

Artikel

De bode als blinde vlek in het contractenrecht

Mr. D.F. Spoormans*

De maatstaf wanneer een pseudo-gevolmachtigde zijn achterman op basis van de schijn van volmachtverlening (art. 3:61 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW)) contractueel kan binden, heeft de afgelopen jaren – mede vanwege het arrest HR 19 februari 2010, JOR 2010/178 (ING/Bera Holdings) – volop in de belangstelling gestaan. De maatstaf wanneer een bode zijn achterman contractueel kan binden zonder dat de achterman dat heeft gewild (art. 3:37 lid 4 BW), daarentegen niet. Mijns inziens ten onrechte, nu de rol van de bode in het maatschappelijk verkeer groot is, terwijl contractuele binding via artikel 3:37 lid 4 BW mijns inziens niet zelden eenvoudiger kan worden aangenomen dan via artikel 3:61 lid 2 BW.

In deze bijdrage wordt de positie van de bode in het contractenrecht belicht. Ik zal eerst ingaan op het onderscheid tussen de gevolmachtigde en de bode (par. 1). Daarna schets ik het verschil in rechtsgevolgen dat dit onderscheid met zich brengt bij de totstandkoming van overeenkomsten (par. 2). Vervolgens worden enkele onduidelijkheden met betrekking tot de positie van de bode en artikel 3:37 lid 4 BW nader belicht (par. 3). Daarop wordt de mogelijke aansprakelijkheid van de gevolmachtigde en de bode behandeld (par. 4), om te besluiten met een conclusie (par. 5).

1. Onderscheid (pseudo-)gevolmachtigde en bode

Of een tussenpersoon in de hoedanigheid van bode of gevolmachtigde (ook wel genoemd: vertegenwoordiger) handelt, brengt wezenlijke verschillen in rechtsgevolgen met zich (zie par. 2). Zo zal bijvoorbeeld een succesvol beroep op artikel 3:61 lid 2 BW niet mogelijk zijn indien de tussenpersoon slechts als bode is opgetreden. Het is daarom van belang het onderscheid tussen de rechtsfiguren bode en gevolmachtigde zo scherp als mogelijk op het netvlies te krijgen. De volmacht heeft een wettelijke regeling in titel 3 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Een afzonderlijke wettelijke regeling voor de bode ontbreekt. Hartkamp en Sieburgh stellen:^{1,2}

‘Men neemt tegenwoordig vrij algemeen aan, dat men onderscheid moet maken tussen de gevolmachtigde en de bode. De eerste legt zelf een wilsverklaring af, terwijl de tweede slechts instrument is en de verklaring van een ander overlegt.’

De gevolmachtigde is dus beslissingsnemer, de bode slechts doorgeefluik. Dit (klassieke) onderscheid is in de juridische literatuur echter omstreden. Zo staan Van der Grinten en Kortmann³ een veel beperktere lezing van

* Mr. D.F. Spoormans werkt als advocaat bij Ekelmans & Meijer Advocaten.

1. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6-III. Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 2009, nr. 145.
2. In dezelfde zin: A.C. van Schaik, Volmacht, Kluwer: Deventer 2011, p. 21.
3. W.C.L. van der Grinten & S.C.J.J. Kortmann, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2-I. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon, Deventer: Kluwer 2004, nr. 21.

het begrip bode voor. Zij zijn de mening toegedaan dat indien een tussenpersoon zelf voor zijn opdrachtgever spreekt, hij als gevolmachtigde handelt, ook indien deze geen vrijheid is gelaten en de verklaring door de opdrachtgever is geformuleerd. Ook de lezing van Hijma⁴ is beperkter. Hij lijkt de mening toegedaan dat indien de tussenpersoon enkel al de vrijheid heeft om de wilsverklaring van de achterman in zijn eigen woorden gestalte te geven, deze daarmee als gevolmachtigde handelt.

Niet alleen in de theorie is de afgrenzing tussen beide rechtsfiguren omstreden. Ook in de praktijk is het vaak lastig om te bepalen of de tussenpersoon slechts een wilsverklaring *overbrengt* of dat deze van zijn achterman een zekere ruimte heeft gekregen om zelf wilsverklaringen *namens* de achterman te doen. In de kwestie HR 26 juni 2009, NJ 2010/664 (Wiggers/Makelaardij Sneek) is in drie instanties geprocedeerd over de vraag of een makelaar als bode of als gevolmachtigde handelde. De Hoge Raad begint de beantwoording van die vraag met de volgende vooropstelling:

‘Het antwoord op de vraag of met elkaar onderhandelende partijen een overeenkomst hebben gesloten, is ervan afhankelijk wat zij jegens elkaar hebben verklaard, en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Tot de omstandigheden die in dit geval in aanmerking moeten worden genomen behoort de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden.’

De hoedanigheid is dus afhankelijk van wat de feitelijk handelende personen hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Daarbij noemt de Hoge Raad een tweetal in aanmerking te nemen omstandigheden: de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden. Niet doorslaggevend is dus hetgeen de tussenpersoon met zijn achterman heeft afgesproken.⁵ Het door de Hoge Raad gehanteerde criterium is een toepassing van de formule uit HR 11 maart 1977, NJ 1977/521 (Kribbebijter), waar het ging om het onderscheid tussen ‘optreden in eigen naam’ en ‘optreden in naam van een ander’. Dogmatisch is het door de Hoge Raad gehanteerde criterium daarmee logisch. Een voor de praktijk heldere vuistregel is het echter niet. Hijma⁶ stelt mijns inziens ook terecht dat het tweetal door de Hoge Raad in aanmerking te nemen omstandigheden niet veel houvast leveren, nu zij in wezen de te beantwoorden vraag slechts reflecteren. Ten aanzien van specifiek de makelaar komt de Hoge Raad overigens wel tot een heldere vuistregel; als uit-

gangspunt moet worden aanvaard dat de wederpartij dient aan te nemen dat de makelaar optreedt als bode van zijn opdrachtgever.⁷

Ook inzake de hoedanigheid van enkele andere vrije beroepen heeft de Hoge Raad zich uitgesproken. Ten aanzien van de deurwaarder die in het kader van de executie van een ontruimingsvonnis een regeling met de huurder treft tot betaling van huurachterstanden, heeft de Hoge Raad het uitgangspunt geformuleerd dat deze als gevolmachtigde handelt.⁸ Ten aanzien van de notaris die een verklaring in het kader van artikel 1:88 BW *in ontvangst neemt*, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze in beginsel heeft te gelden als gevolmachtigde.⁹ In zijn conclusie voor HR 2 december 2011, JOR 2012/100 (r.o. 2.10.2) geeft A-G Wuisman te kennen de notaris bij een *actief* handelen in beginsel echter als bode te bezien.¹⁰ Tjon Tjin Tai¹¹ vindt – anders dan Van Schaik¹² – dat de advocaat uit zijn aanstelling een impliciete volmacht heeft om alle rechtshandelingen te verrichten die nodig zijn voor het naar behoren behartigen van zijn cliënt met betrekking tot de zaak. In de visie van Tjon Tjin Tai ligt mijns inziens besloten dat waar die volmacht op basis van interne, niet voor derden kenbare, afspraken of handelingen tussen advocaat en cliënt ontbreekt, de advocaat in beginsel als gevolmachtigde optreedt.

Het onderscheid tussen bode en gevolmachtigde kan millimeterwerk zijn. Het komt in de praktijk veelal voor dat een gevolmachtigde, alhoewel deze op een bepaald punt bevoegd zal zijn zelfstandig een beslissing te nemen, op kenbare wijze met zijn achterman terugkoppelt en vervolgens de verklaring van de achterman overbrengt. Zo zal een advocaat, zijnde mijns inziens in beginsel een gevolmachtigde, ten aanzien van bepaalde beslissingen (bijvoorbeeld een akkoord op de inhoud van een omvangrijke minnelijke regeling) als bode kunnen gaan optreden en kan hij daarmee ‘van kleur verschieten’. De hoedanigheid van bode en die van gevolmachtigde kunnen elkaar mijns inziens dus afwisselen. Mocht ten aanzien van een bepaalde rechtshandeling onenigheid ontstaan over de totstandkoming daarvan, dan zal moeten worden gereconstrueerd of de tussenpersoon ten aanzien van die specifieke handeling als bode of als gevolmachtigde is opgetreden. Beide hoedanigheden sluiten elkaar dan uit.

4. In zijn noot onder HR 26 juni 2009, NJ 2010/664 (Wiggers/Makelaardij Sneek).
5. Tot die conclusie kwamen ook al Kortmann en Van der Grinten in Asser/Van der Grinten & Kortmann (2004), nr. 21 met verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 3, p. 256.
6. In zijn noot onder HR 26 juni 2009, NJ 2010/664 (Wiggers/Makelaardij Sneek).

7. R.o. 3.3.2 en 3.4.1. Daarmee volgt de Hoge Raad niet de eerder door Kortmann en Van der Grinten voorgestane beperkte lezing van het begrip bode, hetgeen leidt tot kritiek van Hijma.
8. HR 24 april 1992, NJ 1993/190.
9. HR 1 november 1991, NJ 1992/623, r.o. 3.3.
10. Omdat in die zaak in cassatie als feitelijk vaststaand had te gelden dat de notaris schijn van volmachtverlening had gewekt (maar het ging om de vraag of die schijn voor risico van de achterman kwam), heeft de Hoge Raad zich niet over dit punt uitgelaten.
11. In zijn noot onder HR 12 oktober 2012, NJ 2012/686.
12. A.C. van Schaik, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. 2. Eerste Aanleg, Deventer: Kluwer 2011, nr. 25.

2. Onderscheid in rechtsgevolgen – gebondenheid achterman

Handelt een gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid namens de achterman, dan treffen de gevolgen van de rechtshandeling de achterman (art. 3:66 lid 1 BW). Handelt een gevolmachtigde namens de achterman terwijl een toereikende volmacht ontbreekt, dan is de achterman niet gebonden, tenzij de wederpartij een succesvol beroep op artikel 3:61 lid 2 BW toekomt. Daarvoor is vereist dat de wederpartij er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat (1) aan de tussenpersoon een toereikende volmacht was verleend, terwijl (2) dit gerechtvaardigd vertrouwen is gebaseerd op (a) een toedoen van de achterman en/of (b) feiten en omstandigheden die voor risico van de achterman komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.¹³

Vertrouwt de wederpartij gerechtvaardigd op hetgeen een tussenpersoon ten behoeve van de achterman verklaart (bijvoorbeeld een aanbod of een aanvaarding), maar is de wederpartij duidelijk dat de tussenpersoon slechts een bode is van de achterman, en geeft de achterman vervolgens niet thuis omdat de bode diens verklaring verkeerd heeft overgebracht, dan is een succesvol beroep op artikel 3:61 lid 2 BW niet mogelijk. In dat geval is immers niet voldaan aan vereiste (1), zodat niet van ‘schijn van volmachtverlening’ kan worden gesproken. Anders dan veelal wordt aangenomen,¹⁴ heeft de wederpartij echter wel een sterke alternatieve grondslag, waarmee deze tot gebondenheid van de achterman kan komen. In zulk een situatie kan de wederpartij mogelijk een succesvol beroep doen op artikel 3:37 lid 4 BW. In dat wetsartikel wordt bepaald:

‘Wanneer een door de afzender daartoe aangewezen persoon of middel een tot een ander gerichte verklaring onjuist heeft overgebracht, geldt het ter kennis van de ontvanger gekomene als de verklaring van de afzender, tenzij de gevolgde wijze van overbrenging door de ontvanger was bepaald.’

Voor een succesvol beroep op artikel 3:37 lid 4 BW is vereist dat (1) de tussenpersoon door de afzender is aangewezen, en (2) de tussenpersoon een verklaring – ook indien inhoudelijk onjuist – van de achterman heeft

13. HR 19 februari 2010, JOR 2010/178 (ING/Bera Holdings); HR 11 maart 2011, NJ 2012/388 m.nt. L.C.A. Verstappen; HR 3 februari 2012, JOR 2012/101 (Fujitsu/Exel).

14. Zie bijv. Dammingh die in zijn noot onder HR 26 juni 2009, JOR 2009/246 (Wiggers/Makelaardij Sneek), die mijns inziens de mogelijke toepasselijkheid van art. 3:37 lid 4 BW over het hoofd ziet: ‘Is een potentiële koper afgegaan op een gunstige mededeling van de makelaar, maar acht diens opdrachtgever (de verkoper) zich vervolgens niet gebonden omdat de makelaar geen volmacht had, dan zal een door de koper tegen de verkoper of tegen diens makelaar in te stellen rechtsvordering in beginsel weinig kan van slagen hebben.’

‘overgebracht’. Is aan deze vereisten voldaan, dan kan de achterman alsnog aan gebondenheid aan de verklaring ontkomen indien de gevolgde wijze van overbrenging door de ontvanger was bepaald. Wil de verklaring van de bode leiden tot een overeenkomst (doordat deze een aanbod of een aanvaarding bevat), dan dient de wederpartij er gerechtvaardigd op te hebben vertrouwd dat de verklaring van de bode overeenstemt met de wil van de achterman (art. 3:35 BW). Dit vereiste is niet bijzonder voor artikel 3:37 lid 4 BW; ook bij een succesvol beroep op artikel 3:61 lid 2 BW kan de achterman zich nog beroepen op wilsontbreken (art. 3:33 BW). Relevant verschil is dat bij artikel 3:37 lid 4 BW uitsluitend de wil van de achterman een rol speelt, terwijl bij toepassing van artikel 3:61 lid 2 BW op grond van artikel 3:66 lid 2 BW de wil van de tussenpersoon en de achterman dienen te worden betrokken, al naar gelang het aandeel dat ieder van hen heeft gehad in de totstandkoming van de rechtshandeling en de bepaling van haar inhoud.

Een voorbeeld. Verkoper V wil zijn bedrijfspand verkopen voor 250. Hij schakelt daartoe makelaar M in. Koper K heeft interesse en brengt een bod uit van 200. V vraagt M aan K een aanbod van 240 over te brengen. M brengt echter (al dan niet per abuis) een bod van 220 aan K over. K accepteert dit bod te goeder trouw en bericht zulks aan V. V stelt niet aan een koopovereenkomst gebonden te zijn, omdat M een onjuist aanbod heeft gedaan, terwijl deze niet over een volmacht beschikte. Kan K bij V succesvol aanspraak maken op nakoming?

Gooit K de nakomingsvordering over de boeg van artikel 3:61 lid 2 BW, dan geef ik hem weinig kans van slagen. V zal zich verweren met de stelling dat K er niet op heeft mogen vertrouwen dat M als gevolmachtigde optrad; ten aanzien van de makelaar geldt immers het uitgangspunt dat deze slechts bode is. Daarnaast zal V aanvoeren dat de aanwijzing van M als makelaar geen ‘toedoen’ of ‘toerekening’ aan hem oplevert op grond waarvan schijn van volmachtverlening kan worden aangenomen.

Gooit K de nakomingsvordering echter over de boeg van artikel 3:37 lid 4 BW, dan heeft K mijns inziens wel een sterke aanspraak. M is immers aangewezen door V. De onjuiste overbrenging door M komt voor risico van V.

De toegevoegde waarde van artikel 3:37 lid 4 BW als grondslag voor gebondenheid aan een overeenkomst is mijns inziens niet beperkt tot gevallen waarin het voor de wederpartij duidelijk had moeten zijn dat de tussenpersoon geen gevolmachtigde was. Ook in ‘grensgevallen’ is die grondslag mede vanwege haar eenvoud een aantrekkelijke optie:

1. Ten eerste zal de vaststelling of de achterman de tussenpersoon heeft aangewezen (en eventueel wie de wijze van overbrenging heeft bepaald) doorgaans eenvoudiger van aard zijn dan de vraag of de wederpartij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de ach-

terman de tussenpersoon *als gevolmachtigde* heeft aangewezen. Die eerste vaststelling is vooral feitelijk van aard, de tweede behelst ook een normatieve discussie. In de praktijk zal de achterman in een poging om zijn positie veilig te stellen veelal aanvoeren dat de ‘fout’ bij de tussenpersoon is gelegen, omdat deze zijn wil/verklaring verkeerd heeft overgebracht. Daarmee wordt een vordering op basis van artikel 3:37 lid 4 BW echter juist in de kaart gespeeld: voor die grondslag maakt in beginsel immers niet uit of de oorzaak van onjuiste overbrenging bij de achterman of de tussenpersoon is gelegen, terwijl impliciet wordt erkend dat de tussenpersoon door de achterman is aangewezen.

2. Ten tweede is bij artikel 3:37 lid 4 BW slechts aan de orde welke verklaring (al dan niet ten onrechte) is overgebracht (en plaatst de wet vervolgens de eventueel onjuiste overbrenging in de risicosfeer van de afzender), terwijl men bij artikel 3:61 lid 2 BW eveneens in de normatieve discussie belandt of de schijn van volmachtverlening door middel van ‘toedoen’ of ‘toerekening naar verkeersopvattingen’ voor risico van de achterman komt.

Ruimte voor een normatieve discussie bij de totstandkoming van overeenkomsten via artikel 3:37 lid 4 BW is er wel, maar dan in het kader van het beroep van de wederpartij op artikel 3:35 BW. Het gaat dan om de vraag of de wederpartij er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat de verklaring van de tussenpersoon overeenstemt met de wil van de achterman. De gedachte komt op of daarbij niet alsnog analoog de rechtsregels dienen te worden toegepast zoals die in de rechtspraak inzake artikel 3:61 lid 2 BW zijn ontwikkeld. Die gedachte – die in feite een doelredenering betreft om het mogelijk verstrekkende karakter van artikel 3:37 lid 4 BW te neutraliseren – lijkt mij niet juist, omdat zij de strekking van artikel 3:37 lid 4 BW ondergraaft. Mijns inziens is de toets van artikel 3:35 BW dan ook geen alternatief forum om (verkapte) vertegenwoordigingsdiscussies te voeren, maar zal het bij deze toets dienen te gaan om de vraag of, gelet op de inhoud van de verklaring, bij de wederpartij van gerechtvaardigd vertrouwen sprake is geweest.

Ook indien duidelijk is dat de tussenpersoon zich als gevolmachtigde (en niet: bode) heeft voorgedaan (maar een beroep op art. 3:61 lid 2 BW toch faalt omdat het toedoen of de toerekening aan de achterman ontbreekt), kan worden verdedigd dat een beroep op artikel 3:37 lid 4 BW in principe mogelijk is. Artikel 3:37 lid 4 BW spreekt namelijk van een ‘persoon’ en niet expliciet van een ‘bode’. In de huidige doctrine lijkt echter (impliciet) te worden aangenomen dat de term ‘persoon’ ziet op de bode en dat de wederpartij die met een (pseudo-)gevolmachtigde van doen heeft gehad, artikel 3:61 lid 2 BW (als *lex specialis*) in stelling dient te brengen. Hierna zal ik artikel 3:37 lid 4 BW dan ook slechts op de bode betrekken.

Een beroep op artikel 3:37 lid 4 BW is in de rechtspraak nog niet in zwang geraakt waar het de persoon als communicatiemiddel betreft. Tot op heden is één uitspraak te vinden waarin zulk een beroep inhoudelijk is beoordeeld.¹⁵ Het betreft een (tussen)vonnis van de Rechtbank Haarlem van 21 april 2010 (LJN BN1953). In die zaak ging het om de koop van een bedrijfspand. De makelaar van verkoper deelde mede dat zijn cliënt instemde met een aanbod van de koper zonder daaraan de ontbindende voorwaarde van een door de verkoper gewenst huurbeding toe te voegen. Verkoper weigerde levering, waarop koper stelde dat een huurovereenkomst tot stand was gekomen en vorderde schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie. De rechtbank wees het beroep van koper op artikel 3:61 lid 2 BW af, overwegende dat de makelaar niet als gevolmachtigde maar als bode is opgetreden. Vervolgens kwam de rechtbank tot de conclusie dat op grond van artikel 3:37 lid 4 BW echter wél een koopovereenkomst tot stand is gekomen en verwees de zaak naar de schadestaatprocedure.

In HR 11 juli 2008, RvdW 2008/752 (Centavos/Rijnlandse) is ook een beroep op artikel 3:37 lid 4 BW aan de orde geweest, maar is aan een inhoudelijke beoordeling daarvan niet toegekomen nu een (voldoende duidelijk) beroep daarop namens eiser voor het eerst in cassatie plaatsvond (en dus: te laat). De Hoge Raad deed de zaak dan ook af met een beroep op artikel 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). Het ging hier om een kandidaat-notaris die als tussenpersoon optrad ten behoeve van een bank als hypotheekhouder-executeur van een aantal onroerende zaken. De kandidaat-notaris had de koper laten weten dat de bank akkoord was met een aanbod van de koper. De bank bestreed niet dat inhoudelijk contact tussen haar en de kandidaat-notaris had plaatsgevonden, maar wel dat zij had meegedeeld in te stemmen met het aanbod van de gegadigde. In feitelijke instanties had eiser volstaan met een beroep op artikel 3:61 lid 2 BW. Dat is jammer, want een tijdig beroep op artikel 3:37 lid 4 BW had de vordering wellicht kunnen doen slagen.

15. In HR 8 september 1995, RvdW 1995/167 en Hof Den Bosch 22 januari 2008, Prg. 2008/47 (Stichting Postwanorder/Otto) is ook een beroep op deze wetsbepaling gedaan. In die kwesties ging het niet om de bode als persoon, maar werd de wetsbepaling toegepast bij de vraag voor wiens risico een ander gekozen communicatiemiddel kwam (post resp. website). In beide zaken was het beroep op de wetsbepaling niet in geschil. In de eerste zaak werd het beroep blijkens de conclusie van P-G Asser sub 2.14 per abuis gedaan: een beroep op lid 3 BW was bedoeld. In de tweede zaak achtte het hof de wetsbepaling toepasselijk, maar ging de rechtsstrijd over de vraag of aan art. 3:33 en 3:35 BW werd voldaan.

3. De totstandkoming van overeenkomsten middels de bode nader beschouwd

Doordat de rol van de bode en artikel 3:37 lid 4 BW in de rechtspraktijk vrij onbelicht zijn gebleven, heeft een nadere uitwerking daarvan nog niet plaatsgevonden. Ik volsta hier met de signalering van enkele onduidelijkheden.

Wie is aanwijzer van de bode?

Bij de toepassing van artikel 3:37 lid 4 BW is van groot belang wie de bode heeft 'aangewezen'. Is eenmaal vastgesteld wie 'aanwijzer' is, dan kan alsnog een risico-omslog plaatsvinden als de gevolgde wijze van overbrenging door de ontvanger is bepaald.

In de praktijk zal niet altijd helder zijn wie 'aanwijzer' is van de bode. Een voorbeeld. Verkoper V wil zijn bedrijfspand verkopen aan koper K voor een prijs van 250. Makelaar M is een vriendje van V en brengt het aanbod van V over aan K. K bedankt, maar doet twee dagen later een tegenaanbod aan M van 200. M brengt aan V echter een prijs van 225 over en V gaat akkoord. Heeft M ten aanzien van het tegenaanbod als aangewezen persoon van K te gelden? K heeft er immers toe besloten het aanbod van 200 door M te laten overbrengen in plaats van V rechtstreeks te benaderen. Of heeft M als door V aangewezen persoon te gelden nu V M heeft verzocht in deze kwestie een rol te spelen en bovendien als dien belangenbehartiger optrad? Zo men vindt dat K in casu aanwijzer van M is geweest, zou dat ook zo zijn geweest indien K in hetzelfde gesprek met M waarin hij de prijs van 250 afwees het tegenvoorstel van 200 zou hebben gedaan?

Deze vragen zijn van belang. Geldt K als 'aanwijzer', dan berust bij hem (gelet op de 'tenzij'-formulering in art. 3:37 lid 4 BW) de stelplicht en bewijslast dat V de gevolgde wijze van overbrenging heeft bepaald. Dat zal op zichzelf een discussiepunt kunnen zijn nu V zal stellen dat hij K niet heeft opgelegd hem via diens makelaar M te benaderen. Geldt V echter als aanwijzer van M, dan zal V K niet kunnen houden aan het door M onjuist overgebrachte bod.¹⁶

De wetsbepaling is mede geschreven met de gedachte dat 'de bode' niet alleen een persoon, maar ook een communicatiemiddel kan zijn, bijvoorbeeld een fax of een telegraaf. Verstuurt iemand een fax (en wordt deze onderweg verminkt, waardoor bijvoorbeeld een '3' een '8' lijkt), dan zal wel duidelijk zijn dat de verzender dit communicatiemiddel heeft 'aangewezen'. Houdt men deze ratio voor ogen ('verzender is aanwijzer van communicatiemiddel'), dan zal in de hiervoor genoemde

voorbeelden M de bode van K zijn geweest bij de onjuiste overbrenging. Het komt mij echter wat wrang voor dat een miscommunicatie tussen een bemiddelaar/belangenbehartiger en diens opdrachtgever voor risico kan komen van de wederpartij. Zou men voornoemde ratio volgen, dan zou mijns inziens de uitzonderingsclausule 'tenzij de gevolgde wijze van overbrenging door de ontvanger was bepaald' in zulke gevallen ruimer dienen te worden uitgelegd en mogen alsdan niet te hoge eisen worden verbonden aan de stelplicht van de wederpartij die zich op deze uitzondering beroept.

Is de bode aangewezen?

Een andere onduidelijkheid is het geval wanneer men van een 'aanwijzing' als bode mag spreken en in hoeverre zulk een aanwijzing in bepaalde handelingen (stilzwijgend) kan zijn besloten. Stel, V bespreekt met zijn makelaar M wel een overeenkomst te willen sluiten met K. Makelaar M – die hier een commerciële kans ziet – benadert K zonder dat daar een uitdrukkelijke instructie van V aan ten grondslag ligt en draagt V's wil (al dan niet op juiste wijze) aan K over. Is M nu door V als bode 'aangewezen'? Zo men vindt van niet: wat indien V aan M heeft gevraagd de interesse van K te 'polsen', maar K de verklaring van M te goeder trouw opvat als een aanbod dat hij aanvaardt? Zou men het 'verschieten van kleur' van een uitnodiging om in onderhandeling te treden in een aanbod kwalificeren als een onjuiste overbrenging waarvoor artikel 3:37 lid 4 BW nu juist een risicotodeling beoogt te geven, of mist hier aan M een aanwijzing van V om een aanbod over te brengen, zodat niet aan de kwalificatie van artikel 3:37 lid 4 BW wordt voldaan? Ik zou menen dat in het eerste voorbeeld geen sprake is van een aanwijzing als bode, in het tweede voorbeeld wel, maar ook daarover kan men van mening verschillen.

Als de aangewezen bode ter vervulling van de hem opgedragen taak op zijn beurt wederom een bode inschakelt en deze laatste een onjuiste verklaring overbrengt, voor wiens risico komt dat? Een voorbeeld. Verhuurder V heeft een appartement in eigendom. Zij is op leeftijd en vraagt daarom haar zoon Z om te bemiddelen bij de verhuur van dit appartement. Deze schakelt op zijn beurt makelaar M in. V brengt een aanbod via Z op M over, die het onjuist doorgeleidt aan huurder H, welke te goeder trouw het onjuiste aanbod aanvaardt. Is V gebonden aan het door M gedane aanbod? Volgt men de ratio van artikel 3:37 lid 4 BW ('de verzender draagt het risico van de door hem gekozen communicatiemiddelen'), dan luidt het antwoord op de vraag mijns inziens bevestigend. Naar de letter van de wetsbepaling is M echter niet door V aangewezen (tenzij Z door haar was gevolmachtigd), zodat men ook hierover in discussie kan geraken.

Analoge toepassing van artikel 3:61 lid 2 BW voor bodes?

Artikel 3:37 lid 4 BW regelt de situatie dat een 'bevoegde' bode een verklaring van zijn achterman onjuist overbrengt. Maar wat te denken van de situatie waarin een

16. Tenzij V succesvol kan stellen dat M door K is gevolmachtigd, zodat V een beroep op art. 3:61 lid 2 BW toekomt. Zulk een beroep heeft in dit geval mijns inziens echter weinig kans van slagen.

‘onbevoegde’ (dat wil zeggen: niet-aangewezen) bode ten behoeve van een achterman een verklaring aan de wederpartij overbrengt, terwijl de wederpartij op basis van toedoen van of toerekening aan de achterman gerechtvaardigd op de bevoegdheid van de bode heeft vertrouwd? Kortom, is er ruimte voor een analoge toepassing van artikel 3:61 lid 2 BW voor de pseudo-bode? A-G Wuisman breekt hiervoor een lans in zijn conclusie voor HR 11 juli 2008, RvdW 2008,752 (Centavos/Rijnlandse):

‘Voor de bode voorziet de wet niet in een aparte regeling voor het geval van afwezigheid van de bevoegdheid om voor een ander een verklaring over te brengen. Hier lijkt echter toepassing naar analogie van artikel 3:61 lid 2 BW op zijn plaats. Voor analoge toepassing pleit in het bijzonder dat ingevolge artikel 3:60 lid 2 BW de regeling van artikel 3:61 lid 2 BW ook geldt voor het in ontvangst nemen van een verklaring, ook indien dat in ontvangst nemen niet het verrichten van een rechtshandeling vormt.’

Dit lijkt in overeenstemming met de visie van Schoordijk, die al eerder – zij het in meer algemene zin – stelde dat volgens hem veel bepalingen uit de volmachttitel analoog kunnen worden toegepast.¹⁷ De Hoge Raad heeft zich op dit punt nog niet expliciet uitgesproken.¹⁸ Uit HR 26 juni 2009, NJ 2011/664 (Wiggers/Makelaardij Sneek) volgt wel dat de Hoge Raad terughoudender is dan A-G Wuisman in het analoog toepassen van bepalingen uit de volmachttitel op de bode; waar A-G Wuisman analoge toepassing van artikel 3:70 BW op de bode mogelijk achtte, ging de Hoge Raad daar niet in mee. Analoge toepassing van artikel 3:61 lid 2 BW op de pseudo-bode komt mij voor als een grote stap.¹⁹ In de huidige doctrine wordt een (analoog) beroep op artikel 3:61 lid 2 BW ten aanzien van de ‘bevoegde’ bode al niet aanvaard; de toepasselijk van deze wetsbepaling op de pseudo-bode lijkt mij nog een stap verder van huis. Wordt die mogelijkheid wel aanvaard, dan zou contractuele bindingskracht van de bode (nog) verder worden vergroot.

4. Aansprakelijkheid van de gevolmachtigde en de bode

Professionals zoals makelaars, deurwaarders, advocaten en notarissen dienen zich ervan bewust te zijn dat ook in gevallen dat voor eenieder duidelijk is dat zij niet als

gevolmachtigde optreden, zij hun achterman via artikel 3:37 lid 4 BW contractueel kunnen binden. Brengen zij (onbedoeld) een overeenkomst tot stand waar hun achterman weinig voor voelt, dan kan dat een tekortkoming opleveren onder de bemiddelings- en/of opdrachtovereenkomst met hun cliënt.

De tussenpersoon kan ook rechtstreeks jegens de wederpartij aansprakelijk zijn indien deze zijn bevoegdheid te buiten gaat. In de dogmatiek voor de gevolmachtigde zijn daartoe in het vermogensrecht twee grondslagen ontwikkeld. Ten eerste kan de pseudo-gevolmachtigde aansprakelijk zijn op grond van artikel 3:70 BW. Hij moet dan ‘instaan voor zijn volmacht’. Enkele overtreding van zijn volmacht kan hem schadelijktig maken, waarbij het positief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komt. Daarnaast kan het overtreden van de volmacht ook een onrechtmatige daad opleveren blijkens HR 31 januari 1997, NJ 1998/704 (De Slingerij/Provincie Groningen), indien zulks geschiedt op een wijze of gepaard gaat met omstandigheden waaruit voortvloeit dat het optreden van de onbevoegde gevolmachtigde in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. In dat geval komt ‘slechts’ het negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking. De grondslag van artikel 3:70 BW is daarmee voor de wederpartij van de pseudo-gevolmachtigde doorgaans aantrekkelijker: men hoeft geen bijkomende omstandigheden te stellen om tot aansprakelijkheid te komen, terwijl de omvang van de aansprakelijkheid (positief contractsbelang versus negatief contractsbelang) doorgaans verder strekt.

Onder anderen Hijma, A-G Wuisman en Schoordijk pleiten voor een analoge toepassing van artikel 3:70 BW op bodes.²⁰ Nu de bode in sommige situaties nauwelijks van de gevolmachtigde is te onderscheiden (zie par. 1), is daar wat voor te zeggen. Dat artikel 3:70 BW voor analoge toepassing vatbaar is, volgt ook uit artikel 3:78 BW. De Hoge Raad lijkt in HR 26 juni 2009, NJ 2011/664 (Wiggers/Makelaardij Sneek) analoge toepassing van artikel 3:70 BW echter categorisch uit te sluiten voor de bode. Hij overweegt (r.o. 3.5):

‘Gelet op het hiervoor in 3.4.1 vermelde uitgangspunt is er in beginsel echter geen grond voor toepassing van art. 3:70 BW in het onderhavige geval. Dat zou slechts anders zijn in het geval van bijzondere, door Wiggers te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden op grond van deze heeft aangenomen, en mocht aannemen, dat Makelaardij Sneek niet als bode, maar als gevolmachtigde handelde.’

De wederpartij van de bode zal het dus waarschijnlijk met artikel 6:162 BW als grondslag voor schadevergoeding moeten stellen. Tussenpersonen ten aanzien van

17. H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe BW*, Deventer: Kluwer 1986, p. 114 en 115.

18. De zaak werd op andere gronden afgedaan met een beroep op art. 81 RO.

19. Schakelbepaling art. 3:78 BW noemt art. 3:61 lid 2 BW niet als bepaling die van overeenkomstige toepassing is buiten vertegenwoordiging op basis van een volmacht. Blijkens MvA II, Parl. Gesch. 3, p. 304 is ten aanzien van niet-genoemde wetsartikelen analoge toepassing echter niet uitgesloten en heeft de wetgever zulks aan wetenschap en rechtspraak overgelaten.

20. Zie Hijma in zijn noot onder HR 26 juni 2009, NJ 2011/664 (Wiggers/Makelaardij Sneek) en A-G Wuisman in zijn conclusie voor dit arrest. Zie H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe BW*, Deventer: Kluwer 1986, p. 114 en 115.

wie onduidelijk is of zij als bode of als gevolmachtigde hebben gehandeld, zullen zich dan ook graag in de positie van bode manoeuvreren. Zij dienen zich daarbij wel rekenschap te geven van het feit dat als zij daarmee een beroep op artikel 3:37 lid 4 BW van hun wederpartij jegens hun cliënt 'panklaar' maken, zij wel eens door hun eigen cliënt (in vrijwaring) tot vergoeding van het positief contractsbelang kunnen worden gehouden.

5. Conclusie

Het onderscheid tussen de bode en de gevolmachtigde zal in de praktijk vaak niet helder zijn, terwijl het verschil in rechtsgevolgen wezenlijk is. Als het gaat om de gebondenheid van de achterman aan een verklaring van de tussenpersoon, zal artikel 3:37 lid 4 BW niet zelden een eenvoudigere route zijn om tot gebondenheid van de achterman te komen dan artikel 3:61 lid 2 BW. Ik meen dat in de rechtspraak vaker een beroep op dit wetsartikel zou moeten worden gedaan. Dan worden de contouren van deze grondslag ook nader afgetekend.