

1 Inleiding

1 *Texaco v. Pennzoil*

Begin 1984 was het in de Amerikaanse deelstaat Texas gevestigde olieconcern Pennzoil in vergevorderde fusieonderhandelingen met Getty Oil. De partijen hadden al een conceptovereenkomst getekend toen een derde partij, Texaco, vlak voor de sluiting van het definitieve contract Getty Oil een beter aanbod deed. Getty Oil blies daarop de fusie met Pennzoil af en ging met Texaco in zee. Pennzoil liep hierdoor miljarden dollars mis en om deze schade te verhalen startte het concern een procedure tegen Texaco op grond van *tortious interference with contractual relations*. Texaco zou de contractuele relatie tussen Getty Oil en Pennzoil opzettelijk hebben verstoord door het doen van een hoger bod. In eerste instantie werd Texaco door een jury veroordeeld tot betaling van een bedrag van 11 miljard dollar aan schadevergoeding, *punitive damages* en rente, dat in hoger beroep met twee miljard werd teruggebracht.¹

De spectaculaire *damages award* heeft *Texaco v. Pennzoil* als *landmark case* de geschiedenisboeken doen ingaan. De zaak biedt echter ook een illustratie van het thema dat in dit onderzoek centraal staat: de aansprakelijkheid van een derde wegens zijn betrokkenheid bij contractbreuk. *Texaco v. Pennzoil* raakt aan een groot aantal kwesties die met dit onderwerp verbonden zijn. Zo roept het feit dat het gedrag van Texaco – dat bestond uit het uitbrengen van een hoger bod – als onrechtmatig werd beoordeeld, allerlei vragen op. Wat is de theoretische rechtvaardiging voor dit oordeel? Hoe verhoudt zij zich tot het beginsel van contractuele relativiteit, op grond waarvan een overeenkomst alleen verbintenissen doet ontstaan voor de contractspartijen? En wat is de verhouding tot de vrijheid van handel en bedrijf en zelfs de *commercial free speech*? Was de omstandigheid dat Texaco het initiatief had genomen tot de deal essentieel of had Texaco ook aansprakelijk kunnen worden gesteld wanneer hij slechts inging op een aanbod van Getty Oil? Moest Texaco ervan op de hoogte zijn geweest dat zijn gedrag tot een contractbreuk leidde? Moest Texaco opzet hebben gehad om de contractbreuk te bewerkstelligen? Ook het feit dat tussen Pennzoil en Getty Oil nog geen sprake was van een definitief overnamecontract, maar van een zogenaamde *Memorandum of Agreement* geeft aanleiding tot verschillende vragen. Kan slechts het verstoren van een overeenkomst tot aansprakelijkheid leiden? Of kan ook het verstoren van een voorovereenkomst of zelfs het frustreren van contractonderhandelingen als onrechtmatig worden aangemerkt? En zo ja, verschillen de omstandigheden waaronder het verstoren van een contract en het frustre-

¹ *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, 729 S.W.2d 768 (Tex.App. 1987), *cert. denied*, 485 U.S. 994 (1988). De zaak werd beslist op basis van het recht van New York.

ren van een vooruitzicht op een contract als onrechtmatig wordt aangemerkt? Moet, wanneer sprake is van een contract, ook contractbreuk worden aangetoond? Of maakt het geen verschil of de derde wanprestatie of de recht- en regelmatige beëindiging van de overeenkomst heeft veroorzaakt?

2 Betrokkenheid van derden bij contractbreuk vanuit Nederlands, rechtsvergelijkend en Europees perspectief

Hoewel in de Nederlandse literatuur regelmatig publicaties verschijnen waarin het onderwerp van overeenkomst en derden centraal staat,² spitst het wetenschappelijk onderzoek zich vooral toe op de vraag in hoeverre contractspartijen bij de uitvoering van hun overeenkomst rekening dienen te houden met de belangen van derden.³ De spiegelbeeldige vraag, namelijk in hoeverre een derde bij zijn handelen verplicht is om rekening te houden met de aanwezigheid van een overeenkomst, kan op aanzienlijk minder aandacht rekenen.

De huidige⁴ relatief geringe belangstelling voor deze tweede vraag kan worden verklaard door het feit dat de zaken waarin sprake is van een frustratie

² Zie o.a. J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht', *WPNR* 1997, p. 715-720 en 735-739; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999; J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *WPNR* 2002, p. 39-47; J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004; B.E. Reinhartz, A.E. Oderkerk, T.M. Bos & D.L.M.T. Dankers-Hagenaars (red.), *Derden in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

³ Hierbij kan worden gedacht aan bestuurdersaansprakelijkheid, doorbraak van aansprakelijkheid (o.a. bij moeder- en dochtervennootschappen) en afgeleide schade, zie J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *WPNR* 2002, p. 41 (met verwijzingen naar literatuur). Ook het leerstuk van samenhang in rechtsverhoudingen kan onder deze categorie worden geschaard. Dit leerstuk, ook wel bekend als de *Vleesmeesters/Alog*-doctrine, genoemd naar het arrest van de Hoge Raad van 24 september 2004, *NJ* 2008, 587, houdt in dat wanneer iemand die contractspartij is bij een overeenkomst die een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden zijn verbonden, hij onder omstandigheden verplicht kan zijn om rekening te houden met de belangen van die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract. Zie hierover o.a. G.A. Linssen, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht', *NJB* 1995, p. 1265-1274; C.E. du Perron, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, Deventer: Kluwer 1996; F.W.J. Meijer, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling (I)' en 'Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling (II)', *WPNR* 1998, p. 617-621 en 631-634; M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

⁴ In het verleden werd vaker over dit onderwerp gepubliceerd, zie o.a. G. de Grooth, 'De bescherming van rechten uit overeenkomst tegen aantasting door derden', in: J. Versteeg e.a., *Rechtskundige opstellen* (Meijers-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935, p. 157-168; L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht 1939), Enschede: M.J. van der Loeff 1939; M.H. Bregstein, 'De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplichtige aan niet-nakoming', in: P.W. van Doorne e.a. (red.), *Verzameld werk van prof. mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 314-338; J.H. Jonker, *De rechtsverhouding tot de derde in de concurrentiestrijd* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1965; H.L. Wedeven, 'Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse zaken en diensten', *WPNR* 1968, p. 493-498; C.H. Beekhuis, 'Het profiteren van een door een ander gepleegde wanprestatie', in: H.L.

van contractueel recht door een derde, zich minder vaak voordoen dan de andere categorieën die worden onderscheiden binnen het leerstuk van overeenkomst en derden⁵ en dat de rechtspraak de laatste decennia op dit gebied weinig vernieuwingen heeft voortgebracht.⁶ Toch verdient de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk om meerdere redenen nader onderzoek. Hierboven bleek dat het onderwerp, dat zich afspeelt op het grensgebied tussen onrechtmatige daad en overeenkomst, aanleiding geeft tot een groot aantal vragen. Weliswaar zijn sommige kwesties, zoals de verhouding tot het contractuele relativiteitsbeginsel, inmiddels redelijk uitgekristalliseerd, maar op de kernvragen – wat is de reikwijdte en wat is de ratio van de aansprakelijkheid – is noch in de literatuur noch in de rechtspraak een duidelijk antwoord te vinden. Deze vragen zijn van zowel theoretisch als praktisch belang; de omvang van de aansprakelijkheid is direct van invloed op de contractsvrijheid en op de vrijheid van handel en bedrijf. Een ruime aansprakelijkheid, die tot gevolg heeft dat derden geen overeenkomst mogen sluiten met een ander wanneer de derde weet dat door het sluiten van deze overeenkomst de ander zijn eerder gesloten contract niet kan nakomen, leidt tot een beperktere keuzevrijheid met wie te contracteren en kan in de mededingingscontext een obstakel vormen om ten koste van de concurrent nieuwe klanten te werven. Aan de andere kant kan het risico om aansprakelijk te worden gesteld ertoe leiden dat derden zich onthouden van inmenging in andermans contractuele relatie, waardoor overeenkomsten vaker worden nagekomen en hun stabiliteit en betrouwbaarheid wordt bevorderd.

Anders dan in Nederland kan de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij contractbreuk de laatste decennia in andere Europese landen en in de Verenigde Staten wel op belangstelling rekenen vanuit de literatuur. Met name in de Verenigde Staten, Duitsland en Engeland is deze aansprakelijkheidsgrond veelvuldig ter discussie gesteld.⁷ De kritiek, die zich vooral richt op de onduidelijke ratio en de reikwijdte van de aansprakelijkheid, lijkt inmiddels ook tot de rechtspraak te zijn doorgedrongen. De hoogste Engelse rechter heeft in 2007 een belangrijke uitspraak gedaan waarin afstand werd genomen van een groot deel van

Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1969, p. 13-27. In recentere publicaties wordt dit thema als onderdeel van het leerstuk derden en overeenkomst besproken (zie voor literatuur voetnoot 1).

⁵ J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht', *WPNR* 1997, p. 719.

⁶ J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *WPNR* 2002, p. 40.

⁷ Zie o.a. D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 335-376; H.S. Perlman, 'Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine', 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, p. 61-129; D.A. Anderson, 'An Errant Tort', 9 *Rev. Litig.* 1990, p. 409-440; L.R. BeVier, 'Reconsidering Inducement', 76 *Va. L. Rev.* 1990, p. 877-936; D. Howarth, 'Against *Lumley v Gye*', 68 *M.L.R.* 2005-2, p. 195-232; H. Köhler, 'Die "Beteiligung an fremdem Vertragsbruch" – eine unerlaubte Handlung?', in: A. Heldrich e.a. (red.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I*, München: Verlag C.H. Beck 2007, p. 591-603; S. Deakin & J. Randall, 'Rethinking the Economic Torts', 72 *M.L.R.* 2009-4, p. 519-553; I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 518-525; O. Sosnitza, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?', *WRP* 2009-4, p. 373-378.

de twintigste-eeuwse rechtspraak en de voorwaarden voor aansprakelijkheid aanzienlijk strikter zijn gemaakt. Ook de hoogste Duitse rechter heeft aan het einde van de vorige eeuw enkele belangrijke uitspraken gewezen waarin eveneens de reikwijdte van de aansprakelijkheid werd ingeperkt ten gunste van de concurrentievrijheid.

Op Europees niveau is vooralsnog geen bindende aansprakelijkheidsregel tot stand gebracht die ziet op situaties van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk. Ook de invloed van het Unierecht is vooralsnog beperkt. Het Europese kartelverbod – evenals de nationale variant – heeft vooralsnog de grootste impact gehad door een groot deel van de verticale overeenkomsten te verbieden, waardoor ook de betrokkenheid bij de niet-nakoming van die overeenkomsten niet langer tot aansprakelijkheid kan leiden. In de Duitse literatuur is betoogd dat de invloed van het Europese recht verder strekt, en dat de bepalingen van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁸ als maatstaf moeten worden genomen om te bepalen of de betrokkenheid bij contractbreuk als ongeoorloofde concurrentie moet worden gekwalificeerd.⁹ Deze opvatting is echter niet door het Hof van Justitie bevestigd. De aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk wordt wel behandeld in de Europese *soft law*, welke afkomstig is van diverse studiegroepen die zich bezighouden met het formuleren van beginselen en regels van Europees privaatrecht. Artikel VI. – 2:211 van de *Draft Common Frame of Reference* (verder: DCFR) ziet specifiek op de situatie waarin de derde een ander tot de niet-nakoming van diens verbintenis heeft aangezet. Ook andere bepalingen hebben aanknopingspunten met het onderwerp, in het bijzonder artikel VI. – 2:208 DCFR, dat betrekking heeft op de onrechtmatige belemmering van handelsactiviteiten.

3 Doel en vraagstelling

Uit de vorige paragrafen blijkt dat in verband met de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk diverse kwesties rijzen die om opheldering vragen. Deze problemen worden in landen als Duitsland, Engeland en de Verenigde Staten al lange tijd gesignaleerd. In zowel de rechtspraak als literatuur zijn verschillende pogingen gedaan om de rechtszekerheid te vergroten, die variëren van het opstellen van een multifactorbenadering tot het herformuleren van de ratio en aansprakelijkheidsvoorwaarden. Het rechtsvergelijkende perspectief werpt nieuw licht op het Nederlandse recht, dat evenmin duidelijke antwoorden biedt wat betreft de ratio en de precieze omstandigheden waaronder de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk tot aansprakelijkheid leidt. Door middel van rechtsvergelijking kunnen de lacunes in het recht zichtbaar worden gemaakt en kan een bijdrage worden geleverd aan de theorievorming over dit onderwerp. Bovendien kan de vergelijking van verschillende rechtsstel-

⁸ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEU* 2005, L 149/22).

⁹ Zie m.n. I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 518-525.

sels inzicht bieden in de verschillen, maar ook in de gelijkenissen, en informatie verschaffen over de mogelijkheden tot harmonisatie.

De doelstelling van dit onderzoek is tweeledig. In de eerste plaats wordt beoogd om aan de hand van de analyses van het Duitse, Franse, Engelse en Amerikaanse recht inzicht te verkrijgen in de ratio en reikwijdte van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk naar Nederlands recht en eventuele leemten die worden gesignaleerd op te vullen. In de tweede plaats wordt ernaar gestreefd om op basis van de resultaten uit de rechtsvergelijking tot een afgewogen oordeel te komen ten aanzien van de haalbaarheid en wenselijkheid van harmonisatie op basis van een *common core*. Onderzocht zal worden in hoeverre tussen de vier gekozen EU-lidstaten sprake is van een gemeenschappelijke kern op het terrein van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk, of deze *common core* voldoende van omvang is, dat wil zeggen betrekking heeft op de belangrijkste aspecten van de aansprakelijkheid, en hoe de gemeenschappelijke kern zich verhoudt tot de bepalingen van de DCFR, in het bijzonder de artikelen VI. – 2:211 en VI. – 2:208.

De tweeledige doelstelling van het onderzoek laat zich vertalen in de volgende, eveneens tweeledige, vraagstelling:

1. Wat zijn de ratio en reikwijdte van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij contractbreuk naar Nederlands recht?
2. Is er binnen de vier gekozen Europese rechtssystemen sprake van een gemeenschappelijke kern en zo ja, in hoeverre is deze geschikt om als basis te dienen voor een harmonisatieregeling op EU-niveau?

Om deze twee hoofdvragen te beantwoorden, zal aan de hand van de volgende deelvragen worden onderzocht hoe in het Nederlandse, Duitse, Franse, Engelse en Amerikaanse recht wordt gereageerd op de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk:

- a. Kan een derde aansprakelijk worden gesteld wegens betrokkenheid bij contractbreuk en zo ja, wat is de juridische basis van deze aansprakelijkheid?
- b. Hoe heeft de aansprakelijkheid zich ontwikkeld?
- c. Hoe verhoudt de aansprakelijkheid zich tot het beginsel van contractuele relativiteit?
- d. Welke rol speelt de vrijheid van concurrentie?
- e. Wat is de ratio/rechtvaardiging?
- f. Wordt afzonderlijk getoetst of de gedaagde als ‘derde’ kan worden aangemerkt?
- g. Wanneer wordt het gedrag van de derde als onrechtmatig aangemerkt?
 - Is de aanwezigheid van een contractuele relatie vereist?
 - Kan de betrokkenheid van een derde bij een nietig, vernietigbaar of niet-afdwingbaar contract als onrechtmatig worden aangemerkt?
 - Wordt de aansprakelijkheid beperkt tot bepaalde typen contracten?

- Is contractbreuk vereist?
 - Moet de derde kennis van het contract hebben gehad?
 - Moet de derde de overeenkomst opzettelijk hebben verstoord?
 - Moet de derde actief betrokken zijn geweest bij de contractbreuk?
 - Moet de derde rechtstreeks betrokken zijn geweest bij de contractbreuk?
 - Welke andere omstandigheden kunnen van invloed zijn op het onrechtmatigheidsoordeel?
 - Welke rechtvaardigingsgronden worden aanvaard?
- h. Wat zijn de overige vereisten voor aansprakelijkheid (causaal verband, schade, relativiteit?) en hoe worden deze ingevuld?
- i. Wat zijn de beschikbare remedies?
- j. Welke regels gelden ten aanzien van verjaring en bewijs?
- k. Hoe worden kwesties van samenloop – met name tussen de vordering jegens de derde en de vordering jegens de wanprestant – opgelost?

4 Afbakening en terminologie

Een derde kan op vele manieren betrokken zijn bij een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. Hij kan direct invloed hebben uitgeoefend op de beslissing van een contractspartij om wanprestatie te plegen, maar zijn betrokkenheid kan ook indirecter van aard zijn, bijvoorbeeld wanneer hij gebruikmaakt van een al gepleegde contractbreuk. Een derde kan de contractbreuk bewerkstelligen via de *'state of mind'* van de reeds gebonden contractspartij, bijvoorbeeld door het verschaffen van financiële prikkels of door dreigementen te uiten, maar ook door de uitvoering van het contract fysiek onmogelijk te maken, bijvoorbeeld door aan een persoon of goed schade toe te brengen.

Het standaardvoorbeeld is het geval dat een derde door het uitvoeren van graafwerkzaamheden schade heeft toegebracht aan de elektriciteitskabel van een energiebedrijf, waardoor het energiebedrijf geen elektriciteit meer kan leveren aan zijn klanten en waardoor deze klanten op hun beurt de overeenkomsten met hun klanten niet kunnen nakomen. De vraag is of niet alleen het energiebedrijf, maar ook zijn klanten en wellicht de klanten van de klanten een vordering kunnen indienen jegens de derde.

Hoewel de gevallen waarin nakoming onmogelijk is gemaakt in het Amerikaanse recht worden aangemerkt als 'het op andere wijze verhinderen van nakoming' en samen met het aanzetten tot contractbreuk worden geschaard onder de noemer *tortious interference with contract*, worden deze gevallen in het Nederlandse, Duitse en Franse recht gescheiden behandeld van gevallen waarin sprake is van het uitlokken, bevorderen en gebruikmaken van wanprestatie.¹⁰ In

¹⁰ In het Engelse recht wordt onderscheid gemaakt tussen het aanzetten tot wanprestatie en het met onrechtmatige middelen opzettelijk toebrengen van vermogensschade. Situaties

dit onderzoek zullen de gevallen waarin de derde de nakoming van het contract onmogelijk of meer bezwaarlijk maakt, buiten beschouwing worden gelaten. Deze keuze kan worden gerechtvaardigd door de specifieke problematiek die zich in deze situaties voordoet, met name wat betreft de dreigende onbeheersbaarheid van de omvang van de aansprakelijkheid.¹¹

De situaties van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk die in dit onderzoek centraal staan, kunnen worden ingedeeld in de volgende categorieën:

1. Gevallen waarin de derde de wederpartij van de benadeelde heeft aangezet tot contractbreuk door gebruik te maken van ongeoorloofde methoden als misleiding en bedreiging.
2. Gevallen waarin de derde de contractbreuk heeft uitgelokt of actief heeft bevorderd en geen gebruik heeft gemaakt van op zichzelf ongeoorloofde methoden.
3. Gevallen waarin de derde heeft meegewerkt aan de contractbreuk van de wederpartij van de benadeelde.
4. Gevallen waarin de derde gebruik heeft gemaakt van een contractbreuk die in een eerder stadium is gepleegd.

In de gevallen die behoren tot categorie 1 of 2 heeft de derde ingewerkt op de geestesgesteldheid van wederpartij van de benadeelde, hetgeen tot gevolg heeft gehad dat deze zijn contractuele verplichting niet is nagekomen. Categorie 3 heeft betrekking op situaties waarin de derde de contractbreuk niet aantoonbaar actief heeft bevorderd, maar wel mogelijk heeft gemaakt. Hierbij moet in het bijzonder worden gedacht aan de situatie waarin de derde een ‘tegenstrijdige transactie’ is aangegaan – dat wil zeggen een overeenkomst heeft gesloten, die ertoe leidt dat zijn wederpartij een eerder aangegane verplichting jegens de benadeelde niet kan nakomen. In de gevallen die in de vierde categorie vallen heeft de derde niet rechtstreeks gehandeld met de wanpresterende wederpartij van de benadeelde.

Het onderzoek richt zich primair op de betrokkenheid van derden bij contractbreuk, maar ook worden situaties in de analyse betrokken waarin de derde de recht- en regelmatige beëindiging van een overeenkomst heeft veroorzaakt of heeft aangezet tot het niet-sluiten van een contract – in het Amerikaanse recht aangeduid als *tortious interference with prospective economic advantage*. Dat geldt eveneens voor gevallen waarin geen sprake is van een overeenkomst, maar die in de rechtspraak op vergelijkbare wijze worden behandeld, bijvoorbeeld de betrokkenheid bij de schending van een wettelijk voorkeursrecht.

waarin de nakoming opzettelijk onmogelijk is gemaakt kunnen worden ondergebracht in de laatste categorie. In situaties waarin door middel van onrechtmatige middelen – zoals bedreiging of bedrog – is aangezet tot niet-nakoming kunnen echter in zowel de eerste als de tweede categorie vallen. Zie uitgebreid hoofdstuk 6.

¹¹ Zie uitgebreider C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 125 e.v. Ook in de rechtsvergelijkende literatuur worden deze vormen van derdenbetrokkenheid bij niet-nakoming gescheiden behandeld, zie M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 171 e.v.

De studie is voornamelijk positiefrechtelijk van aard en heeft niet tot doel een rechtseconomische analyse van het onderwerp te geven. Daarmee is echter niet gezegd dat de economische aspecten geheel buiten beschouwing worden gelaten; met name bij de vraag naar de ratio of rechtvaardiging van de aansprakelijkheid zullen behalve juridische ook economische argumenten worden besproken. Hoewel de betrokkenheid bij contractbreuk ook in een grensoverschrijdende casus kan plaatsvinden, zullen vragen van internationaal privaatrecht – welke rechter is internationaal bevoegd, welk recht is toepasselijk en komt een vonnis dat in de ene staat gewezen is in de andere staat voor erkenning of tenuitvoerlegging in aanmerking – buiten beschouwing blijven.¹² Buiten de reikwijdte van dit onderzoek valt ook de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij contractbreuk van beroepsbeoefenaren die een bijzondere maatschappelijke rol vervullen, zoals notarissen. Voor deze groep worden in de jurisprudentie speciale, zwaarwegende zorgplichten aangenomen.¹³ Vanwege de bijzondere en complexe aard van het aanbestedingsrecht, dat zowel private als verschillende publiekrechtelijke rechtsgebieden beslaat, worden verstoringen van aanbestedingsverhoudingen door derden ook niet meegenomen in de analyse.

Tot slot van deze paragraaf een opmerking over de terminologie die in dit onderzoek wordt gebezigd. De derde die betrokken is bij contractbreuk en wiens aansprakelijkheid in het geding is, wordt aangeduid als ‘derde’, ‘niet-contractspartij’ of ‘gedaagde’. De schadelijgende contractspartij wordt omschreven als ‘benadeelde (contractspartij)’, ‘schuldeiser’ of ‘eiser’. De partij bij wiens niet-

¹² T.a.v. de vraag naar het toepasselijk recht is het aannemelijk dat in geval van het aanzetten tot niet-nakoming op grond van artikel 4 lid 1 van de Rome II-Verordening het recht van toepassing is van het land waar de wanprestatie is gepleegd en waar de benadeelde rechtstreeks vermogensschade heeft geleden, tenzij zowel de benadeelde als de dader woonplaats heeft in hetzelfde land (art. 4 lid 2) of er sprake is van een kennelijk nauwere band met een ander land (art. 4 lid 3). Zie ook P. Stone, ‘The Rome II Regulation on Choice of Law in Tort’, *Ankara L. Rev.* 2007, p. 111. Ook in concurrentieverhoudingen zal het toepasselijke recht doorgaans worden bepaald aan de hand van artikel 4 (via art. 6 lid 2), aangezien het aanzetten tot wanprestatie in de regel uitsluitend de belangen van de benadeelde contractspartij zal schaden. Zie ook p. 15 van de toelichting op het Commissievoorstel voor Rome II (COM (2003), 427 def). Overigens bestaat er geen mondiale consensus t.a.v. de inhoud van de conflictregel betreffende onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie. Zo concludeerde de federale Amerikaanse rechter in de zaak *Grupo Televisa, S.A. v. Telemundo Communications Group, Inc.*, 485 F.3d 1233 (C.A.11 2007) op grond van het conflictenrecht van de staat Florida in samenhang met de *Restatement (Second) of Conflict of Laws* dat voor de vraag naar het toepasselijke recht in deze zaak bepalend is waar de gedragingen van de dader voornamelijk hebben plaatsgevonden (i.c. was dit zijn vestigingsplaats: Florida).

¹³ Deze vraag staat centraal in Hof Amsterdam 24 mei 2011, *JOR* 2012, 86, m.nt. N.W.A. Tollenaar. Zie ook R.M. Wibier, ‘De notariële tuchtrechter vs. het wettelijk onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht – opnieuw een nederlaag voor het recht’, *WPNR* 2012, p. 212-214; N.C. van Oostrom-Streep, ‘Hoe de tuchtrechter de aard van kettinggeboden vervormt: een oproep tot koerswijziging’, *WPNR* 2012, p. 316-367; T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad, mede toegepast op de rol van de notaris’, *WPNR* 2012, p. 902-909; W.G. Huijgen, ‘De notaris en de kunst van “ieder het zijne”’, *WPNR* 2012, p. 910-916.

nakoming de derde betrokken is, wordt aangeduid als ‘wederpartij’, ‘schuldenaar’ of ‘wanprestant’.

5 Rechtsvergelijkende methode

5.1 Selectie van rechtsstelsels

De rechtsvergelijking dient in dit onderzoek twee doelen. Het eerste doel is het verkrijgen van inzicht in de manier waarop de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie geregeld is in de verschillende rechtsstelsels en voor welke oplossingen is gekozen voor de vragen die rijzen in het kader van deze aansprakelijkheid. Het tweede doel van de rechtsvergelijking is het in kaart brengen van de overeenkomsten en verschillen tussen de onderzochte (Europese) rechtsstelsels, en daarmee te inventariseren of sprake is van een gemeenschappelijke kern.

De keuze voor de Europese rechtsstelsels (buiten het Nederlandse) is in de eerste plaats gebaseerd op hun representativiteit, waarbij het Duitse recht representatief is voor de Germaanse rechtsfamilie, het Franse recht voor de Romaanse rechtsfamilie en het Engelse recht¹⁴ voor de *common law*-rechtsfamilie. Behalve representatief voor de drie belangrijkste rechtsculturen, vertegenwoordigen deze landen ook verschillende benaderingen ten aanzien van het onderwerp en zijn zij ook om deze reden interessant om te onderzoeken. Het Engelse recht kent strenge aansprakelijkheidsvoorwaarden, terwijl in het Franse recht juist een ruime aansprakelijkheid wordt geaccepteerd. Het Duitse recht, dat als enige van de gekozen rechtsstelsels een uitgebreide wetgeving heeft op het terrein van oneerlijke concurrentie, neemt een middenpositie in.

De keuze voor het Amerikaanse recht, evenals het Engelse een representant van de *common law*-familie, wordt gerechtvaardigd door het feit dat er in geen enkele andere jurisdictie zoveel rechterlijke uitspraken zijn geweest waarin de aansprakelijkheid van een derde wegens betrokkenheid bij contractbreuk centraal staat. De Amerikaanse rechtspraak laat zien welke problemen zich kunnen voordoen in verband met dit vraagstuk en draagt mogelijke oplossingen aan. De keuze voor het Amerikaanse recht *als geheel* behoeft echter nadere toelichting. *Tort law* (het recht betreffende onrechtmatige daad) is in de Verenigde Staten hoofdzakelijk deelstatelijk recht en dit geldt ook voor de *tort of interference with contractual relations*. Voor dit onderzoek is het niet mogelijk om het recht van elk van de vijftig deelstaten afzonderlijk te beschrijven. Het onderzoek beperken tot het recht van één of een beperkt aantal deelstaten heeft voor dit onderzoek het nadeel dat sommige kwesties in de rechtspraak van deelstaat X uitvoerig worden behandeld, maar andere vragen nog niet of nauwelijks aan de rechters in deze deelstaat worden voorgelegd, terwijl deze wel uitgebreid aan bod komen in de jurisprudentie van deelstaat Y en deelstaat Z en vice versa. Aangezien de verschillen tussen de deelstaten relatief klein zijn, kan echter wor-

¹⁴ Met ‘Engels recht’ wordt bedoeld op het recht van de jurisdictie van Engeland en Wales. Binnen het Verenigd Koninkrijk worden drie rechtsstelsels onderscheiden: Engeland en Wales, Schotland en Noord-Ierland.

den beargumenteerd dat wel sprake is van ‘Amerikaans recht’, dat als geheel bestudeerd kan worden. De kern van de aansprakelijkheid is gelijk, wat verklaard kan worden door de gezamenlijke basis (de Engelse uitspraak *Lumley v. Gye*¹⁵), het feit dat veel *state courts* naar uitspraken van gerechten uit andere deelstaten verwijzen ter motivering van hun uitspraken en zeker ook de harmoniserende invloed van de *Restatement of Torts*. Deze factoren maken het in hoge mate mogelijk om te spreken van de Amerikaanse aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij contractbreuk en om deze als geheel te analyseren. Wanneer zich wel duidelijke verschillen aftekenen tussen de deelstaten, zoals het geval is bij de bewijslastverdeling, zal hier aandacht aan worden besteed.

5.2 Functionele methode

De meest gebruikte en volgens velen de enige juiste methode voor rechtsvergelijking op het microniveau,¹⁶ is de functionele methode, welke niet normgericht is, maar antwoord geeft op een concrete probleemstelling.¹⁷ Deze methode leidt tot een vergelijking van het recht zoals het in werkelijkheid leeft, de *law in action*.¹⁸ Binnen de functionele methode kunnen verschillende submethoden worden onderscheiden. Volgens de functioneel-instrumentele benadering wordt een rechtsregel of beginsel in een bepaalde rechtsorde tot uitgangspunt genomen en wordt de vraag beantwoord welke rechtsregel of welk beginsel in een andere jurisdictie een gelijkwaardige functie vervult. De probleemoplossende benadering gaat daarentegen uit van een bepaald juridisch of sociaal probleem en geeft antwoord op de vraag hoe dit probleem in verschillende rechtssystemen wordt opgelost.¹⁹ In dit onderzoek staat de functioneel-instrumentele benadering centraal: de Nederlandse aansprakelijkheidsregel betreffende derdenbetrokkenheid bij wanprestatie vormt het uitgangspunt en onderzocht wordt welke regels uit de gekozen buitenlandse systemen een zelfde of gelijkwaardige functie hebben.

De functionele methode is bij uitstek geschikt wanneer de rechtsvergelijking de verbetering van het eigen recht tot doel heeft,²⁰ en sluit dus aan bij de eerste doelstelling van dit onderzoek. Ook voor het tweede doel van dit onderzoek heeft de functionele methode waarde. Door op zoek te gaan naar rechtsre-

¹⁵ [1853] 2 El & Bl 216.

¹⁶ K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press 1998, p. 34; A.E. Örüçü, ‘Methodology of comparative law’, in: J.M. Smits (red), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2012, p. 561; M. Adams, ‘Wat de rechtsvergelijking vermag’, AA 2011, p. 192.

¹⁷ W. Pintens, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 1998, p. 85; W. Devroe, *Rechtsvergelijking in een context van europeanisering en globalisering*, Den Haag: Acco 2010, p. 40.

¹⁸ D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer: Kluwer 1988, p. 137.

¹⁹ A.E. Örüçü, ‘Methodology of comparative law’, in: J.M. Smits (red), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2012, p. 561; A.E. Oderkerk, ‘The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research’, *ERCL* 2007, p. 328.

²⁰ W. Pintens, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 1998, p. 85.

gels met een equivalente functie, kan worden bepaald of er sprake is van een gemeenschappelijke kern, die als basis kan fungeren voor harmonisatie.²¹ In dit onderzoek wordt onder gemeenschappelijke kern of *common core* verstaan de ‘grootste gemene deler’. Hoewel ook zal worden ingegaan op een alternatief voor de *common core*-benadering, de *better law*-benadering, wordt met het onderzoek niet beoogd om de ‘beste oplossing’ te identificeren; de functionele methode is hiervoor niet geschikt.²²

5.3 Selectie van bronnen

Om het onderwerp in al zijn facetten te kunnen analyseren, zullen verschillende bronnen uit de gekozen nationale rechtsordes worden bestudeerd. In de *common law*-jurisdicties, waar een wettelijke basis voor de aansprakelijkheid ontbreekt, zal de nadruk liggen op de bestudering van de rechtspraak. In de drie *civil law*-rechtsstelsels wordt de aansprakelijkheid gebaseerd op een wetsbepaling. De betreffende wetsartikelen zijn relatief open van karakter en de reikwijdte van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij contractbreuk kan daarom slechts worden gekend wanneer ook de jurisprudentie wordt geraadpleegd.

Naast primaire rechtsbronnen zullen om het geldende recht in kaart te brengen ook secundaire bronnen worden gebruikt, waaronder commentaren en handboeken. Bij het onderzoek naar het Amerikaanse recht zal bovendien bijzondere aandacht worden geschonken aan §§ 766 tot en met 774A van de *Restatement (Second) of Torts* (bijgewerkt tot augustus 2012), waarin het Amerikaanse recht op het gebied van *tortious interference with contract or prospective contractual relation* wordt uiteengezet door middel van rechtsregels, toelichtingen en voorbeelden. Hoewel de *Restatements* worden vastgesteld door een private organisatie en daardoor geen kracht van wet hebben, hebben zij wel *persuasive authority*. In de *tortious interference*-rechtspraak wordt veelvuldig verwezen naar de *Restatement*.

Onder de secundaire bronnen vallen ook de publicaties die over de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie zijn verschenen in de onderzochte rechtsstelsels. Rechtsvergelijkende literatuur is slechts in beperkte mate voorhanden en bovendien grotendeels verouderd. In Nederland dateren de enkele rechtsvergelijkende publicaties die over dit onderwerp zijn gepubliceerd van de eerste helft van de vorige eeuw.²³ In de Franse, Engelse en Amerikaanse rechtsvergelijkende literatuur is weinig aandacht voor

²¹ M. Antokolskaia, ‘The “Better Law” Approach and the Harmonisation of Family Law’, in: K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 162.

²² A.E. Oderkerk, ‘The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research’, *ERCL* 2007, p. 326.

²³ Zie W.H. Drucker, *Onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Den Haag: Trio 1912 en M.H. Bregstein, ‘De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplichtige aan niet-nakoming’, in: P.W. van Doorne e.a. (red.), *Verzameld werk van prof.mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 314-338 (voor het eerst gepubliceerd in 1935).

deze aansprakelijkheid.²⁴ Daarentegen verschijnen in Duitsland wel met enige regelmaat publicaties waarin het Duitse recht inzake de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk wordt vergeleken met vooral het Amerikaanse en Engelse recht.²⁵ Tot slot kan nog gewezen worden op het onderzoek van de Belgische auteur Kruithof over verticale prijsbinding van merkartikelen, dat een uitgebreide rechtsvergelijkende analyse bevat van de aansprakelijkheid van derden wegens inbreuken op verticale prijsbindingsregelingen naar het recht van Nederland, België, Luxemburg, Frankrijk, West-Duitsland en Italië.²⁶ Dit onderzoek stamt echter uit 1972 en is deels achterhaald. Van recenter datum zijn de rechtsvergelijkende analyses van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij contractbreuk die zijn terug te vinden in de publicaties van diverse studiegroepen die zich bezighouden met de Europeanisering van het privaatrecht.²⁷ Ook deze analyses, die van beperkte omvang zijn, zullen in dit onderzoek worden meegenomen.

²⁴ Zie voor een vergelijking tussen het Amerikaanse en Franse recht: V.V. Palmer, 'A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract', 40 *Am. J. Comp. L.* 1992, p. 297-342. Een vergelijking tussen België en Frankrijk wordt gemaakt in M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992; R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité des effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand* (diss. Paris I), Parijs: L.G.D.J. 2004 bevat een vergelijking tussen het Franse en het Duitse recht.

²⁵ Zie A. Ohly, 'Die Verleitung zum Vertragsbruch im englischen und deutschen Recht: Zukunfts- oder Auslaufmodell?', in: B. Bernreuther e.a. (red.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag*, München: Sellier 2010, p. 617-631; E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – einde rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001. Wat oudere rechtsvergelijkende onderzoeken waarin het Duitse en Amerikaanse recht centraal staan, zijn H.C. Ficker, 'Interference with contractual relations und deliktsrechtlicher Schutz der Forderung', in: M. Ferid (red.), *Festschrift für Hans G. Ficker*, Berlin: Alfred Metzner Verlag 1967, p. 152-184 en H. Vygen, *Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Bonn), Bamberg: Difo Druck Schmach 1970. Voor een vergelijking tussen het Duitse, Zwitserse, Oostenrijkse, Franse, Engelse en Amerikaanse recht, zie D. Rehbein, *Die Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte: eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Freiburg), Bamberg: Rodenbusch 1968.

²⁶ R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap*, Brussel: I.C.V.R. 1972.

²⁷ Naast de DCFR kunnen worden genoemd C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 714-715; C. von Bar & U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, München: Sellier 2004, p. 211-216; M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: University Press 2003, p. 362-384; W. Van Gerven, J. Lever & P. Larouche, *Common Law of Europe Casebooks. Tort Law*, Oxford: Hart Publishing 2000, p. 232-248; C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Erster Band*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1996, p. 319-322. De aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie wordt ook besproken in de *International Encyclopedia of Comparative Law*, zie P. Schlechtriem, 'Unjust Enrichment By Interference With Property Rights', in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. X, Ch. 8, Dordrecht:

6 Opbouw van het onderzoek

Het onderzoeksverslag is opgebouwd uit twee delen. In het eerste deel wordt de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk op verschillende niveaus van totstandkoming geanalyseerd. Hoofdstuk 2 bevat een uiteenzetting van het onderwerp vanuit internationaal en Europees perspectief. Het zwaartepunt ligt echter bij het nationale niveau; in de hoofdstukken 3 tot en met 7 worden achtereenvolgens het Nederlandse, Duitse, Franse, Engelse en Amerikaanse recht in kaart gebracht. Gekozen is voor een successieve beschrijving, waarbij de oplossingen van de deelvragen per jurisdictie zullen worden vermeld. Deze methode heeft als voordeel dat de grote lijnen van de oplossingen zichtbaar blijven.²⁸ Vanwege het belang voor dit onderzoek om de benaderingen als geheel tegen elkaar af te kunnen zetten, wordt aan deze techniek de voorkeur gegeven boven simultane beschrijving, waarbij per deelvraag de oplossingen van alle rechtsstelsels worden aangegeven.

Het tweede deel omvat de comparatieve synthese, waarin de gelijkenissen en verschillen op een rij worden gezet en waarin wordt getracht om deze te verklaren (hoofdstuk 8). In hoofdstuk 9 zullen de onderzoeksresultaten worden geëvalueerd in het licht van de doelstellingen van dit onderzoek. Op basis van de onderzoeksresultaten zal worden geanalyseerd in hoeverre de oplossingen waarvoor is gekozen in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels geschikt zijn om de leemten en onduidelijkheden die zich voordoen in het Nederlandse recht ten aanzien van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk op te vullen. Ten slotte zullen de resultaten van het onderzoek worden gebruikt om een toekomstperspectief te schetsen voor een Europese geharmoniseerde regeling op basis van een *common core*.

Martinus Nijhoff 1984, p. 39 e.v. en A. Tunc, 'Torts', in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, Part 1, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1983, p. 60-62.

²⁸ D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer: Kluwer 1988, p. 188.

