloten tussen meer dan twee partijen. Het Nederlands recht kent geen eenduidig en eenvormig begrip van de meerpartijenovereenkomst. De mogelijkheden om een dergelijke overeenkomst aan te gaan en vorm te geven zijn legio. Boek 6 biedt enige aanknopingspunten in de artikelen 6:159, 6:213 en 6:279 BW.² Maar indien bij meer dan twee partijen voldoende wilsovereenstemming bestaat en van meet af aan alle betrokkenen kennelijk naar een gezamenlijke overeenkomst streven, dan bestaat wettelijk geen enkel beletsel om een dergelijke overeenkomst tussen partijen te sluiten. In de praktijk worden voortdurend meerpartijenovereenkomsten aangegaan. Een veel voorkomend voorbeeld biedt de aanschaf van een auto. Een partij A koopt bij autodealer B een auto. De aankoop van een auto voor eigen gebruik kan een flinke uitgave zijn. De koper kan als overbrugging een lening sluiten. Mogelijk is dat de dealer zelf een voorschot of enigerlei vorm van afbetaling op termijn verschafft. In dat geval blijft de overeenkomst tussen koper en dealer het karakter van een tweepartijenovereenkomst behouden. Wordt de financiering verzorgd door een derde, bijvoorbeeld een bank of een aan de dealer gelieerde financieringsmaatschappij, dan verandert de koop van de auto in een driepartijenovereenkomst.³ Een manier om een auto te financieren die steeds vaker voorkomt is de zogeheten fifty-fifty deal. De dealer biedt de koper de mogelijkheid de auto in twee delen te betalen, de helft nu en het restant over bijvoorbeeld twee jaar, zonder rente. Deze vorm van financiering wordt vaak door de importeur van de auto aangeboden. Deze neemt de kosten van de lening voor zijn rekening. De importeur is gelieerd aan de autoverkoper, maar kan daarmee niet vereenzelvigd worden. Zolang de overeenkomst mede gebaseerd is op de financiering door een derde, dient het contract tussen A, B en C te worden beschouwd als een driepartijenovereenkomst, die gericht is op het tegen betaling aanschaffen van een auto.⁴

2 Aldus reeds H. Drion, *De meerpartijenovereenkomst en zijn problemen*, in: W.M. Kleyn e.a. (red.), *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum*, Deventer: Kluwer 1982, p. 1-11, in het bijzonder p. 2-4.

3 Liefhebbers van het typeren van contractvormen door middel van letters en cijfers kunnen in dit geval aansluiten bij de letter 'A'. De punt van de A is de koper, de poten worden gevormd door diens relaties met de verkoper en de financier. De horizontale dwarsbalk is de afspraak dat de koop niet doorgaat, zodra er een breuk ontstaat in de relatie van de koper tot zowel de verkoper, als tot de financier. Dit schema kan ook dienen als weergave voor de verwerving van onroerend goed.

4 Zie HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4992, *NJ* 2012/486; *JOR* 2012, 341 (*Van Dongen*). Bedrijfseconomisch kunnen aan een dergelijke meerpartijenovereenkomst minimaal drie aspecten worden onderscheiden: 1. industrieel (producent van de auto); 2. financieel door de begunstiging van het koopklimaat zowel voor verkoper als klant en 3. een juridische component, die zich laat gelden zodra een conflict bij de uitvoering van het contract ontstaat. Deze benadering treft men aan bij S. Gatti, *Project Finance in Theory and Practice: Designing*,

Een dergelijke meerpartijenovereenkomst is als zodanig niet nieuw. Het was bijvoorbeeld twee of meer eeuwen geleden ook mogelijk door middel van kredietverschaffing een grote aankoop te plegen. Maar de schaal waarop in de hedendaagse maatschappij door derde gefinancierde overeenkomsten kunnen worden gesloten is enorm gegroeid. Het verschijnsel van 'plastic' geld, waarmee voortdurend de ene meerpartijenovereenkomst na de andere kan worden voltooid, heeft tot gevolg dat het in verhouding tot het enkelvoudige contract voorheen ongebruikelijke meerpartijencontract in het economisch verkeer van veel groter belang is geworden. In dit verband dient gewezen te worden op de toegenomen betekenis van de zogeheten 'e-commerce', waarbij een consument bij een willekeurige aanbieder op internet goederen kan aanschaffen en waarbij de financiering door een derde wordt gegarandeerd.⁵

3 DE REIKWIJDTE

In een nog niet zo grijs verleden kon de meerpartijenovereenkomst beschouwd worden als een *rara avis*, waarover zich zo nu en dan een schaarse en zonderlinge jurist het hoofd brak. Door de hiervoor geschetste en kwalificeerbare toename in de hoeveelheid van meerpartijencontracten wordt de vraag actueel wat exact de reikwijdte van het meerpartijencontract inhoudt. Behoort de meerpartijenovereenkomst uitsluitend tot het civiele recht? Indien rechters in toenemende mate wordt gevraagd hun oordeel te geven over meerpartijencontracten, is een afbakening naar bevoegdheid onvermijdelijk. De rechter dient bij de beoordeling van elke meerpartijenovereenkomst zich af te vragen of aspecten van de in geschil zijnde overeenkomst meebrengen dat hij zich onbevoegd zal moeten verklaren om over de zaak in kwestie te oordelen. Bekend zijn bijvoorbeeld de contracten waarbij deelnemers van publieke en private herkomst samen een overeenkomst aangaan.⁶ Dergelijke mengovereen-

Structuring and Financing Private and Public Projects, Amsterdam: Academic Press (Elsevier) 2012.

5 Reeds geruime tijd wordt vanuit de hoek van informatica en e-commerce gewezen op dit verschijnsel. Zie bijv. L. Xu, 'A Multi-party Contract Model', *ACM SIGecom Exchanges* 2005, Vol. 5, No. 3, p. 13-23 en W.M.P. van der Aalst e.a., 'Multiparty Contracts: Agreeing and Implementing Interorganizational Processes', *Computer Journal* 2010, 53, p. 90-106. In het artikel van A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'Groepscontracten als antwoord op de economische verdichting van de samenleving', *WPNR* 2012 (6934), p. 451-458 wordt als verklaring het begrip 'economische verdichting' gehanteerd. Dit lijkt me onjuist. Het gaat om een aanzienlijk kwantitatieve toename van contracten, waarbij meerdere partijen een deel van het contract voor hun rekening nemen. Het gevolg is een uitbreiding van partijen en in zekere zin een fragmentatie van het contract doordat de uitvoering ervan verspreid wordt over meerdere personen.

6 In dit verband wordt gesproken van publiek-private samenwerking (PPS). Zie hierover E. Manunza, *Publieke Private Samenwerking en aanbestedingsrecht – in het bijzonder toegespitst*

komsten kunnen een zeer complex karakter dragen. De rechter moet beslissen of het betreffende contract in hoofdzaak behoort tot het privaatrecht dan wel tot het bestuursrecht.⁷ Ook doet zich regelmatig de situatie voor dat bepaalde initiatieven van meerdere partijen in contractvorm gaandeweg een publiekrechtelijk karakter verkrijgen. Een meerpartijenovereenkomst met publieke en private deelnemers kan zelfs de grondslag vormen voor publiekrechtelijke planvorming en resulteren in een bestemmingsplan.⁸ De grenzen van het procederen ‘in civilibus’ kunnen ook bereikt worden bij geschillen op het terrein van het onderwijsrecht. Men denke bijvoorbeeld aan leer- of stageovereenkomsten waarbij de school, de leerling en het bedrijf tot nadere afspraken komen. Worden tussen deze drie partijen harde afspraken gemaakt omtrent de verdere ontwikkeling van de betreffende leerling, dan kan dit zonder meer als een civielrechtelijke overeenkomst worden aangeduid. Zodra echter aan de school de positie van een toezichthouder moet worden toegekend, lijkt de publiekrechtelijke component zwaarder te wegen.⁹

Een geheel afwijkend soort meerpartijenovereenkomst doet zich voor in het kader van de executie van door de strafrechter opgelegde straffen of maatregelen. Regelmatig sluit de veroordeelde van een strafbaar feit een meerpartijenovereenkomst met de reclassering en met een andere, behandelende instelling. Het betreft een behandelovereenkomst met strafrechtelijke elementen, die door een privaat persoon wordt gesloten met verschillende instellingen.¹⁰

De meerpartijenovereenkomst kan voorts elementen bevatten die ertoe leiden dat de overeenkomst wordt gerekend tot het fiscale of sociale zekerheidsrecht. Indien het contract tot doel heeft belasting te ontduiken of de betaling van belasting zoveel mogelijk te ontwijken kan dit voor de belastingrechter aanleiding zijn om de fiscus gelijk te geven. Een voorbeeld biedt de casus waarbij een tijdelijk in Helgoland gestationeerd kostbaar motorjacht voor BTW-nul tarief via een ingewikkelde huurkoop transactie uit handen van een Belgische eigenaar door een Nederlandse koper werd verworven. De interpretatie van een driepartijenovereenkomst met betrekking tot een huurkoopsom

op samenwerkingsvormen in de water- en mediasector, Utrecht: The Europa Institute Working Paper 2012.

7 De complexe contractuele verhouding tussen afvalverwerkers en een schare Brabantse gemeenten werd door de rechter beschouwd als een privaatrechtelijk geschil. Zie Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9487. Zie ook Rb. Arnhem 5 augustus 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ8115, inzake een mislukte samenwerkingsovereenkomst met betrekking tot infrastructurele voorzieningen in het gebied De Waalsprong.

8 Zie Raad van State 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2310; alsmede Raad van State 12 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0364.

9 In die zin Rb. Amsterdam 5 maart 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AA3407.

10 Zo werd een zorgverlener die ontucht had gepleegd met minderjarigen door Rb. Alkmaar 21 februari 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BV6385 veroordeeld een driepartijenovereenkomst af te sluiten met de zorginstelling en de reclassering. Zie tevens Rb. Oost-Brabant 19 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ4505.

van circa € 750.000 voor het gebruik (proefvaart) en de verwerving van het jacht vormde de grondslag voor de toewijzing van een naheffingsaanslag van ongeveer € 130.000 wegens ontduiking van omzetbelasting.¹¹ Niet elk meerpartijencontract is evenwel een maskerade met als vooropgezet doel het behalen van fiscaal voordeel. Zo kan het meerpartijencontract ook de grondslag vormen voor een vordering tot kwijtschelding of korting van fiscale heffingen.¹²

Een voorbeeld waarbij zich een mogelijk conflict met het sociale zekerheidsrecht voordeed biedt de volgende casus. Medewerker Y, werkzaam bij een bank, is wegens psychische klachten volledig uitgevallen voor haar werk. Na een arbeidskundige reïntegratie wordt haar voorgesteld dat zij op basis van een jaarcontract in dienst zal treden bij bureau X, die haar zal omscholen en begeleiden naar een andere passende functie op de arbeidsmarkt. De kosten hiervan zijn één jaarsalaris, dat aan X wordt betaald door de bank. Hiermee gaat Y akkoord. Vervolgens is tussen de bank, X en Y een driepartijenovereenkomst gesloten, getiteld 'Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd' en gesloten voor de duur van één jaar met ingang van 15 maart 2008. Deze overeenkomst is op 15 maart 2009 van rechtswege geëindigd, vanaf welk moment Y een WW-uitkering aanvraagt. De uitkeringsinstantie weigert uit te keren, want:

'Y is geen werknemer is in de zin van de ww, omdat het dienstverband bij X geen privaatrechtelijke dienstbetrekking is in de zin van artikel 7:610 BW. Y is daarom, gelet op artikel 3 van de ww geen werknemer en daarom niet verzekerd voor de ww.'

De uitkeringsinstantie kreeg gelijk.¹³

Zodra een meerpartijenovereenkomst elementen bevat die aanleiding kunnen geven tot een competentieconflict, zal de civiele rechter zich moeten afvragen of hij bevoegd is over de zaak te oordelen. Conform de competentieregeling van de Nederlands rechterlijke macht kunnen bestuursrecht, strafrecht, civiel en fiscaal recht en sociaal zekerheidsrecht beperkingen opleggen aan de beoordeling van een meerpartijencontract. Bijzondere rechters zoals de

11 Zie HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5229; *BNB* 2002/327; *WFR* 2002/1071; *FED* 2002/452; *V-N* 2002/36.25 (Kluwer). Zie voor een zeiljacht: Rb. Haarlem 2 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM6253; *NTFR* 2010, 1416, *V-N* 2010/40.2.3.

12 Zie resp. HR 15 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3761; *NTFR* 2009/1173, m.nt. Monteiro; *FED* 2009/68, m.nt. J.W.J. De Kort; *BNB* 2009/183, m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken met betrekking tot de situatie dat, bij ontbreken van een testamentaire voorziening, de erfgenaam, de legatarissen en de fiscus een driepartijenovereenkomst sluiten waarbij de aansprakelijkheid voor de belastingschuld overgaat naar degene die de aandelen heeft verkregen en Hof Amsterdam 23 december 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AS3277 inzake de terugbetaling van douanerechten.

13 Zie Rb. 's-Gravenhage 7 april 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM2009.

Pachtrechter of de Ondernemingskamer kunnen evenzeer bevoegd zijn als 'de gewone rechter'.¹⁴

4 KARAKTER EN STRUCTUUR

Nu duidelijk is geworden dat in veelzijdigheid en variatie de meerpartijenovereenkomst niet onderdoet voor de 'gewone' tweepartijenovereenkomst, rijst de vraag of aan de meerpartijenovereenkomst een bijzonder en kenmerkend karakter kan worden toegekend. Allereerst kan worden opgemerkt dat de meerpartijenovereenkomst niet in één onverdeelde handeling tot stand hoeft te worden gebracht. De totstandkoming kan ook gefaseerd plaatsvinden. Een tweepartijenovereenkomst kan zonder enig wettelijk beletsel worden omgezet in een drie- of meerpartijenovereenkomst. In Boek 6 worden enkele voorbeelden gegeven van typische meerpartijenovereenkomsten. Als eerste kan genoemd worden de figuur van de contractsovername ex art. 6:159 BW.¹⁵ Als tweede verdient vermelding het beding ten behoeve van een derde (art. 6:253-256 BW).¹⁶ De gefaseerde ontwikkeling levert als zodanig geen reden op tot een afwijkende beoordeling door de rechter. De latere toetreding van een derde kan onder geheel andere feitelijke omstandigheden hebben plaatsgevonden dan aanwezig waren ten tijde van het ontstaan van het contract.¹⁷ De rechter zal met de bijzondere omstandigheden die aanwezig waren op het moment van de toetreding van de derde rekening moeten houden.¹⁸

14 Contractsovername tussen drie partijen ten aanzien van een pachtovereenkomst levert samenloop op van het contractenrecht en het pachtrecht. Zie Hof Arnhem 19 augustus 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BE8606. Een driepartijenovereenkomst waarmee een bestuurder binnen een onderneming buiten spel werd gezet, leverde volgens de Ondernemingskamer wanbeleid op en kon voorts leiden tot schadeplichtigheid naar het oordeel van de gewone rechter. Zie Hof Arnhem 22 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ0500.

15 Doorgaans wordt aangenomen dat elke vorm van contractsovername ook een driepartijencontract inhoudt. Aldus bijv. Rb. Zutphen 9 maart 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AS9309; Hof Arnhem 24 april 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA4926; Rb. Utrecht 25 februari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH4332; Rb. Middelburg 24 februari 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BM3350; Rb. Amsterdam 11 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ6950. Anders Hof 's-Hertogenbosch 29 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:957.

16 Zie bijv. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen & Aruba 17 februari 2010, ECLI:NL:OGHNA:2010:BL4107; Rb. Zutphen 11 augustus 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BR4864; *NJF* 2011, 321; HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2143; *RvdW* 2012, 362; HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123.

17 A-G Huydecoper in zijn conclusie bij HR 21 september 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA6234 (conclusie A-G Huydecoper) wijst erop dat de vraag omtrent de uitleg van een contractsovername als een meerpartijenovereenkomst een sterk feitelijk karakter draagt.

18 Zie Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI9071 (bevestigd door HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7117; *RvdW* 2011, 146; evenzo Rb. Zutphen 27 juli 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BR4864; *NJF* 2011, 321): 'De vraag hoe in een overeenkomst de verhouding van partijen is geregeld hangt af van hetgeen zij jegens elkaar hebben verklaard en van hetgeen zij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs te dien aanzien

Ook al wordt de beoordeling van de vraag of een contract als meerpartijenovereenkomst moet worden uitgelegd, hoofdzakelijk gestoeld op de feitelijke constellatie zoals naar voren gekomen in het proces, toch blijft de uiteindelijke kwalificatie een juridisch karakter behouden en is deze te beschouwen als een rechtsgrond in de zin van art. 25 Rv. Dit blijkt duidelijk uit het arrest *Verhoeven-Piedboeuf*, waarin de Hoge Raad ambtshalve het karakter van meerpartijencontract vaststelt.¹⁹ Drion merkt terecht over dit arrest op:²⁰

‘Het meest merkwaardige in deze zaak is, dat dit typische probleem van het meerzijdige (d.w.z. meer-dan-tweezijdige) contract tot aan de laatste fase van de procedure niet als zodanig is gezien. Pas in de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad wordt de te beslissen vraag geformuleerd als een geval van een contract dat is opgemaakt om door meer dan twee partijen te worden ondertekend.’

Hieruit volgt dat de beslissing van een lagere rechter om een overeenkomst al dan niet te kwalificeren en uit te leggen als een meerpartijenovereenkomst enerzijds een sterk feitelijk karakter draagt, maar dat anderzijds de Hoge Raad over voldoende ruimte beschikt om in cassatie deze vraag alsnog te beoordelen.²¹ Gelet op dit sterk feitelijke karakter van de meerpartijenovereenkomst is het naar mijn mening zeer twijfelachtig of de meerpartijenovereenkomst altijd vatbaar is voor uitgebreide typologie of karakterologie. Bekend in de literatuur is de typologie à la Dirix met een onderscheid tussen symmetrische, asymmetrische meerpartijenovereenkomsten en samenwerkingsverbanden.²²

Door Drion is benadrukt dat het meerpartijencontract een tegenstelling vormt met binaire structuren, die bepalend zouden zijn voor het toenmalige juridische denken over contracten.²³ Hij doelt daarmee op het feit dat het

van elkaar mochten verwachten. Bij een meerpartijenovereenkomst kunnen de verplichtingen die partijen op zich nemen verschillend zijn, onder meer afhankelijk van het feit of het een partij is die betrokken is bij de totstandkoming van de overeenkomst of pas later is toegetreden. Uitleg van de overeenkomst en de bedoeling van partijen moeten uitsluitel hierover geven.’

19 HR 9 februari 1979, NJ 1979/501 (*Verhoeven-Piedboeuf*).

20 Zie H. Drion, 1982, p. 1.

21 Zo wijst A-G Verkade in zijn conclusie bij HR 18 januari 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5067 (conclusie A-G Verkade); *RvdW* 2008, 103, *JOR* 2008/83, m.nt. I. Spinath sub 4.5 erop dat: ‘Vooropgesteld moet worden dat het hier om een ‘uitlegkwestie’ gaat. De vraag is of het hof heeft kunnen oordelen dat de ontbindende voorwaarde in werking is getreden, hetgeen het geval is indien ‘om welke reden dan ook één of meerdere bepalingen’ uit de driepartijenovereenkomst hun werking hebben verloren.’ In HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6371; *RvdW* 2005, 116 werd tevergeefs getracht op deze grond (meerpartijencontract) cassatie te bewerkstelligen, maar ging dit mis op andere processuele gronden. Zie HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT6371 (conclusie A-G Spier), sub 4.28.

22 Zie E. Dirix, ‘De meerpartijen overeenkomsten’, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1983, p. 763-769. In gelijke zin bijv. J.G.A. Linssen, ‘Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht’, *NJB* 1995, p. 1266 e.v.

23 Zie H. Drion, 1982, p. 4 e.v.

contractenrecht van zijn tijd sterk gekleurd wordt door het gebruikelijke uitgangspunt dat slechts twee partijen met elkaar contracteren en het contract baseren op afspraken over en weer. Zodra echter partijen meerdere samenhangende overeenkomsten sluiten kan sprake zijn van een binaire structuur binnen een meerpartijenovereenkomst. Hiervan is sprake, indien een dwarsverbinding tussen de partijen is ontstaan waardoor de overeenkomst één geheel vormt waarbinnen tussen meer dan twee partijen over en weer rechten en verplichtingen zijn aangegaan.²⁴ Maar niet alle parallelle contractuele verhoudingen leiden ook tot het aannemen van een meerpartijenovereenkomst. Daartoe dient het volgende voorbeeld.²⁵ De Arnhemse rechtbank onderzoekt in een zaak of een naast elkaar gesloten kredietovereenkomst en beleggingsovereenkomst voldoende grondslag opleveren voor het aannemen van meerpartijenovereenkomst en komt tot een negatieve conclusie:

‘Het gaat in het onderhavige geschil niet om één overeenkomst, waaruit verbintenissen voortvloeien voor meerdere partijen, te weten gedaagden, betrokkene 1 en IDM, maar om twee overeenkomsten, waarbij telkens twee partijen zijn betrokken en waaruit ook telkens slechts verbintenissen voortvloeien voor de twee partijen, die de desbetreffende overeenkomst zijn aangegaan.’

Wat ontbreekt, naar het oordeel van de Arnhemse rechter, is een verbindende schakel tussen beide relaties.²⁶

In de praktijk kunnen allerhande (dwars)verbindingen zich voordoen, die de conclusie ondersteunen dat tussen partijen een meerpartijencontract tot stand gekomen is. Een zeer duidelijke aanwijzing wordt gevormd door een in het meerpartijencontract opgenomen ontbindende voorwaarde die werking heeft ten aanzien van alle betrokken partijen en alle contractuele geleidingen.²⁷

Doorslaggevend is dat door de rechter wordt geconstateerd dat tussen partijen drie of meer contractuele verbindingen bestaan en dat deze verbindin-

24 Een voorbeeld van een dergelijke binaire (en tevens symmetrische) structuur biedt de casus gegeven in par. 1.

25 Dit voorbeeld is ontleend aan de casus van Rb. Arnhem 1 februari 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AV8556. Evenmin wordt door de rechter het kennelijke bestaan van een onderliggende gedachte of een concept als een voldoende dwarsverband beschouwd. Zo oordeelde Rb. Zwolle-Lelystad 26 september 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BY1775 met betrekking tot het failliete Haarhuus: ‘De enkele stelling dat er sprake is van een ‘meta-afpraak’ is onvoldoende om een meerpartijenovereenkomst aan te nemen.’ Voor de liefhebbers van beeldtaal: in de laatstgenoemde casusposities gaat het om de vorm van de letter ‘H’. Het betreft telkens twee samenhangende contracten, waarbij de vraag of sprake is van een meerpartijenovereenkomst beslist wordt door de aanwezigheid van een dwarsverbinding, die inhoudt dat beide contracten met elkaar verbonden worden tot één meerpartijencontract.

26 Vergelijk Hof ‘s-Hertogenbosch 28 januari 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AS6390; Hof ‘s-Gravenhage 27 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY4672.

27 Een goed voorbeeld biedt de zaak HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067; NJ 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde; JOR 2008/83, m.nt. I. Spinath. De ontbindende voorwaarde wordt in het contract expliciet vermeld als de verbindende schakel tussen alle partijen .

gen één contractueel geheel vormen. Iedere afzonderlijke verbinding vormt binnen een meerpartijovereenkomst een schakel, zodanig dat ook jegens (en ten gunste van) elke derde-partij een samenstel van contractuele rechten en verplichtingen bestaat of in werking treedt.²⁸ Stel dat tussen A, B en C een driepartijovereenkomst is gesloten. Kan dan enkel in de relatie A-B geprocedeerd worden over bijvoorbeeld een onderdeel van het contract, zonder dat C hierin betrokken wordt? Dit is het probleem van de splitsbaarheid. Anders gezegd: leidt de vaststelling van een meerpartijovereenkomst ook tot de conclusie dat alle contractspartijen moeten deelnemen aan een geding waarin dat contract de kern van het geschil vormt?

5 WEL OF NIET SPLITSBAAR?

In het arrest *Piedboeuf-Verhoeven*²⁹ wordt van een nogal formeel criterium uitgegaan, namelijk wie tot de ondertekenaars van het meerpartijencontract behoren. Maar zijn dat ook degenen die het geding moeten voeren? Het zou naar mijn mening te ver reiken om op grond van dit formele uitgangspunt aan te nemen dat voortaan elke (potentiële) ondertekenaar van een meerpartijencontract ook noodzakelijkerwijs partij in het geding is. De praktijk laat dan ook een ander beeld zien. Een voorbeeld biedt de zaak, waarbij verkoper De Strandvogel aan een particuliere koper een huis verkoopt, dat zich bevindt op grond van de gemeente Sluis. Tussen deze drie partijen is een meerpartijenovereenkomst gesloten, maar toch wordt enkel geprocedeerd door de koper tegen de verkoper.³⁰

Een ander zeer duidelijk voorbeeld biedt de volgende casus. Koper A schaft bij autobedrijf B een personenauto aan. Hij maakt daarbij niet duidelijk of hij optreedt als consument dan wel als ondernemer. De aankoop wordt onder-

28 Zie o.m. Rb. Arnhem 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB1184; Rb. Zwolle-Lelystad 14 februari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BM0319; *Prg.* 2010, 140; Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV6356; Rb. Rotterdam 28 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY5274.

29 HR 9 februari 1979, NJ 1979/501 (*Verhoeven-Piedboeuf*).

30 Zie Hof 's-Gravenhage 30 augustus 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT1986. Er waren bovendien nog allerlei tussenpersonen bij de transactie betrokken zoals makelaars en architecten. Een soortgelijk voorbeeld biedt Hof Amsterdam 2 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:979; *JOR* 2013/351, m.nt. A. Steneker in een geschil tussen de Rabobank en curator Snippers qq.: 'Zoals door de curator terecht is aangevoerd miskent de Rabobank met dit standpunt dat de driepartijovereenkomst tussen mr. Terng, de Rabobank (als pandhouder) en Tatra Wood het karakter had van een executieverkoop als bedoeld in artikel 3:251 BW. Executie heeft als gevolg dat de aan de overgedragen activa verbonden pandrechten teniet gaan, derhalve ook het eerder door de Rabobank met F overeengekomen (bezitloos) pandrecht. Voor zover partijen al bij overeenkomst daarvan zouden kunnen afwijken, oordeelt het hof dat de bepalingen in de driepartijovereenkomst, basis van de toenmalige verhaals-executie, in het geheel niet in die richting wijzen, zodat daarvan ook niet kan worden uitgegaan.'

steund door financieringsmaatschappij C. Er is tussen dit drietal onmiskenbaar een driepartijenovereenkomst gesloten. Koper A gaat vier jaar later failliet en de auto is voor een fors bedrag nog niet afbetaald. Het faillissement wordt wegens gebrek aan baten opgeheven. Enige jaren blijft het stil. Dan spreekt C alsnog A aan ter voldoening van het niet betaalde bedrag. De daaropvolgende procedure tussen A en C spitst zich toe op de vraag of A een beroep kan doen op verjaring, namelijk op de bijzondere termijn (2 jaar) van art. 7:28 BW. Of is de gebruikelijke termijn van art. 3:308 BW van toepassing? Verkoper B is op geen enkele wijze in de zaak betrokken. Evenmin wordt uitgebreid ingegaan op het complete contract. Slechts één detail, namelijk welke verjaringstermijn van toepassing is, bepaalt de inhoud van het geschil.³¹ Was verkoper B wel in het geding betrokken geweest, dan had deze wellicht een beslissende wending aan het proces kunnen geven door zich uit te laten over het karakter van de koop: standaard of consumentenkoop?

Uit deze selectie van praktijkvoorbeelden blijkt dat een meerpartijenovereenkomst gesloten tussen partijen A, B en C gesplitst kan worden in een geschil tussen enkel A en B of tussen B en C of tussen A en C. Wie tegen wie procedeert is afhankelijk van de inhoud van het geschil. Daarbij kunnen verschillende facetten van het omstreden contract aan de orde worden gesteld, zoals nakoming, retentierecht of uitleg van de overeenkomst in het kader van executie.

De constatering dat elke schakel binnen het meerpartijencontract splitsbaar is berust mijns inziens op twee procesrechtelijke beginselen. Als eerste beginsel kan genoemd worden de partijautonomie: elke deelnemer aan het contract is bevoegd om een procedure aan te vangen tegen één van de overige deelnemers. De (proces)partijen bepalen tegen wie en waarover ze willen procederen. Het tweede leidende beginsel is de proces-economie. Het geding wordt beperkt tot slechts twee partijen, waardoor aanmerkelijk sneller, goedkoper en doeltreffender geprocedeerd kan worden.

Zijn meerpartijenovereenkomsten (of onderdelen daarvan) aanwijsbaar, waarbij deze splitsing niet mogelijk is?

Een duidelijk voorbeeld hiervan biedt art. 3:51 lid 2 BW:

‘Een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling wordt ingesteld tegen hen die partij bij de rechtshandeling zijn.’

31 Deze casus is ontleend aan HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4992; NJ 2012/486; JOR 2012/34, m.nt S. van Dongen; JIN 2012/183, m.nt. P.C.M. Kemp. In een spoedprocedure ligt het nog meer voor de hand dat niet alle partijen bij de overeenkomst in het geding betrokken worden. Zie bijv. Rb. Amsterdam (KG) 29 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM1659.

Een geschil met betrekking tot bewindvoering en de daaruit voortvloeiende beschikking over de bankrekening leverde expliciet een verwijzing naar dit wetsartikel in het kader van een meerpartijenovereenkomst op:³²

‘Op grond van artikel 3:51 lid 2 BW dient een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling te worden ingesteld tegen hen die partij zijn bij de rechtshandeling. Indien er meerdere partijen zijn, dienen deze alle in rechte te worden betrokken. Tijdens de comparitie hebben partijen zich op het standpunt gesteld dat de bank geen partij is bij de overeenkomst tussen partijen, althans dat het geschil over de akte wijziging tenaamstelling slechts speelt tussen eiser en gedaagde. Anders dan partijen is de rechtbank van oordeel dat de bank partij is bij de wijziging tenaamstelling. De wijziging tenaamstelling is een vorm van contractsoverneming en derhalve een drie-partijenovereenkomst, waarbij de huidige rekeninghouder haar rechtsverhouding tot de bank met diens instemming overdraagt aan de nieuwe rekeninghouder. Nu de bank – hoewel partij bij de overeenkomst tot wijziging tenaamstelling – niet is gedagvaard in deze procedure, kan de vordering van eiser tot vernietiging van de wijziging tenaamstelling niet worden toegewezen.’

Evenmin is een meerpartijenovereenkomst vatbaar voor splitsing, indien sprake is van de materieelrechtelijke ondeelbaarheid van het meerpartijencontract in geschil.³³ Deze is volgens de Hoge Raad in het arrest *Clarijs-Van Goethem* aanwezig indien de beslissing ten aanzien van alle betrokkenen in dezelfde zin dient te luiden:³⁴

‘Dit mag slechts worden aangenomen indien aard en inhoud van rechtsverhouding daartoe nopen, hetgeen meebrengt dat de vraag of van zodanige ondeelbaarheid kan worden gesproken, zich niet altijd leent voor beantwoording in algemene zin, aangezien de bijzonderheden van het gegeven geval van doorslaggevende betekenis kunnen zijn.’

De samenhang tussen partijen bij het contract en de ten processe ingestelde vorderingen is dan kennelijk zo nauw dat splitsing van procedures niet aanvaardbaar geacht wordt.³⁵ Uitspraken waarbij een dergelijke nauwe samen-

32 Zie Rb. Utrecht 25 februari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH4332. Zie tevens HR 12 juni 1987, NJ 1988/252, m.nt. W.L. Haardt; Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ7997; JOR 2007/103, m.nt. Faber.

33 Men kan uiteraard art. 3:51 BW zien als een voorbeeld van de toepassing van ondeelbaarheid bij meerpartijenovereenkomsten. Aldus H.J. Sniijders & A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 106 e.v.

34 Aldus HR 26 maart 1993, NJ 1993/489, m.nt. P.A. Stein (*Clarijs-Van Goethem*). Zie voorts HR 21 mei 1999, NJ 2000/291, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rinsma-Van Bakels en APR*).

35 Zie M.O.J. de Folter, *De gedwongen tussenkomst* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 158-163 met vermelding van verdere bronnen.

hang aanwijsbaar is, zijn zeldzaam.³⁶ De overheersende tendens en strekking is evenwel dat uit de aard en het karakter van de meerpartijenovereenkomst niet zonder meer volgt dat al deze partijen in het geding moeten worden betrokken. In de rechtspraak wordt doorgaans de kern van het geschil behandeld en berecht en verliest men zich niet in allerlei bijzaken.³⁷ Deze modus operandi kan echter bezwaarlijk zijn, indien wel bij het contract betrokken partijen, niet in het geding betrokken worden. Te denken valt aan het hiervoor gegeven voorbeeld van de buiten het geding gehouden autoverkoper. Deze is geen noodzakelijke partij, maar zijn aanwezigheid in het geding zou wel kunnen bijdragen aan de oplossing van het geschil.

6 NOODZAKELIJK OF WENSELIJK?

Rest de vraag of er partijen zijn waarvan de aanwezigheid in het geding niet absoluut noodzakelijk is, maar die toch wenselijk zou kunnen zijn. De hierboven weergegeven tegenstelling tussen enerzijds splitsing van onderdelen van de meerpartijenovereenkomst en anderzijds de toepassing van de ondeelbaarheid op grond van een meerpartijencontract leidt tot een alles-of-niets situatie bij de procesvoering omtrent dit soort contracten. Het ene uiterste is dat het meerpartijencontract wordt gefragmenteerd en verspreid over meerdere gedingen dan wel tot één zaak tussen twee partijen gereduceerd. Het andere uiterste houdt in dat elke deelnemer aan het contract noodzakelijkerwijs ook deelneemt aan het proces. In een contractuele opzet met veel deelnemers zou dit kunnen leiden tot een navenant omvangrijk massaproces.³⁸

In mijn proefschrift heb ik een voor het Nederlandse recht geheel nieuwe oplossing voorgesteld, namelijk door aan de rechter en partijen de keuze te geven een soort van ‘gulden middenweg’ te bewandelen. Door middel van toepassing van de gedwongen tussenkomst kan een derde in het geding betrokken worden niet enkel uit noodzaak, maar op grond van opportuni-

36 Verg. conclusie van A-G Huydecoper sub 9-11 bij HR 9 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BM3979 (conclusie A-G Huydecoper); NJ 2010/403: ‘Onhelder is daarbij, wanneer de zojuist bedoelde noodzakelijkheid zich nu werkelijk voordoet. De praktijk neemt dit zelden of nooit aan, en in de doctrine wordt (dan) ook verdedigd dat gevallen van noodzakelijkheid – hoogst – zeldzaam zijn.’

37 Over splitsing van deelbare rechtsverhoudingen (subjectieve cumulatie): HR 27 oktober 1978, NJ 1980/102, m.nt. W.H. Heemskerk; voorts De Folter 2001, p. 184-193. Zie voor een recent praktijkvoorbeeld: Rb. Oost-Nederland (Kanton Zwolle) 8 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0907; NJF 2013/191.

38 In het erfrecht wordt ondeelbaarheid soms aangenomen. Een voorbeeld van een redelijke grote groep deelgenoten die in één proces zijn betrokken, biedt de zaak HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0586; NJ 1992/461 (*Gaschereau-Sunresorts*). Deze toepassing, die geënt is op het deelgenootschap van art. 3:171 BW, wijkt overigens af van de *exceptio plurium litis consortium*. Zie daarover De Folter 2001, p. 126-129.

teit.³⁹ Daarmee wordt het probleem buiten beschouwing gelaten of de aanwezigheid van deze derde nu wel of niet absoluut noodzakelijk is in het geding, maar wordt uitgegaan van de vraag of de aanwezigheid van een bepaalde derde-partij wenselijk is met oog op de materiële rechtsverhouding tussen partijen, de stand van het geding en de vraag of deze partij een bijdrage kan leveren aan de oplossing van het geding.⁴⁰ Ter verduidelijking merk ik op dat naar mijn mening gedwongen tussenkomst zowel op initiatief van partijen als uitvloeisel van een last van de rechter kan plaatsvinden.⁴¹ Gaat men hiervan uit dan zal men tevens de consequentie moeten aanvaarden dat de formule 'exceptio plurium litis consortium' tot het verleden behoort.⁴² Dit leerstuk gaat immers ervan uit dat het in oorsprong gaat om een exceptie, die door een der procespartijen wordt opgeworpen en die inhoudt dat de andere partij niet-ontvankelijk dient te worden verklaard vanwege het ontbreken van een der strijdgenoten (litisconsorten).⁴³ Alternatieve termen zijn bijvoorbeeld noodzakelijke of onmisbare partij dan wel noodzakelijk strijdgenootschap of ondeelbaarheid c.q. onsplitsbaarheid.⁴⁴

39 Zie De Folter 2001, p. 120-121 en 150-152.

40 Zie De Folter 2001, p. 170-171: 'Naar mijn mening behoort de exc. plc c.q. het noodzakelijk strijdgenootschap om processuele redenen zoveel mogelijk beperkt te worden. Er is immers een handzaam alternatief: oproeping door middel van gedwongen tussenkomst. Met behulp van de gedwongen tussenkomst op initiatief van de rechter kan de rechter alert inspelen op de ontwikkeling van het geding, zonder tot de vergaande beslissing te komen dat het proces onuitvoerbaar is indien bepaalde derden niet van de partij zijn. In mijn opvatting zijn derden c.q. partijen derhalve over het algemeen niet 'onmisbaar'. In zijn conclusie bij het arrest HR 21 mei 1999, NJ 2000/291, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rinsma-Van Bakels en APR*), heeft A-G Bakels in zijn conclusie sub 2.3 de suggestie gedaan om 'wenselijkheid' als richtsnoer te nemen bij de beoordeling van de oproeping van een noodzakelijke partij. Het idee van wenselijkheid acht ik juist, maar alleen als zelfstandige categorie en niet met het doel om de exceptio plc. verder uit te breiden. Zie over dit probleem tevens A-G Huydecoper in zijn conclusie sub 9-11 bij het arrest HR 9 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BM3979 (conclusie A-G Huydecoper); NJ 2010/403.

41 Aldus expliciet HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840; NJ 2013/290, m.nt. P. van Schilfgaarde; JOR 2013, 133, m.nt. J.M. Blanco Fernández: 'Overigens verdient opmerking dat indien blijkt dat bedoeld is de gezamenlijke maten te dagvaarden, maar niet alle (rechts)personen zijn gedagvaard die ten tijde van de dagvaarding maat waren, de rechter, desverzocht of zo hij het nodig oordeelt dat de niet gedagvaarde maten aan het geding (kunnen) deelnemen, in beginsel gelegenheid behoort te geven om die personen alsnog in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv.' Zie voorts HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2159; NJ 2003/244; JBP 2003, 42, m.nt. M.O.J. de Folter en M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & interventie*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 159.

42 Zie De Folter 2001, p. 120.

43 Deze terminologie is nog te vinden bij bijv. K. Stuurman & H. Wijnands, *Electronic Commerce. Een privaatrechtelijk kader voor multilaterale EDI*, Deventer: Kluwer 1998, p. 20 e.v.; HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3979; NJ 2010/403; G. Harryvan, *Exceptio plurium litis consortium*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2012.

44 Hierover reeds W.L. Haardt, *Onsplitsbaarheid, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle Jaarboek 1969-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink, p. 289 e.v.

Een onmiskenbaar nadeel van het criterium der noodzakelijkheid is dat de rechter aan partijen zijn visie ten aanzien van de zaak bindend oplegt. De rechter stelt vast dat een bepaalde partij ten onrechte niet in het geding is betrokken en trekt daaruit de conclusie dat de vordering om die reden niet-ontvankelijk verklaard moet worden.⁴⁵ Maakt de rechter een dergelijke keuze, dan zal deze volledig zeker moeten zijn van de juistheid ervan. Dit praktische bezwaar verklaart ook waarom rechters zelden ertoe overgaan om zonder directe wettelijke indicatie uit te gaan van een absoluut onmisbare partij. Na de vaststelling van een dergelijke processuele enormiteit is ook geen weg meer terug. Het proces wordt gevitieerd en min of meer ongeldig verklaard door het ontbreken van deze zo essentiële derde. Wordt gebruik gemaakt van gedwongen tussenkomst, uitgaande van de wenselijke aanwezigheid van een bepaalde derde in het geding, dan is daarmee niet tegelijk geconstateerd dat de procesgang ernstige gebreken vertoont. Evenmin heeft de rechter zijn ziel en zaligheid verbonden aan een nog niet in het geding betrokken en verschenen derde.

7 OPROEPING VAN DERDEN

De oproeping van derden ex art. 118 Rv biedt een wettelijke grondslag voor een genuanceerd systeem, waarbij derden op verschillende gronden in het geding betrokken kunnen worden. Reeds eerder heb ik betoogd dat aangezien deze bepaling te beschouwen is als een processuele weergave van een materiële rechtsverhouding tussen drie of meer partijen, de toepassingsmogelijkheden hiervan tot in het oneindige reiken.⁴⁶ Er zijn twee manieren waarop naar Nederlands civiel procesrecht derden kunnen worden opgeroepen tot deelneming aan het proces, via vrijwaring (a) en via gedwongen tussenkomst (b).

A.

Vanouds bekend is de oproeping in vrijwaring ex art. 210-216 Rv. Deze mogelijkheid tot uitbreiding van het geding met nieuwe partijen komt uitsluitend toe aan partijen die kunnen bogen op een regresactie jegens de op te roepen derde. Vrijwaring is immers erop gericht dat bij verlies van de hoofdzaak, dit verlies wordt afgewenteld op een derde, de waarborg.⁴⁷ Hieruit volgt dat de zogeheten vrijwaringszaak afhankelijk is van het verloop van de hoofdzaak.⁴⁸ Afhankelijke relaties noodzaken als zodanig niet tot de kwalificatie

45 Zie De Folter 2001, p. 120-121.

46 Zie De Folter 2001, p. 16-17.

47 Zie HR 10 april 1992, NJ 1992/446; alsmede De Folter 2009, nr. 35.

48 Zie De Folter 2009, nr. 95.

van een meerpartijenovereenkomst.⁴⁹ De relaties kunnen een geschakeld karakter dragen, die samen een verzameling van contracten vormen. Te denken valt aan huur en aanneming.⁵⁰ De onderhuurder en onderaannemer is qua rechtspositie afhankelijk van het voorgaande contract. Onderling kan tussen aannemers bij een bouwproject op grote schaal in feitelijke zin samenwerking plaatsvinden en kan een project gerealiseerd worden met gebruik van een samenstel van 'afhankelijke' contracten. Dit kan leiden tot toepassing van vrijwaring, maar een verplichting hiertoe bestaat niet. De regresvordering kan altijd in een afzonderlijke zaak ingesteld worden. Dit volgt rechtstreeks uit art. 215 Rv.⁵¹ De waarborg hoeft niet opgenomen te zijn in een reeds bestaand meerpartijencontract of samenwerkingsverband. In zijn arrest van 20 januari 2012 oordeelde de Hoge Raad:⁵²

'Anders dan het middel betoogt, levert een wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever op.'

De vrijwaringsactie was in deze zaak gericht tegen een buitenstaander, een leverancier van materialen. Maar zelfs in het geval dat de onderaannemer de aannemer aanspreekt en deze de opdrachtgever in vrijwaring oproept, brengt de oproeping in vrijwaring niet automatisch mee dat hoofd- en vrijwaringszaak identiek verlopen.⁵³ Niet zozeer afhankelijke verhoudingen blijken bepalend voor de toepassing van vrijwaring, maar de constatering dat in de meerpartijenovereenkomst vormen van regres zijn ingebouwd. Een duidelijk voorbeeld hiervan vormt de uitspraak van de Hoge Raad van 12 juli 2004 met betrekking

49 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2007, ECLI:NL:GHSHE:2006:BA1413; *JIN* 2007, 221 ten aanzien van de vraag of sprake is van contractsovername dan wel onderhuur. Vergelijk reeds HR 7 december 1984, *NJ* 1985/771, m.nt. C.J.H. Brunner (*Türk/Van der Berg*).

50 De overeenkomst van aanbesteding heeft in de literatuur aanleiding gegeven tot veel discussie. Door menigeen wordt aangenomen dat het een verzameling betreft van bilaterale overeenkomsten tussen opdrachtgever en bidders. Aldus onder meer C.E.C. Jansen, 'De aanbestedingsovereenkomst is géén meerpartijenovereenkomst', in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen en J.B.M. Vranken (red.), *Alleen Samen. Opstellen aangeboden aan prof.mr. M.A.M.C. van den Berg*, Den Haag: IBR Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 211-233. Anderen nemen aan dat het derdenbeding als onderliggende constructie dient. Weer anderen zien hierin een allesomvattende samenwerkingsovereenkomst. Zie C. Asser & M.A.M.C. van den Berg, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. IIC, Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 43.

51 Zie HR 6 februari 1998, *NJ* 1998/350; alsmede De Folter 2009, nr. 10.

52 HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496; *NJ* 2012/59; *JA* 2012, 99

53 Zie o.m. HR 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9963; *RvdW* 2012, 701. Voor een zaak waar het helemaal verkeerd afliep voor de gewaarborgde: Rb. Rotterdam 19 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8536; alsmede De Folter 2009, nrs. 84-94.

tot een complexe kredietovereenkomst waarbij meerdere partijen als zekerheid regres hadden bedongen.⁵⁴

B.

Op voorhand de vraag beantwoorden bij welke meerpartijencontracten de gedwongen tussenkomst toegepast kan worden doet mede op grond van het opportune karakter ervan denken aan koffiedik kijken. De regeling van de gedwongen tussenkomst is in 1992 in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering opgenomen, tien jaar na het verschijnen van het artikel van Drion.⁵⁵ Een voorbeeld uit de rechtspraak met daarin een combinatie van gedwongen tussenkomst en een meerpartijenovereenkomst biedt de zaak waarin door de rechter de oproeping wordt gesuggereerd van een ontbrekende maat in een proces tegen of namens de maatschap gevoerd.⁵⁶

Een ander voorbeeld biedt de casus waarbij een derde aangeduid als ‘betrokkene 1’ een door hem te betalen bedrag bij gedaagde in depot heeft gegeven, terwijl gedaagde zich vervolgens sterk zou maken voor de juiste betaling daarvan aan twee andere partijen. ‘Betrokkene 1’ was wel partij bij de overeenkomst, maar geen partij in het geding.⁵⁷ Stel dat tijdens het geding blijkt dat aan de betrokkene een veel minder passieve rol bij de overhandiging van het verschuldigde bedrag toekwam dan werd aangenomen bij de aanvang en instructie van deze zaak, dan zou gedwongen tussenkomst van deze derde, die tot nog toe buiten schot is gebleven, een middel kunnen zijn om ervoor te zorgen dat deze figuur op de achtergrond als partij aan het geding kan deelnemen.

Het uitbreiden van de kring der partijen in het kader van de berechting van een meerpartijencontract dient niet alleen het nut van een goede procesvoering zelf, bijvoorbeeld met het oog op waarheidsvinding en goede procesorde, maar kan ook betekenis hebben ten aanzien van de effectiviteit van de rechterlijke uitspraak. Veelvuldig doet zich de situatie voor dat verschillende deelnemers bij een meerpartijenovereenkomst een bijdrage leveren die niet de hoofdzaak van het contract en daarmee de inzet van het geding betreft, maar

54 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575; NJ 2004/618, m.nt. P. van Schilfgaarde; JOR 2004, 222, m.nt. J.J. van Hees; JOL 2004, 398: ‘Kennelijk hebben zij echter om praktische redenen voor de onderhavige constructie gekozen, die erop neerkomt dat NMB zich mag verhalen op de aan haar verschaft zekerheden mede ten behoeve van ING. Het feit dat NMB krachtens de onderhavige meerpartijenovereenkomst deze zekerheden in zoverre in wezen ten behoeve van ING heeft bedongen (in de vorm van een uitwinning ten behoeve van een eigen (regres)vordering van NMB op ICT) en NMB bij de uitwinning daarvan optreedt op eigen naam ten behoeve van ING, is in het kader van een financieringsconstructie als de onderhavige, niet in strijd met enige goederenrechtelijke regel of beginsel.’

55 Oorspronkelijk opgenomen als art. 12a Rv; later te vinden onder artikelnummer 118 Rv. Zie voorts De Folter 2009, nr. 154.

56 HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840; NJ 2013/290, m.nt. P. van Schilfgaarde; JOR 2013, 133, m.nt. J.M. Blanco Fernández.

57 Zie Rb. Arnhem 14 december 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AV1347.

zonder wier medewerking in feitelijke of juridische zin het contract nooit uitgevoerd kan worden. In zulke gevallen kan het wenselijk zijn om zich bij rechterlijke uitspraak te verzekeren van de medewerking van sommige derden.⁵⁸

Voor de toepassing van gedwongen tussenkomst maakt het naar mijn mening geen verschil of het gaat om de oproeping van een derde op grond van het uitgangspunt dat deze tevens partij is bij de meerpartijenovereenkomst of om een derde die op grond van voldoende samenhang met de reeds aanhangige zaak wordt opgeroepen.⁵⁹ Hieruit volgt dat gedwongen tussenkomst ook dienst kan doen in een aanpalend leerstuk, namelijk het onderwerp samenhangende rechtsverhoudingen.⁶⁰ De Hoge Raad heeft met betrekking tot samenhangende rechtsverhoudingen zijn oordeel uitgesproken dat indien de belangen van een derde 'zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, (...) de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, [kunnen] meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen.'⁶¹ Het onvoldoende rekening houden met de belangen van derden kan voldoende grond bieden voor een vordering uit onrechtmatige daad.⁶² Een nauwe verbondenheid van twee overeenkomsten tussen deels verschillende partijen kan meebrengen dat het tekortschieten jegens een partij onder de ene overeenkomst tot gevolg heeft dat die partij niet meer of in mindere mate gebonden is aan de andere overeenkomst.⁶³

58 Een dergelijke vordering tot medewerking wordt veelal geformuleerd als: 'een vordering tot veroordeling om te gehengen en te gedogen dat...'. Zie voor een combinatie van meerpartijenovereenkomst en een dergelijke vordering HR 7 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3642. Zie nader over dit type veroordeling De Folter 2001, p. 176-183.

59 Zie over dit criterium M.O.J. e Folter, 'Vrijwaring en gedwongen tussenkomst: spiegelbeeld van deelnemingsvormen', *TCR* 1996, p. 45 e.v.; voorts De Folter 2001, p. 98 e.v.

60 In samenhangende rechtsverhoudingen kan gedwongen tussenkomst wenselijk zijn. Noodzakelijk is zij niet; zie HR 12 oktober 1979, *NJ* 1980/117, m.nt. G.J. Scholten (*Radio Modern-Edah*); HR 23 januari 1998, *NJ* 1999/97, m.nt. J.B.M. Vranken (*Jans-FCN*); HR 29 mei 1998 *NJ* 1999/98, m.nt. J.B.M. Vranken (*Mooijman-Netjes*).

61 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004: AO9069; *NJ* 2008/587, m.nt. C.E. Du Perron; *JOR* 2004, 341, *WR* 2005, 1 (*Vleesmeesters-Alog*).

62 Zie over dit onderwerp F.J.M. Meijer, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling I-II', *WPNR* 1998, afl. 6329-6330, p. 617-621, p. 631-635; M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006; voorts HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:BT7496; *NJ* 2012/59; *JA* 2012, 99; HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907; *NJ* 2012/91.

63 Zie HR 23 januari 1998, *NJ* 1999/97, m.nt. J.B.M. Vranken (*Jans-FCN*); HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279, *NJ* 2000/307 (J.B.M. Vranken) (*Meissner-Arenda*); HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162; *JOR* 2012, 98, m.nt. S. Van Dongen.

8 CONCLUSIE

De problemen bij de berechting van de meerpartijenovereenkomst zijn als zodanig niet nieuw. Ook in vroeger eeuwen kwamen overeenkomsten tussen meer dan twee personen voor. Maar de schaal waarop in onze hedendaagse maatschappij door derden gefinancierde overeenkomsten en daarmee voorheen weinig gebruikelijke meerpartijenovereenkomsten kunnen worden gesloten, is enorm gegroeid. Hoe gaat de rechter hiermee om? De rechtspraktijk laat zien dat procedures over meerpartijenovereenkomsten op grond van beginselen van partijautonomie en proces-economie doorgaans beperkt worden tot de kern van het geschil. Daarmee wordt vermeden dat het gehele contract aan de orde wordt gesteld en dat alle partijen in het geding worden betrokken. Een zeldzame uitzondering op deze werkwijze vormt de categorie zaken waarin het noodzakelijk is dat alle partijen in het geding worden betrokken. Niettemin kan het wenselijk zijn om bij het contract betrokken partijen, die niet in het geding zijn betrokken, alsnog in het proces te betrekken. Twee wegen staan daartoe open, namelijk vrijwaring en gedwongen tussenkomst. De bepalende indicatie voor de toepassing van vrijwaring blijkt het bestaan van regresvorderingen. Bij gedwongen tussenkomst is het beeld meer gevarieerd. De oproeping kan dienst doen in het kader van de waarheidsvinding (instructie van de zaak), bijdragen tot grotere effectiviteit van de rechterlijke uitspraak en de werking van het gezag van gewijsde tot derden uitbreiden.

5 | Het verplichte openbaar overnamebod als gevolg van *acting in concert*

Cees de Groot [■]

1 INLEIDING

De Wet op het financieel toezicht (Wft) bevat in Deel 5 een regeling die degene die overwegende zeggenschap verwerft in een beursgenoteerde naamloze vennootschap verplicht een openbaar overnamebod uit te brengen op de resterende aandelen. Van overwegende zeggenschap is al sprake bij een belang van 30%. Deze verplichting rust niet alleen op één (natuurlijke of rechts)persoon die overwegende zeggenschap verwerft, maar ook op personen die *in onderling overleg handelen* en aldus overwegende zeggenschap verwerven. Dit in onderling overleg handelen wordt veelal aangeduid als (*persons*) *acting in concert*. Hoewel de consequenties van *acting in concert* groot kunnen zijn voor de personen die in onderling overleg handelen (namelijk de verplichting een – financieel zwaarwegend – openbaar overnamebod uit te brengen als overwegende zeggenschap wordt verworven), is het begrip (*persons*) *acting in concert* allesbehalve duidelijk. Eén deel van de discussie (het verbintenissenrechtelijke deel) spitst zich toe op de vraag of (*persons*) *acting in concert* veronderstelt (impliceert) dat de personen die in onderling overleg handelen dat moeten doen op basis van een overeenkomst (als het om meer dan twee personen gaat dus op basis van een meerpartijenovereenkomst) of dat ook een minder bindende vorm van samenwerking – een *gentlemen's agreement* – tot de conclusie kan leiden dat sprake is van *acting in concert*. Een ander deel van de discussie (het ondernemingsrechtelijke deel) spitst zich toe op de vraag of de verplichting een openbaar overnamebod uit te brengen ook kan rusten op personen die in onderling overleg handelen wanneer een verandering optreedt in de samenstelling van of machtsverhoudingen binnen de groep in onderling overleg handelende personen. Dan gaat het om situaties waarin personen uit de groep treden of nieuwe personen toetreden tot de groep, of de onderlinge verhoudingen binnen de groep opnieuw worden vormgegeven. Een bevestigende beantwoording van die vraag leidt er zelfs toe dat in onderling overleg handelende personen die na het verwerven van overwegende zeggenschap al een verplicht openbaar overnamebod hebben uitgebracht, verplicht zijn dat nog-

■ Mr. C. de Groot is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

maals te doen wanneer zo'n verandering optreedt in de samenstelling van of machtsverhoudingen binnen de groep.

In paragraaf 2 komen het openbaar bod, het openbaar overnamebod en het verplichte openbaar overnamebod in het algemeen aan de orde. Paragraaf 3 gaat over de oorsprong van het verplichte openbaar overnamebod in de Europese richtlijn over het openbaar overnamebod en de implementatie daarvan in de Wet op het financieel toezicht. De interpretatie van het begrip (*persons*) *acting in concert* staat centraal in paragraaf 4; daar komt met name het eerste deel van de discussie aan bod. In paragraaf 5 wordt een *Stellungnahme* van de Oostenrijkse *Übernahmekommission* over het begrip (*persons*) *acting in concert* (in het Duits: *gemeinsam vorgehende Rechtsträger*) besproken; daar komt met name het tweede deel van de discussie aan de orde. Paragraaf 6 bevat de conclusie.

2 OPENBAAR BOD, OPENBAAR OVERNAMEBOD EN VERPLICHT OPENBAAR OVERNAMEBOD

De Wet op het financieel toezicht bestaat uit zeven delen. In Deel 5 ('Gedrags-toezicht financiële markten') gaat Hoofdstuk 5.5 over het 'Openbaar bod op effecten'. Dit hoofdstuk bestaat uit vier afdelingen:¹

- Afdeling 5.5.1 met 'Regels omtrent verplichte biedingen' (de art. 5:70-5:73 Wft);
- Afdeling 5.5.2. over het 'Uitbrengen van een openbaar bod en de bevoegdheid tot goedkeuren van een biedingsbericht' (art. 5:74 Wft);
- Afdeling 5.5.3 met 'Voorschriften indien de Autoriteit Financiële Markten bevoegd is het biedingsbericht goed te keuren' (de art. 5:75-5:78 Wft); en
- Afdeling 5.5.4 over 'Aanvullende voorschriften, vrijstelling en ontheffing' (de art. 5:78a-5:83 Wft).

Hoofdstuk 5.5 heeft mede als doelstelling (een deel van) de in 2004 tot stand gekomen (Europese) richtlijn over het openbaar overnamebod te implemen-

1 Van belang zijn ook de volgende algemene maatregelen van bestuur: het Besluit artikel 10 overnamerichtlijn (5 april 2006), het Besluit openbare biedingen Wft (12 september 2007), het Vrijstellingsbesluit overnamebiedingen Wft (25 januari 2008), en verder de door de Minister van Financiën uitgegeven Vrijstellingsregeling Wft (15 november 2006). Over het (verplichte) openbaar overnamebod: C. de Groot, *Parlementaire geschiedenis het openbaar overnamebod*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007; G.N.H. Kemperink, *Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen*, Deventer: Kluwer 2013; H.M. de Mol van Otterloo, Het verplicht bod, *Ondernemingsrecht* 2006/6, p. 206-210; M.P. Nieuwe Weme, G. van Solinge, R.P. ten Have, L.J. Hijmans van den Bergh (eds.), *Handboek openbaar bod*, Deventer: Kluwer 2008.

teren.² Die richtlijn introduceerde ook het in Nederland tot dan toe niet geregelde verplichte openbaar overnamebod. Dit verplichte openbaar overnamebod is terecht gekomen in Afdeling 5.5.1.

Art. 1:1 Wft bevat definities van een aantal van de in de wet gebruikte begrippen. Dit artikel definieert een *openbaar bod* als volgt:

‘een door middel van een openbare mededeling gedaan aanbod als bedoeld in artikel 217, eerste lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek op effecten, dan wel een uitnodiging tot het doen van een aanbod op effecten, waarbij de bieder het oogmerk heeft deze effecten te verwerven’.

Volgens art. 1:1 Wft is een *effect* onder meer ‘een verhandelbaar aandeel of een ander daarmee gelijk te stellen verhandelbaar waardebewijs of recht’ en ‘een verhandelbare obligatie of een ander verhandelbaar schuldinstrument’. Effecten kunnen worden verhandeld op wat genoemd kan worden een ‘effectenbeurs’ (de ‘openbare kapitaalmarkt’). In Wft-termen zijn zij dan ‘toegelaten tot de handel’ op een effectenbeurs. De Wet op het financieel toezicht gebruikt in dit verband niet de term effectenbeurs, maar de termen *gereguleerde markt* en *multilaterale handelsfaciliteit* die beide zogenoemde ‘handelsplatforms’ zijn. Een gereguleerde markt is strenger gereguleerd dan een multilaterale handelsfaciliteit. Hoofdstuk 5.5 van de Wet op het financieel toezicht gaat over openbare biedingen op effecten die zijn toegelaten tot de handel op zo’n gereguleerde markt. Wie in Nederland een gereguleerde markt wil onderhouden heeft daarvoor een vergunning nodig. Art. 5:26 lid 1 Wft formuleert dat als volgt:

‘Het is verboden in Nederland zonder een daartoe door Onze Minister verleende vergunning een gereguleerde markt te exploiteren of te beheren’.

Als effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt, is een openbaar bod op die effecten alleen toegestaan als dat gebeurt door middel van een openbaar biedingsbericht. Art. 5:74 Wft formuleert dat als volgt:

‘Het is verboden een openbaar bod uit te brengen op effecten die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt waarvoor een vergunning als bedoeld in artikel 5:26, eerste lid, is verleend, tenzij voorafgaand aan het bod een biedingsbericht algemeen verkrijgbaar is gesteld dat is goedgekeurd door de Autoriteit Financiële Markten of door een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat’.

Het gaat bij art. 5:74 Wft om openbare biedingen op alle effecten, zowel aandelen als obligaties.

2 Richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod, PbEU 2004 L 142/12-23 (voor de EER relevante tekst).

Een beursgenoteerde naamloze vennootschap kan worden omschreven als een naamloze vennootschap waarvan de *aandelen* (of certificaten van aandelen) zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt (of een multilaterale handelsfaciliteit). Ook een openbaar bod op de *aandelen* van een beursgenoteerde naamloze vennootschap waarvan de aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt valt onder het bereik van art. 5:74 Wft. Zo'n openbaar bod kan worden gekenschetst als een openbaar *overnamebod* omdat het tot doel heeft zeggenschap te verwerven door het verkrijgen van aandelen. De persoon die het openbaar overnamebod uitbrengt is de *bieder* (art. 1:1 Wft),³ en de vennootschap waarvan de aandelen zijn uitgegeven waarop het openbaar overnamebod betrekking heeft is de *doelvennootschap* (art. 1:1 Wft).⁴ De richtlijn over het openbaar overnamebod maakt een onderscheid tussen twee soorten openbare overnamebiedingen: het vrijwillige openbaar overnamebod en het verplichte openbaar overnamebod. Zowel een vrijwillig openbaar overnamebod als een verplicht openbaar overnamebod vallen onder het bereik van art. 5:74 Wft. Het verplichte openbaar overnamebod is geregeld in Afdeling 5.5.1 van de Wet op het financieel toezicht. Daarmee is de opbouw van Hoofdstuk 5.5 enigszins typisch: de Afdelingen 5.5.2, 5.5.3 en 5.5.4 gaan over alle openbare biedingen op effecten en daarmee ook over de beide soorten openbare overnamebiedingen die er zijn (het vrijwillige openbaar overnamebod en het verplichte openbaar overnamebod), terwijl de daaraan voorafgaande Afdeling 5.5.1. alleen gaat over het verplichte openbaar overnamebod.

3 DE EUROPESE RICHTLIJN OVER HET OPENBAAR OVERNAMEBOD EN HET VERPLICHTE OPENBAAR OVERNAMEBOD IN NEDERLAND

Het doel van de richtlijn over het openbaar overnamebod blijkt uit de preambule bij de richtlijn: het gaat om bescherming van aandeelhouders ingeval van een openbaar overnamebod en om uniformering van de regels bij openbare overnamebiedingen in de Europese Economische Ruimte. De tweede en derde considerans van de preambule geven dit als volgt weer:

'(2) Het is noodzakelijk de belangen van de houders van effecten van onder het recht van een lidstaat vallende vennootschappen te beschermen wanneer deze vennootschappen met een openbaar overnamebod of een wijziging van de zegen-

3 'bieder: een natuurlijk persoon, rechtspersoon of vennootschap, dan wel enig naar buitenlands recht daarmee vergelijkbaar lichaam of samenwerkingsverband, door wie of namens wie al dan niet tezamen met een of meer andere natuurlijke personen, rechtspersonen, vennootschappen of daarmee vergelijkbare lichamen of samenwerkingsverbanden een openbaar bod wordt voorbereid of uitgebracht, dan wel is uitgebracht'.

4 'doelvennootschap: de instelling waarvan effecten zijn uitgegeven waarop een openbaar bod is aangekondigd, wordt uitgebracht of dient te worden uitgebracht'.

schap te maken krijgen en ten minste een deel van hun effecten tot de handel op een gereguleerde markt in een lidstaat is toegelaten.

(3) Het is noodzakelijk om in de gehele Gemeenschap duidelijkheid en transparantie te creëren met betrekking tot juridische kwesties die in het geval van een openbaar overnamebod moeten worden geregeld en om te voorkomen dat de herstructurering van ondernemingen in de Gemeenschap wordt verstoord door willekeurige verschillen in bestuurs- en managementcultuur’.

Het verplichte openbaar overnamebod is in de richtlijn geregeld in art. 5 dat een specifieke groep aandeelhouders wil beschermen: minderheidsaandeelhouders. Dit artikel heeft als titel ‘Bescherming van minderheidsaandeelhouders, verplicht bod en billijke prijs’. De neerslag hiervan in de Wet op het financieel toezicht is allereerst art. 5:70 lid 1 Wft.⁵

‘Een ieder die alleen of tezamen met personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld, rechtstreeks of middellijk, overwegende zeggenschap verkrijgt in een naamloze vennootschap met zetel in Nederland waarvan aandelen of met medewerking van de naamloze vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen, zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt, brengt een openbaar bod uit op alle aandelen en op alle met medewerking van de naamloze vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen [...]’.

De motivering van dit verplichte openbaar overnamebod staat in de negende considerans van de preambule bij de richtlijn:

‘(9) De lidstaten dienen het nodige te doen ter bescherming van houders van effecten, inzonderheid die met een minderheidsbelang, nadat de zeggenschap over hun vennootschap is gewijzigd. De lidstaten dienen die bescherming te waarborgen door degene die de zeggenschap over een vennootschap heeft verkregen, ertoe te verplichten een tot alle houders van de effecten van die vennootschap gericht bod te doen om al hun effecten te verwerven voor een billijke prijs, welke in een gemeenschappelijke definitie is omschreven. [...]’.

Art. 5:70 lid 1 Wft verplicht een persoon die hetzij alleen hetzij samen met andere personen met wie hij in onderling overleg handelt (*acting in concert*)⁶ zoveel aandelen en een zodanig percentage van de stemrechten in de algemene vergadering van een beursgenoteerde naamloze vennootschap heeft verworven

5 Hierover ook: Asser/Maeijer, Van Solinge & NieuweWeme 2-II* 2009, nr. 626.

6 Naar de Engelse tekst van art. 5 lid 1 van de richtlijn: ‘Where a natural or legal person, as a result of his/her own acquisition or the acquisition by persons acting in concert with him/her, holds securities of a company as referred to in Article 1(1) which, added to any existing holdings of those securities of his/hers and the holdings of those securities of persons acting in concert with him/her, directly or indirectly give him/her a specified percentage of voting rights in that company, giving him/her control of that company, Member States shall ensure that such a person is required to make a bid as a means of protecting the minority shareholders of that company. [...]’.

dat hij in die vennootschap overwegende zeggenschap heeft, een openbaar overnamebod uit te brengen op de overblijvende aandelen van die vennootschap, zodat de resterende aandeelhouders (die geen of nauwelijks zeggenschap meer hebben) de mogelijkheid hebben hun aandelen te vervreemden. Het verplichte openbaar overname bod geeft de resterende aandeelhouders dus de mogelijkheid van een *exit*. Het percentage van de stemrechten in de algemene vergadering dat de ‘biedplicht’ in werking stelt is de ‘bieddrempel’. De bieddrempel is verrassend laag. Omdat algemene vergaderingen van beursgenoteerde naamloze vennootschappen in het algemeen een laag opkomstpercentage hebben, leidt het verwerven van een betrekkelijk laag percentage aandelen en stemrechten al tot het verwerven van overwegende zeggenschap. Art. 1:1 Wft geeft de Nederlandse invulling van *overwegende zeggenschap*:

‘het kunnen uitoefenen van ten minste 30 procent van de stemrechten in een algemene vergadering van een naamloze vennootschap’.

Het overschrijden van de bieddrempel leidt dus tot de verplichting een openbaar overnamebod uit te brengen. Iemand die aandelen verkrijgt in een beursgenoteerde naamloze vennootschap kan er op verschillende manieren mee worden geconfronteerd dat hij de bieddrempel overschrijdt.⁷ Iemand kan de bieddrempel *bewust actief* overschrijden: deze persoon was toch al van plan een vrijwillig openbaar overnamebod uit te brengen om (volledige) zeggenschap over de doelvennootschap te verwerven, zodat het overschrijden van de bieddrempel er voor hem niet toe doet. Iemand kan de bieddrempel *onbewust actief* overschrijden: deze persoon bouwt een belang in de doelvennootschap op door aandelen bij voorbeeld geautomatiseerd (door middel van een computerprogramma) aan te kopen, terwijl in dat computerprogramma geen ‘rem’ is ingebouwd. En iemand kan de bieddrempel *passief* overschrijden: deze persoon wordt er bij voorbeeld mee geconfronteerd dat de doelvennootschap eigen aandelen inkoopt of dat een dochtermaatschappij van de doelvennootschap aandelen in de moedervenootschap inkoopt: omdat op die aandelen geen stemrecht kan worden uitgeoefend (artikel 2:118 lid 7 van het Burgerlijk Wetboek) kan een percentage van de stemrechten dat kleiner is dan 30% ineens 30% of meer van stemrechten worden.

Een verplicht openbaar overnamebod moet worden uitgebracht tegen een billijke prijs (artikel 5:80a lid 1 Wft): dat is volgens lid 2 in beginsel

‘de hoogste prijs die tijdens het jaar voorafgaande aan de aankondiging van het verplichte bod door de bieder of door de personen met wie deze in onderling overleg handelt [...] is betaald’.

7 De Groot 2007, p. 23.

Art. 5:71 lid 1 Wft formuleert een aantal gevallen waarin de biedplicht niet van toepassing is. Deze uitzonderingen betreffen onder meer het geval waarin iemand overwegende zeggenschap verkrijgt in een naamloze vennootschap waaraan voorlopige surseance van betaling is verleend of die in staat van faillissement is verklaard (onder f), overwegende zeggenschap verkrijgt door erfopvolging (onder g), en al overwegende zeggenschap had op het moment dat aandelen (of certificaten van aandelen) worden toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt (onder i). Andere uitzonderingen betreffen een beschermingsstichting waaraan in het kader van een overnamestrijd als incidentele beschermingsmaatregel (preferente) aandelen zijn uitgegeven 'voor de duur van maximaal twee jaar' (onder c), en een stichting administratiekantoor waarin de aandelen in de vennootschap als permanente beschermingsconstructie zijn ondergebracht en die certificaten van aandelen heeft uitgegeven (onder d). Over *(persons) acting in concert* bepaalt art. 5:71 lid 1 onder h Wft dat de biedplicht 'rust op degene die de meeste stemrechten kan uitoefenen'.

Art. 5:73 Wft legt het toezicht op de regeling over het verplichte openbaar overnamebod bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. Op verzoek van onder meer de doelvennootschap en iedere aandeelhouder van de doelvennootschap kan de Ondernemingskamer degene die overwegende zeggenschap heeft verkregen en niet overgaat tot het uitbrengen van een verplicht openbaar overnamebod een bevel opleggen het bod uit te brengen (lid 1), en tevens maatregelen treffen (lid 2), waaronder schorsing van de uitoefening van het stemrecht op de aandelen in de doelvennootschap door degene die overwegende zeggenschap heeft verworven (onder a) en een verbod aan degene die overwegende zeggenschap heeft verworven op deelname aan de algemene vergadering van de doelvennootschap (onder b).

Degene die verplicht is een openbaar overnamebod uit te brengen kan daar nauwelijks aan ontkomen. Artikel 5:72 lid 1 Wft bepaalt dat deze verplichting slechts vervalt 'indien degene op wie zij rust overwegende zeggenschap verliest binnen dertig dagen na het verkrijgen daarvan' (de 'gratieregeling'), behalve (onder meer) als 'degene op wie de verplichting rust in deze periode zijn stemrechten heeft uitgeoefend' (onder b). Voor personen die in onderling overleg handelen betekent dit dat het beëindigen van hun samenwerking op zichzelf nog niet tot gevolg heeft dat de verplichting een openbaar overnamebod uit te brengen vervalt.

4 (PERSONS) ACTING IN CONCERT

4.1 Algemeen

Art. 1:1 Wft geeft de volgende omschrijving van personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld (*persons acting in concert*):⁸

‘natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen met wie, onderscheidenlijk waarmee wordt samengewerkt op grond van een overeenkomst met als doel het verwerven van overwegende zeggenschap in een naamloze vennootschap [...]; de volgende categorieën natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen worden in elk geval geacht in onderling overleg te handelen:

1°. rechtspersonen of vennootschappen die met elkaar deel uitmaken van een groep als bedoeld in artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;

2°. natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen en de door hen gecontroleerde ondernemingen’.

4.2 De parlementaire geschiedenis: overeenkomst en doel

De memorie van toelichting bij de omschrijving van personen die in onderling overleg handelen wijst er bij het element *samenwerking* op dat sprake moet zijn van een overeenkomst:⁹

‘Er dient sprake te zijn van een overeenkomst op basis waarvan wordt samengewerkt met een of meer andere personen met als doel het verkrijgen van overwegende zeggenschap’,

maar:

‘Aan het element overeenkomst op basis waarvan wordt samengewerkt worden weinig eisen gesteld. Het kan gaan om zowel een uitdrukkelijke als een stilzwijgende overeenkomst, een overeenkomst die mondeling is gesloten of op schrift is gesteld. Samenwerking in de zin van dit onderdeel kan duurzaam maar ook incidenteel zijn’.

8 Onder *gecontroleerde onderneming* wordt verstaan: ‘a. dochtermaatschappij als bedoeld in artikel 24a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek; of b. onderneming waarover een persoon overheersende zeggenschap kan uitoefenen’.

9 Uitvoering van richtlijn nr. 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod, *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 419, nr 3 (MvT; 22 december 2005), p. 24. Het Vrijstellingsbesluit overnamebiedingen Wft gebruikt de formulering ‘een samenwerkingsverband van personen die in onderling overleg handelen’.

De memorie van toelichting voegt daaraan toe:

‘Of de samenwerking kwalificeert als handelen in onderling overleg in de zin van dit artikel zal echter afhangen van het doel van de samenwerking. Het sluiten van een stemovereenkomst of het (standaard) houden van een voorvergadering kunnen worden aangemerkt als handelen in onderling overleg, mits deze samenwerking als doel heeft het verkrijgen van overwegende zeggenschap in een naamloze vennootschap [...]. Doorgaans zal dit doel ontbreken indien deze samenwerking betrekking heeft op onderwerpen van ondergeschikt belang of het houden van bijvoorbeeld een voorvergadering plaatsvindt met het oog op het gezamenlijk innemen van standpunten over de hoofdlijnen van de corporate governance van een vennootschap en de informatievertrekking daaromtrent door die vennootschap’.

Vervolgens gaat de memorie van toelichting verder in op het element dat het *doel* van de samenwerking het verwerven van overwegende zeggenschap moet zijn:

‘Voor het element «doel» is de subjectieve intentie [van] de betrokkenen bij de samenwerking op basis van de overeenkomst niet van doorslaggevend belang. Het gaat er om de doelstelling van de samenwerking naar objectieve maatstaven te bezien’, met als toevoeging: ‘Het element «doel» brengt voorts mee dat niet vereist is dat de samenwerking al werkelijk tot (verdere) verkrijging van overwegende zeggenschap heeft geleid [...]. Met andere woorden: de samenwerking hoeft nog niet tot effect te hebben geleid. Of er sprake is van in onderling overleg handelende personen zal veelal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. De enkele omstandigheid dat twee van elkaar onafhankelijke vennootschappen [die] samen meer dan 30% houden van de stemrechten in een vennootschap in een vergadering van aandeelhouders hetzelfde stemgedrag vertonen, betekent nog niet dat zij als «[in] onderling overleg handelende personen» kunnen worden aangemerkt. Hier zijn bijkomende omstandigheden voor nodig’.

Hierover zegt de regering, later in de Eerste Kamer:¹⁰

‘Het [...] uitgangspunt is dat het antwoord op de vraag of in de praktijk sprake is van «personen die in onderling overleg handelen» veelal zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval en (uiteindelijk) door de (Europese) rechter zal moeten worden beoordeeld. Of samenwerking kwalificeert als handelen in onderling overleg zal afhangen van het doel van de samenwerking. Wanneer samenwerking plaatsvindt met het oog op het gezamenlijk innemen van standpunten over de hoofdlijnen van de corporate governance van een vennootschap zal daarbij [...] doorgaans het verkrijgen van overwegende zeggenschap als doel ontbreken’.

10 Uitvoering van richtlijn nr. 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod, *Kamerstukken I* 2006-2007, 30 419, C (MvA; 22 maart 2007), p. 1-2.

Deze passages onderstrepen de elementen *samenwerking op basis van een overeenkomst en doel* in de omschrijving van (*persons*) *acting in concert*. Samenwerking veronderstelt een overeenkomst, maar van een Wft-relevante overeenkomst die leidt tot de verplichting een openbaar overnamebod uit te brengen is pas sprake als het doel van die overeenkomst het verwerven van overwegende zeggenschap is. Aan de overeenkomst worden geen hoge eisen gesteld, maar dat het doel van de overeenkomst inderdaad het verwerven van overwegende zeggenschap is, mag niet voetstoots worden aangenomen. Cryptisch zijn de zinnestelsels dat voor het vaststellen van het doel van de samenwerking ‘de subjectieve intentie [van] de betrokkenen bij de samenwerking op basis van de overeenkomst niet van doorslaggevend belang’ is, en dat het doel van de samenwerking ‘naar objectieve maatstaven’ moet worden vastgesteld. Kennelijk kan een overeenkomst die bij voorbeeld gericht is op het door een stemming in de algemene vergadering vervangen van onwettige bestuurders en commissarissen en die op zichzelf niet is aangegaan met de *intentie* overwegende zeggenschap te verwerven, maar wel dat *effect* heeft, ook *acting in concert* vormen.

4.3 Leentjebuurt bij de Autoriteit Financiële Markten: overeenkomst of ook een gentlemen’s agreement?

In Deel 5 van de Wet op het financieel toezicht gaat Hoofdstuk 5.3 over ‘Regels voor het melden van stemmen, kapitaal, zeggenschap en kapitaalbelang in uitgevende instellingen’. Ook deze bepalingen gaan over beursgenoteerde naamloze vennootschappen waarvan de aandelen (of certificaten van aandelen) zijn toegelaten tot de handel op een geregelde markt. Zo’n vennootschap wordt voor de toepassing van deze bepalingen aangeduid als *uitgevende instelling* (art. 5:33 lid 1 onder a Wft). Art. 5:38 Wft verplicht een ieder ‘die de beschikking krijgt of verliest’ over aandelen (lid 1) en stemmen (lid 2) waardoor het percentage van de aandelen respectievelijk stemmen waarover hij beschikt ‘een drempelwaarde bereikt, overschrijdt dan wel onderschrijft’ dat onverwijld te melden aan de Autoriteit Financiële Markten. De percentages waarop deze meldingsplicht betrekking heeft zijn op grond van lid 4: 3%, 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 40%, 50%, 60%, 75% en 95%. Art. 5:45 Wft geeft in lid 1 – logischerwijze – aan dat iemand beschikt over aandelen waarvan hij aandeelhouder is en beschikt over stemmen die hij als aandeelhouder kan uitbrengen. Op grond van lid 5 wordt iemand geacht te beschikken ‘over de stemmen waarover een derde beschikt, indien hij met deze derde een overeenkomst heeft gesloten die voorziet in een duurzaam gemeenschappelijk beleid inzake het uitbrengen van de stemmen’. Anders dan in de regeling over het verplichte openbaar overnamebod waar de samenwerking die kan leiden tot de verplichting een openbaar overnamebod uit te brengen zowel incidenteel als duurzaam kan zijn, gaat het bij de samenwerking die kan leiden tot mel-

dingsplicht van stemmen waarover iemand beschikt dus alleen om duurzame samenwerking. Art. 5:52 Wft geeft aan (onder meer) de uitgevende instelling de bevoegdheid een vordering in te stellen wanneer een verplichte melding niet is gedaan. De rechtbank kan dan maatregelen treffen, waaronder een veroordeling van de meldingsplichtige om tot melding over te gaan (lid 4 onder a), schorsing van het stemrecht op de aandelen waarover de meldingsplichtige beschikt (lid 4 onder b), en vernietiging van een besluit van de algemene vergadering van de uitgevende instelling indien aannemelijk is dat het besluit niet zou zijn genomen als de stemmen waarover de meldingsplichtige beschikt niet zouden zijn uitgebracht (lid 4 onder d).

De Autoriteit Financiële Markten heeft over Hoofdstuk 5.3 een *Leidraad voor Aandeelhouders* (juli 2013) uitgebracht.¹¹ In deze leidraad gaat de Autoriteit Financiële Markten ook op art. 5:45 lid 5 Wft in (in paragraaf 3.5.4: 'Overeenkomst duurzaam gemeenschappelijk stembeleid'). De leidraad schrijft in algemene termen: 'Als partijen een overeenkomst hebben gesloten waarbij zij zich verplichten om een duurzaam gemeenschappelijk beleid te voeren en hun stemrecht gezamenlijk uitoefenen, wordt iedere individuele partij geacht te beschikken over de stemmen waarover de andere partij beschikt'. Daarnaast bevat de leidraad drie opvallende passages. In de *eerste passage* (waarin de Autoriteit Financiële markten aangeeft in welke gevallen er géén sprake is van een overeenkomst die voorziet in een duurzaam gemeenschappelijk beleid inzake het uitbrengen van de stemmen) noemt de Autoriteit Financiële Markten een overeenkomst die wél voorziet in een duurzaam gemeenschappelijk stembeleid als bedoeld in art. 5:45 lid 5 Wft *acting in concert*: 'De AFM vindt dat overleg tussen aandeelhouders kan bijdragen aan het inzicht in de corporate governance van een uitgevende instelling. Dit overleg kan aandeelhouders helpen hun opvattingen beter en eenduidiger over te brengen op een uitgevende instelling. Dit geldt in het bijzonder met het oog op de voorbereiding van een algemene vergadering van aandeelhouders, waarbij overleg kan uitmonden in het geven van stemvolmachten en steminstructies. Aan dergelijke vormen van overleg ligt in de regel geen overeenkomst om een duurzaam gemeenschappelijk stembeleid te voeren ten grondslag en kwalificeert dus niet als "acting in concert"'. In de *tweede passage* gaat de Autoriteit Financiële Markten in op het element *overeenkomst* in art. 5:45 lid 5 Wft en rekt dat element op met als gevolg dat ook een *gentlemen's agreement* er onder valt: 'Van duurzaam beleid is sprake wanneer de overeenkomst, die zowel mondeling als schriftelijk kan zijn gesloten, niet voor één enkele algemene vergadering van aandeelhouders zal gelden. De overeenkomst kan ook besloten liggen in gedragingen (denk bijvoorbeeld aan een "handdruk") waaruit de betrokken partijen over en weer mogen afleiden dat zij hun stemrecht voor meerdere algemene vergaderingen van aandeelhouders op een bepaalde wijze zullen uitoefenen'. In

11 <www.afm.nl> professionals, effectenuitgevende en beursgenoteerde ondernemingen, meldingen zeggenschap, leidraad voor aandeelhouders.

de *derde passage* somt de Autoriteit Financiële Markten een aantal feiten en omstandigheden op die het vermoeden rechtvaardigen dat sprake is van een overeenkomst of een *gentlemen's agreement* die voorziet in een duurzaam gemeenschappelijk stembeleid ('niet limitatief', 'indien in aanloop tot, tijdens of na afloop van een algemene vergadering van aandeelhouders enkele, maar niet noodzakelijk alle, van de volgende feiten of omstandigheden zich voordoen'), waardoor het vereiste van een overeenkomst of een *gentlemen's agreement* die voorziet in een duurzaam gemeenschappelijk stembeleid sterk wordt geobjectiveerd:

- partijen maken gebruik van dezelfde advocaat of juridisch adviseur;
- partijen sturen de uitgevende instelling brieven met gelijke strekking;
- partijen initiëren gezamenlijk (gerechtelijke) procedures;
- partijen benaderen gezamenlijk de uitgevende instelling;
- het feitelijke stemgedrag van partijen in de algemene vergaderingen van aandeelhouders vertoont bij herhaling overeenstemming;
- partijen hebben onderling gedrags- of steminstructies gegeven of ontvangen;
- een besluit ten aanzien van een strategisch onderwerp is op initiatief van aandeelhouders op de agenda van een algemene vergadering van aandeelhouders gezet;
- aandeelhouders zijn vergoedingen of garantstellingen overeengekomen;
- partijen zijn gevestigd op hetzelfde (statutaire) adres;
- partijen geven publiekelijk te kennen dat zij samenwerken;
- het aankoop-/verkoopgedrag van gelieerde partijen, waarbij te denken valt aan een (rechts)persoon die in een formele of feitelijke zeggenschapsstructuur is verbonden;
- een (rechts)persoon die direct of indirect stemrecht kan uitoefenen of anderszins bepaalde rechten kan uitoefenen waardoor invloed van betekenis kan worden uitgeoefend op het zakelijk of financieel beleid;
- een natuurlijke persoon die in familierechtelijke betrekking staat'.

De Autoriteit Financiële Markten vat een overeenkomst die voorziet in een duurzaam gemeenschappelijk stembeleid als bedoeld in art. 5:45 lid 5 Wft op als (een vorm van) *acting in concert*. Dit is opvallend omdat *acting in concert* in de zin van de regeling over het verplichte openbaar overnamebod en *acting in concert* in de zin van de meldingsregeling niet hoeven samen te vallen. *Acting in concert* in de zin van de regeling over het verplichte openbaar overnamebod kan zowel incidenteel als duurzaam zijn, terwijl *acting in concert* in de zin van de meldingsregeling alleen duurzaam kan zijn. En *acting in concert* in de zin van de regeling over het verplichte openbaar overnamebod moet als intentie of effect het verwerven van overwegende zeggenschap hebben, terwijl *acting in concert* in de zin van de meldingsregeling niet verder hoeft te gaan dan de verplichting een duurzaam gemeenschappelijk stembeleid te voeren. Toch is de kwalificatie van zowel samenwerking tussen aandeelhouders in de zin van de regeling over het verplichte openbaar overnamebod als samenwerking tussen aandeelhouders in de zin van de meldingsregeling als *acting in concert*

niet vreemd: in beide gevallen werken aandeelhouders immers samen, de ene keer om overwegende zeggenschap te verwerven, de andere keer om een duurzaam gemeenschappelijk stembelid te voeren. Zo beschouwd kan *acting in concert* in de zin van de regeling over het verplichte openbaar overnamebod 'leren' van *acting in concert* in de zin van de meldingsregeling: ook bij *acting in concert* in de zin van de regeling over het verplichte openbaar overnamebod hoeft dan geen sprake te zijn van een overeenkomst, maar is een *gentlemen's agreement* voldoende, en ook bij *acting in concert* in de zin van de regeling over het verplichte openbaar overnamebod kunnen bepaalde opvallende feiten of omstandigheden het vermoeden oproepen dat sprake is van de intentie of het effect overwegende zeggenschap te verwerven. In de volgende paragraaf zal onder meer blijken dat de Oostenrijkse *Übernahmekommission* er zonder meer vanuit gaat dat een *gentlemen's agreement* volstaat om te kunnen spreken van *acting in concert* in de zin van de verplicht openbaar overnamebod-regeling. De consequentie van één en ander is dat bij (*persons*) *acting in concert* geen sprake hoeft te zijn van een rechtsverhouding die moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst (als het om meer dan twee personen gaat dus een meerpartijenovereenkomst): er kán sprake zijn van een overeenkomst maar dat hoeft niet.

5 OVER DE GRENS: OOSTENRIJK

5.1 Inleiding

Oostenrijk heeft als lid van de Europese Unie de richtlijn over het openbaar overnamebod in het nationale recht geïmplementeerd. In Oostenrijk is de *Übernahmekommission* bevoegd uitspraken te doen over openbare overnamebindingen.¹² Op 9 september 2013 heeft de *Übernahmekommission* een *Stellungnahme* afgegeven in de zaak Unternehmens Invest Aktiengesellschaft (UIAG).

5.2 Feitencomplex

UIAG was een Oostenrijkse in Wenen beursgenoteerde naamloze vennootschap. Haar geplaatste kapitaal bedroeg € 29.080.000 en was verdeeld in 4.000.000 aandelen. Van de aandelen in UIAG was opgeteld 69,10% in handen van Knünz

12 <www.takeover.at> De uitspraken staan onder *Entscheidungen*; vergelijk in het Verenigd Koninkrijk The Panel on Takeovers and Mergers (www.thetakeoverpanel.org.uk). Zwitserland maakt geen deel uit van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte, maar heeft een regeling over het (verplichte) openbaar overnamebod die sterk verwant is aan de regeling in de richtlijn; ook in Zwitserland functioneert een *Übernahmekommission* (<www.takeover.ch>).

Invest Beteiligungs GmbH (Knünz Invest) en Knünz GmbH. Knünz Invest had zelf twee aandeelhouders: de al genoemde Knünz GmbH en Pierer GmbH: Knünz GmbH hield 49,9% en Pierer GmbH hield 50,1% van de aandelen in Knünz Invest, maar op grond van een overeenkomst (*Syndikatsvertrag*) tussen beide aandeelhouders kon Knünz GmbH alle stemrechten uitoefenen op de aandelen die Knünz Invest hield in UIAG. 9,70% van de aandelen in UIAG werd gehouden door een bank zodat 21,20% van de aandelen in UIAG regelmatig werd verhandeld (in het Engels de *free float*, in het Duits het *Streubesitz*).

Knünz GmbH had vier aandeelhouders: Rudolf Knünz, Regina Maria Knünz, Valentin Karl Knünz und Anna Wieser. Rudolf Knünz was niet alleen de enige bestuurder van Knünz GmbH maar was tot 1 september 2013 ook de enige bestuurder van UIAG. De raad van commissarissen van UIAG bestond uit drie personen en is op 29 juli 2013 uitgebreid tot vijf personen. Op diezelfde dag benoemde de raad van commissarissen Paul Neumann tot tweede bestuurder van UIAG; hij is die functie op 1 september 2013 gaan vervullen. Ook op 29 juli 2013 besloot de algemene vergadering van UIAG tot uitgifte van 250.000 nieuwe aandelen. Dit hing samen met de komst van Paul Neumann die op termijn alle werkzaamheden binnen UIAG van Rudolf Knünz als bestuurder zou overnemen en die zich door het nemen van die 250.000 nieuwe aandelen langdurig aan UIAG verbond. Eén en ander was tevens neergelegd in een *letter of intent* (in het Duits *Punktation*) en twee daaraan gehechte concept-overeenkomsten (een *Syndikatsvertrag* en een *Beteiligungsvertrag*); de partijen bij deze *letter of intent* en de concept-overeenkomsten waren UIAG, Knünz Invest, Knünz GmbH, Rudolf Knünz en Paul Neumann. Na de uitgifte van de aandelen aan Paul Neumann zou de verdeling van het aandelenbezit in UIAG als volgt zijn:

- Knünz Invest en Knünz GmbH: 63,22%;
- de bank: nog steeds 9,70%;
- free float: nog steeds 21,20%;
- Paul Neumann: 5,88%, op termijn uit te bouwen tot ten minste 10%.

Knünz GmbH en Knünz Invest hebben de *letter of intent* en de twee concept-overeenkomsten ter beoordeling voorgelegd aan de *Übernahmekommission*. Zij vroegen de *Übernahmekommission* om een (niet bindende) *Stellungnahme* over de vraag of het toetreden van Paul Neumann onder de beoogde voorwaarden ertoe zou leiden dat Knünz GmbH, Knünz Invest en Paul Neumann op basis van *acting in concert* (als in onderling overleg handelende personen, *gemeinsam vorgehende Rechtsträger*) een verplicht openbaar overnamebod zouden moeten uitbrengen.

5.3 Beoordeling door de Übernahmekommission

De *Übernahmekommission* overwoog dat Knünz GmbH – omdat Knünz GmbH alle stemrechten kon uitoefenen op de aandelen die Knünz Invest hield in UIAG

– Knünz Invest beheerste, zodat zij voor de toepassing van de rechtsregels rond openbare overnamebiedingen moesten worden opgevat als *in onderling overleg handelende personen*. De *Übernahmekommission* overwoog voorts dat Knünz GmbH en Knünz Invest op hun beurt – gegeven de omvang van hun belang in UIAG – UIAG beheersten. Dit had tot gevolg dat de biedplicht van toepassing kon zijn (ook personen die in onderling overleg handelen kunnen immers verplicht zijn een openbaar overnamebod uit te brengen), temeer omdat niet alleen het aangaan van een overeenkomst (of het bestaan van een *gentlemen's agreement*) om overwegende zeggenschap te verwerven maar ook het wijzigen of beëindigen van een overeenkomst (of van het bestaan van een *gentlemen's agreement*) tussen personen die al overwegende zeggenschap hebben tot biedplicht kan leiden. In het laatste geval gaat het om een overeenkomst (of een *gentlemen's agreement*) die betrekking op de wijze waarop de personen die in onderling overleg handelen de overwegende zeggenschap uitoefenen:

‘Die Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebots besteht nicht nur bei Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung durch *einen* Rechtsträger. Vielmehr können [...] auch die Begründung, Auflösung und Änderung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger [...] die Angebotspflicht auslösen, sofern die Gruppe insgesamt eine kontrollierende Beteiligung [...] hält [...]. Unter gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern sind [...] natürliche oder juristische Personen zu verstehen, die [...] auf der Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben, insbesondere durch Koordination der Stimmrechte. Der Begriff der Absprache umfasst alle Formen von Absprachen zwischen Aktionären unabhängig von ihrer Form oder ihrer rechtlichen Durchsetzbarkeit’.

Vervolgens ging de *Übernahmekommission* in op het *Syndikatsvertrag*. Naar het oordeel van de *Übernahmekommission* ging het bij de beoordeling van een degelijke samenwerkingsovereenkomst vooral om de vraag of zich een verandering voordeed in de samenstelling van de groep personen die in onderling overleg handelen of in de manier waarop binnen die groep personen de besluitvorming tot stand komt:

‘Dabei wird die Angebotspflicht entweder durch die Änderung der Zusammensetzung der Gruppe (Mitgliederwechsel bzw Eintritt oder Austritt einzelner Mitglieder) oder durch die Änderung der vertraglichen Grundlagen des bestehenden Syndikats (insbesondere der Regeln über die interne Willensbildung) ausgelöst, sofern die Willensbildung dadurch durch einen anderen Rechtsträger oder durch eine andere Gruppe von Rechtsträgern beherrscht werden kann [...]. [...] Es ist nicht bloß die Änderung der an der Gruppe beteiligten Rechtsträger zu beurteilen, sondern vielmehr auch die qualitative Veränderung des Einflusses einzelner Gruppenmitglieder innerhalb der Gruppe [...]. [...] Entscheidend ist somit, ob und inwieweit die Willensbildung der Gruppe Gegenstand der Änderung ist [...] und ob sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Machtverhältnisse in der Gruppe ändern’.

In concreto overwoog de *Übernahmekommission* dat de raad van commissarissen van UIAG nu uit vijf leden bestond: de drie ‘oude’ leden die waren benoemd op voorstel van Knünz GmbH/Knünz Invest, en de twee ‘nieuwe’ leden van wie één onafhankelijk was en één op grond van de *letter of intent* en het *Syndikatsvertrag* was benoemd op voorstel van Paul Neumann. Bovendien was Paul Neumann zelf bestuurder geworden van UIAG. In dat verband speelde een rol dat volgens de *letter of intent* de statuten (de *Satzung*) van UIAG zodanig zouden moeten gewijzigd dat bij een impasse in het (tweehoofdige) bestuur van UIAG een aantal besluiten moesten worden genomen door de raad van commissarissen met een drie-vierde meerderheid:

‘Nach der Zuwahl [van de twee ‘nieuwe’ leden] haben die von *Knünz GmbH* und *Knünz Invest* nominierten Mitglieder des Aufsichtsrats der Zielgesellschaft weiterhin die *einfache Mehrheit im Aufsichtsrat*. Im konkreten Fall gilt es jedoch zu beachten, dass Herr Neumann selbst gleichberechtigtes Vorstandsmitglied geworden ist, der vom Vorstandsvorsitzenden Dr. Rudolf Knünz nicht überstimmt werden kann. Als Vorstandsmitglied genießt Herr Neumann daher bereits Einblick in nahezu sämtliche Belange der Gesellschaft. Darüber hinaus sind [die] Punktation und die Satzung der UIAG mitzubedenken. Können sich nämlich die Vorstandsmitglieder nicht über a) Geschäfte, zu denen die Zustimmung des Aufsichtsrates erforderlich ist, b) die Erstellung des jährlichen Budgets und der Mittelfristplanung, oder c) die Festlegung von Grundsätzen der inneren Organisation einigen, so verpflichten sie sich nach [...] der Punktation, die Entscheidung, ob diese Maßnahme durchgeführt werden soll, dem Aufsichtsrat vorzulegen. Dieser hat dann darüber mit einer *Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen* zu entscheiden. Solche Beschlüsse kann die Knünz-Gruppe in Zukunft gerade nicht mehr alleine fassen; diese bedürfen vielmehr der Zustimmung des unabhängigen Mitglieds [...]. Die Zustimmung des von Herrn Neumann nominierten Aufsichtsratsmitglieds erscheint im Falle einer Unstimmigkeit im Vorstand höchst unwahrscheinlich’.

Op grond van het voorgaande kwam de *Übernahmekommission* tot de tussenconclusie dat Knünz GmbH, Knünz Invest en Paul Neumann in de toekomstig opzet voor de toepassing van de rechtsregels rond openbare overnamebiedingen moesten worden opgevat als in onderling overleg handelende personen:

‘Die Bestellung von Herrn Neumann zum gleichberechtigten Vorstandsmitglied, das ihm eingeräumte Nominierungsrecht für den Aufsichtsrat sowie der Beschlussmechanismus im Aufsichtsrat bei Pattsituationen im Vorstand führen in einer Gesamtschau zu dem Ergebnis, dass Knünz GmbH, Knünz Invest und Herr Neumann als gemeinsam vorgehende Rechtsträger [...] zu qualifizieren sind’.

Bij deze stand van zaken was naar het oordeel van de *Übernahmekommission* beslissend of Knünz GmbH/Knünz Invest in de toekomst de statuten van UIAG nog kon veranderen om hun wil door te zetten (door bij voorbeeld het aantal leden van het bestuur of de raad van commissarissen uit te breiden om hun positie veilig te stellen). Als dat niet zo was, zouden Knünz GmbH, Knünz

Invest en Paul Neumann verplicht zijn een openbaar overnamebod uit te brengen. Maar volgens de *letter of intent* en het *Syndikatsverdrag* zou Paul Neumann (op enkele uitzonderingen na) een instemmingsrecht krijgen voor statutenwijzigingen. Paul Neumann kon, hoewel hij minderheidsaandeelhouder zou worden, de besluitvorming over belangrijke kwesties dus tegenhouden:

‘bei der Beurteilung [ist] zu prüfen, ob nunmehr andere Rechtsträger die Zielgesellschaft beherrschen können. Dabei ist zB zu berücksichtigen, ob eine Sperrminorität im Syndikat verloren geht oder entsteht [...]. Gerade eine solche Sperrminorität erhält Herr Neumann im Ergebnis aufgrund der entscheidungsgegenständlichen Vereinbarung: Obwohl seine Beteiligung anfangs lediglich 5,88% und später 10% betragen soll, wird es Herrn Neumann dadurch möglich sein, wesentliche Satzungsänderungen [...] zu verhindern. [...] Das Herr Neumann eingeräumte Zustimmungs- bzw Vetorecht führt im Ergebnis dazu, dass sich die Knünz-Gruppe in für die Zielgesellschaft wirtschaftlichen und machtpolitisch wesentlichen Fragen mit Herrn Neumann einigen muss’.

De *Übernahmekommission* kwam dan ook tot de conclusie dat uitvoering van de *letter of intent* en de daaraan gehechte concept-overeenkomsten Knünz GmbH, Knünz Invest en Paul Neumann zou verplichten een openbaar overnamebod uit te brengen, tenzij het instemmingsrecht van Paul Neumann voor statutenwijzigingen daaruit geschrapt zou worden:

‘Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes gelangt [die Übernahmekommission] daher zu der Ansicht, dass Knünz GmbH, Knünz Invest und Herr Neumann als gemeinsam vorgehende Rechtsträger [...] zu qualifizieren sind. Bei Umsetzung des in [...] der Punktation bzw des im Syndikatsvertrag vereinbarten Zustimmungsrechts von Herrn Neumann tritt nach Ansicht [der Übernahmekommission] zudem eine qualitativ relevante Änderung der Kontrollverhältnisse in der Zielgesellschaft ein, mit der [...] die *Angebotspflicht* der Knünz GmbH, der Knünz Invest und Herrn Neumanns einhergeht. [...] Bei Streichung des in [...] der Punktation bzw des im Syndikatsvertrag vereinbarten Zustimmungsrechts von Herrn Neumann [...] ist hingegen von einer bloß geringfügigen Änderung der Willensbildung in der Zielgesellschaft auszugehen, welche nicht die *Angebotspflicht* [...] auslöst’.

Naar het oordeel van de *Übernahmekommission* zijn personen die in onderling overleg handelen inderdaad verplicht een openbaar overnamebod uit te brengen wanneer een verandering optreedt in de samenstelling van of machtsverhoudingen binnen de groep personen die in onderling overleg handelen (doordat personen uit de groep treden of nieuwe personen toetreden tot de groep, of de onderlinge verhoudingen binnen de groep opnieuw worden vormgegeven).

6 CONCLUSIE

De parlementaire geschiedenis bij de implementatie van de richtlijn over het verplichte openbaar overnamebod in Nederland geeft waarschijnlijk een te beperkt beeld van wat moet worden verstaan onder (*persons*) *acting in concert*. De parlementaire geschiedenis gaat ervan uit dat het bij in onderling overleg handelende personen moet gaan om personen die op grond van een overeenkomst als (geobjectiveerd) doel hebben overwegende zeggenschap te verwerven in een beursgenoteerde naamloze vennootschap. Er zijn aanwijzingen dat niet noodzakelijk sprake hoeft te zijn van een *overeenkomst* met dat doel. De Autoriteit Financiële Markten gaat er in een andere, maar verwante, regeling van uit dat een *gentlemen's agreement* dezelfde status heeft als een overeenkomst. De Oostenrijkse *Übernahmekommission* gaat daar ook van uit. De *Übernahmekommission* is verder van oordeel dat in onderling overleg handelende personen verplicht zijn een openbaar overnamebod uit te brengen wanneer zich een *kwalitatieve* verandering voordoet in de invloed die de verschillende personen die in onderling overleg handelen hebben op de besluitvorming binnen de groep. Dat betekent dat het uittreden uit of toetreden tot de groep van *persons acting in concert* en/of het wijzigen van de voorwaarden waaronder de in onderling overleg handelende personen optreden ertoe kan leiden dat de biedplicht (opnieuw) ontstaat als de wijze van besluitvorming kwalitatief verandert. Daarvan zal bij toetreden en uittreden spoedig sprake zijn. Het gevolg is dat het handelen van één persoon binnen de groep van *persons acting in concert* (de persoon die toetreedt of uittreedt) onder omstandigheden een vergaande consequentie kan hebben voor de andere deelnemers: zij (en bij toetreden ook de persoon die erbij komt) worden geconfronteerd met de verplichting een – financieel zwaarwegend – openbaar overnamebod uit te brengen.

Hoewel art. 1:1 Wft personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld omschrijft als 'natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen met wie, onderscheidenlijk waarmee wordt samengewerkt op grond van een overeenkomst met als doel het verwerven van overwegende zeggenschap in een naamloze vennootschap' staat het begrip (*persons*) *acting in concert* uiteindelijk nogal ver van een overeenkomst af. Er kan sprake zijn van een overeenkomst (als het om meer dan twee personen gaat dus een meerpartijenovereenkomst) maar ook van een *gentlemen's agreement*. Daar komt bij dat de verplicht openbaar overnamebod-regeling een paar bijzondere kenmerken heeft. Wanneer personen die in onderling overleg handelen verplicht zijn een openbaar overnamebod uit te brengen, leidt het beëindigen van hun samenwerking er op zichzelf niet toe dat de verplichting een openbaar overnamebod uit te brengen vervalt. En een kwalitatieve verandering in de samenstelling van of machtsverhoudingen binnen de groep personen die in onderling overleg handelen (doordat personen uit de groep treden of nieuwe personen toetreden tot de groep, of de onderlinge verhoudingen binnen de groep opnieuw worden

vormgegeven) leidt ertoe dat een (nieuw) openbaar overnamebod moet worden uitgebracht. Hierbij moet worden bedacht dat de beide laatste kenmerken van de verplicht openbaar overnamebod-regeling ook van toepassing zijn als de samenwerking tussen de in onderling overleg handelende personen wél een overeenkomst is. Dat betekent dat op deze punten de eventuele kwalificatie van de samenwerking tussen de in onderling overleg handelende personen als overeenkomst geen gevolgen heeft voor hun positie in de verplicht openbaar overnamebod-regeling, maar dat (andersom) de verplicht openbaar overnamebod-regeling hun positie als partijen bij een overeenkomst doorkruist. Zij kunnen zich door het beëindigen van hun samenwerking niet zomaar aan de regeling onttrekken en moeten erop bedacht zijn dat herinrichting van hun samenwerking kan leiden tot biedplicht. Om het anders te zeggen: omdat de verplicht openbaar overnamebod-regeling uiteindelijk uitgaat van andere, bredere, uitgangspunten dan contractuele uitgangspunten moet ook samenwerking tussen personen die in onderling overleg handelen die wél een overeenkomst is zich schikken naar de regeling.

6 De uitleg van de verzekeringsovereenkomst ten behoeve van een derde

A.M.M. Hendriks [■]

1 INLEIDING: DE VERZEKERINGSOVEREENKOMST EN DERDEN

Een verzekeringsovereenkomst wordt gesloten tussen een verzekeraar en een verzekeringnemer, de ontstaanspartijen.¹ Uit de wet blijkt dat de verzekeringnemer niet alleen een verzekering ten behoeve van zichzelf kan afsluiten, maar ook ten behoeve van een derde, de toetredingspartij, of ten behoeve van zichzelf én een derde (zie art. 7:945-947 BW). Een voorbeeld van een dergelijke verzekering is de in de praktijk veelvuldig gebruikte *Constructions All Risks* verzekering (hierna te noemen: de CAR-verzekering). Een CAR-verzekering wordt in de meeste gevallen gesloten op de beurs bij meerdere verzekeraars ten behoeve van een te realiseren (bouw)werk. Vanwege de bij de verzekering gemoeide belangen wordt de verzekering ter beurse vaak gesloten door tussenkomst van een makelaar.² De verzekering kenmerkt zich door de verschillende rubrieken die in de verzekering worden gedekt, die bijvoorbeeld 'het werk', 'aansprakelijkheid' en 'bestaande eigendommen van de opdrachtgever' betreffen. De verzekering heeft mede ten doel de realisatie van het bouwproces te bevorderen en zodoende eventuele vertraging te voorkomen, die het gevolg zou kunnen zijn van discussies over de vraag welke bij de bouw betrokken partij verantwoordelijk en aansprakelijk is voor het herstel van beschadigde delen van het werk. Vandaar dat onder een CAR-verzekering niet alleen het belang van de aannemer wordt gedekt, maar ook de belangen van alle bij de bouw betrokken partijen. Ter illustratie: in de algemene begrips-

■ Mr. drs. A.M.M. Hendriks is promovenda en docente Burgerlijk Recht aan de Universiteit Leiden. Daarnaast is zij bij Clifford Chance te Amsterdam werkzaam als *professional support lawyer*.

1 Een term die ik ontleen aan C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking*, Deventer: Kluwer 1999, p. 37 e.v.

2 T.J. Dorhout-Mees, *De CAR-verzekering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 18.

omschrijving van de *polisvoorwaarden CAR-verzekering aflopend*³ van Delta Lloyd worden de betrokken partijen op de volgende manier meeverzekerd:⁴

'art. 1.2

Verzekerde(n):

1. de verzekeringnemer
2. de opdrachtgever c.q. de bouwdirectie
3. de hoofdaannemer(s)
4. de (onder)aannemer(s)
5. de architect(en), de constructeur(s), alsmede de adviseur(s)'

Het opnemen van een dergelijke bepaling in de CAR-verzekeringsovereenkomst leidt tot de kwalificatie als een verzekering ten behoeve van een derde. Een dergelijke in de CAR-polis opgenomen regeling waarbij ook de bij de bouw betrokken partijen meeverzekerd zijn, is aan te merken als een derdenbeding in de zin van art. 6:253 BW.⁵ Hierbij kan men zich afvragen wanneer een derde als verzekerde tot de verzekeringsovereenkomst toetreedt en wanneer de derde-verzekerde aanspraak kan maken op een schadevergoeding onder de polis. Uit artikel 6:253 lid 1 slot BW volgt dat de derde het beding dient te hebben aanvaard voordat het zijn werking krijgt. In de praktijk blijkt de derde het beding zelden uitdrukkelijk te aanvaarden. In het algemeen aanvaardt de derde het beding stilzwijgend door aanspraak te maken op een schadevergoeding onder de polis. Pas nadat de derde het derdenbeding in de verzekering heeft aanvaard, kan hij rechten ontleen aan de polis en komt hem het recht op uitkering toe.⁶ Uit de praktijk blijkt dat de aanvaarding als voorwaarde voor de derde om zijn recht te kunnen verkrijgen, problematisch kan zijn. Het hierna te bespreken *Alheembouw*-arrest illustreert dit.

Het is van groot belang dat de derde onmiddellijk aanspraak kan maken op de dekking onder de verzekering. Tegen deze achtergrond biedt art. 6:254 BW uitkomst. Lid 2 van dit artikel kent de aanvaarding van het derdenbeding (gedeeltelijk) terugwerkende kracht toe.⁷ Dit is van groot belang voor de derde, omdat het derdenbeding juist ten doel heeft de derde een aanspraak te geven

3 Onderscheid kan worden gemaakt tussen de aflopende en de doorlopende CAR-polis. Een aflopende CAR-polis wordt afgesloten voor één specifiek bouwproces en eindigt indien het werk is opgeleverd. Een doorlopende CAR-polis daarentegen wordt afgesloten voor verschillende bouwwerken en eindigt door opzegging. Zie nader: Dorhout-Mees 1996, p. 26-31.

4 Construction All Risk (CAR) – Polisvoorwaarden CAR-verzekering aflopend, Delta Lloyd, blad 3/14. Zie: <http://www.deltalloyd.nl/zakelijk/car-verzekering/index.jsp>, geraadpleegd op 5 augustus 2014.

5 Zie Hof 's-Gravenhage 4 april 1991, *S&S* 1992, 71; Dorhout-Mees 1996, p. 99; P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 45; F.R. Salomons, *Verzekering ten behoeve van een derde*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 140.

6 Wery & Mendel 2004, p. 45; Dorhout-Mees 1996, p. 102; Salomons 1996, p. 143.

7 Salomons 1996, p. 144.

op vergoeding van de schade die is ontstaan vóór het moment van aanvaarding.⁸ Daarnaast is het van belang dat de betrokken derden een verzekerd belang hebben bij de polis. Dit is vaak het geval vanwege de omstandigheid dat de verzekerden aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld voor schade aan het werk gedurende het bouwproces.⁹ Indien de verzekerde het beding heeft aanvaard, rusten op hem vanzelfsprekend alle verplichtingen die gelden voor een verzekerde op grond van de wet of de polis. Hierbij kan men denken aan de bereddingsplicht van art. 7:957 BW. Na aanvaarding geldt de derde als partij bij de overeenkomst (art. 6:254 BW). Er is dan sprake van een meerpartijenovereenkomst in de zin van art. 6:213 lid 2 BW.

Hetgeen zojuist besproken is, dient als achtergrondinformatie en zal in het kader van het *Alheembouw*-arrest van belang zijn waar een geschil is gerezen tussen de derde-verzekerde en de verzekeraar over de dekking van de polis. Taal is een voortdurende bron van misverstanden,¹⁰ ook in het verzekeringsrecht. Dit is met name het geval als de tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer gesloten verzekeringsovereenkomst al op zichzelf uitleg behoeft. In deze bijdrage staat de uitleg van verzekeringsovereenkomsten ten behoeve van derden centraal. Is de omstandigheid dat de verzekeringsovereenkomst mede ten behoeve van derden als verzekerden is afgesloten van invloed op de wijze van uitleg van de overeenkomst? Het *Alheembouw*-arrest van de Hoge Raad van 19 april 2013 over de uitleg van een derdenbeding in een CAR-verzekering geeft aanleiding het leerstuk van de uitleg van overeenkomsten te bekijken in het kader van de meerpartijenovereenkomst. In de eerste plaats zullen de methoden van uitleg zoals deze zich in de jurisprudentie hebben ontwikkeld worden behandeld. Vervolgens zal worden stil gestaan bij de vraag hoe de uitleg van de verzekeringsovereenkomst dient plaats te vinden indien de verzekering (mede) is afgesloten ten behoeve van een derde.

2 DE METHODEN VAN CONTRACTSUITLEG

Woorden in een overeenkomst behoeven uitleg.¹¹ Woorden betekenen niet altijd voor iedereen hetzelfde. In de praktijk bestaat dikwijls veel onduidelijkheid over de betekenis van de gebruikte woorden in overeenkomsten. Men kan zich voorstellen dat dergelijke kwesties ook aan de orde zijn bij verzekeringsovereenkomsten gesloten tussen meerdere partijen waarbij er onduidelijkheid kan bestaan over de vraag of de afgesloten verzekering ook daadwerkelijk dekking biedt voor de door een meeverzekerde derde geleden

8 Dorhout-Mees 1996, p. 103.

9 T.J. Dorhout Mees, 'De CAR-Verzekering', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a (red), *"Verzekering ter beurze": coassurantie in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, p. 498.

10 B. van Maris, 'Taal is wat je niet zegt', *NRC* 14 december 2013.

11 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/370.

schade. De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren verschillende wegen bewandeld voor de uitleg van overeenkomsten. Zowel een meer subjectieve als objectieve benadering zijn de revue gepasseerd. Uitgangspunt bij de uitleg van contracten naar Nederlands recht is en blijft de bekende Haviltex-methode.¹² Alvorens de ontwikkelingen op dit terrein in het verzekeringsrecht nader uit te werken, lijkt het mij raadzaam eerst eens na te gaan welke uitlegmethoden er bestaan voor de uitleg van schriftelijke overeenkomsten naar Nederlands recht.

2.1 De Haviltex-methode

Uitgangspunt van de contractsuitleg is de Haviltex-methode van 1981 die gebaseerd is op de wilsvertrouwensleer uit art. 3:33 en 3:35 BW. In het *Haviltex*-arrest wordt de contractsuitleg afhankelijk gemaakt van de tekst en bedoeling van partijen.¹³ De taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract is op zichzelf ontoereikend om de vraag te beantwoorden hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld en of het contract een leemte bevat. Waar het om gaat is dat de rechter zich niet alleen mag baseren op de tekst van het contract. De taalkundige uitleg is een element bij de uitleg, maar niet het enige. De werkelijke partijbedoeling staat centraal. Alvorens een betekenis toe te kunnen kennen aan een beding in een overeenkomst, dient de rechter stil te staan bij de uiteenzettingen van partijen. Doorgaans zal dit gepaard gaan met een onderzoek in de gegeven omstandigheden naar de bedoeling van partijen. De Hoge Raad oordeelt dat de betekenis van contractsbepalingen wordt ingekleurd door de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.¹⁴ De Hoge Raad heeft in het *Haviltex*-arrest enkele aspecten genoemd die van belang zijn bij de invulling van de zojuist weergegeven methode van uitleg. Te denken valt aan de bewoordingen van de bepalingen in de overeenkomst, de maatschappelijke kringen waar partijen deel van uitmaken en de verwachte rechtskennis.¹⁵

Sindsdien heeft de tijd niet stilgestaan en in 1993 heeft de Hoge Raad naast de Haviltex-methode de, wat is gaan heten, CAO-methode geïntroduceerd.

12 HR 5 april 2013, NJ 2013, 214, r.o. 3.4.3 (*Lundiform/Mexx Europe*).

13 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*).

14 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. C.J.H. Brunner, r.o. 2 (*Ermes c.s./Haviltex*).

15 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. C.J.H. Brunner, r.o. 2 (*Ermes c.s./Haviltex*).

2.2 De CAO-methode

In 1993 worden kort na elkaar twee arresten gewezen die zien op de uitleg van een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO). De Hoge Raad oordeelt dat voor de uitleg van CAO-bepalingen de Haviltex-methode niet geldt. De Hoge Raad creëert daarmee een nieuwe interpretatiemethode voor de uitleg van bepalingen in een CAO.¹⁶ Deze methode wordt gekenmerkt door een vooral op de bewoordingen van het contract gerichte uitleg. De Hoge Raad acht de bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, van doorslaggevende betekenis voor de uitleg van de bepalingen van een CAO.¹⁷ De Hoge Raad baseert dit op de overweging dat de individuele werknemers niet betrokken zijn bij de totstandkoming van een CAO. Een individuele werkgever kan hierbij soms wel betrokken zijn, maar ook dat is niet altijd het geval. Bij de uitleg van een CAO-bepaling komt het aan op de tekst en de eventueel daaraan toegevoegde schriftelijke toelichting. Niet relevant is hetgeen partijen aan elkaar over een weer hebben verklaard en wat zij te dien aanzien van elkaar mochten verwachten. Dit betekent dan ook dat bij de uitleg van een CAO-bepaling de werkelijke bedoeling van partijen ten tijde van het formuleren hiervan niet van belang is, voor zover deze bedoeling niet uit de tekst van de overeenkomst blijkt. Het komt aan op een grammaticale interpretatie, wat met zich meebrengt dat hoge eisen mogen worden gesteld aan de duidelijkheid van de bewoordingen van een CAO.

Uit de hierboven genoemde arresten valt af te leiden dat er in de loop der tijd twee verschillende uitlegmethoden zijn ontstaan, namelijk de Haviltex-methode en de CAO-methode. Deze uitlegmethoden hebben zich in de opvolgende jaren met name in de jurisprudentie verder ontwikkeld. Meerdere aspecten blijken van belang en karakteriserend te zijn voor de te hanteren uitlegmethode. In het arrest *DSM/Fox* besteedt de Hoge Raad met zoveel woorden aandacht aan deze ontwikkelingen.

2.3 De DSM/Fox-methode?

De Hoge Raad staat in het *DSM/Fox*-arrest stil bij de ontwikkelingen die de Haviltex-methode en de CAO-methode hebben doorgemaakt. Uitgangspunt in de overwegingen is dat tussen de Haviltex-methode en de CAO-methode geen tegenstelling bestaat, maar juist een vloeiende overgang. De Hoge Raad werkt de Haviltex en CAO uitlegmethoden nader uit door aansluiting te zoeken bij in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende typerende gevallen. Zowel bij de uitleg volgens de CAO-methode als bij de Haviltex-methode is

16 HR 17 september 1993, NJ 1994, 173, m.nt. P.A. Stein (*Gerritse/Hydro Agri Sluiskil*) en HR 24 september 1993, NJ 1994, 174, m.nt. P.A. Stein (*Hol & Dienstenbond FNV/EIM*).

17 HR 17 september 1993, NJ 1994, 173, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.3 (*Gerritse/Hydro Agri Sluiskil*).

niet alleen de taalkundige betekenis van de bewoordingen van belang. De Hoge Raad oordeelt dat alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, van beslissende betekenis zijn bij de uitleg van een schriftelijk contract.¹⁸ Oftewel, de uitleg van de overeenkomst dient redelijk te zijn. Wel kan de taalkundige betekenis van de bewoordingen, die zij normaal gesproken hebben in de desbetreffende kring van het maatschappelijk verkeer, gelezen in de context van het geschrift als geheel, van groot belang zijn bij de uitleg van de overeenkomst. Dit kan het geval zijn, indien een overeenkomst naar haar aard meer bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden.¹⁹ Van belang is hierbij dat de betrokken derden de bedoelingen van de contractspartijen ten tijde van de totstandkoming niet kennen en vaak niet beschikken over een toelichting op de bedoelingen. Bovendien zal de overeenkomst de rechtspositie van de derden op uniforme wijze trachten te regelen. Gelet op deze omstandigheden kan een meer objectieve uitleg de aangewezen maatstaf zijn, zodra de overeenkomst de positie van derden regelt. In de literatuur wordt wel gesproken over de geobjectiverde Haviltex-methode en enkele auteurs verhieven deze norm zelfs tot een zelfstandige ‘derde’ uitlegmethode.²⁰ Ik zie dit anders.

De Hoge Raad probeert met het *DSM/Fox*-arrest een einde te maken aan de heersende verwarring en tweestrijd tussen de CAO-methode en Haviltex-methode. In mijn visie nuanceert de Hoge Raad in het *DSM/Fox*-arrest deze twee reeds bestaande uitlegmethoden en roept geen derde uitlegmethode in het leven. De Hoge Raad geeft aan dat verschillende aspecten van belang kunnen zijn voor de wijze van uitleg. Te denken valt aan de bewoordingen van de overeenkomst, de aard van de overeenkomst, de (betrokkenheid bij de) totstandkomingsfase en de betrokkenheid van derden. De omstandigheden van het geval gewaardeerd naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid zijn het uitgangspunt voor de vaststelling van de methode van uitleg. De samenhang tussen de verschillende aspecten zal leiden tot de te hanteren wijze van uitleg: meer subjectief of meer objectief.

18 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493, m.nt. C.E. du Perron, r.o. 4.5 (*DSM/Fox*).

19 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493, m.nt. C.E. du Perron, r.o. 4.4 (*DSM/Fox*).

20 R.P.J.L. Tjittes, ‘Terug naar de tekst. Een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten.’, *WPNR* 2007 (6709), p. 417 e.v.; H.N. Schelhaas, ‘Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten. Over redelijkheid en billijkheid bij een objectieve uitleg bij handelscontracten.’, *NTBR* 2008-4, p. 159; R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 18.

3 WELKE METHODE GELDT BIJ DE UITLEG VAN EEN VERZEKERINGSOVEREENKOMST TEN BEHOEVE VAN EEN DERDE?

De rechtspositie van de wederpartij neemt een centrale positie in binnen het verzekeringsrecht. De Hoge Raad heeft de uitleg van de CAO-methode aanvaard bij de uitleg van overeenkomsten die de rechtspositie van een groot aantal personen op uniforme wijze beogen te regelen. Als voorbeeld kunnen worden genoemd een sociaal plan,²¹ een trustakte voor een obligatielening,²² het Bindend Besluit Regres²³ en een arbitragereglement van het ICC.²⁴ De CAO-methode is vaak van toepassing wanneer er een aanzienlijke groep derden – niet noodzakelijkerwijs als contractspartij – is betrokken bij de overeenkomst. De verzekeraar zal proberen zoveel mogelijk gelijksoortige risico's te verzamelen (de wet van de grote aantallen). Zoals Wissink het verwoordt, dient er sprake te zijn van 'massaliteit'.²⁵ In de visie van Wansink en Van Tiggele dient een verzekering ten behoeve van een derde in de zin van art. 7:946 BW objectief uitgelegd te worden. Met behulp van een taalkundige omschrijving van de risico's zal de verzekeraar de rechtspositie van alle verzekerden op uniforme wijze willen regelen.²⁶ In dat geval dient er meer aandacht te worden besteed aan de tekst van de overeenkomst dan aan de totstandkomingsfase en in het bijzonder de voorafgaande onderhandelingen.²⁷ Voor de derde-verzekerde is de bedoeling van de oorspronkelijk contracterende partijen niet kenbaar en de derde heeft ook geen invloed gehad op de formulering van de bepalingen in de overeenkomst. Dit betekent dat bedoelingen die niet uit de polis kenbaar zijn en wetenschap van de verzekeraar en de verzekeringnemer geen rol ten nadele van de derde mogen spelen.²⁸ Deze visie vindt steun in de dissertatie van Salomons.²⁹

21 HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473, r.o. 3.3.2 (*AKZO Nobel Fibers/FNV Bondegenoten*).

22 HR 23 maart 2001, NJ 2003, 715, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 3.4 (*Stichting Ofasec/Nederlandsche Trustmaatschappij*).

23 HR 16 mei 2003, NJ 2003, 470, r.o. 3.3.2 (*London Verzekeringen/De Noordhollandsche*).

24 HR 17 januari 2003, NJ 2004, 384, m.nt. H.J. Sniijders, r.o. 3.3 (*International Military Services/Modsaf-IR*).

25 M.H. Wissink, 'Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen', *WPNR* 2004 (6579), p. 407 e.v.

26 M.J. Tolman, 'De uitleg van de dekking onder de polis', *AV&S* 2008, 9, p. 64-73, par. 2.

27 In het kader van de totstandkomingsfase is het tevens van belang om stil te staan bij de wijze waarop en waar de verzekeringsovereenkomst tot stand is gekomen. Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verzekering die is gesloten op de provinciale markt en die op de beurs. In deze bijdrage zal dit onderscheid niet verder worden toegelicht en buiten beschouwing worden gelaten. Zie de volgende uitspraken van de Hoge Raad waaruit blijkt dat de plaats waar de verzekeringsovereenkomst tot stand is gekomen ook van belang is voor de te hanteren uitlegmethode: HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378, m.nt. M.M. Mendel, r.o. 4.2 (*Polygram*) en HR 16 mei 2008, NJ 2008, 284, r.o. 3.4.2 (*Chubb/Dagenstaed*).

28 Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/362.

29 Salomons 1996, p. 288 e.v.

Londonck Sluijk en Hendrikse kiezen een andere benadering dan *Wansink, Van Tiggele en Salomons* voor de uitleg van de verzekering ten behoeve van een derde. Zij betogen dat uitgaande van het gegeven dat de betrokken derde partij is geworden bij de verzekeringsovereenkomst, de derde de verzekering heeft aanvaard, zoals deze door de verzekeraar en de verzekeringnemer is gesloten en bedoeld.³⁰ De bedoeling van de ontstaanspartijen zal in beginsel de doorslag geven. In dit kader is ook hetgeen de derde verzekerde als partij bij de verzekeringsovereenkomst mocht verwachten van de verzekering van belang (vertrouwensbescherming van de toetredingspartij), evenals de bescherming van het vertrouwen van de ontstaanspartijen, de verzekeraar en de verzekeringnemer.

In navolging van het *DSM/Fox*-arrest geef ik de voorkeur aan een meer algemenere benadering: bij de uitleg van een verzekering ten behoeve van een derde in de zin van art. 7:946 BW zijn alle omstandigheden, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, van beslissende betekenis. In beginsel zal de door uitleg vast te stellen bedoeling van partijen doorslaggevend zijn, ook ten aanzien van de vraag of de verzekeringspolis mede dekking verleent aan een derde. Afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval kan de verzekeringsovereenkomst meer objectief of subjectief worden uitgelegd. Hetgeen de verzekeringnemer en de verzekerde wel weten, maar de derde-verzekerde niet, zal niet ten nadele van de derde werken. Mocht een derde in vertrouwen op het derdenbeding hebben gehandeld, dan kan de derde via de vertrouwensbescherming ontkomen aan de onwenselijke consequenties als gevolg van dit handelen. Op deze manier kunnen de belangen van de derde worden beschermd, daarvoor is niet noodzakelijk een objectieve uitleg vereist.

Het *Alheembouw*-arrest gaat in op de vraag hoe de uitleg van de verzekeringsovereenkomst dient plaats te vinden indien de verzekering (mede) is afgesloten ten behoeve van een derde. In de volgende paragraaf zullen we zien wat de huidige stand van zaken is met betrekking tot de uitleg van een verzekering ten behoeve van een derde. Wat is de positie van de derde-verzekerde indien de tussen de verzekeraar en verzekeringnemer gesloten verzekeringsovereenkomst uitleg behoeft? En wat blijkt de rol van de vertrouwensbescherming (art. 3:35 en 3:36 BW) te zijn bij de uitleg van de verzekeringsovereenkomst?

30 J.B. Londonck Sluijk, 'Kroniek polisbepalingen', *AV&S* 2007, 38, p. 255; M.L. Hendrikse, 'Uitleg van verzekeringsvoorwaarden', *NTHR* 2008, 4, p. 145.

4 NIEUWE PERSPECTIEVEN DOOR HET ALHEEMBOUW-ARREST?³¹

4.1 Feiten & procesverloop

In opdracht van Vekoma Manufacturing B.V. (hierna: Vekoma) heeft Alheembouw, als onderaannemer van Vekoma, grond- en funderingswerkzaamheden verricht voor de bouw van een achtbaan in Walibi Sixflags Belgium te Wavren. Met het oog op de bedrijfsvoering heeft Vekoma bij Hannover International Insurances (rechtsvoorgangster van HDI-Gerling) een doorlopende CAR-verzekering afgesloten. Verschillende verzekeraars hebben hierop ieder voor een deel ingetekend. Volgens de op deze verzekering toepasselijke Algemene Verzekeringsvoorwaarden zijn onderaannemers, zoals Alheembouw, aan te merken als verzekerde onder de CAR-verzekering. Tijdens het uitvoeren van de werkzaamheden treedt schade op bij Alheembouw. Deze schade wordt gemeld bij de verzekeraars. Alheembouw stelt zich op het standpunt dat deze schade is gedekt onder de door Vekoma mede ten behoeve van haar afgesloten verzekering. De verzekeraars menen dat de schade niet onder de dekking van de CAR-polis valt, omdat zij met Vekoma een meer beperkte dekking zijn overeengekomen. Alheembouw heeft bij de Rechtbank Rotterdam een vordering ingesteld tot vergoeding van de voormelde schade tot een bedrag van € 1.040.318,70 met rente en kosten. De rechtbank onderschrijft het standpunt van de verzekeraars door te oordelen dat uit de getuigenverklaringen volgt dat bij het afsluiten van de CAR-verzekering met Vekoma is overeengekomen dat turn key-projecten, zoals het onderhavige project in Walibi Sixflags Belgium, niet onder de dekking van de CAR-verzekering zouden vallen. De rechtbank overweegt dat Alheembouw gebonden is aan de reikwijdte van de dekking zoals tussen de verzekeraars en Vekoma (als verzekeringnemer) overeengekomen.³² Het hof oordeelt dat de verzekeringsovereenkomst uitgelegd dient te worden aan de hand van de Haviltex-methode. Een dergelijke uitleg brengt volgens het hof met zich mee dat niet alleen Vekoma en de verzekeraars, maar ook degenen ten behoeve van wie het derdenbeding in de polis is opgenomen, dit beding aldus mogen en moeten begrijpen dat hiermee (slechts) rechten worden toegekend aan de in de polis genoemde derden die werkzaam zijn op een project waarvoor Vekoma de verzekering heeft afgesloten.³³ In dit geval staat vast dat het werk een turn key-project betrof waarvoor de CAR-verzekering niet gold. Om deze reden oordeelt het hof dat Alheembouw het derdenbeding niet kon aanvaarden. Aldus is Alheem-

³¹ HR 19 april 2013, NJ 2013, 239 (*Alheembouw/HDI Gerling c.s.*).

³² Rb. Rotterdam 29 april 2009, r.o. 2.9 (niet gepubliceerd).

³³ HR 19 april 2013, NJ 2013, 239, r.o. 11 van het hof (*Alheembouw/HDI Gerling c.s.*).

bouw geen partij geworden bij de verzekeringsovereenkomst.³⁴ Vervolgens staat het hof alsnog stil bij de vraag aan de hand van welke methode de polisvoorwaarden moeten worden uitgelegd jegens Alheembouw. Het hof voegt hieraan toe dat, indien Alheembouw het in de verzekeringsovereenkomst opgenomen derdenbeding wel kon aanvaarden en daarmee partij zou zijn geworden bij de verzekeringsovereenkomst, deze moet worden uitgelegd aan de hand van de Haviltex-methode. Voor een uitleg van de polisvoorwaarden aan de hand van uitsluitend objectieve criteria acht het hof geen gronden aanwezig.

De Hoge Raad stelt voorop dat de vraag of, en zo ja in welke omvang, in een verzekeringspolis mede dekking wordt verleend aan derden (eventueel na aanvaarding van een daartoe strekkend derdenbeding), dient te worden beantwoord aan de hand van hetgeen de verzekeraar en de verzekeringnemer dienaangaande zijn overeengekomen.³⁵ Hij stelt dan vast dat dit uitgangspunt ook geldt bij de uitleg van een beding in een CAR-verzekering waarin dekking wordt verleend aan onderaannemers die door de aannemer – tevens wederpartij van de verzekeraar – bij de uitvoering van een verzekerd werk worden ingeschakeld. Voorts overweegt hij dat de onderaannemer jegens de verzekeraar bescherming kan ontlene aan art. 3:35 BW indien hij op grond van de bewoordingen van de polis, eventueel in samenhang met (andere) door de verzekeraar gedane mededelingen of gewekte verwachtingen, erop heeft vertrouwd, en erop heeft mogen vertrouwen, dat hem dekking zal worden verleend.³⁶ De Hoge Raad onderzoekt daarna of Alheembouw is afgegaan op de bewoordingen waarin de dekkingsomvang van de polis was omschreven. Vaststaat dat Alheembouw pas van de polisvoorwaarden heeft kennis genomen nadat de verzekeraars dekking onder de CAR-verzekering hadden afgewezen met een beroep op de beperkte dekkingsomvang bij turn key-projecten. Bovendien heeft Alheembouw in feitelijke instanties evenmin iets gesteld over (andere) door de verzekeraars gedane mededelingen of gewekte verwachtingen. Naar het oordeel van de Hoge Raad kan ook het beroep van Alheembouw op art. 3:36 BW niet tot cassatie leiden, nu niet is aangevoerd dat Alheembouw in vertrouwen op een verklaring of gedraging van de verzekeraars enige handeling heeft verricht.³⁷

³⁴ Kritisch hierover is Londonck Sluijk, 'Verzekering ten behoeve van een derde en de inhoud van de verzekeringsovereenkomst', *AV&S* 2014, 8, par. 5.

³⁵ HR 19 april 2013, *NJ* 2013, 239, r.o. 3.5 (*Alheembouw/HDI Gerling c.s.*).

³⁶ HR 19 april 2013, *NJ* 2013, 239, r.o. 3.5 (*Alheembouw/HDI Gerling c.s.*).

³⁷ HR 19 april 2013, *NJ* 2013, 239, r.o. 3.7 (*Alheembouw/HDI Gerling c.s.*).

4.2 Gevolgen voor de uitleg van de verzekeringsovereenkomst ten behoeve van een derde

In onderhavig arrest dient door uitleg vast te worden gesteld of er sprake is van een meerpartijenovereenkomst waaraan Alheembouw rechten kan ontlelen. Pas nadat Alheembouw het derdenbeding heeft aanvaard, geldt Alheembouw als (toetredings)partij bij de overeenkomst (art. 6:254 BW) en is er sprake van een meerpartijenovereenkomst. Bovendien is de aanvaarding van het derdenbeding door Alheembouw noodzakelijk om rechten te kunnen ontlelen aan de polis en het recht op uitkering te doen toekomen.³⁸ In het onderhavige arrest wordt echter een andere route gekozen. Het hof stelt dat Alheembouw pas als derde verzekerde kan worden aangemerkt onder het derdenbeding, als Alheembouw ook daadwerkelijk aanspraak kan maken op uitkering onder de verzekering. Oftewel, kan de derde geen aanspraak maken op dekking onder de verzekering, dan kan de derde ook geen partij worden bij de verzekeringsovereenkomst.³⁹ De Hoge Raad sluit zich hierbij aan. Dit is opmerkelijk en kritisch hierover is Londonck Sluijk:⁴⁰ de vraag of een derde partij wordt bij de verzekeringsovereenkomst door aanvaarding van een derdenbeding staat los van de vraag of aan deze overeenkomst ook rechten kunnen worden ontleend. Bij deze opvatting sluit ik mij aan. Het oordeel van het hof en de Hoge Raad is mij op dit punt niet helder. In het vervolg van de bespreking van het arrest ga ik ervan uit dat Alheembouw het derdenbeding heeft kunnen aanvaarden en partij is geworden bij de verzekeringsovereenkomst. De vraag of Alheembouw als derde aan deze overeenkomst ook rechten kan ontlelen, moet worden beantwoord door middel van uitleg van de verzekeringsovereenkomst. De afwikkeling van de meerpartijen(verzekering)overeenkomst zal verder centraal staan in deze bijdrage.

Het debat in de literatuur tussen de aanhangers van een subjectievere en een objectievere methode voor de uitleg van de verzekeringsovereenkomst, waarbij derden zijn betrokken, is hiermede in de rechtspraak ten gunste van de eerste groep beslecht. Indien het een verzekering ten behoeve van derden betreft, is de bedoeling van de ontstaanspartijen, de verzekeraar en de verzekeringnemer, in beginsel doorslaggevend. Een subjectieve benadering voor de uitleg van de overeenkomst is het uitgangspunt. Indien de derde op grond van de bewoordingen van de polis erop heeft vertrouwd en erop heeft mogen vertrouwen dat hem dekking zal worden verleend, kan de derde, alle omstandigheden in aanmerking genomen, bescherming genieten.

De derde-verzekerde, de toetredingspartij, kan geen gedachten lezen en weet dus niet zonder meer wat de verzekeraar en de verzekeringnemer precies

38 Wery & Mendel 2004, p. 45; Dorhout-Mees 1996, p. 102; Salomons 1996, p. 143.

39 Zie ook Londonck Sluijk, 'Verzekering ten behoeve van een derde en de inhoud van de verzekeringsovereenkomst', *AV&S* 2014, 8, par. 5.4.

40 Londonck Sluijk 2014, par. 5.10.

voor ogen hebben gehad ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. De Hoge Raad verliest de positie van de derde als toetredende partij niet uit het oog. De omstandigheid dat de derde niet op hoogte zou kunnen zijn van de bedoelingen van de ontstaanspartijen speelt een rol in het kader van de vertrouwensbescherming van art. 3:35 en 3:36 BW.

Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de vertrouwensbescherming van art. 3:35 BW en die van 3:36 BW. Het uitgangspunt is dat het vertrouwen van de partijen die de verzekeringsovereenkomst hebben gesloten, de verzekeraar en de verzekeringnemer (de ontstaanspartijen), wordt beschermd door art. 3:35 BW en het vertrouwen van de derden die na de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst toetreden tot die overeenkomst (toetredingspartijen) wordt beschermd door art. 3:36 BW.⁴¹

Een derde kan een ten gunste van hem gemaakte derdenbeding in een verzekeringsovereenkomst aanvaarden. Op dat moment bestaat er al een verzekeringsovereenkomst. Bij de totstandkoming van deze overeenkomst is de derde niet betrokken geweest. Ten aanzien van deze rechtsbetrekking heeft de derde de mogelijkheid om zich te beroepen op art. 3:36 BW, indien de derde op grond van eens anders verklaring of gedraging deze rechtsbetrekking heeft mogen aannemen en op die veronderstelling heeft voortgebouwd.⁴² In het onderhavige arrest staat de Hoge Raad stil bij het beroep van Alheembouw op art. 3:36 BW. Het probleem is in dit geval dat Alheembouw niet heeft aangevoerd dat enige handelingen zijn verricht in vertrouwen op een verklaring of gedraging van de verzekeraars. Uit niets blijkt dat Alheembouw erop heeft vertrouwd dat hem dekking zou worden verleend. Wegens het ontbreken van dit vertrouwen kan Alheembouw zich niet succesvol op art. 3:36 BW beroepen en zal Alheembouw de beperkte dekkingsomvang bij turn key-projecten tegen zich moeten laten gelden.

De mededeling van het derdenbeding door de verzekeraars kan ook gezien worden als een tot de derde gerichte verklaring in de zin van art. 3:35 BW.⁴³ De Hoge Raad besteedt aandacht aan de mogelijkheid dat Alheembouw als onderaannemer jegens de verzekeraar dekking kan ontlenen aan art. 3:35 BW, indien Alheembouw op grond van de bewoordingen van de polis, eventueel in samenhang met andere door de verzekeraar gedane mededelingen of gewekte verwachtingen, erop heeft vertrouwd, en erop heeft mogen vertrouwen dat hem dekking zal worden verleend. Op grond van art. 3:35 BW dienen alle omstandigheden in aanmerking te worden genomen. In het onderhavige arrest staat vast dat Alheembouw achteraf dekking probeert te verkrijgen onder de CAR-verzekering waarvan Alheembouw de polisvoorwaarden niet eerder kende. Helaas kan Alheembouw hierdoor geen beroep doen op het gerechtvaardigde vertrouwen dat hij aan de tekst van de polis kon ontlenen. Langs

41 Du Perron 1999, p. 44.

42 Du Perron 1999, p. 45; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2013/158.

43 Salomons 1996, p. 282 e.v.

deze route zal Alheembouw ook de beperkte dekkingsomvang bij turn key-projecten tegen zich moeten laten gelden.

5 CONCLUSIE

Uit het besproken arrest blijkt niet duidelijk wat de betekenis is van het derdenbeding. Het is niet aannemelijk dat een derde enkel partij kan worden bij een verzekeringsovereenkomst, indien de derde verzekerde onder de verzekering dekking geniet. Het uitgangspunt dat de derde door aanvaarding van het derdenbeding (toetredings)partij wordt bij de verzekeringsovereenkomst en er een meerpartijenovereenkomst ontstaat, dient vooralsnog leidend te zijn. Vervolgens ziet de vraag of de derde ook dekking geniet onder de verzekeringsovereenkomst op de afwikkeling van de meerpartijenovereenkomst.

In de civiele rechtspraak neemt de uitleg van overeenkomsten een belangrijke positie in. Centraal staat het achterhalen van de bedoeling van partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, zoals ook ten aanzien van de verzekeringsovereenkomst is bevestigd in het *Alheembouw*-arrest. De Hoge Raad benadrukt in het onderhavige arrest dat bij de uitleg van de verzekeringsovereenkomst ten behoeve van een derde de bedoeling van de ontstaanspartijen, de verzekeraar en de verzekeringnemer, in beginsel de doorslag geeft. Het arrest maakt duidelijk dat een subjectieve methode van uitleg het uitgangspunt is. Wanneer de bedoeling van de verzekeraar en de verzekeringnemer ten tijde van de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst niet uit de polisvoorwaarden blijkt en ook anderszins niet kenbaar is voor de derde, kan en mag dit onder omstandigheden tegen de derde werken. Afhankelijk van de omstandigheden kan een derde een geslaagd beroep doen op de vertrouwensbescherming van art. 3:35 of 3:36 BW. In het onderhavige arrest is het logisch dat de gerechtvaardigde verwachtingen van de derde geen rol spelen en de derde geen vertrouwensbescherming geniet. Waarom zou de derde beschermd moeten worden (in het kader van art. 3:35 of 3:36 BW) als hij nergens op heeft vertrouwd? De belangen van de toetredende partij bij deze specifieke meerpartijenovereenkomst worden derhalve niet beschermd door een objectieve uitleg van de overeenkomst, maar op een andere wijze. Uitgangspunt hiervoor is de in Boek 3 BW vormgegeven vertrouwensbescherming.

Jac. Hijma ■

1 INLEIDING

Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is karig met informatie over meerpartijenovereenkomsten.¹ In andere twintigste-eeuwse codificaties is het beeld niet veel anders. De Italiaanse *Codice civile* heeft de naam relatief veel aandacht aan de *contratti plurilaterali* te besteden,² maar ook daar mag de oogst niet echt rijk heten.³ Voor deze houding van de wetgevers is veel te zeggen. Er bestaat niet zoiets als 'de' meerpartijenovereenkomst; veeleer vormen de meerpartijenovereenkomsten een mozaïek van contracten, elk met een eigen karakter, waarvan de totaliteit lastig valt te overzien.⁴ Bovendien is het reguliere overeenkomstenrecht meestal wel voldoende flexibel om zich aandienende knelpunten naar een oplossing te voeren. Het wekt dan ook weinig verwondering, dat ook recente regelstelsels als de *principles* dit terrein grotendeels onontgonnen laten.⁵

Voor de rechtswetenschap is hier dus een schone taak weggelegd. In dit opstel wordt onderzocht of, en zo ja wanneer, een meerpartijenovereenkomst vatbaar is voor vernietiging op grond van een wilsgebrek.⁶ Na een aantal meer

-
- Prof. mr. Jac. (Jaap) Hijma is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.
 - 1 Te wijzen is op art. 6:213 lid 2 BW, waarover par. 2, en art. 6:279 BW, waarover par. 3.
 - 2 TM, in: *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 6, Deventer: Kluwer 1981, p. 838 (noot 1); E. Dirix, 'De meerpartijenovereenkomst', preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in Nederland en België, *TPR* 1983, p. 758-759.
 - 3 Art. 1420, 1446, 1459, 1466 *Codice civile* (1942).
 - 4 H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979, p. 556, raadt aan om 'toe te geven, dat de verschillende vormen van drie-partijen-verhoudingen zo gedifferentieerd zijn, dat een abstinie de wetgever bepaald niet misstaat.' Vgl. par. 4.
 - 5 Zo komt het in 2009 verschenen Draft Common Frame of Reference (DCFR) niet verder dan de droge melding dat een rechtshandeling (*juridical act*) eenzijdig, tweezijdig of meerzijdig (*multilateral*) kan zijn (art. II.-1:101 DCFR).
 - 6 Over het onderwerp is weinig geschreven. Zie E. Dirix, 'Meer-partijen-overeenkomsten', *RW* 1981/82, kolommen 1595-1598; H. Drion, 'De meerpartijenovereenkomst en zijn problemen', in: W.M. Kleyn e.a. (red.), *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum*, Deventer: Kluwer 1982, p. 8-9; Dirix, *TPR* 1983, p. 775-777; recent Tâm Dang Vu, 'De totstandkoming van meerpartijenovereenkomsten vanuit een statisch oogpunt en de toetreding van nieuwe partijen', in: I. Samoy & P. Wéry (eds.), *Meerpartijenovereenkomsten/Contrats multipartites*, Brugge:

algemene beschouwingen spitst het onderzoek zich toe op de driehoeksruil, een intrigerende figuur, die door Eggens op de juridische dansvloer is geïntroduceerd.⁷

2 WILSGEBREKEN EN HUN WERKTERREIN

Het wetboek kent vier ‘wilsgebreken’: bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden en dwaling. Deze worden op twee locaties geregeld: de bedreiging, het bedrog en het misbruik in art. 3:44 BW, de dwaling in art. 6:228 BW. Voor de toepasselijkheid op meerpartijenovereenkomsten is dit plaatsingsverschil niet zonder betekenis.

Art. 3:44 BW heeft een ruim werkterrein. Het beheerst alle rechtshandelingen in de zin van titel 3.2 BW, onder welk begrip ook overeenkomsten met meerdere partijen vallen.⁸ Via de schakelbepaling van art. 3:59 BW komt zelfs (analogische) toepassing op meerpartijenovereenkomsten van niet-vermogensrechtelijke aard in beeld.

Art. 6:228 BW maakt deel uit van titel 6.5 BW (Overeenkomsten in het algemeen) en is zodoende geschreven voor – verbintenisscheppende – overeenkomsten in de zin van art. 6:213 lid 1 BW. Het tweede lid van dit artikel leert, dat de wettelijke bepalingen betreffende overeenkomsten op meerpartijenovereenkomsten ‘niet toepasselijk [zijn], voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet’. Als gevolg van zijn bewoordingen maakt dit artikellid een voor het meerpartijencontract negatieve indruk (‘niet toepasselijk’). Die indruk is misleidend. Art. 6:213 lid 2 BW dient te worden gelezen en verstaan in combinatie met art. 6:213 lid 1 BW, dat de overeenkomst definieert als ‘een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan’. Onder deze begripsomschrijving vallen ook meerpartijenovereenkomsten; als de wetgever het anders had bedoeld, had hij van ‘tweezijdige rechtshandeling’ kunnen (en moeten) spreken.⁹ Aldus bezien zijn de artikelen van het overeenkomstenrecht – rechtstreeks – ook voor meerpartijen-

die Keure 2013, p. 52-53. Meer uitvoerig een afstudeerscriptie, die ik op het wereldwijde web aantrof: C. Prenger, *Wilsgebreken bij meerpartijenovereenkomsten*, UvA 2011 (www.dare.uva.nl/document/218211). Toegespitst op het derdenbeding o.a. H.C.F. Schoordijk, *Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1958, p. 146 e.v.; A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 6-III, Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014/576.

7 J. Eggens, ‘Drie-partijen-ruil’, *WPNR* 1935/3403-3404, tevens opgenomen in zijn *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, Batavia, Noordhoff-Kolff 1938, p. 310-317. Een aanzienlijk deel van Eggens’ opstel gaat trouwens over het ‘overdrachtsrecht’ en is daarmee van fiscale aard.

8 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/7-11.

9 Art. 6:213 lid 2 BW biedt aan deze interpretatie nader steun.

overeenkomsten bedoeld, en bevat het tweede lid niet meer dan een veiligheidsklep voor situaties waarin deze ruime opzet te ambitieus blijkt te zijn. Wat het dwalingsartikel betreft kan zodoende tot uitgangspunt worden genomen dat dit ook meerpartijenovereenkomsten regeert, tenzij de aard van de (concrete) overeenkomst aan toepassing in de weg staat. Ook de minister acht de dwalingsregeling van art. 6:228 BW 'in beginsel op alle meerzijdige rechtshandelingen van toepassing'.¹⁰

3 ONTBINDING; ART. 6:279 BW

Aan de mogelijkheid een meerpartijenovereenkomst te vernietigen wegens een wilsgebrek besteedt de wetgever geen bijzondere aandacht. Opvallenderwijs gaat de wet wél in op de mogelijkheid een meerpartijenovereenkomst te *ontbinden* wegens een tekortkoming (art. 6:279 BW). Aangezien vernietiging en ontbinding verwante rechtsfiguren zijn,¹¹ rijst de vraag of de voor ontbinding gegeven regels wellicht ook voor vernietigingsvragen houvast bieden.

Het artikel luidt als volgt.

'Art. 279 BW

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, voor zover 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 rechten en verplichtingen zelf tekort in de nakoming van haar verbintenis, dan kunnen in ieder geval de overige partijen gezamenlijk de overeenkomst ontbinden.'

Het eerste lid maakt aanstonds duidelijk dat het artikel is opgenomen in verband met de specifieke reikwijdte van de ontbindingsregeling. Ontbinding is niet bij alle obligatoire overeenkomsten mogelijk, maar alleen bij *wederkerige*, waarbij elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar ver-

10 MvA II, in: *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 3, Deventer: Kluwer 1981, p. 222.

11 Nader A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Mon. BW A10, Deventer: Kluwer 2003.

bindt (art. 6:261 lid 1 BW).¹² De in de woorden ‘beide partijen’ besloten liggende beperking tot tweepartijenrelaties wordt door art. 6:279 lid 1 BW gerelativeerd: ook overeenkomsten tussen méér dan twee partijen komen voor ontbinding in aanmerking. Deze verbreding neemt niet weg, dat meerpartijenovereenkomsten waarbij de rechten en plichten over meerdere hoofden zijn verspreid, een probleem (blijven) opleveren in het licht van de constatering dat de wet de ontbinding structureel aan wederkerigheid koppelt. Het is dit laatste probleem, dat in het tweede en derde lid van het artikel (gedeeltelijk) van een oplossing wordt voorzien.¹³

Al met al is art. 6:279 BW dermate op de eis van wederkerigheid – en de wens die niet te strikt door te voeren – georiënteerd, dat het artikel ons weinig te zeggen heeft op terreinen die, zoals dat van de wilsgebreken, van meet af aan al niet met dat vereiste zijn behept. De potentiële gedachte dat art. 6:279 BW analogisch op vernietigbaarheden zou kunnen worden toegepast, snijdt systematisch geen hout. Hooguit kan men in een meer algemene zin inspiratie aan het artikel ontleen: het laat zien dat men in geval van meerpartijenovereenkomsten (enigszins) soepel mag omgaan met het wettelijke instrumentarium, dat door de wetgever meestal niet op zijn bruikbaarheid voor die contracten is doorgerekend.

4 MEERPARTIJOVEREENKOMSTEN

De meerpartijenovereenkomsten vormen een zeer gevarieerd, lastig in kaart te brengen, rechtsterrein. Wat de typologie betreft beperk ik mij tot enige algemene observaties, die voortbouwen op hetgeen door Dirix in diens preadvies is opgetekend.¹⁴

In de eerste plaats bestaan er vele meerpartijencontracten die qua type *tweepartijenovereenkomsten* zijn. Het gaat hier om contracten die analytisch gezien slechts twee partijposities kennen, maar waarbij een (of beide) van deze posities in het concrete geval door twee of meer personen wordt (worden) ingenomen. Een voorbeeld is de door twee kopers gesloten koop, waarbij de verkoper aan beiden moet leveren en beiden tot prijsbetaling zijn gehouden. Bij dit type meerpartijenovereenkomst doet zich een pluraliteit van schuldenaren en/of een pluraliteit van schuldeisers voor, waaraan de wet aandacht besteedt in art. 6:6 e.v. BW.

12 Art. 6:261 lid 2 BW bevat een schakelbepaling voor ‘andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties’, en breidt daarmee het werkkerrein enigszins uit.

13 Bij het opstellen van art. 6:279 BW heeft de wetgever vooral gedacht aan het aanvaarde derdenbeding, dat in het licht van art. 6:254 BW een meerpartijenovereenkomst oplevert; TM en MvA II, in: *Parl. Gesch. NBW*, Boek 6, 1981, p. 1044-1050.

14 Dirix, *TPR* 1983, p. 763-769. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/536-540.

Aan de andere kant van het spectrum staan de meerpartijencontracten die typologisch juist als *veelpartijenovereenkomsten* kunnen worden gekwalificeerd. Dit zijn overeenkomsten die weliswaar tussen twee of drie partijen kunnen bestaan, maar naar hun aard geschikt zijn om vele partijen te accommoderen. Men denke aan allerlei contractuele samenwerkingsvormen,¹⁵ zoals de maatschap.¹⁶

Min of meer tussen deze beide polen in ligt een bonte groep contracten waarin de meest eigen-aardige meerpartijenovereenkomsten samenkomen: overeenkomsten die naar hun aard meer dan twee, maar niet véél meer dan twee partijen kennen. Typologisch zou men deze, met een wat schurende term, als *weinigpartijenovereenkomsten* kunnen aanduiden.¹⁷ Binnen deze groep vallen ‘asymmetrische’ en ‘symmetrische’ contracten te onderscheiden,¹⁸ al naar gelang van de vraag of, kort gezegd, de rechten en plichten onregelmatig of veeleer regelmatig over de contractspartijen zijn verdeeld. Standaardvoorbeeld van een asymmetrische meerpartijenovereenkomst is het aanvaarde derdenbeding, welke figuur de wetgever tot het opnemen van art. 6:279 BW heeft geïnspireerd.¹⁹ Het prototype van een *symmetrische* contractuele relatie met meer dan twee partijen is de driepartijenruil (‘driehoeksruil’). Het is deze laatste figuur, waarop ik in het vervolg van dit opstel het vizier wil richten. Is dit type overeenkomst vatbaar voor vernietiging wegens een wilsgebrek en, zo ja, welke bijzonderheden doen zich voor?²⁰

5 DRIEHOEKSRUIL

De driehoeksruil is een ‘echte’, intrigerende, meerpartijenovereenkomst.²¹ Een voorbeeld. A, B en C, wonende in verschillende delen van het land, willen

15 De vernietiging van een samenwerkingsovereenkomst op grond van een wilsgebrek is in de rechtspraak niet onbekend; zie bijv. Hof Amsterdam 25 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1851 (Projectontwikkeling). Vgl. HR 15 april 1977, NJ 1978/163 (*Staalcom/Neher*; toetreding tot samenwerkingsverband) en de noot van J.M.M. Maeijer daarbij.

16 Art. 7A:1655 e.v. BW. Meer voorbeelden noemt Dirix, *TPR* 1983, p. 766-768.

17 De aanduiding ‘weinig’ wordt hier gebruikt in tegenstelling tot enerzijds ‘twee’ en anderzijds ‘veel’, en heeft daarmee de – atypische – betekenis van ‘drie of wat meer’.

18 Het beeld van de (a)symmetrie komt naar voren in de TM, in: *Parl. Gesch. NBW*, Boek 6, 1981, p. 1044-1047; Dirix, *TPR* 1983, p. 763 e.v. Meestal lijkt de kwalificatie ‘symmetrisch’ beperkt te worden gehouden tot gevallen waarin typologisch slechts twee partijposities bestaan. Ik zou de term wat ruimer willen nemen en er ook gevallen onder willen vatten waarin – zoals bij de driehoeksruil – drie (of meer) partijposities bestaan die ruwweg evenwichtig uit rechten en plichten zijn samengesteld. In vergelijkbare zin J.G.A. Linssen, ‘Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht’, *NJB* 1995, p. 1266.

19 Zie par. 3.

20 Vgl. TM, in: *Parl. Gesch. NBW*, Boek 6, 1981, p. 838.

21 Zie over dit overeenkomststype, naast het hierboven genoemde opstel van Eggens: H.C.F. Schoordijk, *diss.*, 1958, p. 61-63; Dirix, *TPR* 1983, p. 765 (met als voorbeeld een driepartijenpostzegelruil); Schoordijk 1979, p. 554-556.

naar elders verhuizen. Zij sluiten gedrieën één overeenkomst, die twee kern-elementen bevat. Het eerste element is, dat A zijn huis zal leveren aan B, B zijn huis zal leveren aan C, en C zijn huis zal leveren aan A. Het tweede element ziet op de tegenprestatie. A's huis is getaxeerd op € 150.000, B's huis op € 200.000 en C's huis op € 250.000. Partijen spreken af de waardeverschillen recht te trekken, en wel aldus, dat A (die het goedkoopste huis inlevert en het duurste huis ontvangt) € 50.000 zal bijbetalen aan B, en bovendien € 50.000 zal bijbetalen aan C.

De beschreven overeenkomst kan als een mengvorm van ruil (huis versus huis) en koop (huis versus geld) worden gekwalificeerd.²² Omdat het ruil-karakter het meest nadrukkelijk aanwezig is, zal ik de betiteling driehoeksruil aanhouden.

6 BEDROG

A is door C bedrogen. C's huis verzakt; hij heeft de groeiende scheuren door een betimmering aan het gezicht onttrokken en tegenover A juist de soliditeit van de bouw benadrukt. De taxatie heeft dit gebrek niet aan het licht gebracht. Als A had geweten hoe de vork in de steel stak, had hij de overeenkomst niet (op deze voorwaarden) gesloten. B was bij de contacten over C's huis op geen enkele wijze betrokken.

Art. 3:44 BW is op deze overeenkomst rechtstreeks van toepassing.²³ Dit artikel verlangt dat 'iemand' door opzettelijke misleiding een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt (lid 3). Art. 3:44 lid 3 BW wijkt hier af van het oude wetboek,²⁴ dat, in navolging van de Code civil,²⁵ eiste dat het bedrog 'door eene der partijen' was gebezigd. Deze woorden werden algemeen gelezen als 'door de wederpartij', maar lieten op zichzelf een ruimere opvatting toe.²⁶ Wat daarvan zij, naar huidig recht, waarin 'iemand' voldoende is, staat buiten kijf dat (ook) misleiding door medecontractant C bedrog oplevert in de zin der wet.

Bedrog maakt de overeenkomst vernietigbaar (art. 3:44 lid 1 BW). Kan A deze meerpartijenovereenkomst probleemloos vernietigen?²⁷ Uitgangspunt

22 Vgl. Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 7-I*, Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013/9. Op het ruilelement vinden de koopartikelen overeenkomstige toepassing (art. 7:50 BW).

23 Zie par. 2.

24 Art. 1364 BW (oud).

25 Art. 1116 Cc.

26 Daaromtrent Jac. Hijma, in: A.R. Bloembergen & W.M. Kleijn (red.), *Contractenrecht*, Deventer: Kluwer (losbladig), onderdeel II, nr. 1502.

27 Wat de formele kant betreft geldt, dat A zijn vernietigingsverklaring zowel tot B als tot C zal moeten richten (art. 3:50 lid 1 BW). Vgl., bij een ander overeenkomststype, Rb. Amsterdam 21 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW6445, *NJF* 2012/292.

moet zijn dat A's probleem, en daarmee in eerste instantie ook zijn vernietigingsbevoegdheid, beperkt is tot zijn eigen deelname. Nu A de door hem ontvangen woning zal moeten teruggeven aan C en hij de door hem afgestane woning zal moeten terugkrijgen van B, terwijl hij bovendien zijn bijbetalingen zal moeten terugontvangen, is het zonneklaar dat in casu de contractuele componenten onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.²⁸ Als A vernietigt, zal hij dus de gehele overeenkomst vernietigen; alle huizen en geldsommen dienen te worden teruggegeven.²⁹ Ten opzichte van C (bedrieger) is een en ander zonder twijfel gerechtvaardigd. Jegens B liggen de kaarten anders. Hij heeft aan het bedrog part noch deel, en ziet niettemin zijn nieuwe woning aan zich ontvallen (en zijn oude woning terugkeren).³⁰

7 VERVOLG; MEDEPARTIJ ONWETEND

Nu bevat het wilsgebrekartikel een vijfde (en laatste) lid, dat als volgt luidt.

Art. 3:44 lid 5 BW

'Indien een verklaring is tot stand gekomen door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden van de zijde van iemand die geen partij bij de rechtshandeling is, kan op dit gebrek geen beroep worden gedaan jegens een wederpartij die geen reden had het bestaan ervan te veronderstellen.'

Is deze bepaling in dit geval (ten gunste van B) van toepassing? Naar de tekst genomen niet: het bedrog is verricht door contractant C en dus niet door 'iemand die geen partij bij de rechtshandeling is'. Naar de geest genomen echter kan men twijfelen. De geciteerde bepaling berust op de gedachte dat de contractspartij die geen reden had om onregelmatigheden bij de wilsvorming te veronderstellen, aanspraak heeft op bescherming in dat vertrouwen. In de Toelichting schrijft Meijers:³¹

28 Vgl. art. 3:41 BW (partiële nietigheid).

29 Zulks op de grondslag van art. 6:203 e.v. BW (onverschuldigde betaling); de vernietiging werkt immers terug tot het tijdstip waarop de overeenkomst werd gesloten (art. 3:53 lid 1 BW). Volledigheidshalve zij art. 3:53 lid 2 BW gereleveerd, dat aangeeft dat de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking kan ontzeggen. In dit soort situaties is van die bepaling weinig heil te verwachten. Zij ziet op belemmeringen van incidentele aard, en is bedoeld noch geschikt om principiële juridische kwesties – zoals hier aan de orde – op te lossen. Vgl. Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 203-211. Bovendien is niet denkbaar hoe langs deze weg B zou kunnen worden ontzien, nu sprake is van een carrousel, waarvan niet één deel onaangeroerd kan blijven.

30 Als ook B bedrieglijk heeft gehandeld, kan A de overeenkomst stellig vernietigen. Art. 3:44 BW is toepasselijk (par. 2), aan de eisen van het artikel is voldaan, en lid 5 (waarover par. 7) is in dat geval buiten de orde. Evenzo Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/537.

31 TM, in: *Parl. Gesch. NBW*, Boek 3, 1981, p. 211.

‘Evenals de wederpartij beschermd wordt, die niet kon weten, dat de contractant geheel geen wil had om het contract te sluiten, wordt hij ook beschermd, wanneer hij niet weten kon, dat die wil een gebrekkige was.’

Het is interessant te constateren dat naderhand, in de laatste fase van de vaststellingswetgeving, juist met het oog op wilsgebreken bij een meerpartijenovereenkomst een verduidelijking in het vijfde lid is aangebracht. Deze ingreep, die de vigerende wettekst heeft opgeleverd, is door de minister als volgt toegelicht:³²

‘De redactie van het vijfde lid is enigszins gewijzigd met het oog op het geval dat de verklaring die door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen, was gericht op het tot stand brengen van een rechtshandeling tussen meer dan twee partijen. Men denke bijvoorbeeld aan de verdeling van een gemeenschap met meer dan twee deelgenoten. De onderhavige bepaling dient slechts dan van toepassing te zijn, wanneer de bedreiging, het bedrog of het misbruik van omstandigheden van de zijde van een ander dan deze partijen is tot stand gekomen. In de nieuwe redactie komt dit duidelijker uit’.

Kortom: een onwetende contractspartij wordt alleen tegen een beroep op bedrog beschermd, wanneer de misleiding daadwerkelijk *van buiten* is gekomen.³³ Dit door de wetgever ingenomen standpunt valt m.i. te onderschrijven, ook met betrekking tot een driehoeksruil. Waar tussen A (het slachtoffer, dat vernietiging wil) en B (de onwetende medepartij, die het contract wenst te behouden) moet worden gekozen, heeft A – en daarmee vernietigbaarheid – de beste papieren. Voor deze uitkomst pleit allereerst het (zowel in algemene zin als voor betrokkene) ernstige karakter van bedrog, met in het verlengde daarvan de gedachte dat bedrogslachtoffers een robuuste bescherming verdienen. Toegespitst op B past vervolgens de observatie dat hij weliswaar het bedrog kende noch behoorde te kennen, maar toch in zoverre iets met het probleem van doen heeft, dat hij met de beide anderen in een driepartijenrelatie is gestapt en zich in zoverre ook met de bedrieger heeft gecompromitteerd.³⁴ In dit licht is het geen onduidelijke hardheid om aan B de overeenkomst te ontnemen, terwijl hij haar had kunnen behouden (ex lid 5) indien het bedrog van een buitenstaander was uitgegaan.

In de marge teken ik aan dat de bedrogene, ingeval hij ondanks alles aan zijn nieuwe woning mocht zijn gehecht, ervoor kan kiezen het contract in stand

32 NvW, in: *Parl. Gesch. NBW*, Boek 3, 1981, p. 214.

33 Met de verkorte aanduiding ‘onwetend’ doel ik op iemand die het (wils)gebrek niet kent en het evenmin behoeft te kennen (vgl. art. 3:11 BW). In de (o.a. in het opschrift van deze paragraaf gebruikte) samenstelling ‘onwetende medepartij’ verwijst het woord ‘medepartij’ naar de andere wederpartij dan de bedrieger.

34 Vgl. art. II.-7:208 DCFR, dat bedrog (c.a.) door ‘a third person [...] who with a party’s assent is involved in the making of a contract’ toerekent aan de bedoelde partij.

te laten en vergoeding van zijn schade te bewerkstelligen langs de weg van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).³⁵ Het opzettelijk misleiden van een ander is vrijwel per definitie in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer jegens die ander betaamt.³⁶

8 BEDREIGING

De situatie bij bedreiging (art. 3:44 lid 2 BW) loopt met die bij bedrog in de pas. Bedreiging door 'iemand' is voldoende, en een onwetende medepartij wordt niet beschermd als de bedreiging van een van de contractanten is uitgegaan (art. 3:44 lid 5 BW).³⁷

9 MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN; AANPASSING

Het vorenstaande geldt eveneens bij misbruik van omstandigheden (art. 3:44 leden 4 en 5 BW). Te dien aanzien bevat de wet evenwel een bijzonderheid: op verlangen van een der partijen kan de rechter, in plaats van een vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van het nadeel wijzigen (art. 3:54 lid 2 BW).³⁸

Aldus kan een partij op prijsaanpassing aansturen, met instandhouding van de verdere overeenkomst.³⁹ Zeker bij een meerpartijenovereenkomst biedt deze weg vergezichten. Als het misbruik in een financieel nadeel heeft geresulteerd, zal de rechter door een herwaardering van de bijbetalingsplicht het nadeel van het slachtoffer kunnen wegnemen en zodoende de driehoeksruil kunnen sauveren.

In gevallen waarin duidelijk is dat het slachtoffer zonder het misbruik van omstandigheden het contract in het geheel niet zou hebben gesloten, brengt art. 3:54 lid 2 BW geen baat. Het nadeel is dan alomvattend, en kan niet door een financiële correctie worden opgeheven.⁴⁰ Wanneer op dit punt twijfel resteert, zou ik menen dat – als de medepartij het misbruik kende noch behoorde te kennen – de rechter het voordeel van die twijfel aan de medepartij mag

35 HR 18 september 1992, NJ 1992/747 (*Keizer/Van Andel*); zie tevens A-G Timmerman, conclusie voor HR 18 november 2011, RvdW 2011/1422, ECLI:NL:PHR:2011:BS1706, sub 4.22. De benadeelde zal niet zelden ook – met verlating van het bedrogkader – op grond van art. 6:74 BW (wanprestatie) schadevergoeding kunnen vorderen.

36 Vgl. MvA II, in: *Parl. Gesch. NBW*, Boek 3, 1981, p. 213 ('in de regel').

37 Zie par. 7.

38 Art. 3:54 lid 1 BW bevat een – ook interessante – buitengerechtigde pendant.

39 Nader o.a. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/629-633, met verdere verwijzingen.

40 Zie voor 'alomvattend nadeel' tegenover 'localiseerbaar nadeel' Jac. Hijma, *diss.*, 1988, p. 184.

gunnen en dienvolgens tot een financiële bijschaving van het contract mag besluiten.⁴¹

10 AANPASSING BIJ BEDREIGING EN BEDROG

De wet beperkt de mogelijkheid van rechterlijke contractsaanpassing tot misbruik van omstandigheden (art. 3:54 lid 2 BW) en dwaling (art. 6:230 lid 2 BW).⁴² Degene die het slachtoffer is geworden van bedreiging of bedrog behoort, zo leert de wetsgeschiedenis, steeds vrij te zijn om zijn rechtsverhouding met de bedrieger of bedreiger te verbreken.⁴³ Ik ben door dit argument niet overtuigd. Het verschil met misbruik van omstandigheden is groot noch principieel, en het wettelijke vereiste van nadeelopheffing belichaamt een doeltreffende rem op onmatig rechterlijk enthousiasme. Met Schoordijk⁴⁴ zou ik menen dat het tweetal vermelde wetsbepalingen, en dan met name art. 3:54 lid 2 BW, zich leent voor analogische toepassing in situaties van bedreiging of bedrog.⁴⁵ Ook voor meerpartijenovereenkomsten – en de daarbij soms aanwezige onwetende medepartijen – biedt zulks perspectief. Als in de geschetste casus A's benadeling bijvoorbeeld € 30.000 belooft, kan dit nadeel worden geëcarteerd door A's betalingsplicht aan C met dat bedrag te verlagen. Het contract blijft dan verder in stand.

11 Vernietiging, Aanpassing, Onwetendheid

Intussen vraag ik mij af hoe de geschetste 'kleinere' oplossing, waarbij de overeenkomst als zodanig overleeft, zich verhoudt tot de bescherming van de onwetende medepartij zoals vervat in art. 3:44 lid 5 BW. De wet geeft aan dat wanneer aan de eisen van lid 5 is voldaan, 'op dit gebrek geen beroep [kan] worden gedaan [...]'. Aldus bezien valt voor vernietiging en contractsaanpassing op hetzelfde moment het doek; voor beide immers is *bottleneck* dat het slachtoffer zich op het gebrek kan beroepen. Nu de wetgever specifiek aan de vernietigingsmogelijkheid zal hebben gedacht,⁴⁶ zou men het vijfde

41 Aldus zou hier een – verre – echo van art. 3:44 lid 5 BW (bescherming onwetende partij) opklinken; vgl. par. 7.

42 Over art. 6:230 lid 2 BW handelt par. 15.

43 Eindverslag I, in: *Parl. Gesch. NBW*, Boek 3, 1981, p. 240; MvA II, in: *Parl. Gesch. NBW*, Boek 6, 1981, p. 914.

44 H.C.F. Schoordijk, 'Enige aspecten van sancties op vernietigbare rechtshandelingen (artt. 3.2.17b en 3.2.17c N.B.W.)', *WPNR* 1985/5737, p. 307; H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 183.

45 Nader Jac. Hijma, *diss.*, 1988, p. 188-191.

46 Bedacht zij dat bij bedreiging en bedrog vernietiging, in de ogen van de wetgever, de enige sanctie is (par. 10).

lid echter ook – naar zijn strekking – aldus kunnen opvatten, dat de *vernietigbaarheid* niet tegen een onwetende medepartij kan worden ingeroepen. In art. 3:54 lid 2 BW zal de tournure ‘in plaats van een vernietiging uit te spreken’ dan dienovereenkomstig vrij moeten worden geïnterpreteerd. Deze rekkelijke interpretatie heeft het voordeel, dat in gevallen waarin een onwetende medepartij figureert ruimte voor een financiële correctie blijft bestaan, met instandhouding van het verdere contract.

12 DWALING

Stel nu dat A bij het aangaan van de driehoeksruil in dwaling heeft verkeerd. C, wiens perceel A heeft verkregen, heeft verzuimd hem deelgenoot te maken van zijn vermoeden dat de tuin achter de woning (als gevolg van activiteiten van C's rechtsvoorganger) met zware metalen is verontreinigd. A wil het contract vernietigen op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW (schending mededelingsplicht). Zal hij daarin slagen?

Bij dwaling ligt de situatie anders dan bij de overige drie – ‘zwaardere’ – wilsgebreken. De dwaling moet zijn te wijten aan een inlichting van de wederpartij (lid 1 sub a) of aan de schending door de wederpartij van een mededelingsplicht (lid 1 sub b), dan wel de wederpartij moet van dezelfde onjuiste veronderstelling zijn uitgegaan (lid 1 sub c). Anders dan bij bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden, komt de (rol van de) *wederpartij* hier dus al ter sprake *binnen* de vraag of aan de voor een vernietiging geldende eisen is voldaan.⁴⁷ Dit verschil weerspiegelt de voorzichtigheid waarmee de wetgever de dwaling heeft benaderd. Hij heeft haar regeling ondergebracht bij de (obligatoire) *overeenkomst*, waar structureel een wederpartij aanwezig is aan wier doen en laten kan worden gerefereerd. Samengevat komt het stelsel erop neer, dat de wederpartij de dwaling moet hebben bevorderd (lid 1 sub a-b) of gedeeld (lid sub c).

De wetgever heeft hierbij de standaardsituatie, met één wederpartij, voor ogen gehad. Hoe te oordelen bij een meerpartijenovereenkomst? Twee redeneringen dienen zich aan, die cirkelen rond het lidwoord ‘de’ in het zinsdeel ‘de wederpartij’. In de eerste plaats kan men betogen dat het wederpartijvereiste de – negatieve – betekenis heeft van ‘niet door een buitenstaander’, zodat aan deze toets is voldaan als één van de contractanten de dwaling heeft bevorderd of gedeeld. In de tweede plaats echter kan men het aldus zien, dat de woorden ‘de wederpartij’ – positief – behelzen dat de wetgever een vernietiging slechts gerechtvaardigd acht jegens een partij die *zelf*, doordat hij de dwaling heeft bevorderd of gedeeld, bij die dwaling is betrokken. In de eerste lezing kan de dwaling ook jegens een onwetende medepartij worden ingeroe-

⁴⁷ Vgl. par. 6 e.v. (‘iemand’).

pen, in de tweede lezing niet. Zodoende is de vernietigbaarheid van de (gehele) overeenkomst in het geding.

Teneinde tussen deze twee benaderingswijzen te kunnen kiezen, dienen wij te onderzoeken welke rol de wederpartij precies speelt binnen de dwalingsregeling.

13 VERVOLG; POSITIE WEDERPARTIJ

Art. 6:228 BW is niet alleen anders geformuleerd en opgebouwd dan zijn voorganger (art. 1358 BW (oud)),⁴⁸ maar ook anders onderheid. Naar het oude wetboek had de dwaling, evenals bedreiging en bedrog, het karakter van een wilsgebrek (*vice du consentement*). In die benadering is het de smet aan het wilsvormingsproces, die de vernietiging rechtvaardigt. Deze lijn is zichtbaar in art. 3:44 BW, dat ten aanzien van de veroorzakende persoon geen bijzonderheden aandraagt ('iemand'). Met betrekking tot de dwaling echter zijn in de nieuwe wet de bakens verzet. Art. 6:228 lid 1 sub a en b BW vinden hun grond in het feit dat de wederpartij de dwaling *zelf* heeft bevorderd, zodat de overeenkomst haar mag worden ontnomen. Deze ontwikkeling werd reeds in 1922 door Meijers verwoord:⁴⁹

'Zoo blijken grondslag voor een vordering wegens dwaling omtrent de zelfstandigheid der zaak op te leveren: onjuiste opgaven, niet-naleving van een mededeelingsplicht en het ontbreken van die eigenschappen, die men op grond van het aanbod als normaal had mogen verwachten. Aldus is in de theorie der dwaling het zwaartepunt bezig zich te verplaatsen; niet op een bescherming, die een partij, die zich grovelijk vergist, noodig heeft, maar op een tekortkoming der wederpartij – men behoeft daarbij nog niet altijd aan wanpraestatie te denken – valt meer en meer de nadruk.'

Ook andere schrijvers, met name Van Oven,⁵⁰ De Grooth⁵¹ en Van Dunné,⁵² hebben betoogd dat de vernietigbaarheid een sanctie vormt op foutief gedrag van de wederpartij.

Van deze omslag in het dwalingsdenken zijn de eerste twee rubrieken van art. 6:228 lid 1 BW het resultaat. De Toelichting-Meijers draagt, toegesneden

48 Art. 1358 BW (oud) is ontleend aan art. 1110 Code civil.

49 E.M. Meijers, 'Opmerkingen omtrent het leerstuk der dwaling', *WPNR* 1922/2749-2752, sub IX; tevens opgenomen in E.M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, Deel III*, Leiden: Universitaire Pers 1955, p. 106-130 (citaat p. 122).

50 J.C. van Oven, 'Wilsgebreken, goede trouw en oorzaak', *WPNR* 1932/3240-3243; J.C. van Oven, 'Het dwalingsarrest van 19 juni 1959 (De Kantharos van Stevensweert)', *NJB* 1959, p. 637-644.

51 G. de Grooth, *De invloed van dwaling op rechtshandelingen*, preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen, Den Haag: Belinfante-Schinkel 1948, p. 58-84.

52 J.M. van Dunné, 'De heroriëntatie bij dwaling', *WPNR* 1968/4978-4981.

op door de wederpartij aangedragen inlichtingen, de volgende argumentatie aan:⁵³

‘Het is immers redelijk dat een partij die bij de onderhandelingen over het aangaan van een overeenkomst door haar onjuiste inlichtingen een dwaling bij haar wederpartij opwekt zonder welke deze niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gecontracteerd, in beginsel het risico draagt dat de aldus in dwaling gebrachte de op deze wijze tot stand gekomen overeenkomst vernietigt.’

Vergelijking met het Engelse recht biedt nadere steun:⁵⁴

‘Van dit redelijk standpunt gaat het Engelse leerstuk van de “misrepresentation” uit, en de aan die leer ten grondslag liggende gedachte is in de Nederlandse rechtspraak in een groot aantal “dwalingsgevallen” redengevend geweest voor het nietig verklaren van overeenkomsten wegens “dwaling in de zelfstandigheid van de zaak”.’

Voor situaties waarin de wederpartij een inlichting verschaft of een spreekplicht schond – kortom: voor het leeuwendeel van de dwalingscasus – is daarmee de wilsgebrekgedachte op de achtergrond geraakt. Alleen in art. 6:228 lid 1 sub c BW staat de ontspoorde wil van de dwalende nog centraal, maar ook daar verschijnt meteen de wederpartij ten tonele: zij moet van dezelfde dwaling zijn uitgegaan, hetgeen wil zeggen dat de verkeerde veronderstelling ook aan haar zijde een rol moet hebben gespeeld bij de totstandkoming van de overeenkomst.⁵⁵

Wanneer één wederpartij (C) de dwaling (van A) bevordert of deelt, kan het zich uiteraard voordoen dat de andere wederpartij (B) begrijpt of moet begrijpen dat A de overeenkomst onder invloed van dwaling dreigt aan te gaan. In deze situatie zal B behoren te voorkomen dat A de overeenkomst in dwaling tot stand brengt; zijn stilzwijgen levert een spreekplichtschending op.⁵⁶ Dan zijn A’s medecontractanten *beiden* bij de dwaling betrokken in de

53 TM, in: *Parl. Gesch. NBW*, Boek 6, 1981, p. 902.

54 TM, t.a.p. Nader over *misrepresentation* en *mistake* H.G. Beale, in: H.G. Beale (Gen. Ed.), *Chitty on Contracts*, Volume I, London: Sweet & Maxwell 2012, Chapters 5-6; J. Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, London: Sweet & Maxwell 2012; W.J. Zwalve, *C. Æ. Uniken Venema’s Common Law & Civil Law*, Den Haag: Boom 2008, p. 564-578.

55 MvA II, in: *Parl. Gesch. NBW*, Boek 6, 1981, p. 910.

56 Vgl. HR 7 december 1984, NJ 1985/771 m.nt. C.J.H. Brunner (Türk/Van den Berg). Het arrest betreft een huurovername (driepartijenovereenkomst), waarbij de nieuwe huurder niet wist dat het pand spoedig zou worden onteigend en gesloopt. Voor de verhuurder werd geen spreekplicht aangenomen, omdat de huurder zelf op de hoogte had moeten zijn en ook de afgaande huurder hem op de hoogte had kunnen brengen. Ik kan mij beter vinden in de visie van annotator Brunner: de verhuurder had wél een spreekplicht, nu hij geen goede grond had aan te nemen dat de nieuwe huurder (door de oude) was ingelicht.

zin van art. 6:228 lid 1 BW, zodat over de volle breedte aan de voor vernietiging geldende vereisten is voldaan.⁵⁷

De kwestie komt op scherp te staan wanneer bij één van de beide andere contractspartijen géén betrokkenheid bij de onjuiste veronderstelling aanwijsbaar is.

14 VERVOLG; MEDEPARTIJ ONWETEND

De principiële plaats die de wet bij dwaling aan het doen en laten van de wederpartij toebedeelt heeft als consequentie, dat bij een driehoeksruil waarbij de ene wederpartij de dwaling heeft bevorderd of gedeeld, terwijl de andere wederpartij volledig daarbuiten is gebleven, er materieel slechts ‘half’ aan de wettelijke eisen is voldaan, zodat een beroep op dwaling ook slechts ‘half’ is gerechtvaardigd. Voor vernietiging is zo’n halve eisenvervulling, met een halve niet-vervulling als complement, ontoereikend. Er rest de dwalende weinig anders dan schadevergoeding te zoeken bij degene die hem op het verkeerde been heeft gezet.⁵⁸

Hier treedt een verschil aan het licht met bedrog (c.a.), waar betrokkenheid van de wederpartij juist niet de status van vereiste heeft.⁵⁹ Dit verschil oogt ongemakkelijk. De vraag dringt zich op, of de wederpartij-eis bij dwaling wel zo zwaar moet worden doorgevoerd. Een flexibeler benadering lijkt mogelijk. De sleutel ligt in de ratio van het besproken vereiste, die aldus kan worden verwoord dat niet-betrokken wederpartijen bescherming verdienen tegen het verlies van een overeenkomst die door hen (vermoedelijk) positief wordt gewaardeerd.

Dwaling is niet, zoals bedrog, een kwalijke praktijk waartegen het recht moet optreden. Dwaling is op zichzelf ‘slechts’ een misslag bij het contracteren. De wettelijke vereisten vormen een schild ten behoeve van anderen, die aan de handeling hechten. Ter bescherming van die anderen (in casu: van de onwetende medepartij) is het niet noodzakelijk om de zware vorm van een *vereiste voor vernietiging* te kiezen. De – lichtere – vorm van een *correctie* volstaat. In deze benadering is ook wanneer slechts één wederpartij bij de dwaling is betrokken het contract in principe vernietigbaar, met dien verstande dat deze vernietigbaarheid niet kan worden ingeroepen tegen een medepartij die geen reden had het bestaan van de dwaling te veronderstellen. Aldus komt men in wezen uit bij een (zeer) analogische toepassing van art. 3:44 lid 5 BW. Deze analogie kent meerdere lagen: niet alleen dient de stap van bedrog c.a.

57 Over de toepasselijkheid van art. 6:228 BW op meerpartijenovereenkomsten par. 2.

58 Mogelijkheden daartoe bieden, onder omstandigheden, art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) en – in uitvoeringskader – art. 6:74 BW (wanprestatie).

59 Zie par. 6. Interessant is intussen, dat art. II.-7:208 DCFR (*Third persons*) één regeling treft voor dwaling en de overige wilsgebreken gezamenlijk.

naar dwaling te worden gezet, maar ook moet een 'persoonsverschil' worden overbrugd: lid 5 ziet op (wangedrag van) buitenstaanders, terwijl het hier om (betrokkenheid van) binnenstaanders gaat.

De keuze voor een *correctie* (in plaats van een vereiste) heeft als voordeel, dat zij de alternatieve oplossing van rechterlijke contractaanpassing ter tafel brengt.

15 AANPASSING BIJ DWALING

Bij dwaling kan de rechter, op verlangen van een van de partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van het nadeel wijzigen (art. 6:230 lid 2 BW).⁶⁰ Toepassing van deze bepaling veronderstelt dat aan de eisen van art. 6:228 BW is voldaan ('in plaats van de vernietiging uit te spreken'). Neemt men – bij een meerpartijenovereenkomst – betrokkenheid van de (alle) wederpartijen als een vereiste, dan zal de aanwezigheid van een onwetende medepartij niet alleen vernietiging, maar tegelijk contractaanpassing blokkeren. Kiest men bij niet-betrokken medepartijen voor de vorm van een correctie, dan is aan de dwalingseisen voldaan, zodat de mogelijkheid tot aanpassing wél bestaat. Dit laatste is winst. De optie van een rechterlijke bijschaving is juist ook bij de meerpartijenovereenkomst interessant; niet zelden zal door een aanpassing van de prijs het contract kunnen worden gesauveerd.

16 BESLUIT

Ik rond af met een ordenende samenvatting.

Wanneer zich met betrekking tot een driepartijenruil een wilsgebrek (aan de zijde van één partij) voordoet, kunnen de navolgende mogelijkheden worden onderscheiden.⁶¹

1. De invloed ging uit van *beide wederpartijen*. Bedrog: de overeenkomst is zonder meer vernietigbaar (par. 6). Dwaling: de overeenkomst is zonder meer vernietigbaar (par. 13).
2. De invloed ging uit van *één wederpartij*. Bedrog: de overeenkomst is zonder meer vernietigbaar (par. 7). Dwaling: de overeenkomst is in principe

⁶⁰ Vgl. par. 9-10.

⁶¹ In deze samenvatting veroorloof ik mij enkele verkortingen. Waar ik van bedrog spreek, heb ik tegelijk bedreiging en misbruik van omstandigheden op het oog. Ter overkoepeling hanteer ik het woord 'invloed', hoewel dat bij dwaling niet steeds zuiver is. Te goeder trouw is degene die hierboven veelal 'onwetend' werd genoemd: hij die het gebrek kent noch behoort te kennen (art. 3:11 BW).

vernietigbaar, maar de vernietigbaarheid kan niet worden ingeroepen tegen een medepartij te goeder trouw (par. 14).

3. De invloed ging uit van een *buitenstaander* (niet-partij). Bedrog: de overeenkomst is in principe vernietigbaar, maar de vernietigbaarheid kan niet worden ingeroepen tegen een medepartij te goeder trouw (par. 7). Dwaling: de overeenkomst is niet vernietigbaar (par. 14).

Wanneer aan de voor vernietiging geldende vereisten is voldaan, zal geregeld een rechterlijke aanpassing van de overeenkomst, ter opheffing van het door bedrogene of dwalende opgelopen nadeel, uitkomst kunnen bieden (par. 9-11, 15).

Aldus beschouwd bestaat een tredegewijze sanctionering, waarbij het bedrog als het ware één stap voorloopt op de dwaling:

- ‘vernietigbaarheid zonder meer’ geldt bij bedrog in de situaties (1) en (2), bij dwaling alleen in situatie (1);
- ‘vernietigbaarheid met correctie’ geldt bij bedrog in situatie (3), bij dwaling in situatie (2);
- bij bedrog bestaat steeds enigerlei vernietigbaarheid, bij dwaling is die in situatie (3) afwezig.

Deze tredeverschillen weerspiegelen de uiteenlopende wijzen waarop de wetgever (dit aspect van) de wilsgebreken heeft uitgewerkt, en accentueren – op de achtergrond daarvan – de ongelijke ernst van die gebreken.

8 | De maatschap als meerpartijenovereenkomst De aansprakelijkheid van de individuele maat nader beschouwd

J. Nijland [▪]

1 INLEIDING

In 2007¹ besprak ik in deze serie de mogelijkheid van samenloop tussen de in Boek 7 BW geregelde overeenkomst van opdracht en de voor de maatschap geldende regels met betrekking tot een door de maten van een maatschap aangegane opdracht in het kader van het inmiddels teruggetrokken wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (28 746).² Er is intussen niets veranderd en toch ook van alles. Enerzijds is de wettelijke regeling – grotendeels onveranderd sinds 1838 – nog steeds van toepassing, lijkt wijziging niet aanstonds door het intrekken van voornoemd wetsvoorstel en bestaan mijns inziens ook nog steeds onduidelijkheden met betrekking tot de positie van de maten in een maatschap.³ Anderzijds is met het arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2013 toch ook veel veranderd, althans is door de Hoge Raad een aantal belangrijke punten verduidelijkt omtrent de aansprakelijkheid van maten in een maatschap ingeval de maatschap een opdracht heeft aanvaard.⁴

▪ Mr. dr. J. Nijland is docent Notarieel recht, Ondernemingsrecht en International Business Law bij Moot Court en publiceert onder andere op het gebied van het ondernemingsrecht.

1 Zie J. Nijland, 'Opdracht en het Wetsvoorstel Personenvennootschappen; samenloop?', in: I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis, L. Reurich (red.), *Samenloop BW-Krant Jaarboek (BWKJ)*. Deventer: Kluwer 2007, p. 109-125. Onder andere voor wat betreft de algemene opmerkingen over de maatschapsregeling en de regeling van opdracht zal ik teruggrijpen op hetgeen ik in die bijdrage besprak.

2 Zie de brief van minister Opstelten van 5 september 2011 aan de Eerste Kamer met betrekking tot de intrekking van het Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (31 065) en het Wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (28 746).

3 Zie over het ingetrokken voorstel J. Nijland, 'Ontbeert de personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid een eigen persoonlijkheid? Too little, too late', in: *Signore Senatrice. Over recht, onderwijs en politiek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 69-80.

4 Zie HR 15 maart 2013, *RvdW* 2013/406 met conclusie Wesseling-van Gent, HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, *JOR* 2013/133.

In deze bijdrage zal ik in het licht van dit arrest ingaan op de positie van de maten ingeval door een maatschap, overeengekomen tussen meerdere partijen, een opdracht wordt aangenomen. Hoewel uit het genoemde arrest belangrijke overwegingen voor meerdere aspecten van opdrachtverlening aan een maatschap en de hieruit mogelijk vloeiende aansprakelijkheid te trekken zijn, wil ik hoofdzakelijk de mogelijk vergaande gevolgen van de door de Hoge Raad gehanteerde ruime uitleg van artikel 7:407 lid 2 BW bespreken. In het bijzonder onderzoek ik in hoeverre het karakter van de maatschap als meerpartijovereenkomst hier een rol speelt. Hiertoe bespreek ik in paragraaf 2 allereerst de verhouding tussen de maten van een maatschap zoals die bestaat op grond van de maatschapsovereenkomst, waarbij het bijzondere karakter doordat meerdere partijen samenwerken centraal staat. In paragraaf 3 wordt het uitgangspunt van de aansprakelijkheidsregeling van de maatschapsfiguur – in beginsel gebondenheid van alle samenwerkende partijen voor gelijke delen – besproken. Hierna komt in paragraaf 4 de vraag aan de orde in hoeverre de regeling van opdracht (met *hoofdelijke aansprakelijkheid* als uitgangspunt) de maatschapsverhoudingen op grond van de maatschapsovereenkomst en de wettelijke basisregeling voor aansprakelijkheid beïnvloedt – en mijns inziens zou mogen beïnvloeden – voor wat betreft de aansprakelijkheid van alle individuele maten. Ik sluit af met een conclusie in paragraaf 5.

2 DE MAATSCHAPSOVEREENKOMST ALS MEERPARTIJOVEREENKOMST: EEN BIJZONDERE, WEDERKERIGE OVEREENKOMST TUSSEN MEERDERE (RECHTS)PERSONEN MET EXTERNE WERKING

In deze paragraaf zal ik de maatschapsregeling kort uiteenzetten.⁵ De maatschapsovereenkomst is een bijzondere overeenkomst geregeld in de negende titel van Boek 7a waarbij de contractspartijen, de maten zich ertoe verbinden samen te werken.⁶ Deze maatschapsovereenkomst is een meerpartijovereenkomst indien deze door meerdere (rechts)personen wordt gevormd.⁷

Deze mogelijkheid de maatschap als meerpartijovereenkomst overeen te komen, komt tot uitdrukking in art. 7a:1655 BW:

5 Deze bijdrage behandelt slechts de maatschap in enge zin die in beginsel ziet op de samenwerking van beroepsbeoefenaren zoals advocaten, en dan met name op de openbare maatschap. De stille vennootschap en de vennootschap onder firma blijven buiten beschouwing.

6 De maatschapsregeling leek te worden aangepast met het eerder genoemde Wetsvoorstel titel 7.13 (personenvennootschap), maar nu dit voorstel is ingetrokken moet van de regeling in Boek 7A worden uitgegaan.

7 In de regeling wordt geen uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen een uit twee maten bestaande maatschap of een uit meer dan twee maten bestaande maatschap.

‘Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen (cursivering JN) zich verbinden (...).’

Deze maatschapsovereenkomst is dan echter wel een bijzondere meerpartijenovereenkomst. Anders dan de bewoordingen in artikel 6:213 lid 2 BW en artikel 6:279 BW met betrekking tot de meerpartijenovereenkomst in het algemeen, waar de wederkerigheid van de relevante verbintenissen en derhalve in beginsel de ruilverhouding tussen de partijen voorop lijkt te staan, is door de wetgever met betrekking tot de maatschapsovereenkomst meer nadruk op de samenwerking tussen de maten gelegd.

In art. 6:279 lid 2 BW wordt gesproken over een verbintenis ‘ter verkrijging van een daartegenover van een of meer der andere partijen bedongen prestatie...’, terwijl in 7A: 1655 BW twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen met het doel daaruit ontstaan voordeel ‘met elkander te delen’.

De maatschapsovereenkomst onderscheidt zich aldus ten opzichte van een reguliere meerpartijenovereenkomst waarbij partijen in beginsel een eigen en tegengesteld belang hebben, doordat de partijen bij een maatschapsovereenkomst, in casu de maten, in beginsel hetzelfde doel nastreven.⁸ Immers bij de in Boek 6 BW genoemde meerpartijenovereenkomsten lijkt het tegenstrijdige karakter vanwege de betrokken eigen belangen van de partijen te domineren, terwijl de maatschapsovereenkomst wordt gezien als een overeenkomst tot (wederkerige) *samenwerking*. Hierop zijn niet alleen de bepalingen van Boek 3 BW maar ook die van Boek 6 BW van toepassing.⁹ De constatering dat de bepalingen uit Boek 3 en Boek 6 BW van toepassing zijn,¹⁰ is van belang aangezien de verplichtingen die uit de overeenkomst van maatschap voor de maten voortvloeien – voor zover er in de wettelijke regeling van maatschap niets bijzonders wordt geregeld – aan de hand van deze bepalingen worden ingevuld.

Interessant is dat deze maatschap, deze overeenkomst, vervolgens overeenkomsten met derden kan ‘aangaan’.¹¹ De maatschap die met een maatschaps-

8 Zie ook Nijland 2007.

9 Zie A.L. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 9 e.v.

10 Deze toepasselijkheid geldt voor zover hiervan in de artikelen 7A:1655-1688 BW niet wordt afgeweken en het karakter van de maatschapsovereenkomst zich daartegen niet verzet.

11 Bij het sluiten van verbintenissen kan de maatschap worden vertegenwoordigd door alle maten gezamenlijk of door enkele afzonderlijke maten. Althans, in de huidige leer wordt de maatschap niet gezien als een apart rechtssubject. Niet de maatschap wordt vertegenwoordigd, maar de gezamenlijke maten in hun onderlinge band. Zie J.J.A. Hamers en L.P.W. van Vliet, *De personenvennootschappen naar titel 7.13 BW*, Den Haag: Reed Business Information 2005. Zie tevens J.M. Blanco Fernández in zijn noot onder HR 15 maart 2013, *JOR* 2013/133, m.nt. Blanco Fernández. De desbetreffende maat of maten dienen daartoe over een volmacht van de andere maten te beschikken. Deze volmacht kan op basis van de maatschapsovereenkomst, maar ook stilzwijgend zijn verleend. Handelt een maat bevoegd in

overeenkomst wordt beoogd, is een gemengde rechtsfiguur. Deze heeft enerzijds weliswaar geen rechtspersoonlijkheid, maar neemt anderzijds aldus wel deel aan het rechtsverkeer en heeft zoals op basis van jurisprudentie wordt aangenomen, een eigen, van de privévermogens van de maten afgescheiden, maatschapsvermogen.¹² Deze bijzonderheden kunnen aansprakelijkstelling van de individuele maten en/of de maatschap tot een complexe aangelegenheid maken, zeker wanneer de maten in de maatschap praktijkvennootschappen betreffen. Hoewel in het ingetrokken wetsvoorstel ‘de personenvennootschap’ (die in de plaats voor de maatschap zou komen) rechtspersoonlijkheid werd toegekend, lijkt de Hoge Raad in het arrest van 15 maart 2013, juist sterker de nadruk te leggen op het feit dat sprake is van een (meerpartijen)overeenkomst tussen (rechts)personen, dan dat sprake is van een aan het rechtsverkeer deelnemende zelfstandige entiteit. Ik kom hier hieronder in paragraaf 3 en 4 op terug.

3 AANSPRAKELIJKHEID VOOR GELIJKE DELEN ALS UITGANGSPUNT

Wanneer de openbare maatschap een overeenkomst heeft gesloten en een tekortkoming ten aanzien van de nakoming plaatsvindt, heeft de wederpartij van de maatschap verschillende verhaalsmogelijkheden.¹³ In de eerste plaats kan de wederpartij de maatschap en het maatschapsvermogen zelf aanspreken. Ten tweede kunnen de individuele maten op grond van art. 7A:1679-1680 BW worden aangesproken. Het betreft dan een verbondenheid voor gelijke delen. Deze gebondenheid voor gelijke delen voor de te verrichten prestatie van de individuele maten is het uitgangspunt in de maatschapsregeling conform artikel 6:6 lid 1 BW. De prestatie valt namelijk, zo stellen Hartkamp en Sieburgh,

‘naar de gebruikelijke opvatting, in geval van veelheid van subjecten uiteen in evenveel onafhankelijk van elkaar voortbestaande verbintenissen als er schuldeisers of schuldenaren zijn. Als regel zijn de delen gelijk.’¹⁴

naam van de maatschap met een derde, dan is sprake van vertegenwoordiging van de maatschap en ontstaat er een verbintenis met de maatschap. Indien een maat in eigen naam met een derde handelt, speelt het leerstuk van de vertegenwoordiging voor de maatschap geen rol. Op die rechtsverhouding zijn dan de algemene regels van het verbintenissenrecht van toepassing. Degene die als *maat* onbevoegd vertegenwoordigt, *bindt* echter zichzelf op grond van art. 7a:1681 BW, zodat *hijzelf* gehouden is de overeenkomst na te komen, hetgeen verder gaat dan het alleen instaan voor de volmacht.

12 Zie J.B. Huizink, *Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf*, Deventer: Kluwer 2011, p. 6.

13 Zie voor een helder overzicht K. Teuben, ‘Persoonlijke aansprakelijkheid leden advocatenmaatschap bij beroepsfout’, te raadplegen via de website <http://cassatieblog.nl/proces-en-beslagrecht/persoonlijke-aansprakelijkheid-leden-advocatenmaatschap-bij-beroepsfout/>.

14 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/92.

Overigens menen sommige auteurs dat de maat waarmee de derde de overeenkomst is aangegaan, hoofdelijk verbonden zou moeten blijven om deze derde te beschermen tegen de veelkoppige maatschap,¹⁵ maar mijns inziens is dat niet conform het uitgangspunt van de maatschap.

Artikel 6:6 BW ziet op een derde verhaalsmogelijkheid, namelijk persoonlijke aansprakelijkheid van de afzonderlijke individuele maten. De gebondenheid voor gelijke delen geldt namelijk in beginsel, en niet als op grond van artikel 6:6 lid 1 BW, uit de wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat de schuldenaren (in casu de maten) voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn. Wanneer het een ondeelbare prestatie betreft zijn de maten ex artikel 6:6 lid 2 BW hoofdelijk verbonden.

Persoonlijke aansprakelijkheid van de maten kan ontstaan op grond van een nadere overeenkomst met de derde, maar ook op grond van een wettelijke regeling. Zo kan een onrechtmatige daad of een overeenkomst van opdracht op grond van artikel 7:404 BW tot hoofdelijke aansprakelijkheid van één van de maten leiden. Met betrekking tot de verhouding tussen de artikelen 7A:1679-1680 BW en 7:404 BW, schreef ik in 2007 nog vol vertrouwen:¹⁶

‘Indien een maatschap een overeenkomst van opdracht aangaat, is de maatschap als geheel verbonden. Dit levert in beginsel een verbondenheid voor gelijke delen voor de maten op. Maar ten aanzien van de maat – met het oog op wie de overeenkomst is aangegaan – ontstaat tevens een hoofdelijke verbondenheid.’

De Hoge Raad benadrukt in het arrest van 15 maart 2013 zoals ik in de volgende paragraaf zal bespreken, echter dat de maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft, en neemt op grond van artikel 7:407 lid 2 BW hoofdelijke aansprakelijkheid van *alle maten* aan indien de maatschap een opdracht heeft aangenomen, ook zonder dat de maat persoonlijk is betrokken bij het aannemen of uitvoeren van de opdracht. Beslissend is de hoedanigheid van het zijn van maat ten tijde van het aannemen van de opdracht.¹⁷ Ik kom hier in de volgende paragraaf op terug.

4 ALLE MATEN HOOFDELIJK GEBONDEN AAN DE OVEREENKOMST VAN OPDRACHT?

In art. 7:407 lid 2 BW vinden we als uitzondering op de verbondenheid voor gelijke delen zoals bepaald in art. 6:6 lid 1 BW de volgende regel:

15 Zie A.L. Mohr (bewerkt door V.A.E.M. Meijers), *Van personenvennootschappen*, Kluwer: Deventer 2009, p. 124-125.

16 Zie Nijland 2007 p. 109-125.

17 Zie HR 15 maart 2013, *RvdW* 2013/406, r.o. 3.5.1.

‘indien twee of meer personen tezamen een opdracht hebben ontvangen, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming (...).’

De Hoge Raad lijkt in zijn arrest, zoals ook Teuben¹⁸ constateert, zonder meer aan te nemen dat ook opdrachten aanvaard door een maatschap onder het bepaalde in dit artikel vallen en maakt de gevolgtrekking dat in een dergelijk geval alle afzonderlijke maten in een maatschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor deze opdracht.¹⁹ Echter, de Hoge Raad miskent hiermee naar mijn mening dat de vennootschap ondanks het ontbreken van rechtspersoonlijkheid, deelneemt aan het rechtsverkeer.²⁰ Dit feit zou niet geheel genegeerd moeten worden bij het bepalen van de juridische betrekkingen tussen de afzonderlijke maten onderling, en ook niet bij het bepalen van de verhouding tussen de maten en het overige rechtsverkeer. Met Blanco Fernández meen ik het volgende:

‘Het probleem is dat in de voorstelling van de Hoge Raad de samenhang tussen vennoten en vennootschap zich oplost in de complete ontkenning van het eigen bestaan van de vennootschap. In deze voorstelling is het niet de vennootschap, maar zijn het de vennoten die in juridische zin aan het verkeer deelnemen.’²¹

Het karakter als (meerpartijen)overeenkomst prevaleert daarmee boven de gedachte dat de maatschap een op zichzelf staande entiteit is. De Hoge Raad lijkt een noodzakelijk verband te leggen tussen het ontberen van rechtspersoonlijkheid voor de maatschap en de aansprakelijkheid van de maten.²²

‘De maatschap heeft geen rechtspersoonlijkheid. Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap, zijn *daarom* de individuele maten jegens de wederpartij persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap.’²³

Blanco Fernández legt de overweging van de Hoge Raad echter als volgt uit:²⁴

‘De overweging moet niet worden verstaan alsof er een noodzakelijk verband zou zijn tussen ontbreken van rechtspersoonlijkheid van de vennootschap en aansprake-

18 Zie K. Teuben, ‘Persoonlijke aansprakelijkheid leden advocatenmaatschap bij beroepsfout’, te raadplegen via de website <http://cassatieblog.nl/proces-en-beslagrecht/persoonlijke-aansprakelijkheid-leden-advocatenmaatschap-bij-beroepsfout/>.

19 Zie HR 15 maart 2013, *RvdW* 2013/406, r.o. 3.4.2.

20 Zie HR 15 maart 2013, *JOR* 2013/133, m.nt. Blanco Fernández.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 Zie HR 15 maart 2013, *RvdW* 2013/406, (r.o. 3.4.2, cursivering toegevoegd).

24 Zie J.M. Blanco Fernández in zijn noot onder HR 15 maart 2013, *JOR* 2013/133, m.nt. Blanco Fernández.

lijkheid van de vennoten. De beperkte aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot en de onbeperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders van een BV die zich hoofdelijk verbinden voor de verbintenissen van de BV laten zien dat de verhouding tussen vennootschap en rechtspersoon enerzijds en aansprakelijkheid van de betreffende leden anderzijds geen noodzakelijke verbanden kent. Wat de Hoge Raad waarschijnlijk bedoelt, is dat de aansprakelijkheid die het juridische spraakgebruik aan de vennootschap toerekent in normatieve zin aan de vennoten moet worden toegerekend omdat de vennootschap niet als rechtssubject bestaat.’

De gevolgtrekking dat alle maten hoofdelijk aansprakelijk zijn bij een door de maatschap aanvaarde opdracht is derhalve niet zo vanzelfsprekend als de bewoordingen van de hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad wellicht doen voorkomen. Mijns inziens gaat een dergelijke conclusie zelfs erg ver omdat hiermee (overigens niet nader gemotiveerd) voorbij lijkt te worden gegaan aan het uitgangspunt van de wettelijke regeling van de maatschapsfiguur voor wat betreft de aansprakelijkheid van de maten.

Mohr, en in de laatste druk ook zijn bewerker Meijers, schreef reeds voordat het arrest door de Hoge Raad gewezen werd dat een dergelijke vergaande consequentie niet bedoeld kan zijn en hij meent dat de opdrachtregeling in het kader van de maatschapsovereenkomst als volgt moet worden geïnterpreteerd: hij stelt ‘dat deze bepaling [art. 7:407 lid 2 BW] niet tot gevolg heeft dat wanneer een maatschap een opdracht heeft ontvangen dit ertoe leidt dat *zonder meer alle* maten hoofdelijk verbonden zijn. Ware dit wel het geval, dan zou art. 7:407 lid 2 BW, bij verrassing, een nagenoeg algehele gelijkstelling van maatschap en VOF teweeg brengen!’²⁵

Ik ben met Mohr en Meijers eens dat dit als een onwaarschijnlijke conclusie voorkomt. Immers, de uitgangspunten voor de regelingen van de maatschap en de vof zijn absoluut verschillend. In beginsel geldt voor de maten bij een overeenkomst door de maatschap namelijk aansprakelijkheid voor gelijke delen, terwijl voor de vennoten bij een overeenkomst door de vof steeds hoofdelijke aansprakelijkheid geldt.

Ik ben met Mohr en Meijers eens

‘dat hier de (meer restrictieve) uitleg past dat art. 7:407 lid 2 BW slechts ziet op het geval dat een ‘team’ van beroepsbeoefenaars (eventueel bestaande uit een aantal van een kantoor, bureau of praktijk deel uitmakende, maten) zich jegens de opdrachtgever verbindt de gegeven (wellicht omvangrijke) opdracht uit te zullen voeren.’²⁶

25 Zie A.L. Mohr (bewerkt door V.A.E.M. Meijers), *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, p. 111. Het hierboven genoemde arrest van 15 maart 2013 doet mijns inziens niet af aan de juistheid van de stelling van de auteurs.

26 Zie A.L. Mohr (bewerkt door V.A.E.M. Meijers), *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, p. 111-112.

Aldus zou onderscheid kunnen worden gemaakt tussen de gevallen waarin een enkele maat een opdracht aanneemt en de gevallen waarin twee of meer maten een opdracht aannemen. Wat de aansprakelijkheid betreft zou het – mede vanwege het wettelijke uitgangspunt van aansprakelijkheid voor gelijke delen in de maatschapsregeling – ook redelijker zijn dat slechts de maten die de opdracht aannemen, naast de maatschap als opdrachtnemer, hoofdelijk aansprakelijk zijn. Overigens is het de vraag wie de opdrachtgever kan aanspreken.

Wanneer er problemen ontstaan in de nakoming zal mijns inziens een eventuele ingebrekestelling in beginsel steeds kunnen worden gericht aan de maat die de opdracht heeft aangenomen. Hij vertegenwoordigt de maatschap. Hetzelfde geldt voor een ontbindingsvordering. Deze zal in beginsel kunnen worden gericht tot de handelende maat, niet omdat hij kan worden gezien als ‘de schuldenaar in verzuim’ in de zin van artikel 6:265 lid 2 BW (dat is namelijk de maatschap), maar omdat hij bevoegd is de maatschap te vertegenwoordigen.

Hoewel de maatschap weliswaar steeds kan worden aangesproken via één van de (vertegenwoordigingsbevoegde) maten,²⁷ brengt het feit dat sprake is van een meerpartijenovereenkomst mijns inziens niet met zich mee dat de opdrachtgever daarmee op grond van artikel 7:404 lid 2 BW naast het maatschapsvermogen ook alle niet bij de opdracht betrokken maten persoonlijk *hoofdelijk* aan zou moeten kunnen spreken.²⁸

Een bijkomend argument voor een meer restrictieve uitleg van art. 7:407 lid 2 BW is ook het bezwaar dat bij een ruime uitleg voor opdrachten aan een maatschap, in feite een automatische risicoaanvaarding van toepassing is voor alle maten in een maatschap indien de maatschap een opdracht aanneemt. Er lijkt dan weinig tot geen ruimte meer te bestaan voor de op grond van art. 7:407 lid 2 BW bestaande disculpatiemogelijkheid om onder de hoofdelijke verbondenheid uit te komen:

‘Indien twee of meer personen tezamen een opdracht hebben ontvangen, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming, *tenzij* (cursivering JN) de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.’

Wanneer bij de kwalificatie als maat, ongeacht persoonlijke betrokkenheid bij het aannemen van een opdracht, reeds hoofdelijke verbondenheid bestaat,

27 Zie reeds HR 5 november 1976, NJ 1977/586 (*Moret Gudde Brinkman*). Een opdrachtgever kan in de dagvaarding volstaan met vermelding van de naam van de maatschap indien de gezamenlijke maten onder die naam op voor derden duidelijk kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelnemen.

28 Gezien HR 5 november 1976, NJ 1977/586 (*Moret Gudde Brinkman*) moeten wel de gezamenlijke maten (en niet louter de maatschap) worden gedagvaard: slechts dan kan hij zich op zowel het maatschapsvermogen verhalen, als op de individuele vermogens van de maten.

lijkt hiermee de toerekening immers vast te staan. Door de in art. 7:407 lid 2 BW gebruikte term 'toegerekend', is de maat reeds louter op grond van zijn hoedanigheid van maat steeds hoofdelijk aansprakelijk en als zodanig betrokken genoeg voor in ieder geval het aannemen van de opdracht.²⁹ Slechts in uitzonderlijke gevallen zal de tekortkoming niet kunnen worden toegerekend, maar dit is lastiger aan te tonen wanneer de maat in kwestie niet direct bij de opdrachtneming noch bij de uitvoering van de opdracht betrokken was. Hoe immers, zou een maat dan op de hoogte moeten zijn van de specifieke omstandigheden van een bepaald dossier en zich moeten distantiëren van een bepaalde uitvoering? Indien de maat in kwestie dat niet kan, zal hoofdelijke aansprakelijkheid volgens de interpretatie door de Hoge Raad van de verhouding tussen art. 7:407 lid 2 BW en de maatschapsregeling, steeds het uitgangspunt zijn.³⁰

De Hoge Raad lijkt daarmee voorbij te gaan aan het feit dat een maatschap die door meer dan twee maten wordt gevormd, steeds een meerpartijenovereenkomst zal zijn, hetgeen bijzonder tot uitdrukking komt wanneer het een overeenkomst betreft tussen een aanzienlijk aantal personen. Men kan zich voorstellen dat hoe groter de maatschap is, en aldus tevens het aantal aangenomen opdrachten, hoe irreëler hetgeen van de maten wordt vereist om aan te tonen dat zij zich ondanks de hoedanigheid van maat kunnen disculperen van opdrachten. Zij moeten immers aantonen dat zij zich bijvoorbeeld hebben gedistantieerd van een bepaalde uitvoering van opdrachten waar zij niet direct betrokken bij zijn (geweest). Vreemd genoeg wordt aldus persoonlijke aansprakelijkheid van iedere maat in een maatschap bij opdrachtneming door de maatschap aangenomen zonder daadwerkelijke persoonlijke betrokkenheid en ongeacht het uitgangspunt van de maatschapsregeling dat maten in beginsel voor overeenkomsten voor gelijke delen aansprakelijk zijn. Een ander argument is dat als alle maten van een maatschap steeds hoofdelijk aansprakelijk worden geacht te zijn vanwege de huidige door de Hoge Raad gehanteerde ruime uitleg van art. 7:407 lid 2 BW, er bovendien geen zelfstandige waarde meer lijkt te zijn voor art. 7:404 BW. Dit artikel bepaalt dat:

29 De Hoge Raad lijkt hier ook, hoewel hij steeds spreekt over persoonlijke aansprakelijkheid (zie r.o. 3.4.2), vanuit te gaan wanneer er gebruik wordt gemaakt van praktijkvennootschappen als deelnemende maten in een maatschap. De hoofdelijke aansprakelijkheid ligt dan op grond van art. 7:407 lid 2 BW bij deze rechtspersonen.

30 Juist voor het ter perse gaan van dit BWKJ is een artikel verschenen van Chr.M. Stokkermans waarin hij recente ontwikkelingen in het personenvennootschapsrecht becommentarieert. Hij is kritisch ten aanzien van de in sommige gevallen vergaande risicoaansprakelijkheid voor toegetreden maten. Zie Chr.M. Stokkermans, 'Ontwikkelingen in het personenvennootschapsrecht', *WPNR* 7051/2015, p. 185-199. Hij sluit aan bij ideeën van I.S. Wuisman, *Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid*, IVO-reeks 81, Deventer: Kluwer 2011, die pleit voor invoering van een maatschap met beperkte aansprakelijkheid.

‘Indien de opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of bedrijf uitoefent, (...) die persoon gehouden [is] de werkzaamheden, nodig voor de uitvoering van de opdracht, zelf te verrichten, (...) alles onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.’

In de parlementaire geschiedenis lezen we hierover:

‘De onderhavige bepaling bewerkt nu dat deze persoon *ook zelf naast* de juridische opdrachtnemer derhalve jegens de opdrachtgever hoofdelijk gehouden is tot een correcte uitvoering van de opdracht.’³¹

Als door de wetgever bedoeld was dat alle maten uit hoofde van de maatschapsverhouding reeds hoofdelijk verbonden zouden zijn op grond van art. 7:407 lid 2 BW indien de maatschap een opdracht aanneemt, zou de regeling van art. 7:404 BW overbodig zijn voor de aansprakelijkheidsregeling van de maten in een maatschap en valt de volgende zin uit de parlementaire geschiedenis over art 7:404 BW niet te verklaren:

‘Bij deze regeling is onder andere gedacht aan de advocaat die werkzaam is in maatschapsverband, waarbij de maatschap optreedt als opdrachtnemer.’³²

Let wel, volgens Mohr en Meijers is zelfs hoofdelijke aansprakelijkheid van de uitvoerend maat op grond van art. 7:404 BW in een maatschapsverhouding niet aan de orde, omdat dit niet strookt met het wettelijk systeem van de maatschapsregeling. Ze stellen hieromtrent in niet mis te verstane bewoordingen:

‘... de gedachte – die even zou kunnen opkomen – dat de maten van een openbare maatschap mogelijk hoofdelijk aansprakelijk zouden kunnen worden geacht op grond van het bepaalde in de laatste zinsnede van art. 6:6 lid 1 BW dient in verband met het bepaalde in art. 7A:1680 BW stellig te worden verworpen.’³³

Hoewel de gedachte achter de gehanteerde ruime uitleg zou kunnen zijn dat de Hoge Raad met zijn arrest van 15 maart 2013 heeft willen aansluiten bij de op grond van het in 2011 ingetrokken wetsvoorstel Personenvennootschappen voor alle maten in openbare personenvennootschappen gecreëerde hoofdelijke aansprakelijkheid,³⁴ lijken de consequenties van de ruime uitleg in het arrest veel ingrijpender dan onder het ingetrokken wetsvoorstel van Titel 7:13

31 Parl. Gesch. Boek 7 (inv. 3, 5 en 6), p. 329-333.

32 Parl. Gesch. Boek 7 (inv. 3, 5 en 6), p. 329-333. Een samenloop van de artikelen 7:407 lid 2 BW en 7:404 BW is in bepaalde gevallen natuurlijk mogelijk.

33 Zie A.L. Mohr (bewerkt door V.A.E.M. Meijers), *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, p. 112.

34 Zie S.M. Bartman, ‘Aansprakelijkheid in maatschapsverband’, *AA* september 2013, p. 664.

BW het geval zou zijn geweest. Het tweede lid van het ingetrokken art. 7:813 Ontwerp BW sloot aan bij de disculpatiemogelijkheid van het hierboven reeds besproken art. 7:407 lid 2 BW. In het geval een openbare vennootschap geen rechtspersoon is, gold eenzelfde regeling als in art. 7:407 lid 2 BW:

‘Indien een openbare vennootschap een opdracht heeft ontvangen, is ieder van de vennoten voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming, *tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend* (curs. JN).’

Volgens de huidige uitleg van de samenloop tussen de regelingen van maatschap en opdracht, blijven de maten ondanks de theoretische disculpatiemogelijkheid op grond van art. 7:407 lid 2 BW, in praktijk (bijna) steeds hoofdelijk aansprakelijk in hun hoedanigheid van maat van de maatschap.³⁵ Indien de maten zich echter toch kunnen disculperen in de zin van artikel 7:407 lid 2 BW, blijft de aansprakelijkheid voor gelijke delen volgend uit de maatschapsregeling staan. Dit, terwijl onder het ingetrokken wetsvoorstel de aansprakelijkheid voor opdrachten aan de maatschap in het geheel zou zijn komen te vervallen in het geval de tekortkoming niet is toe te rekenen aan de desbetreffende ma(a)t(en).

De ruime uitleg van art. 7:407 lid 2 BW is ook in zijn consequenties paradoxaal. Terwijl de maatschapsovereenkomst met meerdere partijen erop gericht lijkt het risico voor de deelnemende maten te verkleinen door aansprakelijkheid voor overeenkomsten door de maatschap voor gelijke delen aan te nemen, volgt uit de ruime uitleg van de toepassing van art. 7:407 lid 2 BW dat het risico op hoofdelijke aansprakelijkheid volgend uit opdrachten aan de maatschap, evenredig groeit met de grootte van de maatschap. Voor de opdrachtgevers levert dit een lastig te rechtvaardigen voordeel op. Namelijk het voordeel dat hoe meer maten een maatschap telt, hoe groter het aantal verhaalsmogelijkheden wordt. Het is dan wel zo dat de regeling van opdracht regelend recht betreft, en hier derhalve in algemene voorwaarden of anders bij de opdrachtneming van kan worden afgeweken, maar de niet bij de opdrachtneming betrokken maten zijn voor deze mogelijke beperking van aansprakelijkheid uit opdracht afhankelijk van de maat of maten die de opdracht aannemen.

Overigens valt het lastig te verklaren dat bij de overeenkomst niet zijnde een overeenkomst van opdracht door een maatschap een aansprakelijkheid voor de individuele maten voor gelijke delen geldt, terwijl dit bij de overeenkomst van opdracht gesloten met een maatschap een hoofdelijke aansprakelijkheid van de afzonderlijke maten met zich mee zou brengen.³⁶ De algemene regeling van artikel 6:6 lid 2 BW die bepaalt dat – in geval een prestatie ondeelbaar is – de verschillende schuldenaren hoofdelijk verbonden zijn, moet mijns

35 Zie tevens J.H.M. Spanjaard, ‘Contracteren als maatschap: Hoed u voor uw broeders!’, *Contracteren* 2013/2, p. 69.

36 Zie S.M. Bartman, ‘Aansprakelijkheid in maatschapsverband’, *AA* september 2013, p. 665.

inziens niet van toepassing worden geacht op de regeling van maatschap en gezien artikel 6:213 lid 2 BW a fortiori niet van toepassing worden geacht op de 'meerpartijenmaatschap'. De aard van de (maatschap als) meerpartijenovereenkomst verzet zich hier tegen en ook de regeling van de overeenkomst van opdracht strekt niet tot een dergelijke uitleg. De opdrachtgever gaat de opdracht aan met het oog op de desbetreffende maat (of maten), en kan het zelfs onwenselijk vinden dat een van de andere maten zijn opdracht uitvoert.

5 CONCLUSIE

De maatschapsovereenkomst is bijzonder omdat deze een meerpartijenovereenkomst kan zijn. Meerdere partijen werken samen om een gezamenlijk doel te verwezenlijken. De maatschap heeft weliswaar geen rechtspersoonlijkheid, maar neemt wel deel aan het rechtsverkeer. Op grond van de wettelijke regeling wordt in beginsel voor de maatschapsfiguur voor de individuele maten bij een overeenkomst door de maatschap uitgegaan van aansprakelijkheid voor gelijke delen. Hoe meer partijen middels een maatschapsovereenkomst werkzaam zijn in de maatschap, hoe meer de eventuele financiële lasten volgend uit aansprakelijkheid voor overeenkomsten door de maatschap in beginsel kunnen worden gespreid. Naar mijn mening houdt de huidige door de Hoge Raad in het arrest van 15 maart 2013 gehanteerde ruime uitleg van artikel 7:407 lid 2 BW onvoldoende rekening met deze karakteristieken van de maatschapsovereenkomst als meerpartijenovereenkomst zoals geregeld in de huidige maatschapsregeling.

Zoals besproken zie ik ook andere bezwaren voor een dergelijke ruime uitleg van artikel 7:407 lid 2 BW ten aanzien van de maatschapsregeling, waaronder de mogelijk onwenselijke gevolgen van deze ruime uitleg. Hiermee doel ik op het feit dat met deze uitleg de individuele maten meer risico op persoonlijke aansprakelijkheid (die hoofdelijk is) lopen naarmate meer partijen deelnemen aan de maatschapsovereenkomst en op het feit dat dit risico niet direct te beperken valt door de individuele maten die niet direct betrokken zijn bij het aannemen of het uitvoeren van de opdracht. Mijns inziens past een restrictieve uitleg van de regeling van opdracht beter bij het bijzondere karakter van de maatschapsregeling, ook al lijkt de Hoge Raad dat anders te zien. Er is hier wellicht een schone taak voor de wetgever weggelegd.

9 Een beleggingsfonds in de vorm van een FGR Een meerpartijenovereenkomst *sui generis*?

W.A.K. Rank [■]

1 INLEIDING

Een meerpartijenovereenkomst is een overeenkomst waaruit tussen meer dan twee partijen verbintenissen voortvloeien. Op dergelijke overeenkomsten zijn de bepalingen van de Afdelingen 1-4 van Titel 5 van Boek 6 BW rechtstreeks van toepassing, dan wel, waar het betreft Afdeling 5 van Titel 5, van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet.¹ In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag of een beleggingsfonds in de vorm van een fonds voor gemene rekening (FGR) een (wederkerige) meerpartijenovereenkomst constitueert waarop de algemene bepalingen betreffende (wederkerige) overeenkomsten zoals deze in het BW zijn vervat in beginsel van toepassing zijn of dat hier sprake is van een overeenkomst of een samenstel van overeenkomsten van eigen aard waarbij toepassing van deze bepalingen niet aan de orde is.²

Uitgangspunt voor deze bijdrage is de in de financiële praktijk algemeen gebruikelijke civielrechtelijke inrichting van een beleggingsfonds in de vorm van een FGR. Voor een goed begrip van de opzet van een dergelijk beleggingsfonds is een beschrijving van de toezichtsrechtelijke regelgeving met betrekking tot beleggingsfondsen onontbeerlijk. Dit is met name het geval omdat de civielrechtelijke positie van de verschillende bij een beleggingsfonds betrokken partijen in belangrijke mate is gebaseerd op en voortvloeit uit de voor beleggingsfondsen geldende toezichtsrechtelijke regels zoals deze zijn neergelegd in Europese richtlijnen en verordeningen en de Wet financieel toezicht (Wft).

■ Prof. mr. W.A.K. Rank is hoogleraar Financieel recht aan de Universiteit Leiden en advocaat en partner bij NautaDutilh te Amsterdam.

1 Zie art. 6:213 lid 2 en 6:279 lid 1 BW. Vgl. ook art. 6:216 BW, volgens welke bepaling de Afdelingen 1-4 van Titel 5 van overeenkomstige toepassing zijn op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen dan overeenkomsten, voor zover de aard van de rechtshandelingen zich daartegen niet verzet.

2 Buiten beschouwing blijft de in de literatuur veelbesproken vraag of een beleggingsfonds in de vorm van een FGR als een personenvennootschap moet worden aangemerkt. Zie daarover uitvoerig: J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht, dissertatie Nijmegen*, serie Onderneming en Recht, deel 47, Deventer 2008, p. 301-330 en de daar vermelde literatuur en jurisprudentie.

Deze toezichtsrechtelijke regels zijn op 22 juli 2013 ingrijpend gewijzigd als gevolg van de implementatie in het Nederlandse recht van de Europese Richtlijn inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen (Alternative Investments Fund Managers Directive, AIFMD)³ en van het van kracht worden van de bijbehorende Uitvoeringsverordening⁴ en op 1 januari 2014 nog een keer door de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2014.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Eerst zal kort aandacht worden besteed aan het begrip beleggingsfonds en meer in het bijzonder aan de structuur van een FGR. Daarna wordt ingegaan op de toezichtsrechtelijke aspecten. In dat verband komen aan de orde vergunningplicht, overgangsrecht, uitzonderingen en vrijstellingen. Ik beperk mij daarbij tot een nationale context: grensoverschrijdende activiteiten en Europees paspoort blijven buiten beschouwing. Vervolgens komen de posities van de beheerder, de bewaarentiteit en de bewaarder aan bod. Daarbij wordt in het bijzonder ingegaan op de in de Wft voorziene wijze van bescherming van beleggers en andere crediteuren van een FGR waar het betreft de voldoening van hun vorderingen uit het fondsvermogen. Daarna wordt aandacht besteed aan de vraag of een beleggingsfonds in de vorm van een FGR een (wederkerige) meerpartijenovereenkomst constitueert waarop de algemene bepalingen betreffende (wederkerige) overeenkomsten van (overeenkomstige) toepassing zijn. Bij deze onderwerpen richt ik mij primair op gewone FGR's en niet op FGR's in de vorm van een ICBE (zoals hierna gedefinieerd). Uitgangspunt is steeds wet- en regelgeving zoals deze van kracht is sinds de implementatie van de AIFMD in het Nederlandse recht en de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2014, also wet- en regelgeving zoals deze sinds 1 januari 2014 geldt.⁵ Een en ander wordt afgesloten met een conclusie.

3 Richtlijn 2011/61/EU van 8 juni 2011 van het Europees Parlement en de Raad inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010, *Pb EU* L 174/1. In Nederland is de AIFMD geïmplementeerd in de Wft. De definitieve implementatiewet is op 11 juni 2013 aangenomen door de Eerste Kamer. Deze is op 22 juli 2013 in werking getreden, met een overgangsregime voor reeds actieve AIF-beheerders tot 22 juli 2014.

4 Gedelegeerde Verordening (EU) nr. 231/213 van de Commissie van 19 december 2012 tot Aanvulling van Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad ten aanzien van vrijstellingen, algemene voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening, bewaarders, hefboomfinanciering, transparantie en toezicht (C(2012) 8370 def.).

5 Zie over (de gevolgen van) de implementatie van de AIFMD in het Nederlandse recht onder anderen: J.C.A. Tonino, *Vermogensscheiding in het wetsvoorstel ter implementatie van de AIFM-richtlijn: nog steeds op zee, land in zicht?*, *FR* 2012/10, p. 352-360, R.K.Th.J. Smits,

2 BELEGGINGSFONDSEN

Een FGR is een beleggingsfonds dat wordt gevormd door een overeenkomst of een samenstel van overeenkomsten tussen een beheerder, een bewaarentiteit en de participanten en eventueel ook een bewaarder. Uit de overeenkomst vloeien verbintenissen voort van de beheerder en de bewaarentiteit jegens de participanten en *vice versa* en van de beheerder en de bewaarentiteit jegens elkaar, maar geen verbintenissen tussen de participanten onderling. Deze hebben betrekking op het beheer, de eigendom en bewaring van het door de participanten bijeengebrachte vermogen, alsmede toe- en uittreding van participanten.⁶ Bij een gereguleerd beleggingsfonds zal er daarnaast op basis van het contract van de beheerder en de bewaarentiteit met de bewaarder sprake zijn van verbintenissen van de bewaarder jegens de beheerder en de bewaarentiteit en *vice versa* en van de bewaarder jegens de participanten (via het in deze overeenkomst vervatte derdenbeding), maar niet van verbintenissen van de participanten jegens de bewaarder. De verbintenissen van de beheerder en de bewaarentiteit jegens de participanten zullen inhoudelijk gelijk zijn voor alle participanten, behalve waar het betreft de hoogte van de aan de verschillende participanten toekomende bedragen. Deze bedragen zullen immers afhangen van de inleg van de participanten. De verbintenissen van de participanten jegens de beheerder en de bewaarentiteit zullen in de regel beperkt zijn en vaak niet meer inhouden dan een verbintenis tot het voldoen van de inleg en het vervullen van administratieve formaliteiten. Aansprakelijkheid van de participanten voor schulden van de FGR wordt niet beoogd en wordt vaak expliciet uitgesloten.⁷ De term FGR betreft een fiscaalrechtelijke term⁸

'De AIFMD-bewaarder; praktische gevolgen voor Nederlandse beleggingsinstellingen,' *V&O* 2012/11, p. 2004-204, M. Scheele, 'AIFMD-Toezicht op alle beheerders van beleggingsinstellingen vanaf juli 2013,' *Ondernemingsrecht* 2013/15, p. 150-160, J.W.P.M. van der Velden, 'Beleggingsinstellingen en aansprakelijkheid in het zicht van de nieuwe regelgeving,' in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector, serie Onderneming en Recht*, deel 78, Deventer 2013, p. 973-994, C.W.M. Lieverse, 'De bewaarder oude stijl en de bewaarder nieuwe stijl: de taken, aansprakelijkheden en het samenspel,' in: D. Busch e.a. (red.), Christels Koers; *Liber Amicorum Prof.mr.drs. C.M. Grundmann-van de Krol*, serie Onderneming en Recht, deel 79, Deventer 2013, p. 461-474.

6 In het geval van een gereguleerd beleggingsfonds zal naast een overeenkomst met een bewaarentiteit ook nog sprake moeten zijn van een overeenkomst met een bewaarder. Om verwarring te voorkomen, wordt de bewaarentiteit in de praktijk vaak aangeduid met de term 'depository' en de bewaarder met de term 'custodian'. De AIFMD gebruikt ter aanduiding van deze laatste partij echter juist weer de term 'depository', waarmee de verwarring eerder groter dan kleiner wordt. Vgl. J.W.P.M. van der Velden, 'Babylonische bewaarders,' *Ondernemingsrecht* 2009, p. 742-744.

7 Zie voor een gedetailleerde beschrijving en doorwrochte analyse van de verbintenissen in verband met een beleggingsfonds: J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, dissertatie Nijmegen, serie Onderneming en Recht, deel 47, Deventer 2008, p. 185-268

8 Zie art. 2 en 28 lid 2 Wet op de Venootschapsbelasting 1969.

die echter in de fondsenpraktijk algemeen wordt gebruikt om dit soort fondsen aan te duiden. Een beleggingsfonds is volgens de Wft een species van het genus beleggingsinstelling. Een beleggingsinstelling wordt in artikel 1:1 Wft gedefinieerd als een alternatieve beleggingsinstelling (Alternative Investment Fund, AIF) zoals bedoeld in artikel 4 lid 1 onderdeel a van de AIFMD.⁹

Een AIF wordt in artikel 4 lid 1 onderdeel a van de AIFMD gedefinieerd als een instelling voor collectieve belegging, met inbegrip van beleggingscompartimenten daarvan, die: (i) bij een reeks beleggers kapitaal ophaalt om dit overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid in het belang van deze beleggers te beleggen; en (ii) niet kwalificeert noch een vergunning nodig heeft als een instelling voor collectieve belegging in effecten (Undertaking for Collective Investment in Transferable Securities, UCITS, ICBE) als bedoeld in de Europese richtlijnen inzake ICBE's.¹⁰

In een beleggingsinstelling wordt, kort gezegd, belegd voor het collectief: de opbrengst van de beleggingen komt ten goede aan de beleggers gezamenlijk, naar rato van hun inleg. De relevante elementen uit de definitie van AIF zijn nader ingevuld in richtsnoeren die zijn gepubliceerd door de European Securities and Markets Authority (ESMA), welke aanwijzingen bevatten voor de interpretatie van centrale begrippen uit de AIFMD (de 'Richtsnoeren').¹¹

Volgens deze Richtsnoeren zijn de volgende criteria bepalend voor de vraag of een entiteit onder de definitie van AIF valt:

- (i) *Instelling voor collectieve belegging*: een instelling voor collectieve belegging heeft als karakteristieken dat:
 - (a) geen sprake is van een 'normale' onderneming met een algemeen zakelijk doel (*general commercial or industrial purpose*);
 - (b) kapitaal wordt samengebracht (*pooling*) van beleggers met als doel dit te beleggen teneinde 'collectieve opbrengsten' (*pooled return*) te genereren uit beleggingen;

9 De term 'alternatieve' beleggingsinstelling is in die zin enigszins misleidend dat het bij dergelijke fondsen niet gaat om 'maatschappelijke beleggingen' maar om alle beleggingsfondsen die geen ICBE zijn, derhalve ook om vastgoedfondsen, hedgefondsen en private equityfondsen.

10 Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot Coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (ICBE's) (herschikking) *Pb EU L 302/32* en Richtlijn 2010/42/EU van de Commissie van 1 juli 2010 tot uitvoering van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad ten aanzien van sommige bepalingen betreffende fusies van fondsen, master-feederconstructies en de kennisgevingsprocedure, *Pb EU L 176/128* en Richtlijn 2010/43/EU van de Commissie van 1 juli 2010 tot uitvoering van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft organisatorische eisen, belangenconflicten, bedrijfsvoering, risicobeheer en inhoud van de overeenkomst tussen een bewaarder en een beheermaatschappij, *Pb EU L 176/42*.

11 Guidelines on Key Concepts of the AIFMD, ESMA 19 December 2012.

- (c) de houders van rechten van deelneming of aandelen in de instelling als collectief geen dagelijkse beslissingsbevoegdheid of zeggenschap hebben (*day-to-day discretion or control*).¹²
- (ii) *Kapitaal ophalen*: de instelling haalt kapitaal op, hetgeen een bedrijfsactiviteit inhoudt waarbij direct of indirect stappen ondernomen worden om de overdracht of toezegging van kapitaal te bewerkstelligen van een of meer beleggers met het doel dit kapitaal te beleggen overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid in het belang van deze beleggers.
- (iii) *Reeks beleggers*: de instelling dient meerdere beleggers te (kunnen) hebben. Een instelling die de mogelijkheid heeft om kapitaal bij meer dan één belegger op te halen, moet worden beschouwd als een instelling die bij een reeks beleggers kapitaal ophaalt.
- (iv) *Bepaald beleggingsbeleid*: de instelling heeft een vastgesteld beleid, dat bij voorkeur definitief is vastgelegd in bijvoorbeeld het reglement of de statuten van de instelling, ten aanzien van de wijze waarop het in de instelling gepoolde kapitaal dient te worden beheerd om gepoolde opbrengsten voor de deelnemers te genereren.

Een ICBE wordt in artikel 1:1 Wft gedefinieerd als een instelling voor collectieve belegging in effecten als bedoeld in artikel 1 lid 2 van de ICBE-richtlijn, *i.e.* een open-end beleggingsinstelling waarvan het uitsluitend doel is collectieve belegging in effecten, op basis van risicospreiding. Een open-end beleggingsinstelling is een beleggingsinstelling waarvan de deelnemingsrechten op verzoek van de deelnemers ten laste van de activa van de beleggingsinstelling direct of indirect worden teruggekocht of terugbetaald.¹³ Een ICBE belegt uitsluitend in effecten en niet in vastgoed, schepen, teakhout of andere beleggingsobjecten. Voor het beleggingsbeleid van een ICBE gelden strikte regels, opgesteld in het licht van het beginsel dat een ICBE moet beleggen op basis van risicospreiding. Een ICBE is, gelet op de definitie van het begrip beleggingsinstelling in de Wft, geen beleggingsinstelling in de zin van de Wft. Dat neemt niet weg dat ICBE's de facto wel degelijk beleggingsinstellingen zijn en in de praktijk – en in deze bijdrage – regelmatig ook als zodanig worden aangeduid.

De Wft onderscheidt in artikel 1:1 tussen beleggingsinstellingen in de vorm van een beleggingsmaatschappij en in de vorm van een beleggingsfonds. Een

12 Uit het feit dat aan één of meer maar niet aan al deze houders van rechten van deelneming of aandelen dagelijkse beslissingsbevoegdheid of zeggenschap is verleend, volgt niet dat de instelling geen instelling voor collectieve belegging is, aldus de Richtsnoeren. Overigens vermeldt de preambule van de AIFMD dat de AIFMD niet van toepassing is op joint ventures. Om als joint venture te kwalificeren en niet als AIF, zal sprake moeten zijn van een samenwerkingsverband waarbij alle betrokken partijen dagelijkse beslissingsbevoegdheid of zeggenschap hebben en tenminste tezamen de feitelijke beleggingsbeslissingen nemen. Bovendien vormt een joint venture over het algemeen een besloten kring, waartoe doorgaans niet veelvuldig nieuwe beleggers toetreden.

13 Vgl. art. 5:1a lid 2 Wft. Een closed-end beleggingsinstelling is een beleggingsinstelling die niet open-end is. Vanzelfsprekend zijn er tussenvormen denkbaar. Zie *Kamerstukken II 1988/89, 21 127*, nr. 3, p. 5.

beleggingsmaatschappij is een rechtspersoon die gelden of andere goederen ter collectieve belegging vraagt of verkrijgt om de deelnemers in de opbrengst van de belegging te doen delen. Een beleggingsfonds is een niet in een beleggingsmaatschappij ondergebracht vermogen waarin ter collectieve belegging gevraagde of verkregen gelden of andere goederen zijn of worden opgenomen om de deelnemers in de opbrengsten van de beleggingen te doen delen. Het verschil tussen beide varianten is gelegen in de rechtsvorm. Een beleggingsmaatschappij heeft rechtspersoonlijkheid, een beleggingsfonds niet. Beleggingsfondsen kunnen bijvoorbeeld zijn opgezet als een FGR zoals zojuist beschreven of als een maatschap of een commanditaire vennootschap.

Beleggingsfondsen worden in de praktijk niet zozeer onderscheiden naar hun rechtsvorm, maar veeleer naar de objecten waarin zij beleggen – effecten, vastgoed, schepen – of naar hun beleggingsstrategie. In dit verband kunnen worden genoemd de zogenaamde hedge funds: beleggingsfondsen die veel gebruik maken van hefboomfinanciering en die niet alleen bij een stijgende markt maar ook bij een dalende markt proberen een positief rendement te behalen, bijvoorbeeld door short selling.

3 TOEZICHTKADER

3.1 Vergunningplicht

De AIFMD introduceert geharmoniseerde vereisten voor de vergunningverlening aan en het toezicht op beheerders van beleggingsinstellingen (AIFs), met als doel risico's voor beleggers en markten in de Europese Unie te beperken. De AIFMD is van toepassing op, onder andere, de beheerder (AIFM) die een of meer AIFs beheert. Een AIF kan een externe beheerder hebben of een interne beheerder. Indien de rechtsvorm van de AIF intern beheer toestaat – in het geval van een beleggingsmaatschappij, *i.e.* een beleggingsinstelling met rechtspersoonlijkheid – en het bestuur van de AIF ervoor kiest geen externe AIF-beheerder aan te stellen, is het de AIF zelf die over een vergunning als AIF-beheerder dient te beschikken.

De vergunningplicht, vervat in artikel 2:65 lid 1 Wft, houdt in dat het verboden is om zonder vergunning van de AFM (i) een Nederlandse beleggingsinstelling te beheren, (ii) rechten van deelneming in een beleggingsinstelling in Nederland aan te bieden of (iii) als Nederlandse beheerder van een beleggingsinstelling een beleggingsinstelling te beheren of rechten van deelneming in een beleggingsinstelling aan te bieden.

Beheerders die over een vergunning als bedoeld in artikel 2:65 Wft beschikken, zijn voor wat betreft het beheren van individueel vermogen, het adviseren over financiële instrumenten, bewaring en administratie van deelnemingsrechten en het ontvangen en doorgeven van orders in financiële instrumenten, vrijgesteld van de vergunningplicht voor het verlenen van beleggingsdiensten

(artikel 2:96 Wft). De Europese Commissie heeft echter in haar Q&A met betrekking tot de AIFMD aangegeven dat een entiteit niet zowel over een AIFMD vergunning (artikel 2:65 Wft) als over een MiFID-vergunning (artikel 2:96 Wft) mag beschikken.

3.2 Overgangsrecht

Voor beheerders die onmiddellijk voor 22 juli 2013, de inwerkingtredingsdatum van de AIFMD implementatiewet in Nederland, actief waren op de Nederlandse markt gold een overgangsjaar. Zij behoefden hun vergunning pas uiterlijk 21 juli 2014 te hebben aangevraagd. Wel rust op deze beheerders een inspanningsverplichting om ten tijde van het indienen van deze vergunningaanvraag te voldoen aan alle regels die voortvloeien uit de AIFMD.

De vergunningplicht is niet van toepassing op beheerders van beleggingsinstellingen die:

- a. onmiddellijk voorafgaand aan 22 juli 2013 een beleggingsinstelling met zetel in Nederland beheerden;
- b. welke beleggingsinstelling *closed-end* is; en
- c. waarin na 22 juli 2013 geen beleggingen meer worden gedaan.

Verder geldt de vergunningplicht ook niet voor de beheerders van beleggingsinstellingen die een beleggingsinstelling met zetel in Nederland beheren welke beleggingsinstelling:

- a. *closed-end* is;
- b. waarvan de inschrijving door beleggers op rechten van deelneming voor 22 juli 2011 gesloten is; en
- c. die is opgericht voor een periode die uiterlijk 22 juli 2016 afloopt.

3.3 De minimis

Het AIFMD-regime zoals geïmplementeerd in de Wft kent een *de minimis* uitzondering voor relatief kleine beheerders (artikel 2:66a Wft). Een Nederlandse beheerder is uitgezonderd van de vergunningplicht als de waarde van het totaal aan activa die de beheerder direct of indirect onder zijn beheer heeft niet boven de volgende drempels uitkomt:

- a. € 100 miljoen; of
- b. € 500 miljoen, indien de beheerde AIFs geen gebruik maken van hefboomfinanciering en geen recht tot inkoop of terugbetaling van rechten van

deelneming in de AIFs kan worden uitgeoefend gedurende een periode van vijf jaar.

Het gaat om het totaal aan activa onder beheer, dus voor deze berekening moet de waarde van alle AIFs die de beheerder beheert, worden opgeteld.

Voorwaarde voor de toepassing van de *de minimis* uitzondering is dat de beheerder de deelnemingsrechten in de door hem beheerde AIFs alleen aanbiedt:

- a. aan professionele beleggers in de zin van de Wft;
- b. aan minder dan 150 personen;
- c. tegen een tegenwaarde van ten minste € 100.000 per deelnemer; of
- d. voor zover de deelnemingsrechten een nominale waarde van ten minste € 100.000 per recht hebben.

Ofschoon de beheerder van een beleggingsinstelling onder de *de minimis* uitzondering geen vergunning hoeft aan te vragen, moet de beheerder wel een melding doen bij de AFM. Deze melding moest – voor bestaande beheerders – vóór 22 juli 2014 plaatsvinden. De beheerder heeft bepaalde periodieke rapportageverplichtingen aan DNB. Verder moet de beheerder de omvang van de beheerde activa doorlopend bewaken. Daarnaast zal een *selling restriction* moeten worden opgenomen in alle beleggersdocumentatie conform de toepasselijke wettelijke voorschriften.¹⁴

4 BEHEERDER, BEWAARENTITEIT EN BEWAARDER

In het geval van een beleggingsfonds in de vorm van een FGR vervullen de beheerder en de bewaarentiteit elk hun eigen rol. Voor gereguleerde FGR's zijn deze rollen, almede de rol van de bewaarder, nader uitgewerkt in wet- en regelgeving. Op hoofdlijnen komt de wettelijke taakverdeling op het volgende neer.

4.1 Beheerder

Artikel 4:37c lid 1 Wft bepaalt dat de beheerder van een beleggingsinstelling een rechtspersoon moet zijn. De beheerder houdt zich bezig met het beheren van de beleggingsinstelling. Blijkens de definitie van 'beheren van een beleggingsinstelling' in artikel 1:1 Wft gaat het in dit verband om het verrichten van de activiteiten genoemd in Bijlage I van de AIFMD. Deze bijlage noemt

¹⁴ Naast de hier besproken *de minimis* uitzondering bestaan er ook uitzonderingen op de vergunningplicht voor holding companies, joint ventures en family offices.

een groot aantal activiteiten. Deze omvatten onder meer portefeuillebeheer, risicobeheer, administratie – waaronder uitgifte en inkoop van deelnemingsrechten, het bijhouden van een deelnemersregister en waardering en prijsstelling van deelnemingsrechten – verhandeling en werkzaamheden met betrekking tot de activa. Om als beheerder te kunnen worden aangemerkt dient een partij echter ten minste zorg te dragen voor portefeuillebeheer en risicobeheer.¹⁵ Portefeuillebeheer behelst het bepalen van het beleggingsbeleid en het nemen van beleggingsbeslissingen met betrekking tot het vermogen van een beleggingsinstelling. Risicobeheer omvat het identificeren, analyseren en accepteren of mitigeren van risico's die ontstaan bij het portefeuillebeheer. Artikel 2:67a lid 1 Wft bepaalt dat beheerders in beginsel geen andere activiteiten mogen verrichten dan beheer.¹⁶

4.2 Bewaarentiteit

Op grond van artikel 4:37j lid 1 Wft – welke bepaling geldt sinds 1 januari 2014 als gevolg van de inwerkingtreding op die datum van de Wijzigingswet financiële markten 2014 – dient de juridische eigendom van de activa van een beleggingsfonds gehouden te worden door een entiteit met als enig statutair doel het houden van de juridische eigendom van de activa van een of meer beleggingsfondsen, al dan niet tezamen met het administreren en bewaren van de activa.¹⁷ Het is deze entiteit die eerder in deze bijdrage werd aangeduid als 'bewaarentiteit' en die ook hierna als zodanig zal worden aangeduid. De bewaarentiteit heeft geen basis in de AIFMD maar is een typisch Nederlands fenomeen. Een beleggingsfonds kan zelf geen eigenaar zijn van het fondsvermogen omdat een beleggingsfonds geen rechtspersoonlijkheid heeft. De bewaarentiteit is gecreëerd om een oplossing voor dit probleem te bieden.

Een mogelijkheid zou zijn om de beheerder tot rechthebbende van het fondsvermogen te maken. Dat lijkt echter minder goed verenigbaar met de taak van de beheerder. Bovendien zou er dan geen afscheiding bestaan tussen het fondsvermogen en het overige vermogen van de beheerder of zou alsnog in een dergelijke afscheiding moeten worden voorzien.

Een structuur waarin de deelnemers gezamenlijk rechthebbenden van het fondsvermogen zijn, stuit af op praktische bezwaren. Er zou dan mede-eigendom ontstaan tussen de participanten van het beleggingsfonds. Weliswaar zouden de participanten alsdan beschermd zijn tegen een faillissement van de beheerder of de bewaarder omdat het fondsvermogen niet aan de beheerder

15 *Kamerstukken II 2011/12*, 33 235, nr. 3, p. 41.

16 Vaak zal het niet eenvoudig zijn om te bepalen welke partij als beheerder van een beleggingsinstelling heeft te gelden. Dat speelt met name in situaties van uitbesteding.

17 Voor ICBE's geldt eenzelfde regel. Zie art. 4:44 lid 1 Wft.

of de bewaarder maar aan de gezamenlijke participanten zou toebehoren, maar daar staat tegenover dat een dergelijke constructie verhandeling van deelnemingsrechten in een beleggingsfonds tot een complexe aangelegenheid zou maken. Dit speelt in het bijzonder als het fondsvermogen verschillende soorten goederen omvat. Artikel 3:96 BW bepaalt immers dat de levering van een aandeel in een goed geschiedt op overeenkomstige wijze en met overeenkomstige gevolgen als is bepaald met betrekking tot de levering van dat goed. Dat betekent dat de levering van deelnemingsrechten onderworpen zou zijn aan de voor de diverse goederen geldende leveringsformaliteiten, met alle consequenties vandien. Een dergelijke constructie zou het eveneens moeilijk maken om de beheerder beschikkingshandelingen ten aanzien van het fondsvermogen te kunnen laten verrichten; met betrekking tot beschikkingshandelingen die geen beheersdaden zijn kan op grond van artikel 3:170 lid 3 BW immers geen beheersregeling worden overeengekomen die de beheerder deze bevoegdheid geeft.

Een constructie waarbij de bewaarder tot eigenaar wordt gemaakt stuit op dezelfde bezwaren als die waarbij de beheerder rechthebbende is. Bovendien lijkt zij onverenigbaar met de controlerende taak van de bewaarder onder de AIFMD. Tegen deze achtergrond is de constructie waarin een speciaal daarvoor opgerichte bewaarentiteit als rechthebbende van het fondsvermogen fungeert, het ei van Columbus.

De door de bewaarentiteit gehouden eigendom van de activa laat zich wellicht het best kwalificeren als eigendom ten titel van bewaring. De bepaling van artikel 4:37j Wft beperkt zich tot de activa van een beleggingsfonds. Aannemelijk is echter dat zij ook betrekking heeft op de passiva, dus op het gehele fondsvermogen. Weliswaar heeft de Minister dit nooit met zoveel woorden bevestigd, maar uit de omstandigheid dat blijkens artikel 4:37j lid 5 Wft de door de bewaarentiteit gehouden activa tot verhaal dienen voor de vorderingen van fondscrediteuren en participanten, kan worden opgemaakt dat de bewaarentiteit niet alleen juridisch eigenaar is van de activa van het beleggingsfonds maar ook debiteur van de fondsverplichtingen en dus het gehele fondsvermogen houdt.¹⁸ Dat wil overigens niet zeggen dat een partij die een overeenkomst aangaat met een beleggingsfonds, uitsluitend de bewaarentiteit als contractuele wederpartij heeft. De fondsvoorwaarden kunnen bijvoorbeeld bepalen dat de bewaarentiteit alleen met medewerking van de beheerder over het fondsvermogen mag beschikken.¹⁹ Als de fondsvoorwaar-

18 Zie hieronder onder oud recht: W.A.K. Rank en B. Bierman, 'Aangaan van verplichtingen voor rekening van een FGR: aansprakelijkheid en verhaal', *FR* 2008/9, p. 299-310, D. Busch en J.W.P.M. van der Velden, Aansprakelijkheid en verhaal bij Fondsen voor Gemene Rekening, Reactie op Prof. mr. W.A.K. Rank en mr. B. Bierman, 'Aangaan van verplichtingen voor rekening van een FGR: aansprakelijkheid en verhaal', *FR* 2009, p. 4-12.

19 Voor ICBE's bepaalt artikel 4:56 lid 2 Wft expliciet dat de beheerder maatregelen moet treffen opdat de bewaarentiteit slechts met medewerking van de beheerder over de activa kan beschikken.

den zwijgen over betrokkenheid van de beheerder bij het aangaan van overeenkomsten, lijkt het mij verdedigbaar om de bewaarentiteit in zijn hoedanigheid van bewaarentiteit van het betreffende fonds als contractuele wederpartij aan te merken. Echter, in het licht van het feit dat een beleggingsfonds in de vorm van een FGR nu eenmaal een entiteit is die uit meerdere partijen bestaat, van welke entiteit de beheerder een geïntegreerd onderdeel vormt, zou het mijns inziens extra zekerheid bieden voor de rechtsgeldigheid en afdwingbaarheid van de contractsdocumentatie om in de overeenkomst tot uitdrukking te brengen dat de bewaarentiteit in zijn hoedanigheid van bewaarentiteit van het betreffende fonds handelt op instructie van de beheerder in diens kwaliteit van beheerder van het betreffende fonds, of met medewerking of toestemming van de beheerder in die kwaliteit.²⁰

Op grond van artikel 4:37j lid 1 Wft moet de bewaarentiteit worden opgezet als een risicomijdende entiteit: haar statutaire doel moet zijn beperkt tot het houden van de activa van een of meer beleggingsfondsen, al dan niet tezamen met het administreren en bewaren van de activa. De beperkte doelomschrijving van de bewaarentiteit strekt ertoe om het risico voor beleggers zoveel mogelijk te beperken. Dit neemt niet weg dat als de bewaarentiteit inderdaad het gehele fondsvermogen houdt en dus ook de debiteur is van de fondsverplichtingen, van een volstrekt risicomijdende entiteit geen sprake kan zijn. Dat de bewaarentiteit zich blijkens de tekst van artikel 4:37j lid 1 Wft ook mag bezighouden met het administreren en bewaren van de activa vormt evenzeer een indicatie dat van een volstrekt risicomijdende entiteit geen sprake kan zijn, daargelaten overigens dat het bewaren van de activa dient te geschieden door de bewaarder en niet door de bewaarentiteit. Weliswaar is niet expliciet vereist dat de bewaarentiteit onafhankelijk is van de beheerder, maar in de praktijk zal zij wel vaak zo worden opgezet, bijvoorbeeld door de bewaarentiteit te structureren als een onafhankelijke stichting of als een vennootschap met een onafhankelijke stichting als aandeelhouder.

Indien op grond van het beleggingsbeleid een reëel risico bestaat dat het vermogen van het beleggingsfonds en het eigen vermogen van de bewaarentiteit ontoereikend zullen zijn voor de voldoening van (a) vorderingen die verband houden met het beheer, het bewaren en het houden van de juridische eigendom van de activa van de beleggingsinstelling en (b) rechten van deelneming, wordt de juridische eigendom van de activa van een beleggingsfonds op grond van artikel 4:37j lid 2 Wft gehouden door een entiteit met als enig statutair doel het houden van de juridische eigendom van de activa uitsluitend

20 In de praktijk wordt dit bijvoorbeeld in een overeenkomst tot uitdrukking gebracht door het FGR te omschrijven als “the Custodian, acting in its capacity as legal owner of the assets of the Investment Fund and legal debtor of the liabilities of the Investment Fund, whilst acting in conjunction with and on the instruction of the Manager acting in its capacity as manager of the Investment Fund”, waarbij “Custodian” ziet op de bewaarentiteit en “Manager” op de beheerder.

ten behoeve van dat beleggingsfonds, al dan niet tezamen met het bewaren en administreren van de activa.²¹ Dit is de ‘één bewaarentiteit per fonds’ regel die bedoeld is om het vermogen van andere fondsen te beschermen tegen verhaal door crediteuren van risicovolle fondsen. Deze regel is uitdrukkelijk niet van toepassing op de activa van subfondsen (artikel 4:37j lid 4 Wft). Voor subfondsen geldt derhalve niet de eis dat een risicovol subfonds moet beschikken over een eigen bewaarentiteit.

Artikel 4:37j lid 5 Wft bepaalt dat het vermogen van het beleggingsfonds een afgescheiden vermogen vormt dat uitsluitend dient tot voldoening van (a) vorderingen die verband houden met het beheer, het bewaren en het houden van de juridische eigendom van de activa van de beleggingsinstelling en (b) rechten van deelneming.²² Ook deze bepaling geldt in haar huidige vorm sinds 1 januari 2014 als gevolg van de inwerkingtreding op die datum van de Wijzigingswet financiële markten 2014. Met deze bepaling is beoogd veilig te stellen dat schuldeisers van de beheerder en de bewaarder geen verhaal kunnen nemen op het fondsvermogen. Als het fondsvermogen bij vereffening onvoldoende blijkt voor de voldoening van bovengenoemde vorderingen, dient het eigen vermogen van de beleggingsinstelling ter voldoening van deze vorderingen, waarbij de hiervoor onder (a) genoemde vorderingen voorrang hebben op de hiervoor onder (b) genoemde vorderingen (artikel 4:37j lid 6 Wft).²³ Andere vorderingen zijn alleen op het vermogen van een beleggingsinstelling verhaalbaar indien vaststaat dat bovengenoemde vorderingen zullen kunnen worden voldaan en dat in de toekomst dergelijke vorderingen niet meer zullen ontstaan. Indien bovengenoemde vorderingen niet volledig uit het vermogen van de beleggingsinstelling kunnen worden voldaan, dient het eigen vermogen van de bewaarentiteit eerst ter voldoening van de vorderingen in bovengenoemde volgorde en vervolgens van overige vorderingen, behoudens door de wet erkende andere redenen van voorrang (artikel 4:37j leden 7-8 Wft).²⁴ De bepaling van artikel 4:37j leden 3-8 Wft is zo geformuleerd dat er niet zozeer sprake is van een afgescheiden vermogen waarop een rangregeling van toepassing is, maar dat de rangregeling het afgescheiden vermogen creëert.

4.3 Bewaarder

Van de bewaarentiteit moet worden onderscheiden de bewaarder. Artikel 4:37f lid 1 Wft bepaalt dat de activa van een beleggingsinstelling moeten worden bewaard door een onafhankelijke bewaarder. De verplichting tot het aanstellen

21 Voor ICBE's geldt op grond van art. 4:44 lid 2 Wft hetzelfde.

22 Voor ICBE's bepaalt art. 4:45 lid 1 Wft hetzelfde.

23 Voor ICBE's bepaalt art. 4:45 lid 2 Wft hetzelfde.

24 Voor ICBE's bepaalt art. 4:45 leden 2 en 3 Wft hetzelfde.

van een dergelijke bewaarder geldt niet alleen voor beleggingsfondsen maar ook voor beleggingsmaatschappijen. Deze bewaarder is niet een typisch Nederlands fenomeen, maar een creatie van de AIFMD. Artikel 115d van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo), dat nadere regels bevat voor (beheerders en bewaarders van) beleggingsinstellingen, verwijst voor de taken van de bewaarder dan ook naar artikel 21 AIFMD. Op grond van artikel 21 AIFMD heeft de bewaarder zowel een bewaartak ten aanzien van de activa van een beleggingsinstelling als een controletaak ten aanzien van de beheerder van de beleggingsinstelling. Artikel 21 AIFMD verwijst op zijn beurt weer naar de Uitvoeringsverordening voor een nadere uitwerking van de voorwaarden die voor de uitoefening van de bewaartak en de controletaak gelden.

De bewaartak is geregeld in artikel 21 lid 8 AIFMD en houdt in dat activa van de beleggingsinstelling bestaande in financiële instrumenten door de bewaarder giraal of fysiek in bewaring worden genomen. Het gaat daarbij om overdraagbare effecten, geldmarktinstrumenten en deelnemingsrechten die geschikt zijn om te worden geregistreerd of gehouden in een rekening – gegeneraliseerde effecten – en om financiële instrumenten van deze typen in de vorm van toonderstukken.²⁵ Hieronder vallen bijvoorbeeld effecten die zijn opgenomen in het systeem van de Wet giraal effectenverkeer, maar bijvoorbeeld niet effecten op naam voor de levering waarvan een notariële akte is voorgeschreven. Artikel 21 lid 8 AIFMD bepaalt dat de rekening waarin de financiële instrumenten worden geadministreerd moet worden aangehouden in de boeken van de bewaarder, in naam van de beleggingsinstelling of in naam van de beheerder van de beleggingsinstelling. Ofschoon de bepaling dit uiteraard niet met zoveel woorden zegt, kan eruit worden opgemaakt dat in het geval van een beleggingsfonds in de vorm van een FGR, de rekening in naam van de bewaarentiteit dient te luiden. Dit laatste volgt mijns inziens uit de combinatie van het vereiste van artikel 21 lid 8 AIFMD dat uit de tenaamstelling van de rekening te allen tijde moet blijken dat de betreffende rekening “conform de toepasselijke wetgeving” toebehoort aan de beleggingsinstelling en het vereiste van artikel 4:37j lid 1 Wft dat de juridische eigendom van de activa van een beleggingsfonds gehouden moet worden door de bewaarentiteit. Bij financiële instrumenten die niet geschikt zijn om te worden geregistreerd of gehouden in een rekening en die evenmin in toondervorm bestaan en bij andersoortige activa dan financiële instrumenten – bijvoorbeeld vastgoed, schepen of private equity belangen – moet de bewaarder volgens artikel 21 lid 8 AIFMD vaststellen of de beleggingsinstelling, de beheerder van de beleggingsinstelling of, in het geval van een beleggingsfonds in de vorm van een FGR, de bewaarentiteit, de eigenaar van deze activa is en daarvan een register

25 Zie art. 88 en 89 Uitvoeringsverordening voor een nadere omschrijving van de betreffende financiële instrumenten en de verplichtingen van de bewaarder.

bijhouden.²⁶ De bewaarder hoeft deze activa niet in bewaring te nemen (zo dit wat betreft vastgoed of schepen überhaupt al mogelijk zou zijn). Hoe ver de verificatieplicht van de bewaarder strekt, zal afhangen van de aard van de activa. Bij aandelen op naam of vastgoed zal de bewaarder waarschijnlijk een onderzoek moeten uitvoeren dat vergelijkbaar is met de door een notaris uit te voeren titelrecherche.

De controletaak van de bewaarder is geregeld in artikel 21 leden 7 en 9 AIFMD. Artikel 21 lid 7 AIFMD bepaalt dat de bewaarder er in het algemeen voor zorgt dat de kasstromen van de beleggingsinstelling naar behoren worden gecontroleerd en in het bijzonder dat alle betalingen door of namens beleggers bij de inschrijving op rechten van deelneming ontvangen zijn en dat alle contanten van de beleggingsinstelling geboekt worden op een geldrekening bij een bank of een daarvoor in aanmerking komende beleggingsonderneming. Deze geldrekening dient, evenals de rekening waarin de financiële instrumenten worden geadministreerd, te luiden in naam van de beleggingsinstelling, de beheerder van de beleggingsinstelling of, in het geval van een beleggingsfonds in de vorm van een FGR, de bewaarentiteit. In het kader van het toezicht op de kasstromen van de beleggingsinstelling dient de bewaarder dagelijks een koppeling te maken tussen de kasstromen en de financiële administratie en dient hij significante kasstromen en/of kasstromen die mogelijk niet met de bedrijfsvoering te rijmen zijn te kunnen verklaren.²⁷ Artikel 21 lid 9 betreft de overige controletaken van de bewaarder en houdt in dat de bewaarder toeziet op onder meer de verkoop, uitgifte, inkoop en terugbetaling van deelnemingsrechten, een juiste berekening van de waarde van deze deelnemingsrechten en een correcte uitvoering van het beleggingsbeleid. De bewaarder dient bij zijn aanstelling een toezichtplan op te stellen, gebaseerd op de ingeschatte risico's behorend bij de aard, schaal en complexiteit van het beleggingsbeleid van de beleggingsinstelling en de organisatie van de beheerder.²⁸

Een belangrijk punt betreft de aansprakelijkheid van de bewaarder. Ook hiervoor verwijst de Wft naar het BGfo en verwijst het BGfo weer naar de AIFMD.²⁹ De AIFMD op zijn beurt verwijst weer naar de Uitvoeringsverordening.³⁰ Artikel 4:39g lid 2 Wft bepaalt dat bij AmvB nadere regels worden gesteld met betrekking tot de aansprakelijkheid van de bewaarder. Deze bepalingen vinden we in artikel 115e en 115f BGfo. Deze artikelen verwijzen weer naar artikel 21 leden 12 en 13 AIFMD. Volgens artikel 21 lid 12 AIFMD is de bewaarder jegens de beleggingsinstelling of de beleggers aansprakelijk voor

26 Zie art. 90 Uitvoeringsverordening voor een nadere uitwerking van de verificatieplicht van de bewaarder.

27 Zie voor meer details art. 85-86 Uitvoeringsverordening.

28 Zie voor meer details art. 92-97 Uitvoeringsverordening.

29 Art. 4:39g Wft, art. 115e en art. 115f BGfo, art. 21 leden 12-15 AIFMD.

30 Art 100-102 Uitvoeringsverordening.

het verlies door de bewaarder of een door de bewaarder ingeschakelde onderbewaarder van in bewaring genomen financiële instrumenten. In een dergelijk geval is de bewaarder verplicht tot teruggave van een financieel instrument van dezelfde soort of betaling van een met de waarde daarvan overeenstemmend bedrag. Dit is slechts anders als het verlies het gevolg is van een externe gebeurtenis waarover de bewaarder redelijkerwijs geen controle heeft en waarvan de gevolgen onvermijdelijk waren, ondanks alle inspanningen om ze te verhinderen. Deze aansprakelijkheid geldt in beginsel ook als de bewaarder de financiële instrumenten in bewaring heeft gegeven bij een onderbewaarder. Dit beginsel lijdt slechts uitzondering in een beperkt aantal gevallen. De bewaarder kan zijn aansprakelijkheid voor verlies van bij de onderbewaarder in bewaring gegeven instrumenten alleen uitsluiten als daarvoor in de overeenkomst inzake beheer en bewaring een objectieve reden is opgenomen en deze aansprakelijkheid wordt overgenomen door de onderbewaarder (artikel 4:37g Wft).³¹ Artikel 115e lid 2 BGfo faciliteert een rechtstreekse contractuele actie door de beleggers jegens de bewaarder door te bepalen dat in de overeenkomst tussen de beheerder en de bewaarder een beding moet worden opgenomen op grond waarvan de beleggingsinstelling of de deelnemers in een beleggingsinstelling rechtstreeks een beroep kunnen doen op de bepalingen die in de overeenkomst zijn opgenomen om te voldoen aan de op het punt van de aansprakelijkheid in de AIFMD opgenomen vereisten.

De vraag is of deze regeling van de aansprakelijkheid niet miskent dat van een bewaarder niet kan worden gevergd dat deze instaat voor schakels hogerop in de bewaarketen als deze schakels geen groepsmaatschappijen zijn en de bewaarder daarover geen controle heeft.³² In ieder geval lijkt hier sprake van een mismatch tussen de regels inzake bewaring van financiële instrumenten op grond van de MiFID en die op grond van de AIFMD.³³

Op grond van artikel 4:37h lid 1 Wft mogen alleen banken, bepaalde beleggingsondernemingen en ICBE-bewaarders als bewaarder worden aangesteld. Voor beleggingsinstellingen met een closed-end karakter die niet beleggen in activa die geschikt zijn om in bewaring te worden gegeven – zoals vastgoed of schepen – of in al dan niet beursgenoteerde uitgevende instellingen met het oogmerk controle te verkrijgen, kunnen in bepaalde gevallen ook andere instellingen als bewaarder optreden, zoals trustkantoren (artikel 4:37h lid 2 Wft). De bewaarder moet in beginsel gevestigd zijn in de staat waarin de beleggingsinstelling is gevestigd (artikel 4:37i Wft).

31 Zie art. 21 lid 13 AIFMD en art. 101 Uitvoeringsverordening.

32 Zie W.A.K. Rank, 'Aansprakelijkheid van een custodian bank,' in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector, serie Onderneming en Recht*, deel 78, Deventer 2013, p. 565-593.

33 Zie voor de toepasselijke MiFID-regels: W.A.K. Rank, 'Vermogensscheiding,' in: D. Busch e.a. (red.), *Handboek Beleggingsondernemingen, serie Onderneming en Recht*, deel 51, Deventer 2009, p. 509-537.

De beheerder gaat met de bewaarder mede ten behoeve van de beleggingsinstelling en de participanten een schriftelijke overeenkomst inzake beheer en bewaring aan (artikel 4:37f lid 2 Wft). Deze overeenkomst dient op grond van artikel 115e BGfo te voldoen aan de daaraan door de AIFMD gestelde vereisten en via de AIFMD weer aan de bepalingen van de Uitvoeringsverordening. In deze overeenkomst worden de door de bewaarder te verrichten diensten en taken gespecificeerd.³⁴

5 BESCHERMING VAN BELEGGERS EN ANDERE CREDITEUREN

Beleggers in een beleggingsfonds in de vorm van een FGR worden op verschillende manieren beschermd. In de eerste plaats is sprake van vermogensscheiding doordat de juridische eigendom van het fondsvermogen ten titel van bewaring wordt gehouden door een risicomijdende bewaarentiteit. In het geval van een risicovol beleggingsfonds is zelfs sprake van een bewaarentiteit die uitsluitend de juridische eigendom van het fondsvermogen van het betreffende beleggingsfonds houdt. In de tweede plaats is sprake van bescherming doordat het door de bewaarentiteit gehouden fondsvermogen een afgescheiden vermogen vormt. Crediteuren van de beheerder en de bewaarder kunnen zich daarop niet verhalen. In de derde plaats geldt een rangregeling voor fondscrediteuren. Op grond van deze rangregeling dient het afgescheiden vermogen primair tot voldoening van vorderingen die voortvloeiën uit schulden die verband houden met het beheer en het bewaren van het fonds, daarna tot voldoening van vorderingen die voortvloeiën uit deelnemingsrechten en tenslotte, indien vaststaat dat het fondsvermogen toereikend is voor de voldoening van de hiervoor genoemde vorderingen, ook tot voldoening van andere schulden van de beleggingsinstelling. In de vierde plaats is de door het FGR ingeschakelde bewaarder aansprakelijk voor het verlies van door het beleggingsfonds aan de bewaarder toevertrouwde financiële instrumenten. Via het gemene Nederlandse recht is deze aansprakelijkheid primair een aansprakelijkheid van de bewaarder jegens de beheerder c.q. jegens de beleggingsinstelling en niet jegens de beleggers, al zouden beleggers zich via een actie uit onrechtmatige daad ook jegens de bewaarder op de betreffende bepaling kunnen beroepen. Echter, waar artikel 115e lid 2 BGfo verplicht tot opname van een derdenbeding in het contract tussen de beheerder en bewaarder waarbij aan de beleggers rechtstreekse contractuele rechten jegens de bewaarder worden toegekend, kunnen de beleggers onder het systeem van de Wft ook een rechtstreekse contractuele actie jegens de bewaarder entameren.

Nog daargelaten dat de combinatie van een afzonderlijke bewaarentiteit, een afgescheiden vermogen en een rangregeling wat wel wat veel van het

³⁴ Art. 83 (1) Uitvoeringsverordening geeft nadere regels met betrekking tot de inhoud van de tussen de beheerder en de bewaarder te sluiten overeenkomst.

goede lijkt, rijst de vraag of de in artikel 4:37j leden 5-8 Wft voorziene bescherming van beleggers afdoet aan de positie van andere crediteuren van een FGR. Te denken valt in dit verband met name aan wederpartijen uit hoofde van een ISDA Master Agreement – voor derivaten –, een Global Master Repurchase Agreement (GMRA) – voor repo's – of een Global Master Securities Lenders Agreement (GMSLA) voor securities lending. Deze wederpartijen zullen in het geval van een verzuim van het FGR hun zogenaamde close-out en nettingrechten willen uitoefenen. Het gaat daarbij om bedingen in de overeenkomsten op grond waarvan bij verzuim van het FGR de verplichtingen van partijen onmiddellijk opeisbaar worden, alsmede worden omgezet in en verplichting tot het betalen van een bedrag dat hun geschatte actuele waarde vertegenwoordigt, dan wel de verplichtingen vervallen en worden vervangen door een verplichting tot het betalen van het voornoemde bedrag, of de verplichtingen van partijen worden verrekend en alleen het saldo is verschuldigd.³⁵ Wat mij betreft zijn er goede gronden om te betogen dat artikel 4:37j leden 5-8 Wft alleen betrekking heeft op de voldoening van vorderingen op de betaling waarvan daadwerkelijk aanspraak is gemaakt en niet ziet op de voldoening van vorderingen door middel van verrekening (in de zin van artikel 7:51 sub i BW). Dit zou betekenen dat de wederpartij, door uitoefening van zijn close-out en nettingrechten buiten de reikwijdte van artikel 4:37j leden 5-8 Wft blijft en dat de mogelijkheid om verhaal te nemen door middel van verrekening niet wordt aangetast door deze bepaling. In deze benadering is het niet relevant of en in hoeverre vorderingen uit hoofde van deze overeenkomsten kwalificeren als vorderingen die voortvloeien uit schulden die verband houden met het beheer, het bewaren en het houden van de juridische eigendom van de activa van de beleggingsinstelling, behalve voor zover het betreft de eventuele na verrekening resterende vordering. Bovendien zou ik menen dat vorderingen uit hoofde van een ISDA Master Agreement, een GMSLA, of een GMRA kunnen worden aangemerkt als vorderingen die voortvloeien uit schulden die verband houden met het beheer, het bewaren en het houden van de juridische eigendom van de activa van de beleggingsinstelling, zodat zij reeds daarom op grond van de rangregeling voorgaan boven vorderingen voortvloeiende uit rechten van deelneming. Dat betekent dat zelfs indien de redenering dat wederpartijen die gebruik maken van hun verrekeningsrechten uit hoofde van een ISDA Master Agreement of een GMRA buiten de reikwijdte van artikel 4:37j leden 5-8 Wft blijven geen stand houdt, artikel 4:37j leden 5-8 Wft niet afdoet aan de positie van deze crediteuren.

Een vereiste voor verrekening is dat partijen over en weer elkaars crediteur en debiteur zijn. Ik zou menen dat dit vereiste van wederkerigheid geen probleem kan zijn als in de contractsdokumentatie een FGR wordt omschreven op de in paragraaf 4.2 aangegeven wijze. Dat wil zeggen dat ofwel de bewaar-

35 Vgl. de definitie van verrekenbeding als opgenomen in art. 7:51 sub i BW.

entiteit in zijn hoedanigheid van bewaarentiteit van het betreffende fonds als partij wordt opgevoerd ofwel de bewaarentiteit in zijn hoedanigheid van bewaarentiteit van het betreffende fonds, met de toevoeging dat de bewaarentiteit handelt op instructie van of met medewerking of toestemming van de beheerder in zijn hoedanigheid van beheerder van het betreffende fonds. Niettemin, om ook in het laatste geval veilig te stellen dat er sprake is van wederkerigheid, zou overwogen kunnen worden om een bepaling op te nemen inhoudende dat (i) vorderingen en/of schulden aangegaan door het FGR onder de overeenkomst jegens de wederpartij vorderingen en schulden zijn die worden aangegaan door de bewaarentiteit in zijn hoedanigheid van eigenaar van de activa van het beleggingsfonds en debiteur van de verplichtingen van het beleggingsfonds, handelende op instructie van of met medewerking of met toestemming van de beheerder in zijn hoedanigheid van beheerder, (ii) dergelijke schulden van het FGR jegens de wederpartij door de wederpartij verrekend mogen worden met dergelijke vorderingen van het FGR op de wederpartij en (iii) de wederpartij verhaal mag nemen op de activa van het FGR gehouden door de bewaarentiteit voor dergelijke schulden van het FGR jegens de wederpartij.

6 KWALIFICATIE FGR ALS MEERPARTIJENOVEREENKOMST

Thans kom ik toe aan de vraag of een beleggingsfonds in de vorm van een FGR een (wederkerige) meerpartijenovereenkomst constitueert en of een dergelijke kwalificatie enige toegevoegde waarde heeft. Deze toegevoegde waarde zou kunnen bestaan uit het van (overeenkomstige) toepassing zijn van de algemene bepalingen betreffende (wederkerige) overeenkomsten van het BW.³⁶

Waar een beleggingsfonds in de vorm van een FGR is gebaseerd op een overeenkomst of een samenstel van overeenkomsten tussen een beheerder, een bewaarentiteit en de participanten en eventueel ook een bewaarder waaruit tussen twee of meer partijen verbintenissen voortvloeien, lijkt een kwalificatie van een beleggingsfonds in de vorm van een FGR als een wederkerige meerpartijenovereenkomst een gegeven. Voor het van (overeenkomstige) toepassing zijn van de algemene bepalingen betreffende (wederkerige) overeenkomsten van het BW lijkt mij echter weinig ruimte. Evenmin bestaat daaraan mijns ziens behoefte.

³⁶ Zie over de in de literatuur veelbesproken vraag of een beleggingsfonds in de vorm van een FGR een personenvennootschap constitueert waarop de bepalingen betreffende personenvennootschappen van het BW en het WvK van toepassing zijn uitvoerig: J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, dissertatie Nijmegen, serie Onderneming en Recht, deel 47, Deventer 2008, p. 301-330 en de daar vermelde literatuur en jurisprudentie.

In de eerste plaats zal de aan een FGR ten grondslag liggende contractuele verhouding in belangrijke mate worden bepaald door hetgeen partijen zelf zijn overeengekomen c.q. door de door het FGR gehanteerde algemene voorwaarden van beheer en bewaring. Het door partijen overeengekomene vloeit weer in belangrijke mate voort uit dwingendrechtelijke bepalingen van toezichtsrecht, zoals neergelegd in de Wft, het BGfo en de Uitvoeringsverordening, en, voor beleggingsfondsen die aan een gereguleerde markt zijn genoteerd, uit de reglementen van de betreffende markt. Dit betekent dat de hier bedoelde bepalingen van het BW alleen voor toepassing in aanmerking komen als het om dwingende wetsbepalingen gaat of, in het geval van wetsbepalingen met een aanvullend karakter, als het tussen partijen overeengekomene danwel het gebruik terzake geen uitsluitel biedt. Gegeven het geringe aantal dwingendrechtelijke bepalingen, het fijnmazige karakter van de meeste voorwaarden van beheer en bewaring en de in de fondsenpraktijk geldende gebruiken, zal van toepasselijkheid vaker niet dan wel sprake zijn. Waar de toezichtsrechtelijke voorschriften inzake de civielrechtelijke inrichting van een beleggingsfonds in het bijzonder zijn gericht op de bescherming van beleggers bestaat aan toepasselijkheid van de bepalingen van het BW ook niet echt behoefte als het gaat om het beschermen van de positie van de participanten in een beleggingsfonds. In de tweede plaats zullen de algemene bepalingen betreffende overeenkomsten zoals deze in het BW zijn vervat veelal niet van toepassing zijn, omdat zij voor een beleggingsfonds in de vorm van een FGR geen passend recht opleveren. Er zal dan sprake zijn van het niet van toepassing zijn van de betreffende wettelijke bepalingen omdat de aard van de overeenkomst zich tegen hun toepassing verzet. Daartoe zal met name aanleiding zijn als het gaat om bepalingen die raken aan het collectieve karakter van een beleggingsfonds in de vorm van een FGR. Dit karakter verzet zich ertegen dat een van de betrokken partijen door uitoefening van aan hem toekomende rechten afbreuk doet aan de positie van andere bij het fonds betrokken contractspartijen.

Zo zal artikel 6:228 BW, welke bepaling een partij bij een overeenkomst de bevoegdheid geeft de overeenkomst te vernietigen als deze is tot stand gekomen onder invloed van dwaling, wat mij betreft niet zonder meer kunnen worden toegepast met betrekking tot alle relaties die in het kader van een beleggingsfonds worden aangegaan. Voor zover het gaat om een door een enkele participant in gang gezette vernietiging moet deze mijns inziens beperkt blijven tot de relatie die deze belegger met de beheerder, de bewaarentiteit en/of de bewaarder is aangegaan en zou zij geen effect mogen hebben voor de relaties die andere participanten met het beleggingsfonds hebben. Een vernietiging van de overeenkomst met betrekking tot alle deelnemers verdraagt zich niet met de aard van een FGR als een overeenkomst waarbij voor gemeenschappelijke rekening van de participanten wordt belegd en waarbij een individuele participant niet de contractuele rechten van zijn mede-participanten moet kunnen aantasten. Ontbinding van een beleggingsfonds in de vorm van een FGR door een individuele participant bij een tekortschieten van de beheer-

der, de bewaarentiteit of de bewaarder lijkt mij evenmin gepast. Op basis van de bepaling van artikel 6:279 lid 2 BW zou een individuele participant als symmetrische contractspartij daartoe in beginsel gerechtigd zijn. Het kan echter niet de bedoeling zijn dat een enkele participant zijn mede-participanten op een dergelijke wijze in hun rechten aantast. Gedeeltelijke ontbinding, waar het betreft zijn eigen participatie in het beleggingsfonds, lijkt mij wel mogelijk. Evenzo zal een tekortkoming van een individuele participant jegens de beheerder of de bewaarentiteit nooit ertoe kunnen leiden dat de overeenkomst door de beheerder of de bewaarentiteit met betrekking tot alle deelnemers wordt ontbonden. Gedeeltelijke ontbinding, uitsluitend ten aanzien van de wanpresterende participant, zou weer moeten kunnen.³⁷

Toepasselijkheid van de regeling van de algemene voorwaarden – Afdeling 3 van Titel 5 – ligt wat mij betreft ook niet voor de hand, althans niet waar het betreft de bevoegdheid van een wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden om deze algemene voorwaarden op grond van artikel 6:233 BW te vernietigen omdat zij onredelijk bezwarend zouden zijn. De aard van een beleggingsfonds als een collectiviteit van beleggers verzet zich ertegen dat een individuele participant de voorwaarden van beheer en bewaring zou kunnen vernietigen. Dit geldt wat mij betreft zowel wanneer deze vernietiging alleen te zijnen opzichte zou werken als wanneer de vernietiging effect zou hebben ten opzichte van alle participanten. In het eerste geval zou de gelijkheid tussen de verschillende participanten worden doorbroken; in het tweede zouden andere participanten met een mogelijk niet door hen beoogd rechtsgevolg kunnen worden geconfronteerd. Toetsing op initiatief van een belangenorganisatie als bedoeld in artikel 6:240 BW of in een collectieve procedure op grond van artikel 3:305a BW zou daarentegen weer wel mogelijk moeten zijn.³⁸

Een lastige vraag is die naar de toepasselijkheid van artikel 6:248 en 6:258 BW – te vinden in Afdeling 4 van Titel 5 – op (verbintenissen in verband met) een beleggingsfonds in deze zin van een FGR. Het lijkt mij wederom in strijd met het collectieve karakter van een beleggingsfonds in de vorm van een FGR dat de rechter zou kunnen vaststellen dat het tussen partijen overeengekomene aanvulling of beperking behoeft of op verlangen van een van partijen tot ontbinding of wijziging daarvan zou kunnen overgaan. Dat geldt naar mijn mening zowel wanneer deze aanpassing beperkt zou blijven tot de relatie van een enkele participant met de beheerder, de bewaarentiteit of de bewaarder als wanneer deze zich zou uitstrekken tot alle participanten.³⁹

37 In dezelfde zin: J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, dissertatie Nijmegen, serie Onderneming en Recht, deel 47, Deventer 2008, p. 341-353.

38 In dezelfde zin: J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, dissertatie Nijmegen, serie Onderneming en Recht, deel 47, Deventer 2008, p. 269-275.

39 Anders: J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, dissertatie Nijmegen, serie Onderneming en Recht, deel 47, Deventer 2008, p. 209 en de op p. 206-210 vermelde rechtspraak.

7 CONCLUSIE

Een beleggingsfonds in de vorm van een FGR wordt niet alleen wat betreft zijn toezichtsrechtelijke positie, maar ook wat betreft zijn civielrechtelijke inrichting volledig geregeerd door toezichtsrechtelijke regels zoals deze zijn neergelegd in Europese richtlijnen en verordeningen en in de Wft. Deze regels voorzien in een tripartiete structuur waarbij het fonds wordt beheerd door een beheerder, de juridische eigendom van het fondsvermogen wordt gehouden door een bewaarentiteit en de activa van het fonds worden bewaard door een bewaarder. Het fondsvermogen vormt een afgescheiden vermogen waarop de fondscrediteuren zich kunnen verhalen in een door de wet bepaalde rangorde. Vorderingen van beleggers uit hoofde van deelnemingsrechten hebben daarbij een hoge rang. Zij staan echter ten achter bij vorderingen van wederpartijen uit hoofde van een ISDA Master Agreement, een GMRA of een GMSLA, hetzij omdat deze vorderingen door de werking van de in deze overeenkomsten vervatte verrekenbedingen buiten de reikwijdte van de rangregeling blijven, hetzij omdat zij kunnen worden beschouwd als vorderingen die voortvloeien uit schulden die verband houden met het beheer en het bewaren van het fonds. Een beleggingsfonds in de vorm van een FGR is een bijzondere vorm van een (wederkerige) meerpartijenovereenkomst. Het betreft hier een meerpartijenovereenkomst waarop de algemene bepalingen betreffende (wederkerige) overeenkomsten zoals deze in het BW zijn neergelegd zelden of nooit van toepassing zullen zijn. In de eerste plaats zal de aan een beleggingsfonds in de vorm van een FGR ten grondslag liggende contractuele verhouding in belangrijke mate worden bepaald door hetgeen partijen zelf zijn overeengekomen. In de tweede plaats zullen de bepalingen betreffende overeenkomsten van het BW veelal niet van toepassing zijn omdat de bijzondere aard van een beleggingsfonds in de vorm van een FGR zich daartegen verzet.

10 | De toepassing van het klassieke verbintenissenrecht op de meerpartijenovereenkomst vanuit Belgisch perspectief

I. Samoy & S. Van Loock [■]

1 INLEIDING

‘Der mehrseitige Vertrag genießt in der zivilrechtlichen Literatur ungefähr den Stellenwert, der in Familien edleren Geblüts einem missratenen Sprössling zuteil wird: Man weiß, dass es ihn gibt, man erwähnt ihn, wenn man muss, man hat ein ungutes Gefühl, wenn man an ihn denkt, und man vermeidet es, sich ihm zu beschäftigen, soweit man kann.’¹

Ook in de Belgische rechtsleer is de meerpartijenovereenkomst niet het favoriete lid van de familie. Reeds in het begin van de jaren tachtig schreef Dirix in zijn preadvies voor de jaarvergadering van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in Nederland en België dat de meerpartijenovereenkomst als afzonderlijke categorie nauwelijks bekend was. Ten onrechte volgens hem, zeker wanneer men de praktische relevantie van dergelijke overeenkomsten beschouwt.² De deelnemers aan die vergadering drukten toen de wens uit om in de doctrine, en in het bijzonder in de handboeken over overeenkomstenrecht, meer aandacht te besteden aan meerpartijenovereenkomsten.³ Daartoe is het echter nooit volledig gekomen en slechts sinds het laatste decennium geniet de meerpartijenovereenkomst een hernieuwde interesse in het Belgische

■ Prof. dr. I. Samoy is als hoofddocent verbonden aan het Instituut voor Verbintenissenrecht van de KU Leuven en UHasselt. Mr. S. Van Loock is als IWT-Bursaal verbonden aan het Instituut voor Verbintenissenrecht van de KU Leuven.

1 M. Zwanzger, *Der mehrseitige Vertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 1.

2 E. Dirix, ‘De meerpartijenovereenkomst’, *TPR* 1983, (757) 757, nr. 1. Zie ook: E. Dirix, ‘Meerpartijen-overeenkomsten’, *RW* 1981-1982, (1586) 1585, nr. 1; E. Dirix, ‘De oorzaak in een drie-partijen-verhouding’ (noot onder Cass. 25 november 1982), *RW* 1984-1985, (1439) 1440-1442; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly en B. De Temmerman, ‘Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen’, *TPR* 1994, (171) p. 241-243, nr. 46. Zie voor het Nederlandse preadvies: L. Hardenberg, ‘De meerpartijenovereenkomst’, *TPR* 1983, p. 795-837.

3 A. Van Oevelen, ‘Verslag afdeling privaatrecht van de jaarvergadering van de Vereniging voor de vergelijking van het recht in België en Nederland’, *RW* 1983-1984, (1851) 1855, nr. 11.

recht.⁴ Die interesse vindt ook zijn weerslag in de moderne handboeken verbintenissenrecht.⁵ In die handboeken blijft de behandeling van meerpartijovereenkomsten echter veelal beperkt tot de vermelding van het bestaan van dergelijke overeenkomsten en de vaststelling dat die aanleiding kunnen geven tot heel wat moeilijkheden.⁶ Die leemte in de rechtsleer gaf aanleiding tot een onderzoeksproject dat in december 2010 werd opgestart binnen de onderzoeksgroep Verbintenissenrecht KU Leuven – U.C.L. Die samenwerking over de taalgrens heen mondde uit in een monografie waarin de meerpartijovereenkomst in verschillende facetten besproken wordt.⁷

Een bijzondere studie naar de meerpartijovereenkomst dringt zich op aangezien het gemeen verbintenissenrecht op maat gesneden is van overeenkomsten gesloten tussen twee partijen.⁸ Wetgeving, rechtspraak en rechtsleer hebben zich steeds in het licht van een tweepartijovereenkomst ontwikkeld en bieden daarom geen pasklare antwoorden voor de diversiteit en de complexiteit van meerpartijovereenkomsten. Dat bipolair karakter heeft zijn stempel gedrukt op *quasi* alle leerstukken van het verbintenissenrecht. Bijgevolg kunnen de bestaande regelingen niet altijd zonder meer toegepast worden op meerpartijovereenkomsten en is maatwerk en een flexibel instrumentarium vereist. Meerpartijovereenkomsten brengen immers specifieke problemen met zich mee, die zich bij een overeenkomst tussen twee partijen niet of op een andere manier voordoen.⁹

-
- 4 Cass. 17 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2270, *RW* 2008-09, 1640 *TBBR* 2011, 232, noot I. Samoy en A. Maes en *TBO* 2008, 218; Rb. Hasselt 13 augustus 2010, *TBBR* 2012, 502, noot T. Tanghe; I. Samoy, 'Pijnpunten bij het opstellen van consortium- en andere overeenkomsten met meer dan twee partijen' in: S. Stijns (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 51-70; I. Samoy, 'Le caméléon du droit des obligations: le contrat multipartite. Questions théoriques et pratiques concernant la conclusion des contrats à multiples parties' in: P. Wéry (ed.), *Droits des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, Luik: Anthémis, 2007, p. 7-36; I. Samoy, 'La dissolution des contrats multipartites' in: J.-F. Germain (ed.), *Questions spéciales en droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2010, 195-216; I. Samoy en B. Lambrecht (eds.), *Consortium Agreements for Research Projects*, Antwerpen, Intersentia, 2011; I. Samoy en A. Maes, 'De ontbinding van meerpartijovereenkomst na het cassatiearrest van 17 oktober 2008' (noot onder Cass. 17 oktober 2008), *TBBR* 2011, 189-199; I. Samoy en S. Van Loock, 'De rol van de leidende partij in het kader van een meerpartijovereenkomst', *TPR* 2012, p. 1109-1138. Zie voor Frankrijk: C.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, Parijs, LGDJ, 2003; C. Larroumet, *Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat*, III, Parijs, Economica, 2003, 67-74, nrs. 75-85.
- 5 P. Wéry, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2011, 65-67, nr. 43 en 638-639, nr. 679. In beperkte mate: S. Stijns, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 16, nr. 21; W. Van Gerven en S. Covemaker, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco, 2006, 64-65.
- 6 Zie ook voor Duitsland: Zwanzger 2013, 1.
- 7 I. Samoy en P. Wéry (eds.), *Meerpartijovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2013.
- 8 Dirix, *TPR* 1983, (757) 757, nr. 1; I. Samoy 2007, (51) 51, nr. 2.
- 9 Dirix, *TPR* 1983, (757) 757, nr. 1; Kruihof, Bocken, De Ly en De Temmerman 1994, *TPR*, (171) 241, nr. 46; Samoy en Maes, *TBBR*, 2011, (189) 190, nr. 1; Van Gerven en Covemaker 2006, 65; Wéry 2011, 67, nr. 43.

Die problemen laten zich niet op een solide wijze oplossen door een zuivere toepassing van het klassieke gemene verbintenissenrecht, zoals dat vervat is in het Belgische Burgerlijk Wetboek van 1804. Het moderne gemene verbintenissenrecht, zoals dat ontwikkeld is door Belgische rechtspraak en rechtsleer, blijkt daarentegen vaak voldoende soepel en flexibel om die specifieke problemen te ondervangen.¹⁰ Van groot belang daarbij is een criterium dat de lotsverbondenheid tussen de verbintenissen van de verschillende partijen kan schragen. We zullen dan ook zien dat concepten zoals (on)deelbaarheid, samenhang en wederkerigheid een onmisbare rol spelen bij het oplossen van de problemen die zich bij meerpartijenovereenkomsten kunnen stellen.

In deze bijdragen schetsen we beknopt de meerpartijenovereenkomst naar Belgisch recht. We spreken eerst het begrip ‘meerpartijenovereenkomst’ (2) en de verschillende types (3). Vervolgens bespreken we de totstandkoming (4), de interpretatie (5), de inhoud en wijziging (6), de ontbinding (7), de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus* (8), overmacht (9) en het bewijs (10). We sluiten af met een conclusie.

2 BEGRIP

In zijn meest ruime en letterlijke zin kan de meerpartijenovereenkomst gedefinieerd worden als de overeenkomst waar meer dan twee personen zich verbonden hebben.¹¹ Net zoals in Frankrijk wordt de mogelijkheid om meerpartijenovereenkomsten te sluiten aan art. 1101 BW vastgeknoopt.¹² Dat artikel omschrijft het contract als ‘een overeenkomst waarbij een of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden iets te geven, te doen, of niet te doen.’ Die definitie gaat terug op de werken van Domat¹³ en Pothier,¹⁴ die zich

10 Dirix, *TPR* 1983, (757) 792, nr. 44; Samoy en Maes *TBBR*, 2011 (189) 190, nr. 1.

11 Dirix, *TPR* 1983, (757) 759, nr. 4; P.A. Foriers, ‘Les contrats multipartites en droit positif belge’, *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, (149) 151; Samoy 2007, (51) 51, nr. 1; P. Wéry, ‘Introduction’ in I. Samoy en P. Wéry (eds.), *Meerpartijenovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2012, (VII) X, nr. 5. Hanteren een striktere definitie van meerpartijenovereenkomst en sluiten symmetrische meerpartijenovereenkomsten uit van het begrip ‘*contrat pluripartite*’: T. Tilquin en V. Simonart, *Traité des sociétés*, I, Brussel, Kluwer, 1996, 305-306, nr. 379.

12 Dirix, *TPR* 1983, (757) 757, nr. 1; Samoy 2007, (51) 54-55, nr. 11; Wéry 2011, 65, nr. 43; Frankrijk: Chenut 2003, 107-108, nr. 181; Y. Lequette, F. Terré en P. Simler, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2013, 1284, nr. 1241.

13 J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, Parijs, Pierre Aubouin et al., 1697, 64: ‘La convention est le consentement de deux, ou plusieurs personnes, pour former entr’eux quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer.’

14 R. Pothier, *Oeuvres complètes de Pothier. Traité des obligations*, I, Parijs, Thomine et Fortic, 1821, 6: ‘Une convention ou pacte est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier.’

op hun beurt op de *Digesten* beroepen.¹⁵ Uit die definitie wordt reeds door de klassieke auteurs afgeleid dat overeenkomsten tussen meer dan twee partijen gesloten kunnen worden. Verder dan de vaststelling dat alle partijen bij de totstandkoming hun toestemming moeten geven (art. 1108 BW) komen ze doorgaans echter niet.¹⁶ Slechts enkele auteurs gaan, weliswaar kort, in op de complicaties die kunnen optreden bij het sluiten van overeenkomsten tussen meer dan twee partijen.¹⁷

De gehanteerde definitie is trouwens meer dan een louter truïsme en laat toe om de meerpartijenovereenkomst te onderscheiden van verwante rechtsfiguren, zoals eenvoudige driehoeksverhoudingen (beding ten behoeve van een derde,¹⁸ rechtstreekse vordering, *etc.*), een pluraliteit van parallelle overeenkomsten en samenhangende overeenkomsten (*groupes de contrats*).¹⁹ Dat zijn twee of meer juridisch afzonderlijk gesloten overeenkomsten economisch één geheel vormen omwille van een gemeenschappelijk voorwerp of doel. In de praktijk is het onderscheid met een meerpartijenovereenkomst niet steeds eenvoudig.²⁰ Zo behandelt sommige rechtspraak door meerdere partijen afzonderlijk gesloten overeenkomsten voor de aankoop en het onderhoud van IT-materiaal in bepaalde gevallen als één ondeelbare meerpartijenovereenkomst. Volgens die rechtspraak hebben die afzonderlijke overeenkomsten immers een gemeenschappelijk doel: de realisatie van een IT-systeem dat aan de noden van de gebruiker voldoet.²¹

15 D. II, 14, 7: 'Duorum pluriumve in idem placitum consensus.'

16 C. Aubry en C. Rau, *Cour de droit civil français*, III, Parijs, LGDJ, 1856, 202-203 en 206; A. Colin en H. Capitan, *Cours élémentaire de droit civil français*, II, Parijs, Dalloz, 1932, 8, nr. 8; A. Duranton, *Cour de droit français suivant le code civil*, X, Parijs, Thorel, 1844, 32, nr. 51; T. Huc, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, VII, Parijs, Cotillon, 1894, 9, nr. 3 en 20, nr. 11; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, IV, Parijs, Delamotte, 1892, 351, nr. 383; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, Parijs, Cotillon, 1904, 104, nr. 267.

17 G. Baudry-Lacantinerie en L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, XII, Parijs, Sirey, 1906, 5, nr. 7, 34, nr. 27 en 70-72, nr. 42; C. Demolombe, *Traité des contrats*, I, Parijs, Durand & Pedone, 1877, 11, nr. 12 en 49-50, nrs. 47-48; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, I, Parijs, Durand et Pedone, 1885, 3, nr. 3 en 7-8, nr. 10; F. Laurent, *Principes de droit civil*, XV, Brussel, Bruylant, 1875, 539, nr. 467; G. Rau, C. Falcimaigne en M. Gault, *Cours de droit civil français*, IV, Parijs, LGDJ, 1902, 479.

18 Naar Belgisch recht wordt de begunstigde derde geen contractspartij: N. Carette, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 161-164, nrs. 162-165.

19 Zie daarover: I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2003; P.A. Fories, *Groupes de contrats et ensemble contractuels*, Brussel, Larcier, 2006; I. Samoy, 'Nietigheid van een samenhangende overeenkomst: is er ruimte voor een sneeuwbaaleffect?', *TPR* 2008, 555-602; Wéry 2011, 68-69, nr. 45.

20 Fories 2012, (149) 153-155; Samoy 2007, (51) 52, nr. 5 en 55-56, nrs. 13-17; Wéry, *Meerpartijenovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2012, (VII) X-XI, nr. 5.

21 Voor een bespreking van die rechtspraak, zie: T. Dang Vu, 'A Belgian Perspective on the Judgments of the French Cour de Cassation of 17 May 2013', *ERPL* 2014, (261) 266.

3 TYPOLOGIE

Traditioneel maakt men een onderscheid tussen drie vormen van meerpartijenovereenkomsten: de symmetrische (of bilaterale), de asymmetrische (of complexe) meerpartijenovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst.²² Daarnaast kan men een onderscheid maken al naargelang een overeenkomst van meet af aan als meerpartijenovereenkomst tot stand komt door de wils-overeenstemming van verschillende partijen of daarentegen als tweepartijenovereenkomst start en later door toetreding van één of meerdere partijen uitbreidt tot een meerpartijenovereenkomst.²³

Voor al die vormen van meerpartijenovereenkomsten, gelden niet noodzakelijk dezelfde regels. In zijn voorwoord bij een boek over consortiumovereenkomsten schreef Benabent: 'Le consortium est un peu caméléon!'²⁴ Die vaststelling gaat *a fortiori* op voor het *genus* meerpartijenovereenkomsten. De meerpartijenovereenkomst neemt vele kleuren aan en vereist, zoals hierna zal blijken, naargelang de vorm en de kleur genuanceerde antwoorden.²⁵

Er is sprake van een symmetrische meerpartijenovereenkomst, wanneer de overeenkomst slechts een unieke rechtsband tot stand brengt met aan elke zijde één of meerdere schuldenaren en/of schuldeisers die een gelijke positie innemen of met gelijkgerichte belangen tussenkomen. Het betreft bijvoorbeeld de aan- of verkoop van een huis door twee echtgenoten. Omdat de partijen steeds tot twee groepen herleid worden (partijen aan de actief- en aan de passiefzijde) en nagenoeg dezelfde rechtspositie innemen, wijkt die situatie niet sterk af van een 'gewone' tweepartijenovereenkomst. De verhouding tussen de partijen onderling die zich aan dezelfde zijde bevinden, is bovendien geregeld in het BW (art. 1231 e.v.). Het betreft de problematiek van de verbintenis met meerdere subjecten en de vraag naar (on)deelbaarheid of hoofdelijkheid.²⁶

Bij de asymmetrische meerpartijenovereenkomst neemt elke partij een eigen juridische positie in zonder dat het mogelijk is de partijen in twee groepen in te delen. Er treden meer dan twee groepen van partijen met tegengestelde of althans andersgerichte belangen op. Voorbeelden zijn de meerpartijenruil, de delegatieovereenkomst, de contractoverdracht, *etc.*²⁷

22 Foiriers 2012, (149) 151-152; Samoy 2007, (51) 57-58, nrs. 18-22; Van Gerven en Covemaker 2006, 64-65; Wéry 2012, (VII) XI-XII, nr. 6.

23 Foiriers 2012, (149) 151-152; Samoy 2007, (51) 57, nr. 18 en 63, nrs. 39 e.v.

24 A. Benabent, 'Préface' in C.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, Parijs, LGDJ, 2003, 432 p.

25 Samoy 2007, (51) 57, nr. 19.

26 L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 161-172, nrs. 128-135; Dirix, *TPR* 1983, (757) 763-764, nr. 9; Foiriers 2012, (149) 151-152; Samoy 2007, (51) 57, nr. 20; Wéry 2012, (VII) XI, nr. 6.

27 Dirix, *TPR* 1983, (757) 764-766, nr. 10; Foiriers 2012, (149) 151; Samoy 2007, (51) 57, nr. 21; Wéry 2012, (VII) XI-XII, nr. 6.

Bij een samenwerkingsovereenkomst gaat elke partij weliswaar een onderscheiden verbintenis aan, maar zijn alle verbintenissen samen gericht op de realisatie van een gemeenschappelijk project. Voorbeelden zijn de maatschap (art. 46 W.Venn.), een consortiumovereenkomst,²⁸ en samenwerkingsovereenkomsten in verband met wetenschappelijk onderzoek.^{29/30}

Recent hebben we, naar aanleiding van het aangehaalde onderzoeksproject, voorgesteld om de typologie van meerpartijenovereenkomsten te verfijnen.³¹ Het uitgangspunt is een eenvoudige (wederkerige) tweepartijenovereenkomst met een eenheid van partijen (A en B), waartussen een eenheid van verbintenissen bestaat (verbintenis 1 en 1 *bis*). Een eerste complicatie die kan optreden en die reeds aanleiding geeft tot een meerpartijenovereenkomst, is een pluraliteit van partijen (A, B, C, ...), waartussen evenwel nog steeds een eenheid van verbintenissen bestaat (verbintenis 1 en 1 *bis*). De partijen zijn op dezelfde wijze tot dezelfde verbintenissen gehouden. Twee verhuurders verhuren bijvoorbeeld een appartement aan twee huurders. De gevolgen van de pluraliteit van partijen zijn geregeld in het Burgerlijk Wetboek via de bepalingen inzake ondeelbaarheid en hoofdelijkheid. De lotsverbondenheid tussen verbintenis 1 en 1 *bis* wordt ondervangen via het begrip wederkerigheid.

Een tweede complicatie die kan optreden, is dat er naast een pluraliteit van partijen (A, B, C, ...) ook een pluraliteit van verbintenissen bestaat (verbintenis 1, 2, 3, ...). Dat type van meerpartijenovereenkomst is niet algemeen geregeld in het Burgerlijk Wetboek. De partijen zijn hier niet langer op dezelfde wijze tot dezelfde verbintenissen gehouden. Het is vooral voor dat type meerpartijenovereenkomst dat moderne oplossingen nodig zijn.

4 TOTSTANDKOMING

Art. 1108 BW somt de vier geldigheidsvereisten op voor een overeenkomst: bekwaamheid, wilsovereenstemming, oorzaak en voorwerp. Die vereisten zijn eveneens van toepassing op meerpartijenovereenkomsten.³² Hieronder gaan

28 Zie daarover: Chenut 2003.

29 Zie daarover: Samoy en Lambrecht 2011.

30 Dirix, *TPR* 1983, (757) 766-768, nrs. 11-12; Foiriers 2012, (149) 152; Samoy 2007, (51) 58, nr. 22; Wéry 2012, (VII) XII, nr. 6.

31 I. Samoy, 'Besluit' in I. Samoy en P. Wéry (eds.), *Meerpartijenovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2013, (293) 293, nrs. 2-3. Ook in Duitsland hanteert men een duale indeling voor meerpartijenovereenkomsten: Zwanzger 2013, 10-11.

32 T. Dang Vu en I. Samoy, 'Dynamic conclusion of the contract and proof' in I. Samoy en B. Lambrecht (eds.), *Consortium Agreements for Research Projects*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (49) 65, nr. 38; T. Dang Vu, 'De totstandkoming van meerpartijenovereenkomsten vanuit een statisch oogpunt en de toetreding van nieuwe partijen' in I. Samoy en P. Wéry (eds.), *Meerpartijenovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2013, (47) 47-48, nr. 3; Dirix, *TPR* 1983, (757) 769, nrs. 14 e.v.; Foiriers 2012, (149) 155-156.

we dieper in op de vereiste wilsovereenstemming en oorzaak, de toetreding van een partij tot een meerpartijenovereenkomst en de nietigheidssanctie.

4.1 Wilsovereenstemming en wilsgebreken

Net zoals het geval is bij een gewone overeenkomst,³³ vereist de totstandkoming van een meerpartijenovereenkomst de wilsovereenstemming van alle betrokken partijen. Dat betekent dat alle betrokken partijen een volwaardige wil moeten uiten, die het ontstaan van rechtsgevolgen beoogt en die gericht is tot de partijen met wie zij de overeenkomst willen sluiten. Daarbij is het niet nodig dat alle partijen gelijktijdig toestemmen. De overeenkomst komt tot stand op het ogenblik dat de laatste toestemming wordt verleend.³⁴

In het geval van meerpartijenovereenkomsten bestaat de mogelijkheid dat A tijdens de onderhandelingen een aanbod doet aan B, C en D en dat uitsluitend B en C aanvaarden. Dat D geen contractspartij wordt, spreekt dan voor zich. De vraag of er tussen A, B en C wel een overeenkomst tot stand is gekomen, is niet eenduidig te beantwoorden. Dat zal er namelijk van afhangen of de deelname van D essentieel of substantieel was voor de andere partijen. Een element is essentieel wanneer deze gelet op de aard en de strekking van de overeenkomst beslissend was voor de partijen, en substantieel wanneer het door de wilsuiting van de partijen was verheven tot een beslissend element.³⁵ Is de deelname van D essentieel of substantieel, dan komt de meerpartijenovereenkomst niet tot stand, bij gebreke aan wilsovereenstemming.³⁶ Volgens de meerderheid van de rechtsleer bestaat een vermoeden in die zin, behoudens aanwijzingen voor het tegendeel. Bij meerpartijenovereenkomsten worden partijen vermoed enkel zichzelf te willen verbinden op voorwaarde dat de andere partijen eveneens de overeenkomst sluiten.³⁷

Overeenkomstig art. 1109 BW is de toestemming ongeldig in geval van dwaling, bedrog of geweld. Sinds de twee cassatiearresten van 9 november

33 H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1961, 35-36, nr. 22; Stijns 2005, 74-76, nrs. 96-98; Van Gerven en Covemaker 2006, 111; P. Van Ommeslaghe, *De Page. Traité de droit civil belge*, II/1, Brussel, Bruylant, 2013, 134, nr. 59; Wéry 2011, 223-224, nr. 221.

34 Dang Vu 2013, (47) 48, nr. 5; Dirix, *TPR* 1983, (757) 769, nr. 14.

35 Zie: Cass. 12 juni 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1263, *Pas.* 1980, I, 1248 en *RW* 1981-82, 937.

36 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 67-68, nr. 43; Dang Vu 2013, (47) 49, nr. 6; Samoy 2007, (51) 62-63, nrs. 35-36.

37 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 67-68, nr. 43; Dang Vu 2013, (47) 49, nr. 6; Dirix, *TPR* 1983, (757) 769-770, nr. 15; Samoy 2007, (51) 63, nr. 36. Zie ook reeds bij negentiende-eeuwse auteurs: G. Baudry-Lacantinerie en L. Barde, 1906, nr. 42; C. Demolombe, *Traité des contrats*, I, Parijs, Durand & Pedone, 1877, 49, nr. 48; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, I, Parijs, Durand et Pedone, 1885, 3, nr. 3; G. Rau, C. Falcimaigne en M. Gault, *Cours de droit civil français*, IV, Parijs, LGDJ, 1902, 479. *Contra*: R. Demogue, *Traité des obligations en général*, II, Parijs, Arthur Rousseau, 1923, 247 en Tilquin en Simonart 1996, nr. 389, die het principe omkeren.

2012 vervolledigt de gekwalificeerde benadeling officieel de lijst van wilsgebreken.³⁸ Benadeling is slechts in enkele bijzondere gevallen als een wilsgebrek te beschouwen (art. 1108 BW) en wordt derhalve als een oneigenlijk wilsgebrek beschouwd. De sanctie voor dwaling, bedrog of geweld is de relatieve nietigheid van de overeenkomst, die uitsluitend door de benadeelde partij kan worden gevorderd. Is daarbij eveneens een precontractuele fout gemaakt en maakt de nietigheid geen voldoende herstel uit, kan een bijkomende schadevergoeding worden toegekend.³⁹ Bij gekwalificeerde benadeling bestaat de sanctie in principe uit een schadevergoeding, aangezien de grondslag volgens een *quasi* unanieme rechtsleer de *culpa in contrahendo* is. De rechter kan de overeenkomst echter ook vernietigen wanneer het slachtoffer zonder het misbruik de overeenkomst niet zou hebben gesloten.⁴⁰

Bij meerpartijovereenkomsten gelden in beginsel dezelfde principes.⁴¹ Niettemin is de toepassing van die regels bij meerpartijovereenkomsten complexer. Dwaling in hoofde van één van de partijen leidt tot de nietigheid van de overeenkomst wanneer die betrekking heeft op een essentieel of substantieel element en verschoonbaar is. Bovendien is het vereist dat de andere partijen dat overwegend belang kenden of behoorden te kennen.⁴² Het moet dus in het gezamenlijke 'champ contractuel' zijn getreden. Om na te gaan of dat het geval is bij meerpartijovereenkomsten moet gekeken worden naar het gemeenschappelijk doel dat de partijen zich bij de overeenkomst gesteld hebben.⁴³ Voor bedrog geldt als één van de voorwaarden dat kunstgrepen moeten uitgaan van de medecontractant.⁴⁴ Bij meerpartijovereenkomsten rijst de vraag of het bedrog door één van de partijen de nietigheid rechtvaardigt, ook wanneer de andere partijen niet aan dat bedrog hebben deelgenomen. Volgens de meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer is dat niet het geval, aangezien de nietigheidssanctie dan ook de onschuldige partijen zou treffen. Het toekennen van een schadeloosstelling aan de bedrogen partij zou volgens

38 Cass. 9 november 2012, *Pas.* 2012, 2178 en 2183, *TBBR* 2013, 129, noot M. de Potter de ten Broeck, *RW* 2012-13, 1416, noot E. Adriaens, *T.Fam.* 2013, 132, noot V. Hulpiau en *Not.Fisc.M.* 2013, 117, noot H. Casman.

39 Stijns 2005, 83-84, nr. 108, 86-87, nr. 115 en 89, nr. 121; Van Ommeslaghe en De Page 2013, 266, nr. 147, 281, nr. 159 en 288, nr. 166; Wéry 2011, 229-230, nr. 227, 237, nr. 235, 248, nrs. 250-251 en 254, nr. 260.

40 M. de Potter de ten Broeck, 'De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag?' (noot onder Cass. 9 november 2012), *TBBR* 2013, (131) 138-139, nr. 20; Stijns 2005, 92, nr. 126; Van Gerven en Covemaker 2006, 125-127; Wéry 2011, 258, nr. 266.

41 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 52, nr. 12.

42 Cass. 24 september 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1735, *Pas.* 2007, 1602, *TBBR* 2009, 216, noot D. Philippe, *RW* 2009-10, 1735 en *JLMB* 2008, 1171; Stijns 2005, 80, nrs. 103 e.v.; Wéry 2011, 231, nrs. 229 e.v.

43 Dirix, *TPR* 1983, (757) 775, nr. 22; Foriers 2012, (149) 162; Tilquin en Simonart 1996, nr. 390.

44 A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 91, nr. 105; Stijns 2005, 84, nr. 109; Van Ommeslaghe en De Page 2013, 279, nr. 157; Wéry 2011, 246, nr. 247.

Dirix dan de meest adequate oplossing zijn.⁴⁵ Wanneer het bedrog uitgaande van één van de partijen een verschoonbare dwaling zou uitmaken in hoofde van de contractspartij, zou die partij echter wel nog steeds de nietigheid op grond van dwaling kunnen bekomen.⁴⁶ De vraag rijst echter of een partiële nietigheid in die gevallen waar het bedrog slechts van één partij uitgaat niet tot meer genuanceerde antwoorden kan leiden.⁴⁷ Wordt een partij die toetreedt tot een meerpartijenovereenkomst bedrogen door de partij die optreedt voor naam en voor rekening van de overige partijen, dan kan dat bedrog aan hen worden toegerekend en is de nietigheid mogelijk.⁴⁸ Geweld leidt steeds tot de nietigheid van de overeenkomst, zelfs al gaat ze uit van een derde.⁴⁹ Bijgevolg geldt dat ook wanneer het geweld of de dwang uitgaat van één van de partijen en de anderen daaraan niet deelnemen.⁵⁰ De gekwalificeerde benadeling van een partij bij een meerpartijenovereenkomst leidt tot een recht op schadevergoeding, ongeacht of de benadeling uitgaat van één of meerdere partijen.

4.2 Oorzaak

Net zoals een tweepartijenovereenkomst is een meerpartijenovereenkomst onderworpen aan de geldigheidsvereiste van de oorzaak. De meerpartijenovereenkomst moet een oorzaak hebben (art. 1131 BW) en die oorzaak moet geoorloofd zijn (art. 1133 BW). In een arrest van 14 maart 2008 heeft het Belgische Hof van Cassatie voor de eerste maal een definitie gegeven van de oorzaak

45 Dirix, *TPR* 1983, (757) 775-776, nr. 22 en de verwijzingen aldaar; Kruithof, Bocken, De Ly en De Temmerman, 1994, *TPR*, (171) 353-354, nr. 129. *Contra*: Brussel 6 maart 1979, *RPS* 1981, 32; Tilquin en Simonart 1996, nr. 390.

46 Kruithof, Bocken, De Ly en De Temmerman 1994, *TPR*, (171) 353-354, nr. 129. In het arrest van het hof van beroep te Brussel van 6 maart 1979 was er wel een essentiële dwaling, maar leek de verschoonbaarheid betwistbaar te zijn.

47 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 70, nr. 47.

48 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 69-70, nr. 47. In verband met bedrog door een vertegenwoordiger, zie: Cass. 9 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 318, *Bull.* 1988, 298, *JLMB* 1988, 43, *Pas.* 1988, I, 298 en *TRV* 1988, 355, noot M. Wyckaert; Rb. Bergen 3 juni 1987, *JL* 1987, 1044; Lenaerts 2013, 92, nr. 106.

49 Stijns 2005, 88, nr. 108; Van Ommeslaghe en De Page 2013, 282, nr. 161; Wéry 2011, 250-251, nr. 255.

50 Dirix, *TPR* 1983, (757) 776, nr. 22; Tilquin en Simonart 1996, nr. 390.

van een verbintenis in een wederkerige overeenkomst.⁵¹ Volgens het Hof bestaat in een wederkerige overeenkomst

‘de oorzaak van de verbintenissen van een van de partijen niet uitsluitend in het geheel van de verbintenissen van de andere partij, maar in diegene van de beweegredenen die de schuldenaar ervan hoofdzakelijk hebben beïnvloed en hem ertoe hebben aangezet te contracteren.’

De vereiste oorzaak is dus een duaal begrip. De externe of subjectieve oorzaak is de determinerende beweegreden die door de partijen in het contractuele veld is opgenomen of volgt uit de aard van de overeenkomst. De interne of objectieve oorzaak duidt op het waarom iemand zich verbindt of de grondslag voor de gebondenheid.⁵² Bij een wederkerige tweepartijovereenkomst ligt de reden waarom partijen zich verbinden doorgaans in het *quid pro quo*. De oorzaak van verbintenis van de ene partij is de prestatie van de andere. Het *quid* en het *pro quo* situeren zich dus binnen een zelfde verhouding.⁵³

Bij een meerpartijovereenkomst is de situatie echter complexer. De feiten die ten grondslag liggen aan een arrest van het Belgische Hof van Cassatie kunnen dat illustreren. Tussen A, B en C was een meerpartijovereenkomst gesloten. A zou vers kapitaal inbrengen in vennootschap B en C (de oprichter van B) zou bepaalde intellectuele eigendomsrechten overdragen aan B. De erfgenamen van C betwisten na diens dood de rechtsgeldigheid van die overdracht. Volgens hen had die overdracht geen oorzaak aangezien in de overeenkomst geen tegenprestatie vanwege de B ten voordele van C bedongen was. Het Hof van Cassatie treedt de feitenrechter bij in zijn oordeel dat de gehele operatie en de inbreng door A, C ook rechtstreeks of onrechtstreeks ten goede zou komen, waardoor die voordelen een voldoende oorzaak inhoudt voor de overdracht van C aan B.⁵⁴

51 Cass. 14 maart 2008, *Pas.* 2008, 708, *RCJB* 2011, 329, noot S. Nudelholc, *RW* 2010-11, 21 en *TBBR* 2010, 195; Wéry 2011, 284-285, nr. 297. In twee eerdere arresten had het Hof Van Cassatie zich al over de oorzaak bij een schenking onder de levenden uitgesproken (Cass. 16 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 371, *Bull.* 1990, 331, *Pas.* 1990, I, 331, *RCJB* 1993, 73, noot S. Nudelholc, *RW* 1989-90, 1259 en *TBBR* 1990, 294, noot L. Raucant) en bij een testamentaire beschikking (Cass. 21 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 168, *Bull.* 2000, 165, *JT* 2000, 573, *R.Cass.* 2001, 101, noot M. Van Quickenborne, *RCJB* 2004, 77, noot J. Romain, *RW* 2000-01, 1016, noot J. Neuts): S. Nudelholc, ‘La théorie postmoderne de la cause et le sort des donations en cas de disparition de leur cause’ (noot onder Cass. 14 maart 2008 en Cass. 12 december 2008), *RJCB* 2011, (350) 354, nr. 4.

52 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 73, nr. 56; Stijns 2005, 102-103, nrs. 141-143; A.-L. Verbeke, N. Carette en K. Vanhove, *R. Dekkers. Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 47, nr. 82.

53 Samoy 2007, (51) 66, nr. 49

54 Cass. 25 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 425, *Bull.* 1983, 388, *Pas.* 1983, I, 388 en *RW* 1984-85, noot E. Dirix.

Bij meerpartijenovereenkomsten hoeft de objectieve oorzaak van een verbintenis dus niet noodzakelijk gesitueerd te zijn in de verhouding schuldeiser-schuldenaar (B-C), maar kan zij evenzeer liggen in de verhouding tussen de schuldenaar en een andere partij (A). Bijgevolg is het mogelijk om in meerpartijenovereenkomsten abstracte verbintenissen in het leven te roepen, verbintenissen waarvan de oorzaak zich niet in de verhouding schuldenaar-schuldeiser bevindt.⁵⁵

Met betrekking tot de subjectieve of externe oorzaak kan de vraag rijzen naar de gevolgen indien slechts één van de partijen aan een meerpartijenovereenkomst ongeoorloofde beweegredenen heeft om de overeenkomst te sluiten. Leidt dat tot de absolute nietigheid van de gehele overeenkomst of moeten die beweegredenen in hoofde van alle partijen bestaan? Voor tweepartijenovereenkomsten oordeelde het Belgische Hof van Cassatie in 2000 dat wanneer een zaak het openbaar belang aangaat, het voldoende is dat één partij een ongeoorloofde beweegreden had om te contracteren en dat het niet noodzakelijk is dat die reden door de medecontractant gekend was.⁵⁶ Als men die rechtspraak naar meerpartijenovereenkomsten zou transponeren, betekent dat volgens een groot deel van de rechtsleer dat een ongeoorloofde oorzaak in hoofde van één partij zou volstaan opdat de gehele overeenkomst nietig is.⁵⁷ Die nietigheid kan worden gevorderd door elke partij, zowel de onschuldige als de schuldige partij. De onschuldige partij kan zich evenwel op het adagium 'in pari causa turpitudinis cessat repetitio' beroepen om de restitutie van wat al is uitgevoerd te weigeren. Bovendien kan het gedrag van de schuldige partij diens buitencontractuele aansprakelijkheid in het gedrang brengen.⁵⁸ We sluiten ons echter aan bij een nuancering die recent door Foriers is aangebracht. Hij toont op overtuigende wijze aan dat een ongeoorloofde oorzaak in hoofde van één partij niet noodzakelijk de nietigheid van de gehele meerpartijenovereenkomst hoeft te betekenen. De rechtspraak met betrekking tot tweepartijenovereenkomsten is immers niet volkomen te transponeren naar meerpartijenovereenkomsten. Bij tweepartijenovereenkomsten blijven er door de ongeoorloofde oorzaak geen twee verbintenissen meer over om nog een geldige (wederkerige) overeenkomst te vormen, terwijl dat niet zo hoeft te zijn in een

55 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 73, nr. 57; Dang Vu 2013, (47) 56, nrs. 21-22; Dirix, *TPR* 1983, (757) 777-779, nr. 25. Zie daarover uitgebreid: E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Kluwer, Antwerpen, 1984, 147, nr. 200.

56 Cass. 12 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1564, *Bull.* 2000, 1531, *RCJB* 2003, 74, noot P. Wéry, *RW* 2002-03, 416, noot A. Van Oevelen en *TBBR* 2001, 549; Cass. 7 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1554, *Pas.* 2004, 1513, concl. O.M. en *TBBR* 2005, 60; Cass. 9 september 2005, *TBBR* 2007, 432, noot M. Dupont; Stijns 2005, 108-109, nr. 150. Wéry 2011, 293-294, nr. 305.

57 Dang Vu 2013, (47) 55, nr. 19; Foriers 2012, (149) 156; Samoy 2007, (51) 67, nr. 53. Zie reeds: Dirix, *TPR* 1983, (757) 779, nr. 26.

58 Dang Vu 2013, (47) 55, nr. 20; Samoy 2007, (51) 67, nr. 53. Zie ook: Stijns 2005, 109, nr. 150; Van Ommeslaghe en De Page 2013, 379-381, nr. 230; Wéry 2011, 295-297, nr. 306.

meerpartijenovereenkomst.⁵⁹ Sluiten A, B en C een overeenkomst en heeft A daarbij een ongeoorloofde doelstelling, dan zou de overeenkomst nog steeds tussen B en C geldig tot stand kunnen komen. Voorwaarde is dan wel dat de deelname van A niet essentieel of substantieel is.

In meerpartijenovereenkomsten is de oorzaak meer dan een loutere geldigheidsvereiste. Meerpartijenovereenkomsten worden gekenmerkt door gemeenschappelijke motieven en doelstellingen die de individuele motieven overstijgen. De oorzaak houdt de verschillende contractuele verhoudingen tussen de partijen samen. Bij gebreke daaraan zou de meerpartijenovereenkomst fragmenteren tot disparate rechtsverhoudingen die elk afzonderlijk gezien zinloos zouden zijn.⁶⁰

4.3 Toetreding

Meerpartijenovereenkomsten bestaan niet steeds *ab initio* uit meer dan twee partijen. Vaak treden na het sluiten van een (meerpartijen)overeenkomst nog andere partijen toe tot de overeenkomst. Het juridisch kader van een dergelijke toetreding kan uiteenlopende vormen aannemen. Meer bepaald is het van belang of de overeenkomst al dan niet reeds in de mogelijkheid voorziet om nieuwe partijen op te nemen.

Voor de toetreding van een nieuwe partij gelden in principe de gemeenrechtelijke regels. Wanneer de overeenkomst niet in een afwijkende regeling voorziet, is er dus wilsoverstemming nodig van alle partijen: de oude partijen en de nieuwe partij die toetreedt. De toetredingshandeling kan in dat geval als een overeenkomst worden beschouwd. De wil kan door elke partij afzonderlijk geuit worden of door één van hen die optreedt zowel in eigen naam en voor eigen rekening als in naam en voor rekening van de andere oude partijen. In dat geval kan de toetreding plaatsvinden zonder dat de oude partijen nog hun medewerking hoeven te verlenen. Daarnaast komt het ook vaak voor dat de overeenkomst zelf reeds in de mogelijkheid voorziet om een derde als partij in de overeenkomst op te nemen. In dat geval kan de toetredingshandeling beschouwd worden als een eenzijdige wilsuiting. Dat kan ook stilzwijgend plaatsvinden.⁶¹

59 Foiriers 2012, (149)79-80.

60 A. De Boeck, 'De totstandkoming van de meerpartijenovereenkomst vanuit dynamisch perspectief' in I. Samoy en P. Wéry (eds.), *Meerpartijenovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2013, (19) 23; Dirix, *TPR* 1983, (757) 27; Samoy 2007, (51) 67, nr. 51.

61 N. Carette, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 103, nr. 108; T. Dang Vu en I. Samoy, 'Dynamic conclusion of the contract and proof' in I. Samoy en B. Lambrecht (eds.), *Consortium Agreements for Research Projects*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (49) 81, nr. 72; Dang Vu 2013, (47) 58, nrs. 27-28; Dirix, *TPR* 1983, (757) 772-773, nr. 18; E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Kluwer, Antwerpen, 1984, 73-74, nr. 98; Foiriers 2012, (149) 157-160; Samoy 2007, (51) 63-64, nrs. 39-40.

Van contractstoetreding zijn vele toepassingen bekend. In het vervoerrecht verklaart men het vorderingsrecht van de geadresseerde door de toetreding krachtens eenzijdige wilsuiking tot de vervoersovereenkomst tussen de afzender en de vervoerder.⁶² Het Belgische Hof van Cassatie heeft in het kader van de verplichte autoverzekering ook een beroep gedaan op het mechanisme van de toetreding.⁶³ Een chauffeur die achter het stuur van een verzekerde wagen plaatsneemt, treedt volgens het Hof van Cassatie toe tot de overeenkomst tussen de verzekeraar en de verzekeringsnemer. Het Hof oordeelt dat

‘door het in het verkeer brengen van een motorrijtuig dat overeenkomstig de bepalingen van voormelde wet door de eigenaar-verzekeringnemer is verzekerd, de bestuurder met de hem betreffende bedingen van de verzekeringsovereenkomst instemt zowel wat betreft de verplichtingen die hem deswege ten laste vallen als wat de voordelen betreft die hem daaruit ten goede komen.’

Bijgevolg kan de verzekeraar de door hem aan het slachtoffer betaalde bedragen verhalen op de bestuurder wanneer dat volgens de polis mogelijk is ingeval van grove fout.⁶⁴

Als gevolg van een geldige toetreding wordt de derde contractspartij. In principe is hij op dezelfde wijze gebonden en geniet hij dezelfde rechten als de oorspronkelijke partijen.⁶⁵ Dat principe leidt echter uitzondering wanneer de gebondenheid voortvloeit uit een overeenkomst, een beding ervan, of uit externe elementen waarvan de toetredende partij geen kennis had en dat gebrek aan kennis een verschoonbare dwaling uitmaakt of de precontractuele aansprakelijkheid van de partijen in het gedrang brengt. Bovendien kan een beroep op de goede trouw een rol spelen wanneer de strikte toepassing van de overeenkomst tot excessen zou leiden.⁶⁶

62 R. De Wit, ‘Het beschikkingsrecht over de goederen’ in A. Poelmans (ed.), ‘Overzicht van rechtspraak. Vervoersrecht 1976-2012’, *TPR* 2013, (1851) 1851-1852, nr. 62; J. Loyens, *Handboek transportrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 11, nr. 14; Van Ommeslaghe en De Page 2013, 765, nr. 501; J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1988, 629, nr. 765.

63 Cass. 28 november 1975, *Arr. Cass.* 1976, 401, noot E.K., *Pas.* 1976, I, 393, noot E.K. en *RCJB* 1978, 142, noot S. Fredericq.

64 E. Dirix, ‘Pluraliteit van verzekeringen in de W.A.M.’, *Jura Falc.* 1978-1979, (29) 32-33; Foriers 2012, (149) 159; L. Schuermans, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 270-271, nr. 365; Van Ommeslaghe en De Page 2013, 763-765, nr. 500.

65 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 83, nr. 75; Dirix, *TPR* 1983, (757) 773, nr. 19; Samoy 2007, (51) 65, nr. 44; Tilquin en Simonart 1996, nr. 393. Zie reeds: R. Demogue, *Traité des obligations en général*, VII, Parijs, Arthur Rousseau, 1933, 8, nr. 656bis.

66 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 83-84, nr. 75; Dang Vu 2013, (47) 59-60, nr. 31; Samoy 2007 in: *Droits des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, (7) 28, nr. 45. Zie bijvoorbeeld: Bergen 3 november 1982, *JT* 1983, 84.

4.4 Nietigheid

Wanneer niet alle geldigheidsvereisten voor de totstandkoming van een overeenkomst zijn vervuld, dan is de overeenkomst in zijn geheel nietig.⁶⁷ In de Belgische rechtsleer is echter al geruime tijd een tendens aan de gang om de radicale nietigheids sanctie te moduleren naar de noden van het specifieke geval, opdat de sanctie zijn doel niet voorbij zou schieten. Volgens Van Gerven is de nietigheid immers ‘als een kledingstuk dat op maat moet worden gemaakt.’⁶⁸ De mogelijkheid van een partiële nietigheid kan voor meerpartijovereenkomsten van groot belang zijn. Daar stelt zich immers de vraag tot hoever de nietigheids sanctie moet strekken. Wat als slechts één partij verschoonbaar gedwaald heeft of onbekwaam was? Kan de nietigheids sanctie zich dan beperken tot die ene partij?

In de rechtspraak⁶⁹ en rechtsleer⁷⁰ wordt een dergelijke ‘personele partiële nietigheid’ mogelijk geacht. De rechter kan in bepaalde gevallen volstaan met het ‘schrappen’ of ‘wegnijden’ van één van de partijen, zodat de overeenkomst tussen de andere partijen behouden kan blijven. Op die manier wordt de nietigheids sanctie op maat toegepast en reiken haar gevolgen niet verder dan nodig. Die mogelijkheid komt evenwel slechts in het vizier wanneer er tussen die partij en de overeenkomst geen onlosmakelijke band is. Dat betekent dat de aanwezigheid van die persoon als partij bij de overeenkomst voor de andere partijen niet essentieel of substantieel is.⁷¹

Recent sprak de Hasseltse rechtbank van eerste aanleg zich uit over de uitoefening van een vordering tot nietigverklaring van een meerpartijovereenkomst. Is het nodig dat alle partijen in het geding worden betrokken? *In casu* hadden moeder en dochter in een driepartijovereenkomst aandelen in een vennootschap gekocht. De moeder stelde naderhand tegen de verkoper een vordering tot nietigverklaring in op grond van bedrog, zonder dat de dochter in de procedure werd betrokken. Zelfs niet nadat de rechtbank daarop in een tussenvonnis gehint had. De rechtbank oordeelde dat de vernietiging van een meerpartijovereenkomst in principe beperkt kan worden tot de partij in wiens hoofde een geldigheidsvoorwaarde bij de totstandkoming van de overeenkomst niet is vervuld. Het criterium daarbij is de vraag of de aanwezig-

67 Stijns 2005, 126-127, nr. 174; Wéry 2011, 325, nr. 331.

68 W. Van Gerven, *Algemeen deel*, Gent, Story-Scientia, 1987, 443, nr. 138. Zie verder: Stijns 2005, 131-133, nrs. 182-183; Wéry 2011, 325-326, nr. 331.

69 Rb. Hasselt 13 augustus 2010, *TBBR* 2012, 502, noot T. Tanghe.

70 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 79-80, nr. 58; Dirix, *TPR* 1983, (757) 782-783, nr. 29; Samoy 2007, in: *Droits des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, (7) 68-69, nrs. 56; T. Tanghe, ‘Een vordering tot vernietiging van een meerpartijovereenkomst: alle contractspartijen in het geding betrekken?’ (noot onder Rb. Hasselt 13 augustus 2010), *TBBR* 2012, (504) 505, nr. 3.

71 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 79-80; Dirix, *TPR* 1983, (757) 782-783, nr. 29; Samoy 2007, in: *Droits des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, (7) 68-69, nrs. 56-60.

heid van een persoon als partij bij de overeenkomst een *conditio sine qua non* geweest is voor het verlenen van hun eigen toestemming. Naar het oordeel van de rechtbank was dat *in casu* het geval. De rechtbank wijst de vordering tot vernietiging bijgevolg af als onontvankelijk omdat een gedeeltelijke vernietiging in de gegeven omstandigheden niet mogelijk was en niet alle bij de meerpartijenovereenkomsten betrokken partijen bij de vordering tot nietigverklaring betrokken waren.⁷²

5 INTERPRETATIE

De artt. 1156 tot 1164 BW leggen de interpretatieregels vast. Een centrale positie wordt door art. 1156 BW ingenomen. Volgens dat artikel moet men in overeenkomsten nagaan wat de gemeenschappelijk bedoeling van de contracterende partijen is geweest, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden.⁷³ Dat principe geldt evenzeer voor meerpartijenovereenkomsten waar de rechter de voorkeur moet geven aan de gemeenschappelijke bedoelingen van alle partijen.⁷⁴ De toepassing van die regel bij meerpartijenovereenkomsten leidt meestal niet tot problemen bij overeenkomsten die *ab initio* een meerpartijenovereenkomst waren. De pluraliteit van partijen voegt weliswaar enige complexiteit toe, maar het uitgangspunt blijft hetzelfde. De rechter moet nagaan wat de gemeenschappelijke bedoeling was van de partijen rond de onderhandelingstafel.⁷⁵ De situatie is heel wat complexer bij meerpartijenovereenkomsten waar naderhand andere partijen zijn toegetreden. Naar Belgisch recht kan de rechter gebruik maken van voorbereidende documenten om de overeenkomst te interpreteren.⁷⁶ Dat kan problematisch zijn voor toegetreden partijen die niet bij die onderhandelingen betrokken waren en daarom niet op de hoogte zijn van het bestaan van die documenten.⁷⁷ Hoger werd reeds geargumenteed dat een toegetreden partij in principe op dezelfde wijze gebonden is en dezelfde rechten geniet als de oorspronkelijke partijen. In bepaalde gevallen kan de toegetreden partij bescherming vinden door een

72 Rb. Hasselt 13 augustus 2010, *TBBR* 2012, 502, noot T. Tanghe.

73 Stijns 2005, 55, nr. 74; Van Ommeslaghe en De Page 2013, 611-612, nr. 389; Wéry 2011, 394-395, nr. 415.

74 Dirix, *TPR* 1983, (757) 785, nr. 33; Samoy 2007, (51) 59, nr. 26. Dirix merkt wel op dat een bepaald beding gezien de structuur van meerpartijenovereenkomsten tussen bepaalde partijen mogelijks een specifieke uitleg krijgt op grond van extrinsieke omstandigheden eigen aan die partijen.

75 Dirix, *TPR* 1983, (757) 785, nr. 33; Foriers 2012, (149) 164.

76 Stijns 2005, 56, nr. 76; Van Ommeslaghe en De Page 2013, 611-612, nr. 389; Wéry 2011, 396, nr. 416.

77 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 82, nr. 74; Dang Vu 2013, (47) 61, nr. 34; Samoy 2007, (51) 64, nr. 41.

beroep op een wilsgebrek of de precontractuele aansprakelijkheid.⁷⁸ Aangezien de regels met betrekking tot de interpretatie niet van dwingend recht of van openbare orde zijn, kan men er in een overeenkomst van afwijken. Het verdient dan ook aanbeveling om dergelijke interpretatieproblemen conventioneel te ondervangen.⁷⁹ Dat kan bijvoorbeeld door middel van een vierhoekenbeding of *entire agreement clause*. Het doel van een dergelijk beding is het beperken van de inhoud van de overeenkomst tot hetgeen in de akte is opgenomen (*negotium* en *instrumentum* vallen dan samen).⁸⁰ Een dergelijk beding toont de intentie van de partijen aan om externe elementen te weren uit de inhoud van de overeenkomst, maar leidt niet *ipso facto* tot de uitsluiting ervan voor de interpretatie van de overeenkomst. Voor partijen die dat wel wensen, is het dus aangewezen om een uitdrukkelijke clausule in die zin in hun overeenkomst op te nemen.⁸¹

6 INHOUD EN WIJZIGING VAN DE OVEREENKOMST

Volgens art. 1134, eerste lid BW strekt de overeenkomst de partijen tot wet. Een wijziging van de inhoud van de overeenkomst is bijgevolg slechts mogelijk wanneer alle partijen hun toestemming verlenen.⁸² Die situatie kan in meerpartijenovereenkomsten tot moeilijkheden leiden aangezien één partij alles kan blokkeren en noodzakelijke wijzigingen kan tegenhouden. Foriers merkt terecht op dat de mogelijkheid om dergelijke gedragingen met rechtsmisbruik te sanctioneren geen voldoende bescherming biedt.⁸³

Om die reden voorzien meerpartijenovereenkomsten vaak dat een (gekwaliceerde) meerderheid van de partijen de inhoud van de overeenkomst kan wijzigen. Dergelijke conventionele regelingen zijn in principe geldig en verbinden alle partijen.⁸⁴ Zo oordeelde het Belgische Hof van Cassatie reeds in 1884 dat de statuten van een gewone commanditaire vennootschap het recht om tot een kapitaalverhoging of een statutenwijziging te besluiten aan een bepaal-

78 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 83, nr. 75; Samoy 2007, (51) 65, nr. 44. Volgens Foriers kan men een partij die toegetreden is geen interpretatie tegenwerpen die niet veruitwendigd is, aangezien men zich slechts kan verbinden tot hetgeen waarvan men kennis heeft: Foriers 2012, (149) 166-168. Uit een nauwkeurige lezing blijkt zijn standpunt echter niet zo verschillend te zijn.

79 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 84, nrs. 76-77; Dang Vu 2013, (47) 61-63, nrs. 35-39; Samoy 2007, (51) 66, nr. 47

80 Dang Vu 2013, (47) 61-62, nrs. 35; W. Vaassen, 'Entire Agreement Clause (EAC). Beperking van de rechterlijke inhoudsbepaling (interpretatie en aanvulling) van contracten aan de hand van externe elementen?', *Jura Falc.* 2009-2010, (3) 9-10.

81 Dang Vu 2013, (47) 62-63, nrs. 37-39.

82 Stijns 2005, 41, nr. 52; Wéry 2011, 889-890, nr. 957.

83 Foriers 2012, (149) 169-170.

84 Dirix, *TPR* 1983, (757) 784, nr. 32; Foriers 2012, (149) 169-170; Tilquin en Simonart 1996, nr. 400.

de meerderheid kunnen overlaten.⁸⁵ Dat betekent niet dat de meerderheid onbeperkt zijn wil aan de minderheid kan opleggen.⁸⁶ Een eerste beperking is namelijk het vereiste van goede trouw en meer bepaald het verbod op rechtsmisbruik. De rechter oefent hierbij een marginale toetsing uit op de meerderheidsbeslissing. Een tweede beperking houdt in dat een partij of een meerderheid van partijen onmogelijk een wijziging kan opleggen die de economie van de overeenkomst overhoop zou halen.⁸⁷ Daarvoor is unanimititeit van de partijen nodig.

7 ONTBINDING

Volgens art. 1184 BW heeft de benadeelde schuldeiser die met een toerekenbare niet-nakoming van zijn schuldenaar geconfronteerd wordt, de keuze tussen de gedwongen uitvoering van de overeenkomst en de gerechtelijke ontbinding ervan, desgevallend met een bijkomende schadevergoeding. Het betreft dus een keuze tussen de instandhouding en de beëindiging van de overeenkomst.⁸⁸ In principe grijpt de ontbinding op de gehele overeenkomst in: ze geldt voor de toekomst en het verleden (*ratione tempore*), heeft betrekking op alle bedingen van de overeenkomst (*ratione materiae*) en heeft uitwerking ten aanzien van alle partijen (*ratione personae*).⁸⁹ Bij meerpartijenovereenkomsten roept de ontbinding verschillende vragen op. Zo is het nodig om de grondslag en de reikwijdte van de ontbindingssanctie te onderzoeken.

Het ontbindingsrecht bij wanprestatie en de bevrijding van de schuldeiser vindt haar verklaring in de samenhang, de onderlinge afhankelijkheid of de wederkerigheid van de verbintenissen van de partijen.⁹⁰ Vooraleer zich over de ontbinding (van een meerpartijenovereenkomst) uit te spreken, moet de rechter dus nagaan of er een dergelijke wederkerigheid voorhanden is.⁹¹ In tweepartijenovereenkomsten is die wederkerigheid meestal eenvoudig te schetsen: *do ut des*. De oorzaak voor de verbintenis van A tegenover B bevindt zich m.a.w. in de wederprestatie door B aan A. Hoger hebben we voor meer-

85 Cass. 18 juli 1884, *Pas.* 1884, I, 292.

86 Dirix, *TPR* 1983, (757) 784, nr. 32; Van Ommeslaghe en De Page 2013, 311-315, nr. 186; Wéry 2011, 891, nr. 960.

87 Foriers 2012, (149) 172-173.

88 Stijns 2005, 147-148, nr. 204; S. Stijns, C. Goethals en S. Jansen, 'De ontbinding en de exceptie van niet-uitvoering bij meerpartijenovereenkomsten' in: I. Samoy en P. Wéry (eds.), *Meerpartijenovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2013, (113) 115, nr. 4; Van Gerven en Covemaker 2006, 196; Wéry 2011, 631-632, nr. 670.

89 S. Stijns, C. Goethals en S. Jansen 2013, (113) 144-145, nr. 55; Van Gerven en Covemaker 2006, 206-207; Wéry 2011, 635-636, nr. 674.

90 H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 835-836, nr. 835; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 148, nr. 95; Wéry 2011, 625, nr. 661.

91 Samoy en Maes *TBBR*, 2011 (189) 193, nr. 13.

partijenovereenkomsten echter reeds gezien dat de oorzaak van de verbintenis van A ten opzichte van B niet noodzakelijk in diens verhouding met B hoeft te liggen (bilaterale wederkerigheid). De oorzaak van de verbintenis van A tegenover B kan evengoed in de verbintenis van B tegenover C liggen (multilaterale wederkerigheid).⁹² Een dergelijke wederkerigheid tussen de verbintenissen van de partijen lijkt een ontbinding te kunnen schragen.⁹³

Zoals vermeld is de ontbinding van de overeenkomst in principe volledig en raakt die alle partijen. Men kan zich echter afvragen of het mogelijk is om de ontbinding van een meerpartijenovereenkomst (net zoals de nietigheid) te beperken tot één enkele partij, terwijl de overeenkomst tussen de andere partijen blijft voortbestaan. In een recent arrest sprak het Belgische Hof van Cassatie zich uit over de ontbinding van een meerpartijenovereenkomst. Het oordeelde dat niet ontbonden kan worden:

‘een meerpartijenovereenkomst waarin elke partij een eigen rechtspositie inneemt en waarin de rechten en de verplichtingen van de partijen dusdanig ondeelbaar met elkaar zijn verbonden dat de overeenkomst niet kan worden gesplitst in deelovereenkomsten.’⁹⁴

Op basis van een *a contrario* redenering kan men argumenteren dat een gedeeltelijke ontbinding wel mogelijk is wanneer de rechten de verplichtingen van de partijen niet dusdanig ondeelbaar met elkaar verbonden zijn dat de overeenkomst kan gesplitst worden in deelovereenkomsten. Het vormt dus een impliciete erkenning van een personele gedeeltelijke ontbinding, een ontbinding die beperkt blijft tot één partij.⁹⁵

De feiten die aan het arrest ten grondslag liggen, luiden als volgt. Zeven partijen (drie vennootschappen van de Philips Groep en vier minderheidsaandeelhouders) sluiten een exit-overeenkomst. Er wordt niet betwist dat die overeenkomst als een dading moet worden gekwalificeerd. De overeenkomst bepaalt o.m. dat de drie vennootschappen van de Groep Philips alle aandelen van Philips Hearing Implants NV zullen verwerven. Tezelfdertijd verbinden deze vennootschappen zich jegens de minderheidsaandeelhouders ertoe om een koper te zoeken voor de aandelen of de activa van de vennootschap. De minderheidsaandeelhouders krijgen daarenboven een vetorecht en een voor-

92 Samoy en Maes *TBBR*, 2011 (189) 193, nr. 13.

93 Dirix, *TPR* 1983, (757) 790, nr. 41; Samoy en Maes 2011, *TBBR* 2011 (189) 193, nr. 13.

94 Cass. 17 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2270, *RW* 2008-09, 1640, *TBBR* 2011, 232, noot I. Samoy en A. Maes, *TBO* 2008, 218.

95 Samoy 2010, (195) 196, nr. 2; Samoy en Maes *TBBR*, 2011 (189) 190, nr. 2; S. Stijns, S. Jansen en K. Vanhove, ‘Contractual liability by non-performance and termination by fault’ in I. Samoy en B. Lambrecht (eds.), *Consortium Agreements for Research Projects*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (163) 246, nr. 126; S. Stijns, C. Goethals en S. Jansen 2013, (113) 154, nr. 71; Wéry 2011, 638-639, nr. 679. Voorzichtiger is: Foriers 2012, (149) 181. Zie reeds vroeger in dezelfde zin: Dirix, *TPR* 1983, (757) 791, nr. 42.

kooprecht toegekend. Eén van de minderheidsaandeelhouders (de eiser in cassatie) verwijt de vennootschappen van de Groep Philips (de verweerders in cassatie) de dading niet nagekomen te zijn en vordert (alleen) de ontbinding van de exit-overeenkomst, zonder de drie andere minderheidsaandeelhouders in de procedure te betrekken. De rechter in eerste aanleg acht die vordering ontoelaatbaar aangezien de wederzijdse verhoudingen tussen de partijen onlosmakelijk met elkaar verbonden waren. Het hof van beroep te Antwerpen bevestigt het vonnis van de eerste rechter.

Het cassatieberoep faalt. Het Hof van Cassatie oordeelt dat een meerpartij-overeenkomst waarin elke partij een eigen rechtspositie inneemt en waarin de rechten en de verplichtingen van de partijen dusdanig ondeelbaar met elkaar zijn verbonden dat de overeenkomst niet kan worden gesplitst in deelloven, niet gedeeltelijk ontbonden kan worden.⁹⁶

8 *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

Een gelijkaardige redenering kan ook bij de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus* (*enac*) in meerpartijenovereenkomsten worden verdedigd. De *enac* is een tijdelijk verweermiddel in wederkerige overeenkomsten dat het mogelijk maakt dat een partij de uitvoering van haar verbintenis voorlopig inhoudt en schorst zolang haar medecontractant nalaat om zijn eigen verbintenissen na te komen. Die exceptie is inherent aan wederkerige overeenkomsten en vindt, net zoals de ontbinding, haar grondslag in de onderlinge afhankelijkheid van de wederkerige verbintenissen van de partijen.⁹⁷ Net zoals bij de ontbinding, lijkt een multilaterale wederkerigheid in een meerpartijenovereenkomst een beroep op de *enac* te kunnen schragen. Dat wordt bevestigd door de rechtspraak van het Hof van Cassatie die het toepassingsgebied van de *enac* zelfs uitbreidt naar elke verhouding van wederzijdse verknochtheid of samenhang.⁹⁸

⁹⁶ Samoy en Maes *TBBR*, 2011 (189) 1997, nr. 27.

⁹⁷ Cass. 28 januari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 246, *Pas.* 2005, 240 en *RW* 2006-07, 476; Cass. 25 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 712, *RCJB* 2005, noot M. Grégoire, *TBH* 2005, 1024, noot W. Derijcke en *RW* 2005-06, 63, noot M. Debucquoy; Cass. 24 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2097, *Pas.* 2009, 1979, *RW* 2010-11, 1346, noot J. De Weggheleire, *TBBR* 2012, 158, M. Dambre en *TBH* 2010, 90; De Page 1964, 823-826, nrs. 859-862; Stijns 2005, 208, nr. 291; A. Van Oevelen, 'Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten krachtens de exceptie van niet-uitvoering en het retentierecht' in A. De Boeck, S. Stijns en R. Van Ransbeeck (eds.), *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge, die Keure, (15) 18, nr. 2; Wéry 2011, 751-754, nrs. 775-777.

⁹⁸ S. Stijns, C. Goethals en S. Jansen 2013, (113) 162, nr. 80 en impliciet reeds: Dirix, *TPR* 1983, (757) 787, nr. 38. Zie m.b.t. die uitbreiding: Cass. 8 september 1995, *Arr.Cass.* 1995, 759, *Bull.* 1995, 785, *Pas.* 1995, I, 785 en *R.Cass.* 1996, 87, noot B. Wylleman; Cornelis 2000, 459, nr. 368; Stijns 2005, 9, nr. 292; Wéry 2011, 753-754, nr. 777.

In de regel leidt het invoeren van de *enac* ertoe dat de *excipiens* de uitvoering van al zijn verbintenissen opschort en dat tegenover alle partijen. Rechtspraak en rechtsleer hebben dat principe echter genuanceerd en aanvaard en ook een materiële partiële *enac*.⁹⁹ Is een verbintenis deelbaar en wordt door de niet-nakoming slechts het economisch nut van een gedeelte van de overeenkomst aangetast, kan men dus, ook in meerpartijenovereenkomsten, de uitoefening van zijn verbintenissen slechts gedeeltelijk opschorten.¹⁰⁰ Voortbouwend op het cassatiearrest van 17 oktober 2008 kan men verder argumenteren dat een personele partiële *enac* eveneens mogelijk is. Dat houdt in dat de *enac* beperkt kan worden tot één enkele partij, terwijl de overeenkomst tegenover de andere partijen gewoon verder moet worden uitgevoerd. Voorwaarde is evenwel dat de overeenkomst deelbaar is. Is de verbintenis van de partij essentieel voor de verwezenlijking van het voorwerp van de overeenkomst, dan rechtvaardigt haar tekortkoming dat men zijn verbintenissen tegenover alle partijen opschort. Is de uitvoering van de overeenkomst echter mogelijk zonder de tekortkomende partij, dan kan men zijn verbintenissen enkel tegenover die partij opschorten.¹⁰¹

9 OVERMACHT

Volgens de artt. 1147 en 1148 BW loopt een schuldenaar geen aansprakelijkheid op wanneer de niet-nakoming van de overeenkomst het gevolg is van een vreemde oorzaak die hem niet kan worden toegerekend. Is de overmacht van blijvende aard, dan is in een niet-translatieve wederkerige overeenkomst niet alleen de schuldenaar van rechtswege bevrijd van zijn prestatie, maar vervalt ook de tegenprestatie van de schuldeiser (*res perit debitori*). De bevrijding van de schuldeiser vindt zijn grondslag in de wederkerigheid van de verbintenissen.¹⁰² Datzelfde principe bepaalt ook de gevolgen van tijdelijke overmacht bij een niet-translatieve meerszijdige overeenkomst. Is de overmacht slechts van tijdelijke aard, dan kan niet alleen de schuldenaar de uitvoering van zijn verbintenissen opschorten. Ook de schuldeiser kan dan de uitvoering van zijn wederkerige verbintenissen opschorten. Wordt de uitvoering terug mogelijk,

99 Cass. 15 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1298, *Pas.* 2009, 1207, *RW* 2009-10, 1432, noot K. Vanhove en *TBH* 2009, 722; Cornelis 2000, 464-465, nr. 373; J. De Weggheleire, 'De samenhang tussen de exceptio non adimpleti contractus en de gerechtelijke ontbinding van een overeenkomst wegens wanprestatie' (noot onder Cass. 24 september 2009), *RW* 2010-11, (1346) 1348-1349, nr. 8; S. Stijns, C. Goethals en S. Jansen 2013, (113) 174, nr. 96; Wéry 2011, 885, nr. 952.

100 S. Stijns, C. Goethals en S. Jansen 2013, (113) 174, nr. 96.

101 S. Stijns, C. Goethals en S. Jansen 2013, (113) 175, nr. 97.

102 Cass. 27 juni 1946, *Pas.* 1946, I, 270, R.H., *Arr.Cass.* 1946, 249 en *RCJB* 1947, 268, noot A. De Bersaques; De Page 1964, 812-813, nr. 843; Stijns 2005, 149, nr. 208; Van Gerven en Covemaker 2006, 174; A. Van Oevelen, 'Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht', *TPR* 2008, (603) 612, nr. 10-11; Wéry 2011, 546-549, nrs. 575-576.

dan moeten de partijen terug presteren, tenzij de uitvoering niet meer nuttig is.¹⁰³

Diezelfde regels kunnen eveneens bij meerpartijenovereenkomsten worden toegepast. Opnieuw is het principe van (on)deelbaarheid richtinggevend bij de concrete invulling. Wordt één van de partijen door overmacht verhinderd om zijn verbintenissen uit te voeren, dan zijn ook de andere partijen bevrijd en vervalt de overeenkomst, op voorwaarde dat die verbintenis ondeelbaar met de andere verbintenissen verbonden is.¹⁰⁴ Is die verhindering slechts tijdelijk, dan kunnen de andere partijen de uitvoering opschorten totdat de overmacht ophoudt.¹⁰⁵ Vormt de verbintenis waarvan de uitvoering (tijdelijk) verhinderd is echter geen ondeelbaar geheel met de rechten en verplichtingen van de andere partijen, dan kan het verval van de overeenkomst gedeeltelijk zijn en blijven de andere partijen wel gehouden tot de uitvoering van hun verbintenissen.¹⁰⁶

10 BEWIJS

Art. 1316 e.v. BW regelen het bewijs van rechtshandelingen en overeenkomsten in burgerlijke zaken. Van groot belang is art. 1341 BW dat een geschrift (onderhandse of authentieke akte) vereist voor het bewijs van een rechtshandeling waarvan de waarde meer dan € 375 bedraagt. Dat strenge vereiste geldt enkel in het burgerlijke bewijsrecht, aangezien handelsverbintenissen door alle middelen bewezen kunnen worden (art. 25 W.Kh.).¹⁰⁷ Daarnaast leveren onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten bevatten volgens art. 1325 BW slechts een geldig bewijs wanneer ze zijn opgemaakt in zoveel originelen als er partijen zijn die een onderscheiden belang hebben. Eén origineel is voldoende voor allen die hetzelfde belang hebben.¹⁰⁸ Voor meerpartijenovereenkomsten betekent dat dat er voor elke partij met een onderscheiden

103 De Page 1964, 814-815, nr. 846; P. Bazier, 'La force majeure dans les contrats multipartites' in I. Samoy en P. Wéry (eds.), *Meerpartijenovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2013, (65) 77, nr. 21; Wéry 2011, 549-550, nr. 577.

104 Bazier 2013, (65) 85, nr. 35 en 86-89, nr. 40; Dirix, *TPR* 1983, (757) 786, nr. 36.

105 Bazier 2013, (65) 86, nr. 37 en 90, nr. 42.

106 Bazier 2013, (65) 88, nr. 41.

107 Stijns 2005, 180-181, nrs. 247-249.

108 Antwerpen 10 maart 2008, *NjW* 2009, 559, noot A. Vanderhaeghen; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 824-826, nr. 803; Stijns 2005, 172, nr. 234.

belang een origineel geschrift moet zijn.¹⁰⁹ Aangezien art. 1325 BW slechts van aanvullend recht is, kunnen de partijen er evenwel van afwijken.¹¹⁰

11 CONCLUSIE

Het Belgische Burgerlijk Wetboek is opgesteld met een overeenkomst tussen twee partijen voor ogen. Bijgevolg leidt de toepassing ervan op meerpartijenovereenkomsten onvermijdelijk tot moeilijkheden. Als meerpartijenovereenkomsten een zeldzaam exotisch verschijnsel zouden zijn, zou dat niet zo erg zijn. Dat is echter niet het geval: meerpartijenovereenkomsten zijn alomtegenwoordig. Bijgevolg is een meer uitgebreide en diepgaande studie van de meerpartijenovereenkomst noodzakelijk om na te gaan hoe een modern overeenkomstenrecht met meerpartijenovereenkomsten kan omgaan.

Fundamenteel bij het bestuderen van de meerpartijenovereenkomst is een criterium dat de lotsverbondenheid tussen de verbintenissen van de partijen kan schragen: (on)deelbaarheid, samenhang en wederkerigheid. Het criterium van de (on)deelbaarheid werd door het Belgische Hof van Cassatie gehanteerd in zijn arrest van 17 oktober 2008. Men kan *a contrario* uit dat arrest afleiden dat een meerpartijenovereenkomst waarin de rechten de verplichtingen van de partijen niet dusdanig met elkaar zijn verbonden dat de overeenkomst kan worden gesplitst in deelovereenkomsten, gedeeltelijk ontbonden kunnen worden.

Voor de invulling van het criterium van (on)deelbaarheid stuit men onvermijdelijk op de objectieve oorzaak. Die zorgt ervoor dat de verbintenissen van de partijen een logisch geheel vormen en geeft zin aan de meerpartijenovereenkomst. De objectieve oorzaak staat voor de contractuele economie of het economisch evenwicht/nut van de overeenkomst. Heeft de meerpartijenovereenkomst slechts economisch nut wanneer alle verbintenissen worden uitgevoerd? Of zijn er daarentegen verbintenissen die afgesplitst kunnen worden en waarvan de afzonderlijke uitvoering een economisch nut bewaart? Wanneer aan de meerpartijenovereenkomst een gezamenlijke oorzaak ten grondslag ligt en de partijen daarom net kozen voor een meerpartijenovereenkomst, zal die oorzaak er veelal voor zorgen dat de gesloten meerpartijenovereenkomst niet splitsbaar is in deelovereenkomsten. Een splitsing zou het economisch evenwicht tussen de rechten en verplichtingen verstoren en de contractuele economie onderuit halen. De oorzaak is daarom in meerpartijenovereenkomsten van groot belang om de deelbare of ondeelbare aard van de verbintenissen

109 Dang Vu en Samoy 2011, (49) 101, nr. 20.

110 H. De Page 1967, 834-835, nr. 806; Dang Vu en Samoy 2011, (49) 94, nr. 101; A. De Boeck en H. Geens, 'De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008' in: A. De Boeck, S. Stijns en R. Van Ransbeeck (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, (41) 59.

te bepalen. Zijn verbintenissen ondeelbaar, dan is er geen ruimte voor individualisme. Zijn de verbintenissen daarentegen deelbaar, dan kunnen zij gescheiden behandeld worden en is er ruimte voor individualisme, met name partiële nietigheid, ontbinding en *enac*.

11 | Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in een meerpartijenverhouding

Veel is onduidelijk

J.H.M. Spanjaard [■]

1 INLEIDING

In 1982 omschreef Drion het karakter van het Nederlandse contractenrecht al als 'binair': het contractenrecht gaat primair uit van een tweepartijenverhouding.¹ Nergens wordt dit principe 'two is a pair, more is a crowd'² meer gevoeld dan in de wettelijke regeling met betrekking tot algemene voorwaarden.³ Het uitgangspunt van art. 6:231 BW is dat er één gebruiker en één wederpartij is; *tertium non datur*. Over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in meerpartijenverhoudingen is dan ook amper literatuur en rechtspraak voor handen. De schaarse rechtspraak en literatuur concentreert zich met name op het beroep dat derden toekomt op andermans algemene voorwaarden in een relatie waar zij partij bij zijn geworden. Dat betekent dat deze bijdrage vooral een verkenningstocht wordt van niet of nauwelijks in kaart gebrachte problematiek.

De vraag is hoe algemene voorwaarden toepasselijk worden in een meerpartijenverhouding. In deze bijdrage schets ik eerst de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in 'bilateraal' verband, om daarna de toepasselijkheid in multilateraal verband te bespreken. Ik ga daarbij uit van het begrip 'meerpartijenverhoudingen' zoals geduid door Samoy en Van Loock in hun bijdrage aan dit BW Krant Jaarboek. In deze bijdrage zal ik het contracteren met personenvennootschappen in beginsel niet bespreken. Ik bespreek deze vraagstukken aan de hand van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (BW); het Weens Koopverdrag laat ik buiten beschouwing.

■ Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn en buitenpromovendus aan de Universiteit Leiden.

1 H. Drion, 'De meerpartijenovereenkomst en zijn problemen', in: W.M. Kleyn e.a. (red.), *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum*, Deventer: Kluwer 1982, p. 4.

2 Vrij naar de Engelse zegswijze 'two is a pair, three is a crowd'.

3 B. Wessels & M.H. Wissink, 'Inleiding', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 26.

2 TOEPASSELIJKHEID VAN ALGEMENE VOORWAARDEN

2.1 Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in het BW – tweefasenleer

Naar Nederlands recht wordt de vraag of de algemene voorwaarden onderdeel van de overeenkomst tussen partijen zijn geworden, in twee fases beantwoord. Allereerst moet de vraag worden beantwoord of de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard (fase 1). Als dat het geval is, dan kan een wederpartij – wanneer zij kwalificeert als een zogenaamde kleine wederpartij in de betekenis van art. 6:235 BW en niet in het buitenland is gevestigd (art. 6:247 lid 2 BW) – de vernietiging van de algemene voorwaarden (of van bepalingen daaruit) inroepen, indien de gebruiker niet aan zijn op hem rustende informatieplicht heeft voldaan (art. 6:233 onder b jo. 6:234 BW) (fase 2).⁴

2.2 Toepasselijkheid – fase 1: aanbod en aanvaarding

De toepasselijkverklaring van algemene voorwaarden verloopt volgens het algemene stramien voor het sluiten van overeenkomsten dat in art. 6:217 jo. 3:33 jo. 3:35 BW is neergelegd: de gebruiker van de algemene voorwaarden biedt zijn algemene voorwaarden aan en de wederpartij dient deze te accepteren. Door aanbod en aanvaarding worden de algemene voorwaarden dan onderdeel van het contract.⁵ Acceptatie van de gelding van algemene voorwaarden wordt in de rechtspraak snel aangenomen. Indien naar de algemene voorwaarden wordt verwezen en/of wanneer deze worden bijgesloten, wordt de wederpartij al snel geacht daarmee de gelding van de algemene voorwaarden te hebben aanvaard.⁶ Art. 6:225 lid 3 BW bepaalt namelijk dat de aanvaarding van de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden aanwezig wordt geacht, als de wederpartij niet uitdrukkelijk de algemene voorwaarden van de hand wijst.⁷

4 Vooropgesteld dat beide partijen hun hoofdvestiging in Nederland hebben, vgl. art. 6:247 BW.

5 T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 14-15; R.H.C. Jongeneel, 'Gebondenheid', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 111 e.v.

6 Zie conclusie A-G Wissink voor HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011: BT6684, NJ 2011, 574 (Linthorst/Echoput) onder 2.38 met verwijzingen.

7 Nader over de battle of forms: S.A. Kruisinga, 'Battle of forms', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 35-49; N. Nijhoff, 'De battle of forms binnen het systeem van art. 6:225 BW: 1-2-3 of 3-2-1?', *ORP* 2013/2, p. 29-34; T.H.M. van Wechem & M.H. Wissink in 'De beperkte strekking van de "first shot rule" van artikel 6:225 lid 3 BW', *VrA* 2004/2, p. 27 e.v.

2.3 Geldigheid – fase 2: informatieplicht

Indien de klip van de eerste fase – zijn de algemene voorwaarden toepasselijk op de overeenkomst? – is omzeild en de algemene voorwaarden in beginsel onderdeel uitmaken van de overeenkomst, dient in de tweede fase te worden bekeken, of de algemene voorwaarden onderdeel van de overeenkomst blijven.

Indien de algemene voorwaarden toepasselijk zijn, kunnen zij (of clausules daaruit) onder omstandigheden worden vernietigd, indien niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst door de gebruiker van de algemene voorwaarden aan zijn wederpartij een redelijke mogelijkheid is geboden om kennis te nemen van de algemene voorwaarden, aldus art. 6:233 sub b jo. 6:234 BW.

Art. 6:234 BW telt drie leden. Het eerste lid is gewijd aan de overeenkomsten die niet langs elektronische weg tot stand zijn gekomen. Uitgangspunt van lid 1 is terhandstelling van de algemene voorwaarden. Indien terhandstelling redelijkerwijze niet mogelijk is, mag de gebruiker van de algemene voorwaarden volstaan met een verwijzing naar de plaats van deponering, vergezeld van de mededeling dat de algemene voorwaarden op eerste verzoek kosteloos worden toegezonden.⁸

Lid 2 bepaalt de mogelijkheden van terhandstelling van de algemene voorwaarden bij langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten. De algemene voorwaarden dienen ter beschikking te worden gesteld op een wijze die de wederpartij in staat stelt de algemene voorwaarden op te slaan en later (op ieder gewenst moment) te reproduceren.⁹ Als dit niet mogelijk is, mag worden volstaan met verwijzing naar het (web)adres waar de algemene voorwaarden kunnen worden ingezien, vergezeld van de mededeling dat de algemene voorwaarden op eerste verzoek langs elektronische weg worden toegezonden.

Lid 2 bepaalt dat de kennisgeving langs elektronische weg ook kan worden toegepast op overeenkomsten die niet langs elektronische weg tot stand zijn gekomen. Lid 3 bepaalt dat in een dergelijk geval de uitdrukkelijke instemming van de wederpartij vereist is.¹⁰ De wetgever geeft niet aan hoe aan het uitdrukkelijkheidsvereiste kan worden voldaan. Dit zal derhalve in de rechtspraak en literatuur moeten worden verduidelijkt.¹¹

De dienstverrichter in de zin van de Dienstenrichtlijn,¹² welke richtlijn op 28 december 2009 is geïmplementeerd in art. 6:230a e.v. BW,¹³ is niet gebonden aan de terhandstellingseis van art. 6:234 BW. Art. 6:230c BW bepaalt onder meer dat hij kennis kan geven van de algemene voorwaarden door verwijzing

8 Tenzij ook dit redelijkerwijze niet mogelijk is, aldus artikel 6:234 lid 1, laatste volzin BW.

9 Art. 10 lid 3 Richtlijn elektronische handel (Richtlijn 2000/31/EG, *PbEG* 2000, L 178).

10 Vgl. *Kamerstukken I* 2008/09, 31 358, C, p. 10-11; *Kamerstukken I* 2009/10, 31 358, E, p. 6-7.

11 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 358, E, p. 6-7.

12 Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376.

13 *Stb.* 2009, 617.

naar het webadres waar de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd. Art. 6:230e BW bepaalt daarbij dat van de algemene voorwaarden uiterlijk bij aanvang van de dienstverlening moet zijn kennis gegeven. Deze normen zijn minder streng dan de norm van art. 6:234 BW die voorschrijft dat voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de informatieplicht moet zijn voldaan.¹⁴

De informatieplicht van art. 6:233 onder b jo. 6:234 (en eventueel 6:230c) BW geldt evenwel niet, indien de wederpartij een grote wederpartij is in de zin van art. 6:235 lid 1 BW, zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden gebruikt (art. 6:235 lid 3 BW), of een in het buitenland gevestigde professionele partij is (art. 6:247 lid 2 BW).¹⁵ Een andere ontsnapping aan de knellende band van art. 6:234 BW vormt het geval, waarin het vasthouden aan de informatieplicht van art. 6:233 onder b jo. 6:234 (en eventueel 6:230c) BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹⁶ Van een dergelijk geval kan naar omstandigheden sprake zijn, indien de wederpartij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst langs andere weg kennis heeft genomen van de algemene voorwaarden.¹⁷ De reikwijdte van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid lijkt overigens beperkt, omdat de Hoge Raad in het Attingo-arrest benadrukte dat op de gebruiker van de algemene voorwaarden de actieve verplichting rust de inhoud van zijn algemene voorwaarden aan zijn wederpartij bekend te maken.¹⁸

3 MEERPARTIJENVERHOUDINGEN EN ALGEMENE VOORWAARDEN

In hun bijdrage aan dit BW Krant Jaarboek geven Samoy en Van Loock een adequate beschrijving van de meerpartijenovereenkomst naar Belgisch recht. Zij onderscheiden drie typen van meerpartijenovereenkomsten: de symmetrische meerpartijenovereenkomst, de asymmetrische meerpartijenovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst. Naar mijn mening is deze typologie naar Nederlands recht evenzeer hanteerbaar. Samoy en Van Loock omschrijven de *symmetrische* meerpartijenovereenkomst als de overeenkomst die een unieke rechtsband tot stand brengt met aan elke zijde een of meerdere schuldenaren en/of schuldeisers die een gelijke positie innemen of met gelijkgerichte belan-

14 Vgl. T.H.M. van Wechem en J.H.M. Spanjaard, 'Bevoegdheid, vertegenwoordiging en informatieplicht: bakens worden verzet', *Contracteren* 2010/4, p. 149-150; C.E. Drion, 'Dwaallicht', *NJB* 2010/36, p. 2339; J.H.M. Spanjaard, 'Algemene voorwaarden, klachtplicht en exoneratie: contractanten, wees duidelijk en volledig!', *Contracteren* 2011/2, p. 64-66.

15 Vgl. R.H.C. Jongeneel, 'Grote wederpartijen', in B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 193-200.

16 HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000/207 (Geurtzen/Kampstaal) en HR 6 april 2001, *NJ* 2002/385 (VNP/Havrij).

17 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9577 (Tekholl/Veka).

18 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7308, *NJ* 2011/571 m.nt. JH (Attingo).

gen tussenkomen. Als voorbeeld noemen zijn de overeenkomst tot aan- of verkoop van een huis door twee echtgenoten.

Zij omschrijven de *asymmetrische* meerpartijenovereenkomst waarbij elke partij een eigen juridische positie inneemt, zonder dat het mogelijk is de partijen in (slechts) twee groepen in te delen. Er komen meer dan twee groepen van partijen tussen het tegengestelde of althans andersgerichte belangen. Voorbeelden die worden genoemd zijn de meerpartijenruil, de delegatieovereenkomst en de contractoverdracht. Naar mijn mening kan ook de overeenkomst tot koop en verkoop op een veiling onder de noemer van de asymmetrische overeenkomsten worden gebracht, omdat in dat geval de driehoeksverhouding tussen de veilingkoper, de veilingverkoper en de veilingorganisator ontstaat.

Tot slot bestaat er de *samenwerkingsovereenkomst*, waarbij iedere partij weliswaar een onderscheiden verbintenis aangaat, maar alle verbintenissen tezamen zijn gericht op het verwezenlijken van een gemeenschappelijk project. Voorbeelden zijn de maatschap, de bouwteamovereenkomst en de overeenkomst die strekt tot samenwerking op het gebied van onderzoek en ontwikkeling.

Hierna zal ik ten aanzien van deze drie typen van meerpartijenovereenkomsten ingaan op de uitwerking van het leerstuk van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Het onderscheid tussen een asymmetrische meerpartijenovereenkomst en een samenwerkingsovereenkomst zal niet altijd gemakkelijk te treffen zijn. Ook ingeval van een samenwerkingsovereenkomst – met name indien niet sprake is van een personenvennootschap – kunnen partijen tegengestelde belangen hebben.

De kwalificatie van een relatie als meerpartijenverhouding speelt in de navolgende paragrafen te bespreken rechtspraak aan de oppervlakte geen doorslaggevende rol, maar lijkt onder de oppervlakte wel degelijk van belang te zijn, om te beoordelen of en zo ja, op welke algemene voorwaarden door partijen een beroep kan worden gedaan of op de vraag, welke algemene voorwaarden partijen te dulden hebben. Opvallend daarbij is dat de rechter in een aantal gevallen niet terugdeinst om ‘schuin over te steken’: partijen kunnen dan jegens elkaar een beroep doen op algemene voorwaarden die een derde in de meerpartijenverhouding heeft bedongen. Daarmee wordt de toepasselijkheid van algemene voorwaarden ten opzichte van bilaterale verhoudingen – waarbij sprake is van een gebruiker die zijn algemene voorwaarden ten opzichte van zijn wederpartij van toepassing verklaart – aanzienlijk opgerekt.

4 DE SYMMETRISCHE MEERPARTIJENOVEREENKOMST

Overeenkomsten waarbij één gebruiker van algemene voorwaarden gelijktijdig met meerdere wederpartijen een overeenkomst sluit, zoals de reisovereenkomst

die met een echtpaar wordt gesloten of de koopovereenkomst ter zake van door een groep vrienden gekochte auto (waarbij de vrienden zich als groep presenteren), komen geregeld voor. De groep vrienden die gemeenschappelijk een auto koopt, kan onder omstandigheden, als zij zoals art. 7A:1655 BW voorschrijft, het oogmerk hebben voordeel te behalen, als (stille) maatschap worden beschouwd.

Mijns inziens kunnen ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden de regels van de algemene voorwaardenregeling van boek 6 BW één-op-één worden toegepast. Ten aanzien van de wederpartijen komt het er mijns inziens dan niet op aan of sprake is van een meerpartijenverhouding, maar of de groep door één van hen wordt vertegenwoordigd. Indien het antwoord op die vraag 'ja' is, zal terhandstelling aan de vertegenwoordiger al snel ook de groep binden. Indien de samenwerking als maatschap in de zin van art. 7A:1655 BW moet worden gekwalificeerd bieden de art. 7A:1681 en 7A:1682 BW soelaas.

Indien geen sprake is van vertegenwoordiging van de groep door één van de groepsleden, zullen naar mijn mening al snel ten aanzien van ieder van de wederpartijen de in de voorgaande paragrafen geschetste fases 1 en 2 moeten worden doorlopen. Dat houdt in dat de gebruiker jegens iedere wederpartij individueel de algemene voorwaarden toepasselijk zal moeten verklaren en aan iedere individuele wederpartij kennis zal moeten geven van de algemene voorwaarden in het kader van art. 6:233 onder b BW. De sanctie is dat de wederpartij ten aanzien van wie daaraan niet is voldaan, een beroep op hetzij de niet-toepasselijkheid van de algemene voorwaarden toekomt (indien de algemene voorwaarden niet van toepassing zijn verklaard), hetzij een beroep op vernietiging (indien de gebruiker niet aan de informatieplicht voldoet).¹⁹

Onduidelijk is, of wederpartijen onderling ook een beroep kunnen doen op de voorwaarden die de gebruiker jegens hen heeft bedongen. Een sterk argument 'contra' vormt naar mijn mening de omstandigheid – ervan uitgaande dat de overeenkomst op dat vlak geen bepalingen bevat – dat de wederpartijen onderling niet de algemene voorwaarden van de gebruiker van toepassing hebben verklaard en dat het dus de vraag is of hun wil erop is gericht dat de algemene voorwaarden van de gebruiker ook tussen hen gelden. Een tegenindicatie vormt het vonnis van de Zwolse kantonrechter van 16 januari 2010, waarin de aanschaf van een motor van het merk Harley Davidson op veilingsite eBay centraal stond.²⁰

19 Vgl. in dit kader ten aanzien van de inhoudstoets van art. 6:233 onder a BW: J. Hijma, *Algemene voorwaarden (Monografieën BW)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 44. Mutatis mutandis geldt mijns inziens hetzelfde voor art. 6:233 onder b BW.

20 Ktr. Zwolle 16 januari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BL3717 (Harley Davidson). Nader over dit vonnis en internetveilingen: J.H.M. Spanjaard, 'Internetveilingen – geen easy riding', *VrA* 2010/3, p. 3-12.

De kantonrechter diende te oordelen, of de algemene voorwaarden ('de Gebruikersovereenkomst', blijkens het vonnis) die eBay in haar relatie met gebruikers van haar website hanteert, ook de relatie tussen de verkoper en de koper op eBay beheersen.

In het kort ging het om het volgende. De gedaagde was verkoper van een motor van het merk Harley Davidson van het type FL 1340.

De veiling sloot op 20 maart 2009. Op die dag bleek dat het 21^e en tevens laatste bod ook het hoogste was: € 3.250. Dit bod was door eiser, een persoon die geregeld op eBay handelt, gedaan. Deze prijs bedroeg minder dan de helft van de marktwaarde van de Harley die circa € 7.500 bedroeg.²¹ Gedaagde weigerde aan eiser te verkopen en verkocht de motor aan een derde voor € 7.000.²² Eiser liet het er niet bij zitten en vorderde bij de kantonrechter een schadevergoeding van € 4.250 stellende dat tussen hem en gedaagde een koopovereenkomst tot stand was gekomen.

De kantonrechter overweegt zonder veel omhaal dat tussen partijen niet in geschil is dat de relatie tussen eiser en gedaagde wordt beheerst door de regels van eBay, zoals deze zijn vastgelegd in de Gebruikersovereenkomst.²³ Opvallend is de nogal korte motivering van het vonnis op het gebied van de toepasselijkheid van de Gebruikersovereenkomst op de relatie tussen de veilingkoper en de veilingverkoper. In r.o. 4 van zijn vonnis overweegt de kantonrechter daarover: 'Niet in discussie is dat de contractuele verhouding tussen koper en verkoper wordt beheerst door de regels van de veilingssite. Die regels zijn vastgelegd in de Gebruikersovereenkomst, die zowel voor de koper als voor de verkoper regels en voorschriften bevat'.²⁴ Opgemerkt zij dat deze zaak zich afspeelde tegen de achtergrond van een internetveiling in een door eBay afgebakende digitale omgeving. De kantonrechter meent dat de aanvaarding van de gebruiksvoorwaarden van eBay door zowel de verkoper als de koper onafhankelijk van elkaar, met zich brengt dat verkoper en koper in hun onderlinge relatie ook de gelding van de gebruiksvoorwaarden van eBay tegen zich moeten laten gelden. Het doortrekken van de toepasselijkheid van de gebruiksvoorwaarden naar de relatie tussen verkoper en koper – die onderling niet de toepasselijkheid van algemene voorwaarden overeen zijn gekomen – kan mijns inziens uitsluitend plaatsvinden door de veilingkoop als meerpartijenovereenkomst te zien, waarbij het veilinghuis (eBay), de verkoper en de koper partij zijn. Van geval tot geval zal naar mijn mening

21 R.o. 2.

22 R.o. 1.

23 R.o. 4.

24 Vgl. Asser-Hijma 7-1 (2013), nr. 71, waarin wordt opgemerkt dat een veilingkoop in wezen weinig anders is dan een 'gewone' koopovereenkomst, geregeerd door veilingvoorwaarden. Vgl. voorts, maar niet naar Nederlands recht: C. Ramberg, *Internet Marketplaces. The Law of Auctions and Exchanges Online*, Oxford: University Press 2002, p. 76.

moeten worden bekeken, of zich een dergelijke meerpartijenverhouding kan voordoen.

5 ASYMMETRISCHE MEERPARTIJENOVEREENKOMST

Een andere situatie die zich kan voordoen, is de situatie waarin één wederpartij gebruik maakt van de diensten van meerdere gebruikers, die ieder een eigen rol hebben bij de overeenkomst. Dit betreft de door Samoy en Van Loock gesignaleerde asymmetrische meerpartijenovereenkomst. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de opdrachtgever aan een aannemer, een installateur van elektra en een loodgieter opdracht geeft tot het verrichten van werkzaamheden in zijn huis, waarbij de opdrachtgever de coördinatie houdt. In dat geval is het goed denkbaar dat de aannemer de in de aannemerij gangbare AVA 1992 voorwaarden van toepassing verklaart en de installateur en de loodgieter onafhankelijk van elkaar de ALIB '92 voorwaarden, die gangbaar zijn in de installatie- en loodgietersbranche, van toepassing verklaren.

5.1 Zorg voor duidelijkheid: twee verwijzingen is geen verwijzing

Ook in een dergelijk geval geldt de stelregel dat aan de art. 6:217 BW (in fase 1) en 6:233 onder b BW (in fase 2) voldaan moet zijn. Ten aanzien van fase 1 geldt als bijzonderheid dat de gebruikers van de algemene voorwaarden duidelijk moeten maken, op welke activiteiten de algemene voorwaarden van toepassing zijn en – met name in het geval van het tweede voorbeeld – welke hiërarchie geldt binnen de algemene voorwaarden. Indien namelijk een situatie wordt gecreëerd waarin de schijn wordt gewekt dat alle sets algemene voorwaarden het gehele contract zouden beheersen zonder dat een rangregeling wordt opgenomen, is het staande rechtspraak van de Hoge Raad dat geen van de algemene voorwaarden van toepassing is.²⁵

In dergelijke meerpartijensituaties doen de gebruikers van algemene voorwaarden er derhalve goed aan, af te bakenen op welke activiteit hun algemene voorwaarden van toepassing zijn, dan wel welke onderlinge hiërarchie tussen voorwaarden gelden. In de praktijk wordt in overeenkomsten van aanneming van werk vaak een hiërarchiebepaling aangetroffen, waarin wordt aangegeven

25 HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2507, NJ 1998/705 m.nt. JH (Visser/Avéro); vgl. voorts T.J. de Graaf, 'Pitfalls in ICT-contracten', *Contracteren* 2013/3, p. 101; S. van Gulijk & G.J.S. van der Velden, 'Het gebruik van doorverwijzingen in algemene voorwaarden. Bouw en logistieke dienstverlening vergeleken.', *TBR* 2012/178.

welke rangorde tussen de contractstukken geldt.²⁶ In de vervoersbranche is het *usance* dat per uit te voeren dienst wordt verwezen naar de op die dienst toepasselijke voorwaarden. Op die manier is het de wederpartij duidelijk, welke voorwaarden wanneer gelden en kan de hiervoor geschetste problematiek, dat geen van de voorwaarden van toepassing is, worden vermeden. Een dergelijke afbakening is noodzakelijk, om te voorkomen dat in geval van geschil de rechter oordeelt dat geen algemene voorwaarden van toepassing zijn en de gebruiker van de algemene voorwaarden zich – bijvoorbeeld – niet kan beroepen op de in die algemene voorwaarden opgenomen exoneratieclausule.

5.2 Een beroep op de algemene voorwaarden over en weer

Onduidelijk is of gebruikers van algemene voorwaarden onderling ook een beroep op elkaars voorwaarden toekomt. Deze vraag speelde in het arrest Buderus/Zürich, waarin kort gezegd het volgende speelde.²⁷ De gemeente Noordoostpolder heeft op 3 juli 1996 aan de GTI opdracht gegeven tot vervanging van de centrale verwarmingsketel en (C.V.-) regelingen in de Flevoschool in Emmeloord. GTI heeft op haar beurt Buderus opdracht gegeven de ketel te leveren, deze samen in te bouwen en in bedrijf te stellen. GTI heeft jegens de gemeente de toepasselijkheid van de ALIB-voorwaarden bedongen. Vervolgens worden de werkzaamheden niet naar behoren uitgevoerd. Zürich, de gesubrogeerde schadeverzekeraar van de gemeente Noordoostpolder spreekt zowel GTI als Buderus aan.

Het gerechtshof verzuimt, aldus ook het cassatiemiddel, uitspraak te doen over de vraag, of Buderus een beroep toekomt op de door GTI van toepassing verklaarde ALIB-voorwaarden. De Hoge Raad gaat hier in mee, blijkens r.o. 3.4:

‘Onderdeel 1 houdt de klacht in dat het hof heeft verzuimd een beslissing te geven op het verweer van Buderus dat zij zich kan beroepen op de verweermiddelen van GTI, waaronder het beroep op het in art. 70 van de ALIB vervatte verjaringsbeding. In dit verband heeft Buderus gesteld dat de opdracht van de Gemeente aan GTI ertoe strekt een ketel van Buderus te installeren en dat de toepasselijke

26 Althans, dat is mijn empirische ervaring. Een dergelijke bepaling zou als vorm kunnen zijn vormgegeven: ‘1. Ten aanzien van de contractdocumenten geldt de volgende rangorde, waarbij het eerste nummer het belangrijkste document weergeeft en het laatste nummer het minst belangrijke document: 1. Deze overeenkomst; 2. De AVA 1992; 3. De bepalingen van het bestek; 4. De UAV 1989. 2. In geval van tegenstrijdigheid binnen de in het eerste lid genoemde documenten prevaleert het hoogst gerangschikte document.’

27 HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1665 (Buderus/Zürich). Dit arrest is het minder bekende ‘zusje’ van HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, NJ 2005/141 (GTI/Zürich).

voorwaarden betrekking hebben op alle tussen installateur en opdrachtgever gesloten overeenkomsten, waarbij Buderus' werkzaamheden onderdeel uitmaken van de door de installateur gesloten overeenkomst. Het onderdeel wijst erop dat het hof, ook indien het van oordeel was dat GTI zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet op het verjaringsbeding kan beroepen, had moeten nagaan of Zürich deze omstandigheid ook aan Buderus kon tegenwerpen. Deze klacht is in zoverre gegrond, dat het hof op dit verweer niet een gemotiveerde beslissing heeft gegeven. De overige klachten van het onderdeel, die zakelijk overeenstemmen met de in het arrest van de Hoge Raad van heden in de zaak tussen GTI en Zürich, nr. C03/105, gegrond bevonden klachten, behoeven in dit stadium geen behandeling.'

Deze rechtsoverweging bevat mijns inziens twee interessante elementen. Allereerst lijkt de Hoge Raad ruimte te geven aan de omstandigheid dat op de contractuele bepaling een beroep kan worden gedaan door een bij de overeenkomst betrokken derde. Dit lijkt overigens al te volgen uit eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad over onderaannemingsituaties, waarbij aan de aannemer de vrije hand wordt gegeven over de inrichting van zijn werkzaamheden. Voor een goed begrip van het arrest van de Hoge Raad, wordt hieronder nader ingegaan op die specifieke jurisprudentie, die – zo lijkt het uit de bewoordingen van de hierboven geciteerde rechtsoverweging – ten grondslag heeft gelegen aan de beslissing van de Hoge Raad.

Het tweede interessante element betreft de overweging van de Hoge Raad, dat de omstandigheid dat een beroep van GTI op haar eigen algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, niet automatisch betekent dat een beroep van Buderus op de algemene voorwaarden van GTI eveneens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

5.2.1 *Derdenwerking van algemene voorwaarden: van Gegaste uien naar Himalaya*

In de praktijk worden geregeld relaties aangetroffen, waarin een opdrachtgever aan een opdrachtnemer opdracht geeft een bepaalde dienst te verrichten of een bepaald werk te realiseren. Het komt voor dat de opdrachtnemer niet de gehele dienst zelf kan verrichten, maar daarbij derden moet inschakelen. Met name in de bouw is onderaanneming aan de orde van de dag, maar ook in de softwaredienstverlening komt onderaanneming vaak voor.²⁸

Indien de opdrachtnemer algemene voorwaarden jegens de opdrachtgever hanteert, strekken deze algemene voorwaarden zich niet automatisch over de onderaannemer (onderopdrachtnemer) uit. Dit kan anders zijn indien de algemene voorwaarden een zogeheten Himalaya-clausule bevatten, die inhoudt

28 Vgl. T.J. de Graaf, 'Back-to-back contracteren bij distributie', *ORP* 2014/2, p. 31-35.

dat de bepalingen in de algemene voorwaarden ook gelden voor door de opdrachtnemer ingeschakelde derden.²⁹

Spannender is het geval waarin de opdrachtnemer jegens de opdrachtgever geen algemene voorwaarden hanteert, maar de onderaannemer/onderopdrachtnemer jegens de opdrachtnemer wel. Indien de opdrachtgever in geval van een fout die begaan is door de onderaannemer/onderopdrachtnemer, de opdrachtnemer aanspreekt, zal deze opdrachtnemer in de regel ten volle aansprakelijk zijn voor de eventuele schade die uit de voor zijn verantwoording komende fout voortvloeit. De opdrachtnemer zal de schade vervolgens willen verhalen op de onderaannemer/onderopdrachtnemer. Indien deze een exoneratieclausule hanteert, zal de opdrachtnemer deze tegen zich hebben te doen gelden.³⁰

Nog interessanter wordt het, indien de opdrachtgever besluit niet de opdrachtnemer aan te spreken, maar de onderaannemer/onderopdrachtgever. Onder zeer geclausuleerde omstandigheden biedt de rechtspraak hiervoor ruimte. Een dergelijke aanspraak vormt dan een actie uit onrechtmatige daad. Het moet dan – kort gezegd – gaan om situaties waarin de partij aan wie de onrechtmatige daad wordt verweten, haar gedrag mede door de belangen van de betrokken derde had moeten laten bepalen, doordat de overeenkomst een schakel is gaan vormen in het rechtsverkeer waarmee de belangen van die derde nauw zijn verbonden. Dit vormde onderwerp van het arrest *Vleesmeesters/Alog*.³¹ In dat arrest speelde de omstandigheid dat *Vleesmeesters* een winkel-in-winkel huurovereenkomst had gesloten met *Alog* voor de huur van een slagerij in een Aldi-supermarkt. De Aldi-supermarkt verhuisde vervolgens, zonder dat *Vleesmeesters* de gelegenheid werd geboden mee te verhuizen en zonder te garanderen dat de Aldi door een andere supermarkt, waar *Vleesmeesters* een ‘winkel-in-winkel’ zou exploiteren, zou worden opgevolgd. Dit leidde tot de vraag of *Vleesmeesters* in de feitelijke constellatie die door het samenstel van overeenkomsten was ontstaan, van *Alog* mocht verwachten dat er hetzij een supermarkt in het gehuurde bleef, hetzij dat *Alog* zich, bij vertrek van die supermarkt, de belangen van *Vleesmeesters* op andere wijze

29 De Himalaya clause dankt zijn naam aan England and Wales Court of Appeal (Civil Division) 29 oktober 1954, BAILII Citation Number: [1954] EWCA Civ 3 (*Adler v. Dickson*) en is vernoemd naar het schip s.s. Himalaya, dat een centrale rol speelde in het arrest.

30 Hoewel dat het bestek van deze bijdrage te buiten gaat – het onderwerp is immers toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, niet de inhoudstoetsing van in beginsel toepasselijke voorwaarden – komt de opdrachtnemer in een dergelijk geval geen beroep op art. 6:244 BW toe, omdat dat artikel uitsluitend geldt in de situatie dat een beding in de algemene voorwaarden die gelden in de relatie tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer is vernietigd, terwijl een zelfde beding in de relatie tussen de opdrachtnemer en de onderaannemer van kracht blijft.

31 HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 (*Vleesmeesters/Alog*).

zou aantrekken. Daarbij kan worden gedacht aan de mogelijkheid haar met de supermarkt mee te laten verhuizen of aan een financiële compensatie.

Daarbij moet voorts worden gelet op onder meer de aard van het betrokken belang, de voorzienbaarheid en omvang van de schade, de ernst van de tekortkoming in de nakoming van een verbintenis en het jegens de derde gewekt vertrouwen in de hoedanigheid van betrokkenen.³² In geval van een beroepsfout en van zaakschade wordt doorgaans eerder onrechtmatige daad aangenomen dan bij andere gevallen van toerekenbare tekortkoming.³³

De vraag die dan rijst, is of de aangesproken derde in de relatie tot de opdrachtgever kan beroepen op de door hem jegens zijn contractspartner gehanteerde algemene voorwaarden. Indien de opdrachtgever aan de aannemer bijvoorbeeld de vrije hand geeft over het verrichten van werkzaamheden door een onderaannemer, kan de exoneratie van de onderaannemer zich uitstrekken over de opdrachtgever, aldus de Hoge Raad in het arrest *Gegaste uien*.³⁴ In het nadien gewezen arrest *Makro/Securicor* oordeelde de Hoge Raad van belang of het beding tot beperking van de aansprakelijkheid van dien aard is dat de opdrachtgever met een dergelijk beding geen rekening had hoeven houden en/of de onderaannemer de indruk heeft gewekt dat de exoneratie zich niet over de opdrachtgever zou uitstrekken.³⁵ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat zich omstandigheden in de relatie tussen de opdrachtgever, zijn opdrachtnemer en de betrokken derde kunnen voordoen, die met zich brengen dat de opdrachtgever de voorwaarden die de derde hanteert, in redelijkheid tegen zich moet laten gelden. Uitdrukkelijk werd daarbij het criterium van het geven van de vrije hand genoemd. Deze jurisprudentie is nadien herhaald in de arresten *Citronas* en *ODS/CPS*.³⁶

Eén van de toetsingscriteria is dus, of aan de opdrachtnemer door de opdrachtgever de vrije hand is gegeven aangaande de uitvoering van de opdracht en of de opdrachtgever er rekening mee moet houden dat bij de uitvoering van de overeenkomst wordt gecontracteerd met derden, die algemene voorwaarden hanteren. Vranken merkt in dit kader op, dat indien de opdrachtgever de onderaannemer uit hoofde van onrechtmatige daad kan aanspreken, het niet meer dan logisch is dat – spiegelbeeldig – de onderaannemer de door hem gehanteerde voorwaarden in de relatie met de hoofdaannemer ook aan de opdrachtgever kan tegenwerpen.³⁷

Interessant in dit verband is de situatie waarin de aannemer jegens zijn opdrachtgever algemene voorwaarden hanteert, waarin een Himalaya-clausule voorkomt, inhoudende dat de aansprakelijkheidsbeperking ook voor onder-

32 HR 12 oktober 1979, *NJ* 1980, 117 (*Radio Modern/Edah*); HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 511.

33 Vgl. Asser-Hartkamp –Sieburgh (2011), 6-IV, nr. 67.

34 HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 (*Gegaste uien*).

35 HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 (*Securicor I*).

36 HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 (*Citronas*) en HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 553 (*ODS/CPS*).

37 J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht II', *WPNR* 1997/6289, p. 738-739.

geschikten van de aannemer en onderaannemers geldt, maar de onderaannemer zelf de toepasselijkheid van zijn algemene (onderaannemings)voorwaarden heeft bedongen in zijn relatie met de hoofdaannemer, waarvan de aansprakelijkheidsbeperking afwijkt van de algemene voorwaarden die de aannemer jegens de opdrachtgever hanteert. Indien de opdrachtgever de onderaannemer aanspreekt uit hoofde van onrechtmatige daad, is het in praktisch opzicht het meest eenvoudig dat de onderaannemer een beroep doet op de Himalaya-clausule. Dan kan de onderaannemer de stelplicht en bewijslast uit het Gegaste Uien-arrest omzeilen en speelt hooguit de discussie of de algemene voorwaarden van de aannemer toepasselijk zijn geworden en gebleven en of de Himalaya-clausule zo kan worden uitgelegd dat zij ook ziet op verbintenissen uit onrechtmatige daad.³⁸

Indien de onderaannemer zich uitsluitend wil beroepen op zijn eigen algemene voorwaarden of een beroep op de Himalaya-clausule is uitgesloten (bijvoorbeeld omdat de algemene voorwaarden van de aannemer door de opdrachtgever worden vernietigd met een beroep op art. 6:233 onder b BW), komt het mij voor dat de hiervoor genoemde regel uit het Gegaste Uien-arrest geldt, mits de onderaannemer stelt en aantoonst dat de opdrachtgever in redelijkheid de gelding van die algemene voorwaarden moet dulden.

5.2.2 *Quod non licet Iovi, licet bovi*³⁹

In Zürich/Buderus overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4 dat de omstandigheid dat een beroep van GTI op haar eigen algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht, nog niet automatisch betekent dat een beroep door Buderus op de algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Deze overweging houdt verband met de aard van de toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De toetsing komt neer op de gevolgen die inroeping van het beding tussen de betreffende partijen heeft voor de partij tegen wie het wordt ingeroepen. Zij raakt de positie van derden niet bij voorbaat. Bij de toetsing wordt acht geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de overeenkomst, de hoedanigheid van partijen en de wederzijds kenbare belangen.⁴⁰ Zoals de Hoge Raad in r.o. 3.4 van het arrest Buderus/Zürich tot uitdrukking brengt, kan dat tot gevolg hebben dat een beroep op algemene voorwaarden in de ene relatie wel, maar in de andere relatie – bijvoorbeeld omdat de betreffende partijen zich anders

38 Dat laatste lijkt mij overigens uit de aard van de Himalaya-clausule te volgen, omdat de enige aanspraak die de opdrachtgever in het kader van een paardensprong heeft, die van de onrechtmatige daad is.

39 Vrij naar het Romeinse spreekwoord 'Quod licet Iovi, non licet bovi' ('Wat Jupiter mag, mag het rund nog niet').

40 Vgl. o.a. HR 23 maart 1990, NJ 1991/241 (Botman/Van Haaster) en HR 14 juni 2002, NJ 2003/112 (Bramer/Colpro).

tegenover elkaar verhouden – niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht.

Hoe de aanvaardbaarheidstoets in concreto zou aflopen, is niet bekend. Eveneens op 15 oktober 2004 wees de Hoge Raad het arrest GTI/Zürich, welk arrest over dezelfde overeenkomst handelde als Buderus/Zürich.⁴¹ In GTI/Zürich vernietigde de Hoge Raad het oordeel van het hof dat het beroep van GTI op het vervalbeding in haar algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.

Het arrest Buderus/Zürich leert naar mijn mening over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in meerpartijenverhoudingen dat per partij moet worden gezien of voldaan is aan de elementen voor toepasselijkheid. Bij toetreders tot de relatie – onderaannemers of partijen die later tot de overeenkomst toetreden – lijkt snelle gebondenheid aan de orde. Dit correspondeert met de Parlementaire Geschiedenis van het huidige art. 6:232 BW over de gebondenheid aan algemene voorwaarden van de partij die tot een contractuele relatie toetreedt door een derdenbeding te sluiten.

In de parlementaire behandeling van wat nu art. 6:232 BW is, wordt opgemerkt:

‘(...) In dit verband zij nog herinnerd aan art. 6.5.3.5a bepalend dat degene die een derden-beding heeft aanvaard als partij bij de overeenkomst geldt. Dit betekent voor de onderhavige regeling derhalve tweërlei. Enerzijds zal de derde door de werking van art. 2 lid 1 spoedig aan de gelding van de algemene voorwaarden, gebruikt in de overeenkomst waaruit zijn recht voortvloeit, onderworpen zijn, hetgeen van belang is voor de beperkingen waaraan dat recht is onderworpen of voor eventuele verplichtingen die de aanvaarding van dat derdenbeding hem mocht opleggen. (...)’⁴²

Uit deze passage en ook uit de ratio van het derdenbeding vloeit voort dat de derde snel gebonden is aan de algemene voorwaarden verbonden aan het derdenbeding. Art. 6:253 en 6:254 BW, waarin het derdenbeding is geregeld, bepalen immers dat de derde pas partij wordt bij de overeenkomst, indien hij het derdenbeding heeft aanvaard. Deze aanvaarding geschiedt langs de lijnen van de art. 6:217 BW en 3:33 en 3:35 BW. Opmerkelijk is dat de parlementaire geschiedenis zwijgt over de rol van de art. 6:233 onder b en 6:234 BW in het kader van een derdenbeding.

41 HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, NJ 2005/141 (GTI/Zürich).

42 PG Invoering Boek 6 BW, p. 1574. Vgl. voorts: Wessels en Wissink 2010, p. 26-28 en Hijma 2010, p. 44-45.

6 SAMENWERKINGSOVEREENKOMST

Het derde type meerpartijenovereenkomst dat wordt onderscheiden, is de samenwerkingsovereenkomst. Dit type overeenkomst kenmerkt zich door de omstandigheid dat elke partij weliswaar een onderscheiden verbintenis aangaat, maar dat alle verbintenissen tezamen gericht zijn op de realisatie van een gemeenschappelijk project. Als voorbeeld voor de bespreking van deze samenwerkingsovereenkomst neem ik een bouwteam overeenkomst waarbij zijn aangesloten de opdrachtgever, een architect, een toezichthouder (directievoerder), een hoofdaannemer en installateurs.

Indien partijen samen een schriftelijke overeenkomst sluiten, waarvan de algemene voorwaarden onderdeel uitmaken, zal tussen allen de toepasselijkheid van algemene voorwaarden gelden en zullen alle partijen over een weer een beroep op de algemene voorwaarden kunnen doen. Ik stel mij een dergelijke clausule als volgt voor: 'Op de onderhavige overeenkomst zijn de algemene voorwaarden [X] van toepassing. Voornoemde algemene voorwaarden zijn als bijlage aan deze overeenkomst gehecht.'

Indien van de overeenkomst meerdere sets algemene voorwaarden onderdeel gaan uitmaken, dient een aanvullende bepaling te worden opgenomen, inhoudende op welk deel van de werkzaamheden welke set algemene voorwaarden betrekking heeft of welke hiërarchie tussen de verschillende sets algemene voorwaarden geldt. Hierdoor kan worden voorkomen dat een situatie als beschreven in paragraaf 5.2.1 van deze bijdrage zich voordoet.

Wanneer later blijkt dat een nieuwe partij bij het werk, dat onderwerp van de overeenkomst vormt, moet worden betrokken, dan zal deze bij de overeenkomst kunnen toetreden. In dat geval zal in de regel een aanvullende overeenkomst worden gesloten tussen alle betrokkenen, waarin de toetreding van de nieuwe partij zal worden geregeld. Partijen doen er goed aan in dat geval te bepalen dat de nieuwe toetredende partij gebonden is aan de bepalingen van de reeds bestaande overeenkomst en doen er tevens goed aan in dat geval een exemplaar van de overeenkomst aan de nieuwe toetredende partij ter beschikking te stellen.

Indien evenwel mocht blijken dat met de nieuwe toetredende partij geen separate overeenkomst is gesloten of de overeenstemming überhaupt niet schriftelijk is vastgelegd, dan zal al snel moeten worden teruggevallen op de in de rechtspraak ontwikkelde leerstukken over de betrokkenheid van derden bij overeenkomsten, zoals in paragraaf 5.2.2 van deze bijdrage besproken.

Evenzeer gecompliceerd is de situatie waarin partijen nevenaannemer van elkaar zijn en feitelijk samenwerken, maar hun samenwerking niet in een (schriftelijke) overeenkomst hebben vastgelegd, maar los van elkaar met de opdrachtgever hebben gecontracteerd. In dat geval kan naar mijn mening nog steeds sprake zijn van een meerpartijenovereenkomst, zij het dat in dat geval aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden bekeken of de door partijen bedongen algemene voorwaarden in hun relatie met de

opdrachtgever ook onderling kunnen worden ingezet. Een vanzelfsprekendheid als in de hierboven geschetste situatie waarin partijen de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden over een weer in een schriftelijke overeenkomst hebben bedongen, is dat niet. Ook in dat geval vallen partijen terug op de rechtspraak die ik in paragraaf 5.2.2 van deze bijdrage beschreef.

7 CONCLUSIE EN AFRONDING

De wet bevat geen specifieke bepalingen over het gebruik van algemene voorwaarden in meerpartijenverhoudingen. De hoofdregel van art. 6:213 BW is leidend. Dit onderwerp is slechts fragmentarisch in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen en dan met name in relaties waarin de opdrachtgever een derde bij de overeenkomst via de 'paardensprong' aanspreekt, daarbij over zijn contractspartij heenspringend.

In paragraaf 5.2 van deze bijdrage is evenwel besproken, dat nog veel onduidelijk is over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in meerpartijenverhoudingen. De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest Buderus/Zürich dat de vaststelling dat een beroep op de algemene voorwaarden in de driepartijenrelatie tussen GTI, Buderus en de gemeente in de relatie tussen GTI en de gemeente (althans: haar verzekeraar) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, niet automatisch betekent dat Buderus in haar relatie tot de gemeente geen beroep toekomt op diezelfde clause.

Met deze vaststelling is de praktijk evenwel niet geholpen. Het blijft onduidelijk, wat partijen moeten doen om over en weer een beroep op de algemene voorwaarden te kunnen doen, met name indien een schriftelijke vastlegging van de verplichtingen in een voor alle partijen ondertekende overeenkomst ontbreekt. De wet verschaft op dit punt geen duidelijkheid. Ik betwijfel evenwel of regels op dit punt zich zo 1-2-3 in een alomvattende, alle gaten dichtende wettelijke bepaling laten vastleggen.

Deze lacune in de wet kan worden geredieerd door in het contract voorzieningen te treffen en stil te staan bij de potentiële positie van derden of de meerpartijenconstellatie waarin partijen zich begeven.

Zoals zo vaak in het contractenrecht geldt hier het adagium 'voorkomen is beter dan genezen'. Of zoals in *Advocatenblad* stond te lezen: 'Clients prefer a fence at the cliff to an ambulance at the bottom'.⁴³

43 *Advocatenblad* 2014/3, p. 22.

12 | Ouderschapsplan: meerpartijenovereenkomst of meerpartijenplan?

M.J. Vonk & C.G. Breedveld-de Voogd [▪]

1 HET OUDERSCHAPSPLAN

Sinds 1 maart 2009 zijn ouders die gezamenlijk het gezag over hun kinderen uitoefenen verplicht om bij de beëindiging van hun relatie een ouderschapsplan op te stellen.¹ Deze verplichting geldt niet alleen voor gehuwde ouders of ouders die hun geregistreerd partnerschap willen ontbinden, maar ook voor ongehuwde ouders en voor een ouder en een ander dan een ouder die het gezag gezamenlijk uitoefenen. De verplichting tot het opstellen van het ouderschapsplan is een uitwerking van art. 1:247 lid 4 BW, waarin het recht van het kind op gelijkwaardige opvoeding en verzorging nadat ouders uiteen zijn gegaan is opgenomen. Doel van het ouderschapsplan is het realiseren van blijvende betrokkenheid van beide ouders bij het kind door ouders te dwingen samen tot afspraken te komen over het ouderschap na de scheiding. Voor ouders die zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan en dit willen ontbinden, vormt het ouderschapsplan een onderdeel van de bij het verzoek tot ontbinding in te dienen stukken bij de rechtbank. Ontbreekt het plan dan kan het verzoek in beginsel niet in behandeling worden genomen, tenzij er sprake is van de uitzondering zoals neergelegd in art. 815 lid 6 Rv.² In het plan moeten in ieder geval afspraken worden opgenomen over de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken tussen de ouders, de manier waarop ouders elkaar van informatie voorzien en met elkaar overleggen over belangrijke zaken die het kind aangaan. Bovendien moet het plan afspraken bevatten over de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen (art 815 lid 3 Rv). Een andere belangrijke eis, die wordt gesteld met betrekking tot het ouderschapsplan, is dat in het verzoekschrift tot ontbinding van huwe-

▪ Mr. dr. M.J. Vonk is universitair docent (Jeugdrecht) en prof. mr. C.G. Breedveld-de Voogd is hoogleraar burgerlijk recht, beiden aan de Universiteit Leiden.

1 Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding.

2 Art 815 lid 6 Rv: Indien het ouderschapsplan, bedoeld in het tweede lid, of de stukken, bedoeld in het vijfde lid, onderdelen a tot en met c, redelijkerwijs niet kunnen worden overgelegd, kan worden volstaan met overlegging van andere stukken of kan op andere wijze daarin worden voorzien, een en ander ter beoordeling van de rechter. Zie ook J.C.E. Ackermans-Wijn, 'De nieuwe aanbevelingen van het LOVF met betrekking tot het ouderschapsplan', *EB Tijdschrift voor Scheidingsrecht*, 2012/74.

lijk of geregistreerd partnerschap wordt aangegeven hoe de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het plan (art. 815 lid 4 Rv).

Het ouderschapsplan roept een aantal vragen op, niet in de laatste plaats de vraag of met het ouderschapsplan het nagestreefde doel wordt bereikt dat beide ouders in goed overleg bij de kinderen betrokken blijven na de scheiding. De minister heeft toentertijd toegezegd dat de wet na vijf jaar zou worden geëvalueerd. Dit onderzoek wordt momenteel uitgevoerd (een deel ervan is in november 2013 verschenen).³ Recent verscheen in *Trouw* een artikel van de onderzoekers Spruijt en Van der Valk, die concludeerden op basis van onderzoek dat tot nu toe door hun is gedaan, dat de verplichting tot het opstellen van een ouderschapsplan zou leiden tot meer conflicten en meer stress voor de betrokken kinderen na scheiding.⁴ Het WODC heeft zich op haar website van deze mening gedistantieerd. Hoe het ook zij, er is evident discussie over de effecten van het ouderschapsplan op het welzijn van kinderen na scheiding. Andere vragen betreffen de juridische status van deze nieuwe rechtsfiguur. Wat is de houdbaarheid van het plan, moet het plan met regelmaat worden aangepast en zo ja, wie moeten daarbij betrokken zijn? De gemaakte afspraken zijn echter in het gunstigste geval de weergave van een momentopname van overeenstemming. Verzorging en opvoeding van opgroeiende kinderen is evenwel een dynamisch proces dat voortdurend aan veranderingen onderhevig is. Als partijen om wat voor reden dan ook niet in staat zijn om met elkaar behoorlijk overleg te voeren over de verdere verzorging en opvoeding van de kinderen, zal een ouderschapsplan weinig tot geen soulaas bieden op het moment dat zich nieuwe omstandigheden voordoen. Het is derhalve de vraag wat de waarde van een ouderschapsplan is als dit – min of meer gedwongen – is opgesteld zonder dat partijen in staat blijken tot een behoorlijke communicatie over de uitvoering van hun ouderlijke verantwoordelijkheden.

In geval van een geschil over de verzorging en opvoeding van de kinderen, kunnen partijen, nu en straks, de rechter vragen te interveniëren (art. 1:253a BW). Ook al is het op dat moment naar de letter van de wet niet verplicht het destijds opgestelde ouderschapsplan te overleggen, aangenomen mag worden dat een der partijen dit stuk wel in het geding zal brengen om zijn verzoek dan wel verweer kracht bij te zetten. In dat ouderschapsplan zal immers een afspraak zijn opgenomen waarvan een der partijen tegen de zin van de andere partij thans wijziging wenst. Kortom: is het ouderschapsplan ‘slechts’ een plan dat de intenties van de betrokkenen beschrijft of is het een rechtens bindende

3 M.J. ter Voert en T. Geurts, Evaluatie ouderschapsplan: een eerste verkenning (Cahier 2013-8), Den Haag: WODC 2013. Zie ook I. van der Valk en E. Spruijt, *Het ouderschapsplan en de effecten voor kinderen*, Universiteit Utrecht, 10 oktober 2013, http://www.scheidingskinderen.nl/resources/Artikel_Spruijt_vanderValk.pdf.

4 Artikel *Trouw* 25/26 februari 2014. Zie ook T. Geurts & M.J. ter Voert, ‘Evaluatie van het ouderschapsplan en misvattingen in de media’, *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht*, 2014/18.

overeenkomst, waaruit voor partijen rechten en verplichtingen voortvloeien? En, als het een overeenkomst is, is hier dan ook sprake van een meerpartijen-overeenkomst met als hoofdrolspelers de ouders en de kinderen? In deze bijdrage zal daarom de vraag centraal staan of uit een ouderschapsplan afdwingbare rechten en verplichtingen voortvloeien en zo ja ten behoeve en ten laste van welke partijen.

2 HET OUDERSCHAPSPLAN, EEN BINDENDE OVEREENKOMST?

Het ouderschapsplan is gebaseerd op de wilsovereenstemming van de partners omtrent de wijze waarop zij na de scheiding aan hun plicht tot verzorging en opvoeding van hun kinderen gezamenlijk vorm zullen geven. Het ouderschapsplan bevat in die zin een familierechtelijke overeenkomst. De consensus tussen partijen heeft hier een scheppende rol, die vergelijkbaar is met wilsovereenstemming die ten grondslag ligt aan de verbintenisscheppende overeenkomst uit het vermogensrecht. De vraag dringt zich daarom op of er uit de niet-vermogensrechtelijke afspraken tussen partijen, zoals de regeling omtrent de verdeling van de verzorgings- en opvoedingstaken, verplichtingen voortvloeien die partijen binden en waarvan in rechte nakoming kan worden gevorderd. Met andere woorden, vormt het ouderschapsplan ook met betrekking tot de niet-vermogensrechtelijke aspecten een overeenkomst die voldoet aan de omschrijving van art. 6:213 lid 1 BW:

‘Een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan.’

Uit de Toelichting Meijers bij de schakelbepaling van art. 6:216 BW wordt duidelijk dat de term ‘verbintenis’ in het Burgerlijk Wetboek steeds een vermogensrechtelijk karakter draagt en dat daarom een familierechtelijke overeenkomst geen overeenkomst is in de zin van art. 6:213 BW. Op grond van art. 6:216 BW vindt het bepaalde in de afdelingen 1 tot en met 4 van titel 5 Boek 6 overeenkomstige toepassing op andere meerzijdige *vermogensrechtelijke* overeenkomsten die geen verbintenisscheppende overeenkomsten zijn als bedoeld in art. 6:213 BW, zoals de familierechtelijke, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet. Deze schakelbepaling kan daarom niet worden toegepast op de familierechtelijke overeenkomst voor zover deze geen betrekking heeft op vermogensrechtelijke aspecten.⁵

5 A.J.M. Nuytinck, ‘Wet bevordering ouderschap en zorgvuldige scheiding en overgangsrecht, Noot onder HR 21 mei 2010, LJN:BL7407’, *Ars Aequi*, 2010/9, p. 603 en A.J.M. Nuytinck, ‘Samenlevingsovereenkomst vernietigbaar op grond van dwaling’, noot onder HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:416, *Ars Aequi* 2014/5, p. 366.

Nuytinck verdedigt dat in voorkomende gevallen voor de niet-vermogensrechtelijke vragen een oplossing moet worden gevonden, die aan Boek 6 BW is ontleend. Hij acht het mogelijk dat de ene ex-echtgenoot na echtscheiding de andere ex-echtgenoot tot schadevergoeding aanspreekt wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit hoofde van het ouderschapsplan. Hij benadrukt dat dit alleen zou kunnen met inachtneming van het feit dat hier gaat om een bijzondere, op het familierecht gebaseerde rechtsverhouding.⁶ Toch impliceert deze zienswijze dat een ouderschapsplan als zodanig bindende kracht heeft en dat alleen al daaruit de rechtsgevolgen voortvloeien zoals deze door partijen zijn overeengekomen (vgl. art. 6:248 BW). Nuytinck spreekt zelfs van de tekortkoming in de nakoming van een *verbintenis*, een term die ziet op vermogensrechtelijke verplichtingen.

Wanneer we in dit verband van nakoming en tekortkoming mogen spreken dan gaat hieraan een vraag vooraf: strekt het ouderschapsplan partijen tot wet zoals ook bij een vermogensrechtelijke overeenkomst het geval is, of is dit niet in overeenstemming met de aard van deze rechtshandeling? Interessant is om in dit verband het antwoord van de Minister van Justitie te lezen op de bij de plenaire behandeling in de Eerste Kamer gestelde vragen naar de verbindende kracht van het ouderschapsplan. Zowel mevrouw Broekers-Knol als de heer Franken vroegen de minister of het bij het ouderschapsplan gaat om een overeenkomst met dezelfde bindende kracht als bij overeenkomsten in het vermogensrecht, dan wel om voornemens waarop op eenvoudige wijze kan worden teruggekomen. Het antwoord van de minister luidt als volgt:

‘Het gaat om afspraken die moeten worden nagekomen en niet slechts om voornemens waar men op eenvoudige wijze van af kan. Dat verzeker ik de heer Franken. Voor de verbindende kracht die de afspraken hebben, is het niet minder van belang dat zij aan de rechter zijn voorgelegd en bij de rechter niet op bezwaren zijn gestuit. Het gaat bij een ouderschapsplan aan de andere kant ook weer niet om zo maar een overeenkomst, want er is een kwetsbare partij bij betrokken, namelijk het kind. Indien en voor zover het belang van het kind door de daadwerkelijke uitvoering van het ouderschapsplan zou worden geschaad, dient nakoming van de overeenkomst uiteraard niet plaats te vinden. Het is dan aan de desbetreffende ouder om dat aan te tonen. Dat mag je ook niet lichtvaardig aannemen, maar het gaat wel om de verplichting van artikel 247, de bevordering van de ontwikkeling van de banden van het kind met de andere ouder en de andere verplichtingen die in het algemeen op grond van het BW op ouders rusten.’

Moet hier uit worden afgeleid dat de ene ouder ten opzichte van de ander aanspraak kan maken op nakoming van de niet vermogensrechtelijke afspraken in het ouderschapsplan? Wij zijn van mening dat dat niet het geval is. Het ouderschapsplan wordt opgesteld om (voorlopig) vorm te geven aan de wijze

6 A.J.M. Nuytinck 2010, p. 603.

waarop het (gezamenlijk) gezag over het kind wordt uitgeoefend. Het ouderschapsplan behelst uit de aard der zaak dan ook niet een recht van de ene ouder ten opzichte van de ander, maar uitsluitend een plicht ten opzichte van een kind. Aan een ouder komen in dit verband dan ook geen rechten toe waarvan hij nakoming kan vorderen of waarin de een ten opzichte van de ander kan tekortschieten. Hier kan tegenin worden gebracht dat de ene ouder ten opzichte van de ander een zelfstandig belang kan hebben dat de ander zich aan de afspraken houdt, die bij het ouderschapsplan zijn gemaakt. Wanneer dit belang wordt geconverteerd in een zelfstandig vorderingsrecht van een ouder, impliceert dit dat het ouderschapsplan rechten en verplichtingen scheidt, waar deze eerder niet bestonden. Het ouderschapsplan zou dan de wijze waarop het gezag wordt uitgeoefend converteren in een recht dan wel verplichting van de ene ouder ten opzichte van de ander. Dit is ons inziens niet de bedoeling geweest van het ouderschapsplan. In dat geval resteert de vraag of een ouder namens het kind nakoming van het plan kan vorderen. Hiervoor zal het kind als derde partij bij het ouderschapsplan moeten kunnen worden aangemerkt.

3 DE 'PARTIJEN' BIJ HET OUDERSCHAPSPLAN

De verplichting tot het maken van het plan ligt bij degenen die gezamenlijk het gezag over het kind uitoefenen op het moment dat zij uit elkaar gaan. Zij, in de regel de ouders, zijn de partijen bij het ouderschapsplan. Echter, het onderwerp van het plan is het kind. Art. 815 lid 4 Rv. laatste zin geeft het kind daarom een rol bij het tot stand komen van het ouderschapsplan door te bepalen:

'Tevens vermeldt het verzoekschrift op welke wijze de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan.'

In de memorie van toelichting bij de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding is hierover het volgende opgemerkt:⁷

'Het is belangrijk om de kinderen te betrekken bij het opstellen van een ouderschapsplan. Om deze reden is een aanvullende eis gesteld aan het inleidend verzoekschrift, namelijk een vermelding van op welke wijze de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan (Artikel II, onderdeel A, 815, derde lid, Rv). De mate waarin dit mogelijk is, is uiteraard afhankelijk van de leeftijd en het ontwikkelingsniveau van het kind. Deze informatie is voor de rechter belangrijk omdat de rechter onder meer moet beoordelen of de regeling strookt met het belang van de betrokken minderjarige(n).'

⁷ *Kamerstukken II, 2004/05, 30 145, 3, p. 6.*

Blijkt uit het verzoekschrift niet dat de kinderen bij het plan zijn betrokken, dan volgt in eerste instantie een rappel om het verzoekschrift aan te passen, gebeurt dat niet, dan wordt een zitting gepland.⁸ Er is geen leeftijd opgenomen vanaf wanneer kinderen hierbij moeten worden betrokken. De leeftijdsgrenzen die voor het horen van kinderen door de rechter in dit soort zaken van toepassing zijn, gelden hier dus niet.⁹ Het Landelijk Overleg van Voorzitters Familie- en jeugdrecht (LOVF) heeft naar aanleiding van problemen die zich met betrekking tot het ouderschapsplan in de praktijk voordeden aanbevelingen gepubliceerd in 2012.¹⁰ Deze aanbeveling bevatten ook een paragraaf over de betrokkenheid van kinderen bij het opstellen van het plan. Het LOVF beveelt aan dat kinderen vanaf 6 jaar betrokken worden bij het ouderschapsplan en kinderen tot en met 5 jaar niet. Het verzoekschrift moet een korte en bondige toelichting bevatten hoe de kinderen zijn betrokken. Daarnaast moeten kinderen van 12 jaar en ouder in gevolge art 809 Rv. *altijd* de gelegenheid krijgen om gehoord te worden door de rechter als zij dit willen. Blijkt tijdens het verhoor dat de kinderen het niet met het plan eens zijn, dan kan een zitting worden gepland.¹¹

Ook op ongehuwde ouders die gezamenlijk het gezag uitoefenen rust de verplichting om bij scheiding een ouderschapsplan op te stellen. Er is alleen geen moment waarop wordt getoetst of zij dit ook hebben gedaan, omdat zij niet naar de rechter behoeven te gaan om hun relatie te ontbinden. De vraag of zij afspraken hebben gemaakt over het ouderschap na scheiding en of en hoe zij het kind daarbij hebben betrokken komt pas aan de orde als zij met een conflict over het gezag naar de rechter stappen. Op dat moment kan de rechter aan de ouders vragen alsnog eerst zelf een plan te maken en mocht dat niet in het belang van het kind zijn, dan zal hij zelf een beslissing nemen.¹² Ook bij een dergelijke procedure geldt dat kinderen van 12 jaar en ouder door de rechter in de gelegenheid moeten worden gesteld hun mening kenbaar te maken. Dit is geen verplichting, maar een recht dat kinderen toekomt op grond van art. 809 Rv. Zij behoeven uitsluitend te worden gehoord *als zij dit willen*.

Art. 815 lid 4 Rv. lijkt een meer verplichtend karakter te hebben dan art. 809 Rv. wat betreft de betrokkenheid van het kind bij het opstellen van het ouderschapsplan. De ouders *moeten* vermelden hoe zij het kind bij het opstellen van het ouderschapsplan hebben betrokken met in achtneming van de leeftijd van het kind. Waar moet deze betrokkenheid uit bestaan? Gezien de ratio van

8 J.C.E. Ackermans-Wijn 2012.

9 Art 809 Rv. De rechter mag een beslissing nemen alvorens betrokken kinderen vanaf 12 jaar de gelegenheid te geven gehoord te worden (als zij dit willen!). De rechter kan kinderen onder de 12 horen indien ze in staat kunnen worden geacht hun belangen in te schatten.

10 J.C.E. Ackermans-Wijn, 2012.

11 Zie bijv. Rb. Limburg, 9 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:442 en Rb. Overijssel, 21 januari 2015, ECLI:RBOVE:2015:803.

12 Art. 1:253a lid 3 BW.

de bepaling lijkt niet voldoende de enkele mededeling van de ouders aan het kind over hoe het plan eruit gaat zien. Het is volgens de wetgever belangrijk dat het kind zelf *bij het opstellen* betrokken is geweest. Kennelijk moet het kind bij het overleg over de inhoud een zekere rol spelen en zijn mening kenbaar kunnen maken ten aanzien van de wijze waarop het gezag over hem zal worden uitgeoefend. Het is echter zeer de vraag of het kind door deze betrokkenheid partij wordt bij het ouderschapsplan en er ook aan is gebonden in die zin dat hij zich er niet alleen aan moet houden, maar er ook rechten aan kan ontlene. Bij de beantwoording van de vraag of het kind zelf aan de gemaakte afspraken gebonden is zal de notie centraal moeten staan dat het kind *recht* heeft op gezamenlijke betrokkenheid van ouders bij de opvoeding na scheiding, maar zelf geen plicht heeft tot omgang (art 1:377a BW).¹³ Dit familierechtelijke recht is zo fundamenteel dat naar onze mening het kind zich niet contractueel kan binden ten aanzien van dit recht. Wanneer bijvoorbeeld het kind ten tijde van het opstellen van het ouderschapsplan heeft aangedrongen op een co-ouderschap waarbij het kind drie en een halve dag in de week bij de vader woont en drie en een halve dag bij de moeder en dit ook zo in het ouderschapsplan wordt opgenomen, dan kan dit gegeven nimmer aan het kind worden tegengeworpen als hij een wijziging van deze regeling wenst.

Het ouderschapsplan schept dus geen afdwingbare verplichtingen voor het kind. In paragraaf 2 concludeerden wij al dat het de ouders onderling ook niet kan binden, omdat het hier geen rechten van de ouders betreft, maar een plicht ten opzichte van het kind. Betekent dit dan omgekeerd dat, wanneer (een van) de ouders een regeling als hierboven vermeld, wil(len) wijzigen wegens bijvoorbeeld een verhuizing of wijziging van de arbeidssituatie, het kind wél rechten kan ontlene aan het ouderschapsplan? Is het kind, met andere woorden, de derde partij aan wie de ouders in het ouderschapsplan een afdwingbaar recht hebben toegekend? Aldus zou een meerpartijenovereenkomst worden gecreëerd tussen ouder 1, ouder 2 en het kind op een wijze die vergelijkbaar is met het beding ten behoeve van een derde (art. 6:253 BW).¹⁴ Dit zou betekenen dat het kind in bovenvermeld voorbeeld nakoming zou kunnen vorderen van drie en een halve dag omgang bij de een en drie en een halve dag bij de ander. Ook dit lijkt ons te getuigen van een onjuiste visie op het ouderschapsplan. Bij een noodzakelijke wijziging van een zorgregeling behoort uitsluitend het belang van het kind voorop te staan, waarbij de Hoge Raad echter in 2008 al de kanttekening maakte dat bij een beslissing

13 Zie bijvoorbeeld A. Hendriks, 'Passende contactregelingen? Maatwerk!', *REP* 2012/6.

14 Een derdenbeding schept voor de derde eerst een recht, indien de derde dit beding aanvaardt (art. 6:253 lid 1 BW). Tot deze aanvaarding kan het beding door degene die het heeft gemaakt, worden herroepen (art. 6:253 lid 2 BW). Hieruit blijkt dat het is gebaseerd op de gedachte dat het recht zijn bron vindt in de autonomie van partijen. Deze gedachte is vreemd aan de verplichting van de ouders het gezag uit te oefenen. Zij creëren deze verplichting niet zelf en het kind hoeft geen enkele rechtshandeling (aanvaarding) te verrichten om het recht te hebben.

op grond van art. 1:253a alle relevante belangen moeten worden meegewogen en dat in uitzonderlijk gevallen andere belangen dan die van het kind de doorslag kunnen geven.¹⁵ In de afweging van omstandigheden die hierbij moet plaats vinden kunnen de eens gemaakte afspraken in het ouderschapsplan zeker een grote rol spelen, met name in het geval waarin deze afspraken nog niet lang geleden zijn gemaakt.¹⁶ Het mag echter niet een eenvoudig door (of namens) het kind in te roepen wilsrecht zijn dat voortvloeit uit het ouderschapsplan. Hierdoor zou het zicht op wat het belang van het kind eist worden vertroebeld.

Daarnaast moet worden bedacht dat het betrekken van kinderen bij het opstellen van het ouderschapsplan nog niet betekent dat de overeengekomen regeling de wens van het kind geheel volgt. Ingevolge art. 12 van het IVRK heeft een kind het recht om zijn mening te vormen en vrijelijk te uiten in aangelegenheden die hem of haar betreffen. Om dit recht te waarborgen wordt het kind in alle procedures die het kind aangaan gehoord, rechtstreeks of door een vertegenwoordiger. Aan de mening van het kind wordt vervolgens passend belang gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd of rijpheid. Het is in eerste instantie aan de ouders als wettelijk vertegenwoordigers om op passende wijze belang te hechten aan de mening van hun kinderen in de context van het ouderschapsplan met inachtneming van de rijpheid van het kind. Kunnen ouders dit niet¹⁷ of is het kind het niet eens met de manier waarop de ouders dit hebben gedaan, dan kan deze vraag voor de rechter komen.¹⁸ Dit alles tezamen brengt ons tot de conclusie dat het kind wel het onderwerp van de overeenkomst is die door de ouders wordt aangegaan, maar zelf niet als zelfstandige partij kan worden beschouwd die rechtstreeks aan het plan rechten kan ontnemen. De rechten die het kind heeft ten opzichte van ouders vloeien voort uit het gezags- en afstammingsrecht zoals neergelegd in Boek 1 BW zelf.

Het meest waarschijnlijk is dat het kind moet worden beschouwd als derde-belanghebbende, zoals bij mediation het geval zou zijn.¹⁹ Daarbij hebben ouders op grond van hun ouderlijk gezag de taak om de belangen van hun

15 HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5901.

16 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 12 augustus 2011, ECLI: ECLI:NL:GHSGR:2011:BR5121 met betrekking tot een voorgenomen verhuizing van de moeder met kinderen naar Schotland.

17 De rechter heeft een beperkte bevoegdheid om een ouderschapsplan te toetsen. Zie voor een zaak waarin de rechtbank Den Haag tot de conclusie kwam dat het ouderschapsplan niet in het belang van het kind was een geval waarin ouders hadden afgesproken dat het kind afwisselend een jaar bij de ene ouder in de VS zou wonen en vervolgens een jaar bij de andere ouder in Nederland. De rechtbank heeft vervolgens zelf een andere zorgregeling vastgesteld. Rb Den Haag, 15 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU5186.

18 Recent heeft Rb Limburg in een zaak waar ouders het niet eens konden worden over de zorgregeling uitdrukkelijk de wensen van het 12-jarige kind als uitgangspunt genomen, ECLI:NL:RBLIM:2014:4442.

19 Zie bijvoorbeeld 'Het kind als (vol)waardige partij bij mediation' in C. Mak, F.K. van Wijk, J.H. de Graaf, P.J. Montanus, *Rechten van het kind en waardigheid*, Ars Aequi Nijmegen 2013.

kind te bewaken in de afspraken die ze onderling maken. In deze context is meermalen de vraag gerezen of ouders überhaupt in staat zijn om in de hectische en vaak zeer emotionele tijd rondom de scheiding de belangen van hun kinderen daadwerkelijk helder te zien en te bewaken of dat hiervoor beter een derde kan worden aangewezen zoals een bijzondere curator.²⁰ Het LOVF heeft in 2014 in het *Werkproces benoeming bijzondere curator* uiteengezet in welke situaties benoeming van een bijzondere curator gewenst is en wat de taak van deze figuur vervolgens is. Daarbij wordt onder meer het volgende gezegd: 'In echtscheidingszaken kan de taakomschrijving zich ook richten op bemiddeling bij de totstandkoming van het ouderschapsplan.'²¹ Het Hof Den Haag heeft op verzoek van de ouders een bijzondere curator benoemd om hen te helpen met het opstellen van een ouderschapsplan. Hierbij heeft het hof overwogen:

'Aangezien het hoofdverblijf een onderdeel vormt van de zorgregeling in zijn geheel en de ouders ook beogen onder begeleiding van een bijzondere curator tot een ouderschapsplan te komen, mag de bijzondere curator het ook tot haar taak rekenen de ouders bij het opstellen van het ouderschapsplan te begeleiden.'²²

4 CONCLUSIE: MEERPARTIJENOVEREENKOMST OF MEERPARTIJENPLAN

Een ouderschapsplan is een familierechtelijke overeenkomst. Hierbij zijn naar onze mening alleen de ouders partij. De kinderen zijn naar onze mening geen partij maar belanghebbenden. In die zin kan bij een ouderschapsplan dan ook niet worden gesproken van een familierechtelijke meerpartijenovereenkomst. Uit deze familierechtelijke overeenkomst vloeien naar onze mening – anders dan de Minister van Justitie eerder heeft betoogd – geen rechtstreeks afdwingbare verplichtingen voort zoals uit de verbintenisscheppende overeenkomst in de zin van art. 6:213 BW. De gebondenheid aan het ouderschapsplan werkt indirect. Met deze op schrift gestelde afspraken en intenties dient de rechter rekening te houden bij de vaststelling of wijziging van de zorgregeling. Het belang van het kind blijft hierbij de leidende norm. Aangezien het kind bij de opstelling van het plan moet worden betrokken, kan wel worden gesproken van een meerpartijenplan. Het kind is hierbij belanghebbende partij, maar is en wordt geen contractspartij.

20 D.J.D. Kentie en J.A.M. Hendriks, 'Artikel 1:250, de bijzondere curator, in het belang van vechtscheidingkinderen?', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2013/93.

21 *Werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW* van 14 oktober 2014, p. 7, te vinden op <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/sector-familie-en-jeugdrecht/Pages/default.aspx>.

22 Hof Den Haag 16 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3979.

S. Voskamp [▪]

1 INLEIDING

Vanwege de slechte relatie tussen moeder en zoon, trekt de zoon tegen de zin van de moeder, in bij het gezin van een vriend. Zijn school, het Groningse Willem Lodewijk Gymnasium, onderhoudt vervolgens contact met de 'nieuwe verzorgers' en overlegt niet langer met de moeder. De school verschaft wel enige informatie aan haar, waaronder het bericht dat een andere school bereid is gevonden de zoon een sprintopleiding op Havo-niveau te bieden. De zoon krijgt vervolgens uitschrijfformulieren mee, te ondertekenen door zijn moeder. De zoon laat de uitschrijfformulieren en de inschrijfformulieren voor de nieuwe school echter ondertekenen door zijn nieuwe verzorgers. Hij gaat Havo volgen en haalt zijn diploma, waarna hij aan een HBO-opleiding begint.

De moeder voelt zich tekortgedaan en vordert bij de rechtbank onder meer een verklaring voor recht dat de school toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de met haar – ten behoeve van haar zoon – gesloten onderwijsovereenkomst. De moeder verwijt de school dat zij onvoldoende is geïnformeerd over de ontwikkelingen van haar zoon en dat de school haar zoon zonder haar toestemming heeft uitgeschreven.¹

Deze casus roept de vraag op wie er partij is bij een onderwijsovereenkomst: tussen wie geldt die overeenkomst eigenlijk? Aan de ene kant staat de school of – in onderwijsstermen – het bevoegd gezag.² Dat spreekt in de

▪ Mr. S. Voskamp is als promovenda verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

1 Zie Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947.

2 Het bevoegd gezag bestuurt een of meerdere scholen. Ook het bestuur van een bijzondere school zou bevoegd gezag kunnen worden genoemd. Dit bevoegd gezag valt evenwel samen met de privaatrechtelijke rechtspersoon die de school in stand houdt (vertegenwoordigingsregels Boek 2 BW). Bij een openbare school kunnen instandhouder en bevoegd gezag uiteenlopen. De gemeente bijv. kan de school in stand houden, terwijl als bevoegd gezag het bestuursorgaan, te weten het College van B&W wordt aangemerkt. Instandhouding van openbare scholen kan bijv. ook geschieden door een openbare rechtspersoon (publiekrechtelijk) of – zoals veelvoorkomend – een (overheids)stichting (privaatrechtelijke rechtspersoon).

regel vanzelf.³ Maar wie staat er aan de andere kant: is de moeder partij, de zoon of zijn beiden dit? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet worden vastgesteld in welke hoedanigheid de moeder heeft gehandeld. Handelt zij voor zichzelf (*pro se*), of handelt zij namens haar zoon (als wettelijk vertegenwoordiger, *q.q.*), of handelt zij in beide hoedanigheden tegelijk? Bij de totstandkoming van de onderwijsvereenkomst is de moeder zeker *handelende* partij, hetzij voor zichzelf, hetzij in verband met de minderjarigheid en handelingsonbekwaamheid van haar zoon. 'Partij' vat ik evenwel op als degene die door de overeenkomst wordt getroffen ofwel gebonden, die rechten en verplichtingen aan de overeenkomst kan ontfangen.⁴ Dan staat de positie van de moeder en zoon niet bij voorbaat vast.

Is er wellicht sprake van een meerpartijenovereenkomst, tussen school, moeder en zoon? Hierin ligt de bijdrage van dit onderzoek aan het thema van de bundel: hoe wordt bepaald of er sprake is van een meerpartijenovereenkomst, in het bijzonder in onderwijsverhoudingen? Deze vraag is van belang aangezien het relevant is te weten ten opzichte van wie de overeenkomst rechten en verplichtingen schept. Wie kan zich in de 'meerpartijencirkel' waarop beroepen; kan een moeder zich *pro se* beroepen op een verplichting die de school jegens het kind zou hebben? Eveneens is voor scholen van belang

soon). Zie art. 1 van zowel Wet op het primair onderwijs (Wpo), Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo) als Wet op de expertisecentra (Wec) met verwijzingen. Zie – tevens voor nuanceringen en diverse toepassingen van het begrip bevoegd gezag – B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht', in C.J.A.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving* (Preadvies VAR-reeks 124), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 75 e.v.; zie B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen. De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidnorm van scholen jegens leerlingen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013, p. 27-34. Kanttekening: de definitie van het begrip 'school' is erg breed en diffuus, denk bijv. aan voor-, tussen- en naschoolse opvang aangeboden door scholen. Op dit aspect wordt in dit artikel echter niet ingegaan.

- 3 Er zijn ook mogelijk andere 'partijen', denk aan de inschakeling van begeleiders (remedial teachers, intern begeleiders, onderwijsconsulenten, etc.).
- 4 Het onderscheid tussen degene die de handeling verricht en degene die gebonden is, ontleen ik o.a. aan: P.J. Witteman, 'Over het begrip: partij', in: *Rechtsgeleerde opstellen van de hand van oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. Paul Scholten ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1932, p. 410; Dit onderscheid hangt samen met de twee kanten die het begrip overeenkomst kent (de verbintenis-scheppende handeling en het resultaat, de uiteindelijke rechtsverhouding): Köster noemt de begrippen overeenkomst en rechtshandeling afgeleid uit een Engelse bron, een *Janus woord*: woorden die in het algemeen tweërlei functies kunnen vervullen, H.K. Köster, 'Poging tot een nadere analyse van enkele zogenaamd eenzijdige rechtshandelingen', in: *Non sine causa*, opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 210. Hijma noemt het een term met twee gezichten, Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 8. Zie over verschillende betekenissen van het begrip partij ook Du Perron: C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999, p. 37 e.v.; A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *AA* 2012, afl. 1, p. 29.

vooraf te weten wat er van haar verwacht kan worden. Daarnaast is het relevant te weten tot wie partijen zich *juridisch* gezien kunnen dan wel moeten richten, en bijvoorbeeld procesrechtelijk gezien in welke hoedanigheid dat door ouders dient te geschieden. Ook rijst de vraag of ouders schadevergoeding direct op grond van de overeenkomst kunnen vorderen in plaats van uit te moeten wijken naar de meer algemene onrechtmatige daad grondslag.

Het is dus zeer relevant om te weten of sprake is van een meerpartijenovereenkomst. Mijn bijdrage beperkt zich tot de voorfase: hoe kan er bepaald worden of er überhaupt sprake is van een meerpartijenovereenkomst? Deze vraag wordt beantwoord vanuit het algemene vermogensrechtelijk kader, aan de hand van bekende arresten als *Kribbebijter* en *Baby Joost* (paragraaf 3 en 4). Daarna transponeer ik dit kader naar het onderwijs (paragraaf 5). Vanuit dit perspectief analyseer ik vervolgens de onderwijsrechtelijke jurisprudentie en literatuur (paragraaf 6 en 7). In paragraaf 8 volgt een afronding. Voordat op de vraag hoe vast kan worden gesteld wie er partij is bij een overeenkomst wordt ingegaan, zal ik eerst kort stilstaan bij de discussie omtrent de aard van de rechtsverhouding (paragraaf 2). Het aanmerken van de rechtsverhouding als contract spreekt namelijk niet vanzelf. In het bijzonder onderwijs gaat men hier over het algemeen van uit, maar in het openbaar onderwijs zou een publiekrechtelijke rechtsverhouding kunnen worden aangenomen.

2 AARD VAN DE RECHTSVERHOUDING

Kan de rechtsverhouding met een school worden gekwalificeerd als een overeenkomst? De regering vatte de stand van zaken samen ter gelegenheid van een wijziging van de Wet op het voortgezet onderwijs:⁵

‘Nadat door het bestuur van de rechtspersoon waarvan een bijzondere school uitgaat over de toelating van een leerling positief is beslist en de wettelijk vertegenwoordiger van de leerling deze heeft laten inschrijven c.q. de leerling zich heeft laten inschrijven, is er sprake van wilsovereenstemming en is naar het oordeel van de ondergetekenden een overeenkomst (naar burgerlijk recht) tot stand gekomen.’

5 *Kamerstukken II 1988/89, 20616, 6, p. 53 (MvA)*. De regering werd de vraag gesteld of er sprake is van een overeenkomst tussen ouders en school, nadat een leerling is aangemeld en ingeschreven. Uit het geciteerde antwoord blijkt dat er niet expliciet wordt aangegeven wie er als partij is aan te merken. In het middelbaar beroepsonderwijs en het particulier (het niet door de overheid bekostigd) onderwijs worden schriftelijke onderwijsovereenkomsten tussen deelnemer en onderwijsinstelling voorgeschreven, zie art. 8.1.3 van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB), art. 11 van de Wet op de erkende onderwijsinstellingen (WEO).

Ten aanzien van de verhouding met een openbare school, is de regering minder recht toe recht aan:⁶

‘Voor wat betreft het openbaar onderwijs is het niet geheel duidelijk of er sprake is van een overeenkomst of andere rechtsbetrekking. Rechtspraak en literatuur zijn op dit punt niet eenduidig. Uit bedoelde rechtsbetrekkingen vloeien voor beide partijen rechten en verplichtingen voort welke deels worden bepaald door de onderwijsregelgeving.’

Juist is dat de kwalificatie van de rechtsverhouding met een school voorwerp is van debat in de literatuur, niet alleen voor het openbaar maar ook voor het bijzonder onderwijs.⁷

Het debat is van belang. Geschillen tussen school, ouders en kinderen gaan over nakoming van verplichtingen of over schadevergoeding wegens het niet nakomen van die verplichtingen. Het is nodig te weten door welke regels die geschillen worden beheerst (speciale onderwijswetgeving dan wel art. 6:74 e.v. of art. 6:162 BW) en welke rechter bevoegd is daarover te beslissen (de

6 *Kamerstukken II* 1988/89, 20616, 6, p. 53 (MvA).

7 Zie voor een beknopte weergave tevens C.W. Noorlander & B.M. Paijmans, ‘Educational malpractice’ als relatief nieuw fenomeen binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht’, *NTBR* 2011/32, afl. 6, p. 234.

T.a.v. het bijzonder onderwijs, een privaatrechtelijke overeenkomst: M. Stoop, ‘De Wet-AROB en de onderwijsovereenkomst’, *TvO*, 1977/20, p. 456-460; E. Trietsch, ‘Een onontgonnen terrein in het rechtsleven ontdekt?’, *TvO* 1978/21, p. 489; H.Ph.J.J.M. Hennekens, noot bij Vz ARRS 2 september 1988, *Gst*, 6874, 4, en Vz ARRS 10 mei 1989, *Gst*, 6882, 3; H. Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 305-307; W.E. Pors, ‘De onderwijsovereenkomst’, *School en Wet* 1990/10, p. 155-159; H.L.C. Hermans, H.A.M. Backx & W.E. Pors, *Hoofdpijnen onderwijsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1993, p. 182 e.v.; C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders* (diss. Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 279; J. Sperling, *De juridische positie van de ouders in het onderwijs* (deel 29 Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 61. Het aanmerken van de verhouding als een privaatrechtelijke overeenkomst is echter niet onomstreden, zie bijv. Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 108-112. T.a.v. het openbaar onderwijs worden verschillende mogelijkheden aangedragen: privaatrechtelijke overeenkomst, publiekrechtelijke overeenkomst, mengvorm, of publiekrechtelijke (niet contractuele) rechtsverhouding. Privaatrechtelijke overeenkomst: Stoop 1977, p. 456-460; Hennekens 1988, 1989; Drop 1985, p. 305-307; Hermans, Backx & Pors 1993, p. 182 e.v.; Sperling 2009, p. 61. Er worden voor het aanmerken van de verhouding als overeenkomst zowel in het bijzonder als in het openbaar onderwijs bezwaren aangevoerd, zie Paijmans 2013, p. 45-46 met verwijzingen; P.W.A. Huisman & C.W. Noorlander, ‘Juridische aansprakelijkheid voor deugdelijk onderwijs’, *School en Wet* 2004/4, p. 153-154. Publiekrechtelijke overeenkomst: Noorlander 2005, p. 235 e.v. Gemengde publiek- en privaatrechtelijke overeenkomst: Pors 1990, p. 155-159. Publiekrechtelijke (niet contractuele) rechtsverhouding: Trietsch 1978, p. 489; R. Snel & A. Postma, ‘Aansprakelijkheid van de gemeente voor de verzorging van primair onderwijs’, *Gst*, 1999, 7091, p. 57-66; Vermeulen & Zoontjens 2000, p. 107-108; Huisman & Noorlander 2004, p. 153; P.W.A. Huisman & P.J.J. Zoontjens, *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Deventer: Kluwer 2009, p. 37 e.v.

bestuursrechter of de burgerlijke rechter).⁸ Bij de contractuele grondslag zullen verplichtingen van school en wederpartij worden bepaald door uitleg van hun overeenkomst, waarbij het zal aankomen op hun verwachtingen over en weer. Zij zullen zich bij een vordering tot schadevergoeding moeten buigen over verzuim en ingebrekestelling (ex art. 6:81-83 BW) en tijdig klagen (art. 6:89 BW). Bij gebreke van een contractuele rechtsverhouding zullen de verplichtingen voortvloeien uit de wet en maatschappelijke betamelijkheid, de klachtplicht kan hoogstens per analogiam rechtswerking hebben. De regering laat het antwoord op de kwalificatievraag over aan de rechter.⁹

‘Indien zich met betrekking tot deze rechten en verplichtingen conflicten tussen partijen voordoen en deze niet in der minne kunnen worden geschikt, zal de rechter in de hem voorgelegde gevallen beslissen, van welke rechtsbetrekking er naar zijn oordeel sprake is.’

De civiele rechter laat zich – uitzonderingen daargelaten¹⁰ – noch voor het bijzonder noch voor het openbaar onderwijs uit over de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en school (paragraaf 6). Zodoende wordt bovendien, in ieder geval wat bijzonder onderwijs betreft, de mogelijkheid opgehouden dat van een (onderwijs)overeenkomst sprake is. Voor deze bijdrage ga ik dan ook van een contractuele verhouding uit.

3 ALGEMEEN VERMOGENSRECHTELIJK KADER – IN WIENS NAAM: PRO SE OF NAMENS EEN ANDER?

Wie is partij bij een overeenkomst? Voor het antwoord op deze vraag dient teruggegrepen te worden op de regels uit art. 3:33 (wil en verklaring) en 3:35

8 Pajmans 2013, p. 44. De rechter en de grondslag kunnen verschillen, afhankelijk van de aard van het geschil en de soort school. Een geschil over beslissingen inzake niet-toelating, schorsing of verwijdering door een openbare school wordt over het algemeen als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gezien, derhalve dient er voor de bestuursrechter te worden geprocedeerd. Bij een bijzondere school wordt dit gekwalificeerd als een privaatrechtelijke rechtshandeling, waarop de Awb niet van toepassing is en waarvoor de burgerlijke rechter aangewezen is. Andersoortige geschillen, bijvoorbeeld over schade aan leerlingen, zullen zowel wanneer het gaat om een openbare als een bijzondere school voor de civiele rechter moeten worden gebracht, p. 44.

9 *Kamerstukken II* 1988/89, 20616, 6, p. 53 (MvA).

10 Hof Amsterdam 14 december 1989, *KG* 1990/43; Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991/437; Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, *ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112*, *NJF* 2006, 541, *School en Wet* 2006/5, m.nt. C.W. Noorlander, p. 30-35; Rb. Groningen 25 maart 2009, *ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947*.

(gerechtvaardigd vertrouwen) BW.¹¹ Op grond hiervan zijn het in eerste instantie partijen zelf die uitmaken wie tot elkaar in een contractuele rechtsverhouding komen te staan. Hun wilsverklaringen zijn in beginsel doorslaggevend. Indien echter na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat de wil niet met de verklaringen overeenstemde, komt het aan op het gerechtvaardigd vertrouwen van de betrokken ‘partijen’.

Een klassieke casus waarin de vraag wie partij is bij de overeenkomst aan de orde kwam, betreft het arrest *Kribbebijter* uit 1977. Paardenverkoper Stolte meende niet aan commissionair Schiphoff, maar aan diens achterman Lörseh een paard te hebben verkocht. Het hof ging niet met Stolte mee: Schiphoff was als wederpartij opgetreden en had in eigen naam gehandeld. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.¹²

‘(...) het antwoord op de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam – dat wil zeggen als wederpartij van die ander – is opgetreden, hangt af van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden; dat een bevestigend antwoord op deze vraag, die van feitelijke aard is, niet wordt uitgesloten door de omstandigheid dat die ander wist dat degene met wie hij handelde, dit ten behoeve van een opdrachtgever deed.’

In het algemeen wordt wel als uitgangspunt genomen dat men ervanuit mag gaan te contracteren met degene met wie men zaken doet.¹³

11 Blei Weissman, in: *GS Verbintenissenrecht*, 2.39.3.1 (online, laatst bijgewerkt op 1 december 2013). Is voor een wederpartij niet kenbaar dat iemand in naam van een ander handelt en wekt die ‘iemand’ de schijn dat met hemzelf de overeenkomst is gesloten, dan kan de wederpartij met een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen trachten degene die handelt als partij bij de overeenkomst aan te merken. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/151; C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Boek 3, Deventer: Kluwer 1981, p. 256 bij titel 3.3 in het kader van volmacht: ‘Bij de vraag of door een tussenpersoon al of niet in naam van de opdrachtgever is gehandeld, gaat het erom of die tussenpersoon al of niet in naam van de wederpartij als gevolmachtigde of als partij is opgetreden, iets wat moet worden beoordeeld aan de hand van wat zich tussen de tussenpersoon en de wederpartij heeft afgespeeld, derhalve aan de hand van de artikelen 3.2.2. en 3.’ De art. 3.2.2 en 3 verwijzen naar de art. 3:33 en 3:35 BW.

12 HR 11 maart 1977, *NJ* 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*). Dit criterium toont gelijkenis met de formule uit het arrest Bunde/Erckens HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241, ook wel het ‘misverstand arrest’ genoemd, dat een paar maanden voor *Kribbebijter* door de Hoge Raad gewezen werd. Diverse schrijvers menen dan ook dat de partijvraag te beschouwen is als species van het genus misverstand, waarbij de partijvraag niet draait om de vraag óf er een overeenkomst tot stand is gekomen maar met wie. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/151; Blei Weissman, in: *GS Verbintenissen* 2.39.3.1 (online, laatst bijgewerkt op 1 december 2013).

13 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Boek 3, Deventer: Kluwer 1981, p. 257 (NvW). Brunner merkt in zijn noot (sub 2) onder HR 16 april 1982, *NJ* 1983/309 (*Kemmeren/Hasfeld*) op dat de rechtbank en A-G Biegman-Hartogh van een dergelijke ‘regel’ uitgaan, aanknopen bij de passage uit de Nota

‘Het is (...) een goede en ook in de praktijk levende stelregel dat men in beginsel degene met wie men tot zaken is gekomen als wederpartij mag beschouwen, tenzij duidelijk is dat deze niet zichzelf maar een ander heeft verbonden.’

Sommige auteurs verdedigen de regel dat wie niet zichzelf wil verbinden maar een ander, duidelijk moet maken dat hij voor die ander handelt of anders gezegd dat voor vertegenwoordigend handelen is vereist dat de handelende persoon zich als vertegenwoordiger voordoet.¹⁴ In de paardenhandel kan het normaal zijn dat een commissionair niet in naam van de achterman handelt. Van een makelaar in onroerende zaken wordt aangenomen dat hij in de regel geen volmacht heeft om zijn achterman te binden.¹⁵ Een zwangere vrouw die medische bijstand zoekt, sluit – mede gelet op de aard van de overeenkomst en hetgeen ten aanzien van overeenkomsten als die in het geding is in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is – een overeenkomst voor zichzelf.¹⁶

van Wijziging. Brunner geeft aan dat deze ‘regel’ is ingegeven door de bestrijding van de leer van de bedekte vertegenwoordiging, waarin de wederpartij niet weet noch behoeft te weten met een tussenpersoon van doen te hebben. A-G ten Kate spreekt in zijn conclusie (sub 23 en 24) bij het arrest HR 13 januari 1989, NJ 1989/336 (*Polman/Gedo Weurt B.V.*) over de kenbaarheid van de vertegenwoordiging.

- 14 Van der Grinten en Kortmann gaan van een ‘hoofdregel’ uit dat de handelende persoon kenbaar voor de wederpartij als vertegenwoordiger moet hebben gehandeld, zie Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/75-76. Bloembergen en Van Schendel geven aan dat uitgangspunt *kan zijn* dat iemand die met een ander contracteert vermoed wordt dit voor zichzelf te doen, zie sub 2 noot van Bloembergen bij het arrest HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734 (*Baby Joost*) en Bloembergen en Van Schendel in Hijma e.a. 2013, nr. 91. Du Perron en Van Schaick zijn stelliger: in het kader van het *Kribbebijter*-criterium schrijft Du Perron dat uitgangspunt *is* dat iemand die met een ander contracteert vermoed wordt dit voor zichzelf te doen, zie Du Perron 1999, p. 40. Van Schaick stelt in het kader van handelen namens een achterman voorop: ‘Volgens de hoofdregel van het vermogensrecht handelt men ten behoeve en voor rekening van zichzelf’, zie A.C. van Schaick, *Volmacht* (Monografieën BW, deel B5), Deventer: Kluwer 2011, p. 5.
- 15 HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9284, NJ 2010/664, m.nt. Jac Hijma (*Wiggers/Sneek*). Dit geval betrof de hoedanigheid van de makelaar. Niet in het geding was of hij partij werd bij een koopovereenkomst, maar centraal stond de vraag in welke hoedanigheid hij had gehandeld: als bode en derhalve louter als instrument (doorgeefluik voor andermans verklaring) of als gevolmachtigde. Dit is van belang met het oog op instaan voor de volmacht ex art. 3:70 BW. De Hoge Raad trekt het *Kribbebijter*-criterium door naar deze ‘hoedanigheidsvraag’ (zie noot Hijma sub 5). Andersom kan m.i. het in dit arrest gegeven ‘gezichtspunt’ doorgetrokken worden naar de ‘partijvraag’. Dit arrest geeft weer dat tot de omstandigheden die in aanmerking moeten worden genomen eveneens behoren: de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden, r.o. 3.3.1. Hijma merkt hierover op dat deze twee factoren – nu zij in wezen slechts de vraag weergeven ‘in welke hoedanigheid heeft de onderzochte persoon, gezien de context van het geval gehandeld?’ – niet veel houvast opleveren.
- 16 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.12. De HR past hier het *Kribbebijter*-criterium toe en overweegt vervolgens in het kort, dat in naam van Kelly zou kunnen zijn gehandeld aangezien het kind, wanneer het belang dit vordert, als geboren kan worden aangemerkt, maar bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel brengt de aard van de overeenkomst gesloten ter begeleiding van de zwanger-

Toch past hier voorzichtigheid. Uit de context kan immers anders voortvloeien. Vandaar dat uiteindelijk alle omstandigheden van een geval in ogenschouw moeten worden genomen, voordat kan worden bepaald wie partij wordt geacht te zijn.¹⁷ Daarbij kunnen de volgende gezichtspunten een rol spelen: de inzichten en verwachtingen in de kring van personen waartoe de desbetreffende partijen behoren,¹⁸ als ook maatschappelijke patronen en verwachtingen.¹⁹

4 VAN KRIBBEBIJTER- NAAR BABY JOOST-CRITERIUM

Het *Kribbebijter*-criterium wordt gevolgd in het arrest *Baby Joost*, waarin de vraag aan de orde kwam wie partij zijn bij een geneeskundige behandelingsvereenkomst als het gaat om de behandeling van een minderjarig kind.²⁰ Aangezien de betrokken ‘partijen’ in deze uitspraak – arts, kind, ouders – een zekere gelijkenis vertonen met de situatie in onderwijsverband – school, kind, ouders – zal bij deze uitspraak uitgebreid stil worden gestaan.

Joost – een baby van een paar maanden – werd ter behandeling van een liesbreuk opgenomen in het ziekenhuis. Als gevolg van fouten tijdens de operatie is Joost lichamelijk en geestelijk zwaar gehandicapt geraakt. In een overeenkomst is met de aansprakelijke artsen de door Joost geleden schade afgewikkeld. Daarnaast is er vanwege ondeskundige bijstand van rechtshulpverlener de Consumentenbond vervolgens nog een bedrag aan schade uitgedeeld voor Joost. De ouders van Joost vorderden in de procedure echter materiële en immateriële schade die zij zelf – als contractspartij – hebben geleden. De ouders stelden zich op het standpunt dat zij niet alleen namens Joost de behandelingsvereenkomst hebben gesloten, maar tevens voor henzelf, in eigen naam. Zij gingen derhalve uit van een meerpartijenovereenkomst. De centrale vraag was dan ook of de ouders bij het sluiten van de behande-

schap in beginsel mee dat de aanstaande moeder deze uitsluitend voor zichzelf sluit. Met verwijzing vgl. HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*).

17 Voor andere toepassingen van het *Kribbebijter*-criterium: HR 20 mei 1988, NJ 1988/781; HR 29 januari 1993, NJ 1994/172; HR 28 juni 1996, NJ 1997/494; HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4847, NJ 2004/506; HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7344, NJ 2005/576.

18 HR 18 november 1983, NJ 1984/345 (*Shu/Lam*), r.o. 3.2. Shu en Lam zijn beide Chinezen, in geschil was bij wie Shu in dienst trad. Dat gangbare Chinese maatstaven omtrent wie als werkgever mag worden beschouwd geen rol zouden mogen spelen bij de vraag wat zij over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden, gaf volgens de Hoge Raad blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

19 HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, (*Baby Joost*) (concl. A-G Langemeijer) sub 2.7.

20 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*).

lingsovereenkomst als wettelijke vertegenwoordiger in naam van het kind (q.q.) hebben gehandeld, dan wel mede in eigen naam (pro se).

De rechtbank ging met de ouders mee en nam aan dat zij naast Joost partij waren bij de behandelingsovereenkomst doordat zij ter voldoening aan hun eigen verplichting uit art. 1:245 BW (thans 1:247 BW) er belang bij hadden dat de behandeling naar behoren werd uitgevoerd en doordat zij een zelfstandig belang hadden bij een gezond kind. De rechtbank voegde hier nog aan toe dat 'elke arts die een overeenkomst aangaat met de ouders van een zeer jeugdig kind, kan en moet begrijpen dat hij ook met de ouders pro se een overeenkomst aangaat'.²¹ Het hof kwam tot een andere conclusie. Startpunt van zijn redenering was in de woorden van de Hoge Raad:²²

'dat dient te worden vastgesteld of in het licht van de algemene regels met betrekking tot het tot stand komen van overeenkomsten, grond bestaat voor het oordeel dat de ouders pro se met W. c.s. hebben gecontracteerd. Daarbij gaat het Hof klaarblijkelijk (...) ervan uit dat het antwoord op de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam – dat wil zeggen als wederpartij van die ander – is opgetreden dan wel in naam van een derde – in welk geval deze derde wederpartij van evenbedoelde ander wordt – afhangt van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.'

Aldus paste het hof in de context van de vraag of een ouder handelt voor zichzelf en/of namens zijn kind, het *Kribbebijter*-criterium toe. En terecht, volgens de Hoge Raad. Zo is er dus een overzichtelijk kader:

- de vraag wie partij is bij een overeenkomst speelt zich af in het licht van de algemene regels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten; het kader van art. 3:33, 3:35 en 6:217 BW;
- daarbij komt het aan op hetgeen jegens elkaar is verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen is afgeleid en mocht worden afgeleid.

Hoe paste het hof dit criterium toe? Het nam als uitgangspunt dat wettelijk vertegenwoordigers van een minderjarige die met hun kind bij de arts komen en een overeenkomst sluiten, dit doen uit naam van de minderjarige, juist omdat diens minderjarigheid – zeker bij een baby – er toe noopt dat zijn in het geding zijnde belangen voor hem door een ander behartigd worden.²³

21 Rb. Amsterdam 5 juli 1995, *NJK* 1995, 35, r.o. 7.

22 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*), r.o. 3.4.

23 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*), r.o. 3.4. Zie ook Bloembergen in zijn noot sub 2; Bloembergen en Van Schendel in Hijma 2013, nr. 91.

Op de wettelijke vertegenwoordigers rust terzake bovendien een wettelijke zorgplicht, aldus het hof. Het hof vervolgt:²⁴

‘In het licht van dit uitgangspunt bezien, is slechts sprake van een door de wettelijke vertegenwoordigers pro se met de arts gesloten overeenkomst, indien de arts – behalve de aan de ouders q.q. aangeboden prestatie tot behandeling van de minderjarige – tevens een (daarvan) te onderscheiden prestatie aan de wettelijk vertegenwoordigers pro se heeft aangeboden en deze is aanvaard, hetzij doordat een en ander met zoveel woorden door partijen is besproken, hetzij doordat dat aanbod en die aanvaarding overigens uit de omstandigheden van het geval moeten worden afgeleid.’

Het hof lijkt dus kennelijk alleen ruimte te zien voor een eigen contractuele positie van de ouders, als partij in een meerpartijenovereenkomst, als deze iets voor zichzelf hebben bedongen, naast de geneeskundige behandeling van hun kind. Tegen deze overweging voeren de ouders van Joost in cassatie de volgende rechtsklacht:²⁵

‘Het valt niet in te zien waarom ouders die een minderjarige ter behandeling aan een arts aanbieden en dienaangaande met de arts een overeenkomst sluiten, slechts pro se met de arts contracteren, indien de arts zich tegenover hen tot een van de behandeling van de minderjarige te onderscheiden prestatie hebben verbonden.’

De Hoge Raad redt de beslissing van het hof door zijn beoordeling toe te spitsen op de vraag of de ouders zich überhaupt in de hoedanigheid van contractspartij pro se hebben aangediend en door uitdrukkelijk buiten beschouwing te laten wat dan precies ten behoeve van de ouders zou zijn of had kunnen worden bedongen – de behandeling van het kind en/of iets daarnaast.²⁶

‘Het Hof is (...) niet uitgegaan van de veronderstelling dat ouders die hun minderjarig kind ter behandeling aan een arts aanbieden en dienaangaande met de arts een overeenkomst sluiten, geacht worden uitsluitend namens hun kind te handelen zolang niet blijkt dat óók een bijzondere prestatie ten behoeve van de ouders zelf is bedongen. *Het Hof is klaarblijkelijk wel – en terecht – ervan uitgegaan dat in een geval als het onderhavige – waarin partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet met zoveel woorden erover hebben uitgesproken of de ouders voor zichzelf dan wel in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optraden – de wederpartij(en) ervan mocht(en) uitgaan dat de ouders de overeenkomst,*

24 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*), r.o. 3.4.

25 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*), cassatiemiddel 1c.

26 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*), r.o. 3.5.

als wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, uitsluitend in naam van dat kind sloten. Het Hof acht kennelijk onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld, die de conclusie (zouden) rechtvaardigen dat de ouders de medische behandelingsovereenkomst mede voor zichzelf zijn aangegaan. [cursivering; sv]

Daarmee geeft hij ondertussen wel een concretere invulling van het *Kribbebijter*-criterium: op het moment dat partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst niet over de 'hoedanigheid' van de ouders uit hebben gelaten, mag de wederpartij ervan uitgaan dat de ouders de overeenkomst namens hun kind sloten: dus alleen in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger en niet (mede) voor zichzelf.

De Hoge Raad ziet hierbij niet over het hoofd dat ouders een eigen belang hebben bij de correcte nakoming van de ten behoeve van hun kind gesloten overeenkomst. De enkele aanwezigheid van zo'n belang is niet voldoende om de ouders tot partij bij de overeenkomst te maken, aldus de Hoge Raad.²⁷ Terecht, zeg ik advocaat-generaal Langemeijer na, omdat een ouder de hoedanigheid van contractpartij niet nodig heeft om zijn taak als ouder te vervullen.²⁸

Annotator Bloembergen bestempelt de concretere invulling gegeven in het *Baby Joost*-arrest als een 'vuistregel'. Hij geeft in zijn noot het voorbeeld van de caissière in de supermarkt: die bindt in de regel de supermarkt en niet zichzelf. Doorgetrokken naar de ouder-kindrelatie merkt hij op:

'Zoals de eigenaar van een bedrijf feitelijk niet in staat is alle contracten zelf te sluiten en mensen in zijn bedrijf voor hem contracteren, zo is een kind wegens zijn handelingsonbekwaamheid niet in staat zelf een overeenkomst over de eigen behandeling te sluiten en ligt het voor de hand dat de ouders die het kind ter behandeling aanbieden, namens hem optreden.'²⁹

27 HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*), r.o. 3.5 slot. Lindenbergh brengt hiervoor nog een wetsystematisch argument aan: de ouders hebben in eerste instantie in de rol van derde een beroep gedaan op schadevergoeding, deze belangen werden niet beschermd. Het zou merkwaardig zijn wanneer het bestaan van het belang hen juist onder de bescherming van de ten behoeve van hun kind gesloten overeenkomst zou brengen. Het is wel mogelijk dat via de partijwil dit belang alsnog beschermd wordt (contractuele route), maar dat vereist dan wel een expliciete regeling: het inlezen is vanuit wetsystematisch oogpunt ongepast, S.D. Lindenbergh, 'Geen smartegeld voor ouders van een ernstig gewond kind', *NbBW* december 2000/12, p. 154.

28 HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, (*Baby Joost*) (concl. A-G Langemeijer), sub 2.14 en 2.15. Hij werkt het belang als volgt uit: het belang om te kunnen voldoen aan hun wettelijke verzorgingsplicht en het belang bij een gezond kind. Zie ook M.G. Sluiter & M.M. ten Hoopen, 'Ouders, kind en de geneeskundige behandelingsovereenkomst: wie is contractpartij', *FJR* 1996, nr. 7/8, p. 152 (p. 149-156). Zie tevens hierover J.A.M. Strens-Meulemeester, 'Smartegeld voor ouders? Eén zwaluw maakt nog geen zomer. Rb. Amsterdam 5 juli 1995, *Njkort* 1995, 35', *NbBW* 1996/1, p. 6.

29 A.R. Bloembergen in zijn noot onder HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, (*Baby Joost*), sub 2.

Bloembergen vindt de context van de winkel sprekender dan het enkel aanbieden van het kind ter behandeling. Hoewel het kan zijn dat ouders in twee hoedanigheden optreden, is dit volgens Bloembergen een ongebruikelijke situatie, die een wederpartij zonder bijzondere feiten of omstandigheden die in die richting wijzen niet behoeft te verwachten.³⁰ Volgens Bloembergen kan de 'vuistregel' doorgetrokken worden naar andere overeenkomsten die ouders sluiten voor hun kinderen: zo geldt deze volgens hem in ieder geval voor behandelingsovereenkomsten waarbij ouders hun minderjarig kind en zeker een zeer jeugdig kind ter behandeling aanbieden, maar waarschijnlijk ook bij andere overeenkomsten van opdracht: te denken valt aan de peuterspeelzaal, judo en zwemles.³¹

En in de context van een school?

5 HET *BABY JOOST*-CRITERIUM IN HET ONDERWIJS

Hoe kan in het onderwijs worden vastgesteld wie er – de ouders, dan wel het kind of beiden – partij is bij een onderwijsovereenkomst? Het *Baby Joost*-arrest geeft aanwijzingen. Niet alleen bevestigt het terug te grijpen op de algemene regels van het vermogensrecht (art. 3:33, 3:35 en het *Kribbebijter*-arrest), maar bovenal geeft het een bijzondere regel. Er is veel voor te zeggen deze bijzondere regel ook voor het onderwijs aan te nemen. Daarbij zal het neerkomen op het volgende: indien ouders zich bij het sluiten van de onderwijsovereenkomst niet over hun 'hoedanigheid' uit hebben gelaten, mag de wederpartij ervan uit gaan dat de ouders de overeenkomst namens hun kind sloten, dat zij alleen in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger hebben gehandeld en niet mede voor zichzelf. De overweging uit het *Baby Joost*-arrest dat het enkele belang dat ouders bij de geneeskundige behandeling van hun kind hebben op zichzelf onvoldoende is om hen partij bij de overeenkomst te achten, kan – mutatis mutandis – in het onderwijs gelding hebben. De argumenten hiervoor zijn één op één te ontleen aan de conclusie van advocaat-generaal Langemeijer voor *Baby Joost*, met dien verstande dat voor een 'gezond kind' moet worden gelezen 'goed onderwezen kind':³²

'(i) Dat een vertegenwoordiger zelf belang heeft bij de overeenkomst, die hij als vertegenwoordiger namens een ander sluit, komt wel vaker voor, maar maakt de vertegenwoordiger nog geen partij bij de overeenkomst.

30 A.R. Bloembergen in zijn noot onder HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, (*Baby Joost*), sub 2 en HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, (*Baby Joost*) (concl. A-G Langemeijer), sub 2.11.

31 A.R. Bloembergen in zijn noot onder HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, (*Baby Joost*), sub 2.

32 HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, (*Baby Joost*) (concl. A-G Langemeijer), sub 2.14, zie ook 2.15.

(ii) Van vrijwel iedere overeenkomst die ouders in verband met de verzorging of opvoeding van hun kind sluiten kan wel worden gezegd dat de ouders daarmee tevens voldoen aan hun wettelijke verzorgingsplicht jegens het kind (art. 1:247 BW); het voldoen aan de wettelijke verzorgingsplicht kan daarom bezwaarlijk worden gebruikt als onderscheidend criterium teneinde te achterhalen wie de materiële contractspartij is: het kind, de ouders, of beide.

(iii) Om te voldoen aan de wettelijke verzorgingsplicht, resp. om tegemoet te komen aan het eigen belang van de ouders bij een gezond kind, is het niet nodig dat de ouders zélf als partij tot de overeenkomst toetreden. Aan de verzorgingsplicht wordt immers voldaan en aan hun eigen belang bij een gezond kind kan tegemoet worden gekomen doordat de ouders als wettelijk vertegenwoordigers de behandelingsovereenkomst sluiten.'

Zo kan ook van de onderwijsovereenkomst worden gezegd dat om te voldoen aan de eigen verzorgings- of opvoedingsplicht (ex art. 1:247 BW) dan wel om tegemoet te komen aan het belang van de ouders bij een goed onderwezen kind, niet nodig is dat ouders zelf partij zijn bij de overeenkomst. Zij kunnen aan deze opvoedingsplicht voldoen door te handelen als wettelijk vertegenwoordiger en zodoende namens hun kind de overeenkomst te sluiten. Met als resultaat dat, nu een minderjarige leerling gezien zijn leeftijd de overeenkomst nu eenmaal niet zelf kan sluiten, de ouders in hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers voor en namens hem optreden. In ieder geval het kind wordt dan partij. Dit sluit mooi aan bij het uitgangspunt van het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), dat benadrukt dat het kind zelf subject of drager is van rechten.³³

In dit licht zou, zoals in *Baby Joost*, kunnen gelden dat wanneer partijen zich bij het sluiten van de onderwijsovereenkomst niet over de hoedanigheid hebben uitgelaten, de wederpartij ervan uit mag gaan dat de ouders de overeenkomst uitsluitend als wettelijke vertegenwoordigers in naam van hun kind sloten.

Maar zijn er in de context van het onderwijs omstandigheden die een ander uitgangspunt rechtvaardigen en die zouden kunnen meebrengen dat ouders en school er rekening mee mogen en moeten houden dat de ouders partij zijn?

Er zijn verschillende typen ouders: van zeer betrokken tot afzijdige ouders. De verwachtingen en inzichten omtrent de rol van de ouder in het schoolleven zullen dan ook vanzelfsprekend uiteenlopen.³⁴ Op het niveau van de politiek valt als 'maatschappelijk patroon' te ontwaren dat ouders betrokken dienen

33 Vgl. art. 5 IVRK; G. Kamchedzera, *A commentary on the United Nations Convention on the rights of the child. Article 5 The child's Right to Appropriate Direction and Guidance*, Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2012, bijv. p.13,14; M. Blaak e.a., *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Leiden: Defence for Children 2012.

34 Vgl. Advies Onderwijsraad, *Ouders als partners*, Den Haag: feb. 2010, p. 53. Wellicht ten overvloede: het gaat niet om de rol die een ouder op het niveau van medezeggenschap kan hebben.

te zijn bij het schoolleven van hun kind. Er wordt zelfs gesproken over samenwerking en partnerschap tussen scholen en ouders.³⁵ Ouderbetrokkenheid, ouderparticipatie, educatief partnerschap en school-oudercontracten duikelen over elkaar heen.³⁶ Diverse rapporten zijn verschenen met als doel het stimuleren van samenwerking tussen ouders en scholen.³⁷ Hieraan zou, denkend aan de aard van de overeenkomst, nog kunnen worden toegevoegd dat de onderwijsverhouding in de regel zes tot acht jaren duurt en sprake is van regelmatig contact en afstemming. Daarbij wordt wel eens het beeld geschetst dat scholen als het ware een deel van de verzorgings- en opvoedingstaak van de ouders (neergelegd in art. 1:247 lid 2 BW) feitelijk overnemen.³⁸ Dit alles zou de verwachtingen van ouders en school kunnen kleuren en wellicht tot gevolg kunnen hebben dat mag worden verondersteld dat ouders partij zijn bij de onderwijsvereenkomst.

Noodzakelijk is dit evenwel niet. Gelet op vele *verschillende* soorten betrokkenheid, die ook nog eens in de schoolcarrière van een kind kunnen *wisselen in intensiteit*, meen ik dat er aanleiding is de regel uit *Baby Joost* ook in het onderwijs te hanteren: wanneer ouders zich bij het aangaan van de onderwijsvereenkomst niet met zoveel woorden hebben uitgelaten of de ouders pro se dan wel qualitate qua, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optraden, zou de school er dan ook van uit mogen gaan dat de ouders als wettelijk vertegenwoordiger (derhalve q.q.) optraden. Aldus wordt alleen het kind partij bij de onderwijsvereenkomst, wanneer er niet anders wordt afgesproken. Op het moment dat ouders en scholen inderdaad beogen dat ouders partij zijn, doen zij er goed aan dit expliciet af te spreken.

-
- 35 *Kamerstukken II 2012/13, 33400-VIII, 162; Kamerstukken II 2013/14, 33750-VIII, 9* brief staatssecretaris van OCW betreffende ‘SCP-rapport Samen scholen’; L. Herwijer e.a., *Samen scholen. Ouders en scholen over samenwerking in basisonderwijs, voortgezet onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, sept. 2013. De begrippen worden op diverse manieren ingevuld: Advies Onderwijsraad 2010, p. 11 en Rapport van C. Verbeek e.a., *Het school-oudercontract. Naar een betere samenwerking tussen school en ouder*, Amersfoort: CPS Onderwijsontwikkeling en advies 2011, p. 7-9; P. de Vries, *Handboek ouders in de school*, Amersfoort: CPS Onderwijsontwikkeling en advies 2010; P. de Vries, *Ouderbetrokkenheid 3.0. Van informeren naar samenwerken*, Amersfoort: CPS Onderwijsontwikkeling en advies 2013.
- 36 Rapport CPS Onderwijsontwikkeling en advies 2011. Het school-oudercontract of in andere woorden de school-ouderovereenkomst wordt door het CPS Onderwijsontwikkeling en advies gezien als een middel om aan ouderbetrokkenheid te werken, door wederzijdse verwachtingen te expliciteren. De overeenkomst lijkt niet in rechte afdwingbaar te zijn, zie p. 29, 32, 37. In Engeland wordt gebruik gemaakt van een Home-school Agreement en in Vlaanderen van een engagementverklaring, zie p. 21-25.
- 37 Bijv.: L. Herwijer, *Ouders over opvoeding en onderwijs*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2004; Advies Onderwijsraad 2010; Verbeek e.a. 2011; F. Smit e.a., *Beter presteren in Rotterdam. School en ouders samen*, Nijmegen: ITS, Radboud Universiteit Nijmegen 2012.
- 38 Vgl. In loco parentis-doctrine, Pajmans 2013, par. 4.6, p. 111 e.v.; Sperling 2009, p. 58.

6 ONDERWIJSRECHTELIJKE JURISPRUDENTIE

Volgen civiele rechters het geschetste kader, dat voortvloeit uit de arresten *Kribbebijter* en *Baby Joost*? In de zaak over het Groningse Willem Lodewijk Gymnasium maakte de rechtbank zich er niet druk over. Volgens haar was de school gehouden de moeder te informeren over haar zoon en haar te betrekken bij te maken keuzes. De toekomst van de zoon was en bleef allereerst de zorg van de moeder:³⁹

‘De school heeft zich met succes gekweten van haar taak, maar is met alle goede bedoelingen te ver gegaan wat betreft het passeren van [de moeder].’

De rechtbank wees vervolgens de verklaring voor recht toe op de contractuele grondslag:⁴⁰

‘De rechtbank gaat uit van een overeenkomst tussen de school en [de moeder], dat wil zeggen een overeenkomst tussen de gezaghebbende ouder en een onderwijsinstelling, inhoudende dat laatstgenoemde onderwijs verschaft aan [de zoon].’

Hoe stelde de rechtbank vast dat de moeder partij was bij de overeenkomst met de school? De school had met betrekking tot het bestaan van een overeenkomst tussen de moeder en de school het volgende verweer gevoerd:⁴¹

‘Indien al kan worden aangenomen dat tussen [de moeder] en de school een onderwijsovereenkomst bestond, is er geen sprake geweest van een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van de school.’

Klaarblijkelijk heeft de rechtbank het voorwaardelijk karakter van deze zin niet opgevat als verweer tegen het bestaan van een contractuele rechtsverhouding, want de rechtbank ging zonder meer uit van een overeenkomst tussen

39 Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947, r.o. 5.1. De betrokkenheid van ouders bij de voortgang van hun kind is van belang om de ouderlijke verantwoordelijkheid voor de opvoeding en ontwikkeling van het kind gestalte te kunnen geven, zo meent de rechtbank. De rechtbank verwijst naar art. 1:247 BW en art. 18 lid 1 van het IVRK.

40 Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947, r.o. 5.2.1. De inhoud van de overeenkomst wordt mede ingevuld door de wet (art. 6:248 lid 1 BW), waarbij in dit geval gebruik kan worden gemaakt van art. 23b Wvo, op grond waarvan de school over vorderingen van de zoon moet rapporteren aan degene met het ouderlijk gezag. Hoe zit het met betrekking tot het geven van toestemming voor het uitschrijven van de zoon? De rechter geeft aan dat de school bij het vinden van een oplossing de moeder wier instemming daarbij in goed overleg was vereist, onvoldoende heeft betrokken. Afgevraagd kan worden waarop dit vereiste van instemming is gebaseerd. Vloeit het voort uit de overeenkomst zelf of wellicht uit de eisen van redelijkheid en billijkheid?

41 Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947, r.o. 4.

de school en de moeder. Zo gezien behoefde de rechtbank niet te toetsen aan de criteria die volgen uit het *Kribbebijter*- en *Baby Joost*-arrest.

Ook uit andere uitspraken blijkt dat de civiele rechter het *Kribbebijter* en *Baby Joost*-criterium niet toepast. De reden hiervoor is nu eens dat hij, zoals in de Groningse zaak, zonder meer aanneemt dat de *ouders en school*⁴² partij zijn, zij het dat in andere gevallen waarin de rechter een overeenkomst aanneemt veelal onduidelijk blijft tussen wie deze bestaat.⁴³ Dan weer is de reden simpelweg dat de civiele rechter zich, aldus op een aantal uitzonderingen⁴⁴ na, noch voor het bijzonder noch voor het openbaar onderwijs over de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en school uitlaat. De rechter laat de kwalificatie – al dan niet expliciet – in het midden.⁴⁵ Zodoende houdt de rechter in die gevallen de mogelijkheid van een overeenkomst open,

42 Hof Amsterdam 14 december 1989, *KG* 1990, 43.

43 Rb. 's-Hertogenbosch 25 juni 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4539, r.o. 4.6. De rechtbank stelt voorop dat tussen de betreffende 'school en een leerling (en zijn ouders, voogden of verzorgers)' een contractuele relatie bestaat. Onduidelijk is wat met het tussen haken plaatsen van de ouders is bedoeld, vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 8 mei 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AF8350, r.o.4.1. Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, *NJF* 2006, 541; Rb. (vzr.) Utrecht 5 september 2006 ECLI:NL:RBUTR:2006:AY7400; Rb. (vzr.) Almelo 9 september 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BJ8720; Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5636, r.o. 4.3.

44 Bijv. Hof Amsterdam 14 december 1989, *KG* 1990, 43; Rb. Leeuwarden 21 juni 1990, *NJ* 1991, 437; Rb. 's-Hertogenbosch 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AY7112, *NJF* 2006, 541, m.nt. C.W. Noorlander *School en Wet* 2006/5, p. 30-35; De zojuist besproken uitspraak: Rb. Groningen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI6947.

45 *Geval waarin het kwalificatievraagstuk bijv. expliciet in het midden wordt gelaten, hoewel verweer is gevoerd*: Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0376, *NJ* 2005/438, zie r.o. 17 en 27, vervolg: Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9628. *Kwalificatie expliciet in het midden, zonder dat er verweer is gevoerd*: Rb. Haarlem 25 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK5218, *JA* 2010/38, m.nt. B.M. Paijmans, r.o. 4.2: 'Tussen partijen is niet in geschil dat tussen hen een onderwijsvereenkomst geldt. Voor de beoordeling (...) kan echter in het midden blijven van welke grondslag dient te worden uitgegaan (...). De rechtbank laat de kwalificatie dan ook in het midden'.

Kwalificatie expliciet in het midden, onduidelijk/niet genoemd of er verweer is gevoerd: Rb. Amsterdam 26 mei 1999, *AB* 2000, 104, m.nt. B.P. Vermeulen (*Schaapman*), r.o. 8, 'partijen hebben geen duidelijke keuze gemaakt'. Rb. (vzr.) Maastricht 26 maart 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI0297, r.o. 3.12; Rb. Rotterdam 17 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL8782, *NJF* 2010/169, r.o. 5.3; Rb. Amsterdam 14 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD1526, *NJF* 2008/260, r.o. 4.1.

Kwalificatie in het midden, rechter heeft er een opmerking aan gewijd maar geen keuze gemaakt voor een grondslag: Hof Arnhem 11 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BF5417, r.o. 2.5 het hof constateert dat er geen op schrift gestelde overeenkomst bestaat.

Kwalificatie in het midden, zonder nadere opmerking en zonder keuze voor een grondslag: Rb. (vzr.) Breda 7 maart 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD0015; Hof Arnhem 13 juni 2006, ECLI:NLGHARN:2006:AY9107.

als partijen zouden *leerling, ouders en school*⁴⁶ dan wel *leerling en school*⁴⁷ kunnen worden aangemerkt.

Ouders en leerlingen die schadevergoeding vragen, gaan vaak voor verschillende ankers liggen: wanprestatie (ex art. 6:74 BW; tekortkoming in de nakoming van de onderwijsovereenkomst) en onrechtmatige daad (ex art. 6:162 BW). In diverse uitspraken kiest de rechter de tweede grondslag en wordt expliciet over de kwalificatievraag heen gestapt met bijvoorbeeld de overweging zoals die van de Rechtbank Midden-Nederland:⁴⁸

‘Naar het oordeel van de rechtbank kan de precieze kwalificatie van de rechtsverhouding in het midden blijven, omdat tussen partijen niet (wezenlijk) ter discussie staat dat het handelen van (school) moet worden beoordeeld naar de norm van hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam onderwijsinstituut mag worden verwacht, ongeacht de vraag of aan de rechtsverhouding een overeenkomst ten grondslag ligt. Als al zou moeten worden aangenomen dat tussen (eisers c.s.) en het CVO [bevoegd gezag van de school; sv] een (onderwijs)overeenkomst heeft bestaan, dan wordt deze overeenkomst zozeer beheerst door dezelfde normen dat de uitkomst niet anders is bij de subsidiair gestelde grondslag, namelijk onrechtmatige daad.’

Eisers in deze procedure waren ouders en de tijdens de procedure meerderjarig geworden zoon (zo lijkt uit de uitspraak afgeleid te kunnen worden). Zij verweten de school nalatig te zijn geweest in het geven van adequaat onderwijs aan hun zoon en hem onterecht de kans ontnomen te hebben zijn havodiploma op de betreffende school te halen. Ze vorderden – tevergeefs – een verklaring voor recht dat de school tekortgeschoten is in de nakoming van de overeenkomst dan wel onrechtmatig heeft gehandeld en schadevergoeding nader op te maken bij staat. Nu de school in haar verweer geen onderscheid in de verschillende grondslagen maakte, aangezien volgens haar de reikwijdte van de zorgplicht in beide gevallen dezelfde is, heeft de rechter vervolgens de kwalificatie in het midden gelaten.⁴⁹ Als gevolg hiervan is er geen aandacht voor de vraag wie partij is bij de overeenkomst en komt de rechter dus aan

46 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.2, ‘Als al zou moeten worden aangenomen dat tussen (eisers c.s.) en het CVO een (onderwijs)overeenkomst heeft bestaan (...)’. De eisers zijn de leerling en de ouders. Derhalve houdt de rechtbank open dat het een overeenkomst tussen *leerling, ouders en school* kan betreffen.

47 Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.2 tweede alinea: ‘(...) een tekortkoming (...) tegen [minderjarige]’. De overeenkomst zou tussen *leerling en school* kunnen bestaan. Vgl. Rb. Amsterdam 27 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4929 met vervolg Hof Amsterdam 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4787.

48 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.2. De rechtbank verwijst hierbij naar andere uitspraken met een dergelijke overweging: Rb. Dordrecht 3 augustus 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU0376, NJ 2005/438; Rb. Rotterdam 17 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL8782, NJF 2010/169; Rb. Amsterdam 14 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD1526, NJF 2008/260.

49 Rb. Midden-Nederland 24 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2773, r.o. 4.1.

de *Kribbebijter* en *Baby Joost* criteria niet toe. Rechters blijven derhalve uit het vaarwater van deze arresten omdat zij over de kwalificatie kwestie heenstappen – als anker wordt onrechtmatige daad gekozen – met als gevolg dat niet wordt (of hoeft te worden) stil gestaan bij de vraag wie er partij is.

In een uitspraak van een maand later, eveneens inzake de kwaliteit van het onderwijs, werd door ouders – zonder succes – schadevergoeding gevorderd van de door hen geleden schade wegens het tekortschieten door de school in de nakoming van de onderwijsvereenkomst met hun kind dan wel wegens onrechtmatig handelen.⁵⁰ Anders dan de uitspraak hiervoor, verweerde de school zich in deze zaak wél tegen het partij-zijn van de ouders. Zij stelde dat er geen overeenkomst met de ouders is gesloten, zodat geen wanprestatie jegens de ouders kan zijn gepleegd. Als er al onrechtmatig was gehandeld, is dit volgens de school enkel jegens het kind, met als gevolg dat de door de ouders (pro se) gevorderde schade niet voor vergoeding in aanmerking kwam en zij niet ontvankelijk dienden te worden verklaard. Dit mede aangezien niet aannemelijk is gemaakt dat schade is geleden. De Rechtbank Midden-Nederland liet door gebruik te maken van dezelfde formulering als een maand eerder, wederom in het midden of er sprake is van een contractuele of delictuele verhouding met de ouders en het kind. De rechtbank voegde aan deze overweging nog wat toe. Zij overwoog namelijk vervolgens met betrekking tot de vraag of de ouders pro se schadevergoeding konden vorderen of dat zij niet-ontvankelijk moesten worden verklaard:⁵¹

‘Op [eisers c.s.] rust als ouders de verplichting hun minderjarige kind op te voeden en te verzorgen. Hieronder valt de keuze voor een bepaalde school en de verplichting de daaraan verbonden kosten te voldoen. Onder deze omstandigheden kan het CVO ten opzichte van [eisers c.s.] aansprakelijk zijn voor de schade die voorzienbaar het gevolg is van een tekortkoming of onrechtmatige daad van het CVO tegen [minderjarige].’

Het lijkt erop dat de rechtbank de eventuele aansprakelijkheid jegens de ouders als afgeleide aansprakelijkheid ziet, namelijk afgeleid van de eventuele tekortkoming of onrechtmatige daad jegens het kind. Ondanks het opnemen van deze (vervolg)passage blijft duister wat nu precies de grondslag van de eventuele aansprakelijkheid jegens de ouders is.⁵² Als dit al een contract zou zijn, dan heeft de rechter ondanks het verweer van de school tegen het partij-zijn van de ouders, geen aandacht besteed aan de ‘partij-vraag’. Wellicht heeft de rechter zich de toets aan de *Kribbebijter*- en *Baby Joost* criteria willen besparen, omdat er uiteindelijk geen aanleiding was schadevergoeding toe te kennen.

50 Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136.

51 Rb. Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3136, r.o. 4.2 tweede alinea.

52 Vgl. Rb. Breda 11 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW3199, r.o. 3.6 en 3.7, t.a.v. beschermingsbereik van op school rustende verplichting jegens ouders en kind.

De arresten *Kribbebijter* en *Baby Joost* blijven – nu rechters al dan niet uitdrukkelijk de kwalificatie kwestie in het midden laten, waardoor zij geen acht (behoeven te) slaan op de vraag wie er partij is, dan wel omdat het zijn van partij onbetwist is gelaten – in onderwijssuitspraken buiten beeld. Dit is tot nu toe in de doctrine onopgemerkt gebleven.

7 VISIES IN DE LITERATUUR

Verschillende auteurs hebben de verhouding tussen school, ouders en kind als overeenkomst aangemerkt, in het bijzonder Noorlander en Sperling.

Noorlander kwalificeert de rechtsverhouding tussen het bevoegd gezag, leerling en ouders in het bijzonder onderwijs en in het openbaar onderwijs als een civielrechtelijke respectievelijk publiekrechtelijke overeenkomst.⁵³ In beide gevallen neemt Noorlander aan dat op het moment dat ouders hun minderjarige handelingsonbekwame kind op een school inschrijven zij als wettelijk vertegenwoordiger namens het kind handelen waardoor het kind partij is bij de overeenkomst.⁵⁴

‘(...) de minderjarige leerling [wordt] op het moment van toelating volgend op de inschrijving partij bij de hieruit resulterende (...) onderwijsovereenkomst en niet diens ouders of de voogd. De ouders/voogd treden namelijk op als vertegenwoordiger van de handelingsonbekwame minderjarige.’

Concluderend merkt Noorlander echter op dat de rechtsverhouding tussen bevoegd gezag, leerling *en ouders* als overeenkomst kan worden gekwalificeerd.⁵⁵ Gezien de hieraan voorafgaande precisering van de contractspartijen door Noorlander ga ik er echter vanuit dat hij de ouders niet voor zichzelf partij bij de overeenkomst acht.

De belangrijkste elementen van de overeenkomst zijn volgens Noorlander dat de school zich verbindt om de leerling deel te laten nemen aan het onderwijs en de toetsen, kwalitatief behoorlijk onderwijs aan te bieden en de noodzakelijke maatregelen te treffen ter waarborging van de veiligheid van de leerling. De leerling verbindt zich in Noorlanders optiek om deel te nemen aan de lessen en zich te onthouden van gedrag dat een verstoring op kan

53 Noorlander 2005, H. 10. Zie voor zijn precisering van contractspartij aan de kant van de school, p. 285.

54 Noorlander 2005, p. 286. Volgens Noorlander dient uit art. 2 lid 1 Leerplichtwet (Lpw) afgeleid te worden dat de minderjarige leerling zich niet zelf met toestemming kan inschrijven maar dat diens ouders of voogd dat moeten doen, in zoverre ziet hij art. 2 lid 1 Lpw als een *lex specialis* ten opzichte van de handelingsonbekwaamheid ex art. 1:234 BW, zie p. 286.

55 Noorlander 2005, p. 296.

leveren voor de orde binnen de onderwijsinstelling.⁵⁶ Wanneer een van de partijen tekortschiet in de nakoming van diens verplichtingen kunnen zij een actie tot schadevergoeding (art. 6:74 BW) en/of ontbinding (art. 6:265 BW) instellen.⁵⁷

Ook voor de ouders ontstaan er volgens Noorlander rechten en verplichtingen op het moment dat de leerling is ingeschreven en naar school gaat.⁵⁸ Hij noemt als belangrijkste rechten het recht op participatie in schoolaangelegenheden en het recht op informatie over het kind. De verplichting om relevante informatie over het kind aan het bevoegd gezag te verstrekken en om zich binnen de school behoorlijk te gedragen, merkt hij aan als belangrijkste verplichtingen. Deze rechten en verplichtingen lijkt Noorlander niet terug te voeren op een overeenkomst, maar ze lijken onder meer te worden gebaseerd op het ouderlijk gezag (art. 1:245 en 1:247 BW), de Wet op het primair onderwijs (bijvoorbeeld de art. 11, 12, 13, 44 Wpo) en de Wet op het voortgezet onderwijs (bijvoorbeeld de art. 23b, 24, 24a Wvo). Noorlander meent dat gezien het rechtstreekse belang voor de ouders, deze bepalingen uit de sectorwetten ook ten opzichte van hen werken.⁵⁹ Wanneer de school de rechten van de ouders niet respecteert, kunnen zij naar de klachtencommissie of de rechter stappen.

Sperling construeert de overeenkomst als een overeenkomst met een derdenbeding, waardoor zowel het bevoegd gezag, de ouders en na toetreding de leerling gebonden worden. Volgens haar ligt aan de rechtsverhouding tussen leerling, ouders en het bevoegd gezag een civielrechtelijke overeenkomst ten grondslag die gekwalificeerd kan worden als een overeenkomst van

56 Noorlander 2005, p. 249, zie voorts H. 9 waarin Noorlander de rechten en plichten in de relatie bevoegd gezag en leerling, en de rechten en plichten in de relatie bevoegd gezag en ouders verder uitwerkt.

57 Noorlander 2005, p. 293 en 294. De ontbindingsregeling is gezien de verwijderingsregeling waar de school zich aan moet houden slechts in beperkte mate relevant volgens Noorlander. Daarnaast acht hij het voor de leerling meer voor de hand liggen om op te zeggen.

58 Noorlander 2005, par. 9.4, m.n. 9.4.3.2.

59 Noorlander 2005, p. 223. Het is niet geheel duidelijk in hoeverre bepalingen uit sectorwetten werking hebben ten opzichte van ouders en leerlingen. De bepalingen betreffen 'Regelen voor het openbaar onderwijs' deze worden als algemeen verbindende voorschriften aangemerkt en gelden dus ook voor belanghebbenden zoals ouders en leerlingen. Daarnaast betreffen de bepalingen 'Voorwaarden voor bekostiging in het bijzonder onderwijs' in beginsel gelden deze tussen het bevoegd gezag en de overheid, maar nuancering lijkt geboden aangezien ook deze rechtstreeks ten opzichte van ouders en leerlingen kunnen werken. Vermeulen en Zoontjens 2000, p. 66-68; Sperling 2009, p. 60.

opdracht in de zin van Boek 7 BW.⁶⁰ Over de contractspartijen merkt zij het volgende op:⁶¹

‘De contractspartijen bij de onderwijsovereenkomst zijn het bevoegd gezag en de ouders. De ouders zijn, zowel op grond van hun positie en op grond van de verdragen, artikel 1:247 BW, artikel 2, lid 1, Lpw en het horizontale verantwoordingsbeleid, in hun eigen hoedanigheid contractspartij. Ouders delegeren immers een deel van hun opvoedkundige taken aan het bevoegd gezag. Het kind kan worden aangemerkt als ‘derde’ partij in de zin van artikel 6:253 BW, want de overeenkomst houdt een beding in om voor het kind een prestatie van het bevoegd gezag te vorderen. Als het kind de overeenkomst aanvaardt, wordt deze daarbij partij met een eigen vorderingsrecht. Deze aanvaarding geschiedt door de ouders in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van het kind. De aanvaarding is vormvrij en kan stilzwijgend geacht te zijn aanvaard doordat het kind op school verschijnt om aan het onderwijs deel te nemen.’

Na aanvaarding van de overeenkomst zal het kind eveneens partij worden bij de onderwijsovereenkomst. Deze constructie resulteert derhalve volgens de art. 6:253 en 6:254 BW in een meerpartijenovereenkomst. Dit stempel geeft Sperling zelf de overeenkomst niet. De precieze uitwerking en consequenties ervan vult Sperling dan ook niet in. Het inhoudelijke karakter van de overeenkomst geeft zij echter wel weer. Uit de overeenkomst vloeit volgens Sperling voort dat de school zich tegenover de ouders verbindt tot het geven van onderwijs aan hun kind en dat het bevoegd gezag recht op loon krijgt, hetgeen bij het openbaar en gesubsidieerde onderwijs door de overheid wordt betaald.⁶² De relevante sectorwetten (bijvoorbeeld de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs) geven verdere invulling aan de inhoud van de overeenkomst. Nu niet altijd duidelijk is of een bepaling uit deze wetten werkt ten opzichte van ouders en/of leerlingen, verdient het volgens Sperling aanbeveling om bepaalde rechten en verplichtingen expliciet in Boek 7 BW op te nemen. Sperling noemt onderwerpen als informatieverstrekking, verwerking van persoonsgegevens, duur en opzegging van de overeenkomst.⁶³

60 Sperling 2009, p. 61. Het verdient haar voorkeur deze onderwijsovereenkomst expliciet – te vergelijken met de geneeskundige behandelingsovereenkomst uit art.7:446 e.v. BW – een plaats te geven in Boek 7 BW, zie p. 164. Opname in Boek 7 BW is eerder ter overweging gegeven door P.W. Huisman, ‘De overeenkomst als modern instrument van ordening in het onderwijs’, *NTOR* 2006-1, p. 43; P.W. Huisman, ‘Rechten en plichten van leerlingen, ouders en studenten: een stand van zaken’, *NTOR Jaarboek* 2005/2006, p. 66, nt. 43.

61 Sperling 2009, p. 61.

62 Zie ook Stoop 1977, p. 457.

63 Sperling 2009, p. 62. Sperling geeft aan dat de precieze invulling kan geschieden aan de hand van jurisprudentie en uitspraken van klachtencommissies. Daarnaast kunnen partijen specifieke verplichtingen op zich nemen, bijv. ten aanzien van speciale afspraken over de begeleiding van een kind in handelingsplannen.

De constructie van Sperling lijkt in lijn te zijn met de opvatting van Tjong Tjin Tai. In het kader van opdracht ten behoeve van een derde geeft Tjong Tjin Tai weer dat bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:446 BW) en de reisovereenkomst (art. 7:500 lid 1 sub c BW) uitdrukkelijk de mogelijkheid is gegeven, dat een overeenkomst van opdracht gesloten wordt mede of uitsluitend om het belang van een derde te treffen.⁶⁴ Opdrachtgever en patiënt hoeven bijvoorbeeld niet één persoon te zijn. Tjong Tjin Tai geeft aan dat ook bij gebreke van een wettelijke regeling een opdracht in het belang van een derde mogelijk is.⁶⁵ Hij geeft het voorbeeld van kinderopvang en onderwijsovereenkomsten, en vervolgt met:⁶⁶

‘Jeugdige onderwijsontvangers zijn zelden partij bij de onderwijsovereenkomst. Gewoonlijk treedt de wettelijke vertegenwoordiger hier niet q.q. op, doch sluit de overeenkomst in eigen naam.’

De derde kan slechts een recht aan de overeenkomst van opdracht ontleen indien er sprake is van een geldig derdenbeding en pas nadat dit door hem is aanvaard.⁶⁷ Op de onderwijsovereenkomst wordt door Tjong Tjin Tai niet nader ingegaan.

Tjong Tjin Tai lijkt ofwel van een overeenkomst tussen de ouders en de school uit te gaan, dan wel van een overeenkomst met een derdenbeding ten behoeve van het minderjarige kind.

Deze auteurs hebben gemeen dat zij in algemene zin betogen wie partij is of zou moeten zijn bij de onderwijsovereenkomst. Daarmee zien zij over het hoofd dat het antwoord op de vraag wie partij is van geval tot geval zal verschillen en per geval moet worden beantwoord: het komt er op aan hoe partijen elkaar over en weer hebben verstaan (*Kribbebijter*). De schrijvers lijken evenzeer te missen dat de vermogensrechtelijke jurisprudentie handvatten biedt voor de veronderstelling dat ouders bij het sluiten van de overeenkomst namens hun kinderen optreden en dus niet in eigen naam (*Baby Joost*). Anderen vermijden de kwestie door te spreken over een overeenkomst tussen ‘leerling-‘slash’-ouders’ en onderwijsinstelling.⁶⁸

8 AFRONDING

Rechters komen er om verschillende redenen niet aan toe en de literatuur lijkt het over het hoofd te zien, maar het vermogensrecht biedt een helder kader

64 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91.

65 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91.

66 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91.

67 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/91.

68 Bijv. Huisman & Noorlander 2004, p. 153 over de rechtsverhouding binnen bijzonder onderwijs.

voor het beantwoorden van de vraag wie partij is bij een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de omstandigheden van het voorliggende geval. Op grond van de algemene regels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten (de art. 3:33 en 3:35 en 6:217 BW) komt het namelijk aan op hetgeen jegens elkaar is verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen is afgeleid en mocht worden afgeleid (*Kribbebijter*). Voor zover partijen zich bij het sluiten van een onderwijsovereenkomst in het geheel niet hebben uitgelaten over de hoedanigheid van de ouders (*pro se, q.q.*, of beide tegelijk) zou naar mijn mening ook in het onderwijs de door de Hoge Raad in het *Baby Joost*-arrest gehanteerde route gevolgd dienen te worden. Dit heeft als resultaat dat de wederpartij er in zo'n geval van uit mag gaan dat ouders als wettelijk vertegenwoordigers in naam van hun kind handelen. Gevolg hiervan is dat het kind partij wordt en (vooralsnog) niet mede de ouders. Het kan natuurlijk heel goed mogelijk zijn dat ouders en school beogen dat ouders wel partij zijn. Is dat het geval dan verdient het in het licht van bovenstaande aanbeveling dit expliciet af te spreken.

In breder perspectief past dit kader goed in de ontwikkeling die het kind en jeugdrecht heeft doorgemaakt. Daarbij dient als uitgangspunt dat het kind zoveel als mogelijk een eigen – ook juridische – positie toekomt, jong of oud. Vanzelfsprekend geldt dat hoe jonger het kind is, hoe groter de rol en verantwoordelijkheden van de ouder. Maar om het kind deel te laten nemen aan het onderwijs is het niet noodzakelijk ouders partij te maken bij de onderwijsovereenkomst, evenmin hoeft op voorhand naar de meerpartijenovereenkomst gegrepen te worden. Het leerstuk van de vertegenwoordiging stelt ouders in staat die overeenkomst te sluiten, in naam van het steeds zelfstandiger handelend kind.

14 | Over aanbod en aanvaarding van een faillissementsakkoord als meerpartijenovereenkomst van eigen aard

B. Wessels [■]

1 INLEIDING

In de insolventierechtelijke literatuur is overheersend de opvatting dat een faillissementsakkoord als een meerpartijenovereenkomst kan worden gekwalificeerd.¹ In beginsel geldt dat voor elk faillissementsakkoord omdat in faillissement – in het licht van het collectieve karakter van de faillissementsprocedure – sprake is van een insolvente schuldenaar ter ene zijde en twee of meer schuldeisers aan de andere zijde. Het akkoord is een obligatoire overeenkomst, omdat er in beginsel verbintenissen bestaan tussen de schuldenaar en de afzonderlijke schuldeisers.² In overeenstemming met art. 6:213 lid 2 BW zijn echter op een akkoord de wettelijke bepalingen betreffende overeenkomsten niet toepasselijk, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst (in casu het akkoord) zich daartegen verzet. Binnen de gelaagde structuur van het vermogensrecht van het BW komt deze benadering erop neer dat rechtskwesties inzake het akkoord in beginsel kunnen worden opgelost aan de hand van de bepalingen van (a) het algemene vermogensrecht, (b) het algemene contractenrecht, en (c) het bijzondere contractenrecht, en (d) de specifieke bepalingen die de Faillissementswet kent. Voor de wetsbepalingen

■ Prof. mr. B. Wessels is emeritus hoogleraar internationaal insolventierecht, Universiteit Leiden.

1 Zie Wessels *Insolventierecht VI* 2013/6017. Ik verdedigde deze opvatting reeds in de eerste druk van dat werk, die in 1999 verscheen. In deze zin ook A.D.W. Soedira, *Het akkoord* (diss. Nijmegen, serie Onderneming en Recht deel 60), Deventer: Kluwer 2011, p. 51; R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht deel 8), Deventer: Kluwer 2013, nrs. 90 en 96 (voor het surseanceakkoord); R. Hermans & R.D. Vriesendorp, 'Het dwangakkoord in het insolventierecht: vrijheid in gebondenheid', in: *XL-40* (Liber amicorum Mart Franken) 2014, p. 95 e.v., in casu p. 97, raadpleegbaar via <http://www.debrauw.com/publication/compulsory-composition-insolvency-law-freedom-strings-attached/>. Ook gepubliceerd in *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2014/10.

2 Ook A-G Timmerman, conclusie vóór HR 16 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BZ7317, huldigt deze kwalificering. Zie ook R.D. Vriesendorp, 'Bouwen op vertrouwen: van tunneldenken en bruggenbouwers, de dingen, die voorbijgaan', in: M.A.B. Chao-Duivis (red.), *Alleen Samen* (Opstellenbundel M.A.M.C. van den Berg), Stichting Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 287 e.v., in casu p. 296.

uit de categorie (b) geldt ‘voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van het akkoord zich daartegen verzet’. Daaraan voeg ik toe dat voor alle categorieën geldt dat geen van haar bepalingen mag strijden met hetgeen de Faillissementswet omtrent een akkoord bepaalt.

In deze bijdrage geef ik eerst een schets van het akkoord in de context van insolventie (par. 2). Vervolgens beschrijf ik kort het doel en de strekking van een faillissementsakkoord (tot welk akkoord ik me beperk) (par. 3) en ga ik in op de vorm en de inhoud van een akkoord (par. 4) en haar rechtskarakter (par. 5). In de volgende paragrafen leg ik de aanbieding van een ontwerp-akkoord langs de verbintenisrechtelijke meetlat (par. 6) en de beperking die schuilt in de aanbieding ervan aan de ‘gezamenlijke schuldeisers’ (par. 7). Onder het kopje ‘beraadslaging over het ontwerp-akkoord’ komen onderwerpen aan de orde als herroeping, intrekking en wijziging van het ontwerp-akkoord (par. 8) om met een enkel woord over de aanvaarding van het ontwerp-akkoord (par. 9) deze bijdrage af te ronden. Ik sluit af met een conclusie.³

2 HET AKKOORD IN DE CONTEXT VAN INSOLVENTIE

De Faillissementswet (Fw) kent drie regelingen inzake een akkoord, te weten bij faillissement, bij surseance van betaling en bij de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Het centrale idee is telkens dat de schuldenaar aan zijn gezamenlijke schuldeisers een ontwerp-akkoord kan aanbieden, dat – indien een in de wet aangegeven meerderheid van stemgerechtigde (concurrente) schuldeisers het aanneemt (art. 145 Fw) – werking verkrijgt indien de rechbank het homologeert (goedkeurt) (art. 153 Fw). Zodra de beschikking houdende de homologatie van het akkoord in kracht van gewijsde is gegaan, eindigt het faillissement, de surseance of de schuldsaneringsregeling, hetgeen door de curator respectievelijk bewindvoerder wordt bekendgemaakt, zie art. 161 Fw, art. 276 Fw respectievelijk art. 340 lid 1 Fw.

De Faillissementswet bevat in Titel I, Zesde Afdeling (‘Van het akkoord’) een veertigtal bepalingen ter zake van de totstandkoming, rechtsgevolgen en ontbinding van een faillissementsakkoord, zie art. 138-172a Fw. Ook bij de surseance van betaling kan een akkoord worden aangeboden, zie Titel II, Tweede Afdeling (‘Van het akkoord’) van de wet (art. 252-281). Deze afdeling is gemodelleerd naar het voorbeeld van de afdeling over het faillissementsakkoord en naar vorm, inhoud en rechtskarakter bestaan er tussen het faillissementsakkoord en het surseance-akkoord amper noemenswaardige verschillen. Er is wel een verschil in oogmerk: het faillissementsakkoord beoogt gerechtelijke vereffening te voorkomen (en deze door een consensuele te vervangen);

3 Enkele passages steunen op dan wel vormen een verdere uitwerking van Wessels *Insolventierecht VI* 2013 (‘Het akkoord’) en Wessels *Insolventierecht VIII* 2014 (‘Surseance van betaling’), welk deel in juni 2014 wordt gepubliceerd.

het surseance-akkoord richt zich (daarnaast) op financiële sanering met perspectief op bedrijfscontinuïteit. Ook gedurende de toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen kan een ontwerp-akkoord worden aangenomen, zie Titel III, Zesde Afdeling ('Het akkoord'), zie art. 329-332, art. 333a, art. 335 en art. 337-340 Fw. Ten aanzien van dit laatste akkoord gelden enkele afwijkende bijzonderheden.⁴ In alle drie de gevallen kan een minderheid dus via een in de wet geregelde rechterlijke procedure worden gedwongen het akkoord te aanvaarden. Vandaar in de praktijk het gebruik van de term 'dwang-akkoord'. In deze bijdrage ga ik alleen op het faillissementsakkoord in.⁵

Naast het (dwang-)akkoord in faillissement, in surseance van betaling en in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen kent de praktijk ook het buitengerechtelijke of onderhandse akkoord. Evenals de wettelijke (dwang-)akkoorden is het onderhandse akkoord een meerpartijenovereenkomst. Het kent echter geen regeling in de Faillissementswet.⁶ Een dergelijk akkoord is derhalve geheel aan de gewone regels van het vermogensrecht onderworpen.

-
- 4 Ik noem (i) het ontwerp-akkoord wordt alleen aan de schuldeisers aangeboden ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling werkt, (ii) art. 329 Fw kent een viertal wijzen van aanbidding, (iii) de schuldeisers als bedoeld zijn alle schuldeisers (inclusief de fiscus) van alle vorderingen, met uitzondering van die waaraan een zekerheid is verbonden (voor zover de opbrengst ter realisering van die zekerheid strekt). Dit wijkt af van het akkoord in de surseance van betaling dat naar haar aard alleen op concurrente schuldeisers betrekking heeft (vgl. art. 232 Fw), terwijl deze regeling ook afwijkt van het faillissementsakkoord, aangezien dat akkoord de rechten van niet-concurrente crediteuren niet beïnvloedt (vgl. art. 157 Fw jo. art. 163 Fw), en (iv) er geldt een andere regeling voor het stemmen, omdat ook geprivilegieerde schuldeisers hun stem kunnen uitbrengen (art. 332 lid 2 Fw) en de stemming in groepen plaatsvindt (een groep concurrente crediteuren en een groep schuldeisers aan wier vorderingen recht van voorrang verbonden is). De criteria voor aanvaarding zijn voor het akkoord in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen en het faillissementsakkoord sedert 15 januari 2005 gelijkgetrokken (gewone meerderheid, zie art. 332 lid 3 Fw respectievelijk art. 145 Fw). In beide regelingen heeft de rechter-commissaris de bevoegdheid een verworpen ontwerp-akkoord vast te stellen als ware het aangenomen aangezien er een gekwalificeerde groep schuldeisers vóór stemde en de tegenstemmer(s) gezien alle omstandigheden niet tot dit stemgedrag hadden kunnen komen, zie art. 332 lid 4 Fw, welke regeling sedert 15 januari 2005 in art. 146 ook voor het faillissementsakkoord is verwoord. Deze laatste wijze van totstandkoming van een akkoord laat ik buiten beschouwing.
 - 5 Het akkoord als wijze van beëindiging van het faillissement komt overigens relatief weinig voor. Het ligt al sinds de jaren zestig van de vorige eeuw op minder dan 5% van de faillissementsbeëindigingen, hetgeen neerkomt op tussen de 100 en 300 faillissementsakkoorden per jaar. Zie Wessels *Insolventierecht VI* 2013/ 6005; Vriesendorp (2013), nr. 20.
 - 6 Uit het wetgevingsprogramma voor 2014, gepresenteerd bij brief van 27 juni 2013, blijkt dat het kabinet wil dat nog deze kabinetsperiode '... het faillissementsrecht stevig [wordt] gemoderniseerd', zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 1. Er zijn zeven (!) wetsvoorstellen te verwachten, waaronder ook een regeling betreffende de totstandkoming van een dwang-akkoord buiten faillissement, die vorm zal krijgen met een nog in te dienen voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen II.

In de lagere rechtspraak van de laatste vijftientig jaar is verscheidene malen aangenomen dat een weigerachtige schuldeiser toch aan het voorgestelde onderhandse akkoord zijn medewerking moet verlenen. Deze (wat ik kortheids-halve noem) dwangdeelname wordt rechtstheoretisch op verschillende wijzen gefundeerd, terwijl de criteria waaronder die medewerking volgens de rechtspraak geveerd kan worden uiteenlopen. Zowel in bedoelde rechtspraak als in de literatuur wordt er terecht vanuit gegaan dat deze dwangdeelname een uitzondering vormt op het algemene beginsel dat iemand vrij is een hem aangeboden aanbod (tot het aangaan van een onderhands akkoord) te aanvaarden. De onderhandelingsvrijheid respectievelijk contractsvrijheid staat voorop.⁷

3 DOEL EN STREKKING VAN HET FAILLISEMENTSAKKOORD

Het faillissementsakkoord heeft ten doel het voorkomen van gerechtelijke vereffening. Met het faillissementsakkoord wordt een buitengerechtelijke afwikkeling in de plaats gesteld van de in de Faillissementswet beschreven gerechtelijke vereffening, vergelijk art. 173 e.v. Fw. Een faillissementsakkoord zal veelal in het belang van zowel de schuldenaar als de schuldeisers zijn. De voordelen van een faillissementsakkoord voor de gefailleerde schuldenaar zijn onder meer (i) de mogelijkheid om de hem toekomende boedel in ongeschonden staat wederom in handen te krijgen (tenzij sprake is van een liquidatie-akkoord). Daarnaast heeft hij (ii) de mogelijkheid om zijn bedrijf (de 'onderneming' die onderwerp van de boedel vormt) voort te zetten.⁸ Een laatste voordeel (iii) schuilt in de aard en strekking van het akkoord zelf. Een faillissement eindigt door het verbindend worden van de (slot-) uitdelingslijst; de schuldeisers hebben voor het onvoldaan gebleven gedeelte van hun vorderingen de gelegenheid hun rechten van executie op de goederen van de schuldenaar weer uit te oefenen (vergelijk art. 195 Fw). Dit is niet het geval na de totstandkoming en uitvoering van een faillissementsakkoord. De heersende leer is dat na uitvoering van het akkoord op de schuldenaar slechts in rechte

7 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, JOR 2005/257, NJ 2006/230, heeft dit uitgangspunt expliciet bevestigd, want het staat '... een schuldeiser in beginsel vrij het hem door de schuldenaar aangeboden akkoord – dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening – te weigeren', maar dit lijdt uitzondering indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW). Voor een recent voorbeeld zie Rb. Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2226. Uitvoeriger: Wessels *Insolventierecht VI* 2013/6201 e.v.; Vriesendorp 2013, nr. 39 e.v.

8 Wordt de onderneming binnen een rechtspersoon gevoerd, dan treedt de staat van insolventie niet in, zodat de gefailleerde rechtspersoon niet wordt ontbonden, vgl. art. 2:19 lid 1 onder c BW.

niet afdwingbare verbintenissen (derhalve: natuurlijke verbintenissen) rusten om het niet voldane restant aan de schuldeisers te betalen:⁹

‘Het akkoord mag zeker een beneficium voor den gefailleerde heeten, maar strekt tevens ten behoeve van de schuldeisers’, aldus het Regeringsantwoord ruim 120 jaar geleden.

Een akkoord zoals bedoeld in Titel I van de Faillissementswet heeft ten aanzien van de vorderingen van schuldeisers derhalve een beperkte werking: het onthoudt slechts de afdwingbaarheid aan de na de nakoming van het akkoord onvoldaan gebleven gedeelten van de vorderingen van de schuldeisers. In het bijzonder uit aard en strekking van het akkoord vloeit voort dat de restantschuld van de (ex-)gefaillieerde op hem blijft rusten in de vorm van een natuurlijke verbintenis, zie art. 6:3 lid 2 onder a BW. Deze ‘aard’ blijkt ook uit art. 160 Fw (‘Niettegenstaande het akkoord behouden de schuldeisers al hun rechten tegen de borgen en andere medeschuldenaren van de schuldenaar ...’). Het strookt met deze beperkte strekking aan te nemen dat de restantvorderingen als natuurlijke verbintenissen voortbestaan.¹⁰

In casu is dan sprake van een afgeleide natuurlijke verbintenis in de zin van art. 6:3 lid 2 onder a BW. In deze opvatting ligt besloten dat de natuurlijke verbintenis bestaat na de uitvoering van het akkoord. De zienswijze dat de natuurlijke verbintenis is ontstaan doordat het faillissement werd afgewikkeld met een akkoord, met het gevolg dat met dit eerder in de tijd gelegen tijdstip een schuldeiser zijn schuld niet met de vordering op de failliet kon verrekenen, is onjuist.¹¹

9 Vgl. G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel II (1897); Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht; Deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (verder: Van der Feltz II 1897), p. 151.

10 In deze zin B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. VU Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, par. 258 e.v.; Soedira 2011, p. 17 en p. 195 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 73, en HR 31 januari 1992, NJ 1992/686, m.nt. PvS. Zie mijn dissertatie, par. 265 e.v., waarin ik uitvoeriger inga op de redenering dat de aard van het faillissementsakkoord (afweren gerechtelijke vereffening; intact laten boedel) niet strekt tot kwijtschelding (afstand van vorderingsrecht en dus schuldvernietiging), maar tot het doen van (gedeeltelijke) afstand van verhaalsrecht, met als consequentie dat voor het niet voldane deel van zijn vordering de schuldeiser een rechtens niet afdwingbaar vorderingsrecht behoudt. Indien, zoals vaak voorkomt, in het akkoord een standaardzinsnede is opgenomen waarin de schuldeisers verklaren aan de schuldenaar voor het tekortkomende gedeelte ‘volledige kwijting’ te geven, dan is deze verklaring – behoudens een ondubbelzinnige andere afspraak – te beschouwen als een verklaring waarbij niet afstand wordt gedaan van de vordering zelf (vgl. art. 6:160 BW), maar afstand van de rechtsvordering tot het afdwingen van de voldoening. Er is in dat geval sprake van een natuurlijke verbintenis waaraan door een rechtshandeling de afdwingbaarheid wordt onthouden, in de zin van art. 6:3 lid 2 onder a BW.

11 In de aangegeven zin voor een surseance-akkoord Rb. Utrecht 23 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK7527.

Nu er na uitvoering van een faillissementsakkoord (slechts) een natuurlijke verbintenis resteert, rijst de vraag waarom een schuldeiser eigenlijk aan een faillissementsakkoord zou willen meewerken. De voordelen voor een schuldeiser zijn wellicht minder sprekend, maar zij kunnen er wel zijn. Te denken valt (i) aan het feit dat uit het akkoord voortvloeit dat een hoger percentage kan worden uitgekeerd dan in de situatie van faillissement het geval zou zijn geweest, doordat een derde financieel is bijgesprongen. Daarnaast (ii) is de gemiddelde tijd dat de afwikkeling speelt wellicht korter en (iii) zijn de boedelkosten mogelijk wat lager. Ten slotte (iv) kan de schuldeiser er belang bij hebben dat mét het voortbestaan van de onderneming van de debiteur tevens de continuïteit van leveranties of dienstverlening door het eigen bedrijf van de schuldeiser beter verzekerd is.¹²

4 VORM EN INHOUD VAN HET AKKOORD

De Faillissementswet kent geen specifieke voorschriften over vorm en inhoud van het akkoord. Ter bepaling van de inhoud van een akkoord zijn betrokkenen in beginsel vrij.¹³ In de regel wordt in een akkoord gedeeltelijke betaling aangeboden en bedingt de gefailleerde daartegenover volledige kwijting voor het volle bedrag van de vorderingen, zodat hij na betaling van de toegezegde percentage niets meer (in rechte afdwingbaar) schuldig is. Niet uitgesloten is dat aan de schuldeisers volledige betaling wordt toegezegd, maar dit is een uitzondering. Een variant is: de schuldenaar verbindt zich de volle 100 percent van zijn vorderingen te betalen, zij het in termijnen, waartegenover de schuldeisers afstand doen van rente. De Faillissementswet kent ten aanzien van de inhoud van een akkoord alleen een algemene begrenzing. Omdat de gefailleerde van verdere aansprakelijkheid voor zijn schulden bevrijd wordt, bepaalt art. 153 lid 2 sub 1 Fw dat de rechtbank de homologatie zal weigeren wanneer de baten van de boedel de bij het akkoord bedongen som aanmerkelijk te boven gaan. Concluderend: een akkoord kan iedere denkbare wijze van buitengerechterlijke voldoening van de schuldeisers inhouden, dit met inachtneming van de regels van art. 153 Fw.

Ter illustratie wijs ik op het in insolventie-land bekende zogenoemde Brevast-akkoord uit 1989, waarin is beslist dat elke vorm van bevrediging van schuldeisers geoorloofd is, óók die waarbij niet in contanten wordt betaald.¹⁴ In dit gehomologeerd (surseance)akkoord werd aan de 'kleinere' schuldeisers een bedrag in contanten aangeboden en aan de 'grotere' schuld-

12 Over voor- en nadelen van een akkoord voor zowel de schuldenaar als de schuldeisers, zie Soedira 2011, p. 23 e.v., en Vriesendorp 2013, nr. 45 e.v.

13 Alleen art. 50, 153, 162 lid 2 en 171 Fw geven voor de inhoud van een faillissementsakkoord enige aanwijzingen.

14 Zie Rb. Utrecht 9 augustus 1989, NJ 1990/399.

eisers omzetting van hun vorderingen in certificaten van aandelen in de gesurseerde rechtspersoon.¹⁵

Naast het zogenoemde percentage-akkoord (een schuldenaar biedt aan de concurrente schuldeisers een zeker aantal procenten aan van hun schuld-vorderingen, zulks tegen finale kwijting) komt het liquidatie-akkoord voor. Bij een liquidatie-akkoord wordt de gerechtelijke vereffening op grondslag van de Faillissementswet door en namens de schuldeisers vervangen door een contractuele. Met die contractuele vereffening kan de curator worden belast, maar ook een ander, bijvoorbeeld een zuster- of dochtervennootschap van de debiteur, zoals het geval was met de besloten vennootschap Vereffenaar VBB¹⁶ of een afzonderlijke stichting, zoals recentelijk de Stichting Lehman Brothers Treasury.¹⁷

Civielrechtelijk ontleent degene die de opdracht aanneemt zijn bevoegdheden aan de opdrachten en volmachten van de partijen bij het akkoord; als opdrachtnemer respectievelijk lasthebber zal hij aansprakelijk zijn zowel tegenover de schuldeisers als tegenover de schuldenaar. Bij een akkoord dat boedelafstand inhoudt, wordt de boedel krachtens de bedingen van het akkoord buitengerechtelijk vereffend en te gelde gemaakt en de opbrengst onder de schuldeisers verdeeld.¹⁸

In de praktijk komen naast de genoemde, traditionele alternatieven van het akkoord, tal van varianten voor, veelal als onderdeel van een ingrijpende bedrijfseconomische reorganisatie of van een financiële herstructurering. Men denke aan het achterstellen van vorderingen of het omzetten van vorderingen in risicodragend kapitaal (conversie van een lening in aandelen, ook wel: *debt for equity swap*).¹⁹ Al deze akkoorden kennen zo hun eigen bijzonderheden. Bijvoorbeeld: een akkoord kent de navolgende clausule:

15 Met het akkoord kan niet worden afgeweken van dwingend recht, vgl. art. 3:40 BW en Hof 's-Gravenhage 10 februari 1919, *W* 10 468, op grond hiervan beslissend dat bij een akkoord houdende boedelafstand (art. 50) niet bepaald kan worden dat schuldeisers afzien van het instellen van de (pauliana)vorderingen, bedoeld in art. 50, slot, Fw.

16 VBB staat voor Verenigde Bedrijven Bredero NV, een kwart eeuw gelden een zeer groot bouwbedrijf.

17 Te kennen uit Rb. Amsterdam 22 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5246, *JOR* 2013/191. Vgl. voor een stichting als uitvoeringsvehikel reeds Rb. Breda 13 maart 1993, *KG* 1993/169. Over deze zaak in Breda uitvoerig Soedira, diss. (2011), p. 88 e.v.

18 Een liquidatie-akkoord heeft het nadeel dat de in het faillissement niet opgekomen schuldeisers daarbij meestal achter het net vissen. Het akkoord is volgens art. 157 Fw ook bindend voor hen, maar gewoonlijk zal de afgestane boedel reeds verdeeld zijn onder de wel opgekomen schuldeisers, vóórdat zij hun rechten doen gelden.

19 Uitvoerder hierover B. Wessels, *Achtergestelde vorderingen*, Monografieën privaatrecht nr. 6, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2013. Over de fiscale consequenties van een percentage-akkoord, het omzetten van een vordering in een achtergestelde lening, de omzetting van een opeisbare vordering in converteerbare obligaties, de omzetting van vorderingen in aandelen of de overname van de vorderingen door een derde: M.H.M. van Oers, *Fiscale aspecten bij doorstart van de insolvente NV/BV* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2006, par. 2.2.

‘Door voor het akkoord te stemmen doen de schuldeisers, doch uitsluitend voor het geval dat het akkoord wordt aanvaard en gehomologeerd, onherroepelijk afstand van hun vermeende vorderingsrechten op de bestuurders van de Stichting en hun verzekeraars, uit welken hoofde ook’.

Deze bepaling komt voor in het gehomologeerde (surseance-)akkoord inzake de ‘Stichting Wereldruiterspelen 1994’.²⁰ Zijn schuldeisers die tegen het akkoord stemden en degenen die niet aan de stemming hebben deelgenomen aan deze clause gebonden? In de literatuur wordt dit betwijfeld.²¹ Deze zienswijze komt mij juist voor. De homologatie heeft immers betrekking op de vorderingsrechten van schuldeisers voor zover deze jegens de failliet bestaan, vergelijk art. 157 Fw. Een zelfde zienswijze zou ik willen verdedigen ten aanzien van het opnemen van een aansprakelijkheidsuitsluiting (uitgesloten is de aansprakelijkheid van curatoren, van het kantoor waar zij werkzaam zijn, de medewerkers ervan en door hen ingeschakelde derden) opgenomen in het Lehman Brothers Treasury akkoord.²²

5 RECHTSKARAKTER VAN HET AKKOORD

Het akkoord is volgens het stelsel van de Faillissementswet een overeenkomst aangegaan tussen de gefailleerde en zijn gezamenlijke, bij meerderheid van stemmen beslissende, schuldeisers.²³ Deze overeenkomst behoeft, om bindend te zijn, rechterlijke goedkeuring, de zogenoemde homologatie, zie art. 157 Fw. Omdat de minderheid aldus, zelfs tegen haar zin, gedwongen wordt genoegen te nemen met gedeeltelijke betaling, zijn waarborgen nodig tegen mogelijk misbruik. Daarom was oorspronkelijk niet een gewone, maar een grote meer-

20 Zie Rb. Utrecht 6 april 1995, n.g., aangehaald door A.D.W. Soedira, ‘De inhoud van een akkoord’, in: *De Curator, een octopus* (serie Onderneming en Recht deel 6), Deventer: Kluwer 1996, p. 219 e.v.

21 Soedira 1996, p. 224, en Kortmann, ‘Derden in het faillissementsrecht’, *AA* 46 (1997) 5, p. 321 e.v., achten schuldeisers die vóór het akkoord stemden wel aan de clause gebonden. Zie ook Soedira 2011, p. 93 e.v.

22 Zie Rb. Amsterdam 22 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5246, *JOR* 2013/191, nt. Van An del. Uitvoerig over de door Soedira 2011, p. 93 aldus genoemde ‘akkoord-vreemde’ bepalingen: Hermans & Vriesendorp 2014, p. 97. Laatstgenoemde auteurs vinden het duiden van bepalingen in het akkoord als akkoord-vreemd niet zinvol. Zij staan een ruimere vrijheid ten aanzien van de inhoud van een verdergaande gebondenheid van schuldeisers (tegenstemmers of zij die zich van stemming onthielden) aan een akkoord voor, dit op basis van de ‘... economisch realiteit die aan een herstructurering ten grondslag ligt’. Genoemde auteurs zoeken voor hun opvatting geen basis in bijvoorbeeld de ‘aard van de overeenkomst’ (art. 6:213 lid 2 jo. art. 6:248 lid 1 BW) waaruit ook rechtsgevolgen kunnen voortvloeien, waarschijnlijk omdat bedoelde schuldeisers geen ‘partij’ zijn. Deze vaststelling – die mijns inziens ook de reikwijdte van art. 6:1 BW te buiten gaat – legt gelijk de wankele basis voor hun betoog bloot.

23 Vgl. Van der Feltz II 1897, p. 144 e.v., en HR 18 mei 1990, *NJ* 1991/412.

derheid vereist (zie thans art. 145 Fw) en moet bovendien een aangenomen akkoord worden gehomologeerd door de rechter. Alleen met diens goedkeuring komt een akkoord tot stand; wordt deze geweigerd, dan volgt gerechtelijke vereffening.²⁴

Ik gaf al aan dat in het stelsel van het vermogensrecht het faillissementsakkoord een meerpartijovereenkomst is. Slechts bij uitzondering zullen er in een percentage- of liquidatie-akkoord verbintenissen tussen de schuldeisers onderling zijn overeengekomen. Diverse specifieke bepalingen uit de Faillissementswet zullen echter aan de in art. 6:213 lid 2 BW gelegen terughoudende toepassing van bepalingen van Boek 6 Titel 5 BW in de weg staan. Ik denk onder meer aan de eigen regeling met betrekking tot de aanbidding en de aanvaarding van het aangeboden ontwerp-akkoord (art. 145 Fw) en de verbindende kracht ervan (art. 157 Fw), en het gegeven dat slechts éénmaal in hetzelfde faillissement een akkoord kan worden aangeboden (art. 158 Fw).

De wettelijke bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten (art. 6:262-264 BW) vinden in beginsel toepassing op meerpartijovereenkomsten, voor zover de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet, zie art. 6:279 lid 1 BW. Zeker ten aanzien van de ontbinding van het faillissementsakkoord en haar gevolgen (de art. 6:265-278 BW) zal die toepassing meestal afstuiten op de omstandigheid dat de Faillissementswet ten aanzien van de ontbinding een eigen regeling kent, zie art. 165 e.v. Fw.²⁵

Een voorbeeld van het geval dat de strekking van de betrokken bepaling in verband met de aard van het akkoord zich tegen toepassing verzet, is meen ik art. 6:229 BW. Hoewel het akkoord kan worden geacht een overeenkomst te zijn die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding, is het gezien de aard van het akkoord onwenselijk één schuldeiser in beginsel bevoegd te achten het akkoord te vernietigen, doordat bedoelde rechtsverhouding ontbreekt. Terughoudender ten aanzien van de kwalificatie van het akkoord als overeenkomst waarop in beginsel de bepalingen inzake wederkerige overeenkomsten van toepassing zijn, zijn Soedira en Wibier, die naar mijn mening ten onrechte het akkoord als een eenzijdige overeenkomst (met alleen verplichtingen voor de aanbieder) kwalificeren.²⁶

Omdat een akkoord veelal ook gedeeltelijke betaling tegenover volledige kwijting vastlegt kan ook aan de kwalificatie vaststellingsovereenkomst worden gedacht. In deze zin bijvoorbeeld Soedira, die meent dat naar aard en inhoud het akkoord het meest aansluit bij de wettelijke bepalingen inzake de vaststel-

24 De zinswijze dat een akkoord niet een overeenkomst is, maar een rechterlijk vonnis, is verlaten. Zie Wessels *Insolventierecht VI* 2013/6015.

25 Over ontbinding nader Vriesendorp 2013, nr. 96 en 281.

26 Soedira 2011, p. 51, en Wibier in zijn bespreking van haar dissertatie in *RM Themis* 2012-2, p. 96.

lingsovereenkomst, zie de art. 7:900 e.v. BW.²⁷ Overtuigend is deze zienswijze niet omdat de inhoud van elk akkoord per geval kan verschillen. Een vaststelling in de letterlijke zin van art. 7:900 BW lijkt me het akkoord ook niet, aangezien partijen zich niet binden ‘ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen rechtens tussen hen geldt’. Ook de wijze waarop een vaststelling tot stand komt (art. 7:900 lid 2 BW) doet niet denken aan een akkoord. Analogische interpretatie is onder omstandigheden mogelijk, in welk verband ook een analogie mogelijk kan zijn (bij een *debt-for-equity swap*: omzetting verbintenisrechtelijke vordering in vennootschapsrechtelijke gerechtigdheid op aandelen) met ruil van vermogensrechten, vergelijk art. 7:49 jo. art. 7:47 BW.²⁸

6 AANBIEDING VAN HET ONTWERP-AKKOORD

De gefailleerde is bevoegd aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord aan te bieden, zie art. 138 Fw.²⁹ Het is eigen aan het faillissementsakkoord dat in elk faillissement slechts één keer een akkoord kan worden aangeboden.³⁰ Dit houdt verband met de optie om van het in de wet geregelde af te wijken.³¹

‘Het akkoord dient om de schuldeisers gelegenheid te geven te beslissen over de vraag wat zij verkiezen: minnelijke liquidatie of gerechtelijke. Die beslissing kan slechts eens vallen. De gefailleerde moet het niet in zijne macht hebben, door herhaalde aanbiedingen van akkoorden de liquidatie tot in het oneindige te rekken. Zijn de door hem aangeboden voorwaarden voor de schuldeisers niet aannemelijk genoeg, dan kan hij ze staande de raadpleging wijzigen en verbeteren. De bevoegdheid later een nieuw akkoord aan te bieden werkt allerlei verkeerde praktijken in de hand; zij geeft aanleiding dat de gefailleerde gaat beproeven zoo weinig

27 Soedira 1996, p. 219 e.v. Zo ook Hermans & Vriesendorp 2014, p. 96.

28 Zie Mon. BW B65a (Wessels), nr. 11.

29 Voor vragen omtrent instemming met het aanbod (door echtgenoot, mede-vennoot, aandeelhouders of Ondernemingsraad), zie Wessels *Insolventierecht VI* 2013/6029 e.v. In beginsel zijn de curator dan wel een of meer crediteuren of aandeelhouders, indien de gefailleerde een kapitaalvennootschap is, niet tot aanbieding bevoegd. Bij het Lehman Brothers Treasury akkoord is de enige statutaire bestuurder en aandeelhouder de Stichting Lehman Brothers Treasury Co., waarvan het bestuur wordt gevormd door de beide curatoren en een derde. De curatoren vormen de meerderheid in het bestuur en hebben de meerderheid in de aandeelhoudersvergadering. In feite bieden zij het akkoord aan én zij adviseren ex art. 140 de schuldeisers vóór het akkoord te stemmen. Zie Rb. Amsterdam 22 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5246, JOR 2013/191, m.nt. Van AnDEL, die hierover terecht kritisch is.

30 In sommige faillissementen kan geen akkoord aangeboden worden, bijvoorbeeld indien het faillissement op de surseance volgt, zie art. 281 Fw. Ik ga op deze gevallen niet in.

31 Zie de MvT bij Van der Feltz II 1897, p. 186. De wetgever wenst: ‘... het voorkomen van een eindeloze koehandel’, aldus Verschoof 2012 (*T&C Insolventierecht*), aant. 5 bij art. 252.

mogelijk aan te bieden, om dan na verwerping zijn bod allengs te verhoogen en met betere voorstellen voor den dag te komen.'

De gefailleerde biedt niet – zoals dat in de praktijk wel wordt aangegeven – een akkoord aan, maar zijn aanbod behelst een voorstel-akkoord of ontwerp-akkoord. Jegens contractuele schuldeisers is er sprake van door de Faillissementswet geruggesteunde heronderhandelingen, zodat ik meen dat partijen onderling zich naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid hebben te gedragen.³²

Verstijlen en Vriesendorp zien weinig ruimte voor de toepassing van de 'precontractuele goede trouw'.³³ Mijn opvatting steunt echter niet op de 'precontractuele' goede trouw *sec*, maar op de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), welke norm ook tussen hen geldt die reeds contractueel jegens elkaar gebonden zijn.³⁴

Deze lijn doortrekkend: rust er op de schuldenaar een verplichting om een ontwerp-akkoord aan te bieden? Leuftink heeft de vraag opgeworpen of een schuldenaar verplicht is een akkoord aan te bieden.³⁵ Gebaseerd op art. 3:276 BW lijkt er volgens Leuftink sprake van een rechtsplicht voor de gesurseëerde om naar vermogen zijn schuldeisers te bevredigen. Wellicht, stelt Leuftink, mag de gesurseëerde het tot zijn maatschappelijke plicht gevoelen om te streven naar oplossingen waardoor bedrijvigheid en werkgelegenheid worden gediend. Ik meen dat slechts sprake kan zijn van een algemene rechtsplicht, waarvan de niet-koming of schending alleen langs de weg van de onrechtmatige daad kan worden tegemoet getreden. Ik meen dat niet kan worden aanvaard de idee dat jegens een individuele contractuele schuldeiser een uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) voortvloeiende verbintenis kan worden aanvaard om aan alle schuldeisers jegens wie het faillissement (of de surseance) werkt een ontwerp-akkoord aan te bieden. Voor zover daaronder zich niet-contractuele schuldeisers bevinden, zou een dergelijke verbintenis ook onbepaalbaar zijn. Veeleer zou aan art. 6:258 BW een verplichting voor de schuldeiser ontleend kunnen worden om, in geval van onvoorziene omstandigheden, een mogelijke wijziging van de inhoud van de

32 Zie HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723, waarover (met verdere literatuurverwijzingen) B. Wessels, 'Pre-contractuele aspecten van een bedrijfsovername', in: B. Wessels & S. Y.Th. Meijer (red.), *Bedrijfsovername*, Deventer: Kluwer 2009, p. 263 e.v., en HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, *JOR* 2005/257, *NJ* 2006/230, m.nt. PvS, waarover B. Wessels, 'Buitengerechtelijk schuldeisersakkoord', in: *10 jaar 'JOR'. Alsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu 2006, p. 182 e.v.

33 Verstijlen & Vriesendorp, 'Enige opmerkingen over Polak-Wessels Insolventierecht', *WPNR* 6602-6603 (2004), p. 1007.

34 Vgl. HR 2 april 1993, *NJ* 1995/94, m.nt. Brunner. Zie ook B. Wessels, 'Zelfstandig recht op schadevergoeding bij schending mededelingsplicht', *WPNR* 6187 (1995). Evenzo Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 202. Over de invloed van de norm 'redelijkheid en billijkheid' in het insolventierecht, zie B. Wessels, *Belangenstrijd in het insolventierecht* (Afscheidsrede VU Amsterdam) 2008, <http://hdl.handle.net/1871/12787>.

35 A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995, p. 262.

overeenkomst met de debiteur te bespreken.³⁶ Ook het systeem van de regeling van het faillissement (of de surseance) in de Faillissementswet brengt een afdwingbare verplichting tot het aanbieden van een ontwerp-akkoord niet mee, aangezien er evenmin een verbintenis bestaat voor een schuldenaar om zijn eigen faillissement of surseance aan te vragen.

Het aanbod door de schuldenaar is in beginsel wijzigbaar. Ingevolge art. 144 Fw is de gefailleerde bevoegd tijdens de raadpleging over het ontwerp-akkoord – dus voordat de stemming is aangevangen – zijn aanbod te wijzigen. Hij kan bijvoorbeeld een hoger percentage aanbieden of voor een aangeboden percentage-akkoord, te voldoen in bepaalde termijnen, kortere termijnen voorstellen. Dit verklaart waarom de Faillissementswet naast de term ‘akkoord’ ook de term ‘ontwerp van akkoord’ gebruikt. De inhoud van het aangeboden ontwerp-akkoord is niet noodzakelijkerwijs de inhoud van het definitieve akkoord.

Het valt op dat medewerking van de curator bij de aanbieding van een akkoord niet vereist is.³⁷ De curator kan wel als gevolmachtigde optreden, maar dit is onwenselijk omdat in dat geval de onafhankelijke, ‘degelijke en onkreukbare’ persoon van de curator in de partijdige rol van advocaat van de gefailleerde zou optreden.³⁸

Met ingang van 1 juli 2013 is aan het alleenrecht van de schuldenaar tot het aanbieden van een ontwerp-akkoord een einde gekomen. Per die datum zijn aan art. 138, eerste zin (‘De gefailleerde is bevoegd aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord aan te bieden’) twee zinnen toegevoegd. Zij luiden:

‘De gefailleerde mist deze bevoegdheid indien de curator een overeenkomst als bedoeld in artikel 907, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek heeft gesloten en bij de rechter een verzoek als bedoeld in dit lid is ingediend, tenzij onherroepelijk vaststaat dat dit verzoek niet tot toewijzing zal leiden. Indien de gefailleerde overeenkomstig artikel 139 een ontwerp van een akkoord ter griffie van de rechtbank heeft neergelegd, kan geen verzoek als bedoeld in artikel 907, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek worden ingediend, tenzij het akkoord is verworpen, de homologatie van het akkoord onherroepelijk is geweigerd of door de rechter de ontbinding van het akkoord is uitgesproken.’

36 Vergelijk hierbij de beschouwingen van M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom 1999, p. 137 e.v.

37 De in de praktijk gehanteerde Recofa-richtlijnen 2009 verlangen enkele nevenactiviteiten van de curator, zie Wessels *Insolventierecht VI* 2013/6032a.

38 Vgl. Verslag van de Tweede Kamer met ‘Regeeringsantwoord’ bij Van der Feltz II 1897, p. 16, alsmede p. 151: ‘De curator ... moet geen belang hebben bij het al of niet aannemen van het akkoord.’ In beginsel zijn de curator dan wel een of meer crediteuren of aandeelhouders, indien de gefailleerde een kapitaalvennootschap is, niet tot aanbieding bevoegd.

De wijziging hangt samen met de inwerkingtreding van de Wet collectieve afwikkeling massaschade.³⁹ De aanleiding van de wijziging van de Faillissementswet lag in de problemen die verband houden met de afwikkeling van het faillissement van DSB Bank N.V., waarbij omstreeks 200.000 schuldeisers met relatief kleine concurrente vorderingen betrokken zijn.

In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat de verificatie van 'massavorderingen' bewerkelijk en kostbaar is, waardoor de vereffening van de boedel vertraging zou oplopen, zodat andere schuldeisers niet uit de boedel kunnen worden voldaan. In het geval van DSB zijn dat onder meer rekeninghouders die een tegoed aanhielden dat niet gedekt wordt door het depositogarantiestelsel.⁴⁰ De afwikkeling neemt de vorm aan van een in art. 7:907 lid 1 BW bedoelde 'Wet collectieve afwikkeling massaschade'- of WCAM-overeenkomst.⁴¹

7 AANBIEDING AAN DE 'GEZAMENLIJKE SCHULDEISERS'.

Het ontwerp-akkoord wordt aangeboden aan allen jegens wie het akkoord, eenmaal aangenomen en gehomologeerd, verbindend is. Het wordt aangeboden aan de 'gezamenlijke schuldeisers'.⁴² Hoewel in het faillissement alleen de erkende schuldeisers en de voorwaardelijk toegelaten concurrente schuldeisers aan de stemming deelnemen (art. 145 Fw), is het gehomologeerde akkoord uiteindelijk '... verbindend voor alle geen voorrang hebbende schuldeisers, zonder uitzondering, onverschillig of zij al dan niet in het faillissement opgekomen zijn', zie (art. 157 Fw). Het is daarom noodzakelijk dat de schuldenaar een aanbod, gelegen in het ontwerp-akkoord, doet dat betrekking heeft op

39 Met de Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (*Stb.* 2013, 257), inwerkingtreding op 1 juli 2013, *Stb.* 2013, 256, zijn zeven artikelen in de Faillissementswet gewijzigd. Een daarvan is art. 138 Fw.

40 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 6.

41 De basis voor art. 138, tweede en derde zin, Fw ligt in de opvatting van de wetgever dat de bevoegdheid van de gefailleerde om aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord aan te bieden enerzijds, en de bevoegdheid van de curator om een WCAM-overeenkomst te sluiten en de rechter te verzoeken deze verbindend te verklaren anderzijds, zich niet met elkaar verdragen. In de MvT (*Kamerstukken II* 2010/11, 33 126, p. 28) worden enkele redenen genoemd: (i) een akkoord wordt aan de gezamenlijke schuldeisers aangeboden; een WCAM-overeenkomst bevat daarentegen concrete vergoedingen voor een grote groep schuldeisers, maar doorgaans niet voor alle schuldeisers, (ii) bij een akkoord blijft een gerechtelijke vereffening achterwege; de WCAM-overeenkomst voorziet erin dat de aanspraken krachtens de WCAM-overeenkomst door plaatsing op de uitdelingslijst volgens de gewone regeling van de vereffening worden voldaan. Om deze redenen is een afbakening tussen beide vormen van afwikkeling noodzakelijk, waarin de aan art. 138 lid 1 Fw toegevoegde zinnen voorzien.

42 De schuldeisers wier vordering verzekerd is door hypotheek, pand, of een ander recht van voorrang, staan buiten het akkoord. Ook op de boedelschuldeisers is het akkoord niet van invloed.

alle schuldvorderingen, onverschillig of zij al dan niet zijn toegelaten en onverschillig of zij al dan niet zijn betwist.⁴³

De verplichte gebondenheid van ook die schuldeisers die niet zijn geverifieerd of die hun wilsverklaring niet hebben geuit, en zelfs jegens hen die tegenstemden, is in de wetgeschiedenis van de Faillissementswet beargumenteed vanuit de gedachte

‘... dat de wet de gezamenlijke schuldeischers van den gefailleerde als eene vereeniging van personen beschouwt en behandelt. ... De gemeenschap van belangen, de noodzakelijkheid besluiten mogelijk te maken die alle schuldeischers binden, rechtvaardigen deze wijze van behandeling.’⁴⁴

Op deze wijze, aldus de toelichting,

‘... kenschetst artikel 157 het akkoord als eene overeenkomst tusschen den gefailleerde en de wettelijke vereeniging zijner schuldeisers’.⁴⁵

De gepropageerde ‘vereniging van personen’ moet in een niet-juridische, wellicht symbolische context worden opgevat.⁴⁶ De uiteindelijke gebondenheid aan het akkoord steunt mijns inziens niet op de fictie van een virtuele vereniging (zonder enige blijk van oprichting, zonder statuten, zonder tot vertegenwoordiging bevoegd bestuur, e.d.), maar zij vloeit voort uit de wet. Het is een gebondenheid van wetswege, die het BW bijvoorbeeld ook kent in art. 6:232 (gebondenheid aan algemene voorwaarden) en art. 7:266 e.v. BW (gebondenheid verhuurder aan medehuuderschap). In rechtshistorisch perspectief kan worden betoogd dat de rechtvaardiging van deze van wetswege opgelegde gebondenheid schuilt in het maatschappelijk belang dat een schuldenaar in staat moet zijn algehele vermogensexecutie te voorkomen en met een op eigen initiatief ontwikkeld en aangeboden plan de gelegenheid moet hebben zijn economisch functioneren, met de daarmee gemoeide belangen van derden (zoals werknemers), en zijn sociale reputatie te continueren.

Mogelijk begrijpt de wetgever onder de uitdrukking ‘gezamenlijke schuldeisers’ ook de schuldeisers die een voorrangrecht hebben. Zij kunnen bij het akkoord belang hebben. Indien de opbrengst van het goed waarop het voorrangrecht rust niet voldoende is ter voldoening van hun vordering, dan

43 Indien de schuldeiser van een betwiste concurrente vordering de renvooiprocedure wint, kan hij rechten aan het akkoord ontlennen. Dit laatste is niet het geval indien hij verliest. Hij heeft evenmin rechten indien de homologatie van het akkoord in kracht van gewijsde is gegaan vóórdat de stukken aan de rechter, die in de renvooiprocedure moet beslissen, zijn overgelegd tot het wijzen van vonnis, art. 122a Fw. Zie Wessels *Insolventierecht V* 2011/5237 e.v.

44 Zie Van der Feltz II 1897, p. 45.

45 Zie Van der Feltz II 1897, p. 185.

46 Zo ook Soedira 2011, p. 47.

kunnen zij gebruik maken van hun in art. 132 lid 1 Fw gelegen recht te verlangen dat '... hun voor dat deel de rechten van concurrente schuldeisers worden toegekend met behoud van hun recht van voorrang.' Om deze reden is de curator verplicht ook aan hen mee te delen of een ontwerp-akkoord ter griffie is neergelegd, zie art. 115 en 142 Fw. Deze schuldeisers kunnen eveneens afstand doen van bijvoorbeeld hun recht van hypotheek of pand, zulks ten behoeve van de boedel (art. 143 Fw), en dan voor het volle bedrag meestemmen.

Hoewel de belastingdienst als preferente schuldeiser niet aan een akkoord gebonden is, is er beleid ontwikkeld waaronder de fiscus onder voorwaarden akkoord gaat met gedeeltelijke betaling. De Leidraad Invordering 2008 bevat de voorwaarden waaronder door de fiscus tot een akkoord wordt toegetreden.⁴⁷

8 BERAADSLAGING OVER HET ONTWERP-AKKOORD

Indien de gefailleerde een ontwerp van akkoord ten minste acht dagen vóór de vergadering tot verificatie der schuldvorderingen ter griffie van de rechtbank heeft nedergelegd, ter kosteloze inzage van een ieder, wordt daarover in die vergadering na afloop van de verificatie dadelijk geraadpleegd en beslist, tenzij de vergadering op voet van art. 141 Fw wordt uitgesteld, zie art. 139 lid 1 Fw. De gefailleerde is bevoegd tot toelichting en verdediging van het akkoord op te treden en het, staande de raadpleging, te wijzigen, aldus letterlijk art. 144 Fw. Ik gaf al eerder aan dat de gefailleerde slechts éénmaal een ontwerp-akkoord kan aanbieden. De gefailleerde moet hom of kuit geven en zijn uitnodiging aan de schuldeisers moet niet ontaarden in een soort veiling, waarbij de gefailleerde laag inzet, waartegenover de schuldeisers, hopend op een beter bod, aankondigen te zullen tegenstemmen.

Uit het wettelijke stelsel laat zich afleiden dat de gefailleerde de bevoegdheid heeft tijdens de beraadslaging het ontwerp-akkoord toe te lichten en – zo nodig – te verdedigen. Deze bevoegdheid is een wilsrecht. Er is geen verplichting om toe te lichten respectievelijk te verdedigen. De Recofa-richtlijnen 2009 zijn stilliger. Zie bepaling 5.1 onder e:

'De curator en de gefailleerde zijn aanwezig bij de behandeling van het akkoord ter verificatievergadering',

⁴⁷ Zie J.J. Vetter, A.J. Tekstra & P.J. Wattel, *Invordering van belastingen* (8e druk, Fiscale Studietoetsen nr. 2), Deventer: Kluwer 2012, nr. 805 en nr. 1307.

alsmede bepaling 5.1 onder f:

‘Tijdens de behandeling van het akkoord licht de gefailleerde of de curator toe waarom het akkoord kan worden aangenomen. Daarbij kunnen de eerder overgelegde lijsten van voorlopig erkende en betwiste vorderingen worden aangevuld’.

De gefailleerde is voorts bevoegd tijdens de beraadslaging over het ontwerp-akkoord zijn aanbod te wijzigen, hetgeen bijvoorbeeld kan door een hoger percentage aan te bieden. Deze wijziging kan slechts worden voorgesteld vóórdat de stemming aanvangt.⁴⁸ Onjuist lijkt me dan ook de opvatting dat een wijziging van het aangeboden ontwerp-akkoord alleen ter verificatievergadering kan plaatsvinden.⁴⁹

De gefailleerde kan dus de toelichting en de verdediging in persoon verrichten, maar kan dit ook overlaten aan een advocaat of een schriftelijk gevolmachtigde. De laatsten kunnen ook wijzigingen voorstellen, onder de voorwaarde dat hun volmacht hun daartoe voldoende juridische basis biedt. Moet een niet verschenen of bij volmacht verschenen schuldeiser opnieuw worden opgeroepen indien het ontwerp-akkoord na de beraadslagingen is gewijzigd? De Faillissementswet bepaalt niet expliciet dat de beraadslaging kan worden geschorst teneinde ook hen (wederom) op te roepen, maar de wet verbiedt het evenmin. De volmacht moet nauwkeurig worden geredigeerd. Er is wel eens beslist dat het gegeven dat een volmacht, door een gevolmachtigde namens een schuldeiser gebruikt, die niet strekt tot het stemmen over een gewijzigd ontwerp-akkoord, later – indien toch is meegestemd – bij de homologatie een zelfstandige grond voor weigering daarvan is.⁵⁰ Een voldoende ruim geformuleerde volmacht kan in de praktijk veel problemen voorkomen. Indien de wijziging van het ontwerp resulteert in een hoger percentage meen ik dat er geen reden is de tekstueel wellicht beperkte volmacht onvoldoende te achten. In dit geval voldoet – via de band van het uiteindelijke akkoord – de gefailleerde immers een hoger bedrag dan verwacht. In een dergelijke situatie is niet sprake van een opgedrongen verrijking, maar van een (gedeeltelijke) (aanvullende) betaling van een openstaande schuld.

Kan het aanbod houdende het ontwerp-akkoord door de gefailleerde worden ingetrokken in de zin van art. 3:37 lid 5 BW? Ik neem aan dat de groep schuldeisers voldoende bepaalbaar is in de zin van lid 5. Het ontwerp-akkoord wordt ter griffie van de rechtbank neergelegd, zie art. 139 lid 1 Fw. Ik meen dat het moment van ‘bereiken’ (als bedoeld in art. 3:37 lid 5 BW) van de neergelegde verklaring (het gedeponeerde ontwerp) het moment van die neerlegging is. Intrekking ‘gelijktijdig’ is dan niet mogelijk, gesteld al dat een dergelij-

48 In deze zin ook Leuftink 1995, p. 275.

49 In deze zin Hof ‘s-Hertogenbosch 4 februari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH2173.

50 Zie Rb. Leeuwarden 16 december 1926, NJ 1927, p. 564.

ke 'intrekkings'-verklaring 'neerlegbaar' is. Intrekking kan wél geschieden indien het ontwerp metterdaad nog niet is neergelegd.⁵¹

Kan een eenmaal in behandeling gebracht ontwerp in plaats van te worden gewijzigd door de gefailleerde worden herroepen? Zie art. 6:219 lid 1 BW ('De herroeping kan slechts geschieden, zolang het aanbod niet is aanvaard en evenmin een mededeling, houdende de aanvaarding is verzonden. Bevat het aanbod de mededeling dat het vrijblijvend wordt gedaan, dan kan de herroeping nog onverwijld na de aanvaarding geschieden'). De aanbieding van een 'vrijblijvend' akkoord strijdt zou ik menen met het stelsel van de Faillissementswet en met de strekking van art. 158' ('Na verwerping of weigering van de homologatie van het akkoord kan de gefailleerde in hetzelfde faillissement geen akkoord aanbieden'). Ik zou een dergelijk ontwerp – zijnde een rechtshandeling – nietig achten omdat het strijdt met een dwingende wetsbepaling (art. 3:40 lid 2 BW).⁵²

Het ontwerp-akkoord is naar mijn mening een bindend, zij het krachtens de wet wijzigbaar aanbod, dat niet kan worden herroepen, omdat de onherroepelijk ervan uit de aard van het aanbod volgt, vergelijk art. 6:219 lid 1, slot, BW. Soedira heeft twee bezwaren tegen deze zienswijze.⁵³ Zij meent dat de kwalificatie onherroepelijk niet strookt met het feit dat het aangeboden gewijzigd kan worden. Ik meen daarentegen dat een wijziging van een verklaring niet de al dan niet herroepelijkheid van die verklaring behelst. De wijziging betreft de inhoud van de verklaring. Voorts is het haar opvatting dat een aangeboden ontwerp-akkoord geen onherroepelijk aanbod kan zijn, omdat

'... een aanvaarding dan zonder meer zou betekenen dat de overeenkomst tot stand is gekomen',

en daarvoor is nu juist de aanvaarding met gewone meerderheid van stemmen op voet van art. 145 Fw.

Deze zienswijze verliest het karakter van meerpartijenovereenkomst van het akkoord uit het oog. Op basis van art. 6:213 lid 2 BW zijn nu juist de

51 Indien ná de neerlegging, maar vóór de beraadslaging, de gefailleerde overlijdt, vervalt in diens aanbod niet. In beginsel zijn de erfgenamen aan het aanbod gebonden, vgl. art. 6:222 BW en Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6), p. 1436. Ik meen dat voortzetting van de behandeling kan plaatsvinden. Indien het ontwerp wordt aanvaard en gehomologeerd, kunnen de erfgenamen dit (doen) uitvoeren. Indien het niet wordt aangenomen c.q. gehomologeerd kan een schuldeiser in beginsel de vereffening van de nalatenschap verzoeken, vgl. art. 4:220 e.v. BW. Een akkoord lijkt dan niet meer te kunnen worden aangeboden.

52 Rb. Arnhem 30 september 1960, *NJ* 1961/123, oordeelde de 'intrekking' van een aanbod tot een ontwerp-akkoord in surseance als in strijd met de wet omdat daardoor de rechter niet meer zou kunnen toekomen aan toepassing van art. 272 lid 4 Fw (faillietverklaring), hetgeen in strijd met de door de Faillissementswet beoogde bescherming van belangen van schuldeisers zou zijn.

53 Soedira 2011, p. 53.

gewone regels over (onder meer) totstandkoming van een overeenkomst niet toepasselijk, niet vanwege lid 2 slot, dat bepaalt:

‘voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet’,

ook niet omdat de art. 6:219-225 BW niet van toepassing zijn (art. 6:217 lid 2, slot, BW) omdat

‘... iets anders voortvloeit uit het aanbod, uit een andere rechtshandeling of uit een gewoonte’,

maar omdat art. 145 Fw exclusief bepaalt dat het aannemen van het akkoord geschiedt op basis van de in art. 145 voorgeschreven meerderheidsbeslissing.

Van der Heijden heeft twintig jaar geleden verdedigd dat het ontwerp-akkoord de trekken vertoont van (niet een aanbod, maar) een uitnodiging om in onderhandeling te treden, waarbij de schuldeisers hunnerzijds een aanbod doen.⁵⁴ Deze zienswijze deugt echter niet. Zouden de schuldeisers het ontwerp van de gefailleerde wel aanvaarden, dan zou het de gefailleerde vrijstaan dit ‘aanbod’ van de schuldeisers niet te aanvaarden. Dit strijdt met de tekst van art. 138 Fw (de schuldeiser doet het aanbod) en met het uit de Faillissementswet volgende stelsel, dat niet gericht is op ‘onderhandelingen’, maar op een spoedige beslissing (door een aanbod staande de raadpleging te wijzigen).

9 AANVAARDING VAN HET ONTWERP-AKKOORD

Na deze perikelen vindt uiteindelijk de aanvaarding van het definitieve ontwerp-akkoord door stemming plaats, zie art. 143 Fw. Deze bepaling richt zich op de afbakening van de stemgerechtigde schuldeisers. Art. 145 Fw stelt vervolgens het benodigde aantal stemmen ter aanneming van het akkoord vast: tot het aannemen van het ontwerp-akkoord wordt vereist de toestemming van de gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten concurrente schuldeisers, die tezamen ten minste de helft van het bedrag van de door geen voorrang gedekte erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen.

Indien het akkoord is aangenomen, bepaalt de rechter-commissaris vóór het sluiten van de vergadering de terechtzitting waarop de rechtbank de homologatie zal behandelen (art. 150 lid 1 Fw). Het stadium van aanbod en aanvaarding van een faillissementsakkoord als meerpartijenovereenkomst, het onderwerp van deze korte bijdrage, is dan verlaten.

54 C.M. van der Heijden, ‘Het akkoord buiten faillissement en surséance van betaling’, *NTBR* 1994, p. 141 e.v., in casu p. 142.

10 CONCLUSIE

In deze bijdrage is uiteengezet dat in de insolventierechtelijke literatuur een faillissementsakkoord als een meerpartijenovereenkomst wordt gezien. Na inzicht te hebben gegeven in de akkoorden die de Faillissementswet kent, wordt ingegaan op doel, strekking, vorm, inhoud en rechtskarakter van het faillissementsakkoord. Ten aanzien van de specifieke regeling van de meerpartijenovereenkomst in het BW is geconcludeerd dat diverse specifieke bepalingen uit de Faillissementswet aan de in art. 6:213 lid 2 BW gelegen terughoudende toepassing van bepalingen van Boek 6 Titel 5 BW in de weg staan: de eigen regeling inzake de aanbieding en de aanvaarding van het aangeboden ontwerp-akkoord (art. 145 Fw), de verbindende kracht ervan (art. 157 Fw), en het gegeven dat slechts éénmaal in hetzelfde faillissement een akkoord kan worden aangeboden (art. 158 Fw). De wettelijke bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten (art. 6:262-264 BW) vinden in beginsel toepassing op het faillissementsakkoord, voor zover de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet, zie art. 6:279 lid 1 BW. Dat laatste zal in het bijzonder het geval zijn ten aanzien van de ontbinding van een faillissementsakkoord en haar gevolgen (de art. 6:265-278 BW), omdat de Faillissementswet voor de ontbinding van dat akkoord een eigen regeling kent (art. 165 e.v. Fw).

Enkele specifieke verbintenisrechtelijke conclusies kunnen als volgt worden samengevat:

- bij het aanbod van een ontwerp-akkoord en de aanvaarding daarvan hebben partijen onderling zich te gedragen naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, zoals voortvloeit uit de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), welke norm ook tussen hen geldt die reeds contractueel jegens elkaar gebonden zijn;
- de opvatting dat jegens een individuele contractuele schuldeiser een uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) voortvloeiende verbintenis kan worden aanvaard om aan alle schuldeisers jegens wie het faillissement werkt een ontwerp-akkoord aan te bieden kan niet worden aanvaard;
- aanbieding van een ontwerp-akkoord geschiedt door de schuldenaar. Het aanbod is in beginsel wijzigbaar (art. 144 Fw). Het is niet gewenst dat de curator, als gevolmachtigde, het ontwerp aanbiedt. Met ingang van 1 juli 2013 is aan het alleenrecht van de schuldenaar tot het aanbieden van een ontwerp-akkoord een einde gekomen (art. 138, tweede en derde zin, Fw), aangezien bij de afwikkeling van massaschade de curator de in art. 7:907 lid 1 BW bedoelde 'Wet collectieve afwikkeling massaschade'- of WCAM-overeenkomst aanbiedt;
- tijdens de beraadslagingen heeft de gefailleerde de bevoegdheid het ontwerp-akkoord toe te lichten en desnodig te verdedigen. De bevoegdheid tot toelichting is een wilsrecht; het is geen verplichting. De Recofa-richtlijnen 2009 zijn echter stilliger;

- de schuldenaar is bevoegd tijdens de beraadslaging over het ontwerp-akkoord zijn aanbod te wijzigen, maar deze wijziging kan slechts worden voorgesteld vóórdat de stemming aanvangt. Onjuist is de opvatting dat een wijziging van het aangeboden ontwerp-akkoord alleen ter verificatievergadering kan plaatsvinden;
- intrekking van het ontwerp-akkoord door de gefailleerde kan slechts geschieden indien het ontwerp metterdaad nog niet is neergelegd; intrekking in de zin van art. 3:37 lid 5 BW is niet mogelijk;
- een eenmaal in behandeling gebracht ontwerp kan niet worden herroepen in de zin van art. 6:219 lid 1, eerste zin, BW; de aanbieder van een 'vrijblijvend' akkoord strijdt met het stelsel van de Faillissementswet en met de strekking van art. 158 Fw. Een dergelijk akkoord is nietig omdat het strijdt met een dwingende wetsbepaling (art. 3:40 lid 2 BW);
- het ontwerp-akkoord is een bindend, zij het een krachtens de Faillissementswet wijzigbaar aanbod, dat niet kan worden herroepen, omdat de onherroepelijk ervan uit de aard van het aanbod volgt, vergelijk art. 6:219 lid 1, slot, BW. De opvatting dat de kwalificatie van onherroepelijkheid niet strookt met het feit dat het aangeboden gewijzigd kan worden moet worden verworpen, omdat een wijziging van een verklaring niet de al dan niet herroepelijkheid van die verklaring zelf behelst. De wijziging betreft de inhoud van de verklaring;
- de zienswijze dat het ontwerp-akkoord de trekken vertoont van (niet een aanbod, maar) een uitnodiging om in onderhandeling te treden, waarbij de schuldeisers hunnerzijds een aanbod doen, is ondeugdelijk, strijdt met de tekst van art. 138 Fw en met het uit de Faillissementswet volgende stelsel, dat niet gericht is op 'onderhandelingen', maar op een spoedig beslissing over het ontwerp-akkoord.

I.S. Wuisman ■

1 INLEIDING

In het Nederlandse ondernemingsrecht werkt het verbintenissenrecht op verschillende wijzen door. Zo zijn er rechtsvormen die gestoeld zijn op overeenkomsten die kunnen worden aangemerkt als een personenvennootschap, zoals de maatschap en de vennootschap onder firma. Het is de persoonsgebonden samenwerking van partijen die gericht is op het verkrijgen en delen van vermogensrechtelijk voordeel en die ontstaat en wordt vormgegeven door een overeenkomst daarover. Die overeenkomst biedt de partijen veel vrijheid bij het vormgeven van hun samenwerking. Zij kan een samenwerking tussen twee partijen zijn, maar tot dit aantal partijen bij de samenwerking is zij zeker niet beperkt.¹ Er kunnen dus ‘meer partijen’ zijn. Ook bij de rechtspersonen zoals de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (‘BV’) kan het verbintenissenrecht een rol van betekenis hebben. Indien bij een samenwerking tussen verschillende personen gekozen wordt om ter uitvoering van die samenwerking een BV te gebruiken dan zullen zij over het algemeen aandeelhouder worden in die BV. Afhankelijk van de situatie heeft de BV één, twee of een veelheid aan aandeelhouders. Bij twee of meer aandeelhouders kan, hoewel er gekozen is voor de juridisch zelfstandige entiteit van de BV met bijhorende wettelijke en statutaire organisatieregels, toch de wens bestaan om de samenwerking in een overeenkomst vast te leggen. Een reden hiervoor is de omstandigheid dat de feitelijke situaties waarin vennootschappen moeten functioneren een gevarieerd karakter hebben. De feitelijke maatschappelijke verhoudingen en gedragspatronen sluiten dan niet meer aan op de juridische regelgeving.²

■ Prof. mr. drs. I.S. Wuisman is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Artikel 7A:1655 BW: ‘Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te delen.’

2 L. Timmerman, ‘Waarom hebben wij dwingend vennootschapsrecht’, in: L. Timmerman c.s., *Ondernemingsrechtelijke contracten*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen 1991, p. 1-10. Het wettelijke en statutaire vennootschapsrecht boet aan zeggingskracht in. Volgens Timmerman komt dit door twee oorzaken. Ten

Zeker in situaties waar de aandeelhouders in een besloten verhouding nauw betrokken zijn bij de uit te voeren activiteiten, zullen zij afspraken willen maken horend bij de specifieke omstandigheden. Dat doen zij over het algemeen in zogenoemde aandeelhoudersovereenkomsten.³ In deze overeenkomsten staan bijvoorbeeld afspraken over stemrechtuitoefening, winstdeling, instructiebevoegdheden, samenstelling van de raad van bestuur (of indien aanwezig de raad van commissarissen) en de kapitalisering en financiering van de vennootschap. In sommige gevallen is ook de vennootschap zelf partij bij deze overeenkomst.

Bij een BV met twee aandeelhouders wordt de tweepartijen-overeenkomst door de toetreding van de vennootschap een driepartijen-overeenkomst. Deze overeenkomst is door Van Schilfgaarde ook wel de ‘aandeelhoudersovereenkomst-plus’ genoemd.⁴ Deze aandeelhoudersovereenkomst zou geschaard kunnen worden onder de typologie van de meerpartijenovereenkomst. Hijma benadrukt in zijn stuk elders in deze bundel echter dat er niet zoiets bestaat als dé meerpartijenovereenkomst maar dat meerpartijenovereenkomsten een mozaïek van contracten vormen elk met een eigen karakter, waarvan de totaliteit lastig valt te overzien. Hijma onderscheidt vervolgens *tweepartijenovereenkomsten* (meerpartijencontracten die analytisch bezien maar twee partijposities kennen die in het concrete geval door twee of meer personen wordt (worden) ingenomen), *veelpartijenovereenkomsten* (overeenkomsten die weliswaar tussen twee of drie partijen kunnen bestaan, maar naar hun aard geschikt zijn om vele partijen te accommoderen) en *weinigpartijenovereenkomsten* (overeenkomsten die naar hun aard meer dan twee, maar niet veel meer dan twee partijen kennen), met een symmetrisch of asymmetrisch karakter (regelmatige respectievelijk onregelmatige verdeling van regels en verplichtingen). Samoy en Van Loock hanteren in hun artikel in deze bundel een ander onderscheid. Zij categoriseren de meerpartijenovereenkomst in *symmetrische (of bilaterale) meerpartijenovereenkomsten* (unieke rechtsband met aan elke zijde één of verschillende schuldenaren en/of schuldeisers die een gelijke positie innemen of met

eerste worden steeds minder kwesties van vennootschapsrecht beslist met behulp van argumenten die zijn ontleend aan de systematiek van het vennootschapsrecht. De omstandigheden van het geval kleuren de belangenafweging. Ten tweede door het streven het vennootschapsrecht zoveel mogelijk faciliterend in te vullen. Dat kan betekenen dat je in een overeenkomst kan afwijken van dwingende regels van vennootschapsrecht: Zie L. Timmerman, ‘Het krakende gebouw van het vennootschapsrecht’, *TVVS* 1995, nr. 95/7, p. 178-181.

- 3 Zie M.W. den Boogert, ‘Aandeelhouderscontracten en joint-venture-bv’s’, in: L. Timmerman c.s., *Ondernemingsrechtelijke contracten*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen 1991, p. 71-79. Den Boogert betoogt dat bij een samenwerking tussen bestaande ondernemingen die daarvoor de BV-vorm gebruiken de term aandeelhoudersovereenkomst niet de juiste is. Het gaat om afspraken inzake de relatie van partners in de *joint venture* en niet alleen om de verhoudingen tussen de partners als aandeelhouders.
- 4 P. van Schilfgaarde, ‘De opbouw van het vennootschapsrecht’, *WPNR* 2009/6822, p. 961-968.

gelijkgerichte belangen), de *asymmetrische (of complexe) meerpartijenovereenkomsten* (meer dan twee groepen van partijen met tegenstelde of andersgerichte belangen) en de *samenwerkingsovereenkomsten* (alle verbintenissen tussen partijen zijn samen gericht op de realisatie van een gemeenschappelijk project). De aandeelhoudersovereenkomst is gericht op samenwerking tussen de aandeelhouders (samenwerkingsovereenkomst). Deze samenwerking brengt echter – in het bijzonder als de vennootschap partij is bij de overeenkomst – niet per definitie een regelmatige verdeling van rechten en plichten met zich (asymmetrisch/symmetrisch). De aandeelhoudersovereenkomst is naar haar aard geschikt om veel partijen te accommoderen (veelpartijenovereenkomst), echter in besloten verhoudingen zullen dit er niet veel zijn (weinigpartijenovereenkomst). Tegen de achtergrond van de categorieën meerpartijenovereenkomsten van zowel Hijma als Samoy en Van Loock kan de aandeelhoudersovereenkomst bij besloten verhoudingen waarbij de vennootschap partij is, derhalve gezien worden als een ‘hybride meerpartijenovereenkomst’. De aandeelhoudersovereenkomst heeft gegeven de omstandigheden een eigen karakter. Doordat de BV gekozen is als instrument voor de samenwerking begeeft de aandeelhoudersovereenkomst zich ook in een eigen mozaïek van regels die van toepassing kunnen zijn op de vennootschap en haar onderneming en de bij die onderneming betrokken (rechts)personen volgend uit de wet, de statuten en reglementen. Tegen de achtergrond van een persoonsgebonden samenwerking rijst de vraag welke plaats de aandeelhoudersovereenkomst in dat mozaïek heeft en of en op welke wijze de verschillende mozaïekelementen in elkaar grijpen en uiteindelijk een harmonieus geheel vormen. Heeft de toetreding van de vennootschap tot de aandeelhoudersovereenkomst uiteindelijk gevolgen voor de invloed van die overeenkomst op de vennootschappelijke orde? Of is die toetreding niet eens noodzakelijk? In dit artikel staan deze contractuele regelingen van de verhoudingen tussen aandeelhouders en eventueel de vennootschap centraal en bezie ik of en op welke wijze de constructie van de aandeelhoudersovereenkomsten effect sorteert in die vennootschappelijke orde.

2 DE BV

De BV is een rechtspersoon.⁵ In de institutionele opvatting wordt de BV gezien als een van de aandeelhouders vrijstaand (zelfstandig) instituut dat als zodanig kan functioneren en als rechtspersoon kan deelnemen aan het economisch verkeer.⁶ De BV is een zelfstandig juridisch systeem, een instrument ten behoeve van aandeelhouders.⁷ De BV kan daarmee worden onderscheiden van de

5 Artikel 2:3 en 2:175 BW.

6 P. van Schilfgaarde, J. Winter en J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, p. 19.

7 Groene Serie Rechtspersonen, artikel 2:64 BW, aantekening 5a.

personenvennootschappen waarbij de vennoten gezamenlijk de vennootschap vormen. Het onderscheid tussen kapitaalvennootschappen en personenassociaties is niet altijd zo scherp geweest. Voor de invoering van Boek 2 BW was de BV onderdeel van het Wetboek van Koophandel waarin ook de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap waren geregeld. De naamloze vennootschap was zelfs een gekwalificeerde maatschap waarbij de aandeelhouders gezien werden als partners die als contractspartijen de vennootschap beheersten.⁸ Het rechtspersonenrecht is voortgekomen uit het overeenkomstenrecht ten opzichte waarvan het zich gaandeweg min of meer een eigen status heeft verworven.⁹ De contractuele gedachte is bij de invoering van Boek 2 BW verlaten.¹⁰ Bij de kapitaalvennootschappen zijn er voor de vennootschappelijke verhoudingen aparte boven het algemene verbintenissenrecht uitgaande voorzieningen getroffen ten bate van de participanten in de vennootschap.¹¹ In de klassieke opvatting van de institutionele theorie treden de samenwerkende personen na oprichting op de achtergrond, terwijl het door hen gecreëerde samenwerkingsverband op de voorgrond blijft staan.¹² Het institutionele idee met bijbehorend stramien van regels kreeg in Nederland op een gegeven moment een te stevige nadruk.¹³ De vaste vennootschapsstructuur sluit niet aan bij de werkelijkheid waarbij er veelal geen onderscheid is tussen het bestuur en de aandeelhouders en bij de wensen die er in de praktijk leven. Om op een adequate manier te anticiperen op complexe omstandigheden en verhoudingen is flexibiliteit voor de inrichting van de samenwerking vereist. De overheersende institutionele opvatting is met de invoering van de flex-BV enigszins teruggedrongen. De invloed van het algemene verbintenissenrecht op het vennootschapsrecht is met de flexibilisering van het BV-recht weer

8 R.G.J. Nowak en T.P. van Duuren, *Doorwerking van contractenrecht in het vennootschapsrecht* (Preadvis voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 301-345. Zie ook Van Schilfgaarde 2009, p. 961-968.

9 A.L. Mohr, 'Hoe schatplichtig is de vennootschap aan het vrije contractenrecht?', in: *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 32-42.

10 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 11.

11 Timmerman 1991, p. 1-10.

12 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 11, en J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap* (inaugurele rede), Deventer-Antwerpen: N.V. Uitgeversmaatschappij A.E. Kluwer 1964, p. 3 en J.M.M. Maeijer, *Vennootschapsrecht in beweging: leerboek naamloze en besloten vennootschap*, Alphen aan den Rijn: Samson Uitgeverij 1976, p. 1.

13 Vgl. M. Neekilappillai en E. Verheul, "Het recht is intellectueel buitengewoon interessant, maar het gaat om de functie die het vervult in de samenleving": Interview met prof. mr. P. van Schilfgaarde', *Ars Aequi* 2014, p. 146-150. Zie ook voor een heroverweging van de aan de institutionele opvatting toegekende betekenis: M.J.C.G. Raaijmakers, *Naar een Wetboek Ondernemingsrecht* (afscheidscollege 27 november 2009), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 30-33.

toegenomen.¹⁴ Niettemin is de institutionele opvatting wel nodig om een verschijnsel als de eenpersoonsvennootschap te kunnen verklaren. Van verschillende contractspartijen die gezamenlijk een BV in het leven roepen is in dat geval geen sprake, aangezien er maar één aandeelhouder is.¹⁵ De contractuele opvatting wint bij de BV dus weer terrein,¹⁶ waardoor het contrast tussen het geïnstitutionaliseerde karakter van de BV en de samenwerkingsgedachte van de personenvennootschap minder tot uiting komt in de toepasselijke regels. Door de mogelijkheden om via de statuten specifieke wensen en omstandigheden door te laten werken in de vennootschappelijke orde, krijgt de BV een hybride karakter. Bovendien maken de aandeelhouders zoals gezegd gebruik van contractuele afspraken om de samenwerking verder vorm te geven.¹⁷ De toenmalige minister van Justitie heeft tijdens het totstandkomingsproces van het BV-recht gesteld dat er naar verwachting minder behoefte zal zijn aan aanvullende overeenkomsten door de toegelaten mogelijkheden om regelingen in de statuten op te nemen.¹⁸ De indruk bestaat echter dat ook na invoering van de flex-BV de behoefte aan aandeelhoudersovereenkomsten onverminderd bestaat.¹⁹

3 DE WET, STATUTEN EN REGLEMENTEN

In (persoonsgebonden) samenwerkingsvormen kan er een bewuste keuze worden gemaakt voor de BV bijvoorbeeld vanwege de beperking van de aansprakelijkheid of de fiscale consequenties. De rechtspersoonlijkheid van de BV zorgt ervoor dat de BV drager is van civielrechtelijke rechten en verplichtingen. De vennootschap is een autonoom rechtssubject van eigen aard. De samenwerkende betrokkenen zullen na de oprichting van de BV over het algemeen niet opeens heel anders tegen hun samenwerking aankijken.²⁰ De BV is slechts een instrument om het gemeenschappelijke doel te bereiken.²¹ Was de samenwerking eerder veelal gebaseerd op en beheerst door een samen-

14 F.J. Oranje c.s., *Het nieuwe BV-recht voor de praktijk* (Preadvies KNB), Den Haag: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2008, p. 107.

15 Timmerman 1995, p. 178-181. Zie noot 21. Zie ook: Van Schilfgaarde 2009, p. 961-968.

16 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 11.

17 In Boek 2 BW is geen regeling over aandeelhoudersovereenkomsten opgenomen. Wel vindt men verwijzingen naar overeenkomsten tussen aandeelhouders: zoals in artikelen 2:24a lid 1, 2:181 lid 4, 2:330a lid 2, 2:334ee1 lid 2 en 2:333h lid 2 BW.

18 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 6, p. 20.

19 J.M. Blanco Fernández, 'Contractuele verhoudingen tussen aandeelhouders', *WPNR* 2014/7014, p. 239-241.

20 Vgl. G.J.H. van der Sangen, 'Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen', *Tijdschrift SV&V* 2003-1, p. 32-42.

21 J.A.M. ten Berg, 'Statuten versus aandeelhoudersovereenkomsten', in: W. Bosse c.s., *Statuten geen bezwaar* (Preadvies van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie), Den Haag: Koninklijke Vermande 2002, p. 161 – 207.

werkingsovereenkomst eventueel aangevuld met de regels van het personenvennootschapsrecht, door de komst van de BV zullen de dwingende rechtsregels van Boek 2 BW en de statuten van toepassing zijn. In sommige gevallen zullen er ook reglementen zijn opgesteld en van toepassing verklaard. Personen die deel uitmaken van de organisatie van de rechtspersoon zijn ook zonder persoonlijke instemming gebonden aan de organisatieregels die voortvloeien uit de wet en uit de geldig tot stand gekomen statuten, reglementen en besluiten, mits in de bron van die regels niet anders is bepaald en dit gezien de omstandigheden van het geval niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.²² Het is derhalve belangrijk te bezien hoe de structuur en de gelaagdheid van regels die betrekking hebben op de BV werken en wat de mogelijkheden zijn voor een op maat gesneden organisatie. In dat kader bespreek ik kort welke status statuten en reglementen hebben.

3.1 Statuten

De wet geeft geen beschrijving van het begrip statuten. Statuten vormen de wezenlijke en doorgaans op schrift gestelde organisatieregels van de rechtspersoon, ongeacht de benaming ervan.²³ Daarmee bepalen de statuten de identiteit van de rechtspersoon en zorgen zij voor een normering van de rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon. Bij een BV zijn de minimum elementen van de statuten: de naam, de zetel, het doel, het aandelenkapitaal en een regeling van ontstentenis of belet van bestuurders (en, indien aanwezig, commissarissen). De geldingskracht van de statuten is gegeven met het bestaan van de rechtspersoon. De statuten gelden in beginsel ook jegens later toetredende aandeelhouders. Indien de statuten zijn gedeponneerd bij het Handelsregister kunnen zij ook aan derden worden tegengeworpen. Dit kan onder meer betrekking hebben op de goederenrechtelijke effecten van de statuten.²⁴ Deze goederenrechtelijke werking hebben aandeelhoudersovereenkomsten niet. De statuten vormen het eigen *niet-contractuele* rechtsregime van de rechtspersoon.²⁵ Daar waar de wet bepaalt dat de statuten kunnen voorzien in afwijkende of aanvullende regelingen, betekent dit echter niet dat dergelijke regelingen niet contractueel kunnen worden vastgelegd.²⁶ De statuten hebben een zeker objectiefrechtelijk karakter. Bij de uitleg en interpretatie van statutaire bepalingen zijn de bedoelingen van hen die de statuten tot stand brachten,

22 W.J. Slagter/B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 167 en vgl: Hof 's-Gravenhage 29 juni 2010, *JOR* 2011/35 in het kader van een coöperatieve vereniging.

23 Slagter/Assink 2013, p. 169.

24 J.A.M. ten Berg, 'De samenwerking van aandeelhouders ten einde', *WPNR* 2014/7014, p. 257-265.

25 Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 35 en 36.

26 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 15-17.

in beginsel niet van doorslaggevende betekenis.²⁷ Bij *joint-venture* verhoudingen en de persoonsgebonden samenwerking in de BV zal de uitleg echter wel tegen de achtergrond van de bedoelingen van de samenwerkenden dienen plaats te vinden. Het persoonsgebonden karakter van de BV kan namelijk ook tot uiting komen in de statuten. De situatie dat de samenwerking resulteert in op maat gesneden statuten die door de aandeelhouders uit onderhandeld zijn, kan er toe leiden dat de statuten net als aandeelhoudersovereenkomsten volgens de Haviltex-norm uitgelegd dienen te worden.²⁸

3.2 Reglementen

Naast de regels uit Boek 2 BW en de statuten kan de organisatie van de rechtspersoon nader door reglementen worden bepaald. Ook een bepaling over wat er onder een reglement moet worden verstaan, bevat de wet niet. Reglementen worden ook wel omschreven als een samenstel van regels die het functioneren van de rechtspersoon en zijn organen betreffen.²⁹ Zij regelen met name bijkomende praktische en procedurele aangelegenheden van niet-fundamentele aard rond de gang van zaken binnen de organisatie van de rechtspersoon, doorgaans toegesneden op de werkwijze van en de inrichting van het besluitvormingsproces binnen de organen van de rechtspersoon.³⁰

4 BELANGENPLURALISME EN HET KARAKTER VAN DE BV

De wettelijke regels van Boek 2 BW en de statuten zijn er om orde te scheppen in de belangen die samenkomen in de BV en om de gedragingen van bestuurders, commissarissen en betrokkenen bij de BV (al dan niet in verhouding tot elkaar) te beheersen. Deze betrokkenen zijn bijvoorbeeld de aandeelhouders, de werknemers en de schuldeisers van de BV. Al deze partijen hebben een belang dat samenhangt met het bestaan van de BV. Deze belangen kunnen gelijk of samenlopend zijn, maar ook conflicterend. Ook de BV zelf heeft een belang, het vennootschapsbelang. Bestuurders en commissarissen dienen zich bij de uitoefening van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artikelen 2:239 lid 5 BW en 2:250 lid 2 BW). Het is een open norm. Er zijn verschillende opvattingen met betrekking tot de inhoud van het vennootschapsbelang. In het kort gaat het om de volgen-

27 Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 36.

28 Nowak & Van Duuren 2013, p. 301-345.

29 Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 35. Zie ook Slagter/Assink 2013, p. 170 waarin reglementen als volgt worden omschreven: 'Het zijn nader op schrift gestelde organisatie-regels, die (i) een statutaire basis kunnen hebben, (ii) uit dien hoofde verplicht gesteld kunnen worden en (iii) naar inhoud en doelgroep kunnen variëren'.

30 Slagter/Assink 2013, p. 170.

de leren die in de loop der tijd verder zijn geëvolueerd en van waaruit verschillende variaties zijn ontstaan. De resultanteleer heeft als uitgangspunt dat het vennootschapsbelang gelijk is aan de resultante van de afweging van de belangen van hen die bij de vennootschappelijke werkzaamheden zijn betrokken. Wiens belangen afgewogen dienen te worden en het gewicht dat aan de betrokken belangen in de belangenafweging wordt toegekend, hangt af van de omstandigheden van het geval.³¹ De holistische of autonome leer gaat uit van een vennootschappelijk belang dat een eigen vorm en karakter heeft en dat onderscheiden moet worden en geenszins samenvalt met de individuele belangen van de bij de rechtspersoon betrokken personen.³² De vennootschap heeft een eigen belang bij haar gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel.³³ Het vennootschapsbelang lijkt in deze leer en varianten daarop vooral bepaald te worden door het bevorderen van de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming zolang deze zinvol is.³⁴ Het voortbestaan is geen doel op zichzelf, er dient wel uitzicht te zijn op de nodige rentabiliteit.³⁵ Het belang van de vennootschap zou los van de belangen van de betrokkenen bij de vennootschap moeten worden ingevuld aangezien het belang van het geheel meer zou zijn dan een deelbelang. In de perspectivistische benadering, in zekere zin een combinatie van de twee hiervoor genoemde leren, wordt de autonome opvatting als vertrekpunt genomen waarbij het belang van de vennootschap wordt ingevuld in verschillende contexten en de relevante deelbelangen op gepaste wijze in acht worden genomen.³⁶ Er ontstaan dan diverse perspectieven die aanleiding geven tot een verschillende invulling van de norm. Het perspectief van de solvente ondernemende vennootschap leidt tot een vennootschapsbelang dat bestaat uit waardecreatie in brede zin die loopt via gezonde groei van de onderneming over de lange termijn.³⁷ Het behalen van winst is niet het primaire doel maar wel een voorwaarde voor waardecreatie. Een laatste opvatting over het vennootschapsbelang is dat deze norm eigenlijk geschrapt

31 E.J.J. Van der Heijden/W.C.L. Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*: bewerkt door P.J. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013, nr. 231 en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 395. Zie bijvoorbeeld A.F. Verdam, 'Het vennootschappelijk belang méér dan 'enlightened shareholder value', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2013/18, p. 93-101, L. Timmerman (2009), 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/2, p. 4-13.

32 Maeijer 1964, p. 5.

33 Asser-Maeijer 2-III, nr. 293 en M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang mede in concernverband beschouwd* (oratie), Deventer: Kluwer 1989.

34 Mendel 1989, p. 14.

35 Maeijer 1964, p. 6 en 7 en J.M.M. Maeijer, 'Deelrechtsorde, redelijkheid en billijkheid en vennootschappelijk belang', in: *A-T-D* (Opstellen aangeboden aan Prof.mr. P. van Schilfgaarde) Deventer: Kluwer 2000, p. 281-289.

36 Slagter/Assink 2013, p. 945-964 en B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht: over facilitering en regulering van ondernemerschap* (oratie), Deventer: Kluwer 2010, p. 40-44.

37 Assink 2010, p. 41.

zou moeten worden omdat deze onwerkbaar zou zijn en misbruikt zou kunnen worden door bestuurders en commissarissen bij de uitvoering van hun taak.³⁸

Uitgangspunt bij de verhoudingen tussen institutioneel betrokkenen onderling en de vennootschap is dat zij een zorgvuldigheidsverplichting hebben jegens elkaar die wordt ingevuld door de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW).³⁹ Dit houdt in dat men handelend vanuit de eigen belangen sfeer (behartiging van één bepaald belang) rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van andere bij de vennootschap betrokkenen en deze na afweging zonedig ontziet.⁴⁰ De mate waarin betrokkenen hun eigen belangen kunnen nastreven is derhalve begrensd door de redelijkheid en billijkheid. De zorgplicht van de bestuurders en de commissarissen geldt niet alleen jegens degenen die deel uitmaken van de structuur van de vennootschap maar ook jegens externen die dicht bij de vennootschap staan, zoals een schuldeiser.⁴¹ Het bestuur dient met andere woorden bij haar taakuitvoering – waarbij het vennootschapsbelang centraal staat – zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken en moet voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van haar belang met die van anderen ontstaat.⁴² Aandeelhouders staat het in beginsel vrij om hun eigen belang na te streven waarbij de aandeelhouder bij het uitoefenen van het stemrecht (in beginsel) geen rekening hoeft te houden met het vennootschappelijk belang of dat van andere betrokkenen.⁴³ De beperking is zoals voornoemd gelegen in de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid. Bij persoonsgebonden samenwerkingsverbanden zoals *joint venture*-relaties impliceert de samenwerkingsgedachte – het gezamenlijk realiseren van een doel – dat partijen niet vrijelijk alleen hun eigen belang kunnen

38 A.J.A.J. Eijsbouts en B. Kemp, 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *TvoB* 2012-5, p. 120-132.

39 Artikel 2:8 BW spreekt over 'een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken'. Dit wordt de kring van betrokkenen genoemd. Timmerman heeft de volgende invulling gegeven aan het begrip betrokkene in de zin van artikel 2:8 BW: 'een ieder die op grond van de wet of de statuten rechten of plichten heeft die door gedragingen, die zich binnen de sfeer van de rechtspersoon afspelen, rechtstreeks beïnvloed kunnen worden'. Zie: L. Timmerman, *De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW* (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 49.

40 Maeijer 2000, p. 281-289.

41 Maeijer 1964, p. 20 en 21 en Timmerman 2009, p. 4-13.

42 Vgl. HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/296 (Zwagerman I), HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544 (ASMI), HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461 (VEB c.s./KLM) en HR 14 september 2007, *NJ* 2007/610 (Versatel I).

43 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (Wennex), HR 13 november 1959, *NJ* 1960/172 (Distilleerderij Melchers) en HR 19 februari 1960, *NJ* 1960/477 (Aurora).

nastreven.⁴⁴ Van controlerende aandeelhouders mag worden verwacht dat zij in hoge mate rekening houden met het belang van de vennootschap.⁴⁵

In de zaak *Cancun* heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de inhoud van het vennootschapsbelang bij een vennootschap waaraan een onderneming is verbonden. De Hoge Raad oordeelde:⁴⁶

‘Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming.’

In zijn noot bij een van de uitspraken in deze zaak overweegt Van Schilfgaarde dat het niet duidelijk is of de Hoge Raad aansluit bij de resultanteleer of de holistische leer.⁴⁷ Het kan zijn dat de Hoge Raad bedoelt dat in een pluriforme belangenafweging over het algemeen het bestendige succes van de onderneming het resultaat is. Met andere woorden de belangen die in overwegende mate bijdragen aan een bestendig succes van de onderneming wegen het zwaarst in de belangenafweging. Aan de andere kant zou het ook beschouwd kunnen worden als een aansluiting bij de holistische of autonome leer. Het

44 Maeijer 1964 p. 16, Maeijer 2000, p. 281-289 en Van der Sangen 2003, p. 32-42. In het arrest *Versatel* is dit door de Ondernemingskamer als volgt verwoord: ‘ (...) dat de wijze waarop de bij de vennootschap betrokkenen met elkaar om dienen te gaan mede dient te worden beoordeeld tegen de achtergrond van de oorspronkelijke verhoudingen binnen de vennootschap en de wijze waarop de samenwerking tussen de betrokkenen tot stand is gebracht en vorm is gegeven.(...)’ (Hof Amsterdam (OK) 20 mei 1999, NJ 2000/199, r.o. 3.3). ‘Bij die stand van zaken doch ook afgezien daarvan geldt verder dat juist het joint venture karakter van de samenwerking tussen de oorspronkelijke partijen meebrengt dat ook op Cromwilld de verplichting rust naar best vermogen het totstandbrengen van een gemeenschappelijk gedragen beleid te bevorderen, ook al wijken haar inzichten – al of niet op onderdelen – af van de andere partijen bij de joint venture, en staat het haar niet, althans niet zonder meer of steeds vrij in de eerste plaats haar eigen belangen voorop te stellen’ (Hof Amsterdam (OK) 20 mei 1999, NJ 2000, 199, r.o. 3.6.) In rechtsoverweging 3.4. staat het volgende: ‘Cromwilld betoogt onder verwijzing naar onder meer de aandeelhoudersovereenkomst terecht dat zij, hoezeer zij (slechts) minderheidsaandeelhouster is, op grond van die verhoudingen en in samenwerking aanspraak kan maken op een andere gedragslijn van *Versatel* jegens haar dan in het algemeen van een vennootschap jegens minderheidsaandeelhouders en zelfs aandeelhouders in het algemeen gevergd kan worden. Zoals ook *Versatel* heeft aangevoerd heeft de samenwerking tussen de oorspronkelijke partijen het karakter van een joint venture. De daaruit voor Cromwilld voortvloeiende bijzondere aanspraken kunnen aan Cromwilld niet zonder meer ontnomen worden enkel op de grond dat besluitvorming naar regels van vennootschapsrecht in striktere zin op correcte wijze heeft plaatsgevonden.’

45 B.F. Assink, ‘Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur’, in: *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse* (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’), Deventer: Kluwer 2009, p. 109-110.

46 HR 4 april 2014, NJ 2014/286, r.o. 4.2.1.

47 Noot van P. van Schilfgaarde bij HR 4 april 2014, NJ 2014/286.

bestendige succes kan in dat geval volgens van Schilfgaarde gelezen worden als de continuïteit van de vennootschap en haar onderneming. 'Bestendig' duidt op duurzaamheid, stabiliteit of lange termijn. Het begrip vertoont verwantschap met het begrip continuïteit. 'Bestendig succes' lijkt echter meer in te houden dan alleen continuïteit. In het begrip 'succes' zit mijns inziens ook een element van 'slagen' of een 'gunstig resultaat'. Het zou zelfs opgevat kunnen worden als iets dat 'bovengemiddeld' is. Het lijkt echter onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad dit laatste heeft bedoeld. In de visie van Maeijer was het (voort)bestaan van de vennootschap, de continuïteit, niet een doel op zichzelf maar diende er ook de nodige rentabiliteit te zijn. Dit is de financiële indicator die kort gezegd informatie geeft over de winstgevendheid van de onderneming. Met die winstgevendheid kunnen vervolgens verschillende belangen worden gediend. De winstgevendheid kan leiden tot een hogere aandeelhouderswaarde. Maar zij kan – afhankelijk van de bestemming van de winst – ook leiden tot een fijne werkomgeving of een vennootschap die te boek staat als een goed betalende debiteur waar crediteuren graag zaken meedoen. Dit kan dan vervolgens een bepaald effect hebben op de aandeelhouderswaarde. Vanuit de autonome benadering is het niet duidelijk welk(e) belang(en) met dit bestendige succes in hoofdzaak gediend worden, dat is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de beleidskeuzen die in die context prioriteit hebben. De vraag rijst wat in het licht van de autonome benadering de betekenis is van het zinsdeel '*in de regel vooral*' uit de voornoemde overweging van de Hoge Raad. Op welke wijze wordt het vennootschapsbelang in de 'restgevallen' ingevuld en wanneer doet die situatie zich voor? In de perspectivistische benadering wordt het bestendige succes breder getrokken dan continuïteit en winstgevendheid en gaat het (bij de solvente ondernemende vennootschap) om waardecreatie op de lange termijn. Het begrip waarde kan gelijk staan aan een financieel aspect gelieerd aan de aandeelhouder. Waarde kan ook gecreëerd worden door het zijn van een verantwoorde werkgever met een belangrijke positie in de maatschappij. Een plek waar mensen met plezier maatschappelijke bijdragen leveren zonder dat dit per definitie leidt tot een goede of hogere aandeelhouderswaarde. Ook dan kan de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming succesvol en geslaagd zijn. Door de verschillende invulling van het begrip waarde kunnen vervolgens verschillende belangen gediend worden. Het gaat er derhalve om op welke wijze dit bestendige succes wordt ingevuld, in welke gevallen deze regel niet geldt en wat er in dat geval voor in de plaats komt. De Hoge Raad geeft daar geen nadere richting aan.

De Hoge Raad benadrukt dat de omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen bij het bepalen van het vennootschapsbelang. De context, of zo je wilt, het perspectief is belangrijk. Persoonsgebonden of besloten samenwerkingsverbanden gaan gepaard met specifieke karakteristieken en omstandigheden. De vraag komt op of deze omstandigheden een bepaalde invulling van het vennootschapsbelang met zich brengen. In de memorie van toelichting

bij de wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is aandacht besteed aan de relatie tussen specifieke omstandigheden en het vennootschappelijk belang.⁴⁸

‘Bij kleine vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders zal het vennootschappelijke belang dichter liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers en maatschappelijke belangen.’

Naast de omstandigheid van een beperkt aantal aandeelhouders wordt hier ook een andere – en in de context belangrijkere – karakteristiek genoemd, namelijk de omvang van de vennootschap. Het gaat hier om ‘kleine vennootschappen’. Wat daar precies mee bedoeld wordt, is niet duidelijk maar men kan zich daar wel een voorstelling bij maken. Het lijkt hier vooral te gaan om de vraag of er in de gegeven situatie veel andere belangen dan de belangen van de aandeelhouders rondom de vennootschap aanwezig zijn. Bij kleine vennootschappen zal dit over het algemeen niet het geval zijn. Een vennootschap met besloten persoonsgebonden verhoudingen is echter niet per definitie een kleine vennootschap en een vennootschap met een beperkt aantal aandeelhouders is ook niet altijd besloten waarbij er bovendien niet in alle gevallen sprake is van een samenwerking tussen de aandeelhouders. Mijns inziens kan er derhalve in het kader van samenwerkingen tussen een beperkt aantal aandeelhouders en de doorwerking van de aandeelhoudersbelangen in het vennootschappelijk belang bij een persoonsgebonden samenwerkingsverband weinig ontleend worden aan deze passage uit de wetsgeschiedenis.

In de *Cancun* zaak overwoog de Hoge Raad in aanvulling op zijn overweging over het vennootschapsbelang van een vennootschap met een onderneming het volgende over de relatie tussen het vennootschapsbelang en de omstandigheid dat er twee aandeelhouders (vennootschappen) nauw samenwerken in een BV (*joint venture*):⁴⁹

‘Ingeval van een joint venture vennootschap wordt het belang van de vennootschap voorts bepaald door de aard en inhoud van de overeengekomen samenwerking.’

En vervolgens over deze ‘aard en inhoud van de overeengekomen samenwerking’:

‘De aard en inhoud van het samenwerkingsverband in een joint venture-vennootschap waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben, kunnen meebrengen dat (ook) het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders; dit kan meebrengen dat de verhoudin-

48 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 3.

49 HR 4 april 2014, NJ 2014/286, r.o. 4.2.1.

gen tussen de aandeelhouders niet verder mogen veranderen dan in het licht van de omstandigheden geboden is.'

Aanleiding was in casu een wijziging van de (indirecte) belangen van de *joint venture*-partners in de onderneming van de *joint venture*-vennootschap die was ondergebracht in een dochtervennootschap. Door deze wijziging kreeg één van de *joint venture*-partners een groter direct belang in de dochter waarmee het aandeel van de *joint venture*-vennootschap verwaterde. Het wijzigen van de verhoudingen was een gevolg van een initieel *tijdelijke* constructie om te voorkomen dat een verstrekte lening aan de dochter opeisbaar werd en om een additionele financiering te verkrijgen. Partijen hadden geen expliciete afspraken gemaakt over het terugbrengen van de belangen naar de oorspronkelijke verhoudingen na het moment waarop duidelijk was of de financiering wel of niet verkregen zou worden. In de praktijk is het gebruikelijk dat indien dergelijke afspraken gewenst zijn deze in een aandeelhoudersovereenkomst worden vastgelegd. Het nalaten van deze vastlegging kan gezien worden als de afspraak tussen partijen dat de verhoudingen blijvend zouden worden gewijzigd. In dit geval was het echter de bedoeling van partijen dat – nadat er een beslissing was genomen door de financier over de verstrekking van de lening – de oorspronkelijke verhoudingen weer in ere zouden worden hersteld.⁵⁰ De *joint venture*-partner met het grotere belang hield zich echter niet aan deze impliciete afspraken nadat bleek dat de gewenste financiering toch niet zou worden verstrekt door de bank en er onenigheid tussen de partners was ontstaan. Doordat het bestuur van de *joint venture*-vennootschap er niet voor had gezorgd dat de afspraken over de tijdelijkheid goed waren gedocumenteerd (zodat de situatie weer kon worden teruggedraaid naar de initiële verhoudingen) werd de continuïteit van haar onderneming in gevaar gebracht omdat zij daarover de controle kon verliezen waarbij de *joint venture*-vennootschap bovendien niet (langer) een eigen positie kon kiezen die gelet op de ontstane onevenwichtige verhoudingen voldoende onafhankelijk was.⁵¹ Het vennootschapsbelang van de *joint venture*-vennootschap bracht mee dat het bestuur ervoor diende te zorgen dat de belangen weer zodanig over de *joint venture*-partners werden verdeeld dat haar continuïteit niet meer in het gedrang zou komen. Een dergelijke invulling van het vennootschapsbelang bleek in dit geval in lijn te zijn met de afspraken die de *joint venture*-partners (initieel) voor ogen hadden namelijk het in stand houden van evenwichtige verhoudingen.

Betekent dit nu dat – tegen deze achtergrond en op basis van de voornoemde overweging van de Hoge Raad – de afspraken tussen de *joint venture*-partners samen met het bestendige succes het vennootschapsbelang bepalen en dat er daarmee een algemene regel is geformuleerd voor het vennootschaps-

50 Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, r.o. 2.18-2.19, 3.13, 3.14.1-3.14.3 en 3.15.

51 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, r.o. 4.3.

belang bij een *joint venture*-vennootschap? Van een autonome invulling van het vennootschapsbelang is in dat geval geen sprake. Hoe zou hier mee omgegaan dienen te worden? Stel dat de aandeelhoudersafspraken en het bestendige succes elkaar niet bijten en het bestendige succes op verschillende wijzen gerealiseerd kan worden waarbij het volgen van de inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst een van de opties is. Doordat de afspraken het vennootschapsbelang zouden bepalen zou taakuitoefening in lijn met de aandeelhoudersovereenkomst het meest in de rede liggen. Indien bestuurders (of eventueel commissarissen) van een *joint venture*-vennootschap zich hier niet aan houden, zouden de besluiten die niet in lijn zijn genomen met de aandeelhoudersovereenkomst maar tegelijkertijd wel dienend zijn aan het bestendige succes (toch) vernietigd kunnen worden gelet op de aard van de vennootschap. De omstandigheid dat de afspraken tussen aandeelhouders (de aard en inhoud van de samenwerking) een negatief effect hebben op de continuïteit van de *joint venture*-vennootschap leidt tot een interessante situatie. Op welke wijze wordt vennootschapsbelang dan vastgesteld nu de twee bepalende factoren strijdig zijn? Zal er dan een afweging plaatsvinden waarbij ook andere belangen gaan meewegen bij de bepaling van het vennootschapsbelang? De Hoge Raad overweegt dat de aard en de inhoud van het samenwerkingsverband in een *joint venture*-vennootschap waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben 'kunnen meebrengen' dat ook het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen aandeelhouders. Hier lijkt het alsof de Hoge Raad de afspraken over aandelenverhoudingen niet ziet als een bepalende factor bij de vaststelling van het vennootschapsbelang maar dat het streven naar continuïteit in de context van een *joint venture* met zich kan brengen dat de evenwichtige verhoudingen bewaard blijven welke overeenkomt met de afspraken. Het volgen van de afspraken zou derhalve geen gevolg zijn van een samenspel tussen het bestendige succes en de afspraken bij de bepaling van het vennootschappelijk belang, maar een gevolg van de concrete invulling van de taakuitoefening. In een dergelijke benadering zou – indien er verschillende alternatieven zijn via welke de continuïteit gewaarborgd kan worden – het bestuur op basis van de zorgplicht voortvloeiend uit artikel 2:8 BW de afspraken moeten volgen aangezien de aard van de *joint venture* de redelijkheid en billijkheid zou kleuren in het voordeel van de aandeelhouders. Die redelijkheid en billijkheid zouden er vervolgens ook voor kunnen zorgen dat indien de afspraken een negatieve invloed hebben op de continuïteit, het bestuur deze afspraken naast zich neer kan leggen. Ook dat is geen afweging die wordt gemaakt in het kader van de vaststelling van het vennootschapsbelang maar een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid waarbij er een afweging gemaakt wordt tussen de verschillende belangen om de vereiste zorgvuldigheid die het bestuur in acht dient te nemen, vast te stellen. Leijten is van mening dat de Hoge Raad ten onrechte suggereert dat er een inhoudelijk verschil is tussen het vennootschapsbelang van *joint venture*-

vennootschappen en van andere vennootschappen.⁵² Volgens Leijten is er bij *joint venture*-vennootschappen slechts een extra belang dat moet worden meegewogen in de belangenafweging namelijk de aard en inhoud van de samenwerking. Er is volgens hem slechts een verschil tussen hetgeen artikel 2:8 BW in de onderscheiden situaties meebrengt. Dit laatste komt – als ik het goed zie – overeen met mijn overwegingen. Leijten gaat er echter vanuit dat het vennootschapsbelang op basis van een pluriforme belangenafweging wordt bepaald. Hij benadert het vennootschapsbelang derhalve vanuit de resultanteleer. Het is mijns inziens ook mogelijk om het vennootschapsbelang vanuit de autonome leer te bezien waarbij de aard en de inhoud van de samenwerking in een *joint venture* zich via 2:8 BW doen gelden en niet ook via een belangenafweging ter vaststelling van het vennootschapsbelang. De afspraken kleuren in dat geval dus niet het vennootschapsbelang in, maar hetgeen de redelijkheid en billijkheid gegeven de context van een persoonsgebonden samenwerkingsvorm vergen. Huizink is van mening dat de uiteindelijke norminstructie van het bestuur dan ook niet het vennootschapsbelang dient te zijn maar de redelijkheid en billijkheid aangezien je daarmee onder andere in *joint venture*-verhoudingen beter aansluit bij de praktijk en zij uiteindelijk voor zowel de institutioneel betrokkenen als de rechter voldoende houvast biedt.⁵³ Voordat ik nader inga op de vraag of de Hoge Raad in de *Cancun* zaak doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten heeft aangenomen (of in andere bewoordingen vennootschapsrechtelijke werking aan aandeelhoudersovereenkomsten heeft toegekend) zal ik eerst nader ingaan op wat ik onder vennootschapsrechtelijke werking versta, waarna ik terug kom op de overwegingen van de Hoge Raad.

5 WERKING VAN WETTELIJKE REGELS, DE STATUTEN EN AANDEELHOUDERSOVEREENKOMSTEN

De wettelijke bepalingen van Boek 2 BW en de statuten hebben vennootschapsrechtelijke werking. Dit wil zeggen dat: (1) een besluit van een orgaan van de BV nietig of vernietigbaar is als het in strijd met de wet of de statuten is genomen (invloed op de geldigheid van de besluitvorming), (2) dat er bij handelen door aandeelhouders in strijd met de wet of de statuten een sanctie kan worden opgelegd door intrekking van aandeelhoudersrechten (invloed op de aandeelhoudersrechten) en (3) dat de voorschriften verbindend zijn zonder dat ze uitdrukkelijk aanvaard hoeven te zijn door de betrokkenen

52 A.F.J.A. Leijten, 'Ondernemingsrecht: Hoge Raad (Civiele kamer) 4 april 2014, nr. 12/04946 m.nt. A.F.J.A. Leijten', *Ondernemingsrecht* 2014/101, p. 521-526.

53 J.B. Huizink, 'Het belang van de vennootschap en daarmee verbonden onderneming: te ver doorgeschoten?', *WPNR* 2013/6982, p. 535-537.

(gebondenheid).⁵⁴ Redenen om deze werking aan de wet en de statuten toe te kennen zijn bescherming van de aandeelhouders, kenbaarheid/openbaarheid van deze regels en bescherming van derden zoals crediteuren en rechtszekerheid.⁵⁵

De hiervoor beschreven vennootschapsrechtelijke werking is niet bij wet aan aandeelhoudersovereenkomsten toegekend. Dit betekent allereerst dat een aandeelhoudersovereenkomst in beginsel niet bindend is zonder dat deze is aanvaard. Een aandeelhouder zal niet automatisch gebonden zijn aan de overeenkomst op grond van zijn of haar aandeelhouderschap. Aangezien het voor de uitvoering van de overeenkomst in bepaalde gevallen noodzakelijk is dat de vennootschap meewerkt, is het van belang ook de positie van de vennootschap te bezien. De vraag rijst of ook voor de vennootschap geldt dat er pas gebondenheid ontstaat als deze partij is bij de overeenkomst en of het hierbij verschil maakt of alle aandeelhouders partij zijn bij de overeenkomst of slechts een gedeelte daarvan. Ten tweede betekent het ontbreken van vennootschapsrechtelijke werking dat er in beginsel niet automatisch vennootschapsrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd aan aandeelhouders die partij zijn bij de overeenkomst en daaronder wanprestatie plegen. Sinds de invoering van de flex-BV bestaat echter de mogelijkheid om in de statuten op te nemen dat deze wanprestatie kan worden gesanctioneerd met vennootschapsrechtelijke maatregelen. In de memorie van toelichting bij de invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht staat hierover het volgende:⁵⁶

‘Maar dat staat er niet aan in de weg dat de statuten kunnen bepalen dat niet-naleving van een aandeelhoudersovereenkomst, wordt gesanctioneerd met de opschorting van aandeelhoudersrechten van de partijen bij de overeenkomst.’

De vraag naar de gebondenheid van de aandeelhouders en de vennootschap aan de aandeelhoudersovereenkomst bij de eigen besluitvorming en de vraag naar de invloed van de aandeelhoudersovereenkomst op de geldigheid van de besluitvorming door de algemene vergadering en de raad van bestuur (en eventueel de raad van commissarissen) hangen nauw met elkaar samen. Kan de aandeelhoudersovereenkomst ertoe leiden dat besluitvorming vernietigbaar is en zo ja is het dan een vereiste dat de vennootschap partij is bij de overeenkomst? Hoe verhoudt de aandeelhoudersovereenkomst zich tot de wet, statuten en reglementen indien deze verschillen vertonen aangaande dezelfde aangelegenheden en er besluiten worden genomen? Wat gebeurt er bijvoorbeeld als de aandeelhoudersovereenkomst aanvullende voorwaarden stelt en er een besluit in strijd met deze voorwaarden wordt genomen? Die vragen zijn niet

54 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 3.

55 Zie het artikel van P.P. de Vries, ‘Statuten en incorporation by reference’, *WPNR* 2014/7014, p. 250-256, waarin deze redenen worden besproken.

56 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 4.

steeds gemakkelijk te beantwoorden. In het navolgende zal ik hier nader op ingaan rekening houdend met de beperkte ruimte die deze bijdrage biedt. Ik ga eerst in op de situatie van de doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten op besluiten waarbij ik uitga van de situatie dat alle aandeelhouders en de vennootschap partij zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst. Daarna ga ik in op de vraag of de vennootschap wel of niet partij dient te zijn om vennootschapsrechtelijke werking aan de aandeelhoudersovereenkomst toe te kennen.

5.1 Boek 2 BW

Overeenkomsten zijn rechtshandelingen waarvoor artikel 3:40 BW geldt. Rechtshandelingen in strijd met dwingend recht zijn nietig dan wel vernietigbaar, tenzij uit de strekking van de desbetreffende bepaling anders voortvloeit. Uitgangspunt van Boek 2 BW is dat het slechts is toegestaan van de bepalingen van Boek 2 BW af te wijken voor zover dat uit de wet blijkt (artikel 2:25 BW). De reikwijdte van artikel 2:25 BW staat en valt derhalve met de dwingende kracht van de bepalingen zelf.⁵⁷ Boek 2 BW bestaat enerzijds uit gesloten normen welke specifieke richting geven aan wat wel of niet mag, anderzijds uit open normen zoals de redelijkheid en billijkheid en de beginselen van verantwoord ondernemerschap. Sommige bepalingen bevatten zelf een sanctie (bijvoorbeeld nietigheid of vernietigbaarheid van rechtshandelingen)⁵⁸ en van andere bepalingen mag naar de aard niet worden afgeweken zoals artikel 2:8 BW. Deze vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid kan er in sommige gevallen voor zorgen dat – hoewel een bepaalde rechtshandeling in lijn is met de wettelijke regels – de rechtshandeling toch ongeoorloofd is. Omgekeerd kan ook. Op het moment dat met een rechtshandeling een wettelijke regel uit Boek 2 BW wordt geschonden, kan deze toch geoorloofd zijn. Een voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad inzake de Verenigde Bootlieden.⁵⁹ Uit dit arrest volgt dat indien voor de schending van de wetsbepaling een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden gevonden, de schending op grond van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW kan worden toegestaan. Een besluit waardoor externe belangen onevenredig worden geschaad kan in strijd zijn met de openbare orde.⁶⁰ Het Nederlandse recht

57 H.J. de Kluiver en M. Meinema, 'Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aanvulling', *WPNR* 2002/6503, p. 648-659.

58 Zie voor een mooi overzicht van sancties in het vennootschapsrecht het artikel van: H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, 'De tanden van het vennootschapsrecht; een eerste verkenning van het sanctiearsenaal', *RM Themis* 2012-2, p. 51-73.

59 HR 31 december 1993, *NJ* 1994/436.

60 Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, p. 310.

biedt weinig helderheid met betrekking tot de vraag of en in hoeverre contractuele afspraken wel of niet door de beugel van het wettelijk systeem kunnen.⁶¹

Indien een bepaling uit de aandeelhoudersovereenkomst in strijd is met Boek 2 BW kan dit onder omstandigheden leiden tot nietigheid van de overeenkomst.⁶² Maar ook vernietiging zou een mogelijkheid kunnen zijn. Het hangt af van de dwingendrechtelijke wetsbepaling of er sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid. De Hoge Raad heeft in diverse arresten geoordeeld over de geldigheid van aandeelhoudersovereenkomsten in het bijzonder die betrekking hebben op het stemrecht. De Hoge Raad achtte deze overeenkomsten geldig voor zover zij niet op een wijze of onder omstandigheden worden aangegaan waardoor de overeenkomst tot maatschappelijk onbetamelijke gevolgen leidt.⁶³ Dit kan het geval zijn als de overeenkomsten de werking van dwingende regels van vennootschapsrecht inhoudelijk en duurzaam frustreren.⁶⁴ De overeenkomst is dan nietig. Een voorbeeld hiervan is de overeenkomst over het uitoefenen van stemrecht tussen de aandeelhouder en de vennootschap. Een dergelijke overeenkomst is nietig wegens strijd met de openbare orde omdat de vennootschap geen zeggenschap behoort te hebben over de wijze waarop de aandeelhouders stemrecht uitoefenen.⁶⁵ De aandeelhouder heeft een vrije stem. Geldige stemovereenkomsten hadden volgens de Hoge Raad echter vennootschapsrechtelijk geen gevolgen. Dit wil zeggen dat een stem die is uitgebracht in strijd met de contractuele afspraken desalniettemin een geldige stem is. In dat geval zal er volgens de Hoge Raad wel sprake zijn van wanprestatie maar die speelt zich volgens de Hoge Raad buiten het vennootschapsrecht af. De wisselwerking tussen overeenkomsten en het vennootschapsrecht is in de praktijk echter niet zo zwart-wit. Het vrije stemrecht blijkt bij de werkelijke gang van zaken niet zo vrij als de Hoge Raad het doet voorkomen vanwege de regelingen opgenomen in de aandeelhoudersovereenkomsten zoals stringente boetebedingen en schadevergoedingsregelin-

61 De Kluiver & Meinema 2002, p. 648-659.

62 Er zijn twee beperkingen. Allereerst is er slechts sprake van nietigheid als de wetsbepaling de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Bovendien leidt een wetsbepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van één partij bij een rechtshandeling slechts tot vernietigbaarheid, tenzij uit de strekking van de wetsbepaling toch nietigheid voortvloeit.

63 HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (Wennex): '(...) dat toch den aandeelhouder ener N.V. (...) ook vrij staat zich ten aanzien van de uitoefening van zijn stemrecht ter algemene vergadering contractueel jegens anderen te binden, mits dit niet geschiede op een wijze of onder omstandigheden, waardoor de overeenkomst tot maatschappelijk onbetamelijke gevolgen zou leiden.' Alsook: HR 13 november 1959, NJ 1960/172 (Distilleerderij Melchers) en HR 19 februari 1960, NJ 1960/477 (Aurora).

64 Timmerman 1995, p. 178-181, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 386, Groene Serie Rechtspersonen, artikel 2:188 BW, aant. 5 en Van der Heijden/Van der Grinten, bewerkt door Dortmund 2013, nr. 217.1, p. 436.

65 Van der Heijden/Van der Grinten, bewerkt door Dortmund 2013, nr. 217.1, p. 438.

gen.⁶⁶ De schending van de overeenkomst heeft dan mogelijk vennootschapsrechtelijke gevolgen, in die zin dat de andere aandeelhouders de wanprestant ertoe kunnen dwingen om zich ook in de rechtssfeer van de vennootschap aan de gemaakte afspraken te houden. Indien een partij bij de aandeelhoudersvergadering een verplichting die voortvloeit uit een aandeelhoudersovereenkomst niet nakomt, kan het zijn dat deze aandeelhouder toch geen wanprestatie pleegt. Dit is bijvoorbeeld het geval indien het opvolgen van de verplichting (bijvoorbeeld het uitbrengen van een stem conform de overeenkomst) ertoe leidt dat een onoorbaar besluit wordt genomen. Dan is er een niet-gebondenheid op grond van artikel 6:2 lid 2 BW door strijd met de redelijkheid en billijkheid. Maar ook via de beperkende werking van artikel 2:8 BW is dit aangenomen. In een procedure uit 2012 (*Vanka-Kawat*) benadrukte de rechtbank Den Haag dat aandeelhouders de bevoegdheid hebben om hun aandeelhoudersbelang in de vennootschap te dienen door stemovereenkomsten aan te gaan en sluit daarmee aan bij voornoemde lijn van de Hoge Raad. Dat dit aandeelhoudersbelang niet altijd parallel loopt met het vennootschappelijk belang kan niet af doen aan de houdbaarheid van de aandeelhoudersovereenkomst. Dat neemt volgens de rechtbank echter niet weg dat zich bijzondere omstandigheden kunnen voordoen die ertoe kunnen leiden dat van een aandeelhouder op de voet van artikel 2:8 lid 2 BW geen onverkorte nakoming van een aandeelhoudersovereenkomst verlangd zal kunnen worden. Dat zal zich kunnen voordoen als het belang van de vennootschap of bij de vennootschap betrokken belanghebbenden door onverkorte naleving van de overeenkomst, afgezet tegen het gediende aandeelhoudersbelang, in onaanvaardbare mate geschaad wordt.⁶⁷

In *Vanka-Kawat*-zaak oordeelde de rechtbank Den Haag ook over de invloed van de afspraken opgenomen in een aandeelhoudersovereenkomst op de besluitvorming. In de aandeelhoudersovereenkomst was opgenomen dat de statutaire winstverdelingsafspraken van de betreffende familievennootschap niet gewijzigd mochten worden zolang een bepaalde bestuurder aan de vennootschap verbonden zou zijn of de bestuurder zijn functie zou verliezen op initiatief van de vennootschap.⁶⁸ In strijd met deze afspraken wordt de statutaire winstverdeling toch gewijzigd en worden in het kader daarvan besluiten genomen door de algemene vergadering en de raad van commissarissen. De rechtbank oordeelde dat onder de omstandigheden van het geval waarbij de enige twee aandeelhouders en de vennootschap zelf door de aandeelhoudersovereenkomst waren gebonden, moest worden uitgegaan van de vennootschapsrechtelijke werking van de aandeelhoudersovereenkomst⁶⁹ welke door

66 Mohr 1997, p. 32-42.

67 In casu was van dergelijke omstandigheden echter geen sprake: Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), r.o. 4.16.

68 Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), r.o. 4.11.

69 Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), r.o. 4.10.

de rechtbank is omschreven als de situatie waarin 'een AVA-besluit op grond van artikel 15 lid 1 aanhef en onder b. BW vernietigbaar is zover het in strijd met deze overeenkomst is genomen.'⁷⁰ De rechtbank oordeelde bovendien dat de commissaris van de vennootschap bij de uitoefening van zijn taak rekening diende te houden met de inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst en daar alleen onder bijzondere omstandigheden van mocht afwijken. Dit was een gevolg van het karakter van de besloten familievennootschap waarbij – hoewel daartoe geen verplichting bestond – een raad van commissarissen was ingesteld en het volledige aandelenkapitaal (indirect) in handen was van een vader en schoonzoon. De commissaris diende zijn rol in overeenstemming met de aandeelhoudersovereenkomst uit te oefenen zolang niet evident sprake zou zijn van strijd met het vennootschappelijk belang.⁷¹ De besluiten van de algemene vergadering en van de raad van commissarissen die in strijd werden genomen met de aandeelhoudersovereenkomst waren volgens de rechtbank in beginsel vernietigbaar op grond van artikel 2:8 BW. De rechtbank heeft derhalve in deze zaak de vennootschappelijke werking (wat betreft de invloed op de besluitvorming) via de redelijkheid en billijkheid aan de aandeelhoudersovereenkomst toegekend in het geval dat de aandeelhoudersovereenkomst in lijn is met het vennootschappelijk belang. Ook hier is het echter niet duidelijk welke wijze de rechtbank hanteert voor het bepalen van het vennootschappelijk belang.

De eerste mogelijkheid is dat de rechtbank uitgaat van een autonoom vennootschappelijk belang dat niet ingekleurd wordt door de aandeelhoudersovereenkomst. De belangen van de aandeelhouders neergelegd in de aandeelhoudersovereenkomst en het vennootschapsbelang lopen parallel en zij zijn niet verweven. Doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst geschiedt 'rechtstreeks' via artikel 2:8 BW en niet eerst via het vennootschapsbelang en vervolgens via artikel 2:8 BW. Het zou ook kunnen betekenen dat de belangen van de aandeelhouders die zijn neergelegd in een aandeelhoudersovereenkomst worden meegewogen bij de bepaling van het vennootschappelijk belang en dat de uitkomst van de afweging in lijn is met de afspraken uit de aandeelhoudersovereenkomst, zodat er geen strijd is tussen de aandeelhoudersovereenkomst en het vennootschapsbelang. Er is dan wel sprake van verwevenheid van de aandeelhoudersovereenkomst in het vennootschappelijk belang en de doorwerking geschiedt vervolgens via artikel 2:8 BW. In deze benadering kan het echter met een ander feitencomplex dan in de *Vanka-Kawat*-zaak zo zijn dat de belangen van de samenwerkenden meewegen in de belangenafweging ter bepaling van het vennootschappelijk belang, maar dat andere belangen in deze afweging een doorslaggevende betekenis kunnen hebben en dat die uitkomst van het vennootschappelijk belang vervolgens strijd kan opleveren met de aandeelhoudersovereenkomst. Zou het vennootschappelijk belang dan

70 Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), r.o. 4.6.

71 Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), r.o. 4.18.

vervolgens via 2:8 BW gecorrigeerd kunnen worden vanwege het karakter van de samenwerking en de aard van de vennootschap? Dat laatste lijkt niet logisch nu de rechtbank lijkt te suggereren dat doorwerking slechts redelijk en billijk is indien de aandeelhoudersovereenkomst niet strijdig is met het vennootschapsbelang. In de *Cancun*-zaak ging het niet specifiek over geldigheid van bestuurlijke besluitvorming maar om het nalaten van het bestuur om gegeven de situatie op een bepaalde wijze te handelen. Dat kan – zoals hiervoor uiteengezet – worden benaderd vanuit hetgeen het vennootschapsbelang vereist of hetgeen artikel 2:8 BW vereist bij de taakuitoefening in het kader van het vennootschappelijk belang. Volgens Van Schilfgaarde is door de Hoge Raad in de *Cancun*-zaak vennootschapsrechtelijke werking toegekend aan een aandeelhoudersovereenkomst, waarbij hij verwijst naar de rechtsoverweging waarin de Hoge Raad verklaart dat bij een *joint venture*-vennootschap *het belang van de vennootschap voorts wordt bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking*.⁷² Derhalve gaat Van Schilfgaarde uit van doorwerking via het vennootschapsbelang. In tegenstelling tot Van Schilfgaarde is Leijten van mening dat de uitspraak van de Hoge Raad niet, of slechts in zeer verwijderd verband, over het doorwerkingsvraagstuk gaat.⁷³ Daarbij benadrukt hij dat het veeleer gaat om de contextuele toetsing aan artikel 2:8 BW waarbij de aard en inhoud van de samenwerking een rol spelen dan dat het gaat om doorwerking van (specifieke bepalingen van) aandeelhoudersovereenkomsten. Ook Leijten trekt zijn conclusie over de vraag of er sprake is van doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst in het kader van de bepaling van het vennootschapsbelang. Dat neemt niet weg dat de afspraken tussen aandeelhouders ook via artikel 2:8 BW kunnen doorwerken zonder dat zij verweven zijn in het vennootschapsbelang en derhalve invloed kunnen hebben op de taakuitoefening. Nu de Hoge Raad echter heeft overwogen dat *het belang van de vennootschap voorts wordt bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking in plaats de overweging te richten op het handelen van het bestuur welke ook zou kunnen duiden op invloed van artikel 2:8 BW op de taakuitoefening*, ben ik het met Leijten eens dat deze uitspraak geen uitsluitel geeft over doorwerking van aandeelhoudersafspraken.

5.2 Statuten

De heersende opvatting is dat een orgaan van de rechtspersoon niet bij besluit van de statuten kan afwijken, zelfs al wordt het besluit unaniem genomen in aanwezigheid van alle leden van het orgaan.⁷⁴ Indien het besluit alsnog

72 Noot van P. van Schilfgaarde bij HR 4 april 2014, NJ 2014/286.

73 Leijten 2014, p. 521-526.

74 HR 8 april 1938, NJ 1938/1076 en HR 16 juni 1944, NJ 1944/443.

wordt genomen zal er sprake zijn van nietigheid van het besluit in verband met strijd met de statuten. Het opzij zetten van een statutaire regel kan echter geschieden indien de omstandigheden van het geval ertoe nopen dat een statutaire regeling niet gerechtvaardigd is op grond van het vennootschappelijk belang.⁷⁵ Het opzij zetten van een statutaire regeling zou zich ook voor kunnen doen wanneer de naleving van de statutaire bepaling zinledig is.⁷⁶ In de lagere rechtspraak is uitgemaakt dat een van de statuten afwijkende bepaling in een aandeelhoudersovereenkomst geldig kan zijn.⁷⁷ In deze zaak waren de aandeelhouders in een aandeelhoudersovereenkomst een unanimitetseis overeengekomen voor het besluit tot verkoop van een deelneming, terwijl de statuten een tweederde meerderheid vereisten. De rechtbank overweegt dat het in beginsel geoorloofd is met de contractuele afspraak af te wijken van het bepaalde in de statuten.⁷⁸ In een recent vonnis van de rechtbank Amsterdam van 16 januari 2014 acht de rechtbank het geoorloofd dat een aandeelhoudersovereenkomst een ontslagregeling (unanimitetseis) bevatte die in strijd was met de specifiek voorgeschreven statutaire beperking van de ontslagregeling van artikel 2:244 lid 2 BW (maximaal tweederden meerderheid).⁷⁹ Het bovenstaande leidt tot de paradoxale situatie dat een afspraak in een aandeelhoudersovereenkomst met dezelfde inhoud als het unanieme aandeelhoudersbesluit welke geen werking heeft, dus wel stand houdt.⁸⁰

De vraag rijst of een bepaling die inhoudt dat als er een discrepantie bestaat tussen de statuten en/of reglement enerzijds en aandeelhoudersovereenkomst anderzijds deze laatste prevaleert, tot gevolg heeft dat deze bepaling invloed heeft op de besluitvorming binnen de vennootschap. In een zaak bij de rechtbank Midden-Nederland oordeelde de rechtbank als volgt:⁸¹

‘Het in de aandeelhoudersovereenkomst opnemen van een bepaling (artikel 16) die inhoudt dat de aandeelhoudersovereenkomst prevaleert boven de statuten van de vennootschap, maakt de regeling van artikel 9.16 nog geen onderdeel van de statuten en is daarom ook geen grond om de inhoud van deze bepaling in het kader van de uitvoering van de statuten aan de vennootschap tegen te werpen.’

Quist acht in zijn noot bij de uitspraak de prevaleringsbepaling van belang voor de uitleg van de aandeelhoudersovereenkomst. De bepaling benadrukt

75 HR 9 juli 1990, NJ 1991/51 (*Sluis*).

76 J.M. Blanco Fernández, ‘Rechtmatigheidsgrenzen van stemovereenkomsten’, *WPNR* 2005/6626, p. 514-520. Als voorbeeld wordt genoemd de situatie waarin bij een eenpersoonsvennootschap een statutaire bepaling voorschrijft dat in een algemene vergadering met gesloten briefjes wordt gestemd.

77 Rb. Middelburg 14 april 1998, *JOR* 2000/25 (VenV/Sandieson).

78 Rb. Middelburg 14 april 1998, *JOR* 2000/25 (VenV/Sandieson), r.o. 3.1.1.

79 Rb. Amsterdam 16 januari 2014, *JIN* 2014/89, (*Kekk/Delfino*).

80 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 321.

81 Rb. Midden-Nederland zp Utrecht 16 januari 2014, *JOR* 2014/5, r.o. 3.10.

volgens hem het gewicht dat partijen aan het in de overeenkomst bepaalde willen toekennen, hetgeen een rol kan spelen bij de uitleg van de overeenkomst en zelfs de redelijkheid en billijkheid tussen partijen kan kleuren.⁸² Dat zou betekenen dat de overeenkomst vanwege de prevaleringsbepaling via artikel 2:8 BW alsnog kan prevaleren boven de statuten aangezien de statutaire regelingen opzij gezet kunnen worden door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hetzelfde resultaat wordt dan via een omweg bereikt, echter dient er wel een redelijkheidstoets te worden gedaan. Nowak acht het wenselijk dat de prevaleringsbepaling die standaard in aandeelhoudersovereenkomsten wordt opgenomen ook in de statuten kan worden neergelegd waardoor de bepaling ook direct vennootschapsrechtelijke werking krijgt.⁸³

6 VENNOOTSCHAP ALS PARTIJ BIJ DE AANDEELHOUDERSOVEREENKOMST

Een belangrijke vraag is of er sprake moet zijn van een 'aandeelhoudersovereenkomst-plus' om uiteindelijk een doorwerking van de overeenkomst in de vennootschappelijke orde te bewerkstelligen. Dient de vennootschap partij te zijn? Meer in het bijzonder: dient de vennootschap ook daadwerkelijk de aandeelhoudersovereenkomst ondertekend te hebben als er sprake is van een schriftelijke aandeelhoudersovereenkomst? Zou het voldoende zijn dat de vennootschap blijkend uit gedragingen de schriftelijke aandeelhoudersovereenkomst heeft aanvaard? Met andere woorden in welke gevallen is de vennootschap aan de overeenkomst gebonden met als gevolg dat deze overeenkomst invloed heeft op de geldigheid van de besluitvorming? Daarbij is het van belang een onderscheid te maken tussen de invloed van de aandeelhoudersovereenkomst op de besluitvorming van de raad van bestuur (en eventueel de raad van commissarissen) en de besluitvorming van de algemene vergadering.

Een obligatoire overeenkomst bindt in beginsel alleen partijen. Een ondernemingsrechtelijke uitspraak in lijn met dit uitgangspunt is een recente uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht. De rechtbank oordeelde dat een prijsberekeningsmethode die in de aandeelhoudersovereenkomst was opgenomen niet aan de vennootschap kon worden tegengeworpen omdat de vennootschap geen partij bij de overeenkomst was.⁸⁴ In casu ging het derhalve om besluitvorming van de raad van bestuur. Ook de rechtbank Rotterdam hanteerde eenzelfde opvatting.⁸⁵ In deze zaak ging het om een

82 Noot P. Quist bij Rb. Midden-Nederland zp Utrecht 16 januari 2014, *JOR* 2014/5, punt 14.

83 R.G.J. Nowak, 'Rechtsgeldigheid en doorwerking van buitenstatutaire governance-afspraken', *WPNR* 2014/7014, p. 242-249.

84 Rb. Midden-Nederland zp Utrecht 16 januari 2014, *JOR* 2014/5, r.o. 3.10. Een bepaling in de aandeelhoudersovereenkomst die inhoudt dat deze voorrang heeft boven de statuten doet hier volgens de rechtbank niets aan af.

85 Rb. Rotterdam 27 oktober 2010, *RO* 2011/14.

BV met een meerderheidsaandeelhouder (80%) en de minderheidsaandeelhouder 'GS' (20%). De bestuurders X en Y van de meerderheidsaandeelhouder waren tevens bestuurders van de BV. Ten behoeve van de samenwerking werd een aandeelhoudersovereenkomst opgesteld met als contractspartijen de meerderheidsaandeelhouder (ondertekend door Y) en GS. In de aandeelhoudersovereenkomst was opgenomen dat bepaalde besluiten van de algemene vergadering de instemming vereisten van *alle* aandeelhouders en bepaalde besluiten van het bestuur de goedkeuring van *alle* aandeelhouders. Er werden besluiten genomen over de wijziging van statuten inhoudende een wijziging van een winstverdelingsregeling, over het voorstel tot wijziging van beloningsregeling van de bestuurders en over de vaststelling van jaarcijfers. Volgens de aandeelhoudersovereenkomst dienden deze besluiten met unanimitie genomen te worden. Dat was niet gebeurd. De meerderheidsaandeelhouder stemde telkens voor en GS steeds tegen. De voorzitter stelde echter vast dat de voorstellen waren aangenomen en door de vennootschap als rechtsgeldig werden beschouwd. GS meende dat de besluiten nietig waren althans vernietigd dienden te worden aangezien de besluiten in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst waren genomen en vorderde dat de vennootschap de aandeelhoudersovereenkomst diende na te komen. Zowel de meerderheidsaandeelhouder als de vennootschap waren volgens GS gebonden aan de overeenkomst: de vennootschap of als contractspartij nu zij ook met die overeenkomst had ingestemd, of omdat de inhoud formeel aan haar was meegedeeld bij wijze van instructie van de aandeelhouders zoals bedoeld in de statuten en artikel 2:239 BW en de vennootschap zich vervolgens geruime tijd dienovereenkomstig heeft gedragen. De rechtbank overwoog als volgt:⁸⁶

'Ter beoordeling staat of de Vennootschap is gebonden aan een bepaling in de aandeelhoudersovereenkomst die betrekking heeft op het vetorecht van GS. De Vennootschap behoort niet tot degenen die in de kop van die overeenkomst als contractspartijen zijn genoemd. Als contractspartijen staan slechts gedaagde sub 2 en GS vermeld. Dat Y de overeenkomst heeft ondertekend, bindt de Vennootschap ook niet, omdat hij blijkens de vermelding bij zijn handtekening heeft getekend

86 'De Vennootschap is ook niet gebonden aan de overeenkomst op grond van de wettelijke en statutaire instructiebevoegdheid van de aandeelhouder en de kennisgeving van de overeenkomst aan het bestuur van de Vennootschap. Daaraan staat in de weg dat het er hier niet om gaat dat de aandeelhoudersovereenkomst bepaalde bestuursbesluiten noemt die onderworpen zijn aan instemming van de aandeelhouder, maar dat het gaat om het vetorecht van een van de aandeelhouders ten aanzien van die besluiten. Voor gebondenheid van de Vennootschap aan dat vetorecht op grond van de instructiebevoegdheid van de aandeelhouder zou de instructie moeten inhouden dat de Vennootschap zich ervan zou moeten vergewissen of haar aandeelhouders dat vetorecht respecteren. Mede gelet op de ongebruikbaarheid van een dergelijke instructie zou, om aan te nemen dat deze is gegeven, een meer expliciete bewoording vereist zijn. Nu naar voorlopig oordeel de Vennootschap niet aan de aandeelhoudersovereenkomst is gebonden, zal de vordering tegen haar worden afgewezen.' Rb. Rotterdam 27 oktober 2010, RO 2011/14, r.o. 5.11-5.13.

namens gedaagde sub 2. Dat hij daarnaast ook, en volledig bevoegd, bestuurder was en is van de Vennootschap, maakt niet dat door deze wijze van ondertekening ook de Vennootschap verbintenissen op zich heeft genomen. Dat de overeenkomst ter kennis van de Vennootschap is gebracht en zij zich geruime tijd dienovereenkomstig heeft gedragen brengt niet mee dat zij als contractspartij of als derde eigen verplichtingen op zich heeft genomen.'

De rechtbank Den Haag oordeelde in de zaak *Vanka/Kawat* echter dat indien de aandeelhouders en de vennootschap zich gebonden achten aan de overeenkomst, ongeacht of zij deze ook daadwerkelijk hebben ondertekend, van de gebondenheid moet worden uitgegaan.⁸⁷ Uit het voorblad en de inhoud van de overeenkomst kan blijken dat de afspraken toch bindend zijn voor partijen die de overeenkomst niet hebben getekend (in hoedanigheid) als (vertegenwoordiger van een) partij maar wel als (vertegenwoordiger van een) andere partij.⁸⁸

In de zaak *Chipshol/NV Landinvest*⁸⁹ wilde een aandeelhouder zich verzetten tegen een op grond van de wet en de statuten geldig genomen benoemingsbesluit. Zij spreekt de vennootschap aan op grond van onrechtmatig daad omdat de vennootschap zich niet voldoende had ingespannen om ervoor te zorgen dat de gevolgen van de niet-nakoming door een van de partijen bij de aandeelhoudersovereenkomst ongedaan werden gemaakt. Hoewel de vennootschap geen contractspartij bij de aandeelhoudersovereenkomst was, diende zij er volgens de Hoge Raad wel voor te zorgen dat de contractuele afspraken tussen de aandeelhouders over de benoeming nagekomen zouden worden en had zij het ontslagbesluit moeten agenderen.⁹⁰ Om dit te kunnen doen moet de vennootschap wel op de hoogte zijn geweest van de afspraken die de aandeelhouders onderling hadden gemaakt.

In de rechtspraak lijkt op het lagere niveau de opvatting te bestaan dat ook bij persoonsgebonden samenwerkingsverbanden de vennootschap als een los van de aandeelhouders staande entiteit gezien dient te worden. Voor de gebondenheid (en daarmee de eventuele doorwerking van de contractuele dimensie van het samenwerkingsverband op de besluitvorming) wordt uitgegaan van de formele eisen van aanbod en aanvaarding waarbij er – zoals uit het voorgaande blijkt – bij schriftelijke overeenkomsten zelfs door de rechtbank Rotterdam vereist is dat de overeenkomst daadwerkelijk ondertekend is. Het aannemen van de wilsverklaring op basis van de objectieve wil wordt derhalve niet door elke rechtbank toegepast. De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis bij de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht welke gaat over de gebondenheid van de betrokkenen

87 Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), r.o. 4.9 en 4.10. De gebondenheid kan bijvoorbeeld blijken uit een later overeengekomen vaststellingsovereenkomst.

88 Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), r.o. 4.8.

89 HR 29 november 1996, *NJ* 1997/345 (*Chipsol/NV Landinvest*).

90 HR 29 november 1996, *NJ* 1997/345 (*Chipsol/NV Landinvest*), r.o. 3.9.

bij de vennootschap en haar onderneming aan de aandeelhoudersovereenkomst sluit daar bij aan.⁹¹

‘Aandeelhoudersovereenkomsten hebben evenmin een statutaire basis. Dit zijn contractuele regelingen die in beginsel alleen bindend zijn voor degenen die de overeenkomst hebben getekend.’

Ook hier geldt het ‘tekenen van de overeenkomst’ als criterium. Ik vraag me echter af of hier specifiek bedoeld is dat het moet gaan om tekenen of dat hier bedoeld is dat het moet gaan om degenen die partij zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst. Het is belangrijk om te onderscheiden dat deze passage vervolgens wordt uitgelegd tegen de achtergrond van de vennootschapsrechtelijke gebondenheid van toekomstige aandeelhouders die voordat zij een belang in de vennootschap verkrijgen geen mogelijkheid hebben om zelfstandig kennis te nemen van de inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst.⁹² De aandeelhoudersovereenkomst is in tegenstelling tot de statuten niet openbaar. Toekomstige aandeelhouders zouden niet gebonden moeten worden aan iets waarvan zij geen weet hebben. Bovendien staat er ‘in beginsel’. Mijns inziens kan derhalve op basis van deze passage uit voornoemde memorie van toelichting niet geconcludeerd worden dat een aandeelhoudersovereenkomst niet bindend zou kunnen zijn voor de vennootschap. Indien we naast de rechtspraak en de parlementaire geschiedenis kijken naar Boek 2 BW dan lijkt een aantal artikelen uit te gaan van aandeelhoudersovereenkomsten waarbij de vennootschap partij dient te zijn om te kunnen spreken van vennootschapsrechtelijke doorwerking.⁹³

In de literatuur bestaan diverse opvattingen over de gebondenheid van de vennootschap aan de aandeelhoudersovereenkomst en de invloed van de overeenkomst op de besluitvorming waarbij er verschillende gradaties te onderscheiden zijn. Zo stellen sommigen dat indien de vennootschap naast de aandeelhouders ook partij is bij de overeenkomst, de vennootschapsrechtelijke doorwerking als regel zou moeten worden aangenomen.⁹⁴ Hiermee wordt bedoeld op het besluitvormingselement van de vennootschapsrechtelijke doorwerking. De regel houdt dan in dat indien er besluiten worden genomen die strijdig zijn met de aandeelhoudersovereenkomst, het besluit nietig kan zijn of de geldigheid van deze besluiten kan worden aangetast. Dit wil echter

91 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 3.

92 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 4.

93 Artikel 2:181 lid 4, 2:330a lid 2, 2:334ee1 lid 2, 2:333h lid 2 BW.

94 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 387. Bij het bespreken van het KNB-advies ‘Statuten zonder Bezwaar’ sprak Van Schilfgaarde als volgt over de doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten: ‘Een opmerking mijnerzijds zou dan zijn dat vennootschapsrechtelijke werking in het bijzonder kan worden toegekend aan een aandeelhoudersovereenkomst waarbij niet alleen alle aandeelhouders maar ook de vennootschap partij zijn.’: P. van Schilfgaarde, ‘Statuten zonder bezwaar’, *WPNR* 02/6503, p. 640.

nog niet zeggen dat als de vennootschap geen partij is bij de aandeelhoudersovereenkomst deze per definitie geen vennootschappelijke werking zou kunnen hebben. Volgens Van der Sangen zal het op het moment dat de leden van de algemene vergadering van aandeelhouders dezelfde zijn als de contractpartijen bij de aandeelhoudersovereenkomst niet nodig zijn dat de vennootschap zelf partij is om doorwerking in de vennootschappelijke orde te bewerkstelligen.⁹⁵ In het verlengde daarvan stelt Meijer dat zeker in besloten verhoudingen mag worden verwacht dat de rechter in voorkomende gevallen zal oordelen dat naleving van aandeelhoudersovereenkomsten niet slechts op grond van contractuele normen is geboden, maar ook op grond van de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.⁹⁶ Nowak is van mening dat als regel van doorwerking kan worden uitgegaan als alle aandeelhouders partij zijn bij de overeenkomst omdat er dan sprake is van identiteit van contractpartijen en algemene vergadering. Hij vermeldt daarbij wel dat het een praktische noodzaak is dat het bestuur kennis heeft van de overeenkomst. Nowak maakt voor de vraag of de vennootschap contractspartij dient te zijn voor het intreden van de vennootschapsrechtelijke werking van de aandeelhouderovereenkomst geen onderscheid naar het type samenwerking van de aandeelhouders (besloten/open) en daarmee de verhouding en afstand tussen de vennootschap en de aandeelhouders. De Vries beziet de vraag in het kader van de *incorporation by reference*. Hij stelt:⁹⁷

‘Zo had de wetgever het standpunt kunnen innemen dat indien de statuten verwijzen naar contractuele regels, deze materieel vennootschapsrechtelijke werking kunnen hebben ten aanzien van contracterende aandeelhouders, vooropgesteld dat de vennootschap partij is bij de overeenkomst.’

Dortmond stelt dat vennootschappelijke werking alleen aan de orde is indien de aandeelhoudersovereenkomst niet een (stem)overeenkomst is tussen enkele aandeelhouders, doch (a) de overeenkomst alle aandeelhouders betreft en de vennootschap zich akkoord heeft verklaard met die overeenkomst, hetgeen bij een joint venture het geval zal zijn; of (b) indien in de statuten het vereiste is opgenomen dat aandeelhouders partij bij de overeenkomst moeten zijn.⁹⁸ Bulten gaat uit van vennootschappelijke doorwerking indien de vennootschap stilzwijgend instemt of de overeenkomst heeft aanvaard.⁹⁹ Volgens Blanco Fernández is vennootschapsrechtelijke werking geen kwestie van partij zijn van de vennootschap bij de overeenkomst, maar van tegenwerpbaarheid van

95 Van der Sangen 2003, p. 32-42.

96 W.B. Meijer, ‘De aandeelhoudersovereenkomst in relatie tot de vennootschap’, *V&O* 2012, nummer 7, p. 128-133.

97 De Vries 2014, p. 250-256.

98 Van der Heijden/Van der Grinten, bewerkt door Dortmond 2013, nr. 217.1, p. 441.

99 C.D.J. Bulten, ‘De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid’, *Ondernemingsrecht* 2014/94, p. 469-478.

de overeenkomst aan de vennootschap. Het gaat om de invloed die de overeenkomst in de vennootschappelijke verhoudingen kan hebben, meer in het bijzonder om de vraag of de overeenkomst de geldigheid van het besluit kan aantasten. Bij een overeenkomst waarbij alle aandeelhouders partij zijn, is die invloed er wel. Van Veen benadrukt dat er (nood)situaties denkbaar zijn waarin het belang van de vennootschap zich zodanig tegen nakoming van de overeenkomst verzet dat het voor de afdwingbaarheid van de overeenkomst niet uitmaakt of de vennootschap de overeenkomst wel of niet heeft meegetekend. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de bij de vennootschap betrokkenen op grond van art. 2:8 BW jegens elkaar in acht moeten nemen, kunnen aan nakoming door de vennootschap in de weg staan (de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, art. 6:248 lid 2 jo. art. 2:8 BW).¹⁰⁰ Uit het vorenstaande blijkt dat menig auteur van mening is dat er in besloten verhouding waarbij de vennootschap partij is bij de aandeelhoudersovereenkomst, vennootschappelijke werking aan de overeenkomst zou moeten worden toegekend. In aanvulling menen sommige auteurs dat er eveneens doorwerking zal moeten zijn indien de aandeelhouders dezelfde personen zijn als de bestuurders of als zij de bestuurders hebben benoemd vanuit de hoedanigheid van *joint venture*-partner en de vennootschap zich daarnaast akkoord heeft verklaard met de overeenkomst.

7 CONCLUSIE

Aandeelhouders van een BV maken in aanvulling op de regels van Boek 2 BW en de statuten veelvuldig gebruik van aandeelhoudersovereenkomsten om flexibele afspraken te maken over hun samenwerking. Deze samenwerkingsovereenkomsten bieden ruimte voor maatwerk. De BV wordt door de aandeelhouders als een instrument gebruikt om het beoogde doel van de samenwerking te realiseren. De aandeelhoudersovereenkomsten hebben in tegenstelling tot de statuten en reglementen in beginsel geen vennootschapsrechtelijke werking en hebben daardoor niet vanzelfsprekend invloed op de geldigheid van de besluitvorming binnen de vennootschap. De betrokkenen bij de vennootschap en haar onderneming zijn daarnaast in beginsel niet gebonden aan de overeenkomsten zonder dat zij deze hebben aanvaard. De vraag naar de invloed op de besluitvorming en de vraag naar de gebondenheid hangen nauw met elkaar samen. Indien een vennootschap met twee aandeelhouders toetreedt tot de aandeelhoudersovereenkomst zal deze overeenkomst een meerpartijenovereenkomst worden. Uit de lagere rechtspraak en de literatuur komt naar voren dat deze toetreding en daarmee gebondenheid een positieve invloed kan hebben op de mogelijke doorwerking van de overeenkomst op de besluit-

100 W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit* (ZIFO-reeks deel 2), Deventer: Kluwer 2011, p. 150-152.

vorming. Daarbij is over het algemeen aangenomen dat voor de doorwerking wel benodigd is dat alle aandeelhouders partij zijn bij de overeenkomst. Het karakter van de samenwerking kan meebrengen dat de vennootschap ook zonder toetreding tot de overeenkomst gebonden wordt geacht zodat dit gevolgen heeft voor de besluitvorming die daarmee in strijd is. Dit houdt verband met het feit dat het bestuur van de BV menigmaal uit dezelfde personen zal bestaan als de groep aandeelhouders of dat de bestuurders specifiek zijn aangesteld met het oog op het behartigen van de belangen van bepaalde aandeelhouders. Juist in besloten verhoudingen waarin het gaat om een persoonsgebonden samenwerking lijkt het logisch dat het vennootschappelijke belang voor een groot gedeelte samenvalt met de afspraken die de aandeelhouders met elkaar hebben gemaakt. Het zou redelijk zijn als de belangen van de aandeelhouders die nauw betrokken zijn bij het ontstaan van de vennootschap en bij de ondernemingsactiviteiten in acht worden genomen bij de besluitvorming van het bestuur en de raad van commissarissen. Dat kan via het vennootschapsbelang maar ook via de redelijkheid en billijkheid die het bestuur bij de taakuitoefening in acht dient te nemen. Mijns inziens vloeit uit de *Cancun* zaak niet voort dat de afspraken die aandeelhouders van een *joint venture* maken samen met het bestendige succes het vennootschapsbelang van die *joint venture* bepalen. Of er sprake is van een autonome benadering met correctie door artikel 2:8 BW of een pluriforme belangenafweging waarbij het dienen van de belangen van de aandeelhouders een zwaarder gewicht heeft, is niet duidelijk uit de uitspraak af te leiden. Mijns inziens zal er in de context van een persoonsgebonden samenwerking op het bestuur een verzwaarde plicht bestaan om bij de taakuitoefening rekening te houden met de aard en de inhoud van de samenwerking op grond van artikel 2:8 BW. Dit kan betekenen dat aan de aandeelhoudersovereenkomst vennootschapsrechtelijke werking wordt toegekend in de zin van invloed op de besluitvorming. Bij een negatieve invloed op de continuïteit of het bestendige succes en daarmee het vennootschapsbelang zullen de redelijkheid en billijkheid juist meebrengen dat de afspraken tussen aandeelhouders niet door het bestuur gevolgd moeten worden. Uitgangspunt is dat de geldigheid van aandeelhoudersovereenkomsten telkens beoordeeld zal moeten worden al naar gelang de specifieke onderwerpen die in de overeenkomsten zijn geregeld en welk effect die hebben op de vennootschap. Een aandeelhoudersovereenkomst mag er verder niet toe leiden dat de werking van de wet en de statuten bij voortdurende wordt gefrustreerd of tot maatschappelijk onaanvaardbare consequenties leiden. De aandeelhoudersovereenkomst-plus zal een grotere kans hebben vennootschappelijke werking toegekend te krijgen dan de aandeelhoudersovereenkomst waarbij de vennootschap geen partij is. Dit alles overziend zal de aandeelhoudersovereenkomst in het mozaïek van de verschillende regels die van toepassing zijn op de vennootschap en haar onderneming al naar gelang de compositie een belangrijke rol innemen bij het totaal beeld, echter in conflictsituaties waarbij

de continuïteit van de vennootschap in het geding is zullen de afspraken die de continuïteit niet dienen, de ondertoon blijven voeren.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2014 en 2015 verschenen:

- MI-224 A.F. Rommelse, *De arbeidsongeschiktheidsverzekering: tussen publiek en privaat. Een beschrijving, analyse en waardering van de belangrijkste wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel tussen 1980 en 2010*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2014, ISBN 978 90 8728 205 9, e-ISBN 978 94 0060 170 3
- MI-225 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312, e-ISBN 978 90 1312 041 7 040 0
- MI-226 H. Duffy, *The 'War on Terror' and International Law*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 493 8
- MI-227 A. Cuyvers, *The EU as a Confederal Union of Sovereign Member Peoples. Exploring the potential of American (con)federalism and popular sovereignty for a constitutional theory of the EU*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 500 3.
- MI-228 M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs. Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 232 9
- MI-229 C. Chamberlain, *Children and the International Criminal Court. Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 519 5
- MI-230 R. de Graaff, *Something old, something new, something borrowed, something blue?., Applying the general concept of concurrence on European sales law and international air law*, (Jongbloed scriptieprijs 2013), Den Haag: Jongbloed 2014, ISBN 978 90 7006 271 2
- MI-231 H.T. Wermink, *On the Determinants and Consequences of Sentencing*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 90 7006 271 2
- MI-232 A.A.T. Ramakers, *Barred from employment? A study of labor market prospects before and after imprisonment*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 178 3
- MI-233 N.M. Blokker et al. (red.), *Vijftig juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, ISBN 978 90 8974 962 8
- MI-234 S.G.C. van Wingerden, *Sentencing in the Netherlands. Taking risk-related offender characteristics into account*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma 2014, ISBN 978 94 6236 479 0
- MI-235 O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechtelijk perspectief*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom/Lemma 2014, ISBN 978 94 6290 013 4
- MI-236 L.M. Raijmakers, *Leidende motieven bij decentralisatie. Discours, doelstelling en daad in het Huis van Thorbecke*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 7772 0
- MI-237 A.M. Bal, *Taxation of virtual currency*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 690 1
- MI-238 S.M. Ganpat, *Dead or Alive? The role of personal characteristics and immediate situational factors in the outcome of serious violence*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 422 7
- MI-239 H.R. Wiratraman, *Press Freedom, Law and Politics in Indonesia. A Socio-Legal Study*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 733 5
- MI-240 H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, ISBN 978 94 6290 031 8
- MI-241 A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015, ISBN 978 90 1312 911 3
- MI-242 F.G. Wilman, *The vigilance of individuals. How, when and why the EU legislates to facilitate the private enforcement of EU law before national courts*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014
- MI-243 C. Wang, *Essays on trends in income distribution and redistribution in affluent countries and China* (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2015, ISBN 978 94 6108 895 6

- MI-244 J. Been, *Pensions, Retirement, and the Financial Position of the Elderly*, (diss. Leiden) Enschede: Gildeprint 2014, ISBN 978 94 6108 942 7.
- MI-245 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *De meerpartijenovereenkomst*, BWKJ nr. 29, Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 9013 13 106 2
- MI-246 C. Vernooij, *Levenslang en de strafrechter. Een onderzoek naar de invloed van het Nederlandse gratiebeleid op de oplegging van de levenslange gevangenisstraf door de strafrechter* (Jongbloed scriptieprijs 2014), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9001 563 2

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek