

2 De Europese dimensie

1 Inleiding

Rechtsregels komen tot stand op het internationale, Europese en nationale niveau. De aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk wordt primair op nationaal niveau bepaald. Het nationaalrechtelijke perspectief staat centraal in de volgende hoofdstukken, waarin respectievelijk het Nederlandse, Duitse, Franse, Engelse en Amerikaanse recht zullen worden geanalyseerd. Zoals de meeste gronden voor buitencontractuele aansprakelijkheid wordt het onderwerp niet op het internationale niveau geregeld. De internationaalrechtelijke verdragen en internationale *soft law*-instrumenten op het gebied van het privaatrecht hebben voornamelijk betrekking op contracten.¹

De aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk heeft daarentegen wel een Europese dimensie. De Europeesrechtelijke aspecten, die in dit hoofdstuk worden behandeld, zijn voornamelijk relevant voor de beantwoording van de tweede deelvraag, die de mogelijkheden tot harmonisatie betreft. Voordat op de betekenis van het Europese recht voor de onderhavige aansprakelijkheid wordt ingegaan, zullen eerst de ontwikkelingen op het gebied van de Europeanisering van het privaatrecht en het onrechtmatigedaadsrecht worden geschetst.

2 De Europeanisering van het privaatrecht

2.1 *Hard law en soft law*

De harmonisatie van het materiële privaatrecht, waaronder het onrechtmatigedaadsrecht,² verloopt in Europa langs verschillende lijnen. In de eerste plaats geschiedt harmonisatie of unificatie via het geldende Unierecht,³ dat bestaat uit het

¹ Zoals het Weens Koopverdrag en de Unidroit principles of international commercial contracts. Op het gebied van internationale vervoerovereenkomsten zijn verschillende specifieke regelingen tot stand gekomen, zoals het CMR-Verdrag, het Verdrag van Montreal en de Rotterdam Rules. Ook op het terrein van het burgerlijk procesrecht zijn op transnationaal niveau beginselen geformuleerd, zie ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure.

² Zie hierover uitgebreid H. Koziol & R. Schulze (red.), *Tort Law of the European Community*, Wenen: Springer 2007.

³ De Europese Unie kan worden beschouwd als de drijvende kracht achter de harmonisatie van het privaatrecht in Europa. Maar de convergentie van de privaatrechtsstelsels van de Europese landen vindt ook plaats door nationale rechters, die voor interne rechtsproblemen soms een oplossing zoeken in een buitenlands rechtsstelsel, en door internationale

primaire recht (de oprichtings-, toetredings- en wijzigingsverdragen alsmede het Handvest van de grondrechten van de EU), het secundaire recht (regelingen die op het primaire Unierecht zijn gebaseerd zoals richtlijnen en verordeningen), de door de Gemeenschap gesloten verdragen,⁴ en de algemene beginselen zoals geformuleerd door het Hof van Justitie.⁵ Daarnaast heeft het Hof aan een aantal bepalingen van het primaire Unierecht directe horizontale werking toegekend, waardoor zij ook van toepassing zijn in de rechtsverhouding tussen particulieren onderling.⁶ Op het gebied van de onrechtmatige daad moet verder worden gedacht aan de aansprakelijkheid van de Europese Unie op basis van artikel 340 lid 2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (verder: VwEU) en de door het Hof van Justitie ontwikkelde aansprakelijkheid van lidstaten voor schending van het Unierecht.⁷

Harmonisatie van privaatrecht vindt echter ook plaats door middel van de ontwikkeling van *soft law*. Naast een enorme hoeveelheid publicaties van individuele onderzoekers, houden ook diverse studiegroepen, bestaande uit vooraanstaande wetenschappers, zich bezig met het Europees privaatrecht. Deze studiegroepen worden wel aangeduid als de Europeesprivaatrechtbeweging.⁸ Een deel van deze beweging houdt zich bezig met het formuleren van algemene beginselen en regels van Europees contractenrecht.⁹ Andere studiegroepen richten zich tevens of uitsluitend op de onrechtmatige daad. De *Study Group on a European*

verdragen, zoals het Weens Koopverdrag. Tevens moet worden gewezen op de invloed op met name het burgerlijk procesrecht en het familierecht van het EVRM en de uitleg hiervan van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Zie hierover A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: *Europeanisering van vermogensrecht* (Handelingen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2010), Deventer: Kluwer 2010.

⁴ Deze verdragen, die veelal de handelsbetrekkingen tussen de EU en derde landen betreffen, worden verder buiten beschouwing gelaten.

⁵ A.S. Hartkamp, *Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 6.

⁶ Hierbij kan worden gedacht aan de horizontale directe werking van discriminatieverboden zoals art. 157 VwEU en van de vrijheden die betrekking hebben op het personen- en dienstenverkeer, zie ook A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: *Europeanisering van vermogensrecht* (Handelingen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2010), Deventer: Kluwer 2010, p. 29.

⁷ C.H. Sieburgh, 'Het Europese Gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deel I*, Deventer: Kluwer 2007, p. 465-540; A.S. Hartkamp, *Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 70 e.v.

⁸ Zie voor een overzicht van deze beweging o.a. J.B.M. Vranken, 'Europees privaatrecht. "Bridging the gap" tussen wetenschap en praktijk', *TvPr* 2000-I, p. 5 e.v.; A.S. Hartkamp, *Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 298 e.v.; A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: *Europeanisering van vermogensrecht* (Handelingen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2010), Deventer: Kluwer 2010, p. 89 e.v.; L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 75 e.v.

⁹ De Lando-Commissie (Principles of European Contract Law (PECL)), de Academie de Privatistes Européens of Gandolfi-groep (Code Européen des Contrats) en de Acquis Group (Principles of the Existing EC Contract Law) hebben alle beginselen geformuleerd op het gebied van het algemene contractenrecht.

Civil Code, de opvolger van de Lando-Commissie, heeft onder leiding van Professor Christian von Bar op diverse privaatrechtelijke terreinen *Principles of European Law* (PEL) tot stand gebracht, waaronder koopovereenkomsten (*PEL: Sales*), dienstenovereenkomsten (*PEL: Service Contracts*) en onrechtmatige daad (*PEL: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*). De *European Group on Tort Law*, ook wel de Spier/Kozioł-groep genoemd, heeft *Principles of European Tort Law* (PETL) geformuleerd.¹⁰ Behalve groepen die zich bezighouden met het opstellen van regels of beginselen, zijn er ook studiegroepen die beogen de overeenkomsten en verschillen tussen de nationale privaatrechtsstelsels in Europa in kaart te brengen. Het *Ius Commune*-project *Casebooks for the Common Law of Europe* en het Trento-project over een *Common Core of Private Law* hebben beide gekozen voor een *case method*, waarbij aan de hand van casusposities inzicht wordt gegeven in de benaderingen en oplossingen van juridische problemen in diverse rechtsstelsels.

2.2 Actieplan en CFR

Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw is de vraag gerezen of het mogelijk en wenselijk is om een Europees wetboek voor privaatrecht in te voeren. In 1989 riep het Europees Parlement door middel van een resolutie op om een begin te maken met de voorbereidende werkzaamheden.¹¹ Het duurde tot 2001 tot de Commissie de praktijk, wetenschap en lidstaten opriep te discussiëren over de behoefte aan verdergaande actie op EU-niveau.¹² In 2003 volgde een mededeling waarin de Commissie komt met het Actieplan voor een coherenter Europees verbintenissenrecht (verder: Actieplan).¹³ Het idee om een Europees Burgerlijk Wetboek tot stand te brengen, dat in de literatuur op veel kritiek heeft kunnen rekenen,¹⁴ is (voorlopig) losgelaten. Het Actieplan is gericht op het contractenrecht¹⁵ en stelt een gemengde aanpak voor, met zowel regulerende als niet-regulerende maatregelen. Een van de voorgestelde maatregelen is het Gemeenschappelijk Referentiekader of *Common Frame of Reference* (verder: CFR), waarin ‘gemeenschappelijke beginselen en termen op het gebied van Europees

¹⁰ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Wenen: Springer 2005. Andere publicaties van deze studiegroep zijn H. Kozioł (red.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, Den Haag: Kluwer Law International 1998; B.A. Koch & H. Kozioł (red.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Den Haag: Kluwer Law International 2002.

¹¹ Resolutie van 26 mei 1989 over een poging tot harmonisatie van het privaatrecht in de lidstaten (*PbEG* 1989, C 158/400).

¹² Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2001, COM (2001) 398 def. (*PbEG* 2001, C 255/1).

¹³ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 12 februari 2003, COM (2003) 68 def. (*PbEU* 2003, C 63/1).

¹⁴ Zie o.a. P. Legrand, ‘Against a European Civil Code’, *M.L.R.* 1997, p. 44-63; F.J.M. De Ly, *Europese gemeenschap en privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 4.

¹⁵ Hoewel in de Nederlandstalige versie van de documenten de ruimere term verbintenissenrecht wordt gehanteerd, blijkt uit de Engelstalige (*contract law*), de Duitstalige (*Vertragsrecht*) en de Franstalige versie (*droit européen des contrats*) dat het contractenrecht centraal staat.

verbintenissenrecht zijn vastgelegd.¹⁶ De Commissie beschouwt de CFR als een belangrijk instrument om het bestaande en toekomstige Unierecht op het gebied van het overeenkomstenrecht te verbeteren en samenhangender te maken.¹⁷ Daarnaast roept de Commissie op om na te denken over de invoering van een optioneel instrument op het gebied van het contractenrecht, ook wel het 28^e model genoemd.¹⁸ Het idee hierachter is dat contractspartijen door middel van een rechtskeuze het in het instrument vervatte Europees contractenrecht toepasselijk kunnen verklaren op hun overeenkomst, maar dat zij hiertoe niet verplicht zijn (*opt-in*). De komst van een optioneel instrument is een stuk dichterbij gekomen nu de Commissie in 2011 een voorstel heeft opgesteld voor een verordening inzake een gemeenschappelijk kooprecht.¹⁹

De focus van de Commissie ligt op de harmonisering van het contractenrecht. Vooralsnog wordt geen prioriteit gegeven aan de harmonisatie van het algemene onrechtmatigedaadsrecht. Dat wil niet zeggen dat ook onderdelen van dit rechtsgebied niet voor harmonisatie in aanmerking zouden komen. Een optioneel instrument voor (gedeelten van) het onrechtmatigedaadsrecht ligt echter niet voor de hand.²⁰ In tegenstelling tot het toepasselijke recht op overeenkomsten wordt het toepasselijke recht op de onrechtmatige daad slechts bij uitzondering gekozen door de betrokkenen. Bovendien geldt op grond van de Verordening inzake het toepasselijke recht op niet-contractuele verbintenissen (Rome II)²¹ dat voor een aantal onrechtmatige daden, waaronder oneerlijke concurrentie en inbreuken op intellectueel eigendom, de mogelijkheid tot het maken van een rechtskeuze is uitgesloten.²² Een CFR voor onrechtmatige daad is in tegenstel-

¹⁶ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 12 februari 2003, COM (2003) 68 def. (*PbEU* 2003, C 63/11). Zie over de CFR o.a. G. Wagner (red.), *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, München: Sellier 2009; A. Vaquer (red.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, Groningen: Europa Law Publishing 2008; M. Oderkerk, 'The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research', *ERCL* 2007, p. 315-331; M.W. Hesselink, 'The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law', *ERPL* 2004, p. 397-419; C. von Bar & S. Swann, 'Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law (COM[2003]63)', *ERPL* 2003, p. 595-622.

¹⁷ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 12 februari 2003, COM (2003) 68 def. (*PbEU* 2003, C 63/11).

¹⁸ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 12 februari 2003, COM (2003) 68 def. (*PbEU* 2003, C 63/15).

¹⁹ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht van 11 oktober 2011, COM (2011) 636 def.

²⁰ Zie ook J.M. Smits, 'Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid', in: *Handelingen NJV 2006-1*, Deventer: Kluwer 2006, p. 88.

²¹ Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II) (*PbEU* 2007, L 199/40).

²² Resp. art. 6 lid 4 en art. 8 lid 3 Rome II. Zie ook G. Palao Moreno, 'Book VI of the DCFR (Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another) and European Private International Law', *ERPL* 2009, p. 703-710, die bovendien erkent dat voor zover een rechtskeuze is toegestaan op grond van art. 14 Rome II, van deze mogelijkheid slechts in een beperkt aantal gevallen gebruik kan worden gemaakt. Hij betoogt echter dat partijen

ling tot het 28^e model niet ondenkbaar. Het tweede voortgangsverslag van de Europese Commissie over de CFR vermeldt dat er tijdens een expert-workshop voor vertegenwoordigers van consumenten en het bedrijfsleven en voor praktijkjuristen onder de deelnemers sprake was van ‘*an emerging consensus that the CFR should contain the topics directly related to the existing EU contract law acquis (...)*’.²³ Dit zou betekenen dat ook onderwerpen die zich op het grensgebied van onrechtmatige daad en contract bevinden, in de CFR zouden kunnen of moeten worden opgenomen. Van Boom wijst in dit verband op pre-contractuele aansprakelijkheid, de aansprakelijkheid in samenhangende rechtsverhoudingen en de quasi-contractuele bescherming voor derden.²⁴ Aan deze reeks zou ook de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie kunnen worden toegevoegd.

2.3 DCFR

Een algemene, overkoepelende regeling van de onrechtmatige daad is wel te vinden in de *Draft Common Frame of Reference* (verder: DCFR) die eind 2007 naar aanleiding van het Actieplan aan de Commissie werd aangeboden.²⁵ De totstandkoming van de DCFR, een gezamenlijk project van de *Study Group on a European Civil Code* en de *Acquis Group*, kan worden beschouwd als een belangrijke mijlpaal binnen de Europeesprivaatrechtbeweging. Met de DCFR worden drie doelen nagestreefd. In de eerste plaats vormt de DCFR een mogelijk model voor de CFR. Het project is om deze reden deels gefinancierd door de Commissie. De DCFR is echter in tegenstelling tot de CFR geen politieke, maar een wetenschappelijke tekst die het resultaat is van een samenwerking van meer dan 150 onderzoekers. De DCFR is bovendien breder van opzet, en beperkt zich niet, zoals de Commissie in haar Actieplan, tot het contractenrecht. Het instrument strekt zich ook uit tot de onrechtmatige daad, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en tot onderwerpen op het gebied van het goederenrecht. In de tweede plaats wordt met de DCFR beoogd de kennis van het privaatrecht van de verschillende lidstaten te vergroten en de vele gelijkenissen tussen de rechtstelsels te tonen. De derde doelstelling van de opstellers is dat zij de DCFR als mogelijke inspiratiebron zien voor nationale rechters en wetgevers, die kan bijdragen aan een informele Europeanisering van het privaatrecht. Veel van de re-

in die gevallen moeten kunnen kiezen voor een neutrale, op de interne markt toegespitte set aan regels.

²³ Tweede voortgangsverslag over het gemeenschappelijke referentiekader (*Common Frame of Reference*), COM (2007) 447 def., p. 8.

²⁴ W.H. van Boom, ‘European Tort Law; An Integrated or Compartmentalized Approach?’, in: A. Vaquer (red.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference – Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, Groningen: Europa Law Publishing 2008, p. 134.

²⁵ C. von Bar, E.M. Clive, H. Schulte-Nölke e.a. (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Interim Outline Edition), München: Sellier 2008. In 2009 en 2010 zijn respectievelijk de *Outline Edition* en *Full Edition* (met commentaar) verschenen.

gels uit de DCFR zijn overgenomen uit de PECL en PEL, maar het document bevat ook nieuwe of afwijkende regels.²⁶

De indeling van de DCFR is als volgt. In de inleiding worden de verschillende doelstellingen, de reikwijdte, de structuur, taal en de verhouding met enerzijds andere *soft law*-instrumenten en anderzijds de CFR besproken. Vervolgens wordt een overzicht gegeven van de studiegroepen en deelnemers die hebben meegewerkt aan de totstandkoming van het instrument. De kern van de DCFR wordt gevormd door de beginselen (*principles*) en de modelbepalingen (*model rules*). De beginselen, die aan de modelbepalingen ten grondslag liggen, zijn vrijheid (*freedom*), veiligheid (*security*), rechtvaardigheid (*justice*) en efficiëntie (*efficiency*).²⁷ De modelbepalingen zijn onderverdeeld in tien boeken. Boek I bevat algemene bepalingen, boek II gaat over rechtshandelingen, boek III over verbintenissen, boek IV over bijzondere overeenkomsten, boek V over zaakwaarneming, boek VI over buitencontractuele aansprakelijkheid, boek VII over ongerechtvaardigde verrijking en de boeken VIII-X betreffen goederenrechtelijke onderwerpen (eigendomsoverdracht, zekerheidsrechten op roerende zaken en *trusts*).

De bepalingen van de DCFR die betrekking hebben op buitencontractuele aansprakelijkheid komen grotendeels overeen met de *Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (verder: PEL Liab. Dam.), waarvan de definitieve versie door de Study Group on a European Civil Code in november 2006 werd vastgesteld.²⁸ In hoofdstuk 1 van boek VI van de DCFR zijn algemene bepalingen opgenomen. Op grond van de hoofdregel, die in artikel VI. – 1:101 is vermeld, heeft degene die ‘rechtens relevante schade’ lijdt recht op vergoeding van de schade jegens degene die de schade heeft veroorzaakt of aan wie het veroorzaken van de schade kan worden toegerekend. In hoofdstuk 2 wordt vervolgens gedefinieerd wat ‘rechtens relevante schade’ is. In afdeling 1 van dit hoofdstuk wordt bepaald dat schade rechtens relevant is wanneer (a) een van de regels in afdeling 2 dat bepaalt; (b) het voortkomt uit de schending van een recht of (c) voortkomt uit de schending van een wettelijk beschermd belang. Hierbij dient te worden aangemerkt dat volgens de toelichting contractuele rechten geen bescherming genieten op basis van sub (b) en (c).²⁹ Het bieden van een absolute bescherming tegen inbreuken van derden op contractuele rechten zou tot gevolg hebben dat deze rechten hun relatieve

²⁶ C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Full Edition), Volume I, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 17-18.

²⁷ C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Full Edition), Volume I, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 37 e.v.

²⁸ Deze versie is te vinden op http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm.

²⁹ C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Full Edition), Volume IV, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 3143-3144.

karakter verliezen.³⁰ In afdeling 2 van Hoofdstuk 2 zijn specifieke aansprakelijkheidsgronden opgenomen die betrekking hebben op inbreuken op een eigendomsrecht, milieuverontreiniging, onrechtmatige belemmeringen van handelsactiviteiten, bedrog en het aanzetten tot de niet-nakoming van een verbintenis. De volgende hoofdstukken zijn gewijd aan toerekenbaarheid (hoofdstuk 3), causaliteit (hoofdstuk 4), verweermiddelen (hoofdstuk 5) en rechtsmiddelen (hoofdstuk 6). In hoofdstuk 7 zijn tot slot enige aanvullende regels opgenomen, die onder meer de verhouding tot het nationale recht betreffen.

3 Gevolgen van het Unierecht voor de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk

3.1 Richtlijnen op het gebied van oneerlijke concurrentie

Het Unierecht kent geen aansprakelijkheidsregel die specifiek ziet op situaties van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie. Op Europees niveau zijn daarentegen wel richtlijnen tot stand gekomen die betrekking hebben op oneerlijke concurrentiepraktijken, in het bijzonder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (verder: Richtlijn OHP)³¹ en de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame.³² Door verschillende Duitse rechtsgeleerden is betoogd dat de bepalingen van met name de Richtlijn OHP leidend zouden moeten zijn om te bepalen of de betrokkenheid bij contractbreuk in concurrentieverhoudingen als oneerlijke concurrentie kan worden aangemerkt en tot buitencontractuele aansprakelijkheid kan leiden.³³ Deze richtlijn heeft tot doel een hoog niveau van consumentenbescherming te bewerkstelligen. Omdat de richtlijn maximumharmonisatie beoogt, hebben de lidstaten geen ruimte om verdergaande bescherming te bieden.³⁴

Artikel 5 lid 1 van de Richtlijn OHP verbiedt oneerlijke handelspraktijken. Wat onder oneerlijke handelspraktijk moet worden verstaan, wordt in lid 2 beschreven:

³⁰ C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Full Edition), Volume IV, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 3380.

³¹ 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).

³² Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006, (*PbEU* 2006, L 376/21), ter vervanging van Richtlijn 84/450/EEG, die geamendeerd was door o.m. de richtlijnen 97/55/EG en 2005/29/EG. Zie ook COM(2012) 702, waarin de Commissie het voornemen uit om een herziening van de richtlijn voor te stellen.

³³ I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 518-525; Zie ook H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.36a.

³⁴ Zie ook HvJ EU 7 maart 2013, zaak C-343/12 (*Euronics/Kamera Express*) (nog niet gepubliceerd).

‘Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij:

- a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding, en
- b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.’

Op grond van artikel 5 lid 4 zijn handelspraktijken met name oneerlijk wanneer zij misleidend of agressief zijn. Bijlage I bij de richtlijn bevat een zwarte lijst van misleidende of agressieve handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Artikel 6 en 7 geven nadere invulling aan het begrip misleidende handelspraktijk. Een handelspraktijk is volgens artikel 6 misleidend wanneer zij op onwaarheden berust, of bedrieglijk is voor de gemiddelde consument (lid 1). Volgens artikel 6 lid 2 zijn handelspraktijken echter ook misleidend wanneer zij de gemiddelde consument ertoe brengen of kunnen brengen een besluit over een transactie te nemen die hij anders niet had genomen, op voorwaarde dat door de marketing van het product verwarring is ontstaan met het product van de concurrent, of de handelaar een gedragscode, waarmee hij heeft ingestemd, heeft geschonden. Artikel 7 geeft aan wat onder misleidende omissies moet worden verstaan. Hiervan is sprake wanneer een handelaar essentiële informatie weglaat, op basis waarvan de consument zijn keuze voor een transactie baseert of kan baseren. Artikel 8 en 9 geven een definitie van het begrip agressieve handelspraktijk. Volgens deze artikelen is een handelspraktijk agressief wanneer door intimidatie, dwang – waaronder lichamelijk geweld – of ongepaste beïnvloeding de keuzevrijheid van de gemiddelde consument ten aanzien van een product wordt of kan worden beperkt.

Hoewel de Richtlijn OHP slechts consumentenbescherming tot doel heeft, wordt in de Duitse literatuur wel betoogd dat er een reflexwerking van uitgaat in verhouding tussen concurrenten onderling omdat de richtlijn algemeen aanvaarde opvattingen over oneerlijke mededinging weerspiegelt.³⁵ Om deze reden zouden ook in het zakelijke verkeer de bepalingen van de richtlijn leidend moeten zijn om de aanvaardbaarheid van concurrentiehandelingen te beoordelen. Het gevolg hiervan zou zijn dat de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie grotendeels³⁶ wordt beperkt tot gevallen waarin sprake is van misleiding of agressie.³⁷ Deze opvatting wordt elders in de literatuur betwist, vooral omdat de richtlijn in overweging 6 van de considerans de lidstaten

³⁵ I. Scherer, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP’, *WRP* 2009-5, p. 522.

³⁶ Volgens Scherer is aansprakelijkheid ook gerechtvaardigd wanneer de betrokkenheid bij wanprestatie objectief tot minder concurrentie leidt – bijv. wanneer een derde werknemers bij zijn concurrent weglukt, niet omdat hij hen zelf nodig heeft, maar om het werk bij zijn rivaal stil te leggen, zie I. Scherer, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP’, *WRP* 2009-5, p. 523-524.

³⁷ Zie ook H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.36a (over het weglukken van klanten).

expliciet de mogelijkheid geeft om in hun nationale wetgeving verdergaande bescherming te bieden in concurrentieverhoudingen.³⁸

Tot slot dient gewezen te worden op het recente Groenboek inzake oneerlijke handelspraktijken in de food- en non-food toeleveringsketen tussen ondernemingen in Europa,³⁹ dat begin 2013 is gepubliceerd. In dit Groenboek geeft de Commissie uitvoering aan haar eerder geuite voornemen⁴⁰ tot een initiatief ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken. Met het Groenboek, waarin een voorlopige beoordeling wordt gegeven over de mogelijke problemen van oneerlijke handelspraktijken in de toeleveringsketen, wordt beoogd om het debat te lanceren en informatie te verzamelen. Het Groenboek ziet echter alleen op oneerlijke handelspraktijken in verticale relaties en besteedt geen aandacht aan het onderwerp van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk – dat de horizontale verhouding betreft.

3.2 *Invloed van het Europese kartelverbod*

In tegenstelling tot de Richtlijn OHP heeft artikel 101 VwEU en de uitleg van dit artikel door het Hof van Justitie al wel een aantoonbare invloed gehad op de nationale rechtspraak over de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie. Dit artikel bepaalt dat ondernemersovereenkomsten die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden of als consequentie hebben dat de concurrentie binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, nietig zijn. Het Europese kartelverbod, de interpretatie ervan door het Hof van Justitie en zijn invloed op het nationale mededingingsrecht van de lidstaten, hebben tot gevolg gehad dat een aanzienlijk aantal overeenkomsten, die voorheen geoorloofd waren, verboden werden. Dit had ook consequenties voor de aansprakelijkheid van derden die betrokken waren bij de niet-nakoming van deze overeenkomsten. Zoals ook door het Hof van Justitie is overwogen, kan een derde slechts worden verweten dat hij heeft deelgenomen aan een contractbreuk, wanneer de overeenkomst in kwestie zelf geldig is.⁴¹ De betrokkenheid bij de schending van een nietige overeenkomst kan niet tot aansprakelijkheid leiden.

In 1966 oordeelde het Hof van Justitie dat het Europese kartelverbod (artikel 101 VwEU, destijds artikel 85 EEG-Verdrag) ook van toepassing is op verticale overeenkomsten, zoals prijsbindingsovereenkomsten.⁴² Juist de betrokkenheid van derden bij de schending van verticale overeenkomsten, met name verkooporganisaties die verticale prijsbinding tot doel hadden, vormden in

³⁸ Zie m.n. 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. 626.

³⁹ COM(2013) 37 def. van 31 januari 2013.

⁴⁰ Dit voornemen werd geuit in de Akte voor de interne markt: Twaalf hefbomen voor het stimuleren van groei en het versterken van het vertrouwen “Samen werk maken van een nieuwe groei” (COM(2011)206 van 13 april 2011).

⁴¹ Zie HvJ EG 13 januari 1994, zaak C-376/92, *Jur.* 1994, p. I-30, punt 24 (*Metro/Cartier*).

⁴² HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58-64, *Jur.* 1966, p. 450 (*Consten/Grundig*). Zie ook J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 8.

West-Europa vanaf de jaren dertig van de vorige eeuw een belangrijke aanleiding voor civiele procedures. Als gevolg van de uitspraak van het Hof was de rechtspraak van onder meer de Hoge Raad en het BGH grotendeels achterhaald.

In de jaren tachtig van de vorige eeuw werd door de Commissie voor een aantal verticale overeenkomsten (alleenverkoopovereenkomsten,⁴³ exclusieve afnamecontracten⁴⁴ en franchiseovereenkomsten⁴⁵) een groepsvrijstelling verleend, waardoor deze overeenkomsten niet langer nietig waren in de zin van artikel 101 VwEU. De verordeningen die in deze vrijstelling voorzagen, werden in 2000 vervangen door de Groepsvrijstellingsverordening inzake verticale overeenkomsten,⁴⁶ die in 2010 werd vervangen door een nieuwe Groepsvrijstellingsverordening.⁴⁷ Bij de verordening heeft de Commissie ook richtsnoeren gegeven voor het opstellen en beoordelen van verticale overeenkomsten.⁴⁸ De redenen voor de groepsvrijstelling worden in de preambule van de verordening vermeld. Deze bepaalt dat sommige verticale overeenkomsten de economische efficiëntie binnen een productie- of distributieketen kunnen bevorderen (overweging 6). Volgens de preambule moet worden vermoed dat verticale overeenkomsten over het algemeen leiden tot een verbetering van de productie of van de distributie van producten en dat ook de gebruikers voor een billijk aandeel van deze voordelen profiteren, mits het marktaandeel van de betrokken partijen niet meer bedraagt dan dertig procent (overweging 8).

In de Groepsvrijstellingsverordening is echter ook een aantal harde-kernbeperkingen opgenomen, die geheel buiten de werkingssfeer van de verordening vallen. Een van die harde-kernbeperkingen betreft verticale prijsbindingsovereenkomsten, die dus onder het verbod van artikel 101 VwEU blijven vallen. Omdat er sprake is van een harde-kernbeperking, is de zogenaamde *de minimis*-leer, die inhoudt dat niet-merkbare beperkingen van de concurrentie niet vallen onder het verbod van art. 101 lid 1 en 2 VwEU, niet van toepassing. De enige manier waarop een overeenkomst die een harde-kernbeperking betreft, alsnog kan worden toegelaten, is via art. 101 lid 3 VwEU. Op grond van dit lid zijn overeenkomsten die volgens lid 1 verboden zijn, onder omstandigheden toch toegestaan. Deze overeenkomst moet dan bijdragen tot een verbetering van de productie, verdeling van de producten of verbetering van technische of economische ontwikkeling, de voordelen moeten ook ten goede komen aan de afnemers, de overeenkomst mag geen beperkingen aan andere ondernemingen opleggen die verder gaan dan strikt noodzakelijk en de concurrentie niet voor een belangrijk deel uitschakelen. Aan alle voorwaarden moet worden voldaan voordat een op grond van art. 101 lid 1 VwEU verboden overeenkomst wordt toegestaan. Aangezien prijsbinding door het Hof in de meeste gevallen naar haar aard wordt beschouwd als concurrentiebeperkend, zal een prijsbindingsovereenkomst echter niet snel vallen onder de uitzondering van lid 3.

⁴³ Verordening (EEG) nr. 1983/83 (*PbEG* 1983, L 173/1).

⁴⁴ Verordening (EEG) nr. 1984/83 (*PbEG* 1983, L 173/5).

⁴⁵ Verordening (EEG) nr. 4087/88 (*PbEG* 1988, L 359/46).

⁴⁶ Verordening (EG) nr. 2790/1999 (*PbEG* 1999, L 336/21), zie artikel 12.

⁴⁷ Verordening (EU) nr. 330/2010 (*PbEU* 2010, L 102/1).

⁴⁸ Europese Commissie, Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2010/C 130/1).

Selectieve distributie is op grond van de Groepsvrijstellingsverordening toegestaan beneden de martkaandeeldrempel van dertig procent,⁴⁹ maar de leden van een selectief distributiestelsel kan het alleen nog worden verboden om te verkopen aan niet-erkende distributeurs binnen het grondgebied waar het selectief distributiestelsel door de leverancier wordt toegepast. Voor verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector gold sinds 1 oktober 2002 een speciale groepsvrijstellingsverordening.⁵⁰ Hoewel deze regeling in 2010 afliep, is afgesproken dat de bepalingen van deze verordening gedurende een overgangperiode van drie jaar nog zullen worden toegepast voor de primaire markt (verkoop van nieuwe personen- en bedrijfsauto's). Vanaf 1 juni 2013 gelden de bepalingen van de algemene Groepsvrijstellingsverordening.

Het concrete gevolg van de groepsvrijstellingsverordeningen voor de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk is dat deze weer heeft kunnen herleven voor verticale overeenkomsten die gevolgen hebben voor de concurrentie en handel op de interne markt,⁵¹ maar zijn vrijgesteld en dus niet langer nietig zijn in de zin van artikel 101 lid 2 VwEU. Daar staat tegenover dat door het opnemen van strengere regels in de nieuwe Groepsvrijstellingsverordening ten aanzien van selectieve distributie en de omstandigheid dat deze verordening vanaf medio 2013 ook van toepassing is op de primaire automarkt, deze direct van invloed is op de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk.⁵²

3.3 *Invloed van het Hof van Justitie*

Uit paragraaf 3.2 blijkt dat het Hof van Justitie via de interpretatie van het kartelverbod invloed heeft gehad op de nationale rechtspraak over de aansprakelijkheid van derden wegens hun betrokkenheid bij wanprestatie. De uitspraken van het Hof waarin expliciet wordt gerefereerd aan aansprakelijkheidsgrond zijn

⁴⁹ Dit gold ook voor de vorige Groepsvrijstellingsverordening. Door het Hof van Justitie was ook daarvoor al geoordeeld dat selectieve distributie over het algemeen niet in strijd is met artikel 101 VwEU, mits aan een aantal cumulatieve voorwaarden is voldaan, namelijk 1) selectief distributiesysteem moet noodzakelijk zijn om kwaliteit van het product te bewaren; 2) handelaren moeten aan de hand van objectieve, non-discriminatoire criteria worden geselecteerd en 3) deze criteria mogen niet verder gaan dan strikt noodzakelijk, zie o.a. HvJ EG 11 december 1980, zaak 31/80, *Jur.* 1980, p. 3775 (*L'Oréal/Nieuwe Amck*), punten 15 en 16; HvJ EG 25 oktober 1977, zaak 26/76, *Jur.* 1977, p. 1875 (*Metro/SABA*), punten 20 en 21.

⁵⁰ Verordening (EG) nr. 1400/2002 (*PbEG* 2002, L 203/30).

⁵¹ Op verticale overeenkomsten die geen invloed hebben op de handel of concurrentieverhoudingen tussen lidstaten, blijft de nationale wetgeving van toepassing. Voor verticale prijsbinding geldt in Nederland sinds 1964 de hoofdregel dat collectieve verticale prijsbinding niet, en individuele verticale prijsbinding wel is toegestaan.

⁵² Zie bijv. HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*), waarin het gebruikmaken van een schending van een doorleveringsverbod van auto's als onrechtmatig werd aangemerkt, hetgeen na 1 juni 2013 niet meer mogelijk is omdat de algemene vrijstellingsverordening een dergelijk verbod niet toelaat. Zie ook Mok in zijn annotatie bij deze uitspraak en zie hoofdstuk 3, par. 9.4.3 voor een beschrijving van dit arrest.

echter zeldzaam. In de schaarse rechtspraak waarin het onderwerp wel aan bod komt, betreft het niet de kern van het geschil of prejudiciële vraag.⁵³

4 Aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk in de Europese *soft law*

Een aantal *soft law*-instrumenten bevat een bepaling of casuspositie die betrekking heeft op (een aspect van) de aansprakelijkheid van derden wegens hun betrokkenheid bij wanprestatie. In het boek *Pure Economic Loss in Europe*,⁵⁴ dat is verschenen in kader van het Trento-project, wordt onderzocht of en zo ja, onder welke voorwaarden een tweede koper in verschillende Europese rechtstelsels aansprakelijk kan worden gehouden in geval van een dubbele verkoop van een onroerend en een roerend goed.⁵⁵ De redacteurs komen tot de conclusie dat gevallen van dubbele verkoop in veel lidstaten niet alleen worden geregeld in het aansprakelijkheidsrecht, maar dat ook of zelfs vooral het goederenrecht (regels voor de overdracht van eigendom) van belang is.⁵⁶ Ook in de rechtsvergelijkende bundel *The Interaction of Contract Law and Tort and Property in Europe*⁵⁷ wordt de aansprakelijkheid van derden die betrokken zijn bij wanprestatie behandeld.

De vooralsnog enige concrete poging om een Europese aansprakelijkheidsregel ten aanzien van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie te formuleren, is terug te vinden in artikel 2:211 PEL Liab. Dam. en artikel VI. – 2:211 DCFR en luidt:

⁵³ Zie HvJ EG 13 januari 1994, zaak C-376/92, Jur. 1994, p. I-15 (*Metro/Cartier*) en HvJ EG 21 januari 2003, zaak C-318/00, Jur. 2003, p. I-905 (*Bacardi-Martini/Cellier des Dauphins*). Een uitzondering vormt HvJ EG 6 februari 1990, zaak C-201/86, Jur. 1990, p. I-218 (*Spie-Batignolles/Commissie*). In deze zaak had de onderneming Spie-Batignolles het Hof van Justitie verzocht om de Commissie te veroordelen tot schadevergoeding. Aan de eis had zij o.a. ten grondslag gelegd dat de Commissie op onrechtmatige wijze betrokken was bij de contractbreuk van haar wederpartij, de Rwandese overheid. Volgens A-G Van Gerven was er echter onvoldoende bewijs dat de Commissie tot wanprestatie had aangezet of dat de contractbreuk aan de Commissie kon worden toegeschreven. Na deze conclusie deelde Spie-Batignolles het Hof van Justitie mee dat zij afstand deed van instantie, waarna de zaak werd doorgehaald in het register en het Hof geen uitspraak heeft kunnen doen in deze zaak.

⁵⁴ M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

⁵⁵ M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 362.

⁵⁶ M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 383.

⁵⁷ C. von Bar & U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property in Europe*, München: Sellier 2004, nrs. 316-328.

‘Without prejudice to the other provisions of this Section, loss caused to a person as a result of another’s inducement of the non-performance of an obligation by a third person is legally relevant damage only if:

(a) the obligation was owed to the person sustaining the loss; and

(b) the person inducing the non-performance:

(i) intended the third person to fail to perform the obligation, and

(ii) did not act in legitimate protection of the inducing person’s own interest.’

Deze bepaling is voor het eerst terug te vinden in de PEL Liab. Dam. 2006, met dien verstande dat destijds werd gesproken van ‘*breach of an obligation*’. In de DCFR is deze term vervangen door het ruimere begrip ‘*non-performance of an obligation*’, waarmee geen toerekenbaarheid wordt geïmpliceerd.⁵⁸ In de *full edition* van de PEL Liab. Dam.,⁵⁹ die in 2009 is verschenen, is artikel 2:211 in overeenstemming is gebracht met de DCFR.⁶⁰

De toelichting bij het artikel vermeldt weinig over de beginselen en ratio die aan de bepaling ten grondslag liggen. Ook de historische context wordt slechts summier beschreven; vermeld wordt slechts dat het aanzetten tot het niet nakomen van een verbintenis uit contract in het klassieke Romeinse recht viel onder de *actio de dolo*.⁶¹ Uit het commentaar bij artikel VI. – 2:211 DCFR blijkt dat de opstellers de aansprakelijkheid gerechtvaardigd achten vanwege het opzet die de dader heeft gehad om de niet-nakoming van een verbintenis te bewerkstelligen.⁶² De aansprakelijkheid vloeit voort uit het idee dat personen zich moeten onthouden van onrechtmatige, oneerlijke of onredelijke gedragingen, dat volgens de toelichting bij de DCFR onderdeel uitmaakt van het rechtvaardighedsbeginsel.⁶³

Artikel VI. – 2:211 DCFR is beperkt tot gevallen waarin de derde heeft aangezet tot de niet-nakoming van een verbintenis. Andere vormen van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie, zoals het gebruikmaken van contractbreuk, vallen buiten de reikwijdte van deze bepaling. In deze gevallen kan echter onder omstandigheden een beroep worden gedaan op VI. – 2:208, waarin wordt be-

⁵⁸ Zie over de neutraliteit van de term *non-performance* in het kader van de PECL: J.M. Smits & P.L.P. Meiser, ‘Niet-nakoming in de Principles of European Contract Law en in het Nederlandse recht’, *NTBR* 2000, p. 476.

⁵⁹ C. von Bar (red.), *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, München: Sellier 2009.

⁶⁰ Ook de toelichting op het artikel is identiek, vgl. C. von Bar (red.), *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, München: Sellier 2009, p. 546-555 en C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Full Edition), Volume IV, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 3380-3389.

⁶¹ C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Full Edition), Volume IV, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 3380.

⁶² C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Full Edition), Volume IV, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 3380.

⁶³ C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* (Full Edition), Volume I, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 57.

paald dat de schade die het gevolg is van een onrechtmatige belemmering van beroeps- of handelsactiviteiten, als rechtens relevante schade wordt aangemerkt. Bij de in deze bepalingen geformuleerde voorwaarden voor aansprakelijkheid wordt uitgebreider stilgestaan in deel II van hoofdstuk 9, waar zij worden vergeleken met de gemeenschappelijke kern van het Nederlandse, Duitse, Franse en Engelse recht.

3 Het Nederlandse recht

1 Inleiding

1.1 ‘Omstandigheden van het geval’

De aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk worden in de Nederlandse rechtspraak en literatuur doorgaans ingedeeld in twee categorieën: het ‘uitlokken van wanprestatie’ en het ‘profiteren of gebruikmaken van wanprestatie’. Uit de jurisprudentie blijkt dat de betrokkenheid bij contractbreuk op zichzelf niet onrechtmatig wordt geacht, en dat ‘de omstandigheden van het geval’ steeds de doorslag geven. Welke omstandigheden kunnen worden meegewogen in het onrechtmatigheidsoordeel, en welk gewicht aan hen kan worden toegekend, wordt in de jurisprudentie echter slechts beperkt geëxpliciteerd. Een catalogus met algemene gezichtspunten, zoals de Hoge Raad in het *Kelderluik*-arrest¹ heeft gegeven ten aanzien van gevaarzetting, wordt niet gegeven. Wel heeft de Hoge Raad in een aantal arresten overwogen dat met name moet worden gelet op de mate waarin de derde de beslissing om wanprestatie heeft beïnvloed en de ernst en de voorzienbaarheid van het nadeel dat door de eiser is geleden.² Uit de jurisprudentie blijkt echter dat ook andere omstandigheden een rol kunnen spelen.

1.2 Opbouw

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In deel I worden achtereenvolgend de historische ontwikkeling, de juridische grondslag, de verhouding tussen het contractuele relativiteitsbeginsel en de ratio besproken. In deel II staat de reikwijdte van de aansprakelijkheid centraal en wordt ingegaan op de verschillende aansprakelijkheidscriteria. Het toepassingsgebied van verkooporganisaties wordt vanwege zijn uitzonderingspositie binnen de rechtspraak afzonderlijk besproken. Ten slotte worden in deel III de beschikbare remedies, de verjaringstermijnen, bewijs- en samenloopkwesties behandeld.

¹ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, m.nt. G.J. Scholten. De gezichtspunten die de Hoge Raad in dit arrest noemde zijn: de aard en ernst van de te verwachten schade, de grootte van de kans dat de schade zich verwezenlijkt, de voorzienbaarheid van de schade en de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen.

² Zie m.n. HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curaçao/Boyé*) en HR 15 oktober 1999, NJ 2000, 101, m.nt. A.R. Bloembergen (*Driesen/Benegas*).

I JURIDISCHE GRONDSLAG EN RATIO

2 Historische ontwikkeling

2.1 Aansprakelijkheid wegens inbreuk op relatieve rechten

Aan het begin van de twintigste eeuw werd de betrokkenheid van derden bij contractbreuk in de rechtspraak niet als onrechtmatige daad beschouwd. Vanaf 1883 hanteerde de Hoge Raad immers een restrictieve interpretatie van het begrip onrechtmatigheid. Het begrip werd beperkt tot de categorieën ‘strijd met des daders rechtsplicht’ en ‘inbreuk op eens anders recht’. Zo zag het hoogste rechtscollege in 1905 in het op misleidende wijze gebruikmaken van de naam van de concurrent³ en een misleidend prospectus⁴ geen aanleiding om onrechtmatigheid aan te nemen. De Hoge Raad nam hiermee afstand van de praktijk van de rechtbanken en hoven, waar oneerlijke concurrentie wel op grote schaal als onrechtmatig werd aangemerkt.⁵

De beperkte interpretatie van artikel 1401 en 1402 bleek echter in sommige gevallen tot zeer onbillijke resultaten te leiden,⁶ en de Hoge Raad nam tijdens het tweede decennium van de twintigste eeuw langzaam (impliciet) afstand van het zeer restrictieve onrechtmatigheidsbegrip.⁷ In 1919 ging de Hoge Raad definitief om in het befaamde arrest *Lindenbaum/Cohen*.⁸

Lindenbaum/Cohen betrof een zaak over oneerlijke concurrentie. Cohen zette de werknemer van zijn concurrent Lindenbaum ertoe aan om hem informatie te verschaffen over het bedrijf van Lindenbaum. Volgens de rechtbank was Cohen schuldig aan het schenden van zijn rechtsplicht vanwege het uitlokken van de schending van de geheimhoudingsplicht van de werknemer van Lindenbaum. Het vonnis van de rechtbank werd door het hof vernietigd, omdat op Cohen geen rechtsplicht zou rusten om niet aan te zetten tot de schending van de geheimhoudingsplicht.

De Hoge Raad overwoog dat het hof was uitgegaan van een te beperkte interpretatie van het begrip ‘onrechtmatige daad’. Onder dit begrip moet niet alleen worden verstaan een handelen of nalaten dat in strijd is met een rechtsplicht of

³ HR 6 januari 1905, W 1905, 9163 (*Singer/Ivens*).

⁴ HR 24 november 1905, W 1905, 8304 (*Necec*).

⁵ G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986, p. 136-137.

⁶ Zie m.n. HR 10 juni 1910, W 1910, 9038 (*Zutphense waterleiding*). Deze zaak betrof een gesprongen waterleiding in een gebouw. De bewoonster van de bovenverdieping van een gebouw weigerde de hoofdkraan, die zich in haar woning bevond, dicht te draaien, terwijl zij wist dat hierdoor de benedenverdieping onderstroomde waardoor de voorraad van haar onderbuurman zou worden beschadigd. Volgens de Hoge Raad was er geen sprake van een onrechtmatige daad, omdat op de vrouw geen rechtsplicht rustte om de hoofdkraan dicht te draaien.

⁷ G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986, p. 146 e.v.

⁸ HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161.

dat inbreuk maakt op het recht van een ander, maar ook een handelen of nalaten dat 'indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed'. Een belangrijk gevolg van *Lindenbaum/Cohen* was dat buiten twijfel is komen te staan dat de belangen bij een contractuele verbintenis via een onrechtmatigedaadsactie tegen de benadeling door derden kunnen worden beschermd.⁹

2.2 Kolynos-arrest

Lindenbaum/Cohen wordt in de literatuur wel beschouwd als de uitspraak waarin de Hoge Raad voor het eerst erkende dat het uitlokken van wanprestatie een onrechtmatige daad oplevert.¹⁰ Volgens Bregstein was de onrechtmatigheid van het gedrag van Cohen echter gelegen in het feit dat hij de werknemer van zijn concurrent omkocht tot het verraden van zijn geheimhoudingsplicht, en was het feit dat de werknemer zijn arbeidsovereenkomst schond, niet doorslaggevend.¹¹ In elk geval was de zaak *Lindenbaum/Cohen* vrij uitzonderlijk, aangezien de eiser kon bewijzen dat de gedaagde zich schuldig had gemaakt aan uitlokking. In de meeste gevallen kan uitlokking echter moeilijk worden aangetoond. Het is gemakkelijker om te bewijzen dat iemand bewust een overeenkomst is aangegaan met iemand die reeds contractueel gebonden was of bewust heeft geprofiteerd van andermans wanprestatie, maar de Hoge Raad liet zich in 1919 nog niet uit over de vraag of dat gedrag ook als onrechtmatig kon worden beschouwd.¹² Dat gebeurde pas in 1937.

In eerste decennia van de twintigste eeuw werd in de Nederlandse literatuur herhaaldelijk ingegaan op de vraag of derden konden worden aangesproken

⁹ 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. 158.

¹⁰ Zie o.a. L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 24; S. van Brakel, 'Profiteeren van een anders wanpraestatie als onrechtmatige daad', *NJB* 1940, p. 465; A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946, p. 107; R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 206. Volgens anderen bestond de onrechtmatige daad van Cohen eruit dat hij op onbehoorlijke wijze klanten had afgepakt, zie bijv. H. van Goudoever, 'De ontwikkeling van de verbintenis uit onrechtmatige daad van 1838 tot heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1938-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 499.

¹¹ M.H. Bregstein, 'De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplichtige aan contractbreuk', in: P.W. van Doorne e.a. (red.), *Verzameld werk van prof. mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 321. Vgl. ook H. van Goudoever, 'De ontwikkeling van de verbintenis uit onrechtmatige daad van 1838 tot heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1938-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 499, die meende dat de onrechtmatige daad van Cohen bestond uit het op onbehoorlijke wijze afpakken van klanten.

¹² A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946, p. 107.

op grond van een onrechtmatige daad wanneer zij inbreuk hadden gemaakt op een vorderingsrecht. In zijn proefschrift uit 1912 behandelde Drucker, die wel wordt beschouwd als de grondlegger van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie in Nederland,¹³ deze vraag vanuit rechtsvergelijkend perspectief en ging in op de Franse, Duitse en Engelse rechtspraak en doctrine. Hij betoogde dat het handelen van de derde als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd wanneer de niet-ervulling van een verbintenis in hoofdzaak aan hem te wijten is.¹⁴ Ook door andere auteurs werd de opvatting gehuldigd dat derden aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij betrokken zijn bij wanprestatie, al moest aansprakelijkheid volgens de meesten niet lichtelijk worden aangenomen.¹⁵ Bregstein maakte in het kader van zijn rechtsvergelijkende onderzoek uit 1935, waarin hij de jurisprudentie uit Frankrijk, Duitsland en Nederland analyseerde, een tweedeling tussen het actief uitlokken van wanprestatie, dat zijns inziens in hoge mate ongeoorloofd was en als onrechtmatig moest worden aangemerkt, en het louter passief medewerking verlenen aan wanprestatie, dat slechts onder omstandigheden als onrechtmatig moest worden gekwalificeerd.¹⁶

In navolging van de literatuur werd in de jaren dertig van de vorige eeuw in de lagere rechtspraak steeds vaker overwogen dat de benadeling van een verbintenisrechtelijk belang tot aansprakelijkheid kan leiden. Deze uitspraken hadden vooral betrekking op het inbreuk maken door een derde op een verticale prijsregeling van een fabrikant.¹⁷ In 1937 kreeg ook de Hoge Raad de mogelijkheid om zich hierover uit te spreken in een zaak over verticale prijsbinding van tubes Kolynos-tandpasta.

De feiten in deze zaak waren als volgt. Kerkhoff was exclusief gerechtigd om tandpasta van het merk Kolynos in Nederland in de handel te brengen en had daartoe een verkooporganisatie opgericht. Met grossiers was overeengekomen dat zij de tubes tandpasta alleen zouden leveren aan detaillisten die op een bepaalde lijst voorkwamen. Deze detaillisten hadden zich vervolgens tegenover Kerkhoff contractueel verbonden om de tubes Kolynos-tandpasta te verkopen voor een prijs van 60 cent per tube. Een onbekend lid van de verkooporganisatie was zijn verplichting niet nagekomen waardoor handelaar Florence, die niet deelnam aan de verkooporganisatie, in het bezit kon komen van de tubes. Hij verkocht ze ver-

¹³ M.G. Levenbach, *Onrechtmatige daad en werkstaking*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1935, p. 17.

¹⁴ W.H. Drucker, *Onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Den Haag: Trio 1912, p. 144.

¹⁵ H. Mulderije, 'Contractspartijen en derden', *NJB* 1933, p. 456; 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. 159; M.G. Levenbach, *Onrechtmatige daad en werkstaking*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1935, p. 28.

¹⁶ M.H. Bregstein, 'De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplichtige aan contractbreuk', in: P.W. van Doorne e.a. (red.), *Verzameld werk van prof.mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 335-336.

¹⁷ Zie voor een overzicht M.H. Bregstein, 'De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplichtige aan contractbreuk', in: P.W. van Doorne e.a. (red.), *Verzameld werk van prof.mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 322.

volgens voor 49 cent per tube. Kerhoff sommeerde Florence om de verkoop tegen een ander prijs dan 60 cent per tube te staken, maar Florence zette door. Voor de rechter stelde Kerhoff dat het handelen van Florence onrechtmatig was en vorderde in kort geding tegen hem een rechterlijk bevel om de tandpasta niet langer aan te bieden en te verkopen.

De president van de rechtbank wees de vordering af, maar het hof erkende dat Florence in de gegeven omstandigheden in strijd had gehandeld met de zorgvuldigheid die tussen kooplieden in acht moet worden genomen. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand en overwoog:

‘dat toch Florence door bewustelijk, zoals het Hof zegt, gebruik te maken van de omstandigheid, dat personen, die in de verkooporganisatie van Kerhoff een rol spelen, zich wederrechtelijk onttrekken aan hunne te dien aanzien tegenover Kerhoff op zich genomen verplichtingen, voor zich de gelegenheid schept en vervolgens die gelegenheid benut om regelmatig en zelfs na ontvangen waarschuwing ter bevordering van zijn eigen bedrijf, handelingen te plegen, waartegenover zijn concurrenten die hun verplichtingen jegens Kerhoff naleven, machteloos staan en waardoor de bedoelde, een gesloten stelsel vormende verkooporganisatie wordt verstoord en dientengevolge Kerhoffs bedrijf benadeeld.’¹⁸

2.3 Jaren zestig: nuancering en uitbreiding naar andere contracten

Begin jaren zestig van de vorige eeuw werden twee arresten gewezen waarin de Hoge Raad de vereisten voor de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie nader preciseerde of, zoals sommige auteurs menen, verscherpte. In beide uitspraken stond het systeem van verticale prijsbinding van de Duitse fabrikant Grundig centraal. Het eerste arrest, *KIM/Sieverding*,¹⁹ had een derde (KIM) geprofiteerd van een lek in Grundigs verkooporganisatie in Duitsland en was vervolgens in Nederland in concurrentie getreden met Sieverding, die door Grundig voor Nederland als alleenimporteur was aangewezen. Volgens de Hoge Raad was geen sprake van een onrechtmatige daad tegenover KIM, omdat Sieverding geen partij was bij de geschonden overeenkomsten tussen Grundig en de Duitse tussenhandelaren en hier ook geen rechten aan kon ontfen. De van KIM te verlangen zorgvuldigheid ging niet zo ver dat zij in de concurrentiestrijd met Sieverding alleen om diens belang te ontzien, zou moeten afzien van de handel in Grundig-producten en niet zou mogen proberen om de monopoliepositie van Sieverding te doorbreken.

*Nibaja/Grundig*²⁰ geldt als het logische vervolg op *KIM/Sieverding*. Wederom had een derde (Nibaja) geprofiteerd van een lek in de verkooporganisatie van Grundig, maar ditmaal stelde Grundig zelf de vordering in. Anders dan de rechtbank en het hof beoordeelde de Hoge Raad het handelen van Nibaja niet onrechtmatig en overwoog:

¹⁸ HR 11 november 1937, *NJ* 1937, 1096, m.nt. E.M. Meijers (*Kolynos*).

¹⁹ HR 13 januari 1961, *NJ* 1962, 245, m.nt. H.E. Bröring.

²⁰ HR 12 januari 1962, *NJ* 1962, 246, m.nt. H.E. Bröring.

‘dat, terwijl de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid niet zo ver gaat, dat men zich jegens een fabrikant van het verhandelen van zijn door wanprestatie als hier bedoeld, verkregen producten zou moeten onthouden, enkel omdat door dat verkrijgen diens export- en verkooporganisatie wordt ondermijnd, nochtans het ondermijnen van die organisatie, indien dat geschiedt door concurrentie als de hiervoor omschrevene, onder omstandigheden jegens die fabrikant in strijd met de zorgvuldigheid kan zijn’.

De Hoge Raad oordeelde dat het enkele bewust gebruikmaken van andermans wanprestatie niet onrechtmatig is. Onder omstandigheden kan dit handelen echter wel gelden als strijdig met de ten aanzien van de fabrikant betamende zorgvuldigheid, wanneer men in concurrentie treedt met handelaren op wie eenzelfde verplichting rust als op degene die wanprestatie heeft gepleegd. Nibeya trad niet in concurrentie met de Duitse handelaren die waren gebonden aan de overeenkomst met Grundig, maar met de Nederlandse alleenimporteur Sieverding. Omdat op Sieverding niet dezelfde verplichting rustte als op de Duitse handelaar van wiens wanprestatie Nibeya profiteerde, kon het handelen van Nibeya volgens de Hoge Raad niet als een onrechtmatige daad worden aangemerkt.

In een belangrijk deel van de literatuur is betoogd dat de woorden ‘onder omstandigheden’, die de Hoge Raad nog niet gebruikte in het *Kolynos*-arrest, een verscherping van de onrechtmatigheidsvereisten opleverden.²¹ Andere auteurs, zoals Kruithof,²² zien in *Nibeya/Grundig* een verfijning en beperking, maar geen verwerping van de *Kolynos*-leer. Mok heeft naar aanleiding van dit arrest betoogd dat de zorgvuldigheidsnorm gelijk was gebleven, maar dat de eisen van het maatschappelijke verkeer waren gewijzigd.²³ Volgens Jonker vervulden de feiten en omstandigheden ook in *Kolynos* al een bepalende rol. Het cruciale verschil tussen *Kolynos* en *Nibeya/Grundig* was zijns inziens gelegen in het feit dat Florence in concurrentie trad met handelaren die, net als de wanprestant, verplicht waren de door Kerkhoff vastgestelde prijzen te hanteren, terwijl Nibeya de concurrentie aanging met handelaren op wie niet dezelfde verplichting rustte als op degene die zijn contract met Grundig had gebroken.²⁴

In de jaren zestig werd in de Nederlandse rechtspraak ook buiten de context van de verkooporganisaties aansprakelijkheid aangenomen wegens derden-

²¹ Zie o.a. W.J. Slagter, *Preadvies* (Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging Ia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 191; C.H. Beekhuis, ‘Het profiteren van een door een ander gepleegde wanprestatie’, in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1969, p. 21; E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 78; J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 7.

²² R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 211.

²³ M.R. Mok, ‘Een nieuwe fase in de “Kolynos”-jurisprudentie’, *S.E.W.* 1962, p. 472; J.H. Jonker, *De rechtsverhouding tot de derde in de concurrentiestrijd* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1965, p. 179.

²⁴ J.H. Jonker, *De rechtsverhouding tot de derde in de concurrentiestrijd* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1965, p. 179 e.v.

betrokkenheid bij wanprestatie. Deze arresten hadden onder meer betrekking op de dubbele beschikking over onroerend goed,²⁵ concurrentiebedingen²⁶ en stakingsgeschillen.²⁷ Sindsdien worden met enige regelmaat uitspraken gewezen waarin de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk onrechtmatig werd geoordeeld. Ten aanzien van de vereisten voor aansprakelijkheid hebben zich echter geen grote veranderingen meer voorgedaan.²⁸

3 Juridische grondslag

3.1 Maatschappelijke onzorgvuldigheid

Uit paragraaf 2 blijkt dat de betrokkenheid van een derde bij wanprestatie onder omstandigheden wordt aangemerkt als handelen in strijd met de zorgvuldigheid die volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer als betamelijk geldt. Op grond van artikel 6:162 lid 2 BW wordt de schending van een ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm als een onrechtmatige daad gekwalificeerd. In de literatuur is echter wel betoogd dat voor de aansprakelijkheid een andere grondslag zou moeten worden gebruikt dan de maatschappelijke zorgvuldigheid. Hieronder worden vier theorieën besproken: de theorie van het vorderingsrecht als subjectief recht, de verruimde Pauliana, de uitbreiding van de prioriteitsregel voor persoonlijke rechten en de theorie van schuldoverneming.

3.2 Vorderingsrecht als subjectief recht

In haar conclusie bij het arrest *Curaçao/Boyé*²⁹ betoogde advocaat-generaal Biegman-Hartogh dat het profiteren van wanprestatie (in casu het niet doorgeven van een kettingbeding) als een ‘inbreuk op eens anders subjectieve recht’ in de zin van het huidige artikel 6:162 lid 2 BW moest worden beschouwd. Het onderbrengen van gevallen van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie bij dit onrechtmatigheidscriterium zou betekenen dat vorderingsrechten dezelfde bescherming zouden genieten als absolute vermogensrechten, waaronder het eigendomsrecht, en persoonlijkheidsrechten. Van derden zou worden verwacht dat zij de vorderingsrechten van anderen respecteren. Doen zij dat niet, dan is hun gedrag zonder meer onrechtmatig, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.³⁰ De Hoge Raad heeft deze interpretatie van ‘inbreuk op eens

²⁵ HR 3 januari 1964, *NJ* 1965, 16, m.nt. G.J. Scholten (*Streefland/Van der Graaf*); HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*).

²⁶ HR 26 mei 1967, *NJ* 1967, 331, m.nt. G.J. Scholten (*Herschi/Rekko*).

²⁷ HR 15 januari 1960, *NJ* 1960, 84 (*Panhonlibco*).

²⁸ Wel heeft de Hoge Raad afstand genomen van de opvatting dat het oproepen tot werkstaking moet worden beschouwd als het uitlokken van wanprestatie en daarmee een onrechtmatige daad oplevert. Zie onder, par. 6.1.

²⁹ HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn.

³⁰ Zie o.a. C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad*, Monografieën BW, nr. B-45, Deventer: Kluwer 2009, p. 25; C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 248. Ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat

anders subjectieve recht' echter afgewezen. Een zodanig verregaande bescherming van persoonlijke rechten is niet de bedoeling, zo blijkt uit *Curaçao/Boyé*. De Hoge Raad overwoog dat het enkele feit dat de derde wetenschap heeft van het kettingbeding en van de schade die het gevolg is van het niet doorgeven van dit beding, onvoldoende is om te oordelen dat er sprake is van onrechtmatig handelen. Wanneer voor het aannemen van onrechtmatigheid voldoende zou zijn dat de derde kennis had van het beding, dan zou dit betekenen dat aan het kettingbeding een werking wordt toegekend die in strijd is met het obligatoire karakter van het beding.³¹

3.3 *Verruimde Pauliana*

In het verleden hebben auteurs wel betoogd dat degene die schade ondervindt als gevolg van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie onder bepaalde voorwaarden een pauliaanse vordering zou moeten kunnen instellen tegen de derde. De actio Pauliana is onder andere geregeld in de artikelen 3:45 e.v. BW. Het doel van deze bepalingen is bescherming te bieden aan het verhaalsrecht van crediteuren. Heeft de schuldenaar onverplicht – dat wil zeggen niet op grond van een wettelijke of contractuele verplichting – een rechtshandeling verricht waardoor zijn schuldeiser wordt benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden, dan kan de schuldeiser zich op grond van artikel 3:45 BW beroepen op de vernietigbaarheid van die betreffende rechtshandeling. Hiervoor is vereist dat de schuldenaar bij het verrichten van de handeling wist of behoorde te weten dat zijn schuldeiser(s) zouden worden benadeeld. Gaat het om een rechtshandeling om baat, dan wordt tevens de eis gesteld dat degene met of jegens wie de schuldenaar zijn rechtshandeling verrichtte, wist of behoorde te weten van de benadeling van de crediteur(en). Om de bewijslast voor de benadeelde schuldeiser(s) te verlichten, is in artikel 3:46 en 47 BW een aantal rechtsvermoedens met betrekking tot de wetenschap van schuldenaar en diens wederpartij opgenomen.³²

Bij de actio Pauliana wordt in de literatuur wel onderscheid gemaakt tussen de enge en de ruime Pauliana. Terwijl de enge Pauliana alleen gericht is op de bescherming van het geldelijk verhaalsrecht van de schuldeiser, strekt de verruimde Pauliana tevens tot bescherming tegen handelingen waardoor een persoonlijk recht van de schuldeiser wordt verstoord.³³ De leer van de ruime Pauliana ziet ook op situaties waarin een verkoper jegens zijn wederpartij wan-

de wetgever de bedoeling heeft gehad om een zelfstandig criterium te creëren, naast de criteria 'strijd met een wettelijke plicht' en 'strijd met de ongeschreven normen van maatschappelijke zorgvuldigheid', Parl. gesch., boek 6, p. 614.

³¹ HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curaçao/Boyé*), r.o. 3.3.

³² De regeling van de faillissementspauliana valt grotendeels samen met hetgeen hiervoor is besproken. Echter, ingevolge artikel 42 Fw heeft niet de individuele schuldeiser de mogelijkheid de vernietigingsgrond in te roepen, maar kan slechts de curator ten behoeve van de *gezamenlijke schuldeisers* de rechtshandeling onder omstandigheden door een buiten-gerechtigde verklaring vernietigen.

³³ A.L. Croes, *Enkele dubbelfiguren en driepartijenverhoudingen in het Nederlands privaatrecht* (diss. Amsterdam UvA), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 39.

prestatie pleegt door het verkochte goed op een later tijdstip aan een ander te verkopen en te leveren.³⁴ Volgens deze leer heeft de eerste koper in dat geval het recht om de rechtshandeling (het sluiten van de tweede overeenkomst) van de verkoper aan te tasten, ook indien er voldoende mogelijkheden tot verhaal bestaan.³⁵ De aanvaarding van de leer van de verruimde Pauliana zou tot gevolg hebben dat de eerste koper slechts hoeft te bewijzen dat de verkoper en de tweede koper – indien hij heeft verkregen anders dan om niet – van zijn benadeling als crediteur wisten of behoorden te weten. Als deze wetenschap is aangetoond, dan kan de overeenkomst worden vernietigd en is de tweede koper met terugwerkende kracht geen eigenaar geworden.

Onder het oude recht was onduidelijk of de verruimde Pauliana in artikel 1377 Oud BW werd aanvaard. Met de invoering van artikel 3:45 Nieuw BW heeft de wetgever de ruime variant van de Pauliana echter uitdrukkelijk verworpen.³⁶ In de memorie van antwoord bij het Gewijzigd Ontwerp wordt de keuze voor de enge Pauliana verdedigd door te wijzen op de reeds bestaande mogelijkheid voor de benadeelde crediteur om, in geval van dubbele verkoop, van de derde via een onrechtmatigedaadsactie schadevergoeding in de vorm van herstel te vorderen.³⁷ Wordt de vordering toegewezen, dan wordt de eerste koper alsnog eigenaar en is het resultaat vrijwel hetzelfde als bij de verruimde Pauliana. Het voordeel van een vordering op grond van artikel 6:162 BW boven de ruime Pauliana is volgens de wetgever dat steeds met alle omstandigheden van het geval rekening dient te worden gehouden. Wanneer de ruime Pauliana zou worden aanvaard, dan zou de enkele wetenschap van de debiteur en de derde voldoende zijn en zou aan alle persoonlijke rechten een zekere mate van zakelijke werking worden toegekend, hetgeen niet goed verenigbaar is met het onderscheid tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht.³⁸

3.4 Prioriteitsregel voor persoonlijke rechten en schuldoverneming

Artikel 3:298 BW regelt de verhouding tussen botsende rechten op levering. Indien twee schuldeisers ten aanzien van een goed een botsend recht op levering hebben, dan gaat het oudste recht voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid iets anders voortvloeit. Dat degene met het nieuwste recht op de hoogte is of had behoren te zijn van het

³⁴ A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

³⁵ T.J. Mellema-Kranenburg, *De actio Pauliana naar BW en NBW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 29.

³⁶ Parl. Gesch. Boek 3, p. 216.

³⁷ Zie bijv. HR 17 november 1967, NJ 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*). Overigens merkt Croes op dat met de toekenning van schadevergoeding in natura de onrechtmatigedaadsactie leidt tot een resultaat dat vergelijkbaar is met het gevolg van de ruime Pauliana. A.L. Croes, *Enkele dubbelfiguren en driepartijenverhoudingen in het Nederlands privaatrecht* (diss. Amsterdam UvA), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 48.

³⁸ Parl. Gesch. Boek 3, p. 217.

eerdere recht, is niet vereist. De bepaling komt ook voor analoge toepassing op andere persoonlijke rechten in aanmerking, zoals huur.³⁹ Vranken heeft betoogd dat deze prioriteitsregel ook toegepast zou moeten kunnen worden in gevallen waarin reeds is geleverd, in elk geval wanneer de tweede koper het recht van de eerste koper kende.⁴⁰ Deze uitleg staat echter haaks op hetgeen door de wetgever in de wetsgeschiedenis is bepaald, namelijk dat deze bepaling alleen van toepassing is wanneer nog niet is geleverd. Nadat levering aan degene met het nieuwste recht heeft plaatsgevonden, kan de eerste koper zijn recht niet meer aan de tweede koper tegenwerpen. Door de leveringshandeling is immers de eigendom overgegaan; de bepaling vormt geen beletsel voor een geldige levering aan de tweede koper.⁴¹

Pitlo heeft een andere oplossing bepleit. Zijn betoog is evenals dat van Vranken toegespitst op situaties van dubbele verkoop. Volgens hem moet aan de eerste koper de contractsactie tegen de tweede koper worden toegekend die hij oorspronkelijk had tegen de verkoper. Pitlo spreekt in dit verband van onvolkomen schuldoverneming.⁴² Deze zienswijze heeft noch in de rechtspraak noch in de literatuur op bijval kunnen rekenen.⁴³

4 Verhouding tot contractuele relativiteit en concurrentievrijheid

4.1 Verhouding met het contractuele relativiteitsbeginsel

In het overeenkomstenrecht geldt het uitgangspunt dat partijen vrij zijn om te contracteren met wie en over wat zij willen. Deze (positieve) contractsvrijheid is verbonden met het beginsel van partijautonomie,⁴⁴ dat moet worden gezien als een van de grondslagen van het contractenrecht,⁴⁵ en erop is gericht dat elk indi-

³⁹ Rb. 's-Hertogenbosch (pres.) 14 juni 1983, KG 1983, 208.

⁴⁰ J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht', WPNR 1997, p. 719-720.

⁴¹ A.W. Jongbloed, 'Titel 11. Rechtsvorderingen', in: Jac. Hijma (red.), *Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 3:298 BW, aant. 8.

⁴² A. Pitlo, 'Na 3 maart 1905', in: Ph.A.N. Houwing (red.), *Onroerend goed*, Deventer: Kluwer 1968, p. 241-242.

⁴³ Zie o.a. R. Zwitter, *Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen* (diss. Leiden), Leiden 1984, p. 40; E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 82-83.

⁴⁴ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 14.

⁴⁵ De drie beginselen van contractenrecht zijn volgens Nieuwenhuis: het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel. Zie J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979. Zie ook C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 14-23. Anders: Vranken bestrijdt dat het autonomie- en vertrouwensbeginsel de basis vormen voor de gebondenheid aan contracten. Volgens hem berust de gebondenheid van contracten op een kwalificatie van gedragingen en verklaringen die als rechtens bindend worden beschouwd, zie J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid', in: J.M. Barendrecht e.a. (red.), *Beginselen van contractenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.

vidu de mogelijkheid krijgt om zichzelf te ontwikkelen.⁴⁶ De contractsvrijheid is echter niet oneindig, maar wordt beperkt door de wet, de openbare orde en de goede zeden. Dat het partijen vrij staat zich via een contract te binden, betekent dat zij er ook voor kunnen kiezen om dit na te laten. Dit wordt ook wel de negatieve contractsvrijheid genoemd.⁴⁷ Rechten en verplichtingen die uit een overeenkomst voortvloeien, kunnen daarom alleen gelden voor partijen, die bewust gekozen hebben om het contract te sluiten. Deze zogenoemde relativiteit van contractswerking werd in het oude Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk genoemd in artikel 1376. Hoewel niet meer letterlijk in het nieuwe Burgerlijk Wetboek teruggekomen, ligt het beginsel wel aan de artikelen 6:248 tot en met 6:257 BW ten grondslag.⁴⁸ Verbintenissen die uit een contract voortvloeien hebben daarmee geen werking tegenover derden. Dit in tegenstelling tot goederenrechtelijke rechten, zoals het recht van eigendom, die tegenover een ieder kunnen worden ingeroepen.

Verbintenisrechtelijke rechten en goederenrechtelijke rechten werden in de rechtspraak echter aanvankelijk niet duidelijk onderscheiden. Wanneer een zakelijk recht onder bijzondere titel werd overgedragen, dan gingen ook de daaraan verbonden rechten én verplichtingen over op de nieuwe gerechtigde.⁴⁹ Dit was de praktijk tot 3 maart 1905, de datum waarop het arrest *Blaauboer/Berlips*⁵⁰ werd gewezen. De Hoge Raad overwoog dat – tenzij uit de wet anders voortvloeit – contractuele verplichtingen bij een koopovereenkomst niet overgaan op de koper en er dus geen zakelijke werking aan kan worden toegekend ‘omdat daarmede de in onze burgerlijke wetgeving bestaande scherpe onderscheiding tusschen zakenrecht en verbintenissenrecht wordt uitgewischt’.

Staan het beginsel van contractuele relativiteit en het onderscheid tussen het verbintenisrecht en het goederenrecht eraan in de weg dat derden aansprakelijk kunnen worden gesteld wegens hun betrokkenheid bij wanprestatie? Sommige auteurs menen dat door het aannemen van aansprakelijkheid aan contractuele rechten uit een overeenkomst een zekere vorm van derdenwerking wordt toegekend.⁵¹ Zij zien deze aansprakelijkheid als een van de excepties op het contractuele relativiteitsbeginsel, zoals derden volgens de rechtspraak onder omstandigheden ook een beroep kunnen op een exonerationclausule uit een con-

⁴⁶ J.H. Nieuwenhuis, ‘Contractsvrijheid, een weerbarstig beginsel’, in: C.J.J.M. Stolker & T. Hartlief (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 25.

⁴⁷ Zie L.C. Hofmann & P. Abas, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 13.

⁴⁸ E.B. Rank-Berenschot, ‘Titel 5. Overeenkomsten in het algemeen’, E.H. Hondius & R.J.Q. Klomp (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.), artikel 6:249 BW, aant. 3.

⁴⁹ J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 2*, Deventer: Kluwer 2004, p. 23.

⁵⁰ HR 3 maart 1905, W 1905, 8191.

⁵¹ Zie o.a. M.H. Bregstein, ‘De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplichtige aan contractbreuk’, in: P.W. van Doorne e.a. (red.), *Verzameld werk van prof. mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 334; H.L. Wedeven, ‘Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse zaken en diensten’, *WPNR* 1968, p. 497.

tract.⁵² Volgens de heersende opvatting in de Nederlandse doctrine is het contractuele relativiteitsbeginsel echter niet (direct) in het geding. De derde is niet aansprakelijk jegens de schuldeiser op grond van de overeenkomst,⁵³ maar omdat hij zich heeft gedragen op een wijze die in strijd is met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Op de derde rust de ongeschreven zorgvuldigheidsplicht om zich in bepaalde omstandigheden van betrokkenheid bij wanprestatie te onthouden. De overeenkomst is in zoverre van invloed, dat deze als feit bestaat waarmee derden in zekere mate rekening moeten houden.⁵⁴ In de literatuur is betoogd dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de innerlijke uitwerkselen van het contract (de rechten en verplichtingen die voor de contractspartijen uit het contract voortvloeien) en het loutere bestaan van de overeenkomst.⁵⁵ De relativiteit van contractswerking heeft betrekking op de innerlijke uitwerkselen van het contract, maar zegt niets over in hoeverre derden in hun gedrag rekening moeten houden met de aanwezigheid van een contract.⁵⁶ Hun houding wordt bepaald door ongeschreven zorgvuldigheidsnormen; verschillende auteurs spreken in dit verband over een plicht van derden om een overeenkomst tussen anderen te eerbiedigen of te respecteren.⁵⁷

Het beginsel van de relativiteit van contractswerking is dus niet direct in het geding, maar sommige auteurs menen dat er wel een zekere reflexwerking van uitgaat. Du Perron wijst hierop in zijn proefschrift 'Overeenkomst en derden'.⁵⁸ Volgens hem moet een verwijzing naar dit beginsel in de rechtspraak van de Hoge Raad⁵⁹ op deze manier worden verklaard. Het beginsel kan van invloed

⁵² Zie o.a. HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249, m.nt. G.J. Scholten (*gegaste uien*), HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362, m.nt. A.R. Bloembergen (*Securicor*), HR 12 juni 1986, *NJ* 1987, 35, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Citronas*). Zie ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 1*, Deventer: Kluwer 2004, p. 803-809.

⁵³ Zie o.a. M.H. Bregstein, 'De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplichtige aan contractbreuk', in: P.W. van Doorne e.a. (red.), *Verzameld werk van prof. mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 319; L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 3; E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 84.

⁵⁴ M.H. Bregstein, 'De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplichtige aan contractbreuk', in: P.W. van Doorne e.a. (red.), *Verzameld werk van prof. mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 319.

⁵⁵ Zie o.a. H.M. Vrijheid, 'Een nieuwe fase in de "Kolynos"-jurisprudentie?', *S.E.W.* 1963, p. 73-81, p. 76; W.J. Slagter, *Preadvies* (Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging Ia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 198; R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 205.

⁵⁶ S. van Brakel, 'Profiteeren van een anders wanpraestatie als onrechtmatige daad', *NJB* 1940, p. 468; J. Eggens, 'Iets over artikel 1917 BW', *WPNR* 1932, p. 335.

⁵⁷ Zie o.a. S. van Brakel, 'Profiteeren van een anders wanpraestatie als onrechtmatige daad', *NJB* 1940, p. 468; A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946, p. 109; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 144.

⁵⁸ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 146.

⁵⁹ Zie bijv. HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 423 (*Cacharel/Geparo*), r.o. 3.1.

zijn op het oordeel in welke mate contractuele rechten bescherming verdienen tegen derden via onrechtmatigedaadsacties. Wanneer derdenbetrokkenheid bij wanprestatie al te snel leidt tot aansprakelijkheid, betekent dit een aanmerkelijke begrenzing van de contractsvrijheid. Een dusdanig grote inperking van de vrijheid van partijen om contracten aan te gaan zou niet goed verenigbaar zijn met het beginsel van relativiteit van contractswerking.⁶⁰ Du Perron wijst er echter ook op dat het beginsel niet noopt tot deze keuze en dat de uiteindelijke vraag is in hoeverre men bereid is om de vrijheid van derden in te perken ten behoeve van de belangen die contractspartijen hebben bij hun vorderingsrecht.⁶¹

Hoewel het rechtsgevolg van het als onrechtmatig aanmerken van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie feitelijk in de buurt kan komen van het toekennen van derdenwerking aan de overeenkomst, moet ervoor worden gewaakt het recht te categoriseren naar uiterlijke symptomen.⁶² Het verdient de voorkeur om te kijken naar de werkelijke grond voor de aansprakelijkheid van de derde: zijn eigen, onder de gegeven omstandigheden, als onrechtmatig te kwalificeren gedragingen.⁶³ Ik sluit mij graag aan bij Vranken, die stelt dat het beginsel van relativiteit van contractswerking ‘geen enkel gezichtspunt toe[voegt] dat niet ook al bij de onrechtmatigheid in acht genomen wordt of kan worden’.⁶⁴

4.2 *Vrijheid van handel en bedrijf*

In de literatuur⁶⁵ en jurisprudentie⁶⁶ wordt in verband met de aansprakelijkheid van derden wegens hun betrokkenheid bij wanprestatie ook gewezen op het beginsel van vrijheid van handel en bedrijf. Dit beginsel houdt in dat het aan een ieder is toegestaan om in het economisch verkeer in zijn eigen voordeel te handelen en daarbij andere marktspelers te beconcurreren. De verplichting die aan derden via het aansprakelijkheidsrecht wordt opgelegd om bij hun handelen rekening te houden met andermans overeenkomsten, mag er niet toe leiden dat de concurrentievrijheid te veel wordt ingeperkt en ook het belang van een vlotte handel moet in aanmerking worden genomen.⁶⁷ Daarom zal de rechter steeds een afweging moeten maken tussen enerzijds de belangen van contractspartijen

⁶⁰ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 146-147. Zie ook J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 4-5.

⁶¹ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 149.

⁶² Zie ook R. Zwitser, *Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen* (diss. Leiden), Leiden 1984, p. 40.

⁶³ E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

⁶⁴ J.B.M. Vranken, ‘Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie’, *WPNR* 2002, p. 42.

⁶⁵ Zie o.a. J.H. Jonker, *De rechtsverhouding tot de derde in de concurrentiestrijd* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1965, p. 179; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 147 e.v.

⁶⁶ Zie m.n. HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 423 (*Cacharel/Geparo*), r.o. 3.1.

⁶⁷ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 147-149.

bij de nakoming van hun overeenkomst en anderzijds de belangen van de overige marktspelers.⁶⁸

5 Ratio

Uit de jurisprudentie blijkt niet altijd duidelijk wat precies de argumenten zijn voor de rechter om jegens een derde aansprakelijkheid aan te nemen wegens zijn betrokkenheid bij wanprestatie. De regel dat het handelen van de derde ‘onder omstandigheden’ in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid wordt geacht, is te vaag geformuleerd om de ratio eruit te kunnen af leiden. Helder is wel dat de concrete omstandigheden een doorslaggevende rol spelen bij de vraag waaronder de rechter een onrechtmatigheidsoordeel gerechtvaardigd acht. Deze omstandigheden komen in deel II aan bod.

II REIKWIJDTE VAN DE AANSPRAKELIJKHEID

Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW moet aan de volgende vereisten worden voldaan: onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, schade, causaal verband en relativiteit. In de volgende paragrafen wordt onderzocht wanneer de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk als onrechtmatige daad wordt aangemerkt. In de paragrafen 6 en 7 wordt ingegaan op de contractuele verhouding en de verstoring daarvan. Het kennisvereiste wordt besproken in paragraaf 8. In paragraaf 9 wordt geanalyseerd welke bijkomende omstandigheden volgens de rechtspraak een onrechtmatigheidsoordeel kunnen rechtvaardigen en wordt tevens ingegaan op een bijzonder toepassingsgebied: de verkooporganisatie. De overige aansprakelijkheidscriteria worden in paragraaf 10 behandeld.

De vraag of de gedaagde wel als ‘derde’ kan worden aangemerkt, wordt in de Nederlandse jurisprudentie zelden uitdrukkelijk beantwoord. Deze vraag komt echter wel impliciet aan de orde wanneer de derde de bestuurder is van de wanpresterende vennootschap.⁶⁹

6 Overeenkomst

6.1 Soorten overeenkomsten

Uit de rechtspraak blijkt dat de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie niet beperkt is tot bepaalde typen overeenkomsten. Aanvankelijk had de jurisprudentie vooral betrekking op verticale prijsbindingsovereenkomsten, maar vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw werd de aansprakelijkheidsgrond ook toegepast op onder meer koopovereenkomsten, alleenverkoopovereenkomsten, concurrentiebedingen, selectieve distributieovereenkomsten en kettingbedingen. De Hoge Raad overwoog in 1960 in het *Panhonlibco*-

⁶⁸ Zie ook M.R. Mok, ‘Een nieuwe fase in de “Kolynos”-jurisprudentie’, *S.E.W.* 1962, p. 472.

⁶⁹ Zie onder, par. 9.1.3.

arrest⁷⁰ dat het oproepen door een vakbond tot werkweigering kan worden gekwalificeerd als het uitlokken van wanprestatie en daarmee als onrechtmatige daad. In 1986 heeft de Hoge Raad echter afstand gedaan van deze uitspraak en geoordeeld dat artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest, waarin een recht op collectief optreden in geval van belangengeschillen – met inbegrip van een stakingsrecht – wordt erkend, rechtstreekse werking toekomt.⁷¹ Niet alleen de staking zelf, maar ook het organiseren van een staking moet op basis van dit grondrecht in beginsel als rechtmatig worden beoordeeld, tenzij zwaarwegende procedureregels zijn geschonden of de vakbonden niet in redelijkheid tot actie konden overgaan. Ook in de gevallen waarin is opgeroepen tot een onrechtmatige staking, wordt in de rechtspraak echter niet langer aangenomen dat sprake is van het ‘uitlokken van wanprestatie’.⁷²

6.2 *Geldigheid van de overeenkomst*

Alleen de betrokkenheid bij de schending van een geldige overeenkomst zal tot aansprakelijkheid kunnen leiden. De belangen die voortvloeien uit een overeenkomst die nietig is, bijvoorbeeld omdat zij in strijd is met de openbare orde (artikel 3:40 BW), zullen geen bescherming genieten tegen inbreuken door derden. De nietigheid van overeenkomsten speelt in de jurisprudentie over derdenbetrokkenheid bij wanprestatie vooral een rol wanneer het bewuste contract concurrentiebeperkende gevolgen heeft of kan hebben. Uit de jurisprudentie vloeit voort dat de geoorloofdheid van de overeenkomst op grond van het nationale en Europese kartelrecht een voorwaarde vormt voor het aannemen van aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij de schending van die overeenkomst. Hierbij moet worden gedacht aan verticale prijsbindingscontracten, exclusieve afnameovereenkomsten, alleenverkoopcontracten en selectieve distributieovereenkomsten. De inhoud van het Europese kartelverbod van artikel 101 VwEU en de uitzonderingen op dit verbod zijn reeds in hoofdstuk 2 besproken.⁷³ In artikel 6 van de Mededingingswet is een corresponderende regeling opgenomen voor concurrentiebeperkende afspraken en gedragingen die leiden tot verminderde concurrentie op de Nederlandse markt.

Ook wanneer sprake is van betrokkenheid van een derde bij de niet-naleving van een concurrentiebeding speelt de geldigheid van het beding een belangrijke rol. Als door de rechter wordt geoordeeld dat de werknemer onbillijk door het concurrentiebeding wordt benadeeld (zie artikel 7:653 lid 2 BW), dan kan de vordering tegen een derde die gebruikmaakt van de schending van dit beding ook niet slagen.⁷⁴ Het concurrentiebeding moet bovendien afdwingbaar zijn. Een exceptie in het voordeel van de derde wordt aangenomen wanneer de verplichting

⁷⁰ HR 15 januari 1960, NJ 1960, 84 (*Panhonlibco*).

⁷¹ HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688, m.nt. P.A. Stein en HR 7 november 1986, NJ 1987, 226, m.nt. P.A. Stein.

⁷² HR 22 april 1988, NJ 1988, 952, m.nt. P.A. Stein.

⁷³ Zie hoofdstuk 2, par. 3.2.

⁷⁴ Zie Hof 's-Gravenhage 8 mei 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD1324.

ting wel afdwingbaar is, maar de derde op goede gronden heeft kunnen aannemen dat dat niet het geval was.

Dit kan worden afgeleid uit het arrest *Herschi/Rekko*,⁷⁵ waarin de derde zich erop had beroepen dat hij er in redelijkheid van had mogen uitgaan dat zijn wederpartij niet langer aan het concurrentiebeding was gebonden. De Hoge Raad overwoog in deze zaak echter dat de derde in de gegeven omstandigheden zonder nader onderzoek geen grond had om aan te nemen dat het concurrentiebeding niet van kracht was.⁷⁶

6.3 Overeenkomst vereist?

De aansprakelijkheidscriteria die in de rechtspraak zijn ontwikkeld in het kader van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie worden soms analoog toegepast in gevallen waarin geen sprake is van een schending van een overeenkomst, maar van bijvoorbeeld een wettelijke regeling. Zo was in het arrest *Van de Ven/Sleegers*⁷⁷ sprake van de betrokkenheid van een derde bij de schending van een wettelijk voorkeursrecht. Een ander voorbeeld wordt besproken in de conclusie van advocaat-generaal Timmerman bij de uitspraak in de zaak *LaSalle*.⁷⁸ In deze zaak ging het om de verkoop van LaSalle, dat onderdeel was van ABN-Amro en met het oog op een overname verkocht werd. De vraag was of de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) goedkeuring moest verlenen voor deze verkoop. In zijn conclusie wijst Timmerman op de memorie van antwoord betreffende artikel 2:107a BW waarin het goedkeuringsrecht van de AVA is geregeld. In de MvA wordt de vraag besproken of een derde aansprakelijk kan zijn op grond van onrechtmatige daad indien hij profiteert van het feit dat bestuurders het goedkeuringsrecht van de AVA hebben geschonden. Hoewel (de schending van) het goedkeuringsrecht een interne vennootschappelijke aangelegenheid is (zie artikel 2:107a lid 2 BW), kan een zekere externe werking niet worden uitgesloten. De eiser moet wel kunnen aantonen dat de derde weet of behoorde te weten dat het bestuur geen goedkeuring heeft verkregen en dat de vennootschap schade heeft geleden.⁷⁹

Dat ook het frustreren van een vooruitzicht op een overeenkomst onder omstandigheden tot aansprakelijkheid kan leiden, lijkt mij niet uitgesloten.⁸⁰ Onder welke voorwaarden tot aansprakelijkheid kan worden geconcludeerd, en

⁷⁵ HR 26 mei 1967, NJ 1967, 331, m.nt. W.C.L. van der Grinten.

⁷⁶ Zie ook A.R. Houweling & C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: BJu 2011, p. 281-282.

⁷⁷ HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78.

⁷⁸ HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434, m.nt. J.M.M. Maeijer.

⁷⁹ *Kamerstukken I* 2003/04, nr. 28 179, B, p. 10. Vgl. ook *Kamerstukken I* 2010/2011, nr. 31763, C, p. 9, waarin door de minister wordt gesteld dat een derde niet het recht heeft om misbruik te maken van het niet naleven van interne afspraken (i.c. handelt met een tegenstrijdig belang), en dat wanneer een derde welbewust profiteert van de wanprestatie van de bestuurder jegens de vennootschap, onrechtmatig handelt.

⁸⁰ Zie bijv. Rb. Haarlem (vzr.) 25 mei 2005, NJF 2005, 277.

of deze hetzelfde zijn als bij derdenbetrokkenheid bij wanprestatie, wordt uit de jurisprudentie echter niet duidelijk.

7 Schending van de overeenkomst

Wanprestatie, dat wil zeggen een toerekenbare tekortkoming in de nakoming, is op grond van de rechtspraak geen absolute voorwaarde om aansprakelijkheid aan te nemen. In *Streefland/Van der Graaf*⁸¹ overwoog de Hoge Raad dat:

‘zulk een handelwijze [van H. Streefland] echter, ook afgezien van de vraag of de tweede verkoop met daarop gevolgde levering op zichzelf reeds wanprestatie van den verkoper jegens den eersten koper vormt, onder omstandigheden als een door den tweeden koper jegens den eersten koper gepleegde onrechtmatige daad kan worden beschouwd’.⁸²

In *Streefland/Van der Graaf* vond de Hoge Raad het dus voldoende dat de toekomstige nakoming van het eerste contract door de uitvoering van de tweede overeenkomst werd gefrustreerd.⁸³

De omstandigheid dat géén sprake is van een (toekomstige) schending van de overeenkomst kan voor de rechter echter wel reden zijn om een vordering tegen de derde af te wijzen. Wanneer de eiser stelt dat de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan uitlokking van wanprestatie, dan zal hij een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door zijn wederpartij moeten kunnen aantonen. Het feit dat de gedaagde de wederpartij van de eiser ertoe heeft aangezet om zich terecht op zijn opschortingsrecht te beroepen, zal in beginsel niet als onrechtmatig worden aangemerkt.⁸⁴ Dat de betrokkenheid van een derde bij de recht- en regelmatige beëindiging of opschorting van een contract tot aansprakelijkheid leidt, is overigens niet uitgesloten. Gedacht kan worden aan het afhandig maken van werknemers of klanten van de concurrent, hetgeen onder omstandigheden als ongeoorloofde mededinging en daarmee als onrechtmatige daad wordt aangemerkt. Hoewel dit gedrag vanzelfsprekend niet kan worden gekwalificeerd als derdenbetrokkenheid bij *contractbreuk*, zijn de omstandigheden die in de rechtspraak worden meegewogen in het onrechtmatigheidsoordeel, zoals de stelselmatigheid van het gedrag of de verstrekking van misleidende informatie,⁸⁵ tot op zekere hoogte vergelijkbaar.

⁸¹ HR 3 januari 1964, NJ 1965, 16, m.nt. G.J. Scholten.

⁸² HR 3 januari 1964, NJ 1965, 16, m.nt. G.J. Scholten (*Streefland/Van der Graaf*).

⁸³ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 154.

⁸⁴ Rb. Midden-Nederland 3 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2640.

⁸⁵ Zie met uitgebreide verwijzingen naar rechtspraak Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 758.

8 Kennis en opzet

8.1 Weten en behoren te weten

Voor het oordeel dat een derde op onrechtmatige wijze betrokken is geweest bij wanprestatie is in elk geval vereist dat deze derde zich van de wanprestatie bewust was. Indien sprake is van het uitlokken van wanprestatie vormt dit vereiste geen probleem omdat de term ‘uitlokking’ impliceert dat de wil van de derde gericht was op het bewerkstelligen van de wanprestatie. Bij het gebruikmaken van contractbreuk ligt dit anders. Hierbij wordt de eis gesteld dat de derde zich ervan bewust was dat hij gebruik maakte van het feit dat zijn wederpartij in strijd handelde met een op hem rustende verplichting uit een eerder gesloten contract. Deze formule impliceert dat de derde weet dat zijn wederpartij reeds een overeenkomst met een ander heeft gesloten en zich er ook van bewust is welke verplichtingen uit deze eerdere overeenkomst voor de wederpartij voortvloeien.⁸⁶

De Hoge Raad heeft beslist dat ‘behoren te weten’ met ‘weten’ op een lijn gesteld moet worden.⁸⁷ Deze formulering komt overeen met de wijze waarop het begrip ‘niet te goeder trouw’ in artikel 3:11 BW wordt omschreven:

‘Goede trouw van een persoon, vereist voor enig rechtsgevolg, ontbreekt niet alleen, indien hij de feiten of het recht, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende, maar ook indien hij ze in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen.’

Omdat volgens de Hoge Raad ‘behoren te weten’ voldoende is, is het gehanteerde bewustheidscriterium ruimer dan het kennisvereiste van artikel 6:146 lid 1 BW, waarin is geregeld dat relatieve verweermiddelen niet kunnen ingeroepen tegen de verkrijger van een waardepapier en diens rechtsopvolgers, tenzij het aan de verkrijger op het tijdstip van overdracht bekend was of voor hem kenbaar was uit het waardepapier. Een uitbreiding tot een ‘behoren te kennen’ is hier door de wetgever, met het oog op de gemakkelijke verhandelbaarheid van waardepapieren, principieel uitgesloten. Van de verkrijger kan en mag niet worden gevergd dat hij onderzoek doet naar het bestaan van eventuele verweermiddelen.⁸⁸

Het bovenstaande roept de vraag op of van een derde kan worden gevraagd dat hij onderzoek doet naar mogelijke eerder aangegane verplichtingen van zijn wederpartij. In de literatuur wordt hier verschillend over gedacht. Vol-

⁸⁶ Zie o.a. S. van Brakel, ‘Profiteeren van een anders wanpraestatie als onrechtmatige daad’, *NJB* 1940, p. 469; C.H. Beekhuis, ‘Het profiteren van een door een ander gepleegde wanprestatie’, in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1969, p. 15; H.L. Wedeven, ‘Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse zaken en diensten’, *WPNR* 1968, p. 494; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 152.

⁸⁷ Zie o.a. HR 30 juni 1995, *NJ* 1995, 693, m.nt. P. van Schilfgaarde (*G-rekening*), r.o. 3.3.2 en HR 26 januari 2007, *NJ* 2007, 78 (*Van de Ven/Sleevers*), r.o. 3.4.

⁸⁸ Parl. Gesch., p. 538.

gens Vorstman kan een onderzoeksplicht, mede gezien het belang van een vlotte handel, moeilijk gesteld worden.⁸⁹ Beekhuis meent daarentegen dat er van ‘behoren te weten’ sprake is wanneer de derde redelijkerwijs moet twijfelen of hetgeen hij wenst van zijn wederpartij zonder een wanprestatie van diens kant kan worden bereikt, en hij desondanks geen onderzoek instelt om hierover zekerheid te verkrijgen. De omstandigheden zijn bepalend voor de omvang van het te verrichten onderzoek.⁹⁰ Du Perron neemt als uitgangspunt dat op derden in het maatschappelijk verkeer in beginsel geen plicht rust om onderzoek te doen naar eventuele eerder aangegane verplichtingen van zijn wederpartij. Wanneer echter duidelijke aanwijzingen bestaan dat de door hem beoogde overeenkomst alleen kan worden nagekomen wanneer zijn wederpartij wanprestatie pleegt ten opzichte van een ander, dan kan de derde zich niet op zijn onwetendheid beroepen.⁹¹ In dat geval kan dus wel een zekere onderzoeksplicht worden aangenomen.⁹² Minstens kan het nalaten onderzoek te plegen, leiden tot de vaststelling dat de derde behoorde te weten dat contractsluiting wanprestatie in een andere verhouding impliceert. In een zaak omtrent het gebruikmaken van de overtreding van een concurrentiebeding heeft de Hoge Raad geoordeeld dat van de derde onder omstandigheden kan worden gevergd dat hij nader onderzoek doet naar (de gebondenheid van zijn wederpartij aan) het concurrentiebeding.⁹³ Anders dan bij verkooporganisaties speelt hier het belang van vlotte handel geen rol.⁹⁴ Bij het in dienst nemen van personeel mag van de derde een hogere mate van zorgvuldigheid worden verwacht.

8.2 *Uitbreiding van het criterium?*

In de rechtspraak is de vraag naar voren gekomen of het criterium van ‘kennen’ en ‘behoren te kennen’ uitputtend is. In *Cacharel/Geparo*⁹⁵ stelde Cacharel dat Geparo door haar bedrijfsmatige, frequente en stelselmatige activiteiten willens en wetens de mogelijkheid in het leven had geroepen dat de wederpartijen van Cacharel contractbreuk zouden plegen.⁹⁶ Advocaat-generaal Hartkamp meende dat deze uitbreiding van het bewustheidscriterium niet in overeenstemming is

⁸⁹ L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 42.

⁹⁰ C.H. Beekhuis, ‘Het profiteren van een door een ander gepleegde wanprestatie’, in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1969, p. 16.

⁹¹ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 153.

⁹² Zie ook J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 171, die, naast de onderzoeksplicht voor een derde in gevallen van redelijke twijfel, onder omstandigheden ook een mededelings- of informatieplicht aanneemt voor degene jegens wie de wanprestatie wordt gepleegd.

⁹³ HR 26 mei 1967, NJ 1967, 331, m.nt. G.J. Scholten (*Herschi/Rekko*).

⁹⁴ Zie L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 42.

⁹⁵ HR 1 november 1991, NJ 1992, 423.

⁹⁶ HR 1 november 1991, NJ 1992, 423, cassatiemiddel, onder 5.

met de bestaande jurisprudentie én niet wenselijk is vanuit het perspectief van de contractsvrijheid van de derde.⁹⁷ Ook de Hoge Raad hield vast aan het criterium ‘weten of behoren te weten’.⁹⁸

In 2007 werd deze maatstaf bevestigd in het arrest *Van de Ven/Sleegers*.⁹⁹ Hier ging het om het profiteren van de schending van een wettelijk voorkeursrecht, voortvloeiende uit de Pachtwet. Het hof had geoordeeld dat, omdat het hier ging om een wettelijk voorkeursrecht, ‘wetenschap [...] ook kan worden aangenomen indien Van de Ven [de derde, LvB] er ernstig rekening mee moest houden dat door het sluiten van de koopovereenkomst het voorkeursrecht van Sleegers c.s. zou worden geschonden.’ Advocaat-generaal Wesseling-van Gent meende echter dat, gezien de rechtspraak van de Hoge Raad, ‘het ernstig rekening moeten houden’ niet als apart criterium naast ‘weten of behoren te weten’ kan worden geaccepteerd.¹⁰⁰ Door te overwegen dat de zinsnede ‘ernstig rekening moest houden’ van het hof kennelijk moet worden gelezen als ‘behoorde te weten’, heeft de Hoge Raad voorkomen dat het arrest gecasseerd moest worden.¹⁰¹ De Hoge Raad overwoog dat er geen onderscheid moet worden gemaakt tussen het gebruikmaken van de schending van een verbintenis uit overeenkomst of van een wettelijke verplichting.

Onzekerheid over het bestaan van de wanprestatie komt in beginsel niet voor risico van de derde.¹⁰² Onder omstandigheden kan dit echter anders zijn, zo blijkt uit het arrest *Verboom/Staat*.¹⁰³ In die zaak was het echter de Staat der Nederlanden die profiteerde van de wanprestatie van een ander en van de Staat mag meer zorgvuldigheid worden verwacht.¹⁰⁴

8.3 Toetsingsmoment

8.3.1 Toetsingsmoment volgens de rechtspraak

Bij toetsing aan het kennisvereiste speelt het toetsingsmoment een belangrijke rol. Op welk tijdstip moet de derde op de hoogte zijn – of had hij op de hoogte moeten zijn – van de wanprestatie? Uit de jurisprudentie vloeit voort dat het toetsingsmoment in beginsel het moment is waarop de derde zijn overeenkomst

⁹⁷ HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 423 (concl. A-G A.S. Hartkamp).

⁹⁸ HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 423 (*Cacharel/Geparo*), r.o. 3.2. Vgl. echter Rb. Haarlem (pres.) 7 december 2001, *KG* 2002, 58, waarin de rechter wel het criterium hanteert dat gedaagde ‘willens en wetens de aanmerkelijke kans’ neemt dat zijn wederpartij jegens een ander wanprestatie pleegt en de verwerkelijking van die kans bevordert.

⁹⁹ HR 26 januari 2007, *NJ* 2007, 78.

¹⁰⁰ HR 26 januari 2007, *NJ* 2007, 78 (concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent).

¹⁰¹ HR 26 januari 2007, *NJ* 2007, 78 (*Van de Ven/Sleegers*), r.o. 3.4.

¹⁰² Zie ook Brunner in zijn noot onder HR 27 januari 1989, *NJ* 1990, 89 (*Verboom/Staat*) en C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 153.

¹⁰³ HR 27 januari 1989, *NJ* 1990, 89, m.nt. C.J.H. Brunner (*Verboom/Staat*).

¹⁰⁴ Zie onder, par. 9.3.2 voor een nadere bespreking van dit arrest.

sluit met de wanprestant.¹⁰⁵ Indien de derde op dat moment niet op de hoogte is of behoorde te zijn van de wanprestatie van de wederpartij, kan ook geen sprake zijn van onrechtmatigheid wanneer de derde zich op het moment van uitvoering van de overeenkomst wel bewust is van de contractbreuk.¹⁰⁶ In het arrest *Scheerders/Van Hoek*¹⁰⁷ lijkt de Hoge Raad echter een beperkte uitzondering op deze hoofdregel te accepteren.

De feiten in deze zaak waren als volgt. Van der Loo en Van Hoek sloten een contract waarin was bepaald dat een perceel van Van der Loo werd geruild met een perceel dat Van Hoek nog moest verwerven. Toen Van Hoek het perceel kocht en dit meedeelde aan Van der Loo, liet laatstgenoemde weten niet meer aan de overeenkomst te willen meewerken. Enige tijd later droeg Van der Loo zijn perceel over aan Scheerders. Ter gelegenheid van de notariële vastlegging van het contract wees de notaris op de ruilovereenkomst, maar Scheerders zette de medewerking aan de levering voort. Van Hoek daagde hierop Scheerders voor de rechter en legde aan zijn vordering ten grondslag dat Scheerders op onrechtmatige wijze had geprofiteerd van de wanprestatie van Van der Loo. De rechtbank oordeelde dat er geen sprake was van een onrechtmatige daad omdat niet was vast komen te staan dat Scheerders op het moment dat hij met Van der Loo zijn overeenkomst sloot, van de wanprestatie van zijn wederpartij op de hoogte was. In hoger beroep nam het hof wel aan dat een onrechtmatige daad was gepleegd.

De Hoge Raad overwoog:

‘De enkele omstandigheid dat Scheerders voor het verlijden van de notariële akte van transport van de notaris had vernomen dat de verkoper, Van der Loo, jegens Van Hoek een binding had met betrekking tot het te leveren stuk grond en daarom “geredelijk mocht aannemen” dat Van der Loo handelde in strijd met zijn verplichtingen jegens Van Hoek, doet de medewerking van Scheerders aan dat transport – ter uitvoering van een eerder door hem als koper gesloten obligatoire overeenkomst – niet onrechtmatig zijn jegens Van Hoek. Bijkomende omstandigheden kunnen wel meebrengen dat de handelwijze van Scheerders als onrechtmatig jegens Van Hoek moet worden aangemerkt, maar de aanwezigheid van dergelijke omstandigheden heeft het hof niet vastgesteld.’¹⁰⁸

¹⁰⁵ Zie o.a. HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 (*Curaçao/Boyé*), m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn, waarin de Hoge Raad zich boog over de vraag of Curaçao bij de aankoop van de plantage het kettingbeding en de strekking ervan kende; Dit toetsingsmoment wordt ook gehanteerd in HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 423 (*Cacharel/Geparo*) waarin door de Hoge Raad werd overwogen dat voor onrechtmatigheid ‘tenminste vereist is dat de buitenstaander bij het inkopen van de producten van de fabrikant wist of behoorde te weten dat hij daartoe uitsluitend in staat was tengevolge van jegens de fabrikant door een van de leden van diens verkooporganisatie gepleegde wanprestatie.’ (r.o. 3.1). In HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*) was geen sprake van een koopovereenkomst, maar van een schenking. Hier werd als toetsingsmoment het moment van aanvaarding van de schenking gebruikt. Vgl. ook HR 26 januari 2007, *NJ* 2007, 78 (*Van der Ven/Sleegers*), r.o. 3.4.

¹⁰⁶ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 153; J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 9.

¹⁰⁷ HR 8 december 1989, *NJ* 1989, 217.

¹⁰⁸ HR 8 december 1989, *NJ* 1989, 217 (*Scheerders/Van Hoek*), r.o. 3.2.

Volgens Du Perron en Cahen formuleert de Hoge Raad hier een uitzondering op de regel dat aan het kennisvereiste moet zijn voldaan op het moment dat de derde zijn overeenkomst sluit. De uitzondering bestaat hierin, dat onder omstandigheden ook het moment van uitvoering van de overeenkomst als toetsingsmoment kan gelden.¹⁰⁹ De reikwijdte van deze uitzondering moet mijns inziens echter zeer beperkt worden gehouden. Wanneer de derde een overeenkomst sluit, wetende dat zijn wederpartij hierdoor zijn eerder aangegane contractuele verplichting niet kan nakomen, is sprake van een zekere mate van verwijtbaarheid. Dat is anders wanneer de derde niet op de hoogte is of kon zijn van de eerder aangegane contractuele verplichtingen van zijn wederpartij. In dat geval kan hem in beginsel niets worden verweten, ook niet wanneer hij – eenmaal bewust van de eerdere, tegenstrijdige overeenkomst – nakoming eist.¹¹⁰ De omstandigheden moeten dan wel exceptioneel zijn om te rechtvaardigen dat van de derde op straffe van aansprakelijkheid wordt gevergd om – zoals in *Scheerders/Van Hoek* – zijn medewerking aan de uitvoering van de overeenkomst te onthouden. Onduidelijk is op welke bijkomende omstandigheden de Hoge Raad doelt; in elk geval deden zij zich niet voor in *Scheerders/Van Hoek* en kunnen er ook in de overige jurisprudentie geen aanknopingspunten worden gevonden.

8.3.2 Afwijkende opvattingen in literatuur

In afwijking van de regel dat het kennisvereiste moet worden getoetst op het moment dat de derde zijn overeenkomst met de wanprestant sluit, heeft Pitlo betoogd dat, analoog aan de goede trouw in het goederenrecht en met name artikel 3:86 BW, moet worden gekeken naar het moment van levering.¹¹¹ Een invulling van het kennisvereiste voor aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie aan de hand van het goedetrouwbegrip uit het goederenrecht, ligt echter niet voor de hand. Artikel 3:86 BW, dat slechts betrekking heeft op de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen en rechten aan toonder of order, beschermt de derde tegen de beschikkingsonbevoegdheid van zijn verkoper. In beginsel kan een beschikkingsonbevoegde vervreemder een zaak niet geldig overdragen, tenzij zijn wederpartij te goeder trouw is en is voldaan aan de verdere voorwaarden uit het artikel. De bepaling vormt dus een exceptie op de belangrijke regel in ons goederenrecht dat alleen een beschikkingsbevoegde rechtsgeldig kan overdragen. In dat licht is het begrijpelijk dat het toetsingsmoment het moment is van de voltooiing van de overdracht: de levering. In gevallen van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie is echter geen sprake van beschikkingsonbevoegdheid aan de zijde van de verkoper. Deze heeft ‘slechts’ in strijd gehandeld met een eerder aangegane contractuele verplichting. De betrokkenheid bij de schending van die contractuele verplichting wordt alleen bij uitzondering als onrechtmatig aangemerkt, namelijk wanneer bepaalde bijkomende

¹⁰⁹ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 153; J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 9.

¹¹⁰ J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 9.

¹¹¹ A. Pitlo, ‘Na 3 maart 1905’, in: Ph.A.N. Houwing (red.), *Onroerend goed*, Deventer: Kluwer 1968, p. 239.

omstandigheden kunnen worden aangetoond. Hierbij past mijns inziens een strikte opvatting van het kennisvereiste, waarbij als toetsingsmoment geldt: wat wist of behoorde de derde te weten op het moment dat hij de overeenkomst sloot.

Voor het specifieke terrein van de verkooporganisaties hebben sommige rechtsgeleerden eveneens een ander toetsingsmoment verdedigd. In het verleden is door verschillende auteurs de opvatting verdedigd dat het niet uitmaakt of de derde (in zijn voorbeeld een detaillist) bij de aankoop van de goederen van de contractbreuk van zijn wederpartij op de hoogte is. Bepalend is of hij hiervan kennis heeft op het moment dat hij de goederen (tegen een lagere prijs) verkoopt.¹¹² Als argument voor dit toetsingsmoment zou men aanvoeren dat de derde ‘slechts’ wordt geconfronteerd met vaste prijzen die hij op straffe van aansprakelijkheid moet eerbiedigen. Mijns inziens valt het verleggen van het toetsingsmoment naar het moment dat de goederen worden verkocht door de derde echter niet goed te verdedigen. Ook bij verkooporganisaties zou het uitgangspunt moeten gelden dat slechts van belang is wat de derde wist of behoorde te weten ten tijde van het sluiten van de overeenkomst om de producten in te kopen. Hoewel bij verticale prijsbinding – hetgeen in het huidige recht vrijwel niet meer mogelijk is – de derde (de koper) in sommige gevallen aansprakelijkheid kon ontlopen door de producten te verkopen tegen de door de fabrikant vastgestelde prijzen, moet worden bedacht dat de koper bij het sluiten van de overeenkomst niet van deze voorwaarde op de hoogte was, laat staan dat hij met de voorwaarden had ingestemd. Wanneer met de verkooporganisatie selectieve distributie van merkartikelen wordt beoogd, liggen de zaken nog gecompliceerder. Stel dat een detaillist een grote voorraad merkartikelen heeft aangekocht en pas na het sluiten van zijn overeenkomst ontdekt dat hij de producten heeft verkregen omdat zijn verkoper wanprestatie heeft gepleegd. De detaillist moet dan kiezen uit twee kwaden: de producten niet verkopen waardoor hij verliezen lijdt of de producten wel verkopen op straffe van een mogelijke veroordeling wegens bewust gebruikmaken van wanprestatie. Naar mijn mening kan niet van de detaillist worden gevergd dat hij het exclusieve distributiesysteem respecteert en de producten niet meer verkoopt. Het toetsingsmoment dient derhalve te liggen op het moment dat de derde de producten aankoopt.

8.4 Opzet

Wanneer de betrokkenheid van de derde bestaat uit het uitlokken of actief bevorderen van wanprestatie, dan impliceert dit dat de derde opzettelijk heeft gehandeld. Het opzet ligt immers in beide handelingen besloten.¹¹³ De derde hoeft

¹¹² L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 44; R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 218.

¹¹³ H.L. Wedeven, ‘Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse zaken en diensten’, *WPNR* 1968, p. 494.

geen oogmerk tot benadeling te hebben gehad; een eiser zal kunnen volstaan met het aantonen dat de gedaagde het opzet had om de contractbreuk te bewerkstelligen en dat het voor hem zeker was dat hieruit schade zou voortvloeien voor de eiser.¹¹⁴

In gevallen die in de rechtspraak worden aangeduid als ‘gebruikmaken of profiteren van wanprestatie’, hoeft de eiser niet te bewijzen dat de gedaagde het opzet had om de wanprestatie te bewerkstelligen. De vraag rijst echter of hij wel moet kunnen aantonen dat de gedaagde heeft gehandeld met het opzet om zelf voordeel te behalen uit de contractbreuk. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat het antwoord ontkennend moet luiden.¹¹⁵ De omstandigheden dat de derde geen voordeel heeft genoten als gevolg van de contractbreuk en ook niet heeft gehandeld met het oogmerk had om ervan te profiteren, vormen geen obstakels om onrechtmatigheid aan te nemen.¹¹⁶

9 Bijkomende omstandigheden

Uit de jurisprudentie blijkt dat de bewuste betrokkenheid bij andermans contractbreuk op zichzelf geen grond voor aansprakelijkheid oplevert. Volgens de Hoge Raad moeten bijkomende omstandigheden worden aangetoond. De rechtspraak laat zien dat een belangrijke rol wordt toebedeeld aan de mate waarin de derde de beslissing om wanprestatie heeft beïnvloed en de ernst en de voorzienbaarheid van het nadeel dat door de eiser is geleden.¹¹⁷ Maar ook andere omstandigheden, zoals de aanwezigheid van een algemeen belang of een bijzondere relatie tussen partijen, kunnen worden meegewogen in het onrechtmatigheidsoordeel. Tot slot zijn in de jurisprudentie specifieke omstandigheden geformuleerd waaronder het gebruikmaken van een contractbreuk die is gepleegd in het kader van een verkooporganisatie als onrechtmatig kan worden aangemerkt.

9.1 *Mate van beïnvloeding*

9.1.1 Uitlokken en bevorderen van wanprestatie

Van een beïnvloeding van de beslissing om wanprestatie te plegen is in de eerste plaats sprake wanneer de wanprestatie is uitgelokt of actief is bevorderd. Onder uitlokking wordt verstaan dat de derde het initiatief gehad met betrekking tot de

¹¹⁴ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 150.

¹¹⁵ HR 30 september 2005, NJ 2005, 513 (*Melkquotum*).

¹¹⁶ Anders: C.H. Beekhuis, ‘Het profiteren van een door een ander gepleegde wanprestatie’, in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1969, p. 17, die meent dat, voor zover er geen sprake is van uitlokking of bevordering van wanprestatie, vereist is dat de derde het oogmerk heeft gehad om profijt te trekken uit de wanprestatie.

¹¹⁷ Zie o.a. HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curaçao/Boyé*) en HR 15 oktober 1999, NJ 2000, 101, m.nt. A.R. Bloembergen (*Driessen/Benegas*); Hof Amsterdam 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9495, r.o. 2.6.

wanprestatie.¹¹⁸ De interpretatie van het begrip wijkt af van de strafrechtelijke uitlokking.¹¹⁹ Volgens Slagter moet onder civielrechtelijke uitlokking worden verstaan 'ieder bewust bewerken, dat een ander wanprestatie zal plegen, ook al is diens bezwaar daartegen nog zo gering'.¹²⁰ Het gedrag van de derde moet er (mede) de oorzaak van zijn dat de contractant heeft besloten tot niet-nakoming van zijn overeenkomst.¹²¹

Heeft de derde wel in aanzienlijke mate bijgedragen tot de wanprestatie maar niet bewijsbaar het initiatief genomen, dan is sprake van het bevorderen van wanprestatie, dat als iets minder verwijtbaar wordt beschouwd dan uitlokking.¹²² Volgens de literatuur is sprake van het bevorderen van contractbreuk wanneer de derde aan de toekomstige wanprestant middelen verschaft om wanprestatie te plegen, bijvoorbeeld door af te spreken dat hij de nadelige gevolgen van de wanprestatie op zich neemt.¹²³

Een voorbeeld is het arrest *Bruurs/Haagen*.¹²⁴ Haagen had een pachtcontract dat een voorkeursrecht tot koop bevatte. De verpachters, Mengeot en Housiaux, droegen het perceel in strijd met het voorkeursrecht over aan Bruurs. Bruurs was ten tijde van de koop op de hoogte van het voorkeursrecht en had de verkopers voor eventuele schadeanspraken van Haagen gevrijwaard. De Hoge Raad oordeelde dat Bruurs zich schuldig had gemaakt aan een onrechtmatige daad, en legde daarbij de nadruk op het feit dat hij de wanprestatie mogelijk had gemaakt en beïnvloed door de verkopers te vrijwaren voor schadeanspraken van Haagen wegens de schending van het voorkeursrecht.

Het uitlokken en bevorderen van wanprestatie vindt zijn grens bij het accepteren van een aanbod. Het enkele feit dat de derde door in te gaan op een aanbod zijn wederpartij in de gelegenheid stelt om contractbreuk te plegen, wordt niet zonder meer als onrechtmatig aangemerkt.¹²⁵ Het bewust meewerken of faciliteren

¹¹⁸ Het enkele feit dat de derde het initiatief heeft genomen tot het aangaan van een overeenkomst werd door het hof in *ARN/Multicar* echter onvoldoende geacht voor onrechtmatigheid, zie Hof 's-Gravenhage 17 januari 2008, *NJ* 2008, 276, r.o. 8.

¹¹⁹ Vgl. art. 47 WvSr: 'Als daders van een strafbaar feit worden gestraft: [...] 2. zij die door giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, of misleiding of door het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen het feit opzettelijk uitlokken.'

¹²⁰ W.J. Slagter, *Preadvies* (Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging Ia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 207.

¹²¹ C.J.J.C. van Nispen, 'IV. Ongeoorloofde mededinging', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.), nrs. 209 en 230; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 150.

¹²² L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 25; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 150.

¹²³ Zie bijv. HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 408 (*Bruurs/Haagen*). Zie ook L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 25; W.J. Slagter, *Preadvies* (Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging Ia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 206; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 151. HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 408.

¹²⁵ L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 47. Zie echter C.E. du Per-

van wanprestatie door het sluiten van een overeenkomst waardoor de wederpartij een eerdere contractuele verplichting niet kan nakomen, wordt in de jurisprudentie veelal ondergebracht in de categorie ‘profiteren of gebruikmaken van wanprestatie’. Sterker – en anders dan de terminologie doet vermoeden – is in veruit de meeste gevallen die als het ‘profiteren’ of ‘gebruikmaken’ van contractbreuk worden aangemerkt sprake van het op deze wijze ‘faciliteren’ van contractbreuk. Slechts in uitzonderingsgevallen wordt onrechtmatigheid aangenomen in situaties waarin de derde gebruik heeft gemaakt van een in een eerder stadium gepleegde wanprestatie.¹²⁶

Het belang van indeling van gevallen van derdenbetrokkenheid in de categorieën ‘uitlokken en bevorderen van wanprestatie’ en ‘gebruikmaken van wanprestatie’ is volgens de meerderheidsopvatting in de literatuur gelegen in de onrechtmatigheid dat in de eerste categorie de onrechtmatigheid behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond is gegeven, terwijl het enkele gebruikmaken van wanprestatie in beginsel geen onrechtmatige daad oplevert, tenzij bijkomende omstandigheden kunnen worden aangetoond.¹²⁷ Dit onderscheid wordt echter niet door alle auteurs aanvaard. Scholten stelde al in 1967 dat de jurisprudentie van de Hoge Raad zich niet in deze algemene termen laat vatten.¹²⁸ Ook in de meer recente literatuur wordt kritiek geuit. Zo is door onder anderen Vranken betoogd dat het uitlokken van wanprestatie, evenals het profiteren van wanprestatie, niet zonder meer onrechtmatig is, en dat de bijkomende

ron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 150-151, die stelt dat in gevallen van dubbele verkoop van onroerend goed de bereidheid om in te gaan op een aanbod, wetende dat de verkoper het reeds aan een ander heeft verkocht, wel als onrechtmatig handelen wordt beschouwd. Mijns inziens vloeit dit niet voort uit de jurisprudentie. In uitspraken die betrekking hebben op de dubbele verkoop van onroerend goed, wordt pas aansprakelijkheid aangenomen wanneer zich bijkomende omstandigheden voordoen, en is wetenschap in combinatie met het aanvaarden van een aanbod onvoldoende voor onrechtmatigheid, zie bijv. Hof Amsterdam 23 november 2003, te kennen uit HR 18 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8208. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met toepassing van art. 81 Wet RO.

¹²⁶ HR 26 juni 1964, *NJ* 1965, 170, m.nt. G.J. Scholten (*Gennep/Hermans*); HR 18 december 1964, *NJ* 1965, 171, m.nt. G.J. Scholten (*Douwe Egberts/Tromp*). Zie onder, par. 9.3.4.

¹²⁷ Zie L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 33; M.H. Bregstein, ‘De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplichtige aan contractbreuk’, in: P.W. van Doorne e.a. (red.), *Verzameld werk van prof.mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 333; C.H. Beekhuis, *Preadvies* (Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 100; W.J. Slagter, *Preadvies* (Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging Ia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 205; C.H. Beekhuis, ‘Het profiteren van een door een ander gepleegde wanprestatie’, in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1969, p. 14; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 149-152; J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 6.

¹²⁸ Zie noot onder HR 26 mei 1967, *NJ* 1967, 331 (*Herschi/Rekko*).

omstandigheden steeds beslissend zijn.¹²⁹ Voor deze zienswijze spreekt dat in de jurisprudentie het beïnvloeden van de beslissing om wanprestatie te plegen wordt aangemerkt als een van de omstandigheden die het gebruikmaken van wanprestatie onrechtmatig kunnen doen zijn.¹³⁰ Anderzijds lijkt de Hoge Raad het voornoemde onderscheid wel te accepteren in het *Melkquotum*-arrest, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen het sluiten van een contract terwijl men weet dat de contractant daardoor wanprestatie pleegt jegens zijn wederpartij, dat niet zonder meer onrechtmatig is, en het uitlokken of op andere wijze actief betrokken zijn bij wanprestatie.¹³¹

9.1.2 Vermoeden van beïnvloeding door relatie tussen derde en wanprestant

Wanneer beïnvloeding niet kan worden bewezen, lijkt in de rechtspraak onder omstandigheden wel een vermoeden tot beïnvloeding te worden aangenomen. Indien sprake is van een bijzondere verhouding tussen de derde en de wanprestant, dan kan dat reden zijn om aan te nemen dat daadwerkelijk invloed is uitgeoefend. Bekende voorbeelden uit de jurisprudentie zijn *Streefland/Van der Graaf*¹³² en *Pos/Van den Bosch*,¹³³ waarin in beide gevallen sprake was van een speciale vertrouwensband.

De feiten in *Streefland/Van der Graaf* waren als volgt. Mevrouw Streefland verkocht in 1949 haar huis, tuin, erf en boomgaard aan haar neef. In de overeenkomst stond dat betaling en transport moesten geschieden voor of op 1 januari 1970. In 1955 kwam haar neef te overlijden en werden de rechten en verplichtingen uit de overeenkomst bij notariële akte toebedeeld aan zijn vrouw, Van de Graaf. Van der Graaf liet op het perceel een noodwoning bouwen, waarin zij met haar zoon ging wonen. H. Streefland, broer van voornoemde neef, kocht vervolgens op 28 juni 1960 hetzelfde onroerend goed van zijn bejaarde tante. Een dag later vond de levering plaats. Streefland verzorgde op dat moment al geruime tijd zijn tantes administratie. Van der Graaf meende dat Streefland jegens haar een onrechtmatige daad had gepleegd en vorderde voor de rechter herstel van de situatie, bestaande uit de levering van het perceel aan mevrouw Streefland tegen terugbetaling van de betaalde koopsom.

Het hof oordeelde dat H. Streefland zich schuldig had gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens zijn schoonzus. De Hoge Raad ging hierin mee en overwoog:

¹²⁹ J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht', *WPNR* 1997, p. 719. Zie ook H.J.S.M. Langbroek, 'Gebruikmaken van wanprestatie: (n)iets nieuws onder de zon?', *MvV* 2010-3, p. 53.

¹³⁰ Zie o.a. HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 408 (*Bruurs/Haagen*); HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curaçao/Boyé*).

¹³¹ HR 30 september 2005, *NJ* 2005, 513. Vgl. ook de conclusie van A-G F.F. Langemeijer bij HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*) waarin wordt gesteld dat het bewust uitlokken van wanprestatie in beginsel een onrechtmatige daad oplevert jegens de benadeelde (onder 2.9).

¹³² HR 3 januari 1964, *NJ* 1965, 16, m.nt. G.J. Scholten.

¹³³ HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten.

‘dat [...] het Hof genoemde omstandigheden blijkbaar aldus heeft gewaardeerd dat H. Streefland, toen hij het onderhavige onroerende goed kocht en zich deed overdragen, ten eigen bate gebruik maakte van de bijzondere verhouding, waarin hij zich tegenover zijn bejaarde tante, als beherende haar vermogen, bevond, zulks terwijl hij wist dat die tante op grond van een tevoren met zijn broer, den rechtsvoorganger van partij Van der Graaf, gesloten overeenkomst verplicht was dat onroerende goed te zijner tijd aan Van der Graaf te leveren en dat dit onroerende goed voor Van der Graaf, zijn schoonzuster, van grote betekenis was omdat zij, kennelijk vertrouwend op de uitvoering van die overeenkomst, op dat onroerende goed reeds een noodwoning had doen bouwen, waarin zij met haar zoon woonde;

dat het Hof, uitgaande van de aldus gewaardeerde omstandigheden van het geval, terecht heeft beslist dat het in 's Hof's tweede rechtsoverweging omschreven handelen van H. Streefland in strijd was met de zorgvuldigheid die hem jegens Van der Graaf betaamde’.

De bijzondere verhouding tussen Streefland en zijn bejaarde tante was een van de omstandigheden die door zowel het hof als de Hoge Raad van belang werden geacht voor het onrechtmatigheidsoordeel. Dat tussen hen een familieband bestond, was volgens annotator Scholten niet doorslaggevend. Du Perron typeert het arrest als een voorbeeld van het misbruik maken van een bijzondere vertrouwensband, waardoor opzettelijk wanprestatie wordt bevorderd.¹³⁴

Ook in *Pos/Van den Bosch*¹³⁵ was sprake van een bijzondere vertrouwensband tussen de derde en wanprestant.

Van den Bosch was al jaren pachter van enige percelen weiland. In het pachtcontract stond dat bij overlijden van de langstlevende (de verpachter zelf of een van zijn bij hem inwonende zussen), de pachter het recht had het onroerend goed te kopen. Wanneer de verpachter tot vervreemding van het onroerend goed wenste over te gaan, bestond de verplichting dit schriftelijk aan de pachter mee te delen. Het langstlevende familielid, mevrouw Brouwer, overleed op 22 december 1964 en pas op dat moment bleek dat zij enige tijd daarvoor het onroerend goed had geschonken aan Pos, haar achterneef, die ook haar vermogen beheerde. Pos weigerde vervolgens het onroerend goed te verkopen aan Van den Bosch, waarop deze laatste een procedure bij de kortgedingrechter aanhangig maakte, en een verbod vorderde op de verkoop van het perceel op straffe van een dwangsom. De vordering werd gebaseerd op onrechtmatige daad. Volgens Van den Bosch had Pos in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid gehandeld door de wanprestatie van mevrouw Brouwer uit te lokken en te bevorderen, dan wel door bewust van deze contractbreuk te profiteren.

Het hof overwoog dat het enkele gebruikmaken van wanprestatie niet onrechtmatig is, maar dat in de onderhavige zaak hiervan geen sprake was. Als relevante omstandigheden noemde het hof het feit dat mevrouw Brouwer hoogbejaard was, dat zij waarde hechtte aan de adviezen van Pos en dat zij hem een uitgebreide volmacht had gegeven. Pos had daardoor de uiterste voorzichtigheid

¹³⁴ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 151.

¹³⁵ HR 17 november 1967, NJ 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten.

in acht had moeten nemen ten aanzien van de handelingen die zijn tante ten gunste van hem maar ten nadele van anderen wilde verrichten. Bovendien moest hij zich bewust zijn geweest van het aanmerkelijke nadeel voor Van den Bosch. Onder deze omstandigheden, zo overwoog het Hof, is het profiteren van de wanprestatie van mevrouw Brouwer door Pos als onrechtmatig te kwalificeren. De Hoge Raad sloot zich hierbij aan en bevestigde bovendien dat Pos kon worden veroordeeld om het onroerend goed aan Van den Bosch over te dragen tegen betaling van de geschatte waarde.

In zowel *Streefland/Van der Graaf* als *Pos/Van den Bosch* speelde de speciale vertrouwensrelatie tussen de wanprestant en de derde een belangrijke rol. Zowel Streefland als Pos had een bijzondere band met de wanprestant, zo blijkt uit de feiten. Vanwege de vertrouwensband konden beiden ook een zekere invloed uitoefenen op de beslissingen van hun oude tantes, vooral nu zij als adviseur optraden. Of zij feitelijk misbruik hadden gemaakt van hun vertrouwenspositie door invloed uit te oefenen op de beslissing het onroerend goed te verkopen, is moeilijk aan te tonen, maar Streefland en Pos hadden allebei de schijn tegen zich. Scholten stelt daarom in zijn annotatie bij *Pos/Van den Bosch* voor dat de bewijslast wat betreft het ontbreken van enige beïnvloeding van de wanprestant bij de aanwezigheid van een speciale vertrouwensrelatie op de gedaagde komt te rusten. Overigens moet de bijzondere vertrouwenspositie van de derde wel worden aangetoond door de eiser. In 2005 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het enkele feit dat wanprestant en derde familiebanden hebben, daarvoor niet voldoende is – zelfs indien sprake is van een moeder-zoonverhouding.¹³⁶

9.1.3 Verwevenheid van derde en wanprestant

De derde en de wanprestant kunnen ook zodanig met elkaar verweven zijn dat het gedrag van de wanprestant niet los kan worden gezien van het gedrag van de derde. Hiervan is sprake wanneer tussen vennootschappen een nauwe verbondenheid bestaat, bijvoorbeeld wanneer de vennootschappen dezelfde bestuurder hebben en/of tot hetzelfde concern behoren. Kan een vennootschap aansprakelijk worden gesteld wegens haar betrokkenheid bij wanprestatie, wanneer zij profiteert van de wanprestatie die is gepleegd door een nauw met haar verweven vennootschap? Uit de rechtspraak vloeit voort dat de verbondenheid tussen vennootschappen een omstandigheid oplevert die meeweegt in het onrechtmatigheidsoordeel.

Dit blijkt ook uit een uitspraak van het Hof Arnhem¹³⁷ betreffende een geschil tussen de vennootschappen Eurofurn en Wiko. Wiko BV was sinds 1990 werkzaam als alleenvertegenwoordiger in Nederland voor Unic, een Belgische producent van meubelen. Peers was gedelegeerd bestuurder van Unic en bestuurd samen met zijn zoon het Nederlandse bedrijf Eurofurn, dat toeleverancier was van

¹³⁶ HR 23 december 2005, NJ 2006, 33 (*Van Oosterom/Baas*), r.o. 3.2. Zie ook HR 30 september 2005, NJ 2005, 513 (*Melkquotum*).

¹³⁷ Hof Arnhem 29 augustus 2006, JOR 2006, 306 (*Eurofurn/Wiko*).

Unic en bovendien twintig procent van de aandelen van Unic hield. Peers maakte afspraken met afnemer Overtoom waarna Overtoom besloot haar meubels niet langer bij Unic te kopen, maar rechtstreeks bij Eurofurn. Wiko vorderde vervolgens voor de rechter schadevergoeding van Unic wegens wanprestatie (schending van de agentuurovereenkomst) en van Eurofurn wegens het profiteren van de wanprestatie van Unic. Met betrekking tot deze tweede vordering overwoog de rechtbank dat Unic en Eurofurn zodanig nauw met elkaar verbonden waren dat er geen sprake was van twee onafhankelijk van elkaar opererende ondernemingen. Vanwege deze nauwe verwevenheid oordeelde de rechtbank dat er sprake was van een onrechtmatige daad wegens het profiteren van wanprestatie. Het hof onderschreef het oordeel van de rechtbank en overwoog dat Peers wist van het exclusieve vertegenwoordigingsrecht van Wiko en dat zijn wetenschap ook aan Eurofurn kon worden toegerekend aangezien hij daarvan bestuurder was.

De verwevenheid van derde en wanprestant speelt ook een rol in de verhouding tussen bestuurder en vennootschap. Kan een bestuurder die de wanprestatie door de vennootschap bewerkstelligt, als derde persoonlijk aansprakelijk worden gesteld wegens zijn betrokkenheid? Deze vraag stond centraal in het arrest *Oosterhof*.¹³⁸

De feiten in deze zaak waren de volgende. NHB, dealer van tractors, leverde in 1993 twee tractors aan Driespan. Deze tractors werden door Driespan doorgeleverd aan derden. In het contract was echter overeengekomen dat Driespan de tractors pas mocht doorleveren wanneer de koopprijs was voldaan, hetgeen niet het geval was. Driespan werd vervolgens failliet verklaard, en NHB stelde een vordering tot schadevergoeding in tegen de statutair directeur van Driespan, Oosterhof. Volgens NHB had Oosterhof een onrechtmatige daad gepleegd door de wanprestatie door Driespan jegens NHB uit te lokken of te bevorderen.

Anders dan in concernrelaties, waar de moeder- en dochtermaatschappij worden aangemerkt als van elkaar te onderscheiden rechtssubjecten, kan een bestuurder in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk worden gesteld wegens betrokkenheid bij de contractbreuk van zijn vennootschap. Volgens de Hoge Raad is het feit dat de bestuurder de niet-nakoming van de overeenkomst door de vennootschap heeft bewerkstelligd of toegelaten, en daardoor schade heeft berokkend aan de wederpartij van de vennootschap, op zichzelf onvoldoende om de bestuurder persoonlijk aansprakelijk te houden. Persoonlijke aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is echter niet uitgesloten, maar kan slechts worden aangenomen wanneer de bestuurder een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹³⁹ Anders dan eiseres NHB, die vooral de nadruk legde op het uitlokken en bevorderen van wanprestatie als grond voor aansprakelijkheid, plaatste de Hoge Raad deze casus binnen de kaders van de bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij een ‘ernstig persoonlijk verwijt’ een belangrijke maatstaf vormt.¹⁴⁰ Hier-

¹³⁸ HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Oosterhof*).

¹³⁹ HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Oosterhof*), r.o. 3.4.1.

¹⁴⁰ Zie over deze maatstaf o.a. S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 137-142; D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 31 e.v.; H. de

bij kan met name worden gedacht aan betalingsonwil bij de bestuurder om de verbintenis van de vennootschap te voldoen.¹⁴¹

9.2 *Ernst van het nadeel voor de eiser*

9.2.1 *Nadeel alleen onvoldoende*

In verschillende arresten noemt de Hoge Raad de ernst van het nadeel als bijkomende omstandigheid die de betrokkenheid van een derde van wanprestatie onrechtmatig kan maken.¹⁴²

Naast de ernst van het nadeel wordt ook de mate waarin het nadeel voorzienbaar was in de rechtspraak als bijkomende omstandigheid aangemerkt. De voorzienbaarheid is echter vooral relevant voor de vaststelling van het oorzakelijke verband tussen het gedrag van de derde en de schade, en zal worden besproken in het kader van het causaliteitsvereiste (paragraaf 10.3).

Het enkele feit dat de gedaagde nadeel heeft geleden is geen bijzondere bijkomende omstandigheid;¹⁴³ er moet sprake zijn van een bijzonder nadeel. De omvang van het nadeel voor de eiser kan mede blijken uit de hoogte van het voordeel dat de derde geniet door gebruik te maken van de contractbreuk.¹⁴⁴ Ook het feit dat reeds door de eiser is geanticipeerd op de nakoming van de overeenkomst, kan van betekenis zijn.

In *Streefland/Van der Graaf*¹⁴⁵ had Van der Graaf op het onroerend goed dat aan haar zou worden geleverd, maar dat vervolgens was overgedragen aan Streefland, een noodwoning laten bouwen, waar zij met haar zoon woonde. Volgens de Hoge Raad bleek hieruit dat het onroerend goed voor haar van grote betekenis was.

Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011, p. 50 e.v. Recentelijk heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het gedrag van een bestuurder onder omstandigheden ook buiten het kader van zijn bestuurderschap kunnen worden getoetst aan een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsplicht. De maatstaf van een ‘ernstig persoonlijk verwijt’ geldt dan niet; in dat geval zijn de gewone regels van onrechtmatige daad van toepassing. Zie HR 23 november 2012, *RvdW* 2012, 1473.

¹⁴¹ S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 108-109 en 115 e.v. Ook andere omstandigheden kunnen een rol spelen, zo blijkt uit Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2010, Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BY3302, waarin werd overwogen dat de indirect bestuurder van de wanpresterende vennootschap een voldoende ernstig verwijt kon worden gemaakt omdat hij had toegelaten dat de vennootschap onvoldoende inkomsten genoot om aan haar huurbetalingsverplichtingen te kunnen voldoen. De Hoge Raad verwierp het beroep op grond van art. 81 Wet RO, zie HR 20 januari 2012, *RvdW* 2012, 158.

¹⁴² Zie o.a. HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curaçao/Boyé*) en HR 15 oktober 1999, *NJ* 2000, 101, m.nt. A.R. Bloembergen (*Driesen/Benegas*).

¹⁴³ Zie bijv. HR 18 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8208.

¹⁴⁴ HR 4 juni 1965, *NJ* 1965, 381 (*Kamsteeg/Caltex*). Zie ook J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 9.

¹⁴⁵ HR 3 januari 1964, *NJ* 1965, 16, m.nt. G.J. Scholten, zie boven, par. 9.1.2.

9.2.2 Investerings in werknemers

Een andere categorie overeenkomsten waarin de eiser een bijzonder belang kan hebben bij de nakoming van de overeenkomst en veelal aanmerkelijk nadeel lijdt als gevolg van de wanprestatie en het feit dat de derde daarvan gebruikmaakt, zijn de concurrentiebedingen. Wanneer een werkgever tijd en geld investeert in de opleiding van de werknemer of hem de middelen heeft gegeven om een klantenbestand en/of knowhow op te bouwen, dan heeft hij er belang bij dat de werknemer na de beëindiging van zijn arbeidscontract niet bij de concurrent in dienst treedt en daar de verkregen knowhow inzet of de klanten van zijn voormalige werkgever meeneemt. Ter bescherming van dit belang van de werkgever, wordt dikwijls een concurrentiebeding of relatiebeding in de arbeidsovereenkomst opgenomen op grond waarvan het de werknemer na beëindiging van de arbeidsrelatie gedurende een bepaalde periode en binnen een bepaald geografisch bereik wordt verboden om met de ex-werkgever te concurreren of om zaken te doen met de relaties van de ex-werkgever. Kan het bijzondere belang bij de naleving een concurrentiebeding van de ex-werkgever een argument opleveren om de betrokkenheid bij de niet-naleving van het beding door de nieuwe werkgever als onrechtmatig aan te merken? Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord.

De vraag onder welke omstandigheden het gebruikmaken van de overtreding van een concurrentiebeding een onrechtmatige daad kan opleveren, stond centraal in het arrest *Herschi/Rekko*.¹⁴⁶

De feiten: Spronck had een arbeidsovereenkomst gesloten met Rekko om diens frisdranken en bieren te verkopen. In de overeenkomst was naast een geheimhoudingsplicht ook een concurrentiebeding opgenomen waarin stond dat Spronck gedurende vijf jaar na beëindiging van zijn dienstbetrekking in de gemeente Hoensbroek niet op enige manier betrokken mocht zijn bij een soortgelijk bedrijf als Rekko. Toen zijn dienstverband was geëindigd, trad Spronck in dienst bij Herschi. Omdat hij in zijn nieuwe functie frisdranken verkocht en colporteurde in Hoensbroek, overtrad Spronck zijn concurrentiebeding. Hij werd in kort geding op straffe van een dwangsom veroordeeld tot het beëindigen van zijn werkzaamheden voor Herschi in Hoensbroek. Daarop trok Herschi een nieuwe verkoper aan, Snijders, die de klanten van Rekko benaderde en tijdens de autoritten naar de cliënten werd vergezeld door de zoon van Spronck. Herschi had met Spronck afgesproken dat hij de grossierskorting zou krijgen voor de dranken die door Snijders in Hoensbroek werden verkocht. Rekko was van mening dat Herschi de wanprestatie van Spronck bevorderde door Spronck in de gelegenheid te stellen en daartoe middelen te verschaffen om het concurrentiebeding te overtreden. Uit deze situatie zou Herschi vervolgens profijt hebben getrokken door haar producten aan Rekko's klanten te verkopen. Voor de rechter eiste Rekko 45.000 gulden aan schadevergoeding vanwege klantenverlies.

Volgens de rechtbank was er geen sprake van een onrechtmatige daad van Herschi, ook omdat niet vaststond dat Herschi wist dat de zoon van Spronck met

¹⁴⁶ HR 26 mei 1967, *NJ* 1967, 331, m.nt. G.J. Scholten.

Snijders meereed naar klanten. In hoger beroep oordeelde het gerechtshof anders. Het hof meende dat niet van belang was of Herschi precies wist hoe Snijders werd ingelicht door Spronck, maar dat voldoende was dat Herschi wist of behoorde te weten dat Snijders aanwijzingen van Spronck kreeg. En aan dat laatste was volgens het hof wel voldaan. De Hoge Raad bekrachtigde het arrest van het hof en herhaalde de omstandigheden die volgens het hof hadden geleid tot het oordeel dat er sprake was van een onrechtmatige daad. Van belang is dat, hoewel Herschi wist van het concurrentiebeding en gewaarschuwd was om Spronck geen werkzaamheden te laten verrichten, Spronck toch gelegenheid en middelen had verschaft om Herschi's producten aan Rekko's oorspronkelijke klanten te verkopen. Zelfs nadat Spronck bij vonnis in kort geding was verboden om de producten voor Herschi in Hoensbroek te verkopen, bleef Spronck aanwijzingen geven aan zijn opvolger om klanten te kunnen winnen. De Hoge Raad overwoog:

‘[...] dat het Hof genoemde omstandigheden voor beide perioden aldus heeft beoordeeld dat Herschi zich van de wanprestatie van Spronck tegenover zijn voormalige werkgever bewust heeft bediend om ter uitbreiding van haar bedrijfsdebet ten koste van haar concurrent Rekko de oorspronkelijke klanten van Rekko tot afnemers van de producten van Herschi te maken.’

In *Herschi/Rekko* speelde de omstandigheid dat de derde gelegenheid en middelen had verschaft aan de wanprestant een belangrijke rol. In de literatuur wordt deze uitspraak ook wel beschouwd als een voorbeeld waarin onrechtmatigheid wordt aangenomen wegens het uitlokken van wanprestatie.¹⁴⁷ Van belang was echter ook dat Herschi door de wanprestatie van Spronck de klanten van Rekko kon benaderen, hetgeen ten koste ging van Rekko's verkopen.

In andere uitspraken wordt meer de nadruk gelegd op de vraag of de ex-werkgever als gevolg van het handelen van de derde bijzonder nadeel lijdt, bijvoorbeeld doordat de derde de knowhow van de werknemer heeft gebruikt.¹⁴⁸ Uit deze uitspraken blijkt dat nog geen onrechtmatigheid wordt aangenomen wanneer alleen wordt aangetoond dat de derde (de nieuwe werkgever) een concurrent is van de voormalige werkgever wiens concurrentiebeding is geschonden. Bewezen moet worden dat de derde daadwerkelijk de knowhow of de contacten van de werknemer gebruikt heeft.¹⁴⁹ Ook wanneer specifieke of concurrentiegevoelige informatie bij de werknemer ontbreekt, kan er echter sprake zijn van een onrechtmatige daad van de nieuwe werkgever. In 2000 concludeerde de president van de Rechtbank Utrecht dat sprake was van een onrechtmatige daad omdat de gedaagde gebruik had gemaakt van de schending van het concurrentiebeding door zijn werknemer, die een speciale opleiding had genoten bij zijn

¹⁴⁷ A.R. Houweling & C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: BJu 2011, p. 280-283.

¹⁴⁸ Zie bijv. Rb. Alkmaar 26 april 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:BA3927. Vgl. ook Hof Amsterdam 24 april 1997, PRG 1999, 5184 (*Postma/Esma*), waar overigens geen sprake was van een concurrentiebeding.

¹⁴⁹ Zie bijv. HR 18 november 1983, NJ 1984, 272, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Kluft c.s./B. en W. Supermarkten B.V.*), r.o. 3.4.

vorige werkgever. Ook werd gewicht toegekend aan de omstandigheid dat al meer werknemers van eiser naar de gedaagde waren overgegaan.¹⁵⁰ Overigens kan de omstandigheid dat krapte op de arbeidsmarkt heerst ook worden meegewogen bij het oordeel of er sprake is van onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie. Het vertrek van een personeelslid kan in dat geval grote schade met zich meebrengen voor de werkgever.¹⁵¹

9.3 *Andere omstandigheden*

9.3.1 Algemeen belang

Wanneer het algemeen belang in het geding is, kan van de derde een grotere zorgvuldigheid worden gevergd, zo blijkt uit het arrest *G-rekening*.¹⁵²

Heideman had bij Rabobank een geblokkeerde rekening (g-rekening) geopend. Deze g-rekening berustte op een wettelijke regeling die tot doel had een juiste afdracht van sociale premies en belasting te garanderen, waarmee het algemeen belang werd gediend. In een overeenkomst tussen Heideman en Rabobank, de fiscus en de Bedrijfsvereniging waarvan Heideman lid was, was bepaald dat de bedragen op de g-rekening zouden worden verpand aan de Staat en de bedrijfsvereniging ter zekerheid van betaling van premies en belastingen. Van de g-rekening konden slechts bedragen worden afgeboekt na schriftelijke machtiging van de fiscus of de bedrijfsvereniging. Heideman had wel een volmacht om bedragen over te maken naar de fiscus, de bedrijfsvereniging en andere g-rekeningen. Gedurende een aantal jaren maakte Heideman geld over van zijn g-rekening naar de g-rekening van De Gooijer BV, die vervolgens de bedragen stortte op de g-rekening van de bestuurder van De Gooijer, Cementbouw. Aan alle g-rekeningen lag dezelfde overeenkomst ten grondslag. Cementbouw was echter lid van een andere bedrijfsvereniging dan Heideman. Toen Heideman in 1990 failliet werd verklaard, stelde de Bedrijfsvereniging waarvan Heideman lid was een vordering tot schadevergoeding in tegen Cementbouw wegens het profiteren van de wanprestatie van Heideman. De Bedrijfsvereniging kon zich immers niet meer verhalen op het bedrag dat op de g-rekening stond. Hoewel Heideman over een volmacht beschikte om betalingen te doen naar andere g-rekeningen, was dit volgens het contract slechts toegestaan voor zover het betalingen betrof aan onderaannemers. De betalingen in kwestie betroffen echter de koop en verkoop van zaken die buiten de volmacht vielen. Als gevolg hiervan pleegde Heideman contractbreuk en maakte hij inbreuk op het pandrecht. Cementbouw voerde aan dat zij geen schuld heeft aan het profiteren van wanprestatie omdat De Gooijer de bedragen lijdelijk ontving.

De Hoge Raad overwoog dat Cementbouw als derde wist of had moeten begrijpen dat de overboekingen door Heideman ongeoorloofd waren. Vervolgens noemde de Hoge Raad verschillende omstandigheden die de betrokkenheid van Cementbouw bij de wanprestatie door Heideman onrechtmatig maakten. Van

¹⁵⁰ Rb. Utrecht (pres.) 11 mei 2000, *KG* 2000, 128.

¹⁵¹ Rb. Utrecht (pres.) 17 januari 1989, *CR* 1990, p. 36.

¹⁵² HR 30 juni 1995, *NJ* 1995, 693, m.nt. P. van Schilfgaarde.

belang was dat door de wanprestatie een zakelijk recht geschonden. De Hoge Raad legde echter vooral de nadruk op de geschonden belangen. De handelingen van Heideman, waarvan Cementbouw had geprofiteerd, hadden tot gevolg dat een regeling was geschonden die tot doel had het algemeen belang en de belangen van ondernemers in de bouwsector te beschermen.¹⁵³ Omdat Cementbouw zelf werkzaam was in deze sector, moest zij bekend zijn met deze strekking, en moest zijn handelen als onrechtmatig worden aangemerkt. Du Perron spreekt over een verzwaarde zorgplicht van de derde die werd aangenomen vanwege zwaarwegende belangen die in het geding waren, namelijk het belang van de branche en van de maatschappij als geheel.¹⁵⁴

De aanwezigheid van een maatschappelijk belang bij de nakoming van de overeenkomst speelde ook een belangrijke rol in een zaak over het kaartverkoopsysteem dat in het leven was geroepen voor het voetbaltoernooi Euro 2000. Met dit kaartverkoopsysteem werd beoogd de openbare orde en de veiligheid te bevorderen. Juist deze sociale context werd door de rechtbank en het hof van doorslaggevend belang geacht om de inbreuk op dit kaartstelsel door de derde als onrechtmatig aan te merken.¹⁵⁵

9.3.2 Aard van de relatie tussen derde en benadeelde

In de paragrafen 9.1.2 en 9.1.3 is ingegaan op de verhouding tussen de derde en de wanprestant als bijkomende omstandigheid die wordt meegewogen bij de beslissing over het onrechtmatige karakter van het betrokken zijn van de derde bij de wanprestatie. Ook de relatie tussen de derde en de benadeelde kan echter van invloed zijn op dit oordeel. In het arrest *Verboom/Staat*¹⁵⁶ werd aan de omstandigheid dat de benadeelde contractspartij en de derde zich tot elkaar verhiel den als burger en overheid, een groot gewicht toegekend.

De feiten: Polder Oudendijk verkocht percelen grond aan pachters, onder de voorwaarde dat Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland goedkeuring zouden verlenen. Deze goedkeuring werd geweigerd. Gedeputeerde Staten gaven de polder in overweging te verkopen aan overheidsinstellingen, bijvoorbeeld aan Staatsbosbeheer (SBB), aan wie ook een afschrift van het weigeringsbesluit werd toegezonden. Daarop verkocht en leverde de polder de percelen aan SBB voor een hogere prijs dan zij van de pachters had bedongen. De pachters hadden intussen Kroonberoep ingesteld tegen het besluit van Gedeputeerde Staten, waarna dit besluit grotendeels werd vernietigd. Voor de burgerlijke rechter vorderden de pachters een veroordeling van de Staat (als eigenaar van SBB) om de percelen – bij wijze van schadevergoeding – aan hen over te dragen. De vordering was gebaseerd op wanprestatie c.q. onrechtmatige daad.

¹⁵³ HR 30 juni 1995, *NJ* 1995, 693, m.nt. P. van Schilfgaarde (*G-rekening*), r.o. 3.3.2.

¹⁵⁴ C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 152.

¹⁵⁵ HR 19 december 2008, *RvdW* 2009, 113. Het cassatieberoep werd verworpen met toepassing van art. 81 Wet RO. De uitspraken van respectievelijk de Rechtbank 's-Hertogenbosch en het Hof 's-Hertogenbosch zijn te kennen uit de conclusie van A-G Spier.

¹⁵⁶ HR 27 januari 1989, *NJ* 1990, 89, m.nt. C.J.H. Brunner.

In *Verboom/Staat* stond een aantal feiten niet vast. Zo was onduidelijk of het initiatief tot de koop van SBB was uitgegaan, of SBB op de hoogte was van de prijs die met de pachters was overeengekomen en of SBB wist dat de pachters Kroonberoep hadden ingesteld. Het hof oordeelde dat SBB weliswaar had geprofiteerd van de wanprestatie van de polder, maar dat er onvoldoende omstandigheden waren vastgesteld om het oordeel te rechtvaardigen dat de Staat een onrechtmatige daad had gepleegd. SBB was buitenstaander in het geschil en bovendien was op het moment dat SBB de percelen kocht onduidelijk of sprake was van wanprestatie omdat de Gedeputeerde Staten op dat moment geen goedkeuring hadden verleend. Uit de overwegingen van het hof blijkt dat het die onzekerheid niet ten laste van de derde wil brengen. Het oordeel van de Hoge Raad luidde anders.

‘Het middel is gegrond voor zover het in zijn beide onderdelen de klacht bevat dat het hof heeft miskend dat onder de door het hof vastgestelde omstandigheden van het geval – daaronder begrepen het hiervoor in 3.2 genoemde bijzondere belang van Verboom c.s. om zelf eigenaar te worden van de gekochte percelen en de in r.o. 2 sub d en e van het hof genoemde omstandigheid dat de polder en Staatsbosbeheer “elkaar hebben gevonden” doordat GS een afschrift van hun weigeringsbesluit ook aan Staatsbosbeheer hebben toegestuurd – de Staat te kort is geschoten in de zorg die hem jegens Verboom c.s. in het maatschappelijk verkeer betaamde. Van SBB als overheidsorgaan mocht worden gevergd dat hij, wetende dat de polder de percelen eerder aan Verboom c.s. had verkocht en op de hoogte van het besluit van GS waarbij goedkeuring voor die verkoop werd geweigerd, zich realiseerde dat dit besluit blootstond aan vernietiging door de Kroon en dat alsdan alsnog goedkeuring voor die verkoop zou (kunnen) worden verleend. Een en ander had voor de Staat grond moeten zijn om zich te onthouden van handelingen die een voor Verboom c.s. gunstig verloop van zodanig Kroonberoep zouden frustreren.’¹⁵⁷

Uit deze overweging blijkt dat de Hoge Raad de omstandigheid dat een overheidsorgaan als derde betrokken was bij de gepleegde contractbreuk zwaar liet wegen. In verhoudingen tussen burgers onderling zal het feit dat op het moment van handelen van de derde slechts sprake is van een mogelijkheid tot wanprestatie, niet voldoende zijn om onrechtmatigheid aan te nemen. Dat in casu de onzekerheid over de aanspraak van de eerste koper toch voor het risico van de derde komt, kan worden verklaard vanuit het feit dat de Staat een speciale verantwoordelijkheid heeft voor de bescherming van de belangen van individuen en daarmee een verzwaarde zorgplicht.¹⁵⁸

Ook in de ondernemingscontext kan de relatie tussen de derde en de benadeelde contractspartij een rol spelen, zo blijkt uit een arrest van het Gerechtshof Arnhem.¹⁵⁹

¹⁵⁷ HR 27 januari 1989, *NJ* 1990, 89, m.nt. C.J.H. Brunner (*Verboom/Staat*), r.o. 3.4.

¹⁵⁸ Zie de annotatie van Brunner bij dit arrest. Zie ook J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 6 en C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 154.

¹⁵⁹ Hof Arnhem 15 oktober 1969, *NJ* 1970, 71.

In deze zaak hadden de VOF Tattersall en haar chef-tekenaar Van Os een overeenkomst gesloten om octrooiaanvragen op naam van Tattersall te stellen. Van Os ontwikkelde een nieuwe aandrijving en stelde de octrooiaanvraag op naam van het hoofd van de afdeling, Hellebrekers. Hellebrekers wist van het contract tussen Tattersall en Van Os. De rechtbank oordeelde dat er sprake was van wanprestatie van de zijde van Van Os en dat Hellebrekers onrechtmatig had gehandeld door van deze contractbreuk te profiteren. Het hof voegde hieraan toe dat Tattersall ernstig in haar bedrijfsvoering was gedupeerd. Ook was volgens het hof van belang dat Hellebrekers in een vertrouwenspositie stond ten opzichte van Tattersall en deze laatste hierdoor haar belangen bij Hellebrekers veilig mocht achten.

9.3.3 Misleidende handelspraktijken

Het door middel van misleiding uitlokken van wanprestatie levert een zwaarwegende omstandigheid op om onrechtmatigheid aan te nemen.¹⁶⁰ Misleidende handelspraktijken, zoals het plaatsen van misleidende advertenties, die niet op de wederpartij van de schuldeiser zijn gericht maar op potentiële klanten, kunnen echter ook een bijkomende omstandigheid opleveren die het gebruikmaken van wanprestatie onrechtmatig doet zijn, zo blijkt uit het arrest *Suntjens/Hoonings*.¹⁶¹

Hoonings was met Middelmann een alleenverkooprecht overeengekomen voor Nederland en België met betrekking tot zogenaamde Skin-Liftapparaten. Ook Suntjens verkocht de apparaten. Hoonings verzocht Suntjens de verkoop te staken, maar Suntjens bleef de apparaten echter aanbieden en plaatste ook advertenties waarin zij zichzelf aanpreef als importeur voor West-Europa. Hoonings stelde in kort geding dat Middelmann jegens haar wanprestatie had gepleegd en dat Suntjens onrechtmatig had gehandeld door de wanprestatie van Middelmann uit te lokken of hier misbruik van te maken en vorderde schadevergoeding. De rechtbank en het hof wezen de vordering toe.

De Hoge Raad overwoog in cassatie dat het hof zijn onrechtmatigheidsoordeel niet had gebaseerd op het enige feit dat Suntjens ten koste van Hoonings profiteerde van de wanprestatie van Middelmann, maar ook op de bijkomende omstandigheid dat ‘de door Suntjens geplaatste advertenties een duidelijk wervend karakter hadden, waarbij het hof kennelijk in het bijzonder het oog had op de voor Hoonings schadelijke wijze waarop Suntjens zich in die advertenties had opgeworpen als “importeur voor West-Europa”.’¹⁶² Suntjens wist echter dat Hoonings een exclusief verkooprecht had voor de Skin-Lift in Nederland en België. Deze combinatie van feiten werden door de Hoge Raad voldoende geacht voor onrechtmatigheid.

¹⁶⁰ Vgl. ook HR 8 januari 2010, NJ 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (ARN/Multicar).

¹⁶¹ HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 140.

¹⁶² HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 140 (*Suntjens/Hoonings*), r.o. 3.4.

9.3.4 Frequentie en stelselmatigheid

Het feit dat de derde frequent en stelselmatig betrokken is bij de contractbreuken die jegens een persoon worden gepleegd, kan volgens de rechtspraak eveneens van invloed zijn op het onrechtmatigheidsoordeel. In de context van inbreuken op verkooporganisaties heeft de Hoge Raad overwogen dat het frequent en stelselmatig gebruikmaken van wanprestatie die in een eerder stadium heeft plaatsgevonden, ‘behoudens omstandigheden welke een ander oordeel kunnen wettigen, met rechtstreeks handelen met de contractbreker zelf op een lijn zal moeten worden gesteld.’¹⁶³ De achterliggende gedachte is dat door het frequent en op stelselmatische wijze profiteren van contractbreuk, nieuwe contractbreuken worden bevorderd omdat aan de wanprestant een geregelde afzet wordt gegarandeerd.

Dat de derde frequent en stelselmatig betrokken is bij wanprestaties die worden gepleegd in het kader van een verkooporganisatie vormt echter op zichzelf onvoldoende grond om onrechtmatigheid aan te nemen, maar is wel reden om het profiteren van een in een eerdere schakel gepleegde contractbreuk gelijk te stellen met het gebruikmaken van de contractbreuk van degene waarmee de derde rechtstreeks is gehandeld. Onrechtmatigheid zal echter pas worden aangetoond wanneer de eiser bijkomende omstandigheden kan aantonen.¹⁶⁴ Het frequente en stelselmatische karakter van het gedrag van de derde kan ook in andere gevallen een omstandigheid opleveren die zijn betrokkenheid bij wanprestatie of – ruimer – bij de verstoring van (een vooruitzicht op de voortzetting van) een contractuele relatie onrechtmatig kan doen zijn. Wanneer een derde bijvoorbeeld structureel en stelselmatig de vaste klanten van zijn voormalige werkgever aftroggelt, dan kan dat een omstandigheid vormen om zijn gedrag als onrechtmatig aan te merken, ook wanneer deze klanten geen contractbreuk plegen.¹⁶⁵

9.3.5 Schending veiligheidsvoorschriften?

Kan het schenden van veiligheidsnormen een bijkomende omstandigheid opleveren die de betrokkenheid van een derde bij wanprestatie onrechtmatig maakt? Deze vraag kwam aan de orde in het arrest *Driessen/Benegas*.¹⁶⁶

Benegas plaatste en verhuurde gastanks en sloot met haar afnemers een exclusief afnamecontract voor de levering van het gas. Een van de afnemers pleegde wanprestatie door Driessen, een concurrent van Benegas, de tanks te laten vullen. Benegas vorderde in kort geding dat aan Driessen een verbod werd opgelegd voor het vullen van haar tanks. De president van de rechtbank achtte het handelen van Driessen onrechtmatig en wees het verbod toe. In hoger beroep stelde Driessen dat hij zich er ten tijde van het vullen niet van bewust was dat de tanks aan Be-

¹⁶³ HR 26 juni 1964, NJ 1965, 170 (*Gennep/Hermans*); HR 18 december 1964, NJ 1965, 171, m.nt. G.J. Scholten (*Douwe Egberts/Tromp*).

¹⁶⁴ Zie ook annotator Scholten onder HR 18 december 1964, NJ 1965, 171 (*Douwe Egberts/Tromp*).

¹⁶⁵ Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 14 juni 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ9535.

¹⁶⁶ HR 15 oktober 1999, NJ 2000, 101, m.nt. A.R. Bloembergen.

negas in eigendom toebehoorden. Driessen voerde in dit verband aan dat niet op elke tank een sticker van Benegas stond én hij zijn afnemers een verklaring liet tekenen waarin stond dat de tanks aan hen toebehoorden. Het hof vond deze verklaring onvoldoende. Driessen had zich er op deze manier niet voldoende van vergewist dat op de afnemer geen plicht rustte tot exclusieve afname. Hij had verdergaande maatregelen moeten treffen, zoals inzage vragen in schriftelijke stukken. Driessen had in ieder geval een aantal keer een tank gevuld waarop een sticker van Benegas was aangebracht, waarmee aan het kennisvereiste was voldaan. Door welbewust te profiteren van het servicesysteem van Benegas, door wel gas te verkopen en hierop winst te maken, maar de controle, herkeuring en reconditionering van de tanks aan Benegas over te laten, had Driessen volgens het hof een onrechtmatige daad gepleegd. De Hoge Raad oordeelde daarentegen dat het gedrag van Driessen in de gegeven omstandigheden niet zonder meer onrechtmatig was.

Het hof had in een overweging ten overvloede geoordeeld dat de onrechtmatigheid van het gedrag van Driessen ook was gegeven door het risico op aansprakelijkheid voor Benegas en schade aan Benegas' reputatie indien Driessen de in acht te nemen zorgvuldigheidsnormen en veiligheidsvoorschriften zou schenden. De Hoge Raad was een andere mening toegedaan en overwoog dat de onrechtmatigheid niet was gegeven door een eventueel handelen van Driessen in strijd met veiligheidsnormen. Volgens de Hoge Raad moest voor die onrechtmatigheid minstens worden aangetoond dat er een aanmerkelijke kans bestond dat Driessen de normen niet in acht zou nemen en daardoor nodeloos gevaar in het leven zou roepen voor Benegas. Het hof en de Hoge Raad behandelden de omstandigheid dat Driessen in strijd handelde met de veiligheidsnormen als een bijkomende omstandigheid die de betrokkenheid bij wanprestatie onrechtmatig kan maken. Annotator Bloembergen heeft echter mijns inziens terecht opgemerkt dat niet slechts sprake is van een bijkomende omstandigheid, maar van een aparte onrechtmatigheidsgrond, namelijk gevaarzetting.

9.4 *Bijzonder toepassingsgebied: verkooporganisaties*

9.4.1 Definitie van het begrip verkooporganisatie

Een belangrijk deel van met name de eerdere Nederlandse jurisprudentie over de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie heeft betrekking op verkooporganisaties. Verkooporganisaties zijn meestal gefundeerd op verticale overeenkomsten tussen de fabrikant (of importeur) en detaillisten en/of de groothandel. De uitspraken waarin het gebruikmaken van een lek in een verkooporganisatie door een derde centraal staat, hebben vrijwel steeds betrekking op verticale prijsbindingsregelingen¹⁶⁷ of selectieve distributiestelsels.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Het doel van *prijsbinding* is ervoor te zorgen dat een product alleen tegen een vaste of minimumprijs aan de (finale) afnemer wordt aangeboden en verkocht en sluit daarmee prijsconcurrentie (grotendeels) uit. Verkoopprijzen kunnen zowel horizontaal – d.w.z. door middel van prijsafspraken tussen bijv. fabrikanten onderling of detaillisten onderling – als verticaal worden vastgesteld. Verticale prijsbinding houdt in dat alle schakels in de productie- en distributieketen t.a.v. een bepaald product – meestal een merkartikel – ver-

Beide typen verkooporganisaties kunnen worden ondermijnd wanneer een wederpartij van de fabrikant wanprestatie pleegt, bijvoorbeeld door producten te verkopen beneden de vastgestelde prijs of aan derden die niet door de fabrikant als zodanig zijn erkend. De fabrikant kan zijn wederpartij aanspreken op grond van wanprestatie, of hem als lid van de vereniging royeren. Weet de fabrikant niet welk lid van zijn verkooporganisatie wanprestatie heeft gepleegd, dan kan het leerstuk van de onrechtmatige betrokkenheid van derden bij wanprestatie uitkomst bieden. De fabrikant kan dan immers (een deel van) zijn schade verhalen op de derde of – wat meestal gebeurt – tegen de derde, die bewust profiteert van de wanprestatie van het (onbekende) lid van de verkooporganisatie, een rechterlijk verbod vorderen op het aanbieden of verkopen van zijn producten.

Een derde kan ook betrokken zijn bij de schending van andere soorten verticale overeenkomsten dan de bovengenoemde, zoals exclusieve afname of alleenverkoop. In de rechtspraak is echter uitgemaakt dat de omstandigheden waaronder onrechtmatigheid wordt aangenomen wegens de betrokkenheid bij de schending van deze overeenkomsten niet gelijk zijn aan die waaronder het gebruikmaken van een lek in een verkooporganisatie als onrechtmatig wordt be-

plicht zijn vaste prijzen of minimumprijzen te hanteren. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen collectieve en individuele verticale prijsbinding. Collectieve verticale prijsbinding betekent dat meerdere fabrikanten zich onderling verbinden om verticale prijsbinding te zullen toepassen of maatregelen te treffen indien een wederverkoper tegen een van de fabrikanten wanprestatie pleegt, bijv. door de wederverkoper in kwestie te boycotten. Individuele verticale prijsbinding – afkomstig van één fabrikant – kan op twee wijzen worden tot stand gebracht. In de eerste plaats door het opnemen van een kettingbeding in de overeenkomsten met de grossiers. De grossier is dan contractueel verplicht de voorwaarden van de fabrikant op te leggen aan zijn afnemers. De tweede mogelijkheid is dat de fabrikant eerst een overeenkomst sluit met de groothandelaar dat deze alleen aan bepaalde detaillisten mag leveren en vervolgens met al deze aangewezen detaillisten een contract sluit waarin is bepaald dat zij alleen tegen de door hem (de fabrikant) vastgestelde prijs aan de consumenten mogen leveren. Gezien de afhankelijke positie van de fabrikant ten opzichte van de grossier bij het kettingbeding (deze moet het kettingbeding immers wél doorgeven), kan de tweede manier als veiliger worden aangemerkt, omdat de detaillist bij verkoop tegen een lagere prijs direct wanprestatie pleegt ten opzichte van de fabrikant. Zie verder over verticale prijsbinding o.a. W.J. Slagter, *Preadvies* (Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging Ia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 176; D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 184.

- ¹⁶⁸ Een selectief distributiesysteem komt erop neer dat een fabrikant een overeenkomst sluit met detaillisten, importeurs of grossiers. Als gevolg van deze overeenkomst rust op de fabrikant de verplichting dat hij uitsluitend aan zijn wederpartij zal leveren en op de wederpartij dat hij, behalve aan consumenten, alleen mag doorverkopen aan andere door de fabrikant erkende handelaren. Selectieve distributie kan worden onderscheiden in kwalitatieve en kwantitatieve selectieve distributie. Bij kwalitatieve selectieve distributie worden wederverkopers uitsluitend geselecteerd op basis van criteria die van belang zijn met betrekking tot de aard van het product. Hierbij kan worden gedacht aan de opleiding van het personeel en service. Bij kwantitatieve selectieve distributie worden daarnaast nog andere selectiecriteria toegepast die het aantal potentiële verkopers beperken, zoals een bepaalde minimumomzet. Zie uitgebreider, ook voor bijbehorende literatuur, de conclusie van A-G Koopmans bij HR 1 november 1991, NJ 1992, 423 (*Cacharel/Geparo*) en HR 1 november 1991, NJ 1992, 424 (*Cacharel/Trade Max*).

oordeeld.¹⁶⁹ Bij de schending van een exclusief afname- of een alleenverkoopcontract wordt degene jegens wie wanprestatie wordt gepleegd immers rechtstreeks getroffen in zijn belang, terwijl in verkooporganisatiegevallen degene die de benadeelde contractspartij – degene die de organisatie in stand houdt – in de eerste plaats middellijk wordt getroffen doordat de leden van de verkooporganisatie worden gehinderd door ongeoorloofde concurrentie.¹⁷⁰ Bovendien zal de identiteit van de wanprestant bij de schending van alleenverkoop of exclusieve afname gemakkelijk te achterhalen zijn, waardoor contractbreuk voor hen niet straffeloos blijft. Het belang van de benadeelde contractspartij bij aansprakelijkstelling van de derde is hierdoor kleiner dan bij verkooporganisaties.

9.4.2 Geoorloofdheid van verkooporganisaties

Uit paragraaf 6.2 blijkt dat de betrokkenheid van een derde bij de niet-nakoming van een nietig contract niet tot aansprakelijkheid kan leiden. Het vereiste van een geldige overeenkomst neemt in de verkooporganisatierechtspraak een belangrijke plaats in. Pas nadat is vastgesteld dat de verkooporganisatie geoorloofd is, hetgeen in de regel op basis van het kartelrecht moet worden bepaald,¹⁷¹ kan een oordeel worden gegeven over de vraag of de derde op onrechtmatige wijze inbreuk heeft gemaakt op de organisatie.¹⁷²

Op het moment dat de Hoge Raad in het *Kolynos*-arrest¹⁷³ aanvaardde dat het gebruikmaken van een lek in een verkooporganisatie een onrechtmatige daad kan opleveren, stond de geoorloofdheid van verticale prijsbinding vrijwel niet ter discussie. Destijds – tijdens de crisisjaren dertig – werden kartels die tot doel hadden om verticale prijsbinding te bewerkstelligen in de Nederlandse maatschappij aangemerkt als een effectief middel om de prijzen op een stabiel niveau te houden, en als wenselijk beschouwd.¹⁷⁴ Vanaf de jaren veertig groeide echter het besef dat verkooporganisaties ook een negatieve kant hadden, namelijk het beperkende effect op de concurrentie.¹⁷⁵ In 1941 trad voor het bezette Neder-

¹⁶⁹ Zie bijv. HR 26 juni 1964, NJ 1965, 170 (*Gennep/Hermans*).

¹⁷⁰ Aldus A-G Minkenhof bij HR 26 juni 1964, NJ 1965, 170 (*Gennep/Hermans*).

¹⁷¹ Een uitzondering is de vaste boekenprijs, die is vastgelegd in de Wet op de vaste boekenprijs.

¹⁷² Zie bijv. HR 22 december 1995, NJ 1997, 118, m.nt. P.J. Slot en H.J. Snijders (*Vierkant/KVB*).

¹⁷³ HR 11 november 1937, NJ 1937, 1096, m.nt. E.M. Meijers.

¹⁷⁴ Zie R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 222.

¹⁷⁵ Zie m.n. S. van Brakel, 'Profiteeren van een anders wanpraestatie als onrechtmatige daad', *NJB* 1940, p. 484, die overwoog: 'Intusschen rijst de vraag of [...] de rechter reeds in het feit alleen, dat men door een reeks contracten een verkooporganisatie heeft opgebouwd, voldoende reden moet vinden om aan deze, uit contract gesproten, rechten de bescherming van art. 1401 [het huidige artikel 6:162 BW] te verleen? Of is het den rechter geoorloofd, bij het beoordelen van een aanval op een of ander verkoopsysteem rekening te houden met het doel en de werking van die organisatie. Moet of mag de rechter zich daarbij ook afvragen of het bestaan van zoo'n organisatie wellicht in strijd is met groote belangen van anderen en met de beginselen, waarop onze economische samenleving rust?'

landse gebied het Kartelbesluit in werking.¹⁷⁶ Dit besluit kende diverse maatregelen om de markt te reguleren, waaronder de mogelijkheid tot onverbindendverklaring van kartels. Het duurde echter tot 1946 vooraleer de eerste onverbindendverklaring werd uitgesproken door de minister van Economische Zaken.¹⁷⁷ Ook onder de Wet economische mededinging (verder: WEM),¹⁷⁸ de opvolger van het Kartelbesluit die in 1958 in werking trad, vormde de onverbindendverklaring het belangrijkste wapen tegen individuele concurrentiebeperkende overeenkomsten. Door onverbindendverklaring (vanaf 1994: in strijd met het algemeen belangverklaring) kon een overeenkomst tussen twee of meerdere ondernemers door de minister worden beëindigd.¹⁷⁹ Hierbij moet worden gedacht aan afspraken over minimumprijzen, branchebescherming en verticale prijsbinding. De onverbindendverklaring, en daarmee het oordeel over de economische wenselijkheid van de verkooporganisatie, was onder zowel het Kartelbesluit als de WEM voorbehouden aan de minister.

Vanaf 1964 gold als hoofdregel dat collectieve verticale prijsbinding niet en individuele verticale prijsbinding¹⁸⁰ wel was toegestaan.¹⁸¹ Met de inwerkingtreding van de Mededingingswet¹⁸² (verder: Mw) op 1 januari 1998 is ook de individuele verticale prijsbinding verboden. Artikel 6 lid 3 Mw biedt een exceptie, en stelt vergelijkbare voorwaarden als artikel 101 lid 3 VwEU. Op grond van artikel 6 lid 3 Mw geldt het kartelverbod onder bepaalde voorwaarden niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Voor het oordeel of er sprake is van een uitzondering op grond van artikel 6 lid 3 Mw, wordt aangesloten bij de richtsnoeren van de Europese Commissie. Op grond van artikel 15 Mw kan bij Algemene Maatregel van Bestuur een groepsvrijstelling worden verleend. In Nederland heeft er van 1967 tot 2005 een ontheffing gegolden voor vaste boekenprijzen.

¹⁷⁶ In 1935 was al wel de Ondernemersovereenkomstenwet (Wet van 4 juni 1935, *Stb.* 1935, 318. Wijziging: Wet van 15 december 1939, *Stb.* 1939, 639Y) in werking getreden, die algemeenverbindendverklaring en onverbindendverklaring van ondernemersovereenkomsten (kartels) door de minister van Economische Zaken mogelijk maakte. Door algemeenverbindendverklaring werd georganiseerde marktordening bevorderd, en via onverbindendverklaring kon deze ordening worden tegengegaan. De nadruk lag destijds overigens op de algemeenverbindendverklaring. Onder de wet is er geen ondernemersovereenkomst onverbindend verklaard. Zie M.R. Mok, *Kartelrecht I Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 18-22.

¹⁷⁷ Zie M.R. Mok, *Kartelrecht I Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 24-26.

¹⁷⁸ Wet van 9 september 1958, *Stb.* 1958, 412. In werking getreden op 14 november 1958.

¹⁷⁹ M.R. Mok, *Kartelrecht I Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 44.

¹⁸⁰ Tenzij de individuele verticale prijsbinding gebaseerd was op een collectieve regeling of collectief gehandhaafd werd en mits de prijsbinding geen betrekking had op een zaak die voorkwam op een lijst van zaken waarvoor individuele verticale prijsbinding verboden was (waaronder geneesmiddelen).

¹⁸¹ M.R. Mok, *Kartelrecht I Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 55-57.

¹⁸² Wet van 22 mei 1997, *Stb.* 1997, 242.

Op 1 januari 2005 is de Wet op de vaste boekenprijs¹⁸³ (verder: Wvbp) in werking getreden. Deze wet beoogt een cultuurpolitiek doel te dienen, namelijk de brede beschikbaarheid van het Nederlandse en Friese boek. Doordat de vaste boekenprijs nu wettelijk is vastgelegd, valt hij niet onder de Mededingingswet.¹⁸⁴ Omdat de Wvbp alleen van toepassing is op de verkoop van Nederlands- en Friestalige boeken in Nederland en niet op de import uit andere EU-lidstaten, zou er geen sprake zijn van strijd met het Europese mededingingsrecht.¹⁸⁵

9.4.3 Gebruikmaken van een lek in een verkooporganisatie

Sinds *Nibeja/Grundig* heeft de Hoge Raad verschillende arresten gewezen die betrekking hebben op het gebruikmaken van de wanprestatie gepleegd door een lid van een verkooporganisatie.¹⁸⁶ In een recent arrest uit 2010¹⁸⁷ over het selectieve distributiesysteem van Alfa Romeo Nederland (verder: ARN) heeft de Hoge Raad de criteria voor onrechtmatigheid wegens het profiteren van een lek in een verkooporganisatie op een rij gezet.

De feiten in deze zaak waren als volgt. De autodealers die waren aangesloten bij het selectieve distributiestelsel van ARN, mogen op grond van hun contract met ARN slechts aan eindgebruikers en andere erkende Alfa Romeo-dealers verkopen. De leden van het distributiestelsel moeten voldoen aan vergaande kwaliteitsstandaarden, die in het leven zijn geroepen om de veiligheid, kwaliteit en het merkimago te waarborgen. Het distributiestelsel en het daarin opgenomen doorleververbod aan niet-erkende dealers voldeden aan de groepsvrijstellingsverordening voor de motorvoertuigensector en waren vrijgesteld van het Europese en Nederlandse kartelverbod. Voormalig Alfa Romeodealer Multicar kocht nieuwe motorvoertuigen van erkende dealers, om deze vervolgens door te verkopen. ARN vorderde vervolgens voor de Rechtbank Dordrecht een verbod tegen Multicar om nog langer auto's van Alfa Romeo te betrekken met het doel deze te koop aan te bieden. De rechtbank wees de vordering af en het Hof 's-Gravenhage bekrachtigde dit vonnis. Volgens het hof is het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf niet onrechtmatig jegens die ander. Voor een onrechtmatigheidsoordeel moeten bijkomende omstandigheden worden aangetoond. Het hof overwoog echter dat deze niet aanwezig waren, nu onvoldoende aanneemelijk was gemaakt dat Multicar de dealers had misleid of dat het merkimago, de veiligheid of kwaliteit van Alfa Romeo-auto's was aangetast.

De Hoge Raad stelde echter dat ook buiten gevallen waarin sprake is van misleiding of aantasting van het merkimago, veiligheid of kwaliteit, onrechtmatigheid kan worden aangenomen. Waar het hof een arrest dat betrekking had op de

¹⁸³ Wet van 9 november 2004, *Stb.* 2004, 600.

¹⁸⁴ *Kamerstukken* 2003/04, 28 652, nr. 9, p. 3 (MvT).

¹⁸⁵ *Kamerstukken* 2003/04, 28 652, nr. 29.

¹⁸⁶ Zie o.a. HR 18 mei 1979, *NJ* 1979, 480, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Maxis/Belangenvereniging*); HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118, m.nt. P.J. Slot en H.J. Snijders (*Vierkant/KVB*); HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 423 (*Cacharel/Geparo*); HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 424 (*Cacharel/Trade Max*).

¹⁸⁷ HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok.

dubbele verkoop van onroerend goed¹⁸⁸ centraal zette, werd door de Hoge Raad juist voortgebouwd op de vereisten van eerdere verkooporganisatierechtspraak, zoals *Nibaja/Grundig*.¹⁸⁹ De Hoge Raad overwoog:

‘Indien een niet aan het distributiestelsel gebonden handelaar
 (a) producten verhandelt die hij heeft verkregen door bewust gebruik te maken van de omstandigheid dat een gebonden handelaar, die wel behoort tot het selectieve distributiestelsel, jegens de distributeur een door deze hem opgelegde contractuele verplichting met betrekking tot het verder verhandelen van die producten of tot de daarbij te bedingen voorwaarden schendt,
 (b) door het verhandelen van die aldus verkregen producten in concurrentie treedt met gebonden handelaren op wie een gelijke contractuele verplichting rust, en
 (c) daarbij ter bevordering van het eigen bedrijf profiteert van de omstandigheid dat deze gebonden handelaren jegens hem in een ongunstige positie verkeren doordat zij zich aan de bedoelde contractuele verplichting houden, kan dit jegens die gebonden handelaren onrechtmatig zijn.’¹⁹⁰

Het handelen van de derde kan niet alleen jegens de handelaren die lid zijn van het selectieve distributiesysteem als onrechtmatig worden gekwalificeerd, maar ook ten opzichte van degene die het systeem in stand houdt, mits deze aantoonbaar dat het distributiestelsel wordt ondermijnd, ‘bijvoorbeeld doordat andere aan het stelsel gebonden handelaren zich eveneens aan hun verplichtingen gaan onttrekken of hun gebondenheid aan het stelsel beëindigen, dan wel derden om die reden niet tot het stelsel willen toetreden.’¹⁹¹

De Hoge Raad gaat niet in op de ratio van deze aansprakelijkheidsregel. In de literatuur is wel betoogd dat het onrechtmatige aspect moet worden gezocht in de omstandigheid dat de derde door gebruik te maken van een lek in de verkooporganisatie, indirect meewerkt aan de wanprestatie. Voor de wanprestant heeft het immers alleen zin om contractbreuk te plegen wanneer derden bereid zijn de goederen af te nemen.¹⁹² Men kan zich echter afvragen waarom in het kader van een verkooporganisatie het indirect meewerken aan wanprestatie als onrechtmatig wordt aangemerkt, terwijl dat bij andere typen overeenkomsten in beginsel niet het geval is.¹⁹³

9.4.4 Discussiepunten

In de literatuur zijn naar aanleiding van de voorwaarden waaronder het profiteren van een lek van een verkooporganisatie als onrechtmatig wordt aangemerkt

¹⁸⁸ HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 33 (*Van Oosterom/Baas*).

¹⁸⁹ HR 12 januari 1962, *NJ* 1962, 246, m.nt. H.E. Bröring (*Nibaja/Grundig*), zie ook boven, par. 2.3.

¹⁹⁰ HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187.

¹⁹¹ HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, r.o. 3.5.2.

¹⁹² L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht 1939), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 44. Vgl ook Scholtens annotatie onder HR 18 december 1964, *NJ* 1965, 171 (*Douwe Egberts/Tromp*) en HR 26 mei 1967, *NJ* 1967, 331 (*Hersch/Rekko*).

¹⁹³ Zie boven, par. 9.1.1.

verschillende vragen gerezen. Een veelvuldig bediscussieerde kwestie is of de verkooporganisatie juridisch of feitelijk vrijwel lekvrij moet zijn. Een deel van auteurs acht de geslotenheid van de verkooporganisatie van belang voor het onrechtmatigheidsoordeel.¹⁹⁴ Volgens andere schrijvers is de geslotenheid van de verkooporganisatie geen voorwaarde voor onrechtmatigheid, maar wel van belang voor de bewijsvoering. Wanneer de verkooporganisatie niet juridisch en/of feitelijk gesloten is, en de wanprestant onbekend, dan zal het voor de eiser immers moeilijk zijn om te bewijzen dat bewust gebruik is gemaakt van een contractbreuk.¹⁹⁵ De laatste opvatting lijkt ook door de Hoge Raad te worden gehuldigd.¹⁹⁶

Een tweede vraag die is gerezen, is of de wijze waarop de verkooporganisatie is ingericht, met name welke verkoopvoorwaarden worden opgelegd aan de handelaars die zijn aangesloten bij de organisatie, van invloed is op het oordeel over de onrechtmatigheid. Het Hof 's-Gravenhage meende van wel in zijn uitspraak in de zaak *ARN/Multicar*.¹⁹⁷ In cassatie hield deze beslissing echter geen stand. Volgens de Hoge Raad moet de keuze die de distributeur maakt voor bepaalde verkoopstandaarden binnen het selectieve distributiestelsel niet 'voor rekening van de dealers worden gebracht in de zin dat het profiteren van de ongunstige positie van de dealers niet onrechtmatig jegens hen zou zijn.'¹⁹⁸ De Hoge Raad merkte wel op dat de keuze voor de verkoopstandaarden onder omstandigheden wel relevant kan zijn voor de beantwoording van de vraag of het profiteren van het lek van de verkooporganisatie onrechtmatig is jegens de distributeur.¹⁹⁹ Op welke omstandigheden hier worden gedoeld, blijkt echter niet uit de overwegingen.

Een derde kwestie waarover lange tijd onzekerheid bestond, is de vraag of de ondermijning van de verkooporganisatie als een afzonderlijke voorwaarde voor onrechtmatigheid moet worden gezien. Hoewel sommige auteurs meenden

¹⁹⁴ Zie o.a. S. van Brakel, 'Profiteeren van een anders wanpraestatie als onrechtmatige daad', *NJB* 1940, p. 469-470. W.J. Slagter, *Preadvies* (Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging 1a), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 186-188; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 161.

¹⁹⁵ Zie L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht 1939), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 41; D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 187; C.J.J.C. van Nispen, 'IV. Ongeoorloofde mededinging', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.), nr. 236.

¹⁹⁶ Zie HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 424 (*Cacharel/Trade Max*), r.o. 3.4. Zie ook HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*), waarin de Hoge Raad afstand nam van het Hof 's-Gravenhage, dat had overwogen dat er geen sprake was van onrechtmatig profiteren van wanprestatie, mede omdat eiser gemakkelijk kon opsporen welk lid van het distributiesysteem wanprestatie had gepleegd, maar had nagelaten om dit lek te dichten (Hof 's-Gravenhage 17 januari 2008, *NJ* 2008, 276, r.o. 8).

¹⁹⁷ Zie Hof 's-Gravenhage 17 januari 2008, *NJ* 2008, 276, r.o. 10, waarin het Hof overweegt dat zelfs wanneer de leden van verkooporganisatie door het handelen van de derden in een ongunstige positie komen, die positie 'een gevolg [is] van het door ARN [...] verkozen distributiestelsel, dat geïntimeerden niet regardeert.'

¹⁹⁸ HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*), r.o. 3.5.3.

¹⁹⁹ HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*), r.o. 3.5.3.

dat de omstandigheid dat de verkooporganisatie wordt ondermijnd vooral van belang is als argument voor de stelling dat de fabrikant die de verkooporganisatie heeft opgericht, schade heeft geleden,²⁰⁰ overheerste in de literatuur de opvatting dat (dreigende) ondermijning van de verkooporganisatie wel als voorwaarde moest worden aangemerkt.²⁰¹ In *ARN/Multicar*²⁰² heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat de ondermijning van het distributiestelsel inderdaad moet worden aangetoond, maar alleen wanneer de onrechtmatigheid jegens de distributeur (degene die de verkooporganisatie in stand houdt) in het geding is. Voor onrechtmatigheid jegens andere dealers die gebonden zijn aan het distributiestelsel wordt deze eis niet gesteld.²⁰³

10 Overige vereisten voor aansprakelijkheid

10.1 Toerekenbaarheid

Op grond van artikel 6:162 lid 3 BW moet de onrechtmatige daad aan de dader kunnen worden toegerekend. Van toerekenbaarheid is sprake wanneer ‘zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt’. Omdat voor onrechtmatige derdenbetrokkenheid bij wanprestatie steeds vereist is dat de dader op het moment van handelen wist of behoorde te weten dat hij betrokken was bij wanprestatie,²⁰⁴ is de verwijtbaarheid en daarmee ook de toerekenbaarheid in beginsel gegeven.

10.2 Schade

Indien de eiser schadevergoeding vordert, zal hij moeten aantonen dat hij schade heeft geleden. De schade die ontstaat door het gebruikmaken van andermans wanprestatie bestaat uit zuivere vermogensschade. Vermogensschade omvat zowel geleden verlies, bijvoorbeeld kosten die gemaakt zijn ten behoeve van de overeenkomst, als gederfde winst. Onder zuivere vermogensschade wordt verstaan vermogensschade die geen zaakschade of persoonsschade is, maar die ontstaat als gevolg van oneerlijke concurrentie of door niet-nakoming van een overeenkomst.²⁰⁵ In de jurisprudentie zijn geen gevallen bekend waarin het onrechtmatige gedrag van de derde heeft geleid tot immateriële schade. Om te be-

²⁰⁰ Zie bijv. S. van Brakel, ‘Profiteeren van een anders wanpraestatie als onrechtmatige daad’, *NJB* 1940, p. 471.

²⁰¹ Zie voor een overzicht S.K. Martens, ‘Onrechtmatige daad in het sociaal-economisch verkeer’, in: H. Drion, *Onrechtmatige daad (oud)*, Deel IV, Deventer: Kluwer (losbl.), nr. 81. Vgl. ook C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 161.

²⁰² HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok.

²⁰³ HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*), r.o. 3.5.2.

²⁰⁴ Zie boven, par. 8.

²⁰⁵ Zie A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 27.

palen of de eiser schade heeft geleden, dient de situatie waarin de eiser verkeert als gevolg van het onrechtmatige handelen te worden vergeleken met de situatie waarin geen onrechtmatige daad zou zijn gepleegd. Omdat de onrechtmatige daad bestaat uit de betrokkenheid bij wanprestatie, zal de vergelijking veelal neerkomen op een vergelijking van de situatie waarin wanprestatie is gepleegd met de situatie waarin de overeenkomst zou zijn nagekomen.

10.3 Causaal verband

Tussen de betrokkenheid van de derde bij de wanprestatie en de schade die door de eiser is geleden, moet een causaal verband aanwezig zijn. Sinds 1970²⁰⁶ volgt de Hoge Raad de causaliteitstheorie van toerekening naar redelijkheid, welke inmiddels is gecodificeerd in artikel 6:98 BW. Op grond van dit artikel is sprake van causaal verband indien de schade in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat zij aan de schuldenaar als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

In de literatuur wordt wel onderscheid gemaakt tussen de zogenaamde vestigingsfase en de omvangsfase.²⁰⁷ Voor de vestiging van aansprakelijkheid zou een *conditio sine qua non*-verband zijn vereist. Dit wil zeggen dat het gedrag of de gebeurtenis een omstandigheid moet zijn zonder welke de schade niet zou zijn ingetreden. In de omvangsfase, waarbij het gaat om de omvang van de schadevergoedingsverbintenis, geldt vervolgens toerekening naar redelijkheid. Deze zienswijze wordt door onder anderen Van Dunné echter afgewezen, omdat noch in de jurisprudentie, noch in de parlementaire geschiedenis aanknopingspunten zouden zijn te vinden voor het genoemde onderscheid.²⁰⁸

Of het redelijk is om schade toe te rekenen hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de mate van voorzienbaarheid, de aard van de schade en de aard van de aansprakelijkheid en de strekking van de geschonden norm.²⁰⁹

Wanneer wordt gekeken naar de factoren die bepalend zijn voor de vraag of toerekening van de schade aan de derde die op onrechtmatige wijze betrokken

²⁰⁶ Zie HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251, m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied*).

²⁰⁷ Zie o.a. J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 265; Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 396; R.J.B. Boonekamp, 'Afdeling 10. Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding' in: A.T. Bolt (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 98, aant. 4.

²⁰⁸ J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 2*, Deventer: Kluwer 2004, p. 399 e.v. Zie ook C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid: de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 261 e.v. In enkele recente lagere uitspraken wordt het onderscheid wel expliciet aanvaard, zie bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 20 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ2057; Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BF7449.

²⁰⁹ Zie voor een opsomming van de factoren met bijbehorende jurisprudentie: A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 63 e.v.

is geweest bij wanprestatie in de gegeven omstandigheden redelijk is, lijken met name de voorzienbaarheid van de schade en de aard van de gedraging bepalend te zijn. Schade is volgens de Hoge Raad voorzienbaar indien zij het redelijkerwijs te verwachten gevolg was van de gedraging van de dader. In het algemeen geldt dat deze factor bij zuivere vermogensschade van groot belang is bij de vaststelling van het causale verband.²¹⁰ Dit houdt verband met een andere factor, namelijk de aard van de schade. Aangezien zuivere vermogensschade minder snel wordt toegerekend dan letsel- of zaakschade,²¹¹ hangt van de andere factoren, zoals de voorzienbaarheid, af of toerekening alsnog kan worden gerechtvaardigd. Nu zal de voorzienbaarheid van de schade in de meeste gevallen geen probleem vormen. Immers, om de onrechtmatigheid van het gedrag van de derde vast te stellen moet voldaan zijn aan het kennisvereiste: de derde wist of behoorde te weten dat zijn wederpartij door een overeenkomst te sluiten een eerder aangegane verplichting zou schenden. De schade voor de benadeelde ontstaat doordat de verbintenis niet wordt nagekomen en aangezien de derde hiervan op de hoogte was of in ieder geval had moeten zijn, zal deze schade in beginsel voorzienbaar zijn.

Naast de voorzienbaarheid zijn ook de aard van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid factoren die de rechter in zijn oordeel over het causaal verband moet meewegen. In het algemeen geldt dat de schade eerder wordt toegerekend naarmate de gedraging laakbaarder is.²¹² Dit betekent voor de onderhavige onrechtmatige daad dat indien er opzet in het spel is, hetgeen bij uitlokking het geval is,²¹³ de schade relatief snel zal worden toegerekend. Is daarentegen slechts sprake van het bewust aangaan van een tegenstrijdige overeenkomst, dan zal de toerekening eerder afhangen van andere factoren, zoals de ernst van de schade en de voorzienbaarheid daarvan. Verder zal schade die het gevolg is van een commerciële activiteit eerder worden toegerekend dan schade die dat niet is.²¹⁴

In het kader van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie kan worden gesteld dat met name de voorzienbaarheid van de schade en de aard van de gedraging bepalend zullen zijn voor de toerekening van schade aan de derde die op onrechtmatige wijze betrokken is geweest bij andermans wanprestatie. Uit de jurisprudentie blijkt dat causaal verband vrij

²¹⁰ A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 69. Zie ook o.a. HR 13 november 1987, NJ 1988, 210, m.nt. W.C.L. van der Grinten, HR 25 mei 1990, NJ 1990, 577, HR 2 november 1990, NJ 1991, 24.

²¹¹ Zie bijv. HR 13 november 1987, NJ 1988, 210, m.nt. W.C.L. van der Grinten, r.o. 3.4.

²¹² A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 65; R.J.B. Boonekamp, 'Afdeling 10. Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding' in: A.T. Bolt (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 98, aant. 29.4.

²¹³ Zie boven, par. 8.4.

²¹⁴ Zie ook A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Monografieën Privaatrecht 4, Deventer: Kluwer 2005, p. 72.

snel kan worden aangenomen bij de onderhavige onrechtmatige daad. Gezien de nauwe verwevenheid met de vraag of er sprake is van een onrechtmatige daad, waarbij de aard van de gedraging en de ernst van het nadeel een belangrijke rol spelen,²¹⁵ zal met de onrechtmatigheid in de regel ook het causale verband vaststaan.

10.4 Relativiteit

10.4.1 Relativiteit van de onrechtmatige daad

Jegens wie is de derde, die zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie, aansprakelijk? Welke belangen beoogt de zorgvuldigheidsnorm te beschermen? Deze vraag naar de relativiteit van de onrechtmatige daad is in de verkooporganisatierechtspraak verschillende keren aan de orde gekomen. Buiten de context van verkooporganisaties heeft de relativiteit in de rechtspraak voornamelijk niet tot moeilijkheden geleid.

De relativiteitsleer of Schutznormtheorie is door de Hoge Raad in 1927²¹⁶ aanvaard voor wettelijke normen en is in 1937²¹⁷ uitgebreid tot ongeschreven normen. Volgens de leer, die inmiddels is gecodificeerd in artikel 6:162 lid 1 BW²¹⁸ en artikel 6:163 BW²¹⁹ moet de overtreden norm strekken tot bescherming van het geschonden belang. Beoogt de norm niet het belang van de benadeelde te beschermen, dan kan de dader niet wegens schending van de norm aansprakelijk worden gesteld door deze benadeelde. Daarmee begrenst de relativiteitsleer de aansprakelijkheid: de dader is niet jegens iedereen aansprakelijk die door zijn gedrag is benadeeld.²²⁰

Niet alle normen zijn even relatief. Ter verduidelijking kan gebruik worden gemaakt van de indeling die door Lankhorst wordt gehanteerd. Aan de ene kant van het spectrum bevinden zich volgens hem de contractuele normen, die bij uitstek relatief zijn. Daarom kan een vordering op grond van wanprestatie alleen worden ingediend tegen de wederpartij. Aan de andere kant bevinden zich de zakelijke rechten, die absoluut zijn. Verkeers- en veiligheidsnormen zijn vrij absoluut en liggen wat dat betreft dicht tegen zakelijke rechten aan. Zorgvuldigheidsnormen, zoals bij betrokkenheid van derden bij contractbreuk, zijn daarentegen juist bij uitstek relatief van karakter.²²¹ Hoewel artikel 6:163 BW spreekt over ‘verplichting tot schadevergoeding’ moet ervan uit worden gegaan dat de

²¹⁵ Zie boven, par. 9.1 en 9.2.

²¹⁶ HR 25 mei 1928, NJ 1928, 1688 m.nt. E.M. Meijers (*Onteiende graaf*).

²¹⁷ HR 11 maart 1937, NJ 1937, 899.

²¹⁸ ‘Hij die *jegens* een ander een onrechtmatige daad pleegt’.

²¹⁹ ‘Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.’

²²⁰ G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1992, p. 31.

²²¹ G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1992, p. 34-35.

relativiteitseis ook wordt gesteld bij een vordering tot een rechterlijk verbod of bevel.²²²

10.4.2 Relativiteit en derdenbetrokkenheid bij wanprestatie

In de jurisprudentie waarin de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie centraal staat, heeft de relativiteit van de norm zelden een obstakel gevormd voor het aannemen van aansprakelijkheid. Het in 1961 door de Hoge Raad gewezen arrest *KIM/Sieverding*²²³ vormt hierop een uitzondering. Uit deze uitspraak is af te leiden dat de zorgvuldigheidsnorm die het profiteren van andermans wanprestatie betreft, slechts strekt tot bescherming van het belang van degene jegens wie de contractbreuk is gepleegd.

De feiten waren als volgt. Sieverding had met Grundig een overeenkomst, waardoor zij als alleen-importeur gold voor de Nederlandse markt. KIM verhandelde in Nederland Grundig-artikelen die zij niet via Sieverding had verkregen, maar via Duitse tussenhandelaren, die zich tegenover Grundig hadden verbonden om geen Grundig-producten te verkopen voor de export. Sieverding achtte het handelen van KIM ten opzichte van haar onrechtmatig. KIM werd hierop gewezen, maar weigerde de handel stop te zetten. Daarop stapte Sieverding naar de rechter en legde aan haar vordering tot een rechterlijk bevel dat KIM de verkoop van Grundig-producten moest staken ten grondslag dat KIM onrechtmatig geprofi-teerd had van de wanprestatie van de Duitse tussenhandelaren.

Volgens de Hoge Raad kon het gedrag van KIM niet worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad tegenover Sieverding omdat Sieverding geen partij was bij de overeenkomsten die gesloten zijn tussen Grundig en de Duitse tussenhandelaren en hier ook geen rechten aan ontleen. De van KIM te verlangen zorgvuldigheid ging volgens de Hoge Raad niet zo ver dat zij in de concurrentiestrijd met Sieverding alleen om diens belang te ontzien, zou moeten afzien van de handel in Grundig-producten en niet zou mogen proberen om de monopoliepositie van Sieverding te doorbreken.

Een belangrijk verschil met het *Kolynos*-arrest,²²⁴ waarin een actie op grond van onrechtmatig profiteren van wanprestatie wel slaagde, is het feit dat de eiser in *KIM/Sieverding* niet degene was jegens wie wanprestatie was gepleegd. In de literatuur wordt aangenomen dat de Hoge Raad in *KIM/Sieverding* het relativiteitsbeginsel heeft toegepast en heeft getoetst of de overtreden norm strekt tot bescherming van het geschonden belang.²²⁵ Uit dit arrest zou voort-

²²² Zie o.a. C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 144-145 en G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1992, p. 38-39.

²²³ HR 13 januari 1961, *NJ* 1962, 245, m.nt. H.E. Bröring.

²²⁴ HR 11 november 1937, *NJ* 1937, 1096, m.nt. E.M. Meijers, zie par. 2.2.

²²⁵ Zie ook de annotatie bij dit arrest van Van Oven in *AA* 1961/1962, p. 254; J.H. Jonker, *De rechtsverhouding tot de derde in de concurrentiestrijd* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1965, p. 175; T.J. Dorhout Mees & E.A. van Nieuwenhoven Helbach, *Kort begrip van het Nederlands handels- en faillissementsrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1971, nr. 656.

vloeien dat de zorgvuldigheidsnorm strekt tot bescherming van het belang van de benadeelde contractspartij. Naar aanleiding van het *Kolynos*-arrest had Langemeijer²²⁶ echter geconcludeerd dat behalve de fabrikant of importeur ook rechtstreekse concurrenten een vordering kunnen instellen, aangezien juist zij direct benadeeld werden en het gedrag van de derde (Florence) tegen hen niet minder onzorgvuldig was dan tegen degene jegens wie de wanprestatie was gepleegd (Kerkhoff).²²⁷ Hoewel de Hoge Raad deze opvatting in *KIM/Sieverding* leek te verwerpen, stelde de Raad nog geen jaar later in *Nibaja/Grundig*,²²⁸ dat indien een derde de producten verhandelt die hij heeft verkregen door gebruik te maken van contractbreuk en daardoor in concurrentie treedt met handelaren op wie eenzelfde verplichting rust, dit ‘in strijd kan komen met de zorgvuldigheid welke hem jegens dezen betaamt’. In de literatuur wordt door de meerderheid van de auteurs aangenomen dat uit deze zinsnede kan worden geconcludeerd dat het gebruik maken van wanprestatie ook onzorgvuldig kan zijn ten opzichte van de rechtstreekse concurrenten en dat deze concurrenten in rechte kunnen optreden tegen de derde, omdat er op deze manier sprake is van ongeoorloofde mededinging.²²⁹ Deze interpretatie is in 2010 door de Hoge Raad bevestigd in *ARN/Multicar*,²³⁰ waarin werd overwogen dat het verhandelen van producten die de derde heeft verkregen door gebruik te maken van de wanprestatie van een gebonden handelaar die behoort tot een selectief distributiestelsel jegens de distributeur, onrechtmatig kan zijn jegens andere gebonden handelaren, met wie de derde in concurrentie treedt.²³¹ De Hoge Raad stelde dat het omschreven gedrag dat jegens de gebonden handelaren onrechtmatig is, ook onrechtmatig kan zijn tegenover de distributeur, mits het distributiestelsel wordt ondermijnd door het gedrag van de derde. De omstandigheden waaronder onrechtmatigheid wordt aangenomen jegens concurrenten en jegens degene die het distributiestelsel in stand houdt worden dus enigszins gedifferentieerd, waarbij degene tegenover wie wanprestatie is gepleegd (de distributeur) zelfs een omstandigheid méér – de ondermijning van zijn verkooporganisatie – moet bewijzen dan de benadeelde concurrenten.

Impliceert het bovenstaande dat het beschermingsbereik van de zorgvuldigheidsnorm die ziet op derdenbetrokkenheid bij wanprestatie in het algemeen niet beperkt wordt tot de belangen van de benadeelde contractspartij? Mijns inziens kan die conclusie niet zonder meer uit de jurisprudentie worden getrokken.

²²⁶ G.E. Langemeijer, ‘De practische beteekenis van de relativiteit der onrechtmatige daad’, *NJB* 1940, p. 417.

²²⁷ Ook andere auteurs hebben deze opvatting verdedigd, zie o.a. Belinfante (‘Prijsdhandhaving van merkartikelen’, *Themis* 1938, p. 393).

²²⁸ HR 12 januari 1962, *NJ* 1962, 246, m.nt. H.E. Bröring.

²²⁹ M.R. Mok, ‘Een nieuwe fase in de “Kolynos”-jurisprudentie’, *S.E.W.* 1962, p. 470-471; R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 220. Zie voor een overzicht van de literatuur S.K. Martens, ‘Onrechtmatige daad in het sociaal-economisch verkeer’, in: H. Drion, *Onrechtmatige daad (oud)*, deel IV, Deventer: Kluwer (losbl.), nr. 88.

²³⁰ HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok.

²³¹ HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*), r.o. 3.5.2.

Uit paragraaf 9.1.1 blijkt dat onder wat hier wordt aangeduid als ‘de betrokkenheid van een derde bij wanprestatie’ verschillende gedragingen worden geschaard, waaronder het uitlokken, bevorderen, het (passief) faciliteren en het gebruikmaken van wanprestatie. Stel dat de derde bewust de wanprestatie van een lid van een verkooporganisatie uitlokt, hetgeen als onrechtmatige daad wordt aangemerkt, dan zal dit handelen onrechtmatig zijn jegens de benadeelde contractspartij, maar niet zonder meer jegens de overige leden van de verkooporganisatie.²³² Zij zullen aanvullende omstandigheden moeten aantonen, in het bijzonder de omstandigheden die door de Hoge Raad zijn opgesomd in *ARN/Multicar*.

10.4.3 Relativiteitsleer en belangenleer

De relativiteitsleer moet worden onderscheiden van de belangenleer, ook wel ‘oneigenlijke relativiteitsleer’ genoemd.²³³ Waar de relativiteitsleer de vraag betreft of het geschonden belang wel door de overtreden norm wordt beschermd, gaat het bij de belangenleer om de vraag of er überhaupt sprake is van een geschonden privaatrechtelijk belang. De eerste vraag gaat aan de tweede vraag vooraf: pas indien er sprake is van een privaatrechtelijk belang kan worden gekeken of de norm die overtreden is tot doel heeft dit belang te beschermen.²³⁴

Dat het onderscheid tussen de relativiteitsleer en de belangenleer tot verwarring kan zorgen, blijkt in de zaak *Vierkant/KVB*.²³⁵

Vierkant BV had gebruikgemaakt van de contractbreuk van een lek in de verkooporganisatie van de Koninklijke Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (verder: KVB). Een lid van deze verkooporganisatie had zijn boekhandel overgedragen aan Vierkant, maar had daarbij – in strijd met zijn contractuele verplichtingen – verzuimd Vierkant te binden aan het reglement van de KVB. Hierdoor had Vierkant een concurrentievoordeel ten opzichte van haar concurrenten die wel gebonden waren aan het reglement en verplicht waren de boeken te verkopen tegen een door de leden van de vereniging collectief vastgestelde prijs. Vervolgens benutte Vierkant het concurrentievoordeel door de boeken te verhandelen onder deze vaste prijs. De KVB stelde vervolgens een verbodsvordering bij de president van de rechtbank in tegen Vierkant om nog langer boeken beneden de vastgestelde prijs te verkopen. De vordering werd toegewezen waarop Vierkant in hoger beroep ging en onder meer stelde dat de KVB niet in haar eigen belang werd geschaad. Het hof oordeelde dat nu de KVB een belangenorganisatie is die opkomt voor de belangen van de leden van de organisatie, zij ook zelf belang heeft bij het gevorderde verbod en dat daardoor ‘in voldoende mate aan de eis van relativiteit is voldaan’. Het hof doelde hier echter niet op de relativiteitsleer, maar de belangenleer, omdat het vaststelde dat de KVB zelf belang had bij de vordering. Of de eiser een eigen (privaatrechtelijk) belang heeft is

²³² Anders: C.J.J.C. van Nispen, ‘IV. Ongeoorloofde mededinging’, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.), nr. 230.

²³³ G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1992, p. 75 e.v.

²³⁴ G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1992, p. 77.

²³⁵ HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118, m.nt. P.J. Slot en H.J. Snijders.

echter een andere vraag dan of de overtreden norm strekt tot de bescherming van het geschonden belang. In cassatie stelde Vierkant wederom het relativiteitsver-eiste aan de orde en stelde dat hieraan niet is voldaan omdat de wanprestatie niet jegens de KVB is gepleegd (in lijn met *KIM/Sieverding*). De Hoge Raad loste dit probleem op door in het arrest van het hof te lezen dat de KVB namens de bij haar aangesloten bedrijven – jegens wie wél wanprestatie is gepleegd – optrad.²³⁶

III OVERIGE KWESTIES

11 Remedies

11.1 Schadevergoeding

Schadevergoeding wordt met name gevorderd in gevallen van dubbele verkoop van onroerend goed, maar wordt ook wel geëist wanneer de gedaagde bijvoorbeeld de voormalig werknemer van de eiser heeft aangezet tot overtreding van zijn concurrentiebeding en de eiser hierdoor klanten is kwijtgeraakt en daardoor inkomsten is misgelopen.²³⁷ De begroting van de schade kan op verschillende manieren plaatsvinden. Doorgaans zal het nadeel, zoals gederfde winsten, van de eiser als uitgangspunt worden genomen. Op grond van artikel 6:104 BW kan de rechter de schade echter ook begroten op de door de derde genoten winst. Hoewel de schadebegroting wordt geabstraheerd van het door de eiser geleden nadeel, kan deze bepaling niet worden toegepast wanneer de eiser geen schade heeft geleden.²³⁸ Behalve in geld, kan schadevergoeding ook worden uitgekeerd in natura. De schadevergoeding in natura wordt volgens de jurisprudentie met name toegekend in zaken die de dubbele verkoop betreffen. In *Streefland/Van der Graaf* vorderde de benadeelde contractspartij teruglevering aan de wederpartij.²³⁹ In het arrest *Pos/Van den Bosch*²⁴⁰ heeft de Hoge Raad voor het eerst aan de derde de plicht opgelegd om – tegen betaling van de geschatte waarde – het onroerend goed direct over te dragen aan de eerste koper. Ook in diverse andere zaken²⁴¹ is schadevergoeding in natura toegekend. Inmiddels bestaat met artikel 6:103 BW een wettelijke basis voor de uitkering van schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom.

11.2 Rechterlijk verbod

De jurisprudentie laat zien dat in veel gevallen van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie een rechterlijk verbod wordt gevorderd – vaker dan schadevergoe-

²³⁶ HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118, m.nt. P.J. Slot en H.J. Snijders (*Vierkant/KVB*), r.o. 3.8.

²³⁷ Zie bijv. Hof Amsterdam 24 april 1997, *PRG* 1999, 5184 (*Postma/Esma*).

²³⁸ HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeijen Scheers/Naus*).

²³⁹ HR 3 januari 1964, *NJ* 1965, 16, m.nt. G.J. Scholten (*Streefland/Van der Graaf*).

²⁴⁰ HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten.

²⁴¹ Zie o.a. HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 408 (*Bruurs/Haagen*); HR 18 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8208; HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 33 (*Van Oosterom/Baas*); HR 26 januari 2007, *NJ* 2007, 78 (*Van de Ven/Sleegers*).

ding. Met name wanneer de betrokkenheid bestaat uit het gebruikmaken van een lek in een verkooporganisatie, bestaat er behoefte aan een remedie die gericht is op preventie, om te verhinderen dat het gedrag van de gedaagde in de toekomst zal leiden tot de (verdere) ondermijning van de organisatie.²⁴² Het rechterlijk verbod wordt geregeld in artikel 3:296 BW en wordt gevorderd indien er in de toekomst een onrechtmatige daad dreigt. Het kan zijn dat de gedaagde zich al eerder aan onrechtmatige daad schuldig heeft gemaakt, maar dat is niet vereist.²⁴³ Sommige auteurs zijn van mening dat de dreiging van schade niet is vereist voor de toewijzing van een verbod.²⁴⁴ Volgens Van Dunné moet ook bij een bevels- of verbodsactie de (dreiging van) schade worden bewezen.²⁴⁵ Dit vraagstuk is theoretisch wellicht interessant, maar praktisch gezien van weinig waarde. Ieder te beschermen belang laat zich immers met enige creativiteit wel naar een schadepost vertalen.²⁴⁶

Wanneer een vordering tot een rechterlijk verbod in kort geding wordt gevorderd, heeft de rechter een aanzienlijke vrijheid om de vordering toe of af te wijzen. Hij houdt in zijn oordeel rekening met de belangen van de eiser en gedaagde, maar ook met maatschappelijke belangen.

12 Verjaring

Een vordering wegens onrechtmatige derdenbetrokkenheid bij contractbreuk verjaart, zoals alle vorderingen uit onrechtmatige daad, op grond van artikel 3:310 lid 1 BW na vijf jaren nadat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als met de aansprakelijke persoon. De objectieve verjaringstermijn is twintig jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis. In gevallen van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie zal die termijn doorgaans aanvangen op het moment dat de derde zijn overeenkomst sluit met de wederpartij van de benadeelde.

13 Bewijs

Op grond van artikel 152 lid 2 Rv is de rechter in beginsel vrij in zijn waardering van het bewijs. De algemene maatstaf is dat de rechter een redelijke mate

²⁴² Zie o.a. HR 27 april 1962, *NJ* 1962, 254, m.nt. H.E. Bröring (*Philips/Holst*); HR 18 mei 1979, *NJ* 1979, 480, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Maxis/Belangenvereniging*); HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX3069; HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*).

²⁴³ Zie A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 153.

²⁴⁴ Zie A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 153; J.H. Nieuwenhuis, 'Welke belangen worden beschermd door art. 1401 BW?', *WPNR* 1987, p. 148; Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 417.

²⁴⁵ J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 2*, Deventer: Kluwer 2004, p. 250.

²⁴⁶ G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1992, p. 82.

van zekerheid moet hebben over de feiten.²⁴⁷ De vraag wat onder een ‘redelijke mate van zekerheid’ moet worden verstaan, laat zich moeilijk in het algemeen beantwoorden. Duidelijk is wel dat de rechter geen absolute zekerheid hoeft te hebben over de juistheid van de feiten. Anderzijds lijkt het onvoldoende dat het waarschijnlijker is dat een feit wél gebeurd is dan niet.²⁴⁸

Uit de uitspraken die betrekking hebben op derdenbetrokkenheid bij wanprestatie blijkt dat bewijsproblemen zich vooral voordoen met betrekking tot het kennisvereiste en – in geval van uitlokken van wanprestatie – het opzetvereiste. De stel- en bewijsplicht ten aanzien van de aanwezigheid van kennis rusten op grond van artikel 150 Rv op de eiser. In artikel 152 Rv is geregeld dat bewijs in beginsel kan worden geleverd door alle middelen. In het arrest *Pos/Van den Bosch*²⁴⁹ werd bijvoorbeeld middels brieven, onder meer van de notaris, aangetoond dat de derde op het moment dat aan hem het litigieuze onroerende goed werd geschonken op de hoogte was van het feit dat een ander reeds een koopopatie op het onroerend goed had.

In de praktijk blijkt het aantonen dat de derde het initiatief tot de wanprestatie heeft genomen, een lastige opgave. Dat kan verklaren waarom in de jurisprudentie weinig uitspraken te vinden zijn waarin aansprakelijkheid wordt aangenomen wegens het uitlokken van wanprestatie.²⁵⁰ Maar ook het bewijzen dat de derde op de hoogte was of behoorde te zijn dat hij betrokken was bij contractbreuk, kan problemen opleveren. Deze kwestie speelt vooral bij verkooporganisaties. Uit de rechtspraak blijkt dat indien de verkooporganisatie gesloten is, dit een bewijsvermoeden oplevert dat de derde wist of behoorde te weten dat hij de producten slechts heeft kunnen inkopen als gevolg van contractbreuk door een van de leden van de verkooporganisatie.²⁵¹ De eiser zal echter wel moeten bewijzen dat gedaagde wist of behoorde te weten van de verkooporganisatie.²⁵²

Om onrechtmatige betrokkenheid van de gedaagde bij een contractbreuk die gepleegd is in het kader een verkooporganisatie te bewijzen, moet de eiser echter niet alleen kunnen aantonen dat de derde bewust heeft gehandeld, maar ook dat überhaupt sprake is van contractbreuk. Dat laatste kan problematisch zijn wanneer een parallelle markt bestaat waarop de producten kunnen worden verkregen zonder dat gebruik hoeft te worden gemaakt van wanprestatie. Uit paragraaf 9.4.4 blijkt echter dat wanneer de verkooporganisatie feitelijk en juridisch gesloten is, dit het vermoeden oplevert dat de derde heeft geprofitteerd van

²⁴⁷ Zie o.a. W.D.H. Asser, ‘Burgerlijk (procesrecht): bewijs in het spanningsveld tussen rechter en partijen’, in: *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?* (Handelingen Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2009), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 43; I. Giesen, ‘De bewijswaardering in civiele zaken: vage noties of scherpe normen?’, AA 1999-9, p. 626.

²⁴⁸ I. Giesen, ‘De bewijswaardering in civiele zaken: vage noties of scherpe normen?’, AA 1999-9, p. 633.

²⁴⁹ HR 17 november 1967, NJ 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten.

²⁵⁰ S.K. Martens, ‘Onrechtmatige daad in het sociaal-economisch verkeer’, in: H. Drion, *Onrechtmatige daad (oud)*, deel IV, Deventer: Kluwer (losbl.), nr. 80.

²⁵¹ HR 1 november 1991, NJ 1992, 424 (*Cacharel/Trade Max*), r.o. 3.4.

²⁵² L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht 1939), Enschede: M.J. van der Loeff 1939, p. 43.

wanprestatie.²⁵³ Andersom kan het feit dat de eiser niet in staat is om te bewijzen dat zijn verkoopsysteem zonder lekken is, voor de rechter reden zijn om aan te nemen dat de gedaagde ook aan de producten had kunnen komen zonder gebruik te maken van contractbreuk en de vordering van de eiser af te wijzen.²⁵⁴

Het rechterlijk verbod, dat veelvuldig wordt geëist in verband met onrechtmatige betrokkenheid van derden bij wanprestatie, wordt vooral in kort geding gevorderd. In kort geding zijn de vaste regels van het bewijsrecht niet van toepassing, en heeft de rechter een grote vrijheid ten aanzien van de keuze voor de bewijsmiddelen en de bewijskracht die hij daaraan toekent. Bovendien hoeft de eiser zijn vordering slechts aannemelijk te maken en hoeft hij geen harde bewijzen te leveren.

14 Samenloopkwesties

14.1 Samenloop met vordering tegen wanprestant

In situaties van onrechtmatige derdenbetrokkenheid bij wanprestatie zal de benadeelde partij behalve tegen de derde veelal ook een vordering kunnen instellen tegen de wanprestant. De vraag rijst hoe deze vorderingen zich tot elkaar verhouden. Kan de derde slechts tot schadevergoeding worden veroordeeld wanneer de schade niet op de wanprestant kan worden verhaald? Op basis van de rechtspraak moet worden vastgesteld dat de vordering tegen de derde niet slechts een subsidiair karakter heeft, en dat deze ook kan worden ingesteld zonder dat een vordering tegen de wanprestant aanhangig wordt gemaakt.²⁵⁵ De vervolgvraag is of de derde en de wanprestant hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade en onderling regres kunnen nemen. Over de vraag of de aansprakelijkheid van de derde en de wanprestant hoofdelijk is, is in de rechtspraak weinig te vinden. Deze vraag speelt immers niet wanneer jegens de derde een verbod wordt gevorderd, waarvan in de meeste gevallen sprake is. Ook bij dubbele verkoop van onroerend goed doen zich doorgaans geen problemen voor. Wanneer de derde wordt veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding in natura in de vorm van overdracht van het betreffende goed, dan zal de vordering jegens de wanprestant beperkt kunnen blijven tot de schade die is ontstaan door niet-tijdige nakoming van de overeenkomst. De hoofdelijkheid speelt daarentegen wel een rol wanneer jegens de derde en de wanprestant een vordering tot vergoeding van dezelfde schade wordt ingesteld.²⁵⁶ Gedacht kan worden aan de betrokkenheid bij de schending van een concurrentiebeding waardoor de ex-werkgever klanten is kwijtgeraakt.

²⁵³ Zie bijv. Rb. Haarlem (pres.) 13 april 1984, KG 1984, 160.

²⁵⁴ Rb. Haarlem (pres.) 4 april 1984, KG 1984, 143. Zie voor meer uitspraken: C.J.J.C. van Nispen, 'IV. Ongeoorloofde mededinging', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.), nr. 236.

²⁵⁵ Zie Rb. Amsterdam 24 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0332.

²⁵⁶ Aan het concurrentiebeding is in de regel ook een boetebeding gekoppeld. Het is echter mogelijk om naast de verbeurde boetes van de ex-werknemer een vergoeding van de geleden schade te vorderen.

14.2 Samenloop met de rechtsfiguur van Vormerkung

Artikel 7:3 BW biedt de mogelijkheid aan een koper om zijn koopovereenkomst die betrekking heeft op een registergoed in te schrijven in de openbare registers. Door deze zogenoemde Vormerkung, wordt de koper beschermd tegen derden, die na het sluiten van de koopovereenkomst, maar vóór de levering, een recht op het registergoed verwerven, bijvoorbeeld door vervreemding, bezwaring, verhuuring of verpachting door de verhuurder of die een executoriaal of conservatoir beslag leggen op het goed (zie artikel 7:3 lid 3 BW).

Met de inwerkingtreding van artikel 7:3 BW in 2003²⁵⁷ heeft de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie aan belang verloren voor gevallen waarin sprake is van dubbele verkoop van registergoederen. De eerste koper zal immers, wanneer hij de koopovereenkomst heeft ingeschreven, deze aan de tweede koper kunnen tegenwerpen en hoeft – anders dan wanneer hij een vordering instelt wegens onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie – geen kwade trouw of bijkomende omstandigheden aan te tonen. De vraag of de tweede koper ook op basis van onrechtmatige daad kan worden aangesproken, is slechts nog relevant wanneer de koopovereenkomst niet is ingeschreven of wanneer de inschrijving haar effect heeft verloren. Dat laatste is het geval wanneer het registergoed niet binnen zes maanden na inschrijving aan de koper wordt geleverd, zie artikel 7:3 lid 4 BW. Wanneer de werking van de inschrijving komt te vervallen, dan betekent dit tevens dat de koop van het goed niet geacht wordt kenbaar te zijn geweest door raadpleging van de openbare registers. In de memorie van toelichting wordt hieraan toegevoegd dat de (inmiddels verlopen) inschrijving de derde er niet toe verplicht om nader onderzoek te verrichten naar de koopovereenkomst; hij mag ervan uitgaan dat deze ontbonden is. Dit heeft volgens de wetgever tot gevolg dat niet snel mag worden aangenomen dat de tweede koper aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad jegens de eerste koper.²⁵⁸ De wetgever lijkt hier te doelen op het leerstuk van de betrokkenheid van derden bij wanprestatie en dan in het bijzonder het kennisvereiste. Weliswaar kan een ieder door de kadastrale registratie te raadplegen van de verlopen inschrijving van de koopovereenkomst op de hoogte zijn, maar dat betekent niet dat automatisch wordt voldaan aan de eis dat de tweede koper wist of behoorde te weten dat de verkoper wanprestatie pleegde. De eiser zal op een andere manier moeten aantonen dat aan het kennisvereiste is voldaan. Uit het bovenstaande blijkt overigens dat het feit dat de koopovereenkomst niet is ingeschreven of dat de inschrijving zijn effect heeft verloren, geen obstakel vormt voor het instellen van een actie tegen de tweede koper op grond van betrokkenheid bij contractbreuk.

²⁵⁷ Wet van 5 juni 2003, *Stb.* 2003, 238 en 239 (in werking getreden op 1 september 2003 krachtens KB van 25 juni 2003, *Stb.* 2003, 272).

²⁵⁸ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 11 (MvT).

4 Het Duitse recht

1 Inleiding

1.1 ‘Hartnäckige Streitfrage’

De aansprakelijkheid van een derde wegens betrokkenheid bij contractbreuk kan in de Duitse literatuur al ruim een eeuw op belangstelling rekenen. Rond 1900 verschenen de eerste publicaties over dit onderwerp¹ dat tegenwoordig doorgaans wordt aangeduid als *Verleitung zum Vertragsbruch* of *Beteiligung an Fremden Vertragsbruch*. Onder de publicaties was een bijdrage van de invloedrijke rechtsgeleerde Paul Oertmann, die bij het kracht worden van het BGB de kwestie betitelde als een van de ‘*hartnäckigsten und bisher am wenigsten geklärten*’ problemen.² Gedurende de twintigste eeuw hield de belangstelling aan,³ en ook in het afgelopen decennium zijn diverse artikelen en dissertaties over het thema verschenen.⁴ In een belangrijk deel van deze publicaties wordt kritiek geleverd op de reikwijdte van de aansprakelijkheid, die te ruim of onduidelijk zou zijn, en op de theoretische rechtvaardiging, die volgens een aantal auteurs onduidelijk is of zelfs ontbreekt.⁵ Honderddertien jaar nadat zij werd opgeschreven lijkt de typering van Oertmann dus nog altijd actueel.

¹ Zie o.a. O.C. Fischer, *Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena: Fischer 1905 en G. Kiss, ‘Verleitung zum Vertragsbruch’, in: *Festschrift für Ernst Zitelmann*, München: Dunker & Humblot 1913, p. 1-17.

² P. Oertmann, ‘Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten’, in: A.F. Berner e.a., *Festgabe für Heinrich Dernburg zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 4. April 1900*, Berlin: Juristenfakultät der Universität 1900, p. 63.

³ Zie o.a. R. Krasser, *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter*, Keulen: Carl Heymanns Verlag KG 1971; M. Löwisch, *Der Deliktsschutz relativer Rechte*, Berlin: Walter de Gruyter & Co. 1970; H. Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer Verlag 1967 (waarin naast het Duitse recht ook het Oostenrijkse en Zwitserse recht wordt besproken).

⁴ Zie o.a. V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010; I. Scherer, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP’, *WRP* 2009-5, p. 518-525; O. Sosnitzer, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?’, *WRP* 2009-4, p. 373-378; 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.

⁵ Zie o.a. V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 39.

1.2 Opbouw

In deel I worden de historische ontwikkeling, de juridische grondslag, de verhouding tot het contractuele relativiteitsbeginsel en de handelings- en concurrentievrijheid en de ratio geanalyseerd. De reikwijdte van de aansprakelijkheid wordt onderzocht in deel II. Tot slot worden in deel III de beschikbare remedies, de verjaringstermijnen, bewijs- en samenloopkwesies behandeld.

I JURIDISCHE GRONDSLAG EN RATIO

2 Historische ontwikkeling

De aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie gaat in Duitsland ver terug. Al in het Heilige Roomse Rijk (962 tot 1806), waartoe het grondgebied van de huidige Bondsrepubliek Duitsland behoorde, kon een derde die zich schuldig had gemaakt aan het weglukken van dienstpersioneel worden veroordeeld tot het betalen van een geldbedrag. In gevallen van dubbele verkoop werd aan de eerste koper onder omstandigheden een directe aanspraak op teruggave van het goed jegens de tweede koper toegekend.⁶ Het Pruisische recht dat aan het einde van de achttiende eeuw in een groot deel van het huidige Duitsland gold, bevatte een algemene aansprakelijkheidsbepaling die betrekking had op onrechtmatige en verwijtbare inbreuken van een derde op andermans rechtssfeer.⁷ Op basis van deze bepaling kon ook de inbreuk op een verbintenisrechtelijk belang door een derde tot civiele aansprakelijkheid leiden.⁸

De opstellers van het *Bürgerliches Gesetzbuch* (verder: BGB), dat in 1900 in werking trad en nog steeds de belangrijkste rechtsbron voor het Duitse privaatrecht vormt, hebben er echter bewust voor gekozen om geen overkoepelende, algemeen geformuleerde aansprakelijkheidsnorm op te nemen.⁹ Een dergelijke norm zou door de rechter te ruim geïnterpreteerd kunnen worden en mogelijk leiden tot een te omvangrijke aansprakelijkheid.¹⁰ In plaats daarvan

⁶ E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 36.

⁷ *Allgemeine Preußische Landrecht* (1794), deel I, titel 6, § 1 e.v., zie m.n. § 8: ‘Wer jemanden ohne Recht Schaden zufügt, der kränkt oder beleidigt denselben’ en § 10: ‘Wer einen Andern aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muß demselben vollständige Gnugthuung leisten.’

⁸ Zie H. Vygen, *Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Bamberg: Difo Druck Schmach 1970, p. 71-72.

⁹ K. Zweigert & H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band II*, Tübingen: Mohr 1996, p. 600.

¹⁰ In de totstandkomingsgeschiedenis is te lezen dat de wetgever een situatie zoals in Frankrijk, dat in de *Code Civil* wel een algemene aansprakelijkheidsnorm kent en waar de rechter een grote interpretatievrijheid heeft, als onwenselijk beschouwde en wilde vermijden, zie A. Achilles e.a., *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs II*, Berlijn 1897, p. 571.

zijn in het BGB meerdere bepalingen voor schuldaansprakelijkheid opgenomen, waarvan de belangrijkste § 823 en § 826 BGB zijn.¹¹ Op grond van deze bepalingen wordt als onrechtmatig aangemerkt:

1. de wederrechtelijke, verwijtbare inbreuk op andermans leven, lichaam, gezondheid, vrijheid, eigendom of ander recht (§ 823 lid 1);
2. de schending van een wettelijke plicht, voor zover deze strekt tot bescherming tegen de schade die door de benadeelde is geleden (§ 823 lid 2);
3. de opzettelijk toebrenging van schade op een manier die in strijd met de goede zeden (*sittenwidrig*) is (§ 826).

In het Duitse recht wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de bescherming van absolute rechten en van relatieve rechten. Het *Reichsgericht* – van 1879 tot 1945 de hoogste civiele en strafrechter in Duitsland – oordeelde al in 1904 dat vorderingsrechten alleen bij de schuldenaar kunnen worden afgedwongen en dat derden deze rechten niet in acht hoeven te nemen.¹² Hoewel § 823 lid 1 BGB de bescherming van contractuele rechten niet expliciet uitsluit, is in de rechtspraak uitgemaakt dat een contractueel recht niet kan worden beschouwd als een ‘ander recht’ (*sonstiges Recht*) in de zin van deze bepaling.¹³ Aan het begin van de twintigste eeuw werd echter wel in de rechtspraak aanvaard dat de betrokkenheid bij wanprestatie onder omstandigheden als *sittenwidrig* kan worden aangemerkt in de zin van § 826 BGB.¹⁴ Tevens werd erkend dat dit gedrag onder omstandigheden ook een schending kon opleveren van § 1 van de *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (verder: UWG) uit 1909, waarin werd be-

¹¹ H. Kötz, *Deliktsrecht*, Berlijn: Luchterhand Verlag GmbH 1996, p. 21.

¹² RG 29 april 1904, RGZ 57, 353, 356.

¹³ Zie o.a. BGH 24 februari 1954, NJW 1954, 1159; BGH 21 oktober 1969, NJW 1970, 137, 138. In een deel van de literatuur – met name die van rond 1970 – is de opvatting verdedigd dat contractuele rechten wel bescherming zouden moeten genieten op basis van § 823 lid 1 BGB, zie o.a. H. Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer Verlag 1967, p. 133 e.v.; M. Löwisch, *Der Deliktsschutz relativer Rechte*, Berlijn: Walter de Gruyter & Co. 1970, p. 61; H.C. Ficker, ‘Interference with contractual relations and deliktsrechtlicher Schutz der Forderung’, in: M. Ferid (red.), *Festschrift für Hans G. Ficker*, Berlijn: Alfred Metzner Verlag 1967, p. 179 e.v. De meeste auteurs sluiten zich echter aan bij de rechtspraak, zie o.a. D. Rehbein, *Die Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte: eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Freiburg), Bamberg: Rodenbusch 1968, p. 235; H. Vygen, *Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Bonn), Bamberg: Difo Druck Schmach 1970, p. 73 e.v.; R. Krasser, *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter*, Keulen: Carl Heymanns Verlag KG 1971, p. 186 e.v.; G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5: *Schuldrecht Besondere Teil III*, §§ 705-853, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 823, nr. 160; V. Schad, ‘Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung’ (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 38. Vorderingsrechten maken ook geen deel uit van het ‘Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb’, dat wel is erkend als ‘sonstiges recht’, zie o.a. E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 52-53.

¹⁴ Zie RG 10 december 1912, RGZ 81, 86.

paald dat degene die in het handelsverkeer met een mededingingsoogmerk handelingen verricht die in strijd zijn met de goede zeden, aansprakelijk kan worden gesteld. In de volgende decennia heeft de Duitse rechter verschillende omstandigheden geformuleerd die de betrokkenheid bij contractbreuk onrechtmatig kunnen doen zijn, waaronder het aanzetten tot wanprestatie,¹⁵ de samenspanning tussen de derde en de wanprestant ten nadele van de schuldeiser¹⁶ en het ondermijnen van een verticale prijsregeling.¹⁷

Ten aanzien van het verstoren van een arbeidsrelatie had de wetgever reeds aan het einde van de negentiende eeuw een speciale aansprakelijkheidsregel ingevoerd. Op grond van § 125 van de *Gewerbeordnung* 1891 kon een werkgever aansprakelijk worden gesteld wegens het aanzetten tot een rechtmatige beëindiging van een arbeidscontract én wegens het in dienst nemen van een werknemer van wie hij wist dat deze al een andere arbeidsovereenkomst had. In dat laatste geval hoefde de oude werkgever geen bijkomende omstandigheden aan te tonen. De *Gewerbeordnung* werd in 2002 grondig herzien, en § 125 is per 1 januari 2003 komen te vervallen. Sindsdien is het bewust in dienst nemen van andermans werknemer of het aanzetten tot de rechtmatige opzegging van een arbeidscontract niet langer voldoende voor aansprakelijkheid en moet de aansprakelijkheid worden vastgesteld op grond van § 826 BGB of de UWG.¹⁸

3 Juridische grondslag

3.1 Inleiding

Het BGB en de UWG bevatten beide verschillende wettelijke basissen voor de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk. In de volgende paragrafen zal worden uiteengezet welke bepalingen uit deze codificaties relevant worden geacht. Omdat de belangrijkste grondslagen – § 826 BGB en § 4 lid 10 UWG – relatief open normen (*Generalklauseln*) betreffen, zal tevens aandacht worden besteed aan methoden die worden gebruikt om deze normen te concretiseren.

3.2 Grondslagen in BGB

De voornaamste grondslag in het BGB voor aansprakelijkheid voor schade die is ontstaan door de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk is § 826 BGB, waarin is bepaald dat degene die opzettelijk schade toebrengt op een wijze die strijdig is met de goede zeden verplicht is om deze schade te vergoeden.

Naast § 826 BGB kunnen echter ook andere bepalingen een basis voor aansprakelijkheid bieden. Zo kan het tweede lid van § 823 BGB, in tegenstelling tot het eerste lid,¹⁹ worden ingeroepen wanneer de gedraging van de derde in

¹⁵ BGH 17 februari 1956, *GRUR* 1956, 273.

¹⁶ BGH 17 september 1954, *NJW* 1954, 1925, 1926.

¹⁷ BGH 10 juli 1959, *GRUR* 1959, 497.

¹⁸ Zie BGH 11 januari 2007, *GRUR* 2007, 800 (*Außendienstmitarbeiter*).

¹⁹ Zie boven, par. 2.

strijd is met een *Schutznorm* – een wettelijke plicht die de bescherming van het belang van de benadeelde tot doel heeft – en dat belang door het onrechtmatig handelen ook daadwerkelijk is geschonden.²⁰ Wanneer de derde onwaarheden heeft verkondigd over de kredietwaardigheid van een ander en deze onwaarheden voor diens wederpartij aanleiding zijn geweest om zijn contract niet langer na te komen, dan kan de derde op grond van § 824 BGB aansprakelijk worden gesteld voor de hierdoor ontstane schade. Vereist is wel dat de derde wist of behoorde te weten dat hij niet de waarheid sprak. Ook moet het gaan om feitelijk onjuiste mededelingen; waardeoordelen en meningsuitingen vallen niet binnen de reikwijdte van dit artikel.²¹ In de literatuur is ook § 830 BGB wel genoemd als mogelijke aansprakelijkheidsgrond. Deze bepaling regelt de aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad die door meerdere personen is gepleegd. De derde die betrokken is geweest bij contractbreuk zou als medepleger van, of deelnemer aan wanprestatie kunnen worden beschouwd. § 830 BGB stelt echter als voorwaarde voor aansprakelijkheid dat de wanprestant ook zelf aansprakelijk kan worden gesteld op grond van onrechtmatige daad, hetgeen doorgaans niet het geval is.²²

Een enkele keer wordt in de rechtspraak een beroep gedaan op § 226 BGB. Op grond van deze bepaling, die wordt aangeduid als *Schikaneverbot*, is de uitoefening van een recht (in casu de contracts- of handelingsvrijheid) ongeoorloofd, wanneer zij slechts tot doel heeft om aan een ander schade toe te brengen.²³

3.3 Grondslagen in UWG

De UWG bevat verschillende bepalingen die als grondslag kunnen dienen voor een vordering die tegen een derde wordt ingesteld wegens betrokkenheid bij contractbreuk. Wanneer een geschil zich afspeelt in de concurrentiecontext, waarvan in het geval van betrokkenheid bij wanprestatie veelal sprake is, wordt de eis doorgaans gebaseerd op de UWG.

In § 1 van de oude UWG, die in 1909 werd ingevoerd, was bepaald dat ‘[w]er im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen

²⁰ Hierbij kan worden gedacht aan het verstoren van een contractuele relatie door middel van fraude, hetgeen strafbaar is op grond van § 263 *Strafgesetzbuch*. Of de UWG ook als *Schutzgesetz* moet worden beschouwd, staat ter discussie. De meerderheid van de schrijvers beantwoordt deze vraag ontkennend. Een uitzondering wordt gemaakt voor § 17 UWG e.v. (waaronder het openbaren van bedrijfsgeheimen), die wel algemeen worden beschouwd als *Schutznormen*. Doet de eiser in geval van een schending van de UWG een beroep op § 823 lid 2 BGB, dan geldt overigens wel de korte verjaringstermijn van zes maanden uit de UWG.

²¹ H. Sprau, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2010, § 824, nr. 2. Zie ook BGH 24 januari 2006, NJW 2006, 830, 832.

²² V. Schad, ‘Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 11.

²³ R. Michaels, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag – Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlijn: Dunker & Humblot 2002, p. 382. Zie ook BGH 14 juli 2008, NJW 2008, 3438.

vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden'. Evenals § 826 BGB was § 1 UWG 1909 een open norm, die in de rechtspraak nader moest worden geconcretiseerd. Het oneerlijke mededingingsrecht was daardoor voornamelijk rechttersrecht.²⁴ De zinsnede '*gegen die guten Sitten*' had in de UWG echter een andere betekenis dan in het BGB, omdat rekening moest worden gehouden met de concurrentiecontext.²⁵

In 2004 en 2008 is de UWG grondig herzien. Veel van de handelspraktijken die op basis van § 1 in de rechtspraak als oneerlijk waren aangemerkt, werden gecodificeerd en ook de Europese richtlijnen op het gebied van oneerlijke concurrentie zijn in de UWG geïmplementeerd. Sinds 2004 vormt § 4 lid 10 UWG de belangrijkste grondslag voor vorderingen die worden ingesteld wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie. In deze bepaling staat dat de '*gezielte behinderung*', het doelgericht belemmeren van concurrenten, een oneerlijke handelsgedraging inhoudt. Ondanks de nieuwe bewoordingen heeft de wetgever met § 4 lid 10 UWG slechts beoogd een wettelijke basis te creëren voor de gevallen die op basis van § 1 UWG 1909 in de rechtspraak als *unlauter* werden aanvaard en waarvoor in de huidige wet geen specifieke bepaling bestaat.²⁶ In tegenstelling tot de andere voorbeelden in § 4 e.v. UWG, waarin vrij specifiek wordt geformuleerd welke gedragingen als oneerlijke handelspraktijken worden aangemerkt, is § 4 lid 10 UWG een *Generalklausel* die relatief weinig aanknopingspunten biedt ten aanzien van de grens tussen geoorloofd en ongeoorloofd handelen.²⁷

Wanneer de betrokkenheid bij wanprestatie gepaard gaat met ongeoorloofde uitingen die de benadeelde contractspartij betreffen, dan kan deze laatste een beroep doen op grond van § 4 lid 7 en 8. In lid 7 wordt bepaald dat het lasteren of denigreren van een concurrent een oneerlijke handelsgedraging vormt. In lid 8 staat dat geen onwaarheden mogen worden verkondigd die het functioneren of de kredietwaardigheid van de concurrent kunnen aantasten. Deze leden hebben als *lex specialis* voorrang op de algemene regel uit § 4 lid 10.²⁸

In § 4 lid 11 wordt bepaald dat het handelen in strijd met een wettelijk voorschrift dat tevens bestemd is om in het belang van de marktdeelnemers marktgedrag te reguleren, een oneerlijke handelsgedraging is. Deze bepaling is vergelijkbaar met § 823 lid 2 BGB. In het kader van betrokkenheid bij

²⁴ A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitzer, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, A. Entwicklung, Rechtsquellen und Allgemeine Grundlagen des Lauterkeitsrecht, nr. 31; H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, Einleitung, nr. 2.4.

²⁵ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 3, nr. 96; V. Schad, '*Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung*' (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 130.

²⁶ BGH 11 januari 2007, GRUR 2007, 800, 802 (*Außendienstmitarbeiter*).

²⁷ A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitzer, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/2.

²⁸ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 7.6 en 8.7.

wanprestatie kan worden gedacht aan uitlokken van wanprestatie waarbij gebruik is gemaakt van middelen die op grond van het strafrecht verboden zijn, zoals omkoping of fraude.²⁹

§ 4 lid 1 en lid 2 en § 5 en § 5a UWG zien op situaties waarin de keuzevrijheid van marktdeelnemers wordt beperkt. Op grond van § 4 lid 1 en lid 2 zijn handelsgedragingen verboden die de beslissingsvrijheid van consumenten en andere marktdeelnemers op ongeoorloofde wijze kunnen inperken, zoals het uitoefenen van druk, en het profiteren van onervarenheid en goedgelovigheid van de consument. Op basis van § 5 en § 5a UWG worden misleidende handelsgedragingen en misleidende omissies (schenden van een informatieplicht) als *unlauter* gekwalificeerd.³⁰ Hoewel deze bepalingen in de eerste plaats betrekking hebben op verticale verhoudingen (zoals tussen verkoper en consument), wordt in de Duitse literatuur veelal aangenomen dat zij ook in horizontale verhoudingen kunnen worden ingeroepen, en dus ook de belangen van concurrenten beschermen.³¹ Deze opvatting sluit aan bij § 8 lid 3 onder 1 jo. lid 1 en § 9 UWG, waarin respectievelijk wordt bepaald dat elke concurrent in geval van overtreding van de UWG een rechterlijk verbod kan vorderen en dat degene die een oneerlijke handelspraktijk heeft verricht, de schade moet vergoeden die hieruit voor zijn concurrent voortvloeit.

3.4 Concretisering van Generalklauseln

Om in een concreet geval vast te kunnen stellen of er sprake is van *sittenwidrig* handelen in de zin van § 826 BGB, bestaan verschillende methoden. Volgens de rechtspraak is een gedraging *sittenwidrig* wanneer deze in strijd is met het ‘*das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*’,³² hetgeen betekent dat de fatsoensopvattingen van de gemiddelde weldenkende burger als maatstaf worden genomen. In de praktijk blijkt het criterium echter moeilijk toepasbaar. In een pluralistische samenleving zoals Duitsland blijkt het niet mogelijk om voor elk concreet geval empirisch vast te stellen wat de heersende opvattingen erover zijn.³³ Hoewel voor sommige gedragingen, zoals bedrog of bedreiging,

²⁹ V. Schad, ‘*Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung*’ (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 149.

³⁰ Deze bepalingen zijn vastgesteld ter implementatie van art. 6 lid 1 en art. 7 van de Richtlijn OHP (Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005, *PbEU* 2005, L 149/22, zie over deze richtlijn hoofdstuk 2, par. 3.1).

³¹ Zie o.a. H. Köhler en H. Bornkamm, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, resp. § 4, nr. 1.2 en § 5, nr. 1.9; A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitzer, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/13.

³² Zie bijv. BGH 19 juli 2004, *NJW* 2004, 2971, 2973. Zie ook G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 8; H. Sprau, in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2010, § 826, nr. 4.

³³ In bepaalde gevallen kan de rechter zijn beslissing wel mede baseren op sociologisch onderzoek, zie G. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt am Main: Athenäum Verlag 1971, p. 118.

wel kan worden aangenomen dat de gemiddelde burger deze als strijdig met de goede zeden beschouwt, biedt de regel voor complexere gevallen weinig houvast.³⁴

Een objectievere maatstaf dan het algemene fatsoensgevoel kan volgens sommige auteurs worden gevonden in algemene rechtsbeginselen en wetgeving, in het bijzonder de grondwet. De waarden die hierin tot uitdrukking worden gebracht, kunnen als een rechtsethisch minimum worden beschouwd waarover maatschappelijke consensus bestaat.³⁵ Een belangrijk nadeel van deze methode is echter dat er geen rekening wordt gehouden met waarden die niet in het recht zijn terug te vinden. Het is zeer de vraag of deze beperking in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever.³⁶ Niettemin kunnen de Duitse grondwet en ook het Europese recht wel een belangrijke rol spelen bij de uitleg van § 826 BGB, aangezien de Duitse rechter gehouden is aan grondwetsconforme en richtlijnconforme interpretatie van wettelijke bepalingen.

Aanvankelijk werd ook voor de invulling van het begrip *Sittenwidrigkeit* in de zin van § 1 UWG 1909 het fatsoensgevoel als maatstaf genomen, en dan niet het algemene fatsoensgevoel, maar dat van de gemiddelde koopman. Al voor de revisie van de UWG in 2004 werd in de Duitse rechtspraak echter in toenemende mate voor een functionele benadering gekozen, waarbij de doelen van de UWG, het bevorderen van eerlijke concurrentie en het bieden van consumentenbescherming, leidend werden voor het oordeel over de geoorloofdheid van een handelsgedraging.³⁷

3.5 Afweging van belangen en Fallgruppenbildung

In de literatuur is door verschillende auteurs betoogd dat de concretisering van de *Generalklauseln* van § 826 BGB en § 4 lid 10 UWG feitelijk neerkomt op een afweging van de verschillende belangen en omstandigheden die in het geding zijn.³⁸ De meest in het oog springende belangen in gevallen van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie zijn de belangen van de eiser en van de gedaagde. Het belang van de eiser betreft primair de nakoming van zijn

³⁴ E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 35-36.

³⁵ G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 10; R. Michaels, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag – Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlin: Dunker & Humblot 2002, p. 385.

³⁶ Zie ook G. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt am Main: Athenäum Verlag 1971, p. 41-42; H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 3, nr. 100.

³⁷ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 130.

³⁸ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 3, nr. 102; Volker Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 60, 131.

verstoorde contract,³⁹ terwijl het belang van de gedaagde vooral betrekking heeft op de uitoefening van zijn handelingsvrijheid en/of concurrentievrijheid.⁴⁰ Omdat deze belangen elkaar volgens de rechtspraak weinig ontlopen, zijn de overige omstandigheden van het geval doorslaggevend. In de doctrine wordt de belangenafweging als concretiseringsmethode wel bekritiseerd, vooral wanneer geen precieze materiële maatstaven voor de afweging worden geformuleerd.⁴¹

Een methode die in de Duitse rechtspraak veelvuldig wordt gebruikt om in een concreet geval te beslissen of sprake is van een schending van § 826 BGB en § 4 lid 10 UWG, is het vergelijken van een concreet geval met eerdere gevallen waarin de rechter al uitspraak heeft gedaan. Duitsland kent officieel geen precedentenleer – met uitzondering van bepaalde uitspraken van het Constitutionele Hof – maar in de praktijk worden de uitspraken van hogere rechters, en dan vooral de hoogste rechter in civiele en strafzaken, het *Bundesgerichtshof* (verder: BGH), door de lagere rechtspraak als gezaghebbend beschouwd en veelal gevolgd, ook voor de invulling van *Generalklauseln*.⁴² Een groot voordeel van deze methode, die wordt aangeduid met de term *Fallgruppenbildung und Fallgruppenvergleich*,⁴³ is dat de rechtszekerheid wordt bevorderd en de willekeur wordt teruggedrongen. De methode leidt niet tot een concrete definitie van de begrippen ‘*sittenwidrig*’ of ‘*gezielte behinderung*’, maar helpt de rechter bij de totstandkoming en motivering van zijn oordeel. Omdat het zelden zal voorkomen dat twee gevallen exact gelijk zijn, zal hij steeds moeten bepalen of de verschillen van zodanige aard zijn dat zij een andere uitspraak rechtvaardigen.⁴⁴

4 Verhouding tot contractuele relativiteit en handelingsvrijheid

4.1 Contractuele relativiteit

Het contractuele relativiteitsbeginsel – de *Relativität des Schuldverhältnisse* – is wettelijk verankerd in § 241 lid 1 BGB, waarin wordt bepaald dat de schuldeiser bij uitsluiting gerechtigd om van de schuldenaar een prestatie te vorderen. Omgekeerd moet uit deze bepaling ook worden afgeleid dat de schuldeiser

³⁹ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 67.

⁴⁰ Zie onder, par. 4.2 en 4.3.

⁴¹ A. Ohly, ‘Generalklausel und Richterrecht’, *AcP* 2001, p. 16.

⁴² A. Ohly, ‘Generalklausel und Richterrecht’, *AcP* 2001, p. 2-3.

⁴³ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlijn: Springer Verlag 1991, p. 292 e.v. Kritisch over deze methode: R. Weber, ‘Enige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen’, *AcP* 1992, p. 516-567, die van mening is dat de taak van de rechter beperkt is tot het doen van een uitspraak in een individueel geval. Het creëren van abstracte ‘*Fallgruppen*’ is daarentegen een vorm van rechtsschepping, en moet volgens Weber worden overgelaten aan de wetgever. Volgens Beater kan de wetgever echter niet voor elk concreet geval een regel opstellen, en heeft de rechter wel de bevoegdheid tot rechtsvorming, zie A. Beater, ‘Generalklausel und Fallgruppen’, *AcP* 1992, p. 85-86.

⁴⁴ A. Ohly, ‘Generalklausel und Richterrecht’, *AcP* 2001, p. 31.

slechts van zijn schuldenaar een prestatie kan vorderen.⁴⁵ Een contractspartij kan een vordering wegens wanprestatie dus alleen instellen tegen zijn wederpartij, ook indien een derde bij de contractbreuk betrokken is geweest.⁴⁶ In de Duitse literatuur is uitgebreid aandacht besteed aan de vraag of het beginsel van contractuele relativiteit ook in de weg staat aan een buitencontractuele aansprakelijkheid van derden. Hoewel sommigen deze aansprakelijkheid zien als een uitzondering op het beginsel,⁴⁷ is de contractuele relativiteit volgens de meerderheidsopvatting niet direct in het geding.⁴⁸ Betoogd wordt dat de contractuele relativiteit slechts betrekking heeft op de verhouding tussen de contractspartijen en geen obstakel vormt om via het delictenrecht bescherming te bieden aan contractuele rechten tegen inbreuken door derden.⁴⁹

In een uitspraak uit 1981 lijkt het BGH daarentegen het uitgangspunt te aanvaarden dat de contractuele relativiteit in beginsel een belemmering vormt om een derde aansprakelijk te stellen wegens zijn betrokkenheid bij wanprestatie. In bepaalde omstandigheden moet een beroep op de relativiteit van bindende werking van contracten echter worden geweigerd, omdat het als een *‘mißbräuchliches Einspannen der Rechtsordnung für die eigenen Interessen’* kan worden beschouwd.⁵⁰ In de meer recente rechtspraak is deze zienswijze echter niet meer terug te vinden.

4.2 Handelingsvrijheid

Hoewel het contractuele relativiteitsbeginsel niet in de weg staat aan aansprakelijkstelling van de derde, zijn rechters huiverig om snel tot aansprakelijkheid te concluderen. Indien elke betrokkenheid bij voorbaat tot een schadevergoedingsplicht zou leiden, dan zou er een omvattende aansprakelijkheid ontstaan die grote gevolgen heeft voor de handelingsvrijheid

⁴⁵ G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 53.

⁴⁶ Zie o.a. D. Rehbein, *Die Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte: eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Freiburg), Bamberg: Rodenbusch 1968, p. 7; G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 15.

⁴⁷ Zie m.n. H. Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer Verlag 1967, p. 85.

⁴⁸ Zie o.a. D. Rehbein, *Die Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte: eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Freiburg), Bamberg: Rodenbusch 1968, p. 177 e.v.; R. Krasser, *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter*, Keulen: Carl Heymanns Verlag KG 1971, p. 298 e.v.; H.-E. Henke, *Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses: wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner?* Berlijn: Duncker & Humblot 1989, p. 65 e.v.; V. Schad, *‘Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung’* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 17-19; 72.

⁴⁹ Zie o.a. M. Löwisch, *Der Deliktsschutz relativer Rechte*, Berlijn: Walter de Gruyter & Co. 1970, p. 24; V. Schad, *‘Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung’* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 19.

⁵⁰ BGH 2 juni 1981, NJW 1981, 2184, 2185.

van derden. Aan de vrijheid om te handelen wordt in het Duitse recht een groot belang toegekend, wat in het bijzonder blijkt uit de grondwettelijke bescherming op grond van artikel 2 lid 1 *Grundgesetz* (verder: GG).⁵¹ De handelingsvrijheid is niet absoluut, en wordt onder meer door het aansprakelijkheidsrecht ingeperkt. Zij mag echter niet helemaal worden tenietgedaan, en voor beperkingen moet steeds een legitiem doel bestaan.⁵² Uiteindelijk zijn het de wetgever en de rechter die de omvang van de aansprakelijkheid bepalen en daarmee ook de reikwijdte van handelingsvrijheid. Zoals uit paragraaf 2 blijkt, heeft de Duitse rechter geoordeeld dat de aansprakelijkheid van de derde wegens zijn betrokkenheid bij wanprestatie niet op één lijn moet worden geplaatst met de aansprakelijkheid wegens het inbreuk maken op een absoluut recht. De bescherming van de belangen van contractspartijen tegen opzettelijke en *sittenwidrige* gedragingen van derden wordt daarentegen wel aanvaard als een geldige reden om de handelingsvrijheid in te perken.⁵³

4.3 Concurrentievrijheid

In gevallen waarin aansprakelijkheid wordt aangenomen op grond van de UWG, dan spelen de vrijheid van handel en bedrijf (*Vertriebsfreiheit*) of concurrentievrijheid (*Wettbewerbsfreiheit*) een rol. De omvang van de vrijheid van concurrentie is verbonden met de definitie van oneerlijke concurrentie. De concurrentievrijheid strekt zich immers niet uit tot gedragingen die door het recht als oneerlijke handelspraktijken worden aangemerkt. Oneerlijke concurrentie is een rechtsgebied waarop zich in Duitsland continu ontwikkelingen voordoen. Vanaf de Tweede Wereldoorlog werd het oneerlijkemededingsrecht steeds moralistischer, werden nieuwe aansprakelijkheidsgronden in het leven geroepen en werd het bereik van bestaande gronden uitgebreid. Vanaf het midden van de jaren tachtig van de vorige eeuw vond mede onder invloed van het Europese recht een omslag plaats en maakte het relatieve moralisme plaats voor een aanzienlijk liberalere benadering.⁵⁴ Zo moest de UWG worden aangepast, nadat het Hof van Justitie had bepaald dat diverse bepalingen van de UWG in strijd waren met de vrijheid

⁵¹ Art. 2 lid 1 GG luidt: ‘*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.*’

⁵² V. Schad, ‘*Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung*’ (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 18.

⁵³ Zie ook E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 60. Sprau wijst erop dat § 826 BGB bescherming biedt voor gevallen die buiten het beschermingsbereik van §§ 823 en 824 BGB vallen en in die zin als opvangnet fungeert. Zie H. Sprau, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2010, § 826, nr. 1.

⁵⁴ A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitzer, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, A. Entwicklung, Rechtsquellen und Allgemeine Grundlagen des Lauterkeitsrecht, nr. 40.

van goederenverkeer.⁵⁵ Ook Europese richtlijnen, zoals de Eerste Richtlijn merkenrecht⁵⁶ en later de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken,⁵⁷ hadden een beperkend effect op de omvang van de bescherming tegen oneerlijke concurrentie. Tot slot speelde ook het Duitse constitutionele gerechtshof, het *Bundesverfassungsgericht*, een belangrijke rol in de liberalisering van het Duitse oneerlijke mededingingsrecht. Het hof heeft al meerdere keren (de rechterlijke uitleg van) bepalingen van de UWG getoetst aan de grondrechten, waaronder de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid.⁵⁸

De toegenomen liberalisering van het mededingingsrecht had aanvankelijk weinig gevolgen voor de reikwijdte van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie. Het aanzetten tot wanprestatie werd en wordt door het BGH nog steeds als oneerlijk aangemerkt. Aan het einde van de vorige eeuw paste het BGH wel zijn standpunt aan met betrekking tot het gebruikmaken van wanprestatie. Waar voorheen het bewust veronachtzamen van een verticale overeenkomst vanuit een concurrentiemotief voldoende was voor het oordeel dat de gedaagde oneerlijk had gehandeld,⁵⁹ is dit vanaf 1999 niet langer het geval. In dit jaar oordeelde het BGH dat ook in dat geval bijkomende omstandigheden nodig zijn om het gedrag als *unlauter* aan te kunnen merken, zoals het gebruik van op zichzelf ongeoorloofde middelen.⁶⁰

5 Ratio

In de literatuur hebben verschillende Duitse rechtsgeleerden getracht om de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie van een theoretische basis te voorzien. In het verleden is de opvatting verdedigd dat wat de mate van tegenstelbaarheid aan derden betreft geen onderscheid moet worden

⁵⁵ Zie bijv. HvJ EG 18 mei 1993, zaak C-126/91, *Jur.* 1993, p. I-2361 (*Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH*), waarin het Hof een verbod op advertenties waarin prijsvergelijkingen waren opgenomen uit de UWG in strijd oordeelde met het EEG-Verdrag omdat het een ongerechtvaardigde kwantitatieve beperking van de invoer kon opleveren.

⁵⁶ Eerste Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten, *PbEG* 1989, L 40/1, inmiddels vervangen door Richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (*PbEU* 2008, L 299/25).

⁵⁷ 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 en tot wijziging van Richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 (*PbEU* 2005 L 149/22).

⁵⁸ Zie m.n. de *Benetton*-uitspraken BVerfGE 12 december 2000, *GRUR* 2001, 170 en BVerfGE 11 maart 2003, *GRUR* 2003, 442.

⁵⁹ Zie o.a. BGH 4 mei 1973, *GRUR* 1974, 97, 98 (*Spielautomaten II*); BGH 30 januari 1976, *GRUR* 1976, 372, 374 (*Möbelentwürfe*).

⁶⁰ Zie A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitzka, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/70. Zie uitgebreider onder, par. 9.3.

gemaakt tussen vorderingsrechten en zakelijke rechten.⁶¹ In paragraaf 2 bleek dat deze opvatting in de rechtspraak is verworpen.

Een andere theorie, die door Krasser is verdedigd, is dat het beginsel van *pacta sunt servanda* als grondslag voor de aansprakelijkheid moet worden aangemerkt. Volgens deze theorie staat het vertrouwen dat contractuele verbintenissen worden nagekomen centraal, welk belang beschermd dient te worden tegen inbreuken door niet-contractspartijen. De nadruk wordt daarbij gelegd op het individuele belang bij nakoming en niet het maatschappelijke belang.⁶² In de recentere Duitse doctrine wordt het beginsel echter niet of weinig relevant geacht, omdat het slechts tot uitdrukking zou brengen dat contractspartijen zijn gebonden aan de overeenkomst. Dat een derde aansprakelijk kan worden gesteld wegens het aanzetten tot wanprestatie of anderszins verstoren van een contractuele relatie moet volgens de meerderheidsopvatting in de literatuur los worden gezien van dit beginsel.⁶³ Het beschamen van het vertrouwen van de contractspartij dat de door hem gesloten overeenkomst zal worden nagekomen zou geen grond opleveren voor aansprakelijkheid, aangezien een ieder die een contract sluit er rekening mee zou moeten houden dat het niet wordt nagekomen. Contractspartijen kunnen het risico op niet-nakoming wel verkleinen, maar dan via de overeenkomst zelf, bijvoorbeeld door een contractuele boete op te nemen.⁶⁴

De hoogste Duitse rechter heeft in een uitspraak in 1981 daarentegen het beginsel van *pacta sunt servanda* wel genoemd in relatie tot de aansprakelijkheid van derden wegens hun betrokkenheid bij wanprestatie, maar weigert om elke vorm van betrokkenheid bij de schending van dit beginsel te sanctioneren. In het arrest overwoog het BGH dat het schenden van andermans contractuele belang in beginsel niet tot aansprakelijkheid leidt, maar dat dit in uitzonderingsgevallen anders kan zijn wanneer ‘*in dem Eindringen des Dritten in die Beziehungen der Vertragspartner ein besonderes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Betroffenen, ein Mangel an “Loyalität” im Rechtsverkehr, insbesondere gegenüber dem Grundsatz “pacta sunt servanda” hervortritt (...)*’.⁶⁵ Volgens het BGH kan het gedrag van de derde worden gekwalificeerd als misbruik van

⁶¹ Zie o.a. H. Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer 1967, p. 133 e.v.; M. Löwisch, *Der Deliktsschutz relativer Rechte*, Berlijn: Walter de Gruyter & Co. 1970, p. 61; H.C. Ficker, ‘Interference with contractual relations und deliktsrechtlicher Schutz der Forderung’, in: M. Ferid (red.), *Festschrift für Hans G. Ficker*, Berlijn: Alfred Metzner Verlag 1967, p. 179 e.v.

⁶² R. Krasser, *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter*, Keulen: Carl Heymanns Verlag KG 1971, p. 294.

⁶³ Zie o.a. 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. 596; R. Michaels, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag – Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlijn: Dunker & Humblot 2002, p. 386-387.

⁶⁴ 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. 596

⁶⁵ BGH 2 juni 1981, NJW 1981, 2184, 2185.

recht.⁶⁶ Het BGH geeft hiermee echter geen uitsluitsel over de vraag wanneer sprake is van een ‘bijzondere mate van onachtzaamheid’, dus onder welke omstandigheden de betrokkenheid bij wanprestatie rechtsmisbruik oplevert.⁶⁷ Bovendien heeft het BGH deze theorie niet herhaald in het kader van oneerlijke mededinging.

Op basis van het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat er niet één theorie kan worden aangewezen die algemeen aanvaard wordt als de basis voor de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk. De grondslag voor het aannemen van aansprakelijkheid, en dus de beperking van de handelingsvrijheid of concurrentievrijheid, ligt op grond van § 826 BGB en de UWG besloten in het oordeel dat de betrokkenheid bij wanprestatie ‘onder omstandigheden’ respectievelijk *sittenwidrig* of *unlauter* is. De vraag welke omstandigheden een *Sittenwidrigkeits*- of *Unlauterkeits*-oordeel kunnen funderen zal in paragraaf 9 worden besproken. Hierbij zal tevens worden ingegaan op de vraag waarom juist deze omstandigheden de betrokkenheid bij wanprestatie ongeoorloofd doen zijn en op de kritiek vanuit de literatuur.

II REIKWIJDTE VAN DE AANSPRAKELIJKHEID

Het BGH heeft bij herhaling overwogen dat de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk slechts onder omstandigheden tot aansprakelijkheid kan leiden. De vraag onder welke voorwaarden en omstandigheden volgens de rechtspraak sprake is van *sittenwidrig* of *unlauter* handelen, wordt in de paragrafen 6 tot en met 9 beantwoord. In paragraaf 10 wordt ingegaan op het bijzondere toepassingsgebied van de verkooporganisatie. De overige voorwaarden voor aansprakelijkheid – schade, causaal verband en relativiteit – worden geanalyseerd in paragraaf 11.

Aan de vraag of de gedaagde als ‘derde’ kan worden aangemerkt, wordt in de Duitse jurisprudentie niet afzonderlijk getoetst. Ook in de Duitse literatuur blijft dit onderwerp onderbelicht.

6 Overeenkomst

Een derde kan alleen aansprakelijk worden gesteld wegens betrokkenheid bij de niet-nakoming van een *geldig* contract.⁶⁸ Het verstoren van een contract dat nietig is, leidt niet tot aansprakelijkheid.⁶⁹ Bij nietige overeenkomsten kan met name worden gedacht aan verticale overeenkomsten die op grond van het Europese of nationale kartelrecht verboden zijn. Een definitieve overeenkomst is

⁶⁶ Zie o.a. BGH 2 juni 1981, NJW 1981, 2184, 2185; BGH 12 oktober 1993, NJW 1994, 128, 129; BGH 14 juli 2008, NJW 2008, 3438.

⁶⁷ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 40.

⁶⁸ Zie o.a. H. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.107.

⁶⁹ E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 64.

echter niet vereist; ook het frustreren van een *Vorvertrag* – een overeenkomst tot het sluiten van een overeenkomst – kan tot aansprakelijkheid leiden. Het verstoren van contractonderhandelingen leidt in beginsel niet tot aansprakelijkheid.⁷⁰ Onder bijzondere omstandigheden kan dit echter anders zijn, met name wanneer de derde ongeoorloofde middelen heeft gebruikt.⁷¹

Hoewel de rechtspraak over derdenbetrokkenheid bij wanprestatie vooral betrekking heeft op de verstoring van arbeidscontracten, afnemerscontracten en contracten die zijn gesloten in het kader van een verkoop- of distributieorganisatie, is de aansprakelijkheid niet beperkt tot bepaalde typen overeenkomsten.⁷² Hoewel het aanzetten tot staking in bepaalde gevallen ook kan worden beschouwd als *Verleitung zum Vertragsbruch*, wordt aansprakelijkheid op grond van § 826 BGB in deze gevallen echter afgewezen.⁷³

7 Schending van de overeenkomst

Wat betreft de schending van overeenkomsten maakt het Duitse overeenkomstenrecht onderscheid tussen de schending van hoofd- en van nevenverplichtingen. Dit verschil heeft niet alleen gevolgen voor de vraag wat de benadeelde contractspartij kan vorderen van zijn wederpartij, maar ook voor de aansprakelijkheid van de derde die bij de contractbreuk betrokken is. In beginsel zal alleen de betrokkenheid bij de niet-nakoming van een hoofdverplichting tot aansprakelijkheid kunnen leiden en zal de betrokkenheid bij de schending van een nevenverplichting geen aansprakelijkheid opleveren.⁷⁴

Een derde kan ook betrokken zijn bij de rechtmatige beëindiging van een overeenkomst, bijvoorbeeld wanneer hij een contractspartij ertoe heeft aangezet om diens contract op te zeggen met inachtneming van de voor hem geldende opzegtermijn. Dat een overeenkomst op recht- en regelmatige wijze is

⁷⁰ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.107.

⁷¹ Zie BGH 5 oktober 1966, *GRUR* 1967, 104, 106. Zie ook E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 86.

⁷² Een uitzondering wordt gemaakt voor het huwelijkscontract, zie M. Löwisch, *Der Deliktsschutz relativer Rechte*, Berlijn: Walter de Gruyter & Co. 1970, p. 173 e.v.

⁷³ BAG 28 januari 1955, *NJW* 1955, 882, 883.

⁷⁴ E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 63-64, 86. Zie bijv. BGH 20 mei 1960, *GRUR* 1960, 558. Vygen heeft echter betoogd dat er bij de vaststelling van aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij wanprestatie geen onderscheid moet worden gemaakt tussen hoofd- en nevenverplichtingen. In plaats daarvan moet steeds moet worden geoordeeld of de eiser nadeel heeft geleden doordat de derde ervoor heeft gezorgd dat een verplichting uit het contract niet door de wederpartij van de eiser wordt nagekomen, zie H. Vygen, *Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Bonn), Bamberg: Difo Druck Schmachl 1970, p. 83.

beëindigd, sluit echter de aansprakelijkstelling van de derde niet uit.⁷⁵ Wel ligt de drempel hoger dan bij derdenbetrokkenheid bij wanprestatie. Zo zal het doen van een beter aanbod of het bieden van hulp aan iemand om zijn contract rechtmatig te beëindigen niet als strijdig met de goede zeden worden aangemerkt.⁷⁶ Pas wanneer de derde gebruik heeft gemaakt van ongeoorloofde middelen of wanneer zijn motief onoorbaar was, kan de betrokkenheid bij de rechtmatige beëindiging van een contract als *sittenwidrig* of – in concurrentieverhoudingen – *unlauter* worden geoordeeld.⁷⁷

8 Kennis en opzet

8.1 Kennis

Betrokkenheid bij contractbreuk kan volgens de rechtspraak alleen tot aansprakelijkheid leiden wanneer de derde op de hoogte was of behoorde te zijn⁷⁸ van de contractbreuk.⁷⁹ De derde hoeft niet te hebben geweten dat zijn handelen in strijd was met de goede zeden of een oneerlijke concurrentiepraktijk opleverde, wel moet hij de omstandigheden hebben gekend die ervoor hebben gezorgd dat zijn gedrag *sittenwidrig* of *unlauter* was.⁸⁰ De wetenschap van de derde moet aanwezig zijn geweest op het moment van zijn ongeoorloofde gedraging gepleegd is. In de literatuur wordt aangenomen dat dit het moment is dat de derde de ‘tegenstrijdige’ overeenkomst sluit, waardoor zijn wederpartij zijn eerder aangegane contractuele verplichting niet kan nakomen.⁸¹

⁷⁵ Zie o.a. E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 114; V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 91.

⁷⁶ Zie bijv. BGH 24 april 1997, *GRUR* 1997, 920. Zie voor meer verwijzingen naar de rechtspraak V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 104-105.

⁷⁷ H. Vygen, *Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Bonn), Bamberg: Difo Druck Schmach 1970, p. 122.

⁷⁸ Zie bijv. BGH 6 juni 2002, *GRUR* 2002, 795 (*Titellexklusivität*).

⁷⁹ G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 53; 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. 591-592.

⁸⁰ H. Sprau, in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2010, § 826, nr. 8.

⁸¹ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 95, 159.

8.2 Opzet

8.2.1 § 826 BGB: opzettelijk schadetoevoeging

De kennis van het contract is op grond van § 826 BGB niet voldoende; volgens deze bepaling kan alleen een opzettelijke schadetoevoeging tot aansprakelijkheid leiden.⁸² Onder het begrip opzet moet volgens het BGH echter ook worden verstaan voorwaardelijk opzet of *dolus eventualis*. De eiser hoeft niet aan te tonen dat de gedaagde de schade willens en wetens heeft toegebracht, maar wel dat hij zich tijdens zijn handelen bewust was van de kans dat hij schade aan de eiser zou toebrengen en deze kans heeft geaccepteerd.⁸³ Het opzet moet gericht zijn op de aard van de schade en het globale schadeverloop, maar niet op de hoogte en omvang van de schade.⁸⁴

8.2.2 UWG: doelgerichte belemmering

Tot de herziening van de UWG in 2004 werden gevallen van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie geschaard onder § 1 UWG 1909. Hoewel in deze bepaling geen opzetvereiste was opgenomen, had het BGH geoordeeld dat de gedaagde (voorwaardelijk) opzettelijk moest hebben gehandeld.⁸⁵ Sinds de herziening wordt in § 9 UWG, waarin de schadevergoedingsplicht is geregeld, bepaald dat de gedaagde zich minstens door onachtzaamheid schuldig moet hebben gemaakt aan een oneerlijke handelspraktijk in de zin van de UWG. Omdat opzet op grond van deze bepaling niet is vereist, wordt in de literatuur wel aangenomen dat de betrokkenheid bij wanprestatie op grond van de UWG eerder tot aansprakelijkheid leidt dan op basis van het BGB.⁸⁶ § 4 lid 10 UWG vereist daarentegen dat de gedaagde zijn concurrent(en) *doelgericht* heeft gehinderd, hetgeen wel degelijk opzettelijk handelen impliceert. Van doelgericht hinderen is in ieder geval sprake wanneer de gedaagde louter heeft gehandeld met de bedoeling zijn concurrenten van de markt te verstoten of te verzwakken.⁸⁷ Uit de rechtspraak blijkt echter dat het begrip ‘*gezielte Behinderung*’ ruimer wordt geïnterpreteerd en dat ook handelsgedragingen waarmee wordt beoogd om een concurrentievoorsprong te verkrijgen op grond

⁸² G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III*, §§ 705-853, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 26.

⁸³ C. von Bar, ‘Liability for information and Opinions Causing Pure Economic Loss to Third Parties: A Comparison of English and German Case Law’, in: B.S. Markesinis (red.), *The Gradual Convergence*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 105.

⁸⁴ V. Schad, ‘*Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung*’ (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 95; H. Sprau, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2010, § 826, nr. 11. Zie ook BGH 11 oktober 2003, NJW 2004, 446.

⁸⁵ BGH 6 juni 2002, GRUR 2002, 795, 798 (*Titelexklusivität*).

⁸⁶ A. Beater, *Unlauterer Wettbewerb*, München: Beck 2002, § 28, nr. 24.

⁸⁷ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.9.

van deze bepaling onder omstandigheden als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.⁸⁸

9 Bijkomende omstandigheden

9.1 Inleiding

Volgens het BGH zijn de omstandigheden van het concrete geval bepalend voor het oordeel of de betrokkenheid van een derde bij wanprestatie als *sittenwidrig* of *unlauter* kan worden aangemerkt. De rechtspraak biedt wel aanknopingspunten ten aanzien van de vraag welke omstandigheden een doorslaggevende rol kunnen spelen. Zo overwoog het BGH op basis van § 826 BGB:

‘Eine sittenwidrige Mitwirkung des Dritten am Vertragsbruch kann in den Zielen seines Vorgehens, insbesondere bei kollusivem Zusammenwirken mit dem Vertragsschuldner gerade zur Vereitelung der Ansprüche des betroffenen Vertragsgläubigers liegen, oder in der Anwendung verwerflicher Mittel zur Umstimmung des Vertragsschuldners, oder geprägt sein durch ein Mißverhältnis von Zweck und Mittel, das in der besonderen Situation, in der das Vorgehen des Dritten den Vertragsgläubiger trifft, mit Grundbedürfnissen loyaler Rechtsgesinnung unvereinbar ist.’⁸⁹

Voor het oordeel of de betrokkenheid van de derde bij wanprestatie als *sittenwidrig* moet worden gekwalificeerd, dient volgens het BGH dus vooral te worden gekeken naar het doel, de gebruikte middelen en de verhouding tussen deze twee factoren. Ook in uitspraken waarbij niet de *Sittenwidrigkeit*, maar de *Unlauterkeit* van de handeling ter beoordeling van de rechter stond, zijn het doel en de middelen vaak doorslaggevend geacht. Omdat de criteria ‘doel, middel en de verhouding tussen beide’ weinig concreet zijn, zullen zij in de volgende paragrafen worden geconcretiseerd door verschillende in de rechtspraak onderscheiden categorieën – *Fallgruppen* – van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk onder de loep te nemen.

9.2 Aanzetten tot contractbreuk

9.2.1 Definitie volgens rechtspraak

Het aanzetten tot contractbreuk – *verleiten zum Vertragsbruch* – is volgens de heersende opvatting in zowel de literatuur als rechtspraak in strijd met de goede zeden in de zin van § 826 BGB.⁹⁰ In concurrentieverhoudingen wordt dit gedrag

⁸⁸ H. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.11.

⁸⁹ BGH 2 juni 1981, NJW 1981, 2184, 2185.

⁹⁰ Zie ook G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III*, §§ 705-853, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 54.

aangemerkt als het ‘doelgericht belemmeren van een concurrent’ in de zin van § 4 lid 10 UWG.⁹¹ Het BGH definieert het begrip *Verleitung zum Vertragsbruch* als ‘gezielt und bewusst auf den Vertragsbruch eines anderen hingewirken’.⁹² Vereist is dat de derde wist van het eerder gesloten contract,⁹³ en dat de beslissing van de contractueel gebodene om wanprestatie te plegen door het handelen van de derde is beïnvloed.⁹⁴

Het enkele feit dat de derde een overeenkomst is aangegaan, terwijl hij weet dat zijn wederpartij hierdoor een eerder gesloten overeenkomst niet zal kunnen nakomen, volstaat niet.⁹⁵ De derde moet minimaal het initiatief hebben genomen,⁹⁶ maar ook dat alleen is niet voldoende. Zo wordt het doen van een algemeen aanbod niet beschouwd als *verleiten*, ook niet wanneer de aanbieder weet of behoort te weten dat personen die tot de doelgroep behoren het aanbod slechts kunnen aanvaarden door wanprestatie te plegen. Dit blijkt uit de uitspraak *bundesligakarten.de*.⁹⁷

Deze zaak betrof een door de Duitse voetbalclub HSV opgezet systeem dat ervoor moest zorgen dat de toegangskarten voor voetbalwedstrijden direct, en dus niet via een tussenhandelaar, aan de supporters werden verkocht. Tussenhandelaren hadden advertenties gezet in sporttijdschriften en op websites waarin werd gevraagd om voetbalkarten. Het doel van deze handelaren was om de karten die door particulieren aan hen werden aangeboden tegen veel hogere bedragen door te verkopen via de website *www.bundesligakarten.de*. Volgens het BGH was er echter geen sprake van een oneerlijke handelsgedraging in de zin § 4 lid 10 UWG, nu de advertenties algemeen waren geformuleerd. Om deze reden kon niet worden gesproken van een doelgerichte beïnvloeding van concrete kaarthouders.⁹⁸

Het feit dat de derde een aanbod heeft gedaan, zelfs als het een specifiek aanbod betreft, betekent nog niet per definitie dat sprake is van *Verleitung zum Vertragsbruch*.⁹⁹ Uit de rechtspraak blijkt dat de inhoud van het aanbod veelal

⁹¹ Zie o.a. BGH 11 januari 2007, *GRUR* 2007, 800, 802 (*Außendienstmitarbeiter*). Zie ook H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.36; 10.107; A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/28; 10/56.

⁹² Zie o.a. BGH 24 april 1997, *GRUR* 1997, 920; BGH 24 mei 2007, I ZR 150/06.

⁹³ Zie boven, par. 8.1.

⁹⁴ O. Sosnitza, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?’, *WRP* 2009-4, p. 374.

⁹⁵ BGH 11 januari 2007, *GRUR* 2007, 800, 802 (*Außendienstmitarbeiter*).

⁹⁶ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.36.

⁹⁷ BGH 11 september 2008, *GRUR* 2009, 173 (*bundesligakarten.de*).

⁹⁸ BGH 11 september 2008, *GRUR* 2009, 173, 176 (*bundesligakarten.de*). Zie over deze uitspraak ook O. Sosnitza, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?’, *WRP* 2009-4, p. 378.

⁹⁹ BGH 24 april 1997, *GRUR* 1997, 920, 921. Zie ook H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.36; A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/56.

van doorslaggevend belang zal zijn. Duidelijk is dat het bieden van een excessief hoge prijs¹⁰⁰ en het doen van een aanbod om de wanprestant te vrijwaren voor toekomstige vorderingen van zijn wederpartij¹⁰¹ in elk geval zullen worden aangemerkt als *Verleitung zum Vertragsbruch*. Vooral het laatste wordt in de rechtspraak laakbaar geacht, aangezien de afschrikwekkende werking van contractenrechtelijke sancties in het geding is.¹⁰²

9.2.2 Kritiek uit de literatuur

Uit de jurisprudentie blijkt dat de onrechtmatigheid ligt besloten in de aard van de gedraging: de *Verleitung zum Vertragsbruch* wordt op zichzelf aangemerkt als laakbaar handelen omdat men zich niet actief behoort te mengen in andermans contractuele relaties.¹⁰³ De aanname dat het aanzetten tot wanprestatie op zichzelf *sittenwidrig* of *unlauter* gedrag oplevert, is in de doctrine echter veelvuldig bekritiseerd. Verschillende auteurs, onder wie Köhler en Ohly, hebben betoogd dat het aanzetten van een ander tot het plegen van wanprestatie met het oog op de handelings- en vooral de concurrentievrijheid niet zonder meer als ongeoorloofd zou moeten worden beschouwd.¹⁰⁴ Zij zijn van mening dat het wegllokken van contractueel gebonden klanten of werknemers de concurrentie juist bevordert, mits geen gebruik is gemaakt van ongeoorloofde middelen. De keuzemogelijkheden van de marktactoren nemen immers toe wanneer hun een nieuw aanbod wordt gedaan: zij kunnen beslissen om hun huidige contract na te komen of om contractbreuk te plegen en in te gaan op het nieuwe aanbod. Aangenomen wordt dat slechts voor de optie van wanprestatie zal worden gekozen wanneer de voordelen van het accepteren van het nieuwe bod opwegen tegen de nadelen van het plegen van contractbreuk

¹⁰⁰ BGH 23 april 1999, *NJW-RR* 1999, 1186.

¹⁰¹ Zie o.a. BGH 2 juni 1981, *NJW* 1981, 2184, 2186; BGH 16 juli 1998, *GRUR* 1999, 367.

¹⁰² Zie bijv. BGH 2 juni 1981, *NJW* 1981, 2184, 2185 e.v. Zie ook G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III*, §§ 705-853, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 54; 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. 628.

¹⁰³ 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. 628.

¹⁰⁴ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.36a; 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. 627-629; I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 523; O. Sosnitzer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?', *WRP* 2009-4, p. 376. T.a.v. BGB: 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. 600 e.v. De kritiek heeft ook al enige weerklank gevonden in de rechtspraak, zie OLG Oldenburg, 01. Zivilsenat 15 februari 2007, *WRP* 2007, 460.

(betaling van schadevergoeding, eventuele contractuele boete).¹⁰⁵ Köhler heeft betoogd dat deze keuze moet worden beschouwd als een uitvloeisel van het autonomiebeginsel, dat aan het overeenkomstenrecht ten grondslag ligt en garandeert dat rechtssubjecten de mogelijkheden krijgen zich te ontplooien.¹⁰⁶ Het feit dat de beslissing om contractbreuk te plegen is beïnvloed door een derde, is volgens Köhler op zichzelf onvoldoende om deze beïnvloeding als onrechtmatig of oneerlijk aan te merken. Hij trekt de grens bij de uitoefening van een zodanige invloed die een rationele afweging tussen de voor- en nadelen van contractbreuk in de weg staat. Hierbij kan worden gedacht aan de inzet van ongeoorloofde middelen, zoals misleiding of bedreiging.¹⁰⁷ Het bieden van een hogere prijs, of het vrijstellen van eventuele aanspraken op schadevergoeding of contractuele boetes, rechtvaardigt volgens Köhler geen *Sittenwidrigkeits-* of *Unlauterkeits-*oordeel.¹⁰⁸ Ohly is daarentegen van mening dat de sancties uit het contractenrecht tekortschieten wanneer de derde aan de wanprestant vrijwaring belooft tegen aanspraken van diens wederpartij en dat in deze gevallen wel een rol voor het delicten- en oneerlijkemededingsrecht is weggelegd om het vertrouwen in contractuele relaties te bevorderen.¹⁰⁹

9.3 Gebruik van onoorbare middelen

9.3.1 Definitie

Wanneer de betrokkenheid bij wanprestatie gepaard gaat met het gebruik van middelen die op zichzelf als ongeoorloofd worden beschouwd, zoals misleiding, laster, bedreiging of misbruik maken van een machtspositie, dan is de unanieme opvatting in de rechtspraak en literatuur dat dit gedrag steeds als *sittenwidrig* en/of *unlauter* moet worden gekwalificeerd. Als theoretische grondslag wordt in de literatuur doorgaans gewezen op het feit dat – anders dan bij situaties waarin de wanprestatie wordt bewerkstelligd door een financiële prikkel te geven – de

¹⁰⁵ I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 521.

¹⁰⁶ 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. 601.

¹⁰⁷ 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. 602. Zie ook T. Hoeren, 'Das neue UWG und dessen Auswirkungen auf den B2B-Bereich', *WRP* 2009-7, p. 793; O. Sosnitzer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?', *WRP* 2009-4, p. 376-377; I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 524.

¹⁰⁸ 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. 602. Zie ook O. Sosnitzer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?', *WRP* 2009-4, p. 376-377.

¹⁰⁹ 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. 628.

beslissingsvrijheid van de contractueel gebondene wordt aangetast: zijn keuze om contractbreuk te plegen wordt ingegeven door angst of door gebrekkige informatie die door de gedaagde is verstrekt.¹¹⁰

De aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij wanprestatie met behulp van ongeoorloofde middelen wordt doorgaans gebaseerd op § 826 BGB, hoewel onder bepaalde voorwaarden ook een beroep kan worden gedaan op § 824 BGB.¹¹¹ In § 4 en § 5 UWG is een aantal voorbeelden opgenomen van oneerlijke middelen. Zo wordt het uitoefenen van ongeoorloofde druk op een consument of andere marktdeelnemer op grond van § 4 lid 1 UWG als *unlauter* aangemerkt. § 5 lid 1 UWG bepaalt dat degene die misleidende handelspraktijken verricht, zich schuldig maakt aan een oneerlijke handelspraktijk.¹¹² Bij deze bepalingen geldt dat een benadeelde concurrent slechts hoeft te bewijzen dat de derde zich schuldig heeft gemaakt aan misleidende of andere ongeoorloofde gedraging. Het feit dat het ongeoorloofde gedrag van de gedaagde bewust heeft bijgedragen aan de schending van de overeenkomst van de eiser, is geen voorwaarde om oneerlijke concurrentie aan te nemen, maar kan wel van belang zijn wanneer schadevergoeding wordt gevorderd, met name voor de vaststelling van de schade.

Een concreet voorbeeld van een misleidende handelspraktijk die leidt tot contractbreuk is het zogenaamde *Schleichbezug*.¹¹³ Hiervan is sprake wanneer een derde via sluipwegen aan goederen komt die onder een verkoop- of distributiesysteem vallen, bijvoorbeeld door zich voor te doen als een lid van de organisatie om zo overeenkomsten te kunnen sluiten met de leden. Het *Schleichbezug* wordt echter door het BGH niet beschouwd als een misleidende handeling ex § 5, maar gezien als een doelgerichte belemmering van de concurrentie in de zin van § 4 lid 10 UWG.¹¹⁴

9.3.2 Betekenis van Richtlijn oneerlijke handelspraktijken

In de literatuur is door verschillende auteurs¹¹⁵ betoogd dat de geoorloofdheid van de door de derde gebruikte middelen in concurrentieverhoudingen primair moet worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen van de Richtlijn oneer-

¹¹⁰ Zie bijv. I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 520.

¹¹¹ Zie boven, par. 3.2.

¹¹² Zie o.a. 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. 602; I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 524.

¹¹³ V. Schad, 'Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung' (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 153.

¹¹⁴ BGH 11 september 2008, *GRUR* 2009, 173, 175 (*bundesligakarten.de*).

¹¹⁵ Zie m.n. I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 523-524; H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.36a (betreffende het weglokken van klanten).

lijke handelspraktijken.¹¹⁶ Hoewel zij volgens artikel 1 consumentenbescherming tot doel heeft, meent Scherer dat de richtlijn algemeen aanvaarde opvattingen over eerlijke concurrentie weerspiegelt en daarom ook buiten de B2C-context en zelfs tussen concurrenten onderling moet worden toegepast. De betrokkenheid bij wanprestatie kan volgens haar pas als *unlauter* worden aangemerkt wanneer de derde zich schuldig heeft gemaakt aan een oneerlijke handelspraktijk in de zin van de richtlijn. Volgens Scherer valt moeilijk te rechtvaardigen dat de gedraging van de derde op grond van de richtlijn is toegestaan ten opzichte van degene die door toedoen van de derde zijn overeenkomst niet is nagekomen (de consument), maar ongeoorloofd is jegens de benadeelde wederpartij (de concurrent van de derde).¹¹⁷

Ohly is echter van mening dat de bescherming van concurrenten tegen inbreuken door derden op door hen gesloten overeenkomsten buiten het bereik van de richtlijn valt en dus ook niet is onderworpen aan de maximumharmonisatie van de richtlijn.¹¹⁸ Omdat met de aansprakelijkstelling van de derde wegens ongeoorloofde betrokkenheid bij contractbreuk niet wordt beoogd om de consument te beschermen, valt zij buiten de werkingssfeer van de richtlijn.¹¹⁹ De richtlijn geeft de lidstaten immers nadrukkelijk de mogelijkheid om in hun nationale wetgeving verdergaande bescherming te bieden in horizontale verhoudingen.¹²⁰ Ohly en ook Köhler wijzen erop dat het uiteindelijk aan het Hof van Justitie van de Europese Unie is om duidelijkheid te geven over de vraag in hoeverre de richtlijn van toepassing is op gevallen van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie.¹²¹

9.4 Onoorbaar motief

Het verstoren van een contractuele relatie met het motief om een contractspartij schade toe te brengen wordt in de rechtspraak steeds als *sittenwidrig* of *unlauter* beschouwd.¹²² Zo acht het BGH het samenspannen tussen de derde en de schuldenaar – hetgeen wordt aangeduid met de term *Kollusion* – met het doel de

¹¹⁶ 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). Zie over deze richtlijn hoofdstuk 2, par. 3.1.

¹¹⁷ I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 522.

¹¹⁸ A. Ohly, 'Die Verleitung zum Vertragsbruch im englischen und deutschen Recht: Zukunft- oder Auslaufmodell?', in: B. Bernreuther e.a. (red.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag*, München: Sellier 2010, p. 626; A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitzka, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/5.

¹¹⁹ HvJ EU 7 maart 2013, zaak C-343/12 (*Euronics/Kamera Express*), punt 17 (nog niet gepubliceerd).

¹²⁰ Zie overweging 6 van de considerans van de richtlijn.

¹²¹ A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitzka, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/5; H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.36a.

¹²² Zie o.a. BGH 20 januari 2005, *GRUR* 2005, 581, 582; BGH 11 januari 2007, *GRUR* 2007, 800, 802 (*Außendienstmitarbeiter*).

vordering van de betrokken schuldenaar te frustreren, in strijd met § 826 BGB.¹²³ Overigens zal in deze gevallen ook een beroep mogelijk zijn op het *Schikaneverbot* uit § 226 BGB, op grond waarvan het niet geoorloofd is om een recht – zoals het recht om een contract te sluiten – uit te oefenen wanneer hiermee alleen wordt beoogd schade toe te brengen aan een ander.¹²⁴

Dat het motief van de derde om schade toe te brengen een reden vormt om de betrokkenheid bij wanprestatie als *sittenwidrig* of *unlauter* aan te merken, wordt ook door de meerderheid van de Duitse rechtsgeleerden aanvaard.¹²⁵ Volgens Vygen is een verwerpelijk motief kennelijk in strijd met ‘*den allgemeinen ethischen Vorstellungen vom sozialen Zusammenleben der Bürger*’.¹²⁶ Schad meent dat in deze gevallen de grenzen van de concurrentievrijheid worden overschreden, aangezien het nadeel dat wordt toegebracht niet meer kan worden beschouwd als noodzakelijk gevolg van het streven naar een verbetering van de eigen concurrentiepositie.¹²⁷ Scherer betoogt daarentegen dat subjectieve elementen geen verschil mogen maken en dat het motief van de derde om schade toe te brengen aan zijn concurrent een op zichzelf toegestane handeling niet oneerlijk kan maken.¹²⁸

9.5 Verhouding middel en motief

In de rechtspraak wordt ook de verhouding tussen de middelen en het motief – de *Mittel-Zweck-Relation* – als omstandigheid aangemerkt die van invloed kan zijn op het oordeel over de geoorloofdheid van het gedrag van de derde.¹²⁹ Wanneer de handeling louter tot doel heeft schade toe te brengen aan een ander, dan zal deze in de regel als *sittenwidrig* of *unlauter* worden aangemerkt,

¹²³ BGH 2 juni 1981, NJW 1981, 2184, 2185. Zie ook G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 54.

¹²⁴ R. Michaels, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag – Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlin: Dunker & Humblot 2002, p. 382.

¹²⁵ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.36a; 10.105; 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. 628; O. Sosnitza, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?’, *WRP* 2009-4, p. 377; E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 68.

¹²⁶ H. Vygen, *Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Bonn), Bamberg: Difo Druck Schmach 1970, p. 100.

¹²⁷ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 146-147.

¹²⁸ I. Scherer, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP’, *WRP* 2009-5, p. 524.

¹²⁹ P. Schlechtriem, *Schuldrecht Besonderer Teil*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003, nr. 894; A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/2.

ongeacht de wijze waarop hij betrokken is geweest bij de wanprestatie. Is de handeling daarentegen primair gericht op het bevorderen van het eigenbelang, dan is zij in beginsel toegestaan, tenzij onoorbare methoden zijn ingezet om het doel te bereiken.¹³⁰

9.6 *Bijzondere aard van verplichting of overeenkomst*

Behalve het motief en de middelen kan ook de aard van de geschonden verplichting een omstandigheid opleveren die de betrokkenheid bij de niet-nakoming van deze verplichting ongeoorloofd doet zijn.¹³¹ Hierbij kan met name worden gedacht aan de bewuste betrokkenheid bij de schending van *Treuepflichten* (loyaliteitsverplichtingen).¹³² Dit zijn ongeschreven, algemene gedragsnormen, die met name in het ondernemingsrecht en het arbeidsrecht een belangrijke rol spelen, zoals geheimhoudingsverplichtingen en concurrentieverboden. In de literatuur is echter ook kritiek geuit op de opvatting dat het bijzondere karakter van een *Treuepflicht* de aansprakelijkheid en de daarmee gepaard gaande beperking op de handelingsvrijheid van de gedaagde kan rechtvaardigen. Volgens Schad is er onvoldoende reden om in gevallen waarin een *Treuepflicht* is geschonden eerder aansprakelijkheid aan te nemen dan wanneer sprake is van een schending van een contractuele verplichting.¹³³

9.7 *Bijzondere belangen*

Volgens de rechtspraak kan de aanwezigheid van een speciaal belang bij de nakoming van een overeenkomst onder omstandigheden een grond opleveren om het handelen van de derde als ongeoorloofd aan te merken. Zo heeft het BGH in een uitspraak uit 2002 overwogen dat het gebruikmaken van de schending van een exclusiviteitscontract een oneerlijke handelspraktijk kan opleveren, wanneer deze contracten in een bepaalde bedrijfstak noodzakelijk worden geacht om een efficiënte benutting te garanderen van de rechten of bevoegdheden die bij de overeenkomst zijn toegekend.¹³⁴

Of de aanwezigheid van bepaalde algemene belangen, zoals de maatschappelijke veiligheid, een reden kan opleveren om de betrokkenheid bij wanprestatie als *sittenwidrig* of *unlauter* aan te merken, is onduidelijk. In de uitspraak *bundesligakarten.de*¹³⁵ had de eiser aangevoerd dat zijn verkoopsysteem voor voetbalkaarten, waarop de gedaagde inbreuk had gemaakt,

¹³⁰ A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitzka, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/10.

¹³¹ H. Vygen, *Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Bonn), Bamberg: Difo Druck Schmach 1970.

¹³² Zie bijv. BGH 9 juli 1992, *NJW-RR* 1993, 367.

¹³³ V. Schad, 'Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung' (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 76. Zie ook C. Schramm, 'Der Vertragsbruch – Ausnutzung und Verleiten', *GRUR* 1961, 328, 331.

¹³⁴ BGH 6 juni 2002, *GRUR* 2002, 795, 798 (*Titelexklusivität*).

¹³⁵ BGH 11 september 2008, *GRUR* 2009, 173 (*bundesligakarten.de*).

tot doel had de zwarthandel tegen te gaan, de veiligheid in het voetbalstadion te garanderen, alsmede het voeren van een sociale prijspolitiek. Het BGH oordeelde echter dat feitelijk niet van zwarthandel kon worden gesproken omdat er geen wettelijke regeling was die voorschreef dat de kaarten tegen een bepaalde prijs moesten worden verkocht. Ten aanzien van de veiligheid en de sociale prijsstelling overwoog het BGH dat dit weliswaar doelen zijn die kunnen worden nagestreefd door middel van contractuele regelingen, maar dat het niet aan een derde is om ervoor te zorgen dat deze contractuele afspraken worden nagekomen.¹³⁶

Het feit dat de gedaagde een bepaald belang heeft nagestreefd kan de ongeoorloofdheid van zijn gedraging ook opheffen. Het aanzetten tot wanprestatie door middel van een oproep om de producten van een producent te boycotten wordt bijvoorbeeld niet als oneerlijke handelsgedraging gekwalificeerd wanneer hiermee een maatschappelijk belang wordt nagestreefd, mits de oproep proportioneel is ten opzichte van het gedrag waartegen wordt geageerd en er geen sprake is van het uitoefenen van druk.¹³⁷

9.8 *Beperking van de concurrentie*

De UWG heeft niet tot doel om contractuele relaties te beschermen, of meer algemeen geformuleerd, om de stabiliteit en betrouwbaarheid van overeenkomsten te bevorderen.¹³⁸ In de literatuur wordt wel betoogd dat eerder het omgekeerde het geval is; de concurrentie kan immers worden gestimuleerd wanneer bestaande marktposities, die tot stand zijn gekomen door middel van een contract, niet onaantastbaar zijn.¹³⁹ Het verstoren van contractuele relaties kan echter onder bepaalde omstandigheden ook leiden tot een objectieve vermindering van de concurrentie. Wanneer een derde bijvoorbeeld voortdurend de werknemers van zijn concurrent tijdens werktijd op hun werkplek opbelt met het doel hen over te halen om voor hem te komen werken, dan worden de werknemers in hun werkzaamheden gestoord en wordt de concurrent in zijn bedrijfsvoering aangetast, wat ten koste kan gaan van zijn productiviteit en kan leiden tot een verslechtering van zijn concurrentiepositie.¹⁴⁰ Dit type gedragingen, waaronder ook valt het weglukken van de werknemers van de concurrent en deze vervolgens niet te werk stellen, kunnen worden beschouwd als handelingen die disfunctioneel zijn voor de mededinging. In de doctrine is betoogd dat gedragingen die niet leiden niet tot een verbetering van de eigen

¹³⁶ BGH 11 september 2008, *GRUR* 2009, 173, 176 (*bundesligakarten.de*).

¹³⁷ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.123.

¹³⁸ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.108a; I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 520. Anders: A. Ohly, in: *Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/28a.

¹³⁹ Zie I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 520.

¹⁴⁰ BGH 29 juni 2006, *GRUR* 2006, 426, 427.

concurrentiepositie, maar tot een verzwakking van de concurrentiepositie van de rivaal en daarmee tot een objectieve vermindering van de mededinging, als *unlauter* moeten worden aangemerkt.¹⁴¹

10 Bijzonder toepassingsgebied: verkooporganisaties

In de jaren dertig van de twintigste eeuw was in de Duitse rechtspraak uitgemaakt dat het gebruikmaken van de schending van een verticale prijsregeling oneerlijke concurrentie in de zin van § 1 UWG 1909 opleverde wanneer de derde hiermee een concurrentievoordeel behaalde of probeerde te behalen, in het bijzonder door de producten, die in strijd met de regeling waren verkregen, door te verkopen tegen lagere prijzen dan de prijzen die waren vastgesteld door de fabrikant of merkhouder.¹⁴² Wel werd de voorwaarde gesteld dat de verkooporganisatie zowel juridisch als praktisch gesloten was. Dat deze aansprakelijkheid juist in de jaren dertig van de vorige eeuw werd aanvaard, kan worden verklaard door de economische omstandigheden van deze tijd. Gedurende de economische depressie werd kartelvorming door de overheid bevorderd om het prijspeil stabiel te houden en werd solidariteit verwacht tussen concurrenten.¹⁴³

Hoewel zowel de economische situatie als de opvattingen ten aanzien van kartels na de Tweede Wereldoorlog veranderde, en wetgeving werd ingevoerd om concurrentiebeperkingen tegen te gaan,¹⁴⁴ bleven de in de rechtspraak geformuleerde aansprakelijkheidsregels betreffende het profiteren van de schending van een verticale prijsregeling ongewijzigd.¹⁴⁵ In de literatuur werd echter kritiek geuit en vroeg men zich af wat de handelswijze ongeoorloofd maakte. Immers, in de jurisprudentie was uitgemaakt dat het gebruikmaken van wanprestatie op zichzelf niet *unlauter* was, en hetzelfde gold voor het verwerven van een concurrentievoorsprong door lagere prijzen dan de concurrenten te hanteren.¹⁴⁶

In paragraaf 4.3 is al gewezen op het feit dat vanaf de jaren tachtig het Duitse oneerlijke mededingingsrecht steeds liberaler is geworden. De rol van verticale prijsbinding was door steeds striktere wetgeving uitgespeeld en verkooporganisaties hadden plaatsgemaakt voor nieuwe typen organisaties die eveneens berusten op verticale overeenkomsten: distributiestelsels. Aanvankelijk werd aangenomen dat de regels die betrekking hadden op het gebruikmaken van een lek in een verticale prijsregeling, ook voor dit type

¹⁴¹ I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 523-524.

¹⁴² RG 6 oktober 1931, *RGZ* 133, 335.

¹⁴³ R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 449.

¹⁴⁴ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 27 juli 1957, *BGBI.* I, p. 1081.

¹⁴⁵ Zie bijv. BGH 20 mei 1960, *GRUR* 1960, 558, 559.

¹⁴⁶ BGH 11 september 2008, *GRUR* 2009, 173 (*bundesligakarten.de*).

organisaties golden.¹⁴⁷ Deze zienswijze werd echter door het BGH in twee arresten uit 1999 als onjuist gekwalificeerd.¹⁴⁸ Volgens het BGH is het streven naar een betere concurrentiepositie is op grond van de huidige rechtspraak niet voldoende om een *Unlauterkeits*-oordeel te rechtvaardigen. De aansprakelijkheid wegens het inbreuk maken op een selectief distributiestelsel is sindsdien beperkt tot gevallen waarin tot wanprestatie is aangezet, of waarin gebruik is gemaakt van ongeoorloofde methoden, zoals misleiding (*Schleichbezug*) of het verwijderen van controlenummers, welke de producent in staat stellen de herkomst van de producten te achterhalen.¹⁴⁹ Overigens is de geslotenheid van het distributiestelsel, anders dan bij verticale prijsbindingsregelingen, geen voorwaarde.¹⁵⁰

11 Overige voorwaarden voor aansprakelijkheid

11.1 Schade

Wanneer de eiser op basis van § 826 BGB of § 9 UWG een vordering tot schadevergoeding instelt, zal hij moeten aantonen dat hij schade heeft geleden. Wordt een rechterlijk verbod gevorderd, dan hoeft geen schade te worden aangetoond. De vraag naar het bestaan en de omvang van de schade wordt in het Duitse recht beantwoord aan de hand van de *Differenzhypothese*, waarbij de hypothetische situatie waarin het schadebrengende feit zich niet heeft voorgedaan wordt vergeleken met de huidige situatie.¹⁵¹

De schadevraag is in het kader van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie in de Duitse literatuur regelmatig een punt van discussie. Koziol (in 1967) en Köhler (in 2007) menen dat er doorgaans geen schade zal kunnen worden aangetoond. In plaats van de primaire verbintenis uit het contract (nakoming), rust op de wederpartij van de eiser een verbintenis tot vervangende schadevergoeding.¹⁵² Koziol meent dat deze verbintenissen qua omvang identiek zijn, waardoor voor de eiser geen

¹⁴⁷ Zie, met verwijzingen naar jurisprudentie, C. von Jagow, *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2009, § 4, nr. 11/157.

¹⁴⁸ BGH 15 juli 1999, *GRUR* 1999, 1113 (*Außenseiteranspruch*); BGH 1 december 1999, *GRUR* 2000, 724 (*Außenseiteranspruch II*).

¹⁴⁹ Vgl. ook BGH 1 december 1999, *GRUR* 2000, 724, 727 (*Außenseiteranspruch II*).

¹⁵⁰ BGH 1 december 1999, *GRUR* 2000, 724, 725 (*Außenseiteranspruch II*), in lijn met HvJ EG 13 januari 1994, zaak C-376/92, *Jur.* 1994, p. I-15 (*Metro/Cartier*). Zie ook A. Ohly, in: Piper/Ohly/Sosniza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2010, § 4, nr. 10/69 en 70.

¹⁵¹ Zie o.a. C. Grüneberg, in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2010, § 249, nr. 10; H. Oetker, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, München: Beck 2012, § 249, nr. 18 e.v.

¹⁵² 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. 598; H. Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer Verlag 1967, p. 79-80.

vermogensschade ontstaat.¹⁵³ Schade doet zich pas voor wanneer de wederpartij niet in staat is zijn schadevergoedingsverplichting te voldoen.¹⁵⁴ Hiertegen kan echter worden ingebracht dat het feit dat de eiser een aanspraak heeft op schadevergoeding jegens de wanprestant, nog niet betekent dat hij geen schade heeft geleden.¹⁵⁵

Köhler wijst nog op een tweede probleem met betrekking tot het schadevereiste. Volgens hem kan geen schade worden vastgesteld zolang het voor de wanpresterende partij niet onmogelijk is om zijn contractuele verplichting alsnog na te komen.¹⁵⁶ Toegespitst op het geval van dubbele verkoop is van een onmogelijkheid tot nakoming geen sprake wanneer het tweede contract – dus tussen de wanprestant en de bij de contractbreuk betrokken derde – nietig of vernietigbaar is. De tweede overeenkomst kan naar Duits recht bijvoorbeeld worden aangetast wanneer zij tot stand is gekomen door middel van bedrog of bedreiging, of wanneer de tweede koper het motief heeft gehad om schade toe te brengen aan de eerste koper. Wanneer het tweede contract onaantastbaar is en de schuldenaar geen mogelijkheid meer heeft om na te komen jegens zijn de eerste koper, lijdt de laatste wel schade.¹⁵⁷

11.2 Causaal verband

Zowel § 826 BGB als § 9 UWG vereisen een causaal verband tussen de *sittenwidrige* of *unlautere* gedraging en de schade. Het Duitse recht maakt wat betreft het causaal verband onderscheid tussen de *Haftungsbegründende Kausalität*, die de vestiging van de aansprakelijkheid betreft, en de *Haftungsausfüllende Kausalität*, die betrekking heeft op de omvang van de te vergoeden schade. Bij de *Haftungsbegründende Kausalität* wordt doorgaans aangenomen dat er sprake moet zijn van een natuurwetenschappelijk causaliteit, waarbij dient te worden vastgesteld of de gedraging een voorwaarde is zonder

¹⁵³ H. Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer Verlag 1967, p. 80.

¹⁵⁴ 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. 598-599; H. Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer Verlag 1967, p. 80.

¹⁵⁵ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 171; E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 70.

¹⁵⁶ 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. 602.

¹⁵⁷ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 162 e.v. 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. 603.

welke de schade niet had ingetreden (*condicio sine qua non*).¹⁵⁸ Omdat alle antecedenten van de schade als gelijkwaardige oorzaak worden beschouwd (equivalentieeler), kan elke voorwaarde uit de causaliteitsketen – die eindeloos ver terug in de tijd kan worden gevoerd – leiden tot een schadevergoedingsverplichting.¹⁵⁹ De leer van de *condicio sine qua non* is dus zowel aselekt als grenzeloos en kan leiden tot een zeer vergaande aansprakelijkheid. Om de omvang van de aansprakelijkheid te beperken, wordt bij de vaststelling van de *Haftungsausfüllende Kausalität* wél onderscheid gemaakt tussen schadeoorzaken. Op grond van de *Adäquanztheorie*, die door het BGH is aanvaard,¹⁶⁰ wordt per schadeveroorzakende gebeurtenis vastgesteld of deze in het algemeen, en niet slechts onder zeer bijzondere, onwaarschijnlijke omstandigheden, geschikt is om het gevolg – de schade – teweeg te brengen.

De betrokkenheid bij wanprestatie is zowel op grond van de equivalentieeler als de adequatietheorie te beschouwen als een oorzaak van de schade van de gelaedeerde. Weliswaar wordt die schade in de eerste plaats veroorzaakt door het feit dat de wederpartij van de gelaedeerde zijn contractuele verplichtingen niet nakomt, maar de schade had zich niet voorgedaan zonder het ongeoorloofde handelen van de laedens en is tevens geen onwaarschijnlijk gevolg van dit handelen.¹⁶¹ Wanneer de derde geen invloed heeft gehad op de beslissing om wanprestatie te plegen, maar er wel gebruik van maakt, zou de causaliteit problemen kunnen opleveren, omdat het handelen van de derde niet vooraf gaat aan de contractbreuk.¹⁶² In de (schaarse) gevallen in de rechtspraak waarin het profiteren van wanprestatie ongeoorloofd werd geacht, wordt de schade van de gelaedeerde echter niet zozeer door de contractbreuk veroorzaakt maar door het feit dat de derde er gebruik van heeft gemaakt.

11.3 Relativiteit

Behalve door het vereiste van causaal verband wordt de omvang van de aansprakelijkheid ook beperkt door het beschermingsdoel en -bereik van de geschonden aansprakelijkheidsnorm. Het betreft hier de vraag naar de relativiteit van de norm, in het Duitse recht aangeduid met *Normzweck*. De *Normzwecklehre* is voornamelijk tot ontwikkeling gekomen in het kader van §

¹⁵⁸ H. Oetker, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, München: Beck 2012, § 249, nr. 106.

¹⁵⁹ C. Grüneberg, in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2010, § 249, nr. 25; H. Oetker, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, München: Beck 2012, § 249, nr. 107.

¹⁶⁰ Zie o.a. BGH 9 oktober 1997, NJW 1998, 138, 140; BGH 11 januari 2005, NJW 1420, 1421.

¹⁶¹ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 184; H. Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer Verlag 1967, p. 77.

¹⁶² E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 73; H. Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer Verlag 1967, p. 77.

823 lid 2 BGB, die bepaalt dat er een schadevergoedingsverplicht ontstaat voor degene die ‘*gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt*’.¹⁶³ Het beschermingsbereik van de overtreden norm kan echter ook buiten § 823 lid 2 BGB een rol spelen als aansprakelijkheidsbeperkende factor.¹⁶⁴ De *Normzwecklehre* heeft een zakelijke component (tegen welke schade beschermt de norm?) en een personele component (wie wordt door de norm beschermd?). Daarnaast wordt soms nog een derde component aanvaard die ziet op de wijze waarop de schade is ontstaan.¹⁶⁵

Aangezien § 826 BGB en § 9 UWG op dit punt geen beperkingen bevatten, vormt het zakelijke component van de *Normzwecklehre* geen obstakel voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij wanprestatie.¹⁶⁶ De personele component van de leer staat volgens sommige auteurs in de weg aan een beroep op § 4 lid 1 en lid 2 UWG omdat deze leden slechts bescherming zouden bieden in verticale verhoudingen.¹⁶⁷ § 4 lid 10 UWG beschermt daarentegen naar zijn aard juist alleen concurrenten.

Hoewel de aanspraken op grond van § 8 en § 9 UWG alleen of primair zijn voorbehouden aan concurrenten, hoeft volgens de rechtspraak niet altijd sprake te zijn van een concurrentieverhouding tussen de benadeelde en de derde. Uit de jurisprudentie over verkooporganisaties en selectieve distributiesystemen vloeit voort dat niet alleen de gebonden handelaren, ten opzichte van wie de derde, door gebruik te maken van wanprestatie, in een gunstigere concurrentiepositie verkeert, een vordering kunnen instellen, maar ook de fabrikant of merkhouder die het systeem in stand houdt.¹⁶⁸

¹⁶³ R. Lang, *Normzweck und Duty of Care*, München: Beck 1983, p. 12.

¹⁶⁴ Zie H. Oetker, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, München: Beck 2012, § 249, nr. 124.

¹⁶⁵ Zie G. Brüggemeier, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Berlin: Springer Verlag 2006, p. 537.

¹⁶⁶ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 184 en H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 9, nr. 1.15. Zie ook BGH 10 december 2009, GRUR 2010, 754, 756.

¹⁶⁷ Schad is van mening dat § 4 lid 1 en 2 alleen betrekking hebben op verticale verhoudingen en dat de door de wanprestatie gedupeerde concurrent er geen beroep op kan doen, zie V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 140. Doorgaans wordt echter aangenomen dat ook concurrenten deze bepaling kunnen invoeren, zie boven par. 3.3.

¹⁶⁸ Zie R. Kruithof, *De vertical prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 458; H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 4, nr. 10.63.

III OVERIGE KWESTIES

12 Remedies

12.1 Schadevergoeding

Wanneer is voldaan aan de aansprakelijkheidsvoorwaarden die in de vorige paragrafen zijn behandeld, dan kennen § 826 BGB en § 9 UWG aan de eiser een recht op schadevergoeding toe. In het geval van § 9 UWG heeft alleen de benadeelde concurrent een recht op schadevergoeding. Andere marktspelers, zoals werknemers of consumenten, hebben dit recht niet, omdat de UWG niet beoogt hun individuele belangen te beschermen. Deze partijen kunnen overigens wel rekenen op bescherming via het algemene delictenrecht of het contractenrecht.¹⁶⁹

De inhoud en omvang van het recht op schadevergoeding wordt geregeld in § 249 tot en met § 254 BGB, ook wanneer het recht voortvloeit uit de bepalingen van de UWG. Op basis van deze bepalingen komt naar geleden verliezen ook de gederfde winst (§ 252 BGB), en eventuele immateriële schade (§ 253 BGB) voor vergoeding in aanmerking. Heeft de derde op onrechtmatige wijze de rechtmatige opzegging van een contract bewerkstelligd, dan komen de gederfde winsten die het gevolg zijn van deze beëindiging op grond van het Duitse recht niet voor vergoeding in aanmerking.¹⁷⁰ Gemaakte proceskosten komen op grond van het in § 91 *Zivilprozessordnung* (verder: ZPO) in beginsel voor rekening van de in het ongelijk gestelde partij.

Op grond van § 249 kan de eiser herstel vorderen (lid 1) of schadevergoeding in geld (lid 2). Herstel zou in geval van betrokkenheid bij wanprestatie de nakoming van de overeenkomst betekenen. Aangezien de gedaagde geen partij is bij het contract, kan hij deze echter ook niet nakomen. In beginsel moet de eiser daarom genoeg nemen met een schadevergoeding in geld. Echter, volgens de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur kan schadevergoeding ook plaatsvinden in natura. Zo kan in het geval van dubbele verkoop van een onroerend goed de tweede koper worden verplicht tot de levering van het goed aan de eerste koper.¹⁷¹ Wanneer ten behoeve van een derde een recht op vruchtgebruik is gevestigd en dit recht is in strijd met een contractuele verbintenis, dan kan de rechter de derde veroordelen om afstand te doen van zijn recht.¹⁷²

De mogelijkheid om de derde te veroordelen tot levering van het contractsubjeet is in de literatuur veelvuldig bekritiseerd. Hiermee zou een door

¹⁶⁹ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 9, nr. 1.10.

¹⁷⁰ V. Schad, 'Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung' (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 183.

¹⁷¹ G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 57.

¹⁷² BGH 23 april 1999, NJW-RR 1999, 1186, 1187.

de opstellers van het BGB nadrukkelijk verworpen absolute werking van vorderingsrechten – het *ius ad rem* – worden gecreëerd, en zou het onderscheid tussen het goederen- en verbintenissenrecht worden opgeheven.¹⁷³ Andere auteurs wijzen er echter op dat de mogelijkheid om schadevergoeding in natura te vorderen een schadevergoedingsrechtelijke kwestie is die los staat van de vraag of vorderingsrechten een goederenrechtelijk effect hebben.¹⁷⁴ Dat van een daadwerkelijke absolute werking geen sprake is, blijkt ook uit het feit dat in geval van een faillissement van de derde de eerste koper slechts concurrent schuldeiser is.

Op de eiser rust een plicht om de schade zo veel mogelijk te beperken, wat betekent dat hij reeds gedane betalingen aan de wanpresterende wederpartij indien mogelijk dient terug te vorderen.¹⁷⁵ Is er sprake van ongeoorloofd weglokken van contractueel gebonden klanten of werknemers, dan dient de eiser zijn klanten of werknemers aan te sporen om het contract alsnog na te komen.¹⁷⁶

12.2 Verbod of bevel

Op grond van het Duitse recht heeft de eiser in geval van een dreigende rechtsschending onder omstandigheden de mogelijkheid om bij de rechter een preventieve vordering in te stellen. Het BGB noch de ZPO bevat echter een algemene regel ten aanzien van de zogenaamde *Abwehranspruch*, die kan worden onderverdeeld in de *Beseitigungsanspruch* (vgl. het rechterlijk bevel) en de *Unterlassungsanspruch* (vgl. het rechterlijk verbod). Wel wordt in het BGB in een beperkt aantal specifieke gevallen een *Abwehranspruch* toegekend.¹⁷⁷ Het ongeschreven recht, zoals ontwikkeld in de rechtspraak, biedt echter ook in veel andere gevallen de mogelijkheid om een rechterlijk verbod of bevel te verkrijgen. Aangenomen wordt dat deze optie tevens bestaat bij een (dreigende)

¹⁷³ Zie o.a. P. Oertmann, 'Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten', in: Albert Friedrich Berner e.a., *Festgabe für Heinrich Dernburg zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 4. April 1900*, Berlijn: Juristenfakultät der Universität 1900, p. 61-89; M. Löwisch, *Der Deliktsschutz relativer Rechte*, Berlijn: Walter de Gruyter & Co. 1970, p. 110-111.

¹⁷⁴ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 176.

¹⁷⁵ V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 180.

¹⁷⁶ H. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 9, nr. 1.22.

¹⁷⁷ Een voorbeeld is § 1004 BGB, die van toepassing is bij inbreuken op absolute rechten, zie C. Baldus, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 1004, nr. 9.

sittenwidrige schadetoevoeging in de zin van § 826 BGB.¹⁷⁸ Opzet hoeft dan niet te worden aangetoond.¹⁷⁹

In tegenstelling tot het BGB kent de UWG wel een algemene regeling voor de *Abwehrrsprüche*. Op grond van § 8 UWG kan een concurrent, brancheorganisatie, consumentenorganisatie of kamer van koophandel in geval van een oneerlijke handelsgedraging herstel vorderen, of – indien recidivegevaar aanwezig is – een verbod. Schade hoeft niet te worden aangetoond. Evenmin hoeft te worden bewezen dat de ongeoorloofde gedraging al heeft plaatsgevonden; de dreiging van een schending van de bepalingen van de UWG is voldoende. De *Unterlassungsanspruch* is in geval van betrokkenheid bij wanprestatie doorgaans de meest effectieve en daarmee ook de belangrijkste rechtsvordering.¹⁸⁰ In § 12 lid 1 UWG wordt bepaald dat de eiser die een *Unterlassungs-* of *Beseitigungsanspruch* heeft, eerst de laedens moet waarschuwen voordat hij naar de rechter stapt. Bovendien dient de eiser de laedens de mogelijkheid te geven het geschil in der minne op te lossen door middel van het overeenkomen van een contractuele boete voor geval hij zich in de toekomst (wederom) schuldig zal maken aan de oneerlijke gedraging. Lukt het niet om het geschil minnelijk op te lossen, dan kan de *Unterlassungs-* of *Beseitigungsanspruch* via de rechter worden afgedwongen, op straffe van een bestuurlijke boete of gevangenisstraf.¹⁸¹

13 Verjaring

De algemene, relatieve verjaringstermijn voor rechtsvorderingen is op grond van § 195 BGB drie jaar. Deze termijn begint te lopen aan het einde van het jaar waarin de vordering is ontstaan en de schuldeiser met de feiten en omstandigheden die aan de vordering ten grondslag liggen en met de persoon van de schuldenaar bekend is geworden of bekend had moeten zijn (§ 199 lid 1 BGB). Voor vorderingen tot schadevergoeding is in lid 3 van § 199 BGB een objectieve verjaringstermijn opgenomen van tien jaar na het ontstaan van de schade en dertig jaar nadat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan. Dit zal doorgaans het moment zijn waarop de wanprestatie, waarbij de derde betrokken is geweest, is gepleegd. Voor vorderingen die gebaseerd zijn op § 4 e.v. UWG geldt een aanmerkelijk kortere relatieve verjaringstermijn, namelijk van zes maanden (§ 11 lid 1 en 2 UWG). De objectieve termijnen voor schadevergoe-

¹⁷⁸ Zie bijv. H. Vygen, *Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Bonn), Bamberg: Difo Druck Schmach 1970, p. 173-174.

¹⁷⁹ G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 42.

¹⁸⁰ Een rechterlijk verbod werd o.a. gevorderd in BGH 11 september 2008, *GRUR* 2009, 173 (*bundesligakarten.de*); BGH 11 januari 2007, *GRUR* 2007, 800 (*Außendienstmitarbeiter*).

¹⁸¹ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 12, nr. 6.3.

ding zijn echter wel gelijk aan die uit het BGB, zo blijkt uit § 11 lid 3 UWG.¹⁸² Wordt de verjaringstermijn van zes maanden uit de UWG overschreden, dan zal de eiser in het geval van betrokkenheid bij wanprestatie zijn vordering in veel gevallen alsnog kunnen baseren op § 826 BGB, mits hij binnen de daarvoor geldende termijn van drie jaar blijft.

14 Bewijs

Op grond van § 286 ZPO is de rechter vrij in zijn waardering van het bewijs. Als maatstaf voor de bewijswaardering geldt dat de rechter overtuigd moet zijn van de door partijen gestelde feiten. Omstreden is of de rechter volledig overtuigd moet zijn dat de feiten zich daadwerkelijk hebben voorgedaan of dat volstaat dat de feiten zich naar zijn subjectieve oordeel (zeer) waarschijnlijk hebben voorgedaan. Volgens de heersende mening moet minimaal sprake zijn van een hoge mate van waarschijnlijkheid; een kans van 51% zal doorgaans niet volstaan.¹⁸³

Met betrekking tot de bewijslastverdeling geldt als hoofdregel dat de eiser dient aan te tonen dat aan alle elementen van de onrechtmatige daad of de oneerlijke handelspraktijk (*Tatbestandsmerkmale*) is voldaan.¹⁸⁴ Wanneer de eiser schadevergoeding vordert, dan zal hij moeten kunnen bewijzen dat hij schade heeft geleden en dat er sprake is van een causaal verband tussen de schade en het onrechtmatige gedrag van de gedaagde.¹⁸⁵ Heeft de eiser daarentegen een *Unterlassungsanspruch* of *Beseitigungsanspruch*, dan hoeft hij geen schade aan te tonen. Ten aanzien van de *Unterlassungsanspruch* geldt wel het vereiste dat herhalingsgevaar bestaat, maar op grond van het ongeschreven recht geldt het bewijsvermoeden dat aan deze voorwaarde is voldaan.¹⁸⁶ De gedaagde draagt de bewijslast ten aanzien van eventuele rechtvaardigingsgronden.¹⁸⁷

In de ZPO wordt bepaald dat onbetwiste, uitdrukkelijk erkende feiten, feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels geen bewijs

¹⁸² Overigens wordt in de literatuur aangenomen dat de verjaringstermijn van zes maanden soms ook geldt voor vorderingen die gebaseerd zijn op het BGB. Dit is het geval wanneer de eiser zijn vordering fundeert op § 823 lid 2 BGB, wegens schending van een *Schutznorm* uit de UWG. Zie ook Edgar Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 86.

¹⁸³ H. Prütting, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band I: §§ 1-354*, München: Beck 2013, § 286, nr. 32-36.

¹⁸⁴ G. Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besondere Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Beck 2009, § 826, nr. 47; H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 12, nr. 2.89.

¹⁸⁵ Zie H. Oetker, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, München: Beck 2012, § 249, nr. 482.

¹⁸⁶ H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 12, nr. 2.89.

¹⁸⁷ L. Rosenberg, K. H. Schwab & P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München: Beck 2004, § 114, nr. 10.

behoeven (vgl. § 138 lid 3, § 288 en § 291 ZPO). Feiten die wel aangetoond moeten worden, dienen te worden bewezen door middel van de in de wet limitatief opgesomde bewijsmiddelen. Als wettelijke bewijsmiddelen worden onder meer genoemd elektronische documenten (§ 371-372a ZPO), getuigen (§ 373-401 ZPO), deskundigen (§ 402-414 ZPO), akten (§ 415-444 ZPO) en het verhoor door de rechter van partijen (§ 445-455 ZPO).

15 Samenloopkwesties

15.1 Samenloop met vordering tegen wanprestant

Veelal zal de eiser behalve een schadevergoedingsaanspraak jegens de derde ook een vordering op basis van wanprestatie kunnen indienen tegen zijn wanpresterende wederpartij. Voor zover dit het geval is, wordt aangenomen dat derde en wanprestant hoofdelijke aansprakelijk zijn in de zin van § 421 e.v. BGB.¹⁸⁸ Dat de ene vordering voortvloeit uit wanprestatie en de andere uit onrechtmatige daad, vormt geen obstakel.¹⁸⁹ De eiser kan dus zowel zijn wederpartij als de derde aanspreken voor het geheel van de schade en zodra een van de twee voldoet aan de schadevergoedingsverplichting kan hij regres nemen op de ander.

15.2 Samenloop met andere aansprakelijkheidsgronden

De toepassingsgebieden van § 826 BGB en UWG overlappen elkaar gedeeltelijk. Indien sprake is van een concurrentieverhouding tussen de derde en de benadeelde partij, zal doorgaans de UWG worden toegepast, maar de geoorloofdeheid van concurrentiegedragingen kan echter ook worden beoordeeld naar § 826 BGB. De eiser mag dan kiezen voor de regeling die voor hem het gunstigste is. Omdat hij op grond van de UWG geen opzet ten aanzien van de schadetoebrengring hoeft aan te tonen, geniet deze regeling veelal de voorkeur van de eiser.¹⁹⁰ § 826 BGB wordt in de concurrentiecontext doorgaans pas gehanteerd wanneer de korte verjaringstermijn uit de UWG is verstreken.¹⁹¹

15.3 Samenloop met de rechtsfiguur van Vormerkung

Wanneer de derde betrokken is bij de schending van een koopovereenkomst betreffende onroerend goed, dan kan het leerstuk van de *Vormerkung* een rol

¹⁸⁸ Zie o.a. D. Rehbein, *Die Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte: eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Freiburg), Bamberg: Rodenbusch 1968, p. 256; H. Kozioł, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer Verlag 1967, p. 202. Anders: H. Vygen, *Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Bonn), Bamberg: Difo Druck Schmach 1970, p. 171.

¹⁸⁹ C. Grüneberg, in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck 2010, § 421, nr. 11.

¹⁹⁰ V. Schad, *‘Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 97.

¹⁹¹ Zie over de verjaringstermijn boven, par. 13.

spelen. Op grond van § 883 BGB kan de koper van een onroerend goed zijn koopovereenkomst registreren in de openbare registers (*Grundbuch*). Na de registratie kan een eventuele tweede koopovereenkomst niet aan de eerste koper worden tegengeworpen. De eerste koper verkrijgt door de *Vormerkung* een aanzienlijke mate van bescherming; aan zijn recht uit de koopovereenkomst wordt goederenrechtelijke werking toegekend. De rechtgevolgen van de *Vormerkung* vertonen gelijkenissen met de gevolgen van de aansprakelijkstelling van de derde wegens betrokkenheid bij wanprestatie, in het bijzonder door de mogelijkheid om schadevergoeding in de vorm van overdracht van het onroerend goed te vorderen.¹⁹² Omdat de eerste koper na inschrijving van zijn koopovereenkomst in de registers echter per definitie wordt beschermd, en geen bijkomende omstandigheden hoeft aan te tonen, zal zijn voorkeur echter uitgaan naar de regeling van de *Vormerkung*. Een beroep op § 826 BGB zal doorgaans beperkt blijven tot gevallen waarin de eerste koopovereenkomst niet is geregistreerd.

¹⁹² V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 177-178.

5 Het Franse recht

1 Inleiding

1.1 L'opposabilité des contrats aux tiers

De vraag in hoeverre een derde aansprakelijk kan worden gesteld wegens zijn betrokkenheid bij wanprestatie heeft gedurende de twintigste eeuw geregeld de aandacht van Franse rechtsgeleerden getrokken.¹ De literatuur spitste zich veelal toe op de vraag wat de theoretische grondslag is van de aansprakelijkheid.² De afgelopen decennia lijkt de belangstelling voor het onderwerp echter te zijn afgenomen,³ hetgeen zou kunnen worden verklaard door het feit dat de in de rechtspraak geformuleerde voorwaarden voor aansprakelijkheid duidelijk zijn en op consequente wijze worden toegepast.⁴ Alleen op het gebied van verkooporganisaties hebben zich in de jurisprudentie fluctuaties voorgedaan, waarna de wetgever halverwege de jaren negentig heeft ingegrepen.⁵

Uit de analyse van de Franse wetgeving, rechtspraak en rechtsleer zal blijken dat relatief snel aansprakelijkheid wordt aangenomen jegens een derde die (direct) betrokken is bij andermans contractbreuk. Ondanks het ruime bereik van de aansprakelijkheid en de daarmee gepaarde aanmerkelijke inperking van de handelingsvrijheid van derden en – in de concurrentiecontext – van de vrijheid van handel en bedrijf, wordt in de literatuur weinig kritiek geuit. Het uitgangspunt dat contracten tegenstelbaar zijn aan derden die van het contract op de hoogte zijn – *l'opposabilité des contrats aux tiers* – wordt zowel in de rechtspraak als doctrine algemeen aanvaard.

¹ Zie voor een uitgebreid overzicht van de literatuur J. Ghestin & G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2008, nr. 202.

² Zie o.a. P. Huguency, *La responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle* (diss. Dijon), Parijs: A. Rousseau 1910; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, deel VII, Parijs: A. Rousseau 1933, hoofdstuk VI, Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle; B. Starck, 'Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui', *J.C.P.* 1954- I (1180); S. Ginossar, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Émergence du délit civil de fraude*, Parijs: L.G.D.J. 1963.

³ Belangrijke uitzonderingen zijn de dissertatie van 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 en M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992.

⁴ 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. 301.

⁵ Zie onder, par. 10.

1.2 Opbouw

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt; in deel I zal het historische, juridische en theoretische kader worden geschetst waarbinnen de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie zich afspeelt. Vervolgens zal in deel II de reikwijdte van de aansprakelijkheid worden besproken, waarbij hoofdzakelijk wordt ingegaan op de vraag onder welke omstandigheden het handelen van de derde als *faute* (toerekenbare onrechtmatige daad) wordt aangemerkt. Tevens wordt ingegaan op twee bijzondere toepassingsgebieden, namelijk verkoop- en distributieorganisaties en dubbele verkoop. Deel II bevat ook een analyse van de overige aansprakelijkheidsvereisten, namelijk schade en causaal verband. In deel III wordt onderzocht welke remedies aan de benadeelde contractspartij ter beschikking staan, hoe de verjaring en het bewijs zijn geregeld en hoe samenloopkwesties worden opgelost.

I JURIDISCHE GRONDSLAG EN RATIO

2 Historische ontwikkeling

De delictuele aansprakelijkheid van derden wegens hun betrokkenheid bij wanprestatie heeft rond de vorige eeuwwisseling erkenning gevonden in de Franse rechtspraak. Rond 1900 wees de hoogste Franse rechter, de *Cour de cassation*, enkele arbeidsrechtelijke uitspraken waarin een derde die betrokken was bij contractbreuk werd veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding. Een van de zaken betrof een modestyliste die in strijd met haar arbeidsovereenkomst bij een andere werkgever in dienst trad. De nieuwe werkgever wist dat de vrouw al contractueel gebonden was en had haar vrijwaring beloofd tegen eventuele vorderingen die haar vorige werkgever tegen haar zou instellen. De *Cour de cassation* overwoog dat de nieuwe werkgever zich schuldig had gemaakt aan het faciliteren van contractbreuk en aansprakelijk was op grond van onrechtmatige daad (artikel 1382 van de *Code civil*, verder: Cc).⁶ In een andere zaak oordeelde de *Cour de cassation* dat het in dienst nemen van een werknemer van wie men weet dat hij ten opzichte van een ander gebonden is aan een concurrentiebeding, als *faute* in de zin van artikel 1382 Cc moet worden aangemerkt.⁷ In deze zaak kon niet worden bewezen dat de nieuwe werkgever op het moment van de sluiting van de overeenkomst op de hoogte was van het concurrentiebeding. De *Cour de cassation* overwoog echter dat het voortzetten van het dienstverband nadat de nieuwe werkgever in kennis is gesteld van de contractuele gebondenheid van zijn werknemer ook een onrechtmatige daad oplevert.

De vraag rijst waarom de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie juist aan het begin van de twintigste eeuw opkwam. Palmer wijst erop dat het weglokken van andermans werknemers al vele eeuwen als ongeoorloofd handelen werd beschouwd. *Débauchage* was al sinds halverwege de veertiende eeuw strafrechtelijk verboden en kon vanaf de achttiende

⁶ Cas. Civ. 27 mei 1908, *D.P.* 1908.1.459.

⁷ Cas. Req. 8 november 1904, *D.* 1906.1.489.

eeuw onder omstandigheden op basis van speciale wetgeving leiden tot aansprakelijkheid voor de schade die door de oud-werkgever was geleden.⁸ De aanvaarding van een privaatrechtelijke aansprakelijkheid op basis van artikel 1382 Cc kan worden gezien als een aanvulling op de reeds bestaande publiekrechtelijke aansprakelijkheid.⁹ Daarnaast wordt aangenomen dat de uitleg van de *Cour de cassation* van het contractuele relativiteitsbeginsel aan het einde van de negentiende eeuw heeft bijgedragen aan de erkenning van deze aansprakelijkheid.¹⁰

Vrij snel nadat de *Cour de cassation* bovenstaande arresten had gewezen, werd ook buiten de arbeidscontext aanvaard dat een derde aansprakelijk kon worden gesteld wegens zijn betrokkenheid bij contractbreuk. Tussen de jaren twintig tot vijftig speelde deze aansprakelijkheidsgrond een rol bij de bescherming van verticale prijsregelingen tegen inbreuken door derden.¹¹ Hoewel uit de huidige rechtspraak blijkt dat de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie niet wordt beperkt tot bepaalde soorten overeenkomsten, vormen de arbeidscontext en de concurrentiecontext (verkooporganisaties) nog altijd de belangrijkste toepassingsgebieden.¹²

3 Juridische grondslag

3.1 Code civil

In artikel 1382 Cc staat: ‘*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*’ Een schadevergoedingsverplichting ontstaat dus door het plegen van een *faute*, waarmee aan een ander schade wordt toegebracht. Zoals uit paragraaf 2 blijkt, heeft de *Cour de cassation* reeds rond het jaar 1900 geoordeeld dat het bewust faciliteren van een schending van een overeenkomst een *faute* oplevert in de zin van artikel 1382 Cc.¹³

Artikel 1382 Cc dient tevens als basis voor vorderingen wegens oneerlijke mededinging (*concurrency déloyale*), waarvan sprake is wanneer de gedaagde heeft gehandeld op een wijze die strijdig is met eerlijke handelsgebruiken. Oneerlijke mededinging werd in de vroegere rechtspraak veelvuldig gebruikt als grondslag voor aansprakelijkheid in situaties van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie, zoals bij inbreuken op verticale prijsregelingen of distributie-

⁸ Zie uitgebreid 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. 313-321.

⁹ 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. 313.

¹⁰ Zie onder, par. 4.

¹¹ Zie uitgebreider onder, par. 10.

¹² Zie onder, par. 6.

¹³ Zie o.a. Cas. Com 11 oktober 1971, *Bull. nr.* 237; Cas. Com. 10 december 1996, zaaknummer 95-10116 (niet gepubliceerd in *Bull.*); Cas. Civ. II, 17 maart 2011, zaaknummer 10-13575 (niet gepubliceerd in *Bull.*).

overeenkomsten en bij het weglukken van werknemers.¹⁴ Door het verbod op verticale prijsbinding en de invoering van bijzondere wetgeving, die in de volgende paragrafen wordt besproken, worden tegenwoordig minder vorderingen gebaseerd op artikel 1382 Cc. De aansprakelijkheidsgrond van *concurrency déloyale* wordt echter nog wel gebruikt in gevallen waarin de derde betrokken is geweest bij de schending van een concurrentiebeding.¹⁵

3.2 Code du travail

Artikel L. 1237-3 van de *Code du travail* (verder: Cdt) ziet op het in dienst nemen van andermans personeel. Deze bepaling stamt uit 1932 en is de codificatie van de rechtspraak van de *Cour de cassation*.¹⁶ Op grond van dit artikel is de nieuwe werkgever die betrokken is bij de contractbreuk van zijn werknemer jegens zijn vorige werkgever aansprakelijk voor de schade die de vorige werkgever lijdt. De nieuwe werkgever is ook aansprakelijk wanneer hij zich weliswaar niet actief heeft bemoeid met de verstoring van de vorige arbeidsrelatie van zijn werknemer, maar op het moment dat hij de werknemer in dienst nam, wist dat deze reeds contractueel gebonden was. Ten slotte kan hij ook aansprakelijk worden gesteld wanneer hij, nadat de werknemer bij hem in dienst is gekomen, op de hoogte raakt van diens contractuele gebondenheid. In het laatste geval wordt echter geen aansprakelijkheid aangenomen wanneer op het moment dat de nieuwe werkgever van het contract te weten kwam 1) dat de duur van het contract al was verlopen of 2) in geval van een vaste aanstelling, dat de opzegtermijn was verstreken of vanaf de contractbreuk vijftien dagen waren verstreken. Artikel L. 1237-3 Cdt ziet niet op de betrokkenheid van een werkgever bij de schending van een concurrentiebeding die zijn werknemer heeft gesloten met zijn vorige werkgever. Deze situaties vallen onder de reikwijdte van de algemene bepaling voor onrechtmatige daad, artikel 1382 Cc.¹⁷

3.3 Code de commerce

Artikel L. 442-6 lid I, aanhef en onder 6° van de *Code de commerce* (verder: Cdc) betreft de deelneming aan een schending van een exclusief of selectief distributiecontract. Deze bepaling, die in 1996 in werking trad, vormt de codificatie van de jurisprudentie van de *Cour de cassation*, maar bevat ook enkele wijzigingen ten opzichte van de rechtspraak. In paragraaf 10.2 zal nader op deze bepaling worden ingegaan.

¹⁴ R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 322 e.v.

¹⁵ P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs: Dalloz 2012, nr. 979.

¹⁶ 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, nr. 270.

¹⁷ Zie Cas. Com. 22 februari 2000, zaaknummer 97-18728 (niet gepubliceerd in *Bull.*).

4 Verhouding tot contractuele relativiteit en handelingsvrijheid

Aanvankelijk werd zowel in de literatuur als in een deel van de rechtspraak aangenomen dat het beginsel van relativiteit van contractswerking aan aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk in de weg stond.¹⁸ Op grond van artikel 1165 Cc hebben contracten alleen gevolgen voor de contractspartijen; zij kunnen aan derden geen nadeel verstrekken en kunnen derden geen voordeel brengen, met uitzondering van het beding ten behoeve van een derde.¹⁹ In 1864 oordeelde de *Cour de Cassation* dat wat betreft de contractuele relativiteit echter een onderscheid moet worden gemaakt tussen ‘*force obligatoire*’ en ‘*opposabilité des contrats*’.²⁰ De contractuele relativiteit heeft betrekking op de *force obligatoire*, waarmee de verbintenissen die uit het contract voortvloeien worden bedoeld. Deze ‘innerlijke uitwerkselen van het contract’ gelden alleen voor de contractspartijen, wat aansluit bij de individualistische benadering van het contract die vooral in de achttiende eeuw overheerste.²¹ Vanaf de negentiende eeuw ontstond het inzicht dat het contract meer is dan slechts het resultaat van de wilsautonomie van individuele partijen. Het contract werd tevens beschouwd als een *fait social*, dat moet passen in zijn sociale omgeving en in overeenstemming moet zijn met de wet.²² De erkenning van de idee van het contract als sociaal feit betekende dat van contractspartijen verlangd kon worden dat zij rekening hielden met hun omgeving en de belangen van derden (*opposabilité des contrats par les tiers*), maar ook dat derden bij hun handelen verplicht konden worden in zekere mate rekening te houden met de aanwezigheid van een contract (*opposabilité des contrats aux tiers*).²³

De opvatting dat contracten aan derden tegenstelbaar zijn, wordt tegenwoordig zowel in de literatuur als rechtspraak vrijwel unaniem aanvaard.²⁴ Dat deze tegenstelbaarheid een beperking van de handelingsvrijheid (*la liberté d'action*) van derden tot gevolg heeft, wordt weliswaar erkend, maar niet be-

¹⁸ R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 306; 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. 333.

¹⁹ Zie uitvoerig over het beginsel van relativiteit van contractswerking in het Franse recht: J. Ghestin, ‘Les effets du contrat à l’égard des tiers. Introduction’, in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l’égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 4 e.v.

²⁰ Cas. Civ. 22 juni 1864, D.P. 1864.1.412.

²¹ M. Bacache-Gibeili, *Traité de droit civil. Tome 5. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs: Economica 2012, nr. 90.

²² E. Gounot, *Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l’étude critique de l’individualisme juridique* (diss. Dijon), Parijs: A. Rousseau 1912, p. 142.

²³ I. Marchessaux, ‘L’opposabilité du contrat aux tiers’, in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l’égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 75.

²⁴ R. Wintgen, ‘L’Opposabilité des Contrats aux Tiers et par les Tiers’, in: C. von Bar & U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München: Sellier 2004, nr. 627.

schouwd als een onoverkomelijk bezwaar nu slechts derden die kennis hebben van de overeenkomst verplicht worden haar te respecteren.²⁵ In concurrentieverhoudingen rijst echter de vraag hoe de tegenstelbaarheid van contracten zich verhoudt met de vrijheid van handel en bedrijf. Deze vrijheid was tot 1946 opgenomen in de Franse grondwet en is tegenwoordig terug te vinden in het *Decret d'Allarde*, dat dateert uit 1791 en nog steeds van kracht is.²⁶ In artikel 7 van dit decreet staat dat een ieder keuzevrijheid heeft ten aanzien van zijn bedrijf of beroep. De handelsvrijheid impliceert ook contractsvrijheid; men is vrij om te kiezen met wie men contracteert en onder welke voorwaarden. De handelsvrijheid en de contractsvrijheid kunnen echter ook op gespannen voet met elkaar staan, met name in geval van kartelafspraken tussen partijen, die de mededinging beperken. Kruithof wijst erop dat de Franse doctrine en rechtspraak de contractsvrijheid lange tijd boven de handelsvrijheid stelden, waardoor concurrentiebeperkende afspraken ruimhartig werden toegelaten.²⁷ In combinatie met de tegenwerpbaarheid van deze contracten, leverde dit een vergaande beknutting op van de concurrentievrijheid van derden. Vanaf 1945 veranderde de houding van de Franse wetgever ten opzichte van verticale overeenkomsten en werd een groot deel van de kartelafspraken – met name verticale prijsbinding – bij wet verboden,²⁸ waardoor de balans tussen de handelsvrijheid en de contractsvrijheid enigszins werd hersteld.²⁹ De tegenwerpbaarheid van geoorloofde contracten aan derden is echter tot op de dag van vandaag onverminderd gehandhaafd gebleven.

5 Ratio

Vanaf het begin van de twintigste eeuw nam de belangstelling vanuit de literatuur toe voor de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk. Er werden verschillende theorieën ontwikkeld die tot doel hadden deze aansprakelijkheid te rechtvaardigen. In 1910 publiceerde Hugueney zijn dissertatie '*Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*'.³⁰ Hierin betoogde hij dat de aansprakelijkheid van de derde wegens betrokkenheid bij wanprestatie gelijkenissen vertoont met strafrechtelijke medeplichtigheid en moet worden beschouwd als een afgeleide van de contrac-

²⁵ Zie ook G. Virassamy, 'La connaissance et l'opposabilité', in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 151.

²⁶ Decreet van 2-17 maart 1791.

²⁷ R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 332.

²⁸ Zie onder, par. 10.1.

²⁹ R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 332.

³⁰ P. Hugueney, *La responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle* (diss. Dijon), Parijs: A. Rousseau 1910.

tuele aansprakelijkheid van de wanprestant.³¹ De grondslag voor aansprakelijkheid van derde werd door hem aangeduid als *tierce complicité* – derdenmedeplichtigheid. Hoewel de theorie aanzienlijke invloed heeft gehad, met name op de terminologie – ook in de huidige literatuur wordt de derdebetrokkene nog vaak aangeduid als *tiers complice*³² – heeft zij op veel kritiek kunnen rekenen. Een belangrijk obstakel voor de aanvaarding van deze theorie is dat het grondfeit (de niet-nakoming) leidt tot contractuele aansprakelijkheid en dat de buitencontractuele aansprakelijkheid van de derde wordt gebaseerd op een eigen onrechtmatige daad, waardoor zij niet zou kunnen worden beschouwd als afgeleid.³³ Bovendien vereist de theorie van derdemedeplichtigheid dat sprake is van een primair feit; zonder de schending van een contract zou de derde niet aansprakelijk kunnen worden gesteld. Op grond van de Franse rechtspraak wordt onder omstandigheden echter ook aansprakelijkheid aangenomen zonder dat de wederpartij van de eiser wanprestatie heeft gepleegd.³⁴

Een tweede theorie, die onder meer is verdedigd door Starck³⁵ en Ginossar,³⁶ gaat uit van de gedachte dat contractuele rechten een bepaalde materiële waarde vertegenwoordigen en evenals zakelijke rechten deel uitmaken van het patrimonium van de schuldeiser. Op derden rust een ‘universele passieve verplichting’³⁷ om zich te onthouden van het verrichten van handelingen die dit patrimonium verstoren. De contractuele rechten genieten volgens deze theorie dus een bescherming tegen inbreuken door derden die op gelijke voet staat met die van zakelijke rechten. Het vereiste dat de derde kennis van het contract heeft, kan worden beschouwd als een vervanging van het publiciteitsvereiste bij zakelijke rechten.³⁸

Andere theorieën die in de literatuur zijn ontwikkeld zijn onder meer de theorie van rechtsmisbruik (door een contract te sluiten met een reeds gebonden

³¹ P. Huguency, *La responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle* (diss. Dijon), Parijs: A. Rousseau 1910, p. 222.

³² Zie bijv. F. Terré, P. Simler & Y. Lequette, *Droit civil. Les Obligations*, Parijs: Dalloz 2009, nr. 871.

³³ Zie 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, nr. 182.

³⁴ Zie J. Ghestin & G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2008, nr. 207-4. In België is de theorie van *tierce complicité* daarentegen wel aanvaard, zie o.a. Y. Merchiers, ‘Contractbreuk en derde-medeplichtigheid’, *RW* 1985-1986, p. 2085-2100.

³⁵ B. Starck, ‘Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui’, *J.C.P.* 1954-I (1180), nr. 33.

³⁶ S. Ginossar, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Émergence du délit civil de fraude*, Parijs: L.G.D.J. 1963, nr. 40.

³⁷ S. Ginossar, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Émergence du délit civil de fraude*, Parijs: L.G.D.J. 1963, nr. 40.

³⁸ Zie bijv. C.P. Mercier, *Faut-il admettre l'existence du jus ad rem en droit civil suisse* (diss. Lausanne), Lausanne: La Concorde 1929. Sommige auteurs zijn echter kritisch, zie bijv. 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, nr. 192, die meent dat de theorie stoelt op de onjuiste aanname dat alle subjectieve rechten dezelfde bescherming genieten. Vgl. ook de kritiek van R. Demogue, *Traité des obligations en général*, deel VII, Parijs: A. Rousseau 1933, nr. 1174.

partij maakt de derde misbruik van zijn contractsvrijheid),³⁹ de theorie dat op de derde een morele verplichting rust om zich te onthouden van deelname aan contractbreuk⁴⁰ en de theorie dat de aansprakelijkheid van de derde rechtstreeks voortvloeit uit de geschonden overeenkomst.⁴¹ Geen van de bovenstaande leren is echter algemeen aanvaard in de rechtspraak, waaruit kan worden geconcludeerd dat de theoretische grondslag van de aansprakelijkheid nog altijd controverseel is.⁴² Uit de onderstaande analyse van de Franse rechtspraak zal echter blijken dat de bescherming die wordt geboden aan persoonlijke rechten via hun tegenstelbaarheid aan derden, in hoge mate gelijk is aan die van zakelijke rechten, waardoor de patrimoniumtheorie als ‘verantwoorde basis’⁴³ kan worden beschouwd voor de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie.

II REIKWIJDTE VAN DE AANSPRAKELIJKHEID

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad vereist het Franse recht dat sprake is van een *faute* – een begrip dat zowel de onrechtmatigheid (*illicéité*) als de toerekenbaarheid (*imputabilité*) omvat⁴⁴ – die schade tot gevolg heeft gehad. De eiser zal dus het volgende moeten bewijzen: 1) een *faute*, 2) dat hij schade heeft geleden (of zal leiden) en 3) dat er een causaal verband bestaat tussen de *faute* en de schade. In de paragrafen 6 tot en met 9 zal worden besproken onder welke omstandigheden de betrokkenheid van een derde bij de verstoring van een contract als *faute* wordt aangemerkt. Vervolgens zal in de paragrafen 10 en 11 voor twee specifieke toepassingsgebieden – dubbele verkoop en verkoop- en distributiestelsels – worden geanalyseerd wanneer volgens de rechtspraak een *faute* wordt aangenomen. In paragraaf 12 worden de overige twee voorwaarden voor aansprakelijkheid behandeld: schade en causaal verband. Het Franse aansprakelijkheidsrecht kent geen afzonderlijk relativiteitsvereiste.⁴⁵ Om te bepalen of er een verplichting tot schadevergoeding bestaat, toetst de rechter dus niet of de geschonden norm strekt tot bescherming van de schade die door

³⁹ M. Planiol, G. Ripert & P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, deel VI, Parijs: L.G.D.J. 1952, nr. 590.

⁴⁰ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parijs: L.G.D.J. 1935, nr. 135.

⁴¹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, deel VII, Parijs: A. Rousseau 1933, nr. 1176. Zie uitgebreider over deze theorieën 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, nr. 182 e.v.

⁴² R. Wintgen, ‘L’Opposabilité des Contrats aux Tiers et par les Tiers’, in: C. von Bar & U. Drobni, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München: Sellier 2004, nr. 628.

⁴³ Aldus R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 312.

⁴⁴ G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2006, nr. 442.

⁴⁵ M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 127.

de eiser is geleden. In paragraaf 12.2 zal echter blijken dat de relativiteit onder omstandigheden wel een rol kan spelen bij de causaliteitsvraag.⁴⁶

In de Franse rechtspraak die betrekking heeft op de tegenwerpbaarheid van contracten aan derden blijft de vraag wanneer de gedaagde als ‘derde’ kan worden aangemerkt, onderbelicht. Datzelfde geldt voor de literatuur over dit onderwerp.

6 Overeenkomst

Het beginsel dat contracten tegenstelbaar zijn aan derden die van het bestaan op de hoogte zijn, beperkt zich niet tot bepaalde typen contracten. In de jurisprudentie zijn uitspraken te vinden die betrekking hebben op koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed,⁴⁷ selectieve of exclusieve distributiecontracten,⁴⁸ concurrentiebedingen⁴⁹ en arbeidsovereenkomsten.⁵⁰ Een uitzondering wordt gemaakt voor het huwelijkscontract, waarvoor geldt dat de bewuste betrokkenheid van een derde bij de verstoring van het contract in beginsel niet tot aansprakelijkheid zal leiden.⁵¹

Op grond van de jurisprudentie kunnen alleen *geldige* overeenkomsten aan derden kunnen worden tegengeworpen.⁵² De betrokkenheid bij de niet-nakoming van een nietige overeenkomst zal daarom niet als *faute* worden aangemerkt. Of datzelfde geldt voor overeenkomsten die vernietigbaar zijn, bijvoorbeeld wegens een wilsgebrek, is onduidelijk.⁵³ De vraag of het contract geldig is, speelt vooral een rol bij selectieve of exclusieve distributieovereenkomsten. Op dit onderwerp wordt in paragraaf 10.2.4 nader ingegaan.

Volgens de *Cour de cassation* levert het sluiten van een overeenkomst met een iemand die al in contractonderhandeling was met een andere partij in beginsel geen grond voor aansprakelijkheid op, ook niet wanneer men van die onderhandelingen op de hoogte is.⁵⁴ Dat is anders wanneer de eiser kan bewijzen dat de gedaagde het opzet had om schade toe te brengen (*l'intention de nuire*) of dat de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan bedrieglijke handelingen (*manœuvres frauduleuses*). Het beloven van volledige vrijwaring tegen eventue-

⁴⁶ G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2006, nrs. 358 en 441.

⁴⁷ Zie bijv. Cas. Civ. III 22 maart 1968, *Bull. nr.* 129.

⁴⁸ Zie bijv. Cas. Com. 3 mei 2012, *Bull. nr.* 89.

⁴⁹ Zie bijv. Cas. Com. 24 maart 1998, *Bull. nr.* 111.

⁵⁰ Zie bijv. Cas. Com. 11 oktober 2000, zaaknummer 98-18923 (niet gepubliceerd in *Bull.*).

⁵¹ 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, nr. 294, die verwijst naar het arrest Cas. Civ. II 5 juli 2001, *Bull. nr.* 136. In deze uitspraak oordeelde de *Cour de Cassation* dat het hebben van een affaire met een getrouwde man geen grond oplevert voor aansprakelijkheid jegens de vrouw van deze man.

⁵² J. Ghestin & G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2008, nr. 207-1.

⁵³ 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. 335.

⁵⁴ Cas. Com. 26 november 2003, *Bull. nr.* 186.

le veroordeling is naar het oordeel de *Cour de cassation* onvoldoende reden voor aansprakelijkheid.⁵⁵

7 Schending van de overeenkomst

De vraag of de schending van het contract een voorwaarde is zonder welke de derde niet aansprakelijkheid kan worden gesteld, speelt een belangrijke rol in de jurisprudentie over verkooporganisaties. De vraag hangt daar nauw samen met de kwestie of de organisatie juridisch en praktisch gesloten is en of er mogelijkheden zijn om bijvoorbeeld via parallelimport op rechtmatige wijze aan de producten te komen.⁵⁶ Maar ook buiten de context van verticale overeenkomsten is de vraag of wanprestatie vereist is voor aansprakelijkheid relevant. In een uitspraak uit 2000 overwoog de *Cour de cassation* dat de aansprakelijkheid van de derde niet per definitie afhankelijk is van het bewijs van een schending van het contract door een van de contractspartijen.⁵⁷

Dit arrest betrof echter een bijzondere situatie. De gedaagde was een uitgever van een tijdschrift waarin een artikel stond dat was gebaseerd op het werk van een zekere auteur, die met een andere uitgeverij (de eiser) was overeengekomen dat deze het exclusieve recht had op publicatie. Van wanprestatie van de auteur was geen sprake, maar toch oordeelde de hoogste Franse rechter dat de overeenkomst tussen de auteur en de eiser aan de uitgever van het tijdschrift kon worden tegengeworpen. Wintgen merkt echter op dat het recht op publicatie dat voortvloeide uit de overeenkomst niet zomaar een persoonlijk recht is, maar een ‘litterair eigendomsrecht’, dat onafhankelijk van het contract aan derden tegenwerpbaar is.⁵⁸

8 Kennis

8.1 Weten

Een contract kan slechts worden tegengeworpen aan derden die kennis hebben van het contract.⁵⁹ De derde moet echter niet alleen kennis hebben van het contract, maar moet ook weten dat zijn handelen bijdraagt aan de niet-nakoming van dit contract.⁶⁰

⁵⁵ Cas. Com. 26 november 2003, *Bull. nr.* 186.

⁵⁶ Zie onder, par. 10.2.3.

⁵⁷ Cas. Civ. I 17 oktober 2000, *Bull. nr.* 246.

⁵⁸ 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, nr. 195.

⁵⁹ Zie bijv. Cas. Civ. I 26 januari 1999, *Bull. nr.* 32. Zie ook o.a. P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs: Dalloz 2012, nr. 977; M. Grimaldi, ‘Le contrat et les tiers’, in: *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l’honneur de Philippe Jestaz*, Parijs: Dalloz 2006, p. 175; G. Virassamy, ‘La connaissance et l’opposabilité’, in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l’égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 135.

⁶⁰ J. Ghestin & G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2008, nr. 207-3.

Op deze regel bestaat een belangrijke uitzondering: vanwege het consensuele stelsel van overdracht is kennis geen noodzakelijk vereiste voor tegenwerpbaarheid van een overeenkomst die betrekking heeft op de overdracht of vestiging van een zakelijk recht. Wanneer de toepasselijke publiciteitsregels zijn nageleefd, dan is de overeenkomst/overdracht tegenwerpbaar aan elke derde, ongeacht of hij kennis van het contract heeft. Op dit onderwerp wordt nader ingegaan in paragraaf 11.

Het vereiste dat de derde ‘*avec connaissance*’ heeft gehandeld wordt in beginsel slechts vervuld wanneer kan worden aangetoond dat de derde wist van het contract. Behoren te weten volstaat niet.⁶¹ Het kennisvereiste wordt volgens Starck gesteld ter vervanging van het publiciteitsvereiste, dat moet worden vervuld om zakelijke rechten aan derden tegen te werpen.⁶² Kennis van het contract is een vereiste, maar tevens voldoende; volgens de Franse rechtspraak hoeft opzet of bedrog niet te worden bewezen.⁶³

In beginsel heeft een derde geen verplichting om te informeren of zijn potentiële contractspartij vrij is om een overeenkomst te sluiten.⁶⁴ Op de regel dat alleen daadwerkelijke kennis voldoende is voor aansprakelijkheid bestaan echter ook uitzonderingen. Uit de rechtspraak vloeit voort dat onder omstandigheden aan de derde een onderzoeksplicht kan worden opgelegd. Zo mag in bedrijfstakken waar concurrentiebedingen gebruikelijk zijn van een werkgever worden verwacht dat hij vraagt naar de eventuele gebondenheid van zijn nieuwe werknemer.⁶⁵

8.2 Toetsingsmoment

De kennis moet in beginsel aanwezig zijn op het moment waarop de verstoring van overeenkomst van de eiser plaatsvindt, wat doorgaans het moment zal zijn dat de derde zijn contract sluit met de wanprestant.⁶⁶ Een belangrijke exceptie op deze regel, die in paragraaf 3.2 is besproken, is dat een werkgever op grond van artikel L. 1237-3 Cdt onder omstandigheden ook aansprakelijk kan worden gesteld wanneer hij op een later tijdstip van de contractuele gebondenheid van zijn werknemer op de hoogte raakt en hij het dienstverband niettemin doorzet.

⁶¹ R. Wintgen, ‘L’Opposabilité des Contrats aux Tiers et par les Tiers’, in: C. von Bar & U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München: Sellier 2004, nr. 649.

⁶² B. Starck, ‘Des contrats conclus en violation des droits contractuels d’autrui’, *J.C.P.* 1954-I (1180), nrs. 60 en 61.

⁶³ Zie bijv. Cas. Civ. III 8 juli 1975, *Bull. nr.* 249. Zie ook J. Ghestin & G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2008, nr. 207-3; M. Grimaldi, ‘Le contrat et les tiers’, in: *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l’honneur de Philippe Jestaz*, Parijs: Dalloz 2006, p. 175.

⁶⁴ Cas. Com. 23 januari 2007, zaaknummer 05-10422 (niet gepubliceerd in *Bull.*).

⁶⁵ Cas. Com. 18 december 2001, *Bull. nr.* 200. Vgl. over de aanwezigheid van een informatieplicht ook Cas. Com. 7 februari 1995, zaaknummer 93-14569 (niet gepubliceerd in *Bull.*).

⁶⁶ S. Ginossar, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Émergence du délit civil de fraude*, Parijs: L.G.D.J. 1963, nr. 13.

9 Mate en vorm van betrokkenheid

In de rechtspraak is aanvaard dat een ieder die bewust een ander helpt bij het schenden van contractuele verplichtingen die op die ander rusten, een delictuele fout pleegt ten opzichte van het slachtoffer van de schending.⁶⁷ Het begrip helpen (*aider*) wordt ruim uitgelegd; het aanzetten tot contractbreuk is niet vereist, voldoende is dat de derde een contract heeft gesloten met een ander dat onverenigbaar is met eerder door die ander aangegane contractuele verplichtingen.⁶⁸ Het is dus niet noodzakelijk dat de derde het initiatief heeft gehad.⁶⁹

Op grond van het Franse recht leidt iedere bewuste directe betrokkenheid bij niet-nakoming tot aansprakelijkheid. Dat ook indirecte betrokkenheid tot aansprakelijkheid kan leiden, is gezien het vereiste van ‘helpen bij de contractschending’ niet aannemelijk. In paragraaf 10.2.2 zal echter blijken dat in concurrentieverhoudingen, in het bijzonder in relatie tot een selectief of exclusief distributiecontract, niet steeds is vereist dat de derde rechtstreeks zaken heeft gedaan met de wanprestant.

Niet alleen het sluiten van een ‘tegenstrijdige’ overeenkomst kan als betrokkenheid bij wanprestatie worden aangemerkt. Ook het fysiek onmogelijk maken van nakoming of het misleiden of bedreigen van een contractspartij die als gevolg daarvan zijn contract niet nakomt, wordt als *faute* in de zin van artikel 1382 Cc aangemerkt.⁷⁰ Deze gedragingen zijn echter op zichzelf – dus onafhankelijk van de verstoring van het contract – ongeoorloofd.⁷¹ Het Franse recht kent geen relativiteitsvereiste in het kader van de onrechtmatige daad. Dat de eiser niet zelf is misleid of bedreigd, is dus in beginsel voor de vraag of de gedaagde ten opzichte van de eiser aansprakelijk kan worden gesteld niet relevant. Wel zal de eiser moeten kunnen aantonen dat hij schade heeft geleden en dat een causaal verband bestaat tussen de schade en de *faute*.⁷²

10 Bijzonder toepassingsgebied I: verkoop- en distributieorganisaties

10.1 Ontwikkeling op basis van artikel 1382 Cc

Met name in de jaren twintig, dertig en veertig van de vorige eeuw werden door veel fabrikanten en merkhouders verkooporganisaties in het leven geroepen om

⁶⁷ Zie bijv. Cas. Com. 11 oktober 1971, *Bull. nr.* 237. Zie ook R. Demogue, *Traité des obligations en général*, deel VII, Parijs: A. Rousseau 1933, nr. 1162.

⁶⁸ R. Wintgen, ‘L’Opposabilité des Contrats aux Tiers et par les Tiers’, in: C. von Bar & U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München: Sellier 2004, nr. 648.

⁶⁹ Zie ook P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs: Dalloz 2012, nr. 977.

⁷⁰ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, deel VII, Parijs: A. Rousseau 1933, nr. 1181.

⁷¹ Zie ook 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. 322.

⁷² Zie over schade en causaliteit onder, par. 12.

verticale prijsbinding te bewerkstelligen. Evenals in veel andere West-Europese landen werd prijsbinding ook vanuit de politiek beschouwd als een geschikt middel om in tijden van economische crisis de prijzen op peil te houden. Niet alleen bestond er grote vrijheid voor fabrikanten om verticale overeenkomsten te sluiten, maar ook werd in de rechtspraak een ruime respectplicht opgelegd aan degenen die geen lid waren van de verkooporganisatie.⁷³ Elke bewuste inbreuk op een verticale prijsregeling leidde volgens de rechtspraak op grond van artikel 1382 Cc tot aansprakelijkheid. In sommige uitspraken werd op basis van de theorie van de tegenwerpbaarheid van contracten aansprakelijkheid aangenomen, maar vaker was 'oneerlijke concurrentie' de grondslag, eveneens op basis van artikel 1382 Cc.⁷⁴ Na de Tweede Wereldoorlog veranderde de houding van de wetgever ten aanzien van verticale overeenkomsten, en verticale prijsbinding in het bijzonder. In 1945 werden de mogelijkheden tot verticale prijsbinding door de wetgever aanzienlijk ingeperkt,⁷⁵ welke wetgeving in de daaropvolgende jaren werd aangevuld met nieuwe restricties. Uiteindelijk werden de meeste verticale prijsregelingen met het decreet van 24 juni 1958 verboden.⁷⁶

De in de rechtspraak geformuleerde aansprakelijkheidsregels ten aanzien van inbreuken op verticale regelingen bleven echter overeind en herleefden met de opkomst van exclusieve en selectieve distributieovereenkomsten, waarin zij aanvankelijk onveranderd werden toegepast.⁷⁷ Volgens vaste jurisprudentie van de handelskamer van de *Cour de cassation* pleegde een derde een daad van oneerlijke concurrentie wanneer hij producten, die hij buiten het distributiestelsel of verkooporganisatie om had gekocht, verkocht zonder toestemming van de fabrikant, mits de derde wist van het bestaan van het distributiestelsel of de verticale prijsregeling.⁷⁸ Deze wetenschap hoefde niet aanwezig op het moment dat hij de producten aankocht; ook wanneer hij later op de hoogte werd gesteld en niettemin de verkoop continueerde, kon hij aansprakelijk worden gesteld.⁷⁹

In de jaren tachtig van de vorige eeuw vond echter een omslag plaats in de jurisprudentie. In 1983 overwoog de *Cour de cassation* dat het enkele feit dat

⁷³ R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 332.

⁷⁴ In de rechtspraak zijn echter ook voorbeelden te vinden waarin de rechter oordeelde dat de derde als verkrijger van een merkproduct impliciet het prijsbeding aanvaardt en er dus een contractuele band bestond tussen de producent en de derde, zie R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 304.

⁷⁵ *Ordonnance* 45-1483 *relative aux prix* van 30 juni 1945, *Journal officiel* 1 juli 1945. Deze wet is op 1 januari 1987 ingetrokken.

⁷⁶ Decreet 58-545, *Journal officiel* 25 juni 1958.

⁷⁷ Zie J. Ghestin & G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2008, nr. 206.

⁷⁸ Zie o.a. Cas. Com. 16 maart 1965, *Bull. nr.* 199; Cas. Com. 11 oktober 1971, *Bull. nr.* 237; Cas. Com. 21 februari 1978, *Bull. nr.* 73.

⁷⁹ Zie, met verwijzingen naar rechtspraak, R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 323.

een derde een product heeft verhandeld dat valt onder een distributiesysteem, onvoldoende is voor het oordeel dat de derde zich heeft schuldig gemaakt aan oneerlijke mededinging, ongeacht of hij wist van het bestaan van het distributiesysteem.⁸⁰ Om tot het oordeel te komen dat de derde op oneerlijke wijze heeft geconcentreerd, dienen bijkomende omstandigheden te worden aangetoond. Hierbij moet vooral worden gedacht aan de situatie waarin de producten op irreguliere wijze zijn aangekocht, dat wil zeggen dat de producten zijn verkregen via een lid van het netwerk dat zijn contractuele verplichtingen niet is nagekomen.⁸¹

Op 27 oktober 1992 vond wederom een koerswijziging plaats. De *Cour de cassation* wees op deze dag meerdere arresten die direct van invloed waren op de reikwijdte van de aansprakelijkheid wegens het inbreuk maken op een distributiesysteem. In een van de arresten oordeelde de hoogste Franse rechter dat het aan de derde is om te bewijzen dat hij de producten op een geoorloofde manier heeft verkregen. Wanneer hij weigert de naam van zijn wederpartij prijs te geven, dan wordt vermoed dat hij de producten op irreguliere wijze heeft verkregen via een lid van het distributiestelsel.⁸² De *Cour de cassation* overwoog tevens dat het verhandelen van producten buiten een distributiesysteem om, zonder onderworpen te zijn aan dezelfde beperkingen als de leden van het distributiesysteem maar wel profiterend van de goede naam van het merk, een daad van oneerlijke concurrentie oplevert.⁸³ In een andere zaak oordeelde de *Cour de cassation* dat reeds sprake is van een *acte de concurrence déloyale* wanneer een niet-lid van een distributiesysteem producten verhandelt waarop de tekst staat dat zij alleen verkocht mogen worden door geautoriseerde distributeurs.⁸⁴

10.2 Artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc

10.2.1 Inleiding

De golfbewegingen in de jurisprudentie bevorderden de rechtszekerheid niet. In 1996 greep de wetgever dan ook in en voerde artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc in. Op grond van deze bepaling moet het middellijk of onmiddellijk deelnemen aan een schending van een verbod op wederverkoop door een distributeur die gebonden is aan een selectieve of exclusieve distributieovereenkomst, welke kartelrechtelijk is toegestaan, worden gekwalificeerd als een daad van oneerlijke concurrentie. In de volgende paragrafen zullen de verschillende elementen van deze bepaling afzonderlijk worden geanalyseerd. Tevens zal de vraag worden beantwoord wie op grond van dit artikel een vordering kan instellen.

⁸⁰ Cas. Com. 16 februari 1983, *Bull. nr. 69*.

⁸¹ Zie bijv. Cas. Com. 10 januari 1989, *Bull. nr. 18*.

⁸² Cas. Com. 27 oktober 1992, *Bull. nr. 322*.

⁸³ Cas. Com. 27 oktober 1992, *Bull. nr. 322*.

⁸⁴ Cas. Com. 27 oktober 1992, *Bull. nr. 332*.

10.2.2 Deelneming

Artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc verbiedt zowel directe als indirecte deelneming aan een schending van selectief of exclusief distributiecontract. Hoewel niet nadrukkelijk wordt vereist dat de derde zich ervan bewust moet zijn geweest dat hij deelnam aan de schending van de overeenkomst, wordt in de literatuur aangenomen dat de wetgever op dit punt niet heeft willen breken met de jurisprudentie van de *Cour de cassation* en dat het woord '*participer*' de aanwezigheid van kennis impliceert.⁸⁵

Van directe deelneming is sprake wanneer de derde de producten rechtstreeks betreft van het lid van het distributiestelsel. Wat moet worden verstaan onder '*participer indirectement*' is minder duidelijk. Volgens Wintgen wordt hiermee waarschijnlijk bedoeld dat de derde heeft deelgenomen via een dochtervennootschap of een tussenpersoon.⁸⁶ Men kan zich afvragen of ook het gebruikmaken van een contractbreuk die in een eerdere schakel heeft plaatsgevonden, kan worden gekwalificeerd als indirecte deelneming. In de Franse rechtspraak uit de jaren zestig van de vorige eeuw over verticale prijsregelingen werd deze vraag dikwijls bevestigend beantwoord. Volgens deze uitspraken moest het bewust inbreuk maken op een wettelijk geoorloofd systeem van verticale prijsbinding als een daad van oneerlijke concurrentie worden gekwalificeerd. Onder 'bewust inbreuk maken' werd mede verstaan het tegen verlaagde prijzen doorverkopen van merkartikelen, terwijl de derde wist dat op deze artikelen een verticale prijsbindingsregeling van toepassing was.⁸⁷ De eiser hoefde dus niet aan te tonen dat de derde rechtstreeks had gehandeld met een lid van de verkooporganisatie.⁸⁸ Het is echter onzeker of het woord *indirectement* in de zin van artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc op dezelfde manier moet worden geïnterpreteerd.

10.2.3 Schending van de overeenkomst

Artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc vereist een schending van een selectieve of exclusieve distributieovereenkomst, die door de *Cour de cassation* wel wordt aangeduid als '*le fait principal fautif*'.⁸⁹ Dat sprake moet zijn van een schending, betekent dat het op rechtmatige wijze betrekken van producten die behoren tot een selectief distributiesysteem niet als oneerlijke concurrentie wordt gekwalifi-

⁸⁵ 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, nr. 277.

⁸⁶ 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, nr. 277. Zie ook Cas. Com. 27 oktober 1992, *Bull.* nr. 332.

⁸⁷ Zie R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 323.

⁸⁸ Vgl. ook S. Ginossar, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Émergence du délit civil de fraude*, Parijs: L.G.D.J. 1963, nr. 35.

⁸⁹ Cas. Com. 3 mei 2012, *Bull.* nr. 89.

ceerd. Dit blijkt ook uit een arrest uit 2011 over het selectieve distributiestelsel betreffende de parfumerie- en cosmeticaproducten van het merk Chanel.⁹⁰

De feiten in deze zaak waren als volgt; een van de bedrijven die was aangesloten bij het distributiesysteem van Chanel ging failliet, waarna het bedrijf Futura finances op de executieveiling Chanel-producten kocht en deze vervolgens aan de vennootschap Capi verkocht. Futura noch Capi was lid van het selectieve distributiestelsel van Chanel. Op de verpakking van de producten stond vermeld dat zij alleen verkocht mochten worden door tussenhandelaren die door Chanel geautoriseerd waren. Ondanks deze mededeling bracht Capi de producten op de markt op een wijze die volgens Chanel niet paste bij het luxe imago van het merk. De *Cour d'appel* kwam tot de conclusie dat Capi zich schuldig had gemaakt aan oneerlijke concurrentie. De *Cour de cassation* casseerde deze beslissing en overwoog dat het enkele feit dat Capi Chaneels producten, die door Capi op geoorloofde wijze waren verkregen, buiten het distributiesysteem van Chanel om had verhandeld, nog geen schending oplevert van artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc.

Ook in een andere recente zaak, aangespannen door de parfumeriebedrijven Christian Dior, Kenzo, Givenchy en Guerlain tegen eBay, eigenaar van de veilingwebsite eBay.com, kwam de vraag aan de orde hoe het begrip 'schending van een distributieovereenkomst' moet worden geïnterpreteerd. Het hof had overwogen dat het voor de vraag of artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc is geschonden, niet uitmaakt of de betreffende producten zijn verkregen via het buitenland waar de handel in deze producten vrij is. De *Cour de cassation* oordeelde deze uitleg in strijd met de wet.⁹¹ De hoogste rechter overwoog in deze zaak ook dat voor de vraag of sprake is van een *fait principal fautif* tevens van belang is wie de 'primaire dader' is. Volgens de *Cour de cassation* beschermt artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc alleen tegen deelneming aan een schending van een distributieovereenkomst door een professionele partij. Aangezien de producten in deze zaak door consumenten op de websites van eBay te koop werden aangeboden, was geen sprake van een schending van de distributieovereenkomst, en kon eBay – bij gebreke aan een *fait principal fautif* – niet aansprakelijk worden gesteld wegens het bieden van een platform om de producten te verhandelen.⁹²

10.2.4 Geoorloofde distributieovereenkomst

Zoals in paragraaf 10.1 al aan de orde kwam, heeft de Franse wetgever na de Tweede Wereldoorlog strenge kartelregelgeving uitgevaardigd en voor fabrikanten en merkhouders een verbod in het leven geroepen om minimumprijzen op te leggen aan wederverkopers – waarop overigens wel bij ministerieel besluit vrijstellingen konden worden verleend. De geoorloofdheid van de verticale prijsregeling en, later, van het selectieve of exclusieve distributiecontract werd in de rechtspraak dan ook als een noodzakelijke voorwaarde beschouwd om een bewuste inbreuk door een derde op grond van deze regeling als oneerlijke concur-

⁹⁰ Cas. Com. 24 mei 2011, zaaknummer 10-18474 (niet gepubliceerd in *Bull.*).

⁹¹ Cas. Com. 3 mei 2012, *Bull. nr.* 89.

⁹² Cas. Com. 3 mei 2012, *Bull. nr.* 89.

rentie te kunnen kwalificeren.⁹³ De bewijslast ten aanzien van de geoorloofdheid rustte bij degene die de verkooporganisatie of het distributiestelsel in stand houdt.⁹⁴

Opmerkelijk genoeg overwoog de *Cour de cassation* in een van de arresten van 27 oktober 1992 dat een serieuze betwisting van de rechtmatigheid van een selectief distributiesysteem door de gedaagde niet in de weg staat aan het opleggen van voorlopige maatregelen die tot doel hebben schade te voorkomen.⁹⁵ Na de invoering van artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc kan worden betwijfeld of deze uitspraak nog geldend recht is. Deze bepaling vereist immers expliciet dat er sprake is van een selectieve of exclusieve distributieovereenkomst '*exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence*'.

10.2.5 Wie kan een vordering instellen?

Uit de jurisprudentie over verticale prijsbinding vloeide voort dat niet alleen degene die de verkooporganisatie in stand hield en jegens wie wanprestatie was gepleegd een vordering kon instellen jegens de derde, maar dat ook de andere leden van de organisatie deze mogelijkheid hadden.⁹⁶ Dat benadeelde concurrenten ook op grond van het huidige recht een vordering kunnen instellen tegen een derde die heeft deelgenomen aan de schending van een selectieve of exclusieve distributieovereenkomst, blijkt uit lid III van artikel L. 442-6 Cdc. Hierin wordt bepaald dat een ieder, die daarbij een rechtmatig belang heeft, een vordering kan instellen tegen degene die zich volgens deze bepaling schuldig heeft gemaakt aan een oneerlijke praktijk. Niet alleen particulieren en bedrijven kunnen een vordering aanhangig maken, ook het openbaar ministerie (*ministère public*) is hiertoe gerechtigd, evenals de Minister van Economische Zaken en de president van de Raad voor de mededinging (*l'Autorité de la concurrence*).

11 Bijzonder toepassingsgebied II: dubbele verkoop

11.1 *Consensueel overdrachtstelsel*

Het Franse recht kent zowel voor roerende als onroerende zaken een consensueel systeem van overdracht.⁹⁷ Dit betekent dat de eigendom overgaat op de verkrijger op het moment dat partijen wilsovereenstemming bereiken over het goed en de prijs en geen geformaliseerde leveringshandeling vereist is zoals in het traditiestelsel, dat kan worden teruggevonden in Nederland en Duitsland. Dat de

⁹³ I. Marchessaux, 'L'opposabilité du contrat aux tiers', in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 89.

⁹⁴ Zie o.a. Cas. Com. 16 februari 1988, *Bull. nr. 76*; Cas. Com. 21 maart 1989, *Bull. nr. 98*.

⁹⁵ Cas. Com. 27 oktober 1992, zaaknummer 89-21063 (niet gepubliceerd in *Bull.*).

⁹⁶ Zie, met uitgebreide verwijzingen naar rechtspraak, R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 323.

⁹⁷ Dit is geregeld in de artikelen 711 Cc (voor onroerende zaken) en 1138 en 1583 Cc (voor roerende zaken).

overdracht al wordt voltooid door het sluiten van een overeenkomst, betekent echter niet dat de verkrijger zijn eigendomsrecht direct aan derden kan tegenwerpen. Met de overeenkomst wordt de eigendom weliswaar overgedragen, maar de overdracht heeft slechts werking tussen de contractspartijen. Om de overdracht te kunnen tegenwerpen aan derden, moet zijn voldaan aan het vereiste van publiciteit. De idee is dat een derde die te goeder trouw een goed verkrijgt dat reeds aan een ander was overgedragen, moet worden beschermd. Op dit punt is het Franse consensuele stelsel dus niet anders dan de traditiostelsels.⁹⁸ Het voorgaande roept echter de vraag op of een derde per definitie wordt beschermd wanneer niet aan de wettelijk voorgeschreven wijze van publiciteit is voldaan (objectieve maatstaf) of dat de derde, ondanks een gebrek in de publiciteit, niet wordt beschermd wanneer hij kennis had van het eerdere contract (subjectieve maatstaf) en of hier een rol is weggelegd voor het beginsel van tegenwerpbaarheid van contracten.⁹⁹ Bij de beantwoording van deze vragen wordt verschil gemaakt tussen de verkoop van onroerende zaken (paragraaf 11.2) en roerende zaken (paragraaf 11.3).

11.2 Dubbele verkoop van onroerend goed

Lange tijd kon de verkoop van onroerende goederen volgens de rechtspraak slechts aan derden worden tegengeworpen wanneer zij gepubliceerd was in de openbare registers (*publicité foncière*). Dat de derde op de hoogte was van de eerdere verkoop van het goed, was onvoldoende. Slechts voor gevallen van frauduleuze betrokkenheid werd een uitzondering gemaakt.¹⁰⁰ Op 22 maart 1968 wees de *Cour de cassation* een uitspraak waarmee afstand werd genomen van deze jurisprudentie. In dit arrest, dat de dubbele verkoop van een stuk land betrof waarvan de eerste koop niet was ingeschreven in de openbare registers, oordeelde de hoogste Franse rechter dat de tweede koper een onrechtmatige daad had gepleegd.¹⁰¹ Deze uitspraak is in 1974 bevestigd in een arrest waarin de *Cour de cassation* overwoog dat de tweede koper die op het moment van contractsluiting weet¹⁰² van de eerste koop, een onrechtmatige daad pleegt en dat hij zich niet kan verweren door aan te voeren dat de eerste koop niet was opgenomen in de openbare registers.¹⁰³

⁹⁸ Zie ook C. von Bar & U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, Sellier: European Law Publishers 2004, nr. 484 e.v.

⁹⁹ M. Billiau, 'L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel', in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 218 e.v.

¹⁰⁰ 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, nr. 244; M. Billiau, 'L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel', in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 219.

¹⁰¹ Cas. Civ. III 22 maart 1968, *Bull. nr.* 129.

¹⁰² Ook in dit verband wordt onder kennis verstaan 'weten' en volstaat 'behoren te weten' niet. Zie Cas. Civ. III, 28 mei 1979, *Bull. nr.* 116.

¹⁰³ Cas. Civ. III 30 januari 1974, *Bull. nr.* 50.

Uit deze arresten, die tot op de dag van vandaag geldend recht zijn,¹⁰⁴ wordt door sommige auteurs afgeleid dat de hoogste Franse rechter een subjectieve maatstaf hanteert ten aanzien van de publiciteit.¹⁰⁵ Een overdracht van een onroerend goed kan niet alleen aan een derde worden tegengeworpen wanneer deze is ingeschreven in de openbare registers, maar ook wanneer de derde van de overdracht op de hoogte is. Deze interpretatie van de rechtspraak roept echter een belangrijke vraag op. Wanneer een overdracht aan een derde die ervan op de hoogte is, kan worden tegengeworpen, waarom moet dan worden vastgesteld dat de derde een onrechtmatige daad (*faute*) heeft gepleegd? Met andere woorden: waarom baseert de *Cour de cassation* zijn uitspraken op 1382 Cc en niet op het prioriteitsbeginsel uit het goederenrecht, dat inhoudt dat oudere goederenrechtelijke rechten voorrang hebben op later gevestigde rechten?¹⁰⁶ Deze vraag rijst echter niet wanneer de jurisprudentie zo wordt geïnterpreteerd dat de *overdracht* moet worden ingeschreven in de openbare registers om aan derden te kunnen worden tegengeworpen. De *overeenkomst* is daarentegen, in overeenstemming met het algemene beginsel van *opposabilité des contrats aux tiers*, via artikel 1382 Cc wél tegenwerpbaar aan derden die van het bestaan ervan op de hoogte zijn.¹⁰⁷ In goederenrechtelijke zin is de derde dus eigenaar, maar hij stelt zichzelf wel bloot aan de sancties die gepaard gaan met zijn onrechtmatige daad (de betrokkenheid bij contractbreuk).

11.3 Dubbele verkoop van roerende zaken

Voor de tegenwerpbaarheid van een overdracht van roerende zaken aan derden is de publiciteit eveneens van doorslaggevend belang. Het bezit speelt in dit verband een belangrijke rol. Artikel 2276 Cc bepaalt dat bij roerende lichamelijke zaken het bezit als titel (eigendomsrecht) geldt. Artikel 1141 Cc bepaalt dat, indien een roerende zaak aan twee verschillende personen is beloofd, degene die het eerste de zaak onder zich krijgt als eigenaar wordt aangemerkt, zelfs wanneer hij de overeenkomst later had gesloten, mits hij te goeder trouw was op het moment dat hij de zaak in bezit kreeg. Ook bij de overdracht van roerende zaken is het consensualisme dus omwille van de rechtszekerheid beperkt. Voor een vlot lopend handelsverkeer is het noodzakelijk dat men ervan mag uitgaan dat de

¹⁰⁴ Zie, met verwijzingen naar rechtspraak, J. Ghestin & G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2008, nr. 205.

¹⁰⁵ M. Billiau, 'L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel', in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 218.

¹⁰⁶ Zie ook M. Billiau, 'L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel', in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 219; M. Levis, *L'opposabilité du droit réel* (diss. Paris II), Parijs: Economica 1989, p. 196 e.v.

¹⁰⁷ 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, nr. 245.

bezitter tevens eigenaar is en dit niet steeds hoeft te verifiëren.¹⁰⁸ De vraag rijst of dit anders is wanneer de derde wel op de hoogte was van de eerdere overeenkomst en dus te kwader trouw was. Aannemelijk is dat de *overdracht* in een dergelijk geval niet aan deze derde kan worden tegengeworpen, maar dat hij wel verplicht is om de *overeenkomst* te respecteren, en dat de eerste verkrijger een actie kan instellen op grond van artikel 1382 Cc.¹⁰⁹

12 Overige voorwaarden voor aansprakelijkheid

12.1 Schade

Voor aansprakelijkheid is naast een *faute* ook schade vereist die voor vergoeding in aanmerking komt (*dommage réparable*). De Franse rechter hanteert een ruim schadebegrip. De eiser moet weliswaar kunnen aantonen dat hij schade heeft geleden, maar er worden geen voorwaarden gesteld aan de aard van het bewijs en de rechter heeft een grote discretionaire bevoegdheid en mag het bewijs naar eigen inzicht waarderen.¹¹⁰ De liberale houding blijkt ook uit het feit dat de Franse rechter vrijwel geen problemen heeft met de vergoeding van zui-vere vermogensschade.¹¹¹

Ondanks het ruime schadebegrip moet de schade wel aan bepaalde eisen voldoen. In de eerste plaats moet de schade zeker zijn; de eiser moet kunnen bewijzen dat hij daadwerkelijk verlies heeft geleden of winst is misgelopen. Het vereiste van zekere schade is echter ook vervuld wanneer de eiser met zekerheid kan aantonen dat hij toekomstige schade zal lijden.¹¹² Eventuele schade is daarentegen onvoldoende.¹¹³ In de tweede plaats wordt alleen directe schade, dus schade die het rechtstreekse gevolg is van de onrechtmatige daad, vergoed. De vraag of de schade als directe schade wordt aangemerkt, wordt echter vooral beschouwd als een causaliteitsvraag, waarop in paragraaf 12.2 zal worden ingegaan.

De schade die het gevolg is van de betrokkenheid van een derde bij wanprestatie bestaat in de meeste gevallen uit de schade die voortvloeit uit de niet-nakoming van de overeenkomst. Dat ook andere schade – zoals immateriële schade – voor vergoeding in aanmerking komt, blijkt niet uit de rechtspraak,

¹⁰⁸ Zie ook M. Billiau, 'L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel', in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 205.

¹⁰⁹ R. Wintgen, 'L'Opposabilité des Contrats aux Tiers et par les Tiers', in: C. von Bar & U. Drobniç, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München: Sellier 2004, nr. 637.

¹¹⁰ G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2006, nr. 248.

¹¹¹ M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 126-131.

¹¹² F. Terré, P. Simler en Y. Lequette, *Droit civil. Les Obligations*, Parijs: Dalloz 2009, nr. 700.

¹¹³ Zie bijv. Cas. Civ. III 13 december 1977, *Bull. nr. 440*.

maar lijkt niet uitgesloten.¹¹⁴ Schade die al is vergoed, komt vanzelfsprekend niet nogmaals voor vergoeding in aanmerking.¹¹⁵ Bij de vaststelling van de schade moet dus rekening worden gehouden met eventuele vergoedingen die door de wanprestant aan de benadeelde zijn betaald.¹¹⁶

12.2 Causaal verband

Het laatste vereiste voor aansprakelijkheid is de aanwezigheid van causaal verband tussen de *faute* en de schade. In artikel 1511 Cc wordt bepaald dat alleen schade die het ‘*immédiate et directe*’ gevolg is van de schending van een overeenkomst voor vergoeding in aanmerking komt. Het beginsel dat alleen directe schade wordt vergoed, wordt op grond van de rechtspraak ook voor buitencontractuele aansprakelijkheid aanvaard.¹¹⁷ Over de vraag wanneer de schade kan worden beschouwd als het directe gevolg van de *faute* bestaat echter discussie. In de Franse literatuur zijn verschillende theorieën voorgesteld ter invulling van het causaliteitscriterium, waarbij vooral inspiratie is geput uit de Duitse doctrine.¹¹⁸ De theorie die de meeste invloed heeft gehad op de rechtspraak, is de adequatieleer.¹¹⁹ Volgens deze theorie is een causaal verband aanwezig wanneer de schade een redelijkerwijs voorzienbaar gevolg is van de daad van de gedaagde. Uit de rechtspraak blijkt echter dat in bijzondere gevallen causaliteit kan worden ontkend, ondanks dat de schade redelijkerwijs voorzienbaar was. Zo wordt causaliteit niet aangenomen wanneer de *faute* bestaat uit de overtreding van een wettelijke norm die niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals deze door de benadeelde is geleden.¹²⁰ Hoewel het Franse recht geen afzonderlijk relativiteitsvereiste kent, kan het beschermingsbereik van de geschonden norm dus wel een rol spelen bij de causaliteitsvraag.

¹¹⁴ Dat immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt in geval van onrechtmatige daad, is al lang door de jurisprudentie aanvaard. Lange tijd was onzeker of immateriële schade ook in geval van contractbreuk voor vergoeding in aanmerking kan komen, maar tegenwoordig wordt in de rechtspraak aangenomen dat deze vorm van schade ook valt onder het contractuele schadebegrip, zie F. Terré, P. Simler en Y. Lequette, *Droit civil. Les Obligations*, Parijs: Dalloz 2009, nr. 562. Zie over de vergoedbaarheid van immateriële schade bij onrechtmatige daad uitgebreid G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2006, nr. 253 e.v.

¹¹⁵ G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2006, nr. 285.

¹¹⁶ Zoals onder in par. 16.1 aan de orde zal komen, hoeft de schade waarvoor de wanprestant aansprakelijk kan worden gesteld, niet gelijk te zijn aan de schade waarvoor de derde aansprakelijk is.

¹¹⁷ G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2006, nr. 348.

¹¹⁸ M. Bacache-Gibeili, *Traité de droit civil. Tome 5. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs: Economica 2012, nr. 453 e.v.; G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2006, nr. 338.

¹¹⁹ F. Terré, P. Simler en Y. Lequette, *Droit civil. Les Obligations*, Parijs: Dalloz 2009, nr. 860; G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2006, nr. 340-1.

¹²⁰ G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2006, nr. 358.

In de rechtspraak over de betrokkenheid van derden bij wanprestatie levert het causaliteitsvereiste geen bijzondere problemen op. Wanneer de derde op de hoogte is geweest van het contract en heeft deelgenomen aan de schending ervan, wordt het causale verband tussen zijn deelname aan de schending en de schade die uit de niet-nakoming van het contract voortvloeit doorgaans verondersteld.

III OVERIGE KWESTIES

13 Remedies

13.1 Schadevergoeding

Een derde die bewust andermans overeenkomst niet eerbiedigt, kan op grond van het Franse recht worden veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding. Anders dan voor schadevergoeding die wordt gebaseerd op contractbreuk, kent de *Code civil* geen specifieke regeling voor schadevergoeding bij onrechtmatige daad. De regels die gelden zijn in de rechtspraak ontwikkeld op basis van artikel 1382 Cc. Het uitgangspunt van het Franse schadevergoedingsrecht is dat schadevergoeding in geld wordt uitgekeerd. Binnen het leerstuk van *opposabilité des contrats aux tiers* is de vraag gerezen hoe de hoogte van het geldbedrag moet worden bepaald. In de literatuur is wel gesuggereerd dat maatstaven uit het contractenaansprakelijkheidsrecht moeten worden gehanteerd.¹²¹ Het hanteren van criteria uit het contractenrecht heeft onder meer tot gevolg dat wanneer het contract een boetebeding bevat, de derde die betrokken is geweest bij de niet-nakoming van dit contract kan worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding ter hoogte van de contractueel vastgelegde boete. Tegen deze zienswijze kan als bezwaar worden ingebracht dat zij op gespannen voet staat met het feit dat de aansprakelijkheid van de derde buitencontractueel van aard is.¹²²

De hoogte van de schadevergoeding blijft beperkt tot de schade die door de eiser is geleden. Het Franse recht kent geen mogelijkheid tot het toekennen van *punitive damages*.¹²³ Ten aanzien van de proceskosten bepaalt artikel 696 van de *Code de procédure civile* (verder: CdpC) dat de verliezende partij in beginsel in de proceskosten wordt veroordeeld, maar dat de rechter hiervan gemotiveerd kan afwijken.

¹²¹ Zie R. Demogue, *Traité des obligations en général*, deel VII, Parijs: A. Rousseau 1933, nr. 1184; B. Starck, 'Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui', *J.C.P.* 1954- I (1180), nr. 70.

¹²² Zie J. Ghestin & G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2008, nr. 208.

¹²³ Zie G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité : exécution et réparation en nature, dommages et intérêts, aménagements légaux et conventionnels de la responsabilité, assurance de responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2001, nrs. 4-6. Wel bepaalt artikel L. 442-6 lid III Cdc dat de Minister van Economische Zaken en de officier van justitie de rechter kunnen vragen om een boete op te leggen van maximaal twee miljoen euro.

13.2 Nietigheid van het tweede contract

Hoewel de schadevergoeding in geld voorop staat, kan onder omstandigheden ook schadevergoeding in natura worden toegekend. Deze vorm van schadevergoeding lijkt het meest aangewezen in gevallen waarin een derde bewust betrokken is geweest bij de niet-nakoming van een koopovereenkomst, omdat de eerste koper dan alsnog over het aan hem beloofde goed kan beschikken. De hoogste Franse rechter heeft echter in diverse arresten, waarin sprake was van dubbele verkoop van een onroerend goed, voor een andere oplossing gekozen en de tweede overeenkomst nietig verklaard. Als gevolg van de nietigverklaring kan de tweede overeenkomst niet jegens de eerste koper worden tegengeworpen, ook al was de tweede koopovereenkomst ingeschreven in de openbare registers en de eerste overeenkomst niet.¹²⁴ Het resultaat van deze oplossing is echter vergelijkbaar met de schadevergoeding in natura: de eerste koper wordt alsnog de eigenaar van het goed.¹²⁵

Artikel L. 1237-3 Cdt bepaalt dat de nieuwe werkgever die onder de genoemde voorwaarden een werknemer in strijd met diens eerder gesloten arbeidsovereenkomst in dienst neemt, aansprakelijk kan worden gesteld voor alle schade die de voormalige werkgever lijdt als gevolg van de schending van die overeenkomst. Het laatst gesloten contract blijft hier echter onverminderd van kracht.

13.3 Rechterlijk verbod

De *Code civil* kent geen specifieke bepaling waarin het rechterlijk verbod of bevel wordt geregeld. Artikel 1382 Cc ziet op de vergoeding van de schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad, niet op preventie.¹²⁶ De Franse rechter heeft echter een grote discretionaire bevoegdheid om de maatregelen nemen die hem opportuun lijken.¹²⁷ Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter in sommige gevallen remedies combineert, zoals schadevergoeding met een verbod voor de toekomst op het verkopen van producten in strijd met een exclusiviteitsbeding.¹²⁸

¹²⁴ Cas. Civ. III 22 maart 1968, *Bull. nr.* 129.

¹²⁵ Zie uitgebreid 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, nr. 257 e.v.

¹²⁶ Zie ook W.H. van Boom, 'Comparative notes on injunction and wrongful risk-taking', 17 *M.J.* 2010-1, p. 18.

¹²⁷ Zie H. Stoll, 'Consequences of liability: remedies', in: *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI Torts*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1986, nr. 64.

¹²⁸ Zie voor verwijzingen naar deze rechtspraak J. Ghestin & G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2008, nr. 208. In de in par. 10.2.3 besproken zaak tussen eBay en de verschillende parfumeriebedrijven was eBay door de lagere en de appelrechter veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding, maar werd ook een verbod aan eBay opgelegd om in de toekomst op directe of indirecte wijze deel te nemen aan de schending van de selectieve distributieovereenkomsten van de parfumbedrijven, op straffe van een dwangsom. Zie respectievelijk de uitspraken van het *Tribunal*

14 Verjaring

Tot 2008 was de verjaringstermijn voor de aansprakelijkheid die voortvloeit uit onrechtmatige daad tien jaar. Tegenwoordig geldt op grond van artikel 2224 Cc een verjaringstermijn van vijf jaar, die zowel van toepassing is op contractuele als op buitencontractuele aansprakelijkheid. De verjaringstermijn vangt aan op het moment dat de gelaedeerde wist of behoorde te weten van het beslissende feit waardoor aan hem schade is toegebracht. Deze termijn geldt niet alleen voor vorderingen tegen derden wegens hun betrokkenheid bij wanprestatie die zijn gebaseerd op artikel 1382 Cc, maar ook voor vorderingen die tegen de nieuwe werkgever van een werknemer worden ingediend op grond van artikel L. 1237-3 Cdt. Voor vorderingen die zijn gebaseerd op artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc geldt op basis van artikel L. 110-4 Cdc eveneens een verjaringstermijn van vijf jaar. De objectieve verjaringstermijn is op grond van artikel 2232 Cc twintig jaar vanaf het moment dat de aanspraak ontstaat.

15 Bewijs

Op grond van artikel 9 Cdpc moeten partijen de feiten bewijzen die ten grondslag liggen aan hun vordering. Dit betekent dat de eiser die een beroep wil doen op de tegenstelbaarheid van zijn overeenkomst, moet aantonen dat hij een geldige overeenkomst had, dat de gedaagde op de hoogte was van de overeenkomst, dat de overeenkomst is geschonden, dat de gedaagde heeft geholpen bij deze schending en dat hij als gevolg van de schending van het contract schade heeft geleden. Voor de waardering van het bewijs geldt als uitgangspunt dat de rechter de persoonlijk overtuiging moet hebben dat het gestelde juist is. Daar staat tegenover dat de wet voor een aantal bewijsmiddelen (zoals authentieke akten) de bewijskracht bepaalt, die door de rechter erkend moet worden.¹²⁹

Ten aanzien van de bewijsmiddelen wordt in het Franse privaatrecht onderscheid gemaakt tussen twee bewijsstelsels. Onder het eerste stelsel geldt het beginsel van vrije bewijsvoering (*preuve libre*), wat betekent dat aan de bewijsstukken geen speciale voorwaarden worden gesteld. Dit systeem is van toepassing op '*faits juridiques*' (rechtsfeiten). Rechtshandelingen, zoals contracten, vallen onder het tweede stelsel, waarvoor alleen schriftelijk bewijs wordt geaccepteerd (*preuve légale*). Getuigenbewijs of vermoedens volstaan niet. Een procespartij die een beroep doet op een of meerdere verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, zal deze overeenkomst dus aan de hand van schriftelijke bewijsmiddelen moeten aantonen. Op de regel dat contracten moeten worden

de Commerce van 30 juni 2008 en van de *Cour d'appel de Paris* van 3 september 2010, die worden aangehaald in Cas. Com. 3 mei 2012, *Bull. nr.* 89.

¹²⁹ R. Genin-Meric, 'Droit de la Preuve: l'Exemple Français', in: J.M. Lebre de Freitas (red.), *The Law of Evidence in the European Union*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, p. 149.

bewezen bij geschrift bestaan echter enkele belangrijke uitzonderingen.¹³⁰ Zo hoeft geen schriftelijk bewijs worden geleverd wanneer de rechtshandeling een waarde vertegenwoordigt van 800 euro of minder.¹³¹ Een andere uitzondering wordt gemaakt in artikel L. 110-3 Cdc, dat bepaalt dat voor ‘*actes de commerce*’ het beginsel van vrije bewijsvoering geldt. Onder ‘handelingen met een commercieel karakter’ vallen ook handelsovereenkomsten. De wetgever heeft echter ook op deze uitzondering weer een aantal uitzonderingen geformuleerd, onder meer voor contracten betreffende de verkoop van goodwill, waarvoor wel schriftelijk bewijs vereist is.¹³² Overigens is in de literatuur met betrekking tot contracten die schriftelijk bewijs nodig hebben betoogd dat wanneer een contractspartij het *bestaan* van de overeenkomst aan derden wil tegenwerpen, de overeenkomst moet worden beschouwd als een rechtsfeit, wat betekent dat ook andere bewijsmiddelen kunnen worden gehanteerd.¹³³

De wetenschap van de derde van het contract is een rechtsfeit dat bijvoorbeeld kan worden bewezen aan de hand van getuigenverklaringen. De Franse rechtspraak is echter van oudsher flexibel op dit punt en laat ook indirect bewijs toe, dus het bewijs van feiten waaruit de kennis van de derde kan worden afgeleid.¹³⁴ Ten aanzien van het vereiste van contractbreuk werd in de jurisprudentie over verkooporganisaties en selectieve distributie lange tijd een relatief lichte bewijslast aangenomen; de rechter nam snel aan dat de leverancier van de derde wanprestatie had gepleegd.¹³⁵ Tegenwoordig wordt echter meer nadruk gelegd op het vereiste dat sprake moet zijn van een schending van een overeenkomst, en moet de eiser kunnen aantonen dat de derde de producten niet op een reguliere wijze heeft verkregen.¹³⁶

16 Samenloopkwesities

16.1 Samenloop met vordering tegen wanprestant

In artikel L. 1237-3 Cdt wordt bepaald dat de aansprakelijkheid die uit deze bepaling voortvloeit voor een werkgever hoofdelijk van aard is. De benadeelde ex-werkgever kan dus zowel de wanpresterende werknemer als diens nieuwe werkgever aanspreken voor het volledige schadebedrag. Degene die betaalt, kan re-

¹³⁰ R. Genin-Meric, ‘Droit de la Preuve: l’Exemple Français’, in: J.M. Lebre de Freitas (red.), *The Law of Evidence in the European Union*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, p. 154-156.

¹³¹ Zie art. 1341 Cc. Dit bedrag werd in 1980 vastgesteld op 5000 Franse Francs (gelijk aan 800 euro) en sindsdien is de hoogte niet gewijzigd.

¹³² Zie art. L. 141-5 Cdc.

¹³³ Zie I. Marchessaux, ‘L’opposabilité du contrat aux tiers’, in: M. Fontaine & J. Ghestin (red.), *Les effets du contrat à l’égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs: L.G.D.J. 1992, p. 81-82.

¹³⁴ R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 316.

¹³⁵ Zie ook boven, par. 10.1.

¹³⁶ Zie boven, par. 10.2.3.

gres nemen op de ander. Ook wanneer de eiser zijn vordering baseert op artikel 1382 Cc wordt in de meeste gevallen hoofdelijke aansprakelijkheid aangenomen tussen de derde en de wanprestant,¹³⁷ waarbij de aansprakelijkheid van de derde wordt gebaseerd op het delictenrecht en van de contractspartij uiteraard op grond van het contractenrecht.¹³⁸

Hoofdelijke aansprakelijkheid kan echter alleen worden aangenomen in de gevallen waarin de schade die de derde en de wanprestant moeten vergoeden, dezelfde is. In een arrest uit 1998¹³⁹ oordeelde de handelskamer van de *Cour de cassation* dat het feit dat de wanprestant reeds is veroordeeld tot betaling van een boetebeding dat in het geschonden contract was opgenomen, niet in de weg hoeft te staan aan een veroordeling van de derde tot betaling van schadevergoeding.

Deze zaak betrof een kapster die in strijd met haar concurrentiebeding ging werken bij een kapsalon die vlak bij haar vorige werkgever was gevestigd. Op grond van het concurrentiebeding moest zij een contractueel vastgelegde boete betalen, waartoe zij in eerste en tweede instantie door de rechter werd veroordeeld. De *Cour d'appel* oordeelde echter dat de nieuwe werkgever van de kapster niet kon worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding wegens oneerlijke concurrentie. Een veroordeling zou volgens het hof een cumulatie betekenen van de boeteclausule en de schadevergoeding, hetgeen op grond van de *Code civil* verboden is. De *Cour de Cassation* oordeelde echter dat de vordering tegen de werknemer, die gebaseerd is op de overeenkomst, en de vordering tegen de nieuwe werkgever, gebaseerd op onrechtmatige daad, wel degelijk samen kunnen gaan omdat zij niet dezelfde schade hoeven te betreffen.

16.2 Samenloop met andere aansprakelijkheidsgronden

De verschillende bepalingen in de Franse wetgeving die als grondslag kunnen dienen voor een vordering wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie, sluiten elkaar niet uit. Zo kan een werkgever die zijn werknemer in strijd met zijn arbeidsovereenkomst ziet vertrekken naar een concurrent die van de overeenkomst op de hoogte is, zijn vordering baseren op artikel L. 1237-3 Cdt, maar ook op oneerlijke concurrentie (artikel 1382 Cc).¹⁴⁰

¹³⁷ Zie bijv. Cas. Civ. I 10 januari 1962, *Bull. nr. 24*; Cas. Com. 15 februari 1983, *Bull. nr. 61*.

¹³⁸ J. Ghestin & G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2008, nr. 207-4.

¹³⁹ Cas. Com. 24 maart 1998, *Bull. nr. 111*.

¹⁴⁰ Zie P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs: Dalloz 2012, nr. 978.

6 Het Engelse recht

1 Inleiding

1.1 ‘Obscure branch of the law’

Lange tijd bestond onduidelijkheid over de voorwaarden waaronder een derde naar Engels recht aansprakelijkheid kan worden gesteld wegens zijn betrokkenheid bij wanprestatie. In de uitspraak *OBG v. Allan*¹ uit 2007 heeft de *House of Lords* een groot aantal vraagstukken opgehelderd. De belangrijkste gronden waarop de aansprakelijkheid van de derde kan worden gebaseerd zijn de *Lumley tort* of de *unlawful means tort*. Beide *torts* kenmerken zich door strikte, vrij nauwkeurig omschreven aansprakelijkheidscriteria. In *OBG v. Allan* is de *House of Lords* bovendien expliciet ingegaan op de ratio van de *torts*, hetgeen vanuit rechtsvergelijkend perspectief als bijzonder kan worden beschouwd. Misschien juist vanwege de duidelijke, strenge aansprakelijkheidvoorwaarden is het belang van de beide *torts* beperkt. Het rechtsgebied van de *economic torts* – *torts* die betrekking hebben op vermogensschade die niet voortvloeit uit de personen- of zaakschade – wordt zelfs wel omschreven als een ‘*extremely obscure branch of the law*’.²

1.2 Opbouw

In deel I van dit hoofdstuk zullen de juridische grondslag en de ratio worden besproken, waarbij tevens wordt ingegaan op de ontwikkeling van de aansprakelijkheid in het Engelse recht. De reikwijdte van de aansprakelijkheid wordt in deel II geanalyseerd. De focus ligt in dit deel bij de *Lumley tort* en de *unlawful means tort*, maar tevens wordt aandacht besteed aan andere mogelijke aansprakelijkheidsgronden. Ook wordt de kwestie behandeld of de gedaagde als derde moet kunnen worden gekwalificeerd. In deel III komen tenslotte de beschikbare remedies, verjaring, bewijs en verschillende samenloopkwesties aan bod. Vanwege de verschillen met het onrechtmatigedaadsrecht van de in de vorige hoofdstukken besproken Europees-continentale jurisdicties wordt begonnen met een algemene introductie in de *common law of torts*.

¹ [2008] 1 AC 1.

² Aldus Lord Hoffmann in *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 36.

1.3 Common law of torts

Engeland kent, zoals alle jurisdicties die behoren tot de *common law*-rechtsfamilie, geen algemeen verbintenissenrecht, maar een gescheiden ‘*law of contracts*’ en ‘*law of torts*’. Deze deelgebieden hebben zich relatief autonoom van elkaar ontwikkeld.³ De *law of torts*, waartoe ook de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij andermans wanprestatie behoort, wijkt op een aantal punten sterk af van met name het Nederlandse en Franse, maar ook het Duitse delictenrecht.

De *law of torts* is, zoals de meeste privaatrechtelijke deelgebieden in het Engelse recht, hoofdzakelijk rechtersrecht. Kenmerkend voor *common law*-jurisdicties is dat een gerechtelijke uitspraak niet alleen geschilbeslechting tot doel heeft, maar tevens een precedent vormt voor toekomstige zaken. Het beginsel dat toekomstige geschillen op dezelfde manier dienen te worden beslist als geschillen in het verleden, wordt aangeduid met de term *stare decisis*. Hierbij is de hiërarchie van de gerechten van belang. De lagere rechter is gebonden aan de uitspraken van een rechter die hiërarchisch boven hem staat. In het Verenigd Koninkrijk betekent dat alle rechters gebonden zijn aan de beslissingen van de *Supreme Court* – tot 2009 de *House of Lords*⁴ – en dat de beslissingen van de *Court of Appeal* bindend zijn voor de *High Courts* en *County Courts* en speciale gerechten, zoals de *Employment Appeal Tribunal*. Bovendien is de *Court of Appeal* – behoudens enkele uitzonderingen – gebonden aan eigen uitspraken. De *Supreme Court* mag op zijn eigen beslissingen terugkomen wanneer ‘*it appears right to do so*’,⁵ maar van deze bevoegdheid wordt niet vaak gebruikgemaakt. Niet de gehele rechterlijke uitspraak heeft precedentwerking, er dient onderscheid te worden gemaakt tussen de *holding* (de beslissing) en het *obiter dictum* (overwegingen ten overvloede) van de uitspraak. De *stare decisis* strekt zich alleen uit tot de *holding*, dat de punten bevat waarop de uitspraak is gebaseerd (de rechtsregel); deze heeft *mandatory authority*. Het overige dat door de rechter is overwogen, het *obiter dictum*, heeft geen bindende kracht, maar is wel gezaghebbend (*persuasive authority*).

Anders dan in de continentaal-Europese rechtsstelsels die in de vorige hoofdstukken zijn geanalyseerd, ligt aan de buitencontractuele aansprakelijkheid in de *common law* geen algemeen beginsel ten grondslag. De *law of torts* omvat

³ W.J. Zwalve, C.Æ. Uniken Venema’s *Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 415.

⁴ De *House of Lords* is een van twee kamers van het Britse parlement. Tot oktober 2009 was de *House of Lords* naast medewetgever tevens het hoogste rechtsprekende orgaan voor civielrechtelijke zaken in het Verenigd Koninkrijk en voor strafzaken in Engeland, Wales en Noord-Ierland. Na deze datum is de rechtsprekende taak van de *House of Lords* overgeheveld naar een nieuwe instantie, de *UK Supreme Court*. Alle twaalf *law lords* – de rechters die zetelden in de *House of Lords* – werden op 1 oktober 2009 aangesteld als rechter van de *UK Supreme Court*. Zij blijven lid van de *House of Lords*, maar mogen hierin niet langer zitting nemen of stemmen, waardoor een scheiding tussen de rechtsprekende macht en het parlement is bewerkstelligd. De rechters die nadien zijn aangesteld zijn geen lid van de *House of Lords*.

⁵ *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 WLR 1234.

een groot aantal specifieke *torts*. Elke *tort* heeft zijn eigen aansprakelijkheidsvoorwaarden, waardoor de *law of torts* een zekere gelijkenis vertoont met het Nederlandse strafrecht.⁶ De verschillende *torts* worden meestal ingedeeld naar de grondslag waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen *intent*, *strict liability* en *negligence*.⁷ Bij *intentional torts* is de intentie van de dader een essentiële voorwaarde voor aansprakelijkheid.⁸ De laedens moet het oogmerk hebben gehad om met zijn gedrag bepaalde gevolgen (bijvoorbeeld schade aan de gelaedeerde) te bewerkstelligen. Zowel de *Lumley tort* als de *unlawful means tort*, de belangrijkste grondslagen om aansprakelijkheid jegens derden aan te nemen wegens betrokkenheid bij wanprestatie, is een *intentional tort*. Bij *strict liability* is verwijtbaar gedrag van de gedaagde geen voorwaarde, maar vormt de risicogedachte de grondslag voor de aansprakelijkheid.⁹ Van *negligence* is sprake wanneer op de gedaagde een *duty of care* (vgl. zorgvuldigheidsnorm) rustte, die hij heeft geschonden en waaruit schade is ontstaan.

1 JURIDISCHE GRONDSLAG EN RATIO

2 Juridische grondslag

2.1 Lumley v. Gye

Het Engelse recht kent meerdere gronden op basis waarvan een derde aansprakelijk kan worden gesteld wegens zijn betrokkenheid bij wanprestatie. De belangrijkste zijn de *Lumley tort* (ook wel de *tort of inducing a breach of contract* genoemd) en de *unlawful means tort*. Deze *torts* hebben hun oorsprong in de rechtspraak uit de tweede helft van de negentiende eeuw. Tot 1853 kende de *common law* geen algemene regels op basis waarvan een derde die betrokken was bij contractbreuk aansprakelijk kon worden gesteld.¹⁰

In de literatuur wordt wel betoogd dat de wortels van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij wanprestatie in de *common law* liggen in het vroeg-Romeinse recht. Dit recht kende een actie tot genoegdoening toe aan de *pater familias* indien iemand uit zijn huishouden (vrouw, kinderen, slaven) ietsel was toegebracht (*actio iniuriarum*).¹¹ De Engelse rechtsgeleerde Bracton putte in de dertiende eeuw inspiratie uit deze Romeinse actie en onder zijn invloed werd in het begin van de veertiende eeuw in de *common law* een actie toegekend aan een

⁶ W.J. Zwalve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 418; J.G. Fleming, *The Law of Torts*, Sydney: The Law Book Company 1992, p. 5.

⁷ Zie o.a. O.W. Holmes, 'The Theory of Torts', 7 *Am. L. Rev.* 1873; J.G. Fleming, *The Law of Torts*, Sydney: The Law Book Company 1992, p. 15.

⁸ O.W. Holmes, 'The Theory of Torts', 7 *Am. L. Rev.* 1873, p. 653.

⁹ W.J. Zwalve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 406.

¹⁰ Note, 'Tortious Interference with Contractual Relations in the Nineteenth Century: The Transformation of Property, Contract and Tort', 93 *Harv. L. Rev.* 1980, p. 1520.

¹¹ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 979.

patroon (*master*) die schade had geleden doordat een derde letsel had toegebracht aan zijn bediende (*servant*). Waar de vordering uit het Romeinse recht echter al slaagde wanneer de meester kon aantonen dat zijn slaaf letsel had opgelopen, moest op grond van de *common law* door de patroon worden aangetoond dat hij zelf schade had geleden omdat hij geen gebruik had kunnen maken van de diensten van zijn bediende. Het gebruikmaken van geweld was zowel in het Romeinse recht als in de *common law* een voorwaarde voor het ontstaan van de actie.¹² Toen Engeland in de veertiende eeuw werd getroffen door de pest, en er een nijpend tekort aan arbeidskrachten ontstond, werd de actie uitgebreid. In 1349 werd de *English Ordinance of Labourers*¹³ van kracht, waarin een wettelijke mogelijkheid werd gecreëerd voor een patroon om een vordering in te stellen tegen een derde die zijn bediende bij hem had weggelokt. Een bindende, afdwingbare arbeidsovereenkomst was geen noodzakelijke voorwaarde voor deze actie; voldoende was dat de gedaagde wist dat de bediende zijn diensten aan de eiser verleende.¹⁴ Aan het einde van de vijftiende eeuw werd het onder het bewind van koning Henry VII (1485-1509) ook mogelijk een vordering in te stellen tegen een derde die een pachter (*tenant*) had weggelokt bij zijn landeigenaar (*landlord*). Deze regel had betrekking op *tenancy-at-will*, waarbij de pachter op elk moment de *landlord-tenant*-relatie kon verbreken. Wanneer de relatie werd beëindigd, kon de landeigenaar geen vordering instellen tegen de pachter. Omdat hij wel een vordering kon instellen tegen de derde die pachter had weglokt, had de landeigenaar alsnog een verhaalsmogelijkheid.¹⁵ De bovengenoemde vorderingen vloeiden niet voort uit het feit dat er sprake was van een schending van een contractueel belang, maar uit de verstoring van een door het recht erkende bijzondere relatie tussen *master* en *servant* en *landlord* en *tenant*.¹⁶

In 1853 wees de *Queen's Bench Division* de uitspraak *Lumley v. Gye*.¹⁷ De zaak betrof een geschil tussen twee concurrerende Londense theaterexploitanten.¹⁸ Benjamin Lumley, directeur van Her Majesty's Theatre, had een overeenkomst gesloten met de beroemde operazangeres Johanna Wagner op grond waarvan Wagner gedurende de maanden april, mei en juni 1852 exclusief in Lumleys theater optreden. De directeur van de Royal Italian Opera, Frederick Gye, was op de hoogte van dit contract en bood Wagner een aanzienlijk hoger bedrag dan Lumley om in zijn theater te komen zingen. Wagner ging op het aanbod in, waarop Lumley Wagner dagvaardde wegens contractbreuk¹⁹ en tegen Gye een

¹² Zie F.B. Sayre, 'Inducing Breach of Contract', 36 *Harv. L. Rev.* 1923, p. 664.

¹³ 23 *Edw. III* [1349].

¹⁴ F.B. Sayre, 'Inducing Breach of Contract', 36 *Harv. L. Rev.* 1923, p. 666.

¹⁵ D.C. Dowling, 'A Contract Theory for a Complex Tort: Limiting Interference with Contract Beyond the Unlawful Means Test', 40 *U. Miami L. Rev.* 1986, p. 495.

¹⁶ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 979.

¹⁷ [1853] 2 *El & Bl* 216.

¹⁸ Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de feiten S.M. Waddams, 'Johanna Wagner and the Rival Opera Houses', 117 *L.Q.R.* 2001, p. 431-458.

¹⁹ *Lumley v. Wagner* [1852] 1 *De GM & G* 604. Ook deze zaak is van belang geweest voor de ontwikkeling van het Engelse recht. Lumley vorderde dat Wagner een verbod werd opgelegd om voor Gye op te treden. Op grond van de *common law* kan arbeid niet via een vordering tot nakoming (*specific performance*) worden afgedwongen. Een verplichting uit

vordering instelde wegens het aanzetten tot die breuk. Aan het einde van de achttiende eeuw was in twee zaken een soortgelijke vordering afgewezen omdat het gedrag van derde volgens de rechters in een te ver verwijderd verband stond met de schade van de gelaedeerde.²⁰ In *Lumley v. Gye* werd deze rechtspraak door de *Queen's Bench Division* ter zijde gesteld en aanvaardde het gerecht dat het veroorzaken van een contractbreuk een *tort* oplevert.

De rechters kwamen echter niet unaniem tot deze beslissing. Een van de moeilijkheden was dat de relatie tussen Lumley en Wagner niet kon worden gekwalificeerd als een traditionele *master-servant*-relatie, maar een verhouding betrof tussen twee 'gelijkwaardige' partijen. De vraag rees of het aannemen van aansprakelijkheid in strijd zou zijn met de *Statute of Labourers*,²¹ die alleen bepaalde dat het weglukken van een *servant* tot aansprakelijkheid leidde.²² Volgens twee rechters moest de wettelijke regel niet zo worden uitgelegd dat hij in de weg stond aan aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van wanprestatie in andere verhoudingen dan die tussen *master* en *servant*. Ook in gevallen als het onderhavige, waarin sprake was van een geldige overeenkomst die betrekking had op het verrichten van persoonlijke diensten voor een bepaalde periode, moest het bewerkstelligen van contractbreuk worden aangemerkt als een *tortious act*.²³

Justice Erle kwam eveneens tot de conclusie dat Gye aansprakelijk was, maar hanteerde een andere grondslag. Uit zijn overwegingen blijkt dat hij Gye beschouwde als 'medepleger' van de wanprestatie.

*'It is clear that the procurement of the violation of a right is a cause of action in all instances where the violation is an actionable wrong, as in violations of a right to property, whether real or personal, or to personal security: he who procures the wrong is a joint wrong-doer, and may be sued, either alone or jointly with the agent, in the appropriate action for the wrong complained of.'*²⁴

Justice Coleridge was de enige die een *dissenting opinion* aanleverde en zich distancieerde van het standpunt dat het gedrag van Gye een *tort* opleverde. Coleridge refereerde aan het beginsel van *privity of contract* (het contractuele relativiteitsbeginsel) en overwoog '(...) *that in respect of breach of contract the general rule of our law is to confine its remedies by action to the contracting parties (...)*'.²⁵ Omdat de schade het gevolg was van de wanprestatie en Gye geen contractspartij was, kon hij volgens Coleridge niet aansprakelijk worden

een arbeidsovereenkomst om niet te doen – zoals de op Wagner rustende verplichting om alleen voor Lumley en niet elders op te treden – kon volgens de *Queen's Bench Division* echter wel worden afgedwongen, via een rechterlijk verbod (*prohibitory injunction*).

²⁰ *Taylor v. Neri* [1795] 170 ER 393 (uitspraak van de *Court of Common Pleas*); *Ashley v. Harrison* [1793] 170 ER 276 (uitspraak van de *Court of King's Bench*).

²¹ De *Statute of Labourers* (1391) was de opvolger van de bovengenoemde *English Ordinance of Labourers*.

²² Zie F.B. Sayre, 'Inducing Breach of Contract', 36 *Harv. L. Rev.* 1923, p. 667.

²³ Zie *Lumley v. Gye* [1853] 2 El & Bl 216, p. 229 en 240.

²⁴ *Lumley v. Gye* [1853] 2 El & Bl 216, p. 232.

²⁵ *Lumley v. Gye* [1853] 2 El & Bl 216, p. 246.

gesteld. Coleridge was tevens van mening dat het verband tussen de schade en de gedragingen van Gye – het veroorzaken van wanprestatie – te zwak was om Gye ervoor verantwoordelijk te kunnen stellen.²⁶

De *privity of contract* was volgens de andere rechters geen argument om de vordering van Lumley af te wijzen. In de rechtspraak na *Lumley v. Gye* heeft het beginsel van contractuele relativiteit geen rol meer gespeeld in zaken over derdenbetrokkenheid bij wanprestatie.

2.2 Allen v. Flood

Ondanks het feit dat *Lumley v. Gye* slechts een uitspraak betrof van de *Queen's Bench Division*²⁷ en daarmee formeel niet bindend voor hogere rechters, heeft hij een grote invloed gehad op de ontwikkeling van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid van derden bij wanprestatie in de *common law*. Toch duurde het tot 1881 voordat de uitspraak werd gevolgd, in een zaak die evenals *Lumley v. Gye* een exclusief contract voor persoonlijke dienstverlening betrof.²⁸ De vraag of de *Lumley tort* ook op andere soorten contracten kon worden toegepast werd echter pas in 1893 in *Temperton v. Russell*²⁹ beslist. In deze zaak werd de aansprakelijkheidsregel toepasselijk geacht op een koopovereenkomst.

De volgende belangrijke fase in de jurisprudentie wordt gemarkeerd door de uitspraak van de *House of Lords* in *Allen v. Flood* uit 1897.³⁰ In deze zaak hadden de gedaagden geen wanprestatie uitgelokt of bevorderd, maar de rechtmatige beëindiging van de arbeidsrelatie tussen de eisers en hun werkgever bewerkstelligd.

De gedaagden in *Allen v. Flood* waren vakbondsvertegenwoordigers, die opkwamen voor de belangen van de staalarbeiders die voor het bedrijf Glengall Iron Company reparatiewerkzaamheden uitvoerden aan het ijzerwerk van een schip. De eisers, scheepswerkers, waren eveneens door Glengall aangesteld maar dan om reparaties te verrichten aan het houtwerk van het schip. Zij hadden geen vaste contracten en konden op elk moment door Glengall worden ontslagen. De staalarbeiders waren het ermee oneens dat deze scheepswerkers waren aangenomen, aangezien zij in het verleden voor een andere onderneming ook reparaties hadden verricht aan het staalwerk van een schip en daardoor de staalarbeiders het werk hadden afgenomen. De staalarbeiders stuurden een vertegenwoordiger van de vakbond naar Glengall om te vertellen dat zij hun

²⁶ *Lumley v. Gye* [1853] 2 El & Bl 216, p. 249.

²⁷ Tegen de uitspraak werd geen beroep ingesteld. Wel werd de zaak terugverwezen naar een jury, aangezien er nog enkele feitelijke vragen moesten worden beantwoord. Uiteindelijk verloor Lumley zelfs: de jury oordeelde dat Gye te goeder trouw zou hebben aangenomen dat Wagner niet meer gebonden was aan het contract met Lumley omdat Lumley te laat zou zijn geweest met zijn eerste aanbesteding aan Wagner. Zie ook S.M. Waddams, 'Johanna Wagner and the Rival Opera Houses', 117 *L.Q.R.* 2001, p. 456.

²⁸ *Bowen v. Hall* [1881] 6 QBD 333.

²⁹ [1893] 1 QBD 715. *Bowen v. Hall* en *Temperton v. Russell* zijn evenals *Lumley v. Gye* slechts uitspraken van de *Queen's Bench Division*, maar worden nog steeds als zeer invloedrijk beschouwd.

³⁰ [1898] AC 1.

werkzaamheden pas zouden vervolgen wanneer Glengall de scheepswerkers zou ontslaan. Als gevolg van deze mededeling beëindigde Glengall de arbeidscontracten met de scheepswerkers.

De scheepswerkers stelden een vordering in tegen de vertegenwoordigers van de vakbond, wegens ‘*maliciously and wrongfully and with intent to injure the plaintiffs procuring and inducing the Glengall Company to break their contract with the plaintiffs and not to enter into new contracts with them*’. De *House of Lords* oordeelde echter dat de vertegenwoordigers van de vakbond geen onrechtmatige middelen, *unlawful means*, hadden gebruikt en het gedrag van de gedaagden niet om die reden als onrechtmatig kon worden bestempeld. Ook de *Lumley tort* was volgens de *House of Lords* niet van toepassing; de gedaagden hadden Glengall niet aangezet tot het plegen van contractbreuk; Glengall was immers bevoegd om de contracten met de eisers op elk willekeurig moment te beëindigen. Hiermee nam de *House of Lords* afstand van de *Queen’s Bench Court*, die in *Temperton v. Russell*³¹ had overwogen dat ook het verhinderen dat een contract wordt gesloten tot aansprakelijkheid kan leiden. De eisers hadden verder aangevoerd dat de gedaagden hadden gehandeld uit wraak, maar de meerderheid van de rechters van de *House of Lords* overwoog dat een onoorbaar motief niet voldoende was voor aansprakelijkheid.³²

Aan het einde van de negentiende eeuw kon de betrokkenheid van derden bij de niet-nakoming van contracten – of breder, de schending van economische belangen – via twee wegen tot aansprakelijkheid leiden. De eerste weg was de *Lumley tort*, op grond waarvan het bewust en rechtstreeks aanzetten tot contractbreuk als onrechtmatig werd aangemerkt. Wanneer geen uitlokking of bevordering kon worden aangetoond of geen wanprestatie was gepleegd, dan kon de *Lumley tort* niet als aansprakelijkheidsgrond dienen. Wist de eiser echter aan te tonen dat de gedaagde de schade opzettelijk en met onrechtmatige middelen had veroorzaakt, dan kan de gedaagde alsnog aansprakelijk worden gesteld. In de literatuur wordt de benadering van de *House of Lords* in *Allen v. Flood* wel als abstentionistisch getypeerd, waarmee bedoeld wordt op de terughoudendheid van rechters om zich uit te spreken over de vraag of een concurrentiegedraging eerlijk of oneerlijk is. Dit oordeel werd aan de wetgever overgelaten; de rechter beschouwde het slechts als zijn taak om in te grijpen bij excessen.³³

In de twintigste eeuw is de Engelse rechtspraak echter ook interventionistische kenmerken gaan vertonen. Een belangrijke oorzaak hiervoor was de toenemende macht van de vakbonden. De *Lumley tort* werd niet meer slechts in de concurrentiecontext gebruikt, maar kreeg ook een belangrijke rol in het stakingsrecht. Nadat het parlement de vakbonden, die gedurende het grootste deel van de negentiende eeuw door de *common law* nog als verboden waren

³¹ [1893] 1 QBD 715.

³² Zie ook onder, par. 5.2.

³³ Zie H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 8-9.

aangemerkt, gelegaliseerd had,³⁴ werd in de rechtspraak naar manieren gezocht om de macht van de vakbonden te beteugelen.³⁵ Het grootste deel van de twintigste eeuw kenmerkt zich door actie en reactie, waarbij de rechter en de wetgever op elkaar reageerden door respectievelijk nieuwe gronden voor aansprakelijkheid te creëren en wettelijke immuniteiten in het leven te roepen.³⁶ Tijdens de regeerperiode van de *Conservative Party* van 1979 tot en met 1993 werd de reikwijdte van de wettelijke immuniteiten voor de vakbond en zijn vertegenwoordigers aanzienlijk ingeperkt, met als gevolg dat vakbondslieden die hun leden opriepen om te staken een grote kans hadden om aansprakelijk te worden gesteld wegens het aanzetten tot contractbreuk.³⁷ Aan het einde van de vorige eeuw was de macht van de vakbonden aanzienlijk geslonken, en daarmee daalde ook het aantal vakbondsacties en stakingsgeschillen.³⁸

2.3 Unified theory versus gedifferentieerde benadering

Tegen het einde van de twintigste eeuw was er weinig over van de heldere scheiding tussen de aansprakelijkheidsgronden die een eeuw daarvoor in *Allen v. Flood* was gemaakt. De *Lumley tort* was in een reeks *Court of Appeal*-uitspraken, waaronder *GWK v. Dunlop Rubber*,³⁹ *Thomson v. Deakin*⁴⁰ en *Torquay Hotel v. Cousins*,⁴¹ aanzienlijk opgerekt. Hoewel de gedaagden in *GWK v. Dunlop Rubber* geen wanprestatie hadden uitgelokt of bevorderd, maar nakoming fysiek onmogelijk hadden gemaakt, overwoog de *Court of Appeal* in meerderheid dat de *Lumley tort* van toepassing was. In de zaak *Thomson v. Deakin* stelde dezelfde instantie dat ook het indirect bewerkstelligen van contractbreuk op basis van deze *tort* tot aansprakelijkheid kan leiden, waarmee de *Court of Appeal* de zogenaamde *unified theory* aanvaardde. Op grond van deze theorie wordt het veroorzaken van wanprestatie niet als afzonderlijke *tort* aangemerkt, maar als onderdeel van een overkoepelende ‘*tort of actionable interference with contractual rights*’. In *Torquay Hotel v. Cousins* breidde Lord Denning de reikwijdte van de *Lumley tort* nog verder uit door ook het bewust verstoren van een contractuele relatie eronder te scharen, ook al resulteert dit handelen niet in wanprestatie.⁴² In *Merkur Island Shipping Corp v. Laughton*⁴³ bevestigde de *House of Lords* deze uitspraken.

³⁴ Zie de *Trade Union Act* 1871 en de *Conspiracy and Protection of Property Act* 1875.

³⁵ S. Deakin & J. Randall, ‘Rethinking the Economic Torts’, 72 *M.L.R.* 2009, p. 531.

³⁶ Zie uitgebreid H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 11 e.v.

³⁷ M.A. Jones & A.M. Dugdale (red.), *Clerk & Lindsell on Torts*, Londen: Sweet & Maxwell 2009, p. 1687-1688.

³⁸ J. O’Sullivan, ‘Intentional economic torts, commercial transactions and professional liability’, *P.N.* 2008, p. 164.

³⁹ [1926] 42 TLR 376.

⁴⁰ [1952] Ch 646.

⁴¹ [1969] 2 Ch 106.

⁴² [1969] 2 Ch 106, 138. Volgens Lord Denning was het veroorzaken van een *contractbreuk* geen voorwaarde voor aansprakelijkheid. Wat bewezen diende te worden was ‘*interference in the execution of a contract*’.

⁴³ [1983] 2 AC 570.

De *unified theory* riep in de praktijk echter veel vragen op, met name wat betreft de grenzen van de aansprakelijkheid. In de uitspraak *OBG v. Allan*⁴⁴ uit 2007 heeft de *House of Lords* expliciet afstand genomen van de theorie. In deze uitspraak werd een beslissing gegeven in drie afzonderlijke zaken, namelijk *OBG v. Allan*, *Douglas v. Hello!* en *Mainstream Property v. Young*, die alle betrekking hadden op *economic torts*. Lord Hoffmann, die in deze uitspraak de *leading judgment* gaf, overwoog dat het onderscheid tussen enerzijds de (oorspronkelijke) *Lumley tort* en anderzijds de in *Allen v. Flood* gewortelde *unlawful means tort* in ere hersteld moest worden. Een belangrijke implicatie van *OBG v. Allan* is dat zaken zoals *GWK v. Dunlop Rubber*, *Thomson v. Deakin* en *Torquay Hotel v. Cousins*, waarin geen sprake was van het aanzetten tot wanprestatie, niet langer onder de reikwijdte van de *Lumley tort* vallen. Aansprakelijkstelling is in deze gevallen alleen mogelijk wanneer de eiser kan aantonen dat de gedaagde hem opzettelijk schade heeft toegebracht en daarbij onrechtmatige middelen heeft gehanteerd.

In *OBG v. Allan* heeft de *House of Lords* duidelijk gekozen voor een meer restrictieve benadering ten aanzien van de *economic torts*. Niettemin dient erop gewezen te worden dat alle zaken die in *OBG v. Allan* werden beslist een commercieel geschil betroffen. In de literatuur wordt betwijfeld of de beperkingen ook gevolgen hebben voor stakingsgeschillen, waarin vrijwel steeds zal kunnen worden vastgesteld dat de vertegenwoordiger van de vakbond tot wanprestatie heeft aangezet.⁴⁵

3 Ratio

3.1 Verschillende ratio's

Het in *OBG v. Allan* gemaakte onderscheid tussen de *Lumley tort* en de *unlawful means tort* betreft niet slechts de aansprakelijkheidscriteria. Volgens de *House of Lords* hebben de *torts* ook een andere ratio.

3.2 Ratio van de Lumley tort

Terwijl in de Engelse literatuur al langer het standpunt werd verdedigd dat de aansprakelijk die voortvloeit uit de *Lumley tort* moet worden beschouwd als een afgeleide van de aansprakelijkheid van de wanprestant,⁴⁶ staat na *OBG v. Allan* buiten kijf dat dit ook de visie is van de *House of Lords*. Lord Hoffmann en Lord Nicholls overwogen dat de aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van contractbreuk als 'secondary' of 'accessory liability' moet worden aangemerkt.⁴⁷ Aan deze zogenaamde *secondary civil liability theory* liggen

⁴⁴ [2008] 1 AC 1.

⁴⁵ S. Deakin, A. Johnston & B. Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Oxford: Clarendon Press 2013, p. 478.

⁴⁶ Zie m.n. H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 60-62.

⁴⁷ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 27, 59.

dezelfde beginselen ten grondslag als aan de *common law*-doctrine van *joint tortfeasance* (vgl. mededaderschap bij onrechtmatige daad) die op haar beurt weer gemeenschappelijke wortels heeft met het leerstuk van de strafrechtelijke deelneming.⁴⁸ Een kenmerkend aspect van zowel *joint tortfeasance* als strafrechtelijke deelneming is het accessoire karakter: de deelnemer kan alleen (civiel- dan wel strafrechtelijk) aansprakelijk worden gesteld wanneer het onrechtmatige of strafbare grondfeit daadwerkelijk is verwezenlijkt. Volgens de doctrine van *joint tortfeasance* kunnen meerdere personen aansprakelijk worden gesteld wegens dezelfde *tort*, wat een uitbreiding van het aantal gedaagden betekent.⁴⁹

Bij *joint tortfeasance* en strafrechtelijke deelneming levert de deelneming van de gedaagde aan een *tort* of een strafbaar feit ook respectievelijk een *tort* en een strafbaar feit op. Dat is anders wanneer de gedaagde heeft aangezet tot het plegen van contractbreuk. Omdat hij geen partij is bij de geschonden overeenkomst, kan hij niet aansprakelijk worden gesteld op grond van contractbreuk, zoals de 'primaire dader' (de wanprestant), maar wordt zijn aansprakelijkheid gebaseerd op *tort*. De *Lumley tort* is dan ook geen voorbeeld van *joint tortfeasance*, maar volgt wel hetzelfde patroon.⁵⁰

De aanvaarding van de *secondary civil liability theory* als ratio voor de *Lumley tort* heeft ook gevolgen voor de reikwijdte van de aansprakelijkheid. De eiser moet bewijzen dat de gedaagde heeft aangezet tot contractbreuk. Heeft de gedaagde de recht- en regelmatige opzegging van een contract uitgelokt, dan ontbreekt een primaire dader en kan dus ook geen accessoire aansprakelijkheid worden aangenomen.

3.3 *Ratio van de unlawful means tort*

Ook wanneer de benadeelde contractspartij niet kan bewijzen dat de derde zich schuldig heeft gemaakt aan het aanzetten tot wanprestatie kan diens betrokkenheid bij contractbreuk een grond voor aansprakelijkheid opleveren. Op basis van de *unlawful means tort* leidt het frustreren van een economisch belang tot aansprakelijkheid wanneer kan worden aangetoond dat de gedaagde het opzet heeft gehad om schade toe te brengen aan de eiser én gebruik heeft gemaakt van onrechtmatige middelen. In tegenstelling tot de aansprakelijkheid die het gevolg is van de *Lumley tort* is de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de *unlawful means tort* niet afgeleid van die van de wanprestant. Het betreft primaire aansprakelijkheid, waarbij het onrechtmatige karakter van de gedragingen van de gedaagde centraal staat.⁵¹ Een belangrijke implicatie is dat het voor aansprakelijkheid niet vereist is dat jegens de eiser wanprestatie is gepleegd. Ook het veroorzaken van een rechtmatige opzegging van een contract of het

⁴⁸ P.S. Davies, 'Accessory liability for assisting torts', 70 *C.L.J.* 2011, p. 353.

⁴⁹ H. Carty, 'Joint tortfeasance and assistance liability', *L.S.* 1999, p. 490.

⁵⁰ H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 305.

⁵¹ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 19, 59.

verstoren van een vooruitzicht op een contract kunnen onder de *unlawful means tort* tot aansprakelijkheid leiden.

II REIKWIJDTE VAN DE AANSPRAKELIJKHEID

4 *Lumley tort*

4.1 *Overeenkomst*

Het Engelse recht stelt geen beperking ten aanzien van de soorten overeenkomsten die onder de reikwijdte van de *tort* vallen. Behalve op arbeidscontracten is de *Lumley tort* ook toegepast op bijvoorbeeld exclusieve distributiecontracten⁵² en zelfs overeenkomsten met betrekking tot de verkoop van onroerend goed, hoewel deze aansprakelijkheid kan botsen met bepaalde beginselen van *land law*.⁵³ Hoewel de *tort* in het verleden ook wel is toegepast ten aanzien van koopovereenkomsten,⁵⁴ is zijn rol daar beperkter vanwege het in het Engelse recht aanvaarde consensuele systeem van overdracht van roerende zaken, waarbij de eigendom in beginsel overgaat op het moment dat de overeenkomst tot stand komt (artikel 17 van de *Sale of Goods Act* 1979). De eerste koper kan na het sluiten van de overeenkomst zijn eigendomsrecht tegen de tweede koper invoeren, en overdracht van het goed en/of schadevergoeding vorderen wegens *wrongful interference with goods* op grond van de *Torts (Interference with Goods) Act* 1977. Was de tweede koper echter te goeder trouw op het moment van het sluiten van de overeenkomst, dan wordt hij beschermd op grond van artikel 24 *Sale of Goods Act*.

Het bestaan van een geldige overeenkomst vormt een voorwaarde voor aansprakelijkheid op grond van de *Lumley tort*. Het frustreren van een vooruitzicht op economisch gewin kan slechts op basis van de *unlawful means tort* tot aansprakelijkheid leiden. Algemeen wordt aangenomen dat de *Lumley tort* niet van toepassing is op nietige overeenkomsten of contracten die ‘*in restraint of trade*’ (concurrentiebeperkend) zijn.⁵⁵ Uit de jurisprudentie blijkt daarentegen niet duidelijk of overeenkomsten die niet afdwingbaar zijn, bijvoorbeeld vanwege verjaring of omdat niet voldaan is aan een bepaald vormvereiste, wel onder de reikwijdte van de *Lumley tort* vallen.⁵⁶ Ook is het onhelder of het aanzetten tot de schending van een vernietigbare overeenkomst tot aansprakelijkheid kan leiden.⁵⁷

⁵² *Jasperson v. Dominion Tobacco Co.* [1923] AC 709.

⁵³ H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 31.

⁵⁴ *Temperton v. Russell* [1893] 1 QBD 715.

⁵⁵ Zie bijv. *Customer Systems Plc v Ranson* [2011] EWHC 3304, punt 82.

⁵⁶ Zie M.A. Jones & A.M. Dugdale (red.), *Clerk & Lindsell on Torts*, Londen: Sweet & Maxwell, p. 1616.

⁵⁷ In *Proform Sports Management Ltd v. Proactive Sports Management Ltd* [2006] EWHC 2903 werd door de *High Court* geen aansprakelijkheid aangenomen wegens het aanzetten van een ander tot het schenden van een overeenkomst die door die ander ook vernietigd had kunnen worden (wegens handelingsonbekwaamheid). Het aanzetten tot het gebruik-

4.2 Schending van de overeenkomst

Zoals in paragraaf 2.3 is besproken, was de *Lumley tort* in de rechtspraak gedurende de twintigste eeuw zodanig opgerekt dat ook het bewerkstelligen van niet-nakoming van een overeenkomst zonder dat dit wanprestatie opleverde, tot aansprakelijkheid kon leiden. Door te benadrukken dat de aansprakelijkheid wegens het aanzetten tot contractbreuk een secundaire of accessoire aansprakelijkheid is, heeft de *House of Lords* in *OBG v. Allan* afstand genomen van deze rechtspraak. De ratio van de aansprakelijkheid is dat de deelneming aan een *wrong* (de contractbreuk) een *wrong (tort)* oplevert,⁵⁸ wat belangrijke gevolgen heeft voor de reikwijdte van de aansprakelijkheid. Wanneer de niet-nakomende contractspartij zelf niet aansprakelijk kan worden gesteld, bijvoorbeeld omdat hij een beroep kan doen op overmacht, dan kan een gedaagde, die tot niet-nakoming heeft aangezet, niet op basis van de *Lumley tort* aansprakelijk worden gehouden. Ook het aanzetten tot een rechtmatige beëindiging van een overeenkomst kan op grond van de *Lumley tort* volgens de *House of Lords* niet tot aansprakelijkheid leiden.⁵⁹ In deze gevallen kan de *unlawful means tort* een aansprakelijkheidsgrond opleveren, maar dan zal de eiser moeten aantonen dat de gedaagde gebruik heeft gemaakt van onrechtmatige middelen.

4.3 Kennis en opzet

Voor aansprakelijkheid op basis van de *Lumley tort* is noodzakelijk dat de gedaagde kennis moet hebben gehad van het feit dat hij met zijn handelen een contractbreuk veroorzaakte, hetgeen betekent dat hij op de hoogte moet zijn geweest van het bestaan en de inhoud van het contract. Volgens Lord Hoffmann voldoet slechts *actual knowledge* (weten) en is ‘behoren te weten’ onvoldoende voor aansprakelijkheid.⁶⁰ Anderzijds is het kennisvereiste wel vervuld wanneer een gedaagde, die wel op de hoogte is van het bestaan van een overeenkomst, bewust niet vraagt naar de precieze inhoud van de bepalingen van het contract.⁶¹ Van dat laatste is echter geen sprake wanneer de gedaagde te goeder trouw een verkeerde conclusie trekt ten aanzien van de rechtsgevolgen van het contract. In een van de zaken die in *OBG v. Allan* werden beslist, *Mainstream Property v. Young*, ging de gedaagde, die wist van het bestaan maar niet van de precieze inhoud van de overeenkomst, er ten onrechte van uit dat zijn handelen niet zou bijdragen aan de schending van het contract. Volgens de *House of Lords* was

maken van een recht op vernietiging levert eveneens geen *tort* op, zo is o.m. beslist in *Greig v. Insole* [1978] 1 WLR 302 (eveneens een *High Court*-uitspraak).

⁵⁸ Zie ook Erle J. in *Lumley v. Gye* [1853] 2 El & Bl 216, p. 232, die overwoog: ‘[H]e who procures the wrong is a joint wrongdoer’.

⁵⁹ Zie *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 30, 31, 58, 59 (overweging 44 van Lord Hoffmann en overwegingen 171-172 van Lord Nicholls).

⁶⁰ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 29. Zie ook S. Deakin & J. Randall, ‘Rethinking the Economic Torts’, 72 *M.L.R.* 2009, p. 539-540, die menen dat de bewijslast voor de eiser hierdoor wel erg hoog wordt.

⁶¹ Zie ook *Emerald Construction Co Ltd v. Lowthian* [1966] 1 WLR 691, 700-701.

daarmee niet aan het kennisvereiste voldaan, ook al had de gedaagde zijn onwetendheid aan zichzelf te wijten. De eiser was niet in staat te bewijzen dat de gedaagde bewust zijn ogen had gesloten voor de waarheid.⁶² Het toetsingsmoment voor het kennisvereiste is het moment waarop de gedaagde zijn onrechtmatige daad pleegt, dat wil zeggen wanneer hij de wederpartij van de eiser aanzet tot wanprestatie.⁶³

Behalve kennis is ook opzet vereist. Het opzet moet gericht zijn op het bewerkstelligen van de wanprestatie. De gedaagde hoeft niet het opzet te hebben gehad om schade toe te brengen aan de eiser. Lord Hoffmann overwoog in *OBG v. Allan* dat het opzetvereiste is vervuld wanneer de contractbreuk het doel is, of wanneer de gedaagde het veroorzaken van contractbreuk gebruikt heeft als een middel om een ander doel te bereiken, welk doel doorgaans zal bestaan uit het verkrijgen van een financieel voordeel.⁶⁴ Aan het opzetcriterium is volgens de *House of Lords* niet voldaan wanneer de wanprestatie slechts een voorzienbaar gevolg is van het handelen van de gedaagde. Hiermee neemt het rechtscollege expliciet afstand van de uitspraak van de *Court of Appeal* in *Millar v. Bassey*.⁶⁵

Deze veelbekritiseerde⁶⁶ beslissing betrof een geschil tussen de zangeres Shirley Bassey en een aantal musici. Bassey was met een platenmaatschappij overeengekomen dat zij een album zou opnemen en de musici waren ingehuurd om ten behoeve van het album hun diensten te verlenen. Op het laatste moment zag Bassey echter af van de overeenkomst, waarna de platenmaatschappij de contracten met de musici verbrak. De musici stelden vervolgens een vordering tot schadevergoeding in tegen Bassey, omdat zij de contractbreuk van de platenmaatschappij zou hebben veroorzaakt. De omstandigheid dat de eisers niet konden bewijzen dat Bassey het opzet had gehad de wanprestatie van de platenmaatschappij te bewerkstelligen, was volgens de meerderheid van de *Court of Appeal* geen obstakel om aansprakelijkheid aan te nemen op grond van de *Lumley tort*, nu Bassey wist dat haar gedragingen noodzakelijkerwijs ertoe zouden leiden dat de platenmaatschappij de contracten van de musici zou verbreken.

⁶² *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 37, 64.

⁶³ In *Thomson v. Deakin* [1952] Ch 646 overwoog Jenkins L.J. echter dat een ‘*inconsistent dealing between the third party and the contract breaker may (...) be commenced without knowledge by the third party of the contract thus broken; but, if it is continued after the third party has notice of the contract, an actionable interference has been committed by him.*’ De vraag of ‘*inconsistent transactions*’ na *OBG v. Allan* nog kunnen worden geschaard onder de reikwijdte van de *Lumley tort* zal in par. 4.4 worden besproken.

⁶⁴ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 30. Carty is kritisch en stelt dat het criterium dat van oudsher in de rechtspraak wordt gehanteerd, namelijk dat de gedaagde moet hebben beoogd, de voorkeur geniet boven het door Lord Hoffmann geformuleerde criterium, dat mogelijk ook in gevallen waarin een contractbreuk niet gewild maar wel onvermijdelijk is, opzet wordt aangenomen. Zie H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 43.

⁶⁵ [1994] EMLR 44.

⁶⁶ Zie o.a. T.A. Weir, *Economic Torts*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 19; J. O’Sullivan, ‘Intentional economic torts, commercial transactions and professional liability’, *P.N.* 2008, p. 165.

4.4 *Mate waarin is deelgenomen aan de contractbreuk*

Het begrip ‘*inducement*’ geeft aan dat de gedaagde de wanprestatie moet hebben teweegebracht. Over de vereiste mate waarin de gedaagde heeft deelgenomen aan de contractbreuk bestaat in de literatuur echter discussie. Duidelijk is dat *inducement* moet worden onderscheiden van het louter communiceren van informatie of een advies uitbrengen.⁶⁷ Hart en Honoré betogen dat onder de term *inducement* moet worden verstaan dat de gedaagde nieuwe redenen heeft aangedragen om contractbreuk te plegen – zoals het uitbrengen van een nieuw aanbod – hetgeen moet worden onderscheiden van het communiceren van (juiste) informatie en het geven van een advies, waarbij de aandacht wordt gevestigd op bestaande redenen.⁶⁸ *Inducement* impliceert volgens deze auteurs tevens dat de gedaagde het initiatief moet hebben genomen. De eiser dient te bewijzen dat het gedrag van de gedaagde in ieder geval een van de factoren is geweest die zijn wederpartij heeft doen besluiten wanprestatie te plegen.⁶⁹

Volgens andere auteurs valt onder *inducement* echter ook het bewust aangaan van een transactie die conflicteert met een eerder aangegane contractuele verplichting van de wederpartij. O’Sullivan stelt dat door het sluiten van een ‘*inconsistent transaction*’ het plegen van wanprestatie mogelijk wordt gemaakt, en dat dit gedrag moet worden beschouwd als deelneming aan een *civil wrong*, waarvoor accessoire aansprakelijkheid kan worden aangenomen.⁷⁰ Bagshaw en Davis zijn eveneens van mening dat *inconsistent transactions* binnen de reikwijdte van de *Lumley tort* vallen.⁷¹ Deze opvatting is ook terug te vinden in enkele rechterlijke uitspraken. In *British Motor Trade Association v. Salvadori*⁷² uit 1949 stelde Roxburgh J. dat ‘*any active step taken by a defendant having knowledge of a covenant by which he facilitates a breach of that covenant is enough*’, om vervolgens te overwegen dat het accepteren van een aanbod ook als ‘*active step*’ moet worden aangemerkt. In *Thomson v. Deakin*⁷³ overwoog Jenkins LJ:

‘But the contract breaker may himself be a willing party to the breach, without any persuasion by the third party, and there seems to be no doubt that if a third party, with knowledge of a contract between the contract breaker and another,

⁶⁷ Zie ook Evershed M.R. in *Thomson v. Deakin* [1952] Ch 646, 686.

⁶⁸ H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford: Clarendon Press 1985, p. 191. Heydon wijst er echter op dat dit onderscheid niet altijd gemakkelijk kan worden gemaakt, zie J.D. Heydon, *Economic Torts*, Londen: Sweet & Maxwell 1978, p. 30.

⁶⁹ Zie H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford: Clarendon Press 1985, p. 190-191.

⁷⁰ J. O’Sullivan, ‘Intentional economic torts, commercial transactions and professional liability’, *P.N.* 2008, p. 178-181.

⁷¹ R. Bagshaw, ‘Inducing Breach of Contract’, in: J. Horder (red.), *Oxford Essays in Jurisprudence, 4th series*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 144; P.S. Davies, ‘Accessory liability for assisting torts’, 70 *C.L.J.* 2011, p. 361.

⁷² [1949] Ch 556, 565.

⁷³ [1952] Ch 646.

*has dealings with the contract breaker which the third party knows to be inconsistent with the contract, he has committed an actionable interference.*⁷⁴

Ook de meer recente jurisprudentie bevat voorbeelden waarin het aangaan van een tegenstrijdige overeenkomst als onrechtmatig wordt aangemerkt.⁷⁵ Opvallend is dat deze uitspraken veelal betrekking hebben op contractuele verplichtingen om iets niet te doen: de verplichting om een auto niet binnen een jaar te verkopen,⁷⁶ het in strijd met de voorwaarden van het contract doorverkopen van producten⁷⁷ en het schenden van een exclusief licentiecontract. De omstandigheid dat de geschonden contractuele verbintenis een verplichting om niet te doen bevat, wordt in deze uitspraken echter niet genoemd als doorslaggevende omstandigheid om onrechtmatigheid aan te nemen.

In *OBG v. Allan*⁷⁸ is de *House of Lords* niet specifiek ingegaan op de vraag of ook het aangaan van *inconsistent transactions* op grond van de *Lumley tort* tot aansprakelijkheid kan leiden. Carty concludeert echter uit het feit dat de *House of Lords* in dit arrest de *tort* heeft terug willen brengen naar zijn oorspronkelijke vorm en de voorwaarden heeft aangescherpt, dat het faciliteren of meewerken aan een contractbreuk niet voldoende moet worden geacht voor aansprakelijkstelling.⁷⁹ Carty's interpretatie is mijns inziens ook in lijn met de overweging van Lord Hoffmann dat de werkelijke vraag uit *Lumley v. Gye* was of '*the defendant's acts of encouragement, threat, persuasion and so forth have a sufficient causal connection with the breach by the contracting party to attract accessory liability?*'⁸⁰

4.5 Schade en causaal verband

De eiser zal steeds moeten bewijzen dat hij schade heeft geleden en dat deze is veroorzaakt door de wanprestatie. De bewijslast is op dit punt echter niet zwaar: hij dient aan te tonen dat de wanprestatie bij een normale bedrijfsuitoefening schade zal veroorzaken.⁸¹ Deze schade zal doorgaans bestaan uit gedeelde winst of reeds gemaakte kosten ter uitvoering van de overeenkomst. Enkel de schade

⁷⁴ [1952] Ch 646, 694.

⁷⁵ Zie bijv. *Unique Pub Properties Limited v Beer Barrels & Minerals (Wales) Limited* [2004] EWCA 586; *ISAAC Oren and Another v Red Box Toy Factory Limited and Others* [1999] FSR 785.

⁷⁶ *British Motor Trade Association v. Salvadori* [1949] Ch 556.

⁷⁷ *Unique Pub Properties Limited v Beer Barrels & Minerals (Wales) Limited* [2004] EWCA 586.

⁷⁸ [2008] 1 AC 1.

⁷⁹ H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 47-48.

⁸⁰ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 28. Deze zinsnede is later aangehaald door Arden LJ, in de *Court of Appeal*-uitspraak *Meretz Investments v. ACP* [2008] 2 WLR 904 (zie ov. 139).

⁸¹ Zie o.a. *Goldsoll v. Goldman* [1914] 2 Ch 603, 615; *British Motor Trade Association v. Salvadori* [1949] Ch 556.

die opzettelijk door de gedaagde is toegebracht of een voorzienbaar gevolg was van zijn handelen zal voor vergoeding in aanmerking komen.⁸²

4.6 *Rechtvaardigingsgronden*

In de rechtspraak is een beperkt aantal rechtvaardigingsgronden erkend die de aansprakelijkheid op grond van de *Lumley tort* kunnen doen vervallen. Een rechtvaardigingsgrond doet zich in ieder geval voor wanneer de gedaagde kan aantonen dat hij een gelijkwaardig of beter recht heeft dan de eiser. Dit recht kan voortvloeien uit een overeenkomst,⁸³ maar kan ook goederenrechtelijk van aard zijn, zo blijkt uit de uitspraak *Edwin Hill v. First National*⁸⁴ van de *Court of Appeal*.

In deze zaak had een vastgoedontwikkelaar, Alan Pulver, een stuk land gekocht waarop hij kantoren wilde bouwen, waarvoor hij een aantal architecten in de arm had genomen. Voor de financiering van het project had hij een lening gesloten met First National. Tot zekerheid van terugbetaling werd een hypotheek op het stuk land gevestigd. Toen Pulver niet meer in staat bleek tot terugbetaling van de lening, was First National bevoegd om het stuk land te verkopen en een curator aan te stellen. First National maakte hiervan echter geen gebruik, maar stelde extra financiering ter beschikking. Aan deze financiering was wel een voorwaarde verbonden, namelijk dat de contracten tussen Pulver en de architecten werden verbroken. Nadat de contractbreuk een feit was, stelden de architecten een vordering in tegen First National wegens *inducement of a breach of contract*. De *Court of Appeal* oordeelde dat aan de voorwaarden van de *Lumley tort* was voldaan, maar dat First National zich kon beroepen op een rechtvaardigingsgrond. First National had immers een ‘*superior right*’ – namelijk het zekerheidsrecht – ten opzichte van de architecten. Hieraan deed niet af dat First National dat recht niet had uitgeoefend, maar had gebruikt om Pulver tot contractbreuk te bewegen. De *Court of Appeal* achtte daarnaast van belang dat de architecten nu niet slechter af waren dan wanneer First National het zekerheidsrecht zou hebben geëxecuteerd en tot verkoop van het stuk land was overgegaan; ook in dat geval zouden hun contracten zijn beëindigd.⁸⁵

Aangenomen mag worden dat ook de behartiging van belangen van een bepaalde groep personen of een maatschappelijk belang een rechtvaardigingsgrond kan opleveren.⁸⁶ Zo werd in *Scala Ballroom v. Ratcliffe*⁸⁷ door de *Court of Appeal* geoordeeld dat de gedaagden niet aansprakelijk waren wegens het veroorzaken van niet-nakoming omdat zij hiermee beoogden racistische praktijken tegen te gaan. In uitzonderingsgevallen kan het aanzetten

⁸² Zie, met uitgebreide verwijzingen naar relevante rechtspraak, M.A. Jones & A.M. Dugdale (red.), *Clerk & Lindsell on Torts*, Londen: Sweet & Maxwell, p. 1637.

⁸³ Zie bijv. *Smithies v. National Association of Operative Plasterers* [1909] 1 KB 310, 337.

⁸⁴ [1989] 1 WLR 225. Zie uitgebreid over deze uitspraak R. O’Dair, ‘Justifying an Interference with Contractual Rights’, 11 *Oxford J. Legal Stud.* 1991, p. 227-246.

⁸⁵ *Edwin Hill v. First National* [1989] 1 WLR 225, 232.

⁸⁶ Zie o.a. H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 68; J.D. Heydon, *Economic Torts*, Londen: Sweet & Maxwell 1978, p. 41.

⁸⁷ [1958] 1 WLR 1057.

tot wanprestatie ook vanuit moreel oogpunt worden gerechtvaardigd, zo blijkt uit *Brimelow v. Casson*.⁸⁸

5 *Unlawful means tort*

5.1 *Opzet*

Om aansprakelijk te kunnen worden gesteld op basis van de *unlawful means tort*, moet worden aangetoond dat de gedaagde het opzet heeft gehad om schade toe te brengen aan de eiser. De invulling van het opzetvereiste was een discussiepunt in de zaak *Douglas and others v. Hello! Ltd. and others (No. 3)*, een van de zaken die in *OBG v. Allan* door de *House of Lords* werd beslist.

De feiten in *Douglas v. Hello! Ltd.* waren als volgt. De aanstaande echtgenoten Michael Douglas en Catherine Zeta-Jones, beiden bekende acteurs, hadden een overeenkomst gesloten met het tijdschrift OK!, op grond waarvan OK! tegen betaling van een miljoen pond het exclusieve recht werd toegekend op de publicatie van hun trouwfoto's. Het aanstaande echtpaar had op basis van het contract de verplichting bepaalde voorzorgsmaatregelen te treffen om het exclusiviteitsrecht voor OK! te waarborgen. Ondanks de genomen maatregelen zag een freelance fotograaf toch kans om bij het huwelijk binnen te dringen en enkele foto's te schieten. De fotograaf verkocht deze aan Hello!, de concurrent van OK!. Hello! publiceerde de foto's, waarvan sommige ook door nationale kranten werden overgenomen.

OK! stelde een vordering tot schadevergoeding in tegen Hello! en baseerde deze onder meer op de *unlawful means tort*.⁸⁹ Volgens de *High Court* was echter niet aangetoond dat Hello! het opzet had gehad om schade toe te brengen aan OK!, nu Hello! de foto's had geplaatst met het doel er zelf beter van te worden door meer tijdschriften te verkopen.⁹⁰ Lord Hoffmann vond deze uitleg van het opzetvereiste echter te beperkt. Hij wees erop dat het veelal moeilijk is vast te stellen of de gedaagde zijn eigenbelang heeft nagestreefd of heeft gehandeld met het oogmerk om schade toe te brengen aan zijn concurrent. Meestal zullen beide

⁸⁸ [1924] 1 Ch 302. Deze zaak betrof een theaterproducent die meisjes had ingehuurd om een zangkoor te vormen. De meisjes kregen echter minder dan het minimumloon betaald en voelden zich daardoor genoodzaakt de prostitutie in te gaan. De gedaagden, vertegenwoordigers van de vakbond, wilden deze situatie beëindigen door te bewerkstelligen dat theaterexploitanten de producent zouden weren uit hun theaters, hetgeen in sommige gevallen een schending van het contract tussen de exploitanten en de producent opleverde. De gedaagden werden echter niet aansprakelijk gehouden, omdat door de rechter werd aangenomen dat op hen een morele verplichting rustte om ervoor te zorgen dat de producent de meisjes voldoende zou gaan betalen en dat de omstandigheid dat hij hen ertoe had bewogen om wanprestatie te plegen daarom gerechtvaardigd was.

⁸⁹ Ook het echtpaar Douglas daagde Hello! voor de Engelse rechter. Het echtpaar baseerde zijn schadevergoedingsvordering op de schending van hun privacy en *breach of confidence*, op grond waarvan oneigenlijk gebruik van vertrouwelijke informatie tot aansprakelijkheid leidt. Deze vordering werd zowel door de *High Court* als de *Court of Appeal* toegewezen.

⁹⁰ [2003] 3 All ER 996, par. 245-249.

samengaan, en zal ten koste van een ander voordeel behaald worden. Hoewel het opzet gericht moet zijn op het toebrengen van schade aan de eiser en niet op het bewerkstelligen van wanprestatie, moet verder worden aangesloten bij de invulling van het opzetvereiste dat geldt voor de *Lumley tort*. Van opzet is sprake wanneer de gedaagde het doel heeft gehad om schade toe te brengen of de schadetoebrenging als middel heeft gebruikt ter realisatie van een ander doel. Is de schade slechts een voorzienbaar gevolg van het handelen, dan is het opzetvereiste niet vervuld.⁹¹ Deze invulling van het opzetvereiste werd onderschreven door de overige rechters in *OBG v. Allan*, waaronder Lord Nicholls, die bovendien overwoog dat een ‘*high degree of blameworthiness*’⁹² aanwezig moet zijn.

In de literatuur is verdeeld gereageerd op de invulling van het opzetcriterium door de *House of Lords*. Carty meent dat deze zogenoemde ‘*ends/means*’-toets het gevaar in zich bergt van een te ruime aansprakelijkheid, omdat het vereiste ook vervuld lijkt te zijn wanneer de schade een noodzakelijk gevolg is van het handelen van de gedaagde. Zij geeft de voorkeur aan de ‘*target test*’, waarbij de eiser moet aantonen dat de gedaagde met zijn handelen het specifieke doel had om schade aan hem toe te brengen.⁹³ Volgens Banfi komen de ‘*ends/means test*’ en de ‘*target test*’ echter feitelijk op hetzelfde neer: schade die slechts een voorzienbaar gevolg is van het handelen van de gedaagde komt op grond van beide toetsen niet voor vergoeding in aanmerking.⁹⁴

5.2 Onrechtmatige middelen

Samen met het opzet om schade toe te brengen aan de eiser, vormt het gebruik van onrechtmatige middelen de kern van de *unlawful means tort*. De definitie van het vereiste van onrechtmatige middelen is dus in hoge mate bepalend voor de reikwijdte van de aansprakelijkheid. Lord Hoffmann overwoog in *OBG v. Allan* dat pas sprake is van *unlawful means* indien de gedragingen van de gedaagde zijn gericht op een ander – waarmee in dit verband de wederpartij of andere (zakelijke) relatie van de eiser wordt bedoeld – en die ander een vordering tegen de gedaagde kan instellen.⁹⁵ De enige uitzondering die Lord Hoffmann hierop toelaat, is wanneer de ander geen vordering kan instellen enkel en alleen omdat hij geen schade heeft geleden.⁹⁶ Voorbeelden van *unlawful*

⁹¹ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 30, 35.

⁹² *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 57-58.

⁹³ H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 82-83. Zie in dezelfde zin S. Deakin & J. Randall, ‘Rethinking the Economic Torts’, 72 *M.L.R.* 2009, p. 519.

⁹⁴ C.A. Banfi, ‘Defining the competition torts as intentional wrongs’, 70 *C.L.J.* 2011, p. 97-98.

⁹⁵ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 32. Hiermee sluit hij aan bij de overwegingen van Lord Watson in *Allen v. Flood* [1898] AC 1, 97-98, die *unlawful means* omschreef als ‘*means which in themselves are in the nature of civil wrongs*’.

⁹⁶ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 34.

means zijn *common law torts* zoals *deceit* (bedrog),⁹⁷ *intimidation* (ongoorloofde bedreigingen),⁹⁸ *tresspass* (het schenden van een eigendomsrecht)⁹⁹ en het aanzetten tot contractbreuk (de *Lumley tort*).¹⁰⁰ Ook *statutory torts* – *torts* die voortvloeien uit wetgeving, zoals uit de *Copyright, Designs and Patents Act 1988* of de *Equality Act 2010* – vallen onder de definitie van *unlawful means*. Het plegen van wanprestatie wordt eveneens aangemerkt als onrechtmatig middel.¹⁰¹

Gedacht kan worden aan de situatie waarin A en B een overeenkomst hebben gesloten en A voor de uitvoering van de overeenkomst afhankelijk is van C, met wie hij een contract heeft gesloten. C pleegt vervolgens wanprestatie, waardoor A niet in staat is zijn contractuele verplichting jegens B te voldoen en B schade lijdt. Wanneer C de wanprestatie heeft gepleegd met het opzet om B te benadelen, dan kan C aansprakelijk worden gesteld op grond van de *unlawful means tort*.

Lord Hoffmanns interpretatie van het begrip *unlawful means* is restrictief; zij omvat bijvoorbeeld niet strafbare feiten die geen grond opleveren voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Bovendien formuleerde hij nog een aanvullende eis: de gedaagde moet inbreuk hebben gemaakt op de *freedom to deal* van de ander.¹⁰² Van dat laatste was in de zaak *Douglas v. Hello!* geen sprake aangezien Hello! de vrijheid van de familie Douglas om een contract te sluiten met OK! of om hun contractuele verplichtingen na te komen niet had geschonden.¹⁰³

Op de beperkte uitleg van het begrip *unlawful means* is echter ook kritiek geuit.¹⁰⁴ Zij zou leiden tot onbevredigende resultaten, aangezien de scheidslijn tussen geoorloofd en ongeoorloofd handelen wordt bepaald door aansprakelijkheidscriteria die voor een ander doel zijn ontwikkeld dan voor de regulering van concurrentiegedragingen.¹⁰⁵ In *OBG v. Allan* betoogde Lord Nicholls dat onder *unlawful means* elke gedraging moet worden verstaan die op grond van het privaatrecht of strafrecht niet is toegestaan.¹⁰⁶ Volgens hem ontstaat een vreemde situatie wanneer het begaan van een strafbaar feit in tegenstelling tot het plegen van wanprestatie of een *tort* niet als *unlawful means* zou worden

⁹⁷ *National Phonograph Co Ltd v. Edison-Bell Consolidates Phonograph Co Ltd* [1908] 1 Ch 335.

⁹⁸ *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129.

⁹⁹ *GWK v. Dunlop Rubber* [1926] 42 TLR 376.

¹⁰⁰ *Stratford v. Lindley* [1965] AC 269.

¹⁰¹ H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 86.

¹⁰² *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 33.

¹⁰³ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 50.

¹⁰⁴ Zie o.a. D. Stilitz & P. Sales, 'Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means', 115 *L.Q.R.* 1999, p. 411-437; S. Deakin & J. Randall, 'Rethinking the Economic Torts', 72 *M.L.R.* 2009, p. 544-548.

¹⁰⁵ J.D. Heydon, *Economic Torts*, Londen: Sweet & Maxwell 1978, p. 124.

¹⁰⁶ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 57. Volgens Lord Nicholls vallen onder dit begrip alle 'common law torts, statutory torts, crimes, breaches of contract, breaches of trust and equitable obligations, breaches of confidence, and so on.'

aangemerkt.¹⁰⁷ De opvatting van Lord Nicholls sluit aan bij de interpretaties van respectievelijk Lord Reid en Lord Devlin in *Rookes v. Barnard*.¹⁰⁸ Wel stelt hij als voorwaarde dat de eiser is benadeeld doordat de gedaagde een ander – zoals wederpartij of zakenrelatie van de eiser – als instrument heeft gebruikt.

Lord Nicholls haalde in dit verband het voorbeeld aan waarin koeriers snelheidslimieten overtreden, waardoor zij sneller hun diensten kunnen verlenen dan de concurrenten die zich wel aan de regels houden. Hoewel de koeriers door het overtreden van verkeersregels op een oneerlijke manier een concurrentievoordeel verkrijgen, is volgens Lord Nicholls de *unlawful means tort* niet van toepassing, omdat de concurrent niet is benadeeld via een ander.¹⁰⁹

In *OBG v. Allan* schaarde de meerderheid van de rechters zich achter de Lord Hoffmanns uitleg van het *unlawful means*-begrip.¹¹⁰ Deze restrictieve benadering betekent dat de *unlawful means tort* ‘slechts’ een uitbreiding van het beschermingsbereik van reeds erkende aansprakelijkheidsgronden tot gevolg heeft.¹¹¹ Niet alleen degene die is misleid, bedreigd, jegens wie wanprestatie is gepleegd etc., kan een vordering instellen, maar ook degene die als gevolg hiervan schade lijdt, mits deze schade door de gedaagde was beoogd. De *unlawful means tort* wordt in de literatuur ook wel parasitisch genoemd, omdat deze *tort* de parameters volgt van gevestigde privaatrechtelijke aansprakelijkheidsgronden en geen nieuwe aansprakelijkheidsgrond vormt.¹¹² Volgens Lord Hoffmann is het niet aan de rechter ‘to create a cause of action out of a regulatory or criminal statute which Parliament did not intend to be actionable in private law.’¹¹³

Door de nadruk te leggen op ‘private law’ lijkt Lord Hoffmann de schending van een *trust* of van een verplichting die voortvloeit uit *equity*¹¹⁴ ook uit te sluiten van zijn definitie van *unlawful means*. Lord Nicholls merkte deze schendingen daarentegen wel aan als onrechtmatige middelen.¹¹⁵

De rechters in *OBG v. Allan* waren dus niet eensgezind over de invulling van het begrip *unlawful means*. Onomstreden is echter dat het gebruik van onrechtmatige middelen een voorwaarde vormt voor aansprakelijkheid. Een

¹⁰⁷ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 55.

¹⁰⁸ [1964] AC 1129, 1168-1169 en 1206-1207.

¹⁰⁹ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 56.

¹¹⁰ Zowel Baroness Hale als Lord Brown sloot zich op dit punt aan bij Lord Hoffmann. Lord Walker nam in *OBG v. Allan* geen duidelijke positie in, maar merkte wel op dat het laatste woord nog niet gezegd is over dit onderwerp, zie [2008] 1 AC 1, 75, 85, 91.

¹¹¹ R. Bagshaw, ‘Can the Economic Torts be Unified?’, 18 *Oxford J. Legal Stud.* 1998, p. 730.

¹¹² Zie H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 322.

¹¹³ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 34.

¹¹⁴ Zie over het begrip *equity* onder, par. 8.2.

¹¹⁵ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 55-56.

onoorbaar motief levert, zo werd door de *House of Lords* reeds in *Allen v. Flood* beslist, geen grond voor aansprakelijkheid op.

*‘Although the rule may be otherwise with regard to crimes, the law of England does not, according to my apprehension, take into account motive as constituting an element of civil wrong. Any invasion of the civil rights of another person is in itself a legal wrong, carrying with it liability to repair its necessary or natural consequences, in so far as these are injurious to the person whose right is infringed, whether the motive which prompted it be good, bad, or indifferent.’*¹¹⁶

In *OBG v. Allan* heeft de *House of Lords* dit standpunt bevestigd.¹¹⁷

5.3 Schade en causaal verband

Indien de eiser een vordering tot schadevergoeding instelt, zal hij moeten bewijzen dat hij als gevolg van het onrechtmatige handelen van de gedaagde schade heeft geleden. De schade hoeft niet voort te vloeien uit de schending van een contract. Volgens Lord Hoffmann in *OBG v. Allan* is voldoende dat de eiser schade ‘in any form’ aantoonst en kan bijvoorbeeld ook de doorkruising van de verwachting dat financieel voordeel zou worden behaald als schade worden aangemerkt.¹¹⁸ Uit de woordkeuze van Lord Hoffmann kan worden afgeleid dat ook andere dan zuivere vermogensschade, zoals immateriële schade, kan

¹¹⁶ Aldus Lord Watson, zie [1898] AC 1, 92. Vgl. ook Lord Macnaghten: ‘I do not think that there is any foundation in good sense or in authority for the proposition that a person who suffers loss by reason of another doing or not doing some act which that other is entitled to do or to abstain from doing at his own will and pleasure, whatever his real motive may be, has a remedy against a third person who, by persuasion or some other means not in itself unlawful, has brought about the act or omission from which the loss comes, even though it could be proved that such person was actuated by malice towards the plaintiff, and that his conduct if it could be inquired into was without justification or excuse.’ (*Allen v. Flood* [1898] AC 1, 151). Op deze regel is in de rechtspraak een uitzondering erkend, namelijk de ‘lawful means conspiracy’ (zie onder, par. 6), waarbij het motief om schade toe te brengen (*malice*) wel een grond voor aansprakelijkheid kan zijn.

¹¹⁷ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 22. Lord Hoffmann overwoog dat het accepteren van een ‘bad motive’ als aansprakelijkheidsgrond in andere landen, waaronder de Verenigde Staten en Duitsland, tot rechtsonzekerheid heeft geleid. Zie ook T.A. Weir, *Economic Torts*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 77, die stelt dat de aanwezigheid van *malice* doorgaans moeilijk is vast te stellen, en dat ‘liberty of action should not be contrained by vaguer criteria, however inspiring their formulation.’ Sommige auteurs menen echter dat een ‘bad motive’ wel een grond voor aansprakelijkheid zou moeten opleveren. Zo is door Heydon betoogd dat met het aanvaarden ervan het recht beter in staat zou zijn om laakbaar gedrag en rechts- en machtsmisbruik tegen te gaan, zie J.D. Heydon, *Economic Torts*, Londen: Sweet & Maxwell 1978, p. 129. Elders is beargumenteerd dat de aansprakelijkheid wegens een ‘bad motive’ vanuit utilitaristisch perspectief gerechtvaardigd is, zie J. Finnis, ‘Intention in Tort Law’, in: D.G. Owen (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 242.

¹¹⁸ [2008] 1 AC 1, 20.

worden verhaald via de *unlawful means tort*, hetgeen in overeenstemming is met eerdere rechtspraak van de *House of Lords* over *intentional torts*.¹¹⁹

Ten aanzien van de vereiste causaliteit heeft de *House of Lords* overwogen dat de schade het beoogde gevolg moet zijn van de onrechtmatige handeling.¹²⁰ Dit betekent dat schade die niet opzettelijk is toegebracht, maar wel voorzienbaar was, niet voor vergoeding in aanmerking komt.¹²¹

5.4 *Rechtvaardigingsgronden*

In de rechtspraak zijn geen voorbeelden te vinden waarin een gedaagde die opzettelijk en met onrechtmatige middelen vermogensschade heeft toegebracht aan de eiser, met een beroep op een rechtvaardigingsgrond aan aansprakelijkheid kon ontsnappen.¹²² Het aanvaarden van een rechtvaardigingsgrond ligt, mede gezien de beperkte reikwijdte van de *tort* door de nauwe definitie van *unlawful means*, ook niet voor de hand.¹²³ In de literatuur is echter wel voorgesteld om een beperkte rechtvaardigingsgrond te accepteren, met name wanneer aansprakelijkheid een disproportionele sanctie is gezien de aard van de gehanteerde *unlawful means*. Weir noemt in dit verband het voorbeeld van het leugentje om bestwil.¹²⁴

6 *Andere economic torts*

Behalve de *Lumley tort* en *unlawful means tort* biedt het Engelse recht nog twee andere grondslagen voor aansprakelijkheid in gevallen waarin in een driepartijencontext schade wordt toegebracht aan de vermogensrechtelijke belangen van de eiser. De eerste, de *tort of intimidation*, werd erkend in *Rookes v. Barnard*.¹²⁵ Op grond van deze *tort* is de gedaagde die ongeoorloofde dreigementen – zoals het dreigen met het toebrengen van fysieke schade, maar ook het dreigen met wanprestatie – heeft geuit jegens een ander met het opzet om aan de eiser schade toe te brengen, aansprakelijk voor de schade die door de eiser is geleden. Tegenwoordig wordt de *tort of intimidation* echter veelal

¹¹⁹ Zie *Hunter v. Canary Wharf Ltd.* [1997] AC 655. Lord Hoffmann overwoog in dit arrest dat er geen reden is om de regel die in de weg staat aan vergoeding van stress of ongemak in geval van ‘*negligence*’ ook toepasselijk te achten op een ‘*intentional tort*’ (zie p. 707).

¹²⁰ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 20.

¹²¹ Zie boven, par. 5.1 voor een uitgebreidere analyse van het opzetvereiste.

¹²² Zie S. Deakin & J. Randall, ‘Rethinking the Economic Torts’, 72 *M.L.R.* 2009, p. 551.

¹²³ B. Ong, ‘Two tripartite economic torts’, *J.B.L.* 2008, p. 744.

¹²⁴ T.A. Weir, ‘Chaos or Cosmos: *Rookes, Stratford* and the Economic Torts’, *C.L.J.* 1964, p. 230. Zie ook S. Deakin & J. Randall, ‘Rethinking the Economic Torts’, 72 *M.L.R.* 2009, p. 551, die een flexibeler benadering voorstellen, waarbij de rechter de aard van het onrechtmatige middel kan afwegen tegen het gewicht van de potentiële rechtvaardigende omstandigheid.

¹²⁵ [1964] AC 1129.

beschouwd als onderdeel van de *unlawful means tort*, waarbij de ongeoorloofde dreigementen worden aangemerkt als onrechtmatige middelen.¹²⁶

De tweede aansprakelijkheidsgrond, *conspiracy* (samenspanning), wordt door de *House of Lords* afzonderlijk van de *unlawful means tort* in beschouwing genomen. De *tort of conspiracy* kan worden teruggevoerd op de uitspraak *Mogul Steamship v. McGregor*¹²⁷ uit 1892. Van *conspiracy* is sprake wanneer twee of meer personen een gezamenlijk plan hebben gehad en dat ook samen hebben uitgevoerd.¹²⁸ In de rechtspraak worden twee typen *conspiracy* onderscheiden: *unlawful means conspiracy* en *lawful means conspiracy*, ook wel *simple conspiracy* of *conspiracy to injure* genoemd.¹²⁹ Van het eerste type is sprake wanneer twee of meer personen hebben samengewerkt om met behulp van onrechtmatige middelen schade toe te brengen aan de eiser. Het begrip onrechtmatige middelen wordt bij *conspiracy* ruimer uitgelegd dan bij de *unlawful means tort*. In *Total Network v. HMRC*¹³⁰ overwoog de *House of Lords* dat een *actionable civil wrong* niet vereist is. Ook strafbare feiten die niet tevens een onrechtmatige daad opleveren kunnen worden bestempeld als onrechtmatige middelen, mits zij daadwerkelijk als instrument hebben gediend om de schade toe te brengen.¹³¹ Deze uitbreiding van het begrip *unlawful means* is volgens de *House of Lords* gerechtvaardigd vanwege het element van samenspanning.¹³²

Lawful means conspiracy wijkt van de andere *economic torts* af omdat de aansprakelijkheid wordt gebaseerd op het motief van de gedaagde. Van *lawful means conspiracy* is sprake wanneer twee of meer personen hebben samengespannen met het primaire motief om schade toe te brengen aan de eiser.¹³³ Deze grondslag voor aansprakelijkheid, die in de literatuur hevig bekritiseerd is,¹³⁴ speelt in de praktijk een zeer bescheiden rol.¹³⁵

7 Derdepartijvereiste

In *Total Network v. HMRC* overwoog Lord Walker dat de kern van de *unlawful means tort* bestaat uit ‘*striking at the claimant through a third party, and doing*

¹²⁶ H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 114.

¹²⁷ [1892] AC 25.

¹²⁸ M.A. Jones & A.M. Dugdale (red.), *Clerk & Lindsell on Torts*, Londen: Sweet & Maxwell, p. 1667 e.v.

¹²⁹ Zie *Total Network v. HMRC* [2008] 1 AC 1190.

¹³⁰ [2008] 1 AC 1190.

¹³¹ *Total Network v. HMRC* [2008] 1 AC 1190, 1253.

¹³² Aldus Lord Mance in *Total Network v. HMRC* [2008] 1 AC 1190, 1260-1261.

¹³³ Zie o.a. *Quinn v. Leathem* [1901] AC 495; *Crofter v. Veitch* [1942] AC 435; *Lonrho Ltd. v. Al-Fayed* [1992] 1 AC 448.

¹³⁴ Volgens Carty is aansprakelijkheid wegens *lawful means conspiracy* in strijd met de abstentionistische benadering van de *common law* t.a.v. vermogensrechtelijke belangen, zie H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 232.

¹³⁵ Aldus ook Lord Diplock in *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd (No 2)* [1982] AC 188, die overwoog dat *lawful means conspiracy* ‘*attracted more controversy among academic writers than success in practical application.*’

so by interfering with his freedom of economic activity'.¹³⁶ De eiser wordt derhalve via een ander schade toegebracht. Ook bij de *Lumley tort* wordt de eiser via een ander – zijn wederpartij – benadeeld. Dat de gedaagde geen partij mag zijn bij het contract waarvan hij de breuk heeft bewerkstelligd, wordt in de rechtspraak als vanzelfsprekend aangenomen. Het feit dat de aansprakelijkheid van de gedaagde wordt beschouwd als secundaire of accessoire aansprakelijkheid, impliceert dat er steeds een ander in het spel is die primair aansprakelijk kan worden gehouden voor de wanprestatie.

In sommige gevallen kan het vanwege de bijzondere relatie tussen wanprestant en gedaagde echter lastig zijn om de gedaagde als derde te kwalificeren. Dit probleem doet zich voor in principaal-agentrelaties, maar ook in concernrelaties. Kan een agent of moederonderneming aansprakelijk worden gesteld wegens het aanzetten van respectievelijk de principaal of dochteronderneming tot het plegen van wanprestatie? De Engelse rechtspraak lijkt ervan uit te gaan dat dat tussen een principaal en agent sprake is van een *unity of interest*, welke in de weg staat aan aansprakelijkheid op basis van de *Lumley tort*.¹³⁷ Daarentegen worden moeder- en dochtervennootschappen wel als afzonderlijke entiteiten beschouwd, en vormt een concernrelatie geen obstakel voor de aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij die haar dochter tot wanprestatie heeft aangezet. De aanwezigheid van deze relatie schept echter geen rechtsvermoeden dat de moeder invloed heeft uitgeoefend op de beslissing van de dochter om wanprestatie te plegen.¹³⁸ Een bestuurder van een vennootschap zal niet snel persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld wegens het aanzetten van die vennootschap tot contractbreuk. Aansprakelijkheid zal niet kunnen worden aangenomen jegens bestuurders '*who perform their constitutional role in good faith*'.¹³⁹

Gerelateerd aan het derdepartijvereiste is de vraag of de in dit hoofdstuk genoemde *economic torts* ook in tweepartijensituaties kunnen worden toegepast, of dat de reikwijdte is beperkt tot driepartijenverhoudingen. In *Total Network v. HRMC* lijkt de *House of Lords* te aanvaarden dat *two-party-intimidation*, waarbij de gedaagde een dreigement richt tot de eiser, die hierdoor schade lijdt, wel tot aansprakelijkheid kan leiden. Of ook de *unlawful means tort* in tweepartijenverhoudingen kan worden toegepast is onduidelijk.¹⁴⁰

¹³⁶ [2008] 1 AC 1190, 1254-1255.

¹³⁷ *Said v. Butt* [1920] 3 KB 497.

¹³⁸ *Aldus de Court of Appeal in Meretz Investments v. ACP* [2008] 2 WLR 941, waarin door Arden LJ wordt overwogen dat de eiser moet bewijzen dat de moedervernootschap zich schuldig heeft gemaakt aan '*acts of encouragement, threat, persuasion and so forth have a sufficient causal connection with the breach by the contracting party to attract accessory liability*'.

¹³⁹ *Thames Valley Housing Association Ltd. & ANR v. Elegant Ltd & ORS, Willmetts* [2011] EWHC 1288.

¹⁴⁰ Zie uitgebreid over dit onderwerp H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 153-162.

III OVERIGE KWESTIES

8 Remedies

8.1 Damages

Wanneer de eiser kan aantonen dat hij als gevolg van de door de gedaagde gepleegde *tort* schade heeft geleden, zal hij doorgaans schadevergoeding (*compensatory damages*) kunnen vorderen. Hoewel de schade veelal het gevolg zal zijn van de frustratie van een contract, wordt de hoogte van de vergoeding bepaald aan de hand van *tort law* maatstaven. Dit betekent dat de gedaagde geen beroep kan doen op een eventuele exoneratieclausule in het contract en dat alle schade voor vergoeding in aanmerking komt die op het moment van het plegen van de *tort* redelijkerwijs voorzienbaar was.¹⁴¹ *Damages* worden uitgekeerd in geld en niet in natura. Gemaakte proceskosten worden in beginsel betaald door de verliezende partij, maar de rechter mag hiervan afwijken.¹⁴²

Dat de hoogte van de *damages* aan de hand van *tort law*-maatstaven moet worden vastgesteld, betekent tevens dat de eiser onder omstandigheden *punitive* of *exemplary damages* kan vorderen,¹⁴³ welke niet kunnen worden geëist in geval van wanprestatie. In het Engelse recht worden echter strikte voorwaarden gesteld aan *punitive damages awards*. In *Rookes v. Barnard*¹⁴⁴ overwoog de *House of Lords* dat zij slechts in drie categorieën kunnen worden toegekend, namelijk (1) wanneer een overheidsfunctionaris zijn positie heeft misbruikt; (2) wanneer de gedaagde zijn daad heeft beraamd om een voordeel te behalen dat de hoogte van de schadevergoeding aan de eiser ruim overtreft en (3) in gevallen waarin bij wet is bepaald dat *punitive damages* kunnen worden toegekend. Bovendien moeten *compensatory damages* in het concrete geval niet geschikt zijn om wangedrag af te schrikken of te bestraffen en mogen de *punitive damages* een strafrechtelijke boete niet overtreffen of het vermogen van de gedaagde te boven gaan.¹⁴⁵ Door deze strenge voorwaarden worden *punitive damages* nauwelijks toegekend bij *economic torts*.¹⁴⁶

Of de eiser ook *restitutionary relief* kan vorderen, waarbij de hoogte van de vergoeding is gebaseerd op het voordeel dat de gedaagde heeft genoten, is niet duidelijk. Het Engelse recht kent geen algemeen recht op *restitution* voor *torts*. Hoewel voor een aantal specifieke *torts*, waaronder *trespass* en *conversion*, in de rechtspraak is bepaald dat de eiser behalve op *compensatory*

¹⁴¹ Voor *contract damages* geldt een strengere maatstaf op grond waarvan alleen schade voor vergoeding in aanmerking komt die (1) een normaal gevolg is van wanprestatie of (2) 'as may supposed to have been in the contemplation of both parties at the time they made the contract as the probable result of the breach of it.' Zie *Hadley v. Baxendale* [1854] 156 ER 151.

¹⁴² Zie Part 44.2 (2) *Civil Procedure Rules*.

¹⁴³ Zie uitgebreider over *punitive damages* in hoofdstuk 7, par. 12.3.

¹⁴⁴ [1964] AC 1129.

¹⁴⁵ *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129, 1226-1228.

¹⁴⁶ C.A. Banfi, 'Defining the competition torts as intentional wrongs', 70 *C.L.J.* 2011, p. 109.

damages ook aanspraak kan maken op *restitutionary relief*,¹⁴⁷ is het twijfelachtig of deze remedie tevens kan worden gevorderd voor *economic torts*.¹⁴⁸

8.2 Injunction

Behalve de *legal remedy* van *damages*, zijn in de rechtspraak ook zogenoemde *equitable remedies* ontwikkeld.

Equity is een rechtsbron die is ontstaan in de tweede helft van de dertiende eeuw als een reactie op relatief strikte uitleg van de *common law*, die soms leidde tot onaanvaardbare resultaten of de toegang tot de rechter belemmerde. In die gevallen kon op grond van *equity* (billijkheid) de *common law* worden aangevuld of gecorrigeerd. *Equity* werd vanaf de vijftiende eeuw uitsluitend door de *Court of Chancery* toegepast en groeide uit tot een afzonderlijk stelsel van regels en beginselen, naast de *common law* en de wetgeving (*statutes*). In 1876 werd bij wet bepaald dat alle Engelse rechters zowel naar *common law* als naar *equity* moesten rechtspreken.¹⁴⁹

In het kader van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk is vooral de *injunction* relevant. Door middel van een *injunction* kunnen dezelfde rechtsgevolgen worden bewerkstelligd als met een rechterlijk verbod of bevel. De reikwijdte van de *injunction* is echter ruimer. Zo kunnen via *injunctions* ook de rechten van de eiser veilig worden gesteld, waardoor zij kan worden beschouwd als conservatoire maatregel.¹⁵⁰

Dat *injunctions* zijn ontwikkeld binnen de *equity*-rechtspraak, betekent dat de rechter discretionaire bevoegdheid toekomt bij de beslissing over de toekenning van deze remedies. Een *injunction* zal echter niet worden toegekend wanneer in het concrete geval redelijkerwijs kan worden volstaan met een schadevergoeding, wat wordt aangeduid als de *adequacy test*. Daarnaast zal een *injunction* worden geweigerd als de eiser onredelijk lang heeft gewacht met het instellen van zijn vordering (*doctrine of laches*) of door gedragingen te verrichten of uitspraken te doen op basis waarvan de gedaagde er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat de eiser geen recht had of zijn recht niet meer zou uitoefenen (*estoppel*). Ook de doctrine van *unclean hands* kan aan de toekenning van een *injunction* in de weg staan. Deze doctrine houdt in dat wanneer de eiser zich onrechtmatig heeft gedragen, hij zich niet kan beroepen op onrechtmatige

¹⁴⁷ Zie G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 465 e.v.

¹⁴⁸ Tettenborn neigt naar een bevestigend antwoord, zie A.M. Tettenborn, *The Law of Restitution in England and Ireland*, Londen: Cavendish Publishing 2002, p. 245.

¹⁴⁹ Zie over *common law* en *equity* uitgebreid W.J. Zwolve, C.Æ. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 42 e.v.

¹⁵⁰ X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, p. 174.

gedragingen van de gedaagde. De rechter beschikt over een zekere vrijheid om te beslissen wanneer het verweer wordt toegestaan.

Wanneer een *economic tort* is gepleegd of dreigt te worden gepleegd dan zal het potentiële slachtoffer in de regel een *prohibitory injunction* kunnen vorderen met het doel de derde ervan te weerhouden zijn (pre)contractuele relatie te frustreren.¹⁵¹ In uitzonderingsgevallen kan ook een *mandatory injunction* worden opgelegd. Via de *mandatory injunction* kan een herstel in natura worden bewerkstelligd, zo blijkt uit de zaak *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Kingswood Motors (Addlestone) Ltd. and Others* van de *Queen's Bench Division*.¹⁵²

Esso had met Kingswood, eigenaar van een benzinstation, een overeenkomst gesloten op grond waarvan Kingswood zich verplichtte exclusief de benzine van Esso te verkopen. Op grond van het contract was Kingswood verplicht om een eventuele verkoop van het benzinstation aan Esso te melden en ervoor te zorgen dat de nieuwe eigenaar eveneens een contract met Esso zou aangaan. Op enig moment namen twee ex-werknemers van Esso de aandelen van Kingswood over en verkochten het stuk grond met daarop het benzinstation aan hun eigen dochteronderneming, Impact Motor. Hoewel zij op de hoogte waren van de bepalingen van het contract met Esso, besloten zij een ander merk benzine te gaan verkopen. Hierop stapte Esso naar de rechter en vorderde onder meer een *mandatory injunction* op grond waarvan Impact Motor het stuk land zou moeten terugoverdragen aan Kingswood, jegens wie de naleving van het contract in tegenstelling tot Impact Motors wel kon worden afgedwongen. De *Queen's Bench Division* overwoog dat in de gegeven omstandigheden *damages* geen adequate remedie vormden en kende de vordering toe.

De *injunction* hoeft niet noodzakelijk betrekking te hebben op reeds gesloten contracten, maar kan ook worden gegeven ter bescherming van toekomstige contracten.¹⁵³ Een *injunction* kan worden gevorderd als finale maatregel (*definitive injunction*), maar ook als voorlopige voorziening (*interim injunction*). In het laatste geval zal de eiser een spoedeisend belang moeten kunnen aantonen.

9 Verjaring

Op grond van *Section 2* van de *Limitation Act 1980* verjaart een schadevergoedingsvordering die gebaseerd is op *tort* na zes jaar vanaf het moment dat de vordering is ontstaan. Wordt een *equitable remedy (injunction)* gevorderd, dan geldt niet de verjaringstermijn uit de *Limitation Act*. Wel kan de

¹⁵¹ Zie ook M.A. Jones & A.M. Dugdale (red.), *Clerk & Lindsell on Torts*, Londen: Sweet & Maxwell 2009, p. 1637-1640.

¹⁵² [1974] QB 142.

¹⁵³ *Stratford v. Lindley* [1965] AC 269, 339.

vordering op grond van de *doctrine of laches* verloren gaan wanneer de eiser onredelijk lang stilzit.¹⁵⁴

10 Bewijs

De bewijswaarderingsmaatstaf voor civiele zaken wordt in het Engelse recht doorgaans aangeduid met de term *balance of probabilities*. Deze maatstaf houdt in dat er een zekere mate van waarschijnlijkheid bestaat ten aanzien van de juistheid van de gestelde feiten. De mate van waarschijnlijkheid die vereist is, verschilt naar gelang het onderwerp van het geschil,¹⁵⁵ maar in de meeste gevallen zal de eiser moeten aantonen dat het waarschijnlijker is dat het gestelde juist is dan onjuist.¹⁵⁶ Deze maatstaf geldt ook voor de toewijzing van een schadevergoedingsvordering wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk.

Op grond van de algemene regel ‘wie stelt, bewijst’ zal de eiser moeten aantonen dat de gedaagde die opzettelijk de wanprestatie heeft veroorzaakt en dat de eiser als gevolg hiervan schade heeft geleden (*Lumley tort*), dat de gedaagde de eiser opzettelijk schade heeft berokkend via zijn wederpartij en daarbij gebruik heeft gemaakt van onrechtmatige middelen (*unlawful means tort*), danwel dat er sprake is van samenspanning tussen de gedaagde en de wanprestant waardoor de eiser schade heeft geleden, waarbij ofwel gebruik is gemaakt van onrechtmatige middelen, ofwel het motief aanwezig was om aan de eiser nadeel toe te brengen (respectievelijk *unlawful means conspiracy* en *lawful means conspiracy*). Wordt om een *injunction* gevraagd, dan hoeft de eiser niet aan te tonen dat hij schade heeft geleden en voldoet de dreiging dat een *tort* zal worden gepleegd. De bewijslast ten aanzien van een eventuele rechtvaardigingsgrond rust op de gedaagde.

In de *Civil Procedure Rules* zijn regels opgenomen ten aanzien van de bewijsmiddelen. *Rule 32.1* bepaalt dat de rechter controle kan uitoefenen op het bewijs door aanwijzingen te geven met betrekking tot de feiten die bewijs behoeven, de aard van het bewijs en de wijze waarop het bewijs wordt gepresenteerd. Alle middelen die bewijs kunnen opleveren van een stelling zijn in beginsel toegestaan.¹⁵⁷ Het bewijs kan direct zijn, zoals getuigenverklaringen uit eerste hand, maar ook *circumstantial evidence* wordt toegestaan: bewijs van omstandigheden waaruit het bestaan of de afwezigheid van een bepaald feit kan worden afgeleid. *Circumstantial evidence* speelt veelal een belangrijke rol bij het aantonen van de aanwezigheid van een bepaalde gemoedstoestand, zoals de wetenschap van een bepaald feit of opzet. Het is doorgaans ingewikkeld om de aanwezigheid van een bepaalde *mental state* aan te tonen. Dat geldt in versterkte mate voor het kennisvereiste bij de *Lumley tort*, waarvoor de eiser moet

¹⁵⁴ Zie W.Q. De Funiak, *Handbook of Modern Equity*, Boston: Little, Brown and Company 1956, p. 41-42.

¹⁵⁵ *Bater v. Bater* [1950] 2 All ER 458.

¹⁵⁶ J.M. van Dunné, *Verbindenissenrecht Deel 2*, Deventer: Kluwer 2004, p. 498.

¹⁵⁷ Wel kunnen aan sommige bewijsmiddelen nadere voorwaarden worden gesteld. Zo moet de procespartij die gebruik maakt van ‘*hearsay evidence*’ op grond van *Rule 33.2* de andere partijen daarvan in kennis stellen.

bewijzen dat de gedaagde daadwerkelijk wist (en dus niet: ‘behoorde te weten’) van het contract en dat zijn gedrag wanprestatie tot gevolg zou hebben. In de literatuur is erop gewezen dat deze invulling van het kenniscriterium de eiser opzadelt met een zeer zware bewijslast.¹⁵⁸ Daar staat tegenover dat de eiser door de figuur van ‘discovery’ ruime mogelijkheden om bewijs te verzamelen. Op grond van *Part 31* van de *Civil Procedure Rules* moeten partijen alle bewijsstukken – ook die hun eigen positie ondergraven – overleggen die van belang kunnen zijn voor de behandeling van de zaak. Voldoet een partij niet aan deze verplichting, dan kan hij strafrechtelijk worden vervolgd wegens obstructie van de rechtspleging (*contempt of court*).

11 Samenloopkwesities

11.1 Samenloop met vordering tegen wanprestant

Het feit dat de *House of Lords* de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de *Lumley tort* aanmerkt als secundair, impliceert dat er ook een primair aansprakelijke persoon moet zijn (de wanprestant). Anders dan bij *joint tortfeasance* is bij de *Lumley tort* echter geen sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid, omdat de hoogte van de *damages* die kunnen worden gevorderd van de derde die tot de wanprestatie heeft aangezet op basis van andere maatstaven wordt vastgesteld dan de hoogte van de *damages* die door de wanprestant moeten worden betaald, waardoor verschillen kunnen optreden.¹⁵⁹

Wel zal de rechter bij het vaststellen van de hoogte van de door de derde te betalen schadevergoeding rekening houden met eventuele betalingen door de wanprestant aan de eiser om overcompensatie te voorkomen. Bovendien bepaalt de *Civil Liability (Contribution) Act 1978* dat partijen die aansprakelijk zijn voor dezelfde schade, onderling regres kunnen nemen in verhouding met hun aandeel in de schade. Het recht op *contribution* bestaat voor alle vormen van civiele aansprakelijkheid; dat de aansprakelijkheid van de partijen wordt gebaseerd op respectievelijk *tort* en *breach of contract* vormt dus geen obstakel voor het nemen van regres.¹⁶⁰

11.2 Samenloop met andere torts

Lord Hoffmann wees in *OBG v. Allan* op de mogelijkheid van samenloop tussen de *Lumley tort* en de *unlawful means tort*.¹⁶¹ In zijn opinie sluiten de *torts* elkaar

¹⁵⁸ S. Deakin & J. Randall, ‘Rethinking the Economic Torts’, 72 *M.L.R.* 2009, p. 540.

¹⁵⁹ H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 61. Zie ook S. Deakin & J. Randall, ‘Rethinking the Economic Torts’, 72 *M.L.R.* 2009, p. 543-544, die menen dat om deze reden beter kan worden afgezien van het gebruik van de term ‘secondary/accessory liability’.

¹⁶⁰ *Thames Valley Housing Association Ltd. & ANR v. Elegant Ltd & ORS*, Willmetts [2011] EWHC 1288 (Ch.).

¹⁶¹ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 29.

niet uit. Zij kunnen dus in een voorkomend geval beide door de eiser worden ingeroepen.

Een andere kwestie die in *OBG v. Allan* aan de orde kwam, is of de rechten die uit een overeenkomst voortvloeien behalve via de *economic torts* ook beschermd kunnen worden via de *tort of conversion*.¹⁶² Van oudsher kan op deze *tort* een beroep worden gedaan tegen een ieder die over een zwakker recht beschikt op het bezit van een roerende lichamelijke zaak (*chattel in possession*) dan de eiser en die de zaak niet wil afstaan aan de eiser of erover beschikt zonder toestemming van de eiser.¹⁶³ Omdat *conversion* een *strict liability tort* is,¹⁶⁴ kan een ieder die op wijze handelt die niet in overeenstemming is met de rechten van de eigenaar van de zaak, aansprakelijk worden gesteld voor de schade, ongeacht of hem een verwijt treft. De eiser hoeft bij *conversion* dus niet aan te tonen dat de gedaagde hem opzettelijk schade heeft toegebracht, zoals bij de *unlawful means tort* wel het geval is.

In *OBG v. Allan*, na de eerder besproken zaken *Mainstream Properties Ltd. v. Young* en *Douglas v. Hello!*, de derde zaak die in het arrest van de *House of Lords* uit 2007 werd beslist, had de eiser aangevoerd dat zijn rechten uit overeenkomst bescherming genoten op grond van *conversion*.

De feiten in deze zaak waren als volgt. OBG, een bedrijf dat ondergrondse pijpen aanlegde en het onderhoud ervan verzorgde, had een lening afgesloten bij Centriline. Centriline had een zekerheidsrecht bedongen en op het moment dat OBG niet tijdig terugbetaalde, stelde Centriline op advies van zijn advocaten bewindvoerders aan. Deze bewindvoerders voerden vervolgens het beheer over de bezittingen en namen beslissingen ten aanzien van de contracten van OBG. Toen de aanstelling van de curators onrechtmatig bleek te zijn, stelde OBG een vordering in tegen de bewindvoerders en baseerde deze onder meer op *conversion of contractual rights*.

De *House of Lords* oordeelde dat *choses in action* (persoonlijke rechten) buiten het beschermingsbereik van de *tort of conversion* vallen.¹⁶⁵ Het oordeel was overigens niet unaniem; zowel Lord Nicholls als Baroness Hale pleitte voor een uitbreiding van de reikwijdte van deze *tort* ten gunste van contractuele rechten.¹⁶⁶ Volgens Lord Hoffmann staat een dergelijke expansie echter haaks op de beperkte omvang van de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de *economic torts*.

‘The economic torts which I have discussed at length [de Lumley tort en de unlawful means tort, LvB] are highly restricted in their application by the requirement of an intention to procure a breach of contract or to cause loss by

¹⁶² Zie m.n. de overwegingen van Lord Hoffmann [2008] 1 AC 1, 42-45.

¹⁶³ W.J. Zwolve, *C.Æ. Uniken Venema’s Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 431.

¹⁶⁴ Zie S. Douglas, *Liability for Wrongful Interferences with Chattels*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 73-74.

¹⁶⁵ Zie uitgebreid S. Douglas, ‘The Scope of Conversion: Property and Contract’, 74 *M.L.R.* 2011, p. 329-349.

¹⁶⁶ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 70, 86.

*unlawful means. [...] Against this background, I suggest to your Lordships that it would be an extraordinary step suddenly to extend the old tort of conversion to impose strict liability [...].*¹⁶⁷

11.3 Samenloop met equity

De bescherming van contractuele rechten tegen derden vindt niet alleen plaats via *tort law*. Op grond van *equity* kan onder omstandigheden een uitzondering worden gemaakt op het beginsel van contractuele relativiteit en kan een vorm van derdenwerking worden toegekend aan bedingen uit een overeenkomst die betrekking hebben op zaken.¹⁶⁸ Een klassieke uitspraak in dit verband is *De Mattos v. Gibson*¹⁶⁹ uit 1858, waarin de *Court of Appeal in Chancery* oordeelde dat een hypotheekhouder op een schip de bestaande contractuele rechten van een bevrachter, die hem bekend waren, moest respecteren. Lord Knight Bruce overwoog in deze zaak:

*‘Reason and justice seem to prescribe that at least as a general rule where a man by gift or purchase acquires property from another, with knowledge of a previous contract, lawfully and for valuable consideration made by him with a third person, to use and employ the property for a particular purpose in a specified manner, the acquirer shall not, to the material damage of the third person, in opposition to the contract and inconsistently with it, use and employ the property in a manner not allowable to the giver or seller.’*¹⁷⁰

In de literatuur is gewezen op de overlap tussen *De Mattos v. Gibson* en de *economic torts*.¹⁷¹ De uitspraak lijkt zelfs een verdergaande bescherming te bieden aan contractuele rechten dan de *Lumley tort* en de *unlawful means tort*. De toekenning van een *injunction* was in *De Mattos v. Gibson* louter gebaseerd op de kennis van de derde van het contractuele beding, en niet op het gebruik van ongeoorloofde middelen of het aanzetten tot wanprestatie. Uit deze uitspraak kan echter geen algemene respectplicht voor derden worden afgeleid ten aanzien van andermans contracten op basis van *equity*. De uitspraak heeft een beperkte reikwijdte; hij heeft slechts betrekking op *restrictive covenants*. Bovendien kan de eiser slechts een *equitable remedy* vorderen (een *injunction*), en dus geen schadevergoeding.¹⁷²

¹⁶⁷ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 43. Zie ook p. 75 (Lord Walker) en p. 321 (Lord Brown).

¹⁶⁸ W.J. Zwolve, *C.Æ. Uniken Venema’s Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 597-598.

¹⁶⁹ [1859] 45 ER 108.

¹⁷⁰ *De Mattos v. Gibson* [1859] 45 ER 108, 110, AConderschreven door de *Privy Council* in *Lord Strathcona SS. Co. v. Dominion Coal Co* [1926] AC 108.

¹⁷¹ Zie o.a. Z. Chafee, ‘Equitable Servitudes on Chattels’, 41 *Harv. L. Rev.* 1928, p. 945-1013; H. Lauterpacht, ‘Contracts to Break a Contract’, 52 *L.Q.R.* 1936, p. 429-529; N. Cohen-Grabelsky, ‘Interference with Contractual Relations and Equitable Doctrines’, 45 *M.L.R.* 1982, p. 241-267; A.M. Tettenborn, ‘Covenants, Privity of Contract, and the Purchaser of Personal Property’, 41 *C.L.J.* 1982, p. 58-86.

¹⁷² Ook de *equity*-figuur van *dishonest assistance in a breach of a fiduciary duty*, op grond waarvan een derde aansprakelijk kan worden gesteld wegens het meewerken aan een

Ten slotte dient nog worden gewezen op de samenloop met *equity* in gevallen van dubbele verkoop van onroerend goed. Op grond van *equity* krijgt de koper op het moment dat er een koopovereenkomst wordt gesloten die betrekking heeft op een onroerend goed een zogenaamde *equitable interest*. De *equitable interest* heeft een beperkte zakelijke werking en kan alleen worden ingeroepen tegenover een tweede koper die ten tijde van het sluiten van zijn overeenkomst wetenschap had (*notice*) of tegenover iemand die niet om baat heeft verkregen. Pas nadat de levering heeft plaatsgevonden, ontstaat er een *legal interest*, die op grond van de *common law* tegen een ieder kan worden ingeroepen.

Stel dat A een stuk grond verkoopt aan B en hetzelfde perceel vervolgens verkoopt en levert aan C, die op de hoogte was van overeenkomst tussen A en B. De rechter kan C door middel van een *injunction* bevelen zijn titel aan de eerste koper over te dragen. Het recht van de eerste koper uit het *estate contract* heeft absolute werking, hetgeen betekent dat de eerste koper zijn recht ook in geval van een eventueel faillissement van de tweede koper kan uitoefenen alsof er geen faillissement is.¹⁷³

De aanwezigheid van *notice* bij de tweede koper is cruciaal. Onder *notice* wordt in dit verband verstaan weten (*actual notice*) of behoren te weten (*constructive notice*). Voor het oordeel of de tweede koper die niet wist van de eerste koopovereenkomst, deze overeenkomst wel behoorde te kennen, is doorslaggevend of de titel is geregistreerd in de openbare registers. Omdat de eerste koper niet hoeft aan te tonen dat de tweede koper de verkoper tot wanprestatie heeft aangezet of gebruik heeft gemaakt van onrechtmatige middelen, zal zijn vordering gemakkelijker kunnen slagen dan wanneer hij deze baseert op de *Lumley tort* of *unlawful means tort*. Hij zal dan echter geen *legal remedy* kunnen vorderen.

schending van een verplichting die voortvloeit uit een *fiduciary relationship*, vertoont gelijkenissen met de *Lumley tort*. Zie over deze figuur uitgebreid P. Ridge, 'Justifying the remedies for dishonest assistance', 124 L.Q.R. 2008, p. 445-468.

¹⁷³ Zie uitgebreider W.J. Zwolve, C.Æ. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 299-302.

7 Het Amerikaanse recht

1 Inleiding

1.1 ‘Pervasive cause of action’

De aansprakelijkheid van een derde wegens betrokkenheid bij wanprestatie wordt in de Verenigde Staten beheerst door het leerstuk van *tortious interference with contractual relations*. Deze aansprakelijkheidsgrond wordt veelvuldig ingeroepen in rechtszaken.

Een zoekopdracht (d.d. 1 mei 2013) ingevoerd in de Amerikaanse rechtspraak-database van Westlaw op de term ‘*tortious interference with contract*’ geeft als resultaat dat in de afgelopen drie jaar ruim 5.600 uitspraken zijn gewezen door *state courts* en *federal courts* waarin deze aansprakelijkheidsgrond wordt genoemd. In 2012 stond de *tort* in 600 uitspraken centraal of vormde een belangrijk onderdeel van de uitspraak.¹

Mede omdat de betrokkenheid van derden bij contractbreuk vaak aanleiding geeft tot juridische procedures en zelfs is aangeduid als ‘*one of the most pervasive causes of action in American business litigation*’² wordt deze aansprakelijkheidsgrond in de Amerikaanse literatuur fors bekritiseerd. Zowel de ratio, de reikwijdte als de complexiteit van de *tort* worden ter discussie gesteld, waarbij door de meeste auteurs voorstellen worden gedaan om de aansprakelijkheidsvoorwaarden te verzwaken ten gunste van de handelings- en concurrentievrijheid van derden.

1.2 Opbouw

In deel I wordt ingegaan op de juridische grondslag, waarbij met name zal worden gekeken naar de geschiedenis van de *tort*. Ook wordt onderzocht op welke wijze de aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contractual relations* volgens de Amerikaanse jurisprudentie en doctrine vanuit theoretisch oogpunt gerechtvaardigd kan worden. Vervolgens wordt in deel II geanalyseerd onder welke voorwaarden een derde naar Amerikaans recht aansprakelijk wordt gesteld wegens het verstoren van een contractuele relatie. Hierbij wordt gekeken naar de volgende elementen: het derdepartijvereiste, het contract, de verstoring,

¹ Hiervoor is gekeken of de term ‘*tortious interference with contract*’ voorkomt in de *Synopsis*, *Digest* en/of *Holding*.

² G.D. Wexler, ‘International Interference with Contract: Market Efficiency and Individual Liberty Considerations’, 27 *Conn. L. Rev.* 1994, p. 280.

de aanwezigheid van kennis en opzet, het *impropriety*-criterium, de schade, de causaliteit en de beperkingen ten aanzien van het beschermingsbereik. Tot slot wordt in deel III ingegaan op de verschillende remedies die aan de eiser ter beschikking staan, en op de onderwerpen bewijs, verjaring, samenloop en de verdeling van de taken en bevoegdheden tussen de rechter en de jury.

Om het onderwerp in zijn context te kunnen plaatsen, wordt begonnen met een korte schets van het recht van de Verenigde Staten, dat bestaat uit het recht van de vijftig deelstaten en het federale recht. Achtereenvolgens zullen het gerechtelijke stelsel, de rechtsbronnen en het onderwerp van codificatie en harmonisatie worden besproken.

1.3 *Het Amerikaanse rechtssysteem*

1.3.1 Gerechtelijk stelsel

De rechtspraak vindt in de Verenigde Staten plaats op twee niveaus. Op federaal niveau kent de Verenigde Staten 94 regionale rechtbanken (*US District Courts*), dertien hoven van appel (*US Circuit Courts of Appeals*) en een Hooggerichtshof (*US Supreme Court*). Daarnaast heeft een aantal federale rechtbanken een beperkte jurisdictie, zoals de *US Court of International Trade*, voor internationale handelszaken, en de *Bankruptcy courts*, die alleen faillissementszaken behandelen. Ook in de meeste deelstaten berust de rechtspraak bij drie instanties. Elke deelstaat heeft rechtbanken met een algemene bevoegdheid voor rechtspraak in eerste aanleg. De naam verschilt per deelstaat, zoals *circuit court*, *district court* of *court of common pleas*. De meerderheid van de staten heeft ook een *intermediate appellate court* waar in beroep kan worden gegaan tegen de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Ten slotte heeft elke staat zijn eigen hooggerichtshof, meestal aangeduid als *Supreme Court*,³ als hoogste rechterlijke instantie. Op grond van de verdeling van de rechtsmacht tussen de *federal* en *state courts* mogen *federal courts* zaken alleen behandelen indien zij federale rechtsmacht bezitten. De twee belangrijkste categorieën van federale rechtsmacht in privaatrechtelijke zaken zijn *federal question jurisdiction* en *diversity jurisdiction*. Van *federal question jurisdiction* is sprake wanneer een kwestie van federaal recht aan de orde is. *Diversity jurisdiction* doet zich voor indien de partijen in de zaak onderdanen zijn van verschillende deelstaten en de vordering van de eiser het bedrag van 75.000 dollar overschrijdt. In het geval van *diversity jurisdiction* moet de federale rechter veelal het recht van een deelstaat toepassen. *State courts* zijn in beginsel bevoegd, tenzij sprake is van exclusieve rechtsmacht voor de *federal courts*.⁴ Deze exclusieve rechtsmacht voor de federale rechter is aan-

³ In sommige staten heeft de hoogste rechter een afwijkende naam, zoals in New York de *Court of Appeals*.

⁴ De bevoegdheid van een *federal court* kan dus overlappen met de bevoegdheid van een *state court*. Wanneer van *concurrent jurisdiction* sprake is, dan heeft de gedaagde in veel gevallen de mogelijkheid om de zaak te laten verplaatsen (*removal*) naar een federaal gerecht. Indien de rechtsmacht van de federale gerechten is gebaseerd op het concept van *diversity jurisdiction*, dan kan de zaak alleen worden verplaatst wanneer geen van de ge-

wezig bij de meeste zaken betreffende faillissement, octrooien en maritiem recht. In de zaken die niet tot de exclusieve rechtsmacht van de federale rechter behoren, hebben *state courts* wel de bevoegdheid om federaal recht te interpreteren en toe te passen. In dat geval heeft de *US Supreme Court* echter als hoogste instantie de bevoegdheid om de juistheid van de interpretatie van het federale recht door de *state court* te toetsen.⁵ Wat betreft de uitleg van deelstatelijk recht heeft de *US Supreme Court* geen bevoegdheid.

In de Verenigde Staten wordt in veel rechtszaken gebruik gemaakt van een jury, die uit minimaal zes personen bestaat. Het recht op juryrechtspraak vloeit voort uit de federale grondwet⁶ en partijen kunnen er ook afstand van doen. Hoewel het grondwettelijke recht op juryrechtspraak slechts kan worden ingeroepen voor federale gerechten, is de juryrechtspraak ook in de wetgeving van de meeste deelstaten vastgelegd. Juryrechtspraak vindt op zowel federaal als deelstatelijk niveau alleen plaats in eerste instantie. De jury heeft een ruime bevoegdheid en oordeelt over alle *questions of fact*. Wel hebben alle deelstaten instructies voor juryleden, die als richtlijn voor het juryoordeel dienen. De instructies, die zijn geschreven in een voor leken begrijpelijke taal, bevatten bepalingen over onder meer schadevergoeding, causaal verband en de elementen van de verschillende *torts*. Hoewel de juryinstructies zijn gebaseerd op rechtspraak en wetgeving, maken zij geen deel uit van het recht. In hoger beroep wordt de zaak enkel door rechters behandeld. De rechter in hoger beroep is echter in beginsel gebonden aan de uitspraak van de jury over de feiten en kan alleen oordelen over *questions of law*.

1.3.2 Rechtsbronnen

Het Amerikaanse rechtstelsel behoort tot de *common law*-rechtsfamilie en heeft zijn wortels in het Engelse recht. De Engelse *common law* vormt voor alle deelstaten, behalve Louisiana dat onder Franse invloed een *Civil Code* heeft, de historische basis van het rechtssysteem. Na de onafhankelijkheidsverklaring van 4

daagden onderdaan is van de staat bij wiens *state court* de vordering is ingediend. De achterliggende reden voor *diversity jurisdiction* is namelijk het garanderen van het recht op een onpartijdige rechter voor de gedaagde die wordt gedagvaard voor het gerecht van de deelstaat waarvan hij geen onderdaan is.

⁵ De bevoegdheid als hoogste beroepsinstantie (zowel voor uitspraken van *state courts* als van *federal courts*) van de *US Supreme Court* is overigens beperkt tot *cases and controversies*. De partijen moeten daadwerkelijk belang hebben bij de rechtszaak en de *Supreme Court* moet uitspraak doen in het geschil en dus niet slechts een advies geven. Partijen die niet tevreden zijn met de uitspraak van een federaal hof van appel of van de hoogste rechter van een deelstaat kunnen bij de *Supreme Court* een verzoek indienen om de zaak te behandelen, een *petition for a writ of certiorari*. De *Supreme Court* bepaalt vervolgens of het de zaak accepteert of weigert. De *US Supreme Court* heeft daarnaast ook *original jurisdiction*, o.m. t.a.v. geschillen tussen staten onderling en tussen een staat en de federale overheid.

⁶ De *Seventh Amendment* bij de Amerikaanse grondwet luidt als volgt: 'In Suits at Common Law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried to a jury, shall be otherwise reexamined in any Court of the United States, than according to the rules of the Common Law.'

juli 1776 werd in het merendeel van de Amerikaanse staten wettelijk bepaald dat het Engelse recht van vóór de onafhankelijkheid kracht van wet had. De rechters waren niet gebonden aan Engelse wetten en precedents van na 4 juli 1776, waardoor de deelstaten op relatief autonome wijze hun eigen recht konden ontwikkelen. Desondanks bleef het Engelse recht lange tijd voor veel Amerikaanse rechters zijn gezaghebbende karakter behouden. Ook zijn de geschriften van sommige Engelse rechtsgeleerden, zoals William Blackstone, van invloed geweest op de rechtsontwikkeling in de Verenigde Staten.⁷ Eveneens is in het Amerikaanse recht in navolging van het Engelse recht van oudsher onderscheid gemaakt tussen *law* en *equity*. Hoewel vanaf de negentiende eeuw de speciale *Courts of Equity* in de meeste staten zijn afgeschaft,⁸ en *equity* is opgegaan in de *common law*, is het onderscheid nog niet geheel verdwenen. Zo wordt op het gebied van de *remedies* nog altijd onderscheid gemaakt tussen *legal remedies* en *equitable remedies*, waarbij *equitable remedies* slechts kunnen worden gevorderd wanneer de *legal remedies* geen adequate genoegdoening bieden.

Hoewel het recht van de Verenigde Staten zijn oorsprong vindt in het Engelse recht, zijn er aanzienlijke verschillen met Engeland. Een van deze verschillen betreft het belang dat wordt toegekend aan de grondwet. Dit heeft mede te maken met het feit dat de Verenigde Staten een federale staat is, bestaande uit vijftig deelstaten en het District of Columbia. De federale grondwet, de *US Constitution* regelt de verdeling tussen de bevoegdheden van de federale overheid en de deelstaten en is daardoor van doorslaggevende betekenis voor het gehele rechtssysteem. Dit in tegenstelling tot Engeland, dat geen geschreven grondwet kent. Een ander belangrijk verschil is dat het recht in de Verenigde Staten meer pragmatisch en informeel wordt benaderd dan in Engeland. Het recht wordt vooral beschouwd als een instrument, dat dient te worden ingezet ter verbetering van de maatschappij.

De rechtsvorming door middel van rechterlijke beslissingen neemt in het Amerikaanse recht een centrale positie in. Lagere rechters zijn bij hun oordeel in een concreet geval gebonden aan de eerdere beslissingen van hogere rechters. *State courts* zijn daarbij alleen gebonden aan de uitspraken van een hogere rechter uit de eigen staat (*mandatory authority*). De uitspraken van rechters uit andere deelstaten hebben geen bindende kracht, maar kunnen wel als *persuasive authority* worden gevolgd. De federale rechter is gebonden aan de beslissingen van de hoogste deelstatelijke rechter over deelstatelijk recht. Andersom is de deelstatelijke rechter niet gebonden aan de beslissingen van de federale rechter (met uitzondering van de *US Supreme Court*) over federaal recht. Uit de rechtspraak blijkt echter dat de beslissingen van de federale rechter dikwijls worden gevolgd door de deelstatelijke rechter, zelfs wanneer zij de uitleg van *state law* betreffen.

Hoewel het rechtersrecht in de *common law* als primaire rechtsbron geldt, is het wel hiërarchisch ondergeschikt aan federale en deelstatelijke wetgeving en

⁷ W.J. Zwalve, C.Æ. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 84-85.

⁸ In de staten New Jersey, Delaware, Tennessee en Mississippi bestaat het onderscheid tussen (*common*) *law* en *equity* en tussen *courts of law* en *courts of equity* nog steeds.

kan zij worden gewijzigd door invoering van wetgeving (*legislation*). Wetgeving wordt in de Verenigde Staten op federaal en deelstatelijk niveau vastgesteld, waarbij federale wetgeving voorrang heeft op de wetgeving van de deelstaten.⁹ Het rechtsgebied dat voor dit onderzoek het meest van belang is, het onrechtmatigedaadsrecht (*tort law*), bestaat echter voornamelijk uit *common law*.¹⁰ Evenals de meeste deelgebieden van het privaatrecht, behoort de *tort law* voornamelijk tot de bevoegdheid van de deelstaten.

1.3.3 Codificatie en harmonisatie

Dat het Amerikaanse privaatrecht wordt gedomineerd door *state law*, heeft tot gevolg dat het privaatrecht van staat tot staat kan verschillen. Op het gebied van het contractenrecht zijn de verschillen tussen de staten echter niet groot. De *law of torts* vertoont wat meer differentiatie, maar de grondbeginselen zijn voor alle staten vrijwel gelijk.¹¹ Vanaf halverwege de negentiende eeuw zijn er verschillende pogingen gedaan om het recht van de deelstaten te codificeren, maar deze waren weinig succesvol. Aan het einde van de negentiende eeuw kreeg het codificatiestreven een nieuwe impuls doordat behoefte ontstond aan een uniform recht dat voor alle Amerikaanse staten geldt. In 1889 werd door de *American Bar Association* (ABA) de *National Committee of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) aangesteld. Sinds dat jaar worden op regelmatige basis conferenties gehouden waar alle deelstaten vertegenwoordigd zijn en waar wetsvoorstellen worden besproken. De *Commissioners* hebben geen wetgevende bevoegdheid en kunnen slechts modelwetgeving opstellen, waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen *uniform laws* en *model laws*. *Uniform laws* kunnen integraal door de staten worden overgenomen in de deelstatelijke wetgeving. *Model laws* zijn eerder bedoeld als uitgangspunt voor het ontwikkelen van wetgeving door de staat zelf. Omdat zowel *uniform laws* als *model laws* modelwetgeving zijn, kunnen de staten ervoor kiezen deze geheel of in gewijzigde vorm over te nemen of te verwerpen. Inmiddels heeft de NCCUSL al meer dan honderd voorstellen gedaan voor modelwetgeving. Op het gebied van de *tort law* zijn vooralsnog weinig *uniform* of *model laws* tot stand gebracht, en de re-

⁹ In artikel VI, lid 2 van de *US Constitution* wordt deze verhouding tussen statelijke en federale wetgeving aangegeven. Deze zogenaamde *supremacy clause* bepaalt dat de *Constitution*, *federal laws* en *treaties* ‘*the supreme Law of the Land*’ vormen en dat de rechters in elke staat hieraan gebonden zijn. Van de *state legislation* is de *state constitution* de hoogste wetgeving. Daarna volgen *state statutes* en *state agency rules*. Wat betreft de verdeling van de wetgevende bevoegdheden tussen deelstaat en federale overheid volgt uit de *Tenth Amendment* bij de *Constitution* dat de federale wetgever, in tegenstelling tot de staten, slechts de bevoegdheid heeft tot wetgeving indien er een expliciete grondslag in de *Constitution* bestaat. Terreinen waarvoor zo een uitdrukkelijke basis bestaat, zijn o.m. belastingen, defensie en het sluiten van handelsverdragen met andere landen. Voor alle onderwerpen hebben de vijftig staten een eigen, autonome wetgevende bevoegdheid. Van de *state legislation* is de *state constitution* de hoogste wetgeving. Daarna volgen *state statutes* en *state agency rules*.

¹⁰ Zie over de beginselen van de *common law of torts* uitgebreider hoofdstuk 6, par. 1.3.

¹¹ Louisiana neemt een uitzonderingspositie in. Het privaatrecht van deze staat is niet gebaseerd op de *common law*, maar op het Franse en Spaanse recht.

gels die wel zijn gerealiseerd, zijn slechts op zeer beperkte schaal overgenomen in de deelstatelijke wetgeving.

De meest succesvolle modelwetgeving is de *Uniform Commercial Code* (verder: UCC), die tot stand is gekomen onder leiding van de NCCUSL in samenwerking met de *American Law Institute* (verder: ALI). Sinds de totstandkoming van de UCC in 1957 is deze regeling (in zijn oorspronkelijke vorm of in een herziene versie) in alle staten ingevoerd.¹² De UCC heeft een aanzienlijke invloed gehad op de handelskoop, maar ook op de invulling van bepaalde begrippen in het algemene contractenrecht, zoals het begrip *good faith and fair dealing*.

Om de zeer omvangrijke *common law* die door de jaren heen door de rechters in de verschillende staten tot stand is gekomen inzichtelijk te maken, heeft de ALI vanaf de jaren twintig van de vorige eeuw zogenaamde *Restatements* opgesteld. De *Restatements* hebben primair tot doel uit de stroom van bindende uitspraken regels te destilleren, die het geldende recht moeten weergeven. Uit de precedenden worden rechtsregels en beginselen afgeleid die vervolgens systematisch worden geherformuleerd. Door inzicht te geven in het geldende recht hopen de opstellers van de *Restatements* de rechtszekerheid te bevorderen.¹³

De *Restatements* bevatten steeds de volgende onderdelen: de rechtsregel, *comment* (toelichting), *illustrations* (voorbeelden) en verwijzingen naar literatuur en rechtspraak. Om de *Restatements* actueel te houden, worden er regelmatig verwijzingen naar nieuwe uitspraken toegevoegd. Daarnaast is de ALI sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw begonnen met de herziening van een groot aantal *Restatements*, waarbij de herziene versie wordt aangeduid als *Restatement (Second)*.¹⁴ Voor enkele onderwerpen bestaat er zelfs al een *Restatement (Third)*.¹⁵ Veel *Restatements* zijn echter meer dan alleen een weergave van het geldende recht. Met name wanneer het recht van de deelstaten verschilt en er geen eenduidige regel valt af te leiden uit de rechtspraak, wordt door de opstellers een oplossing voorgesteld. Ondanks het feit dat de *Restatements* slechts *persuasive authority* zijn, hebben zij wel degelijk invloed op de rechtsontwikkeling in de Verenigde Staten.¹⁵ In de Amerikaanse rechtspraak wordt veelvuldig naar de *Restatements* verwezen en rechters citeren regelmatig artikelen uit de *Restatements*. Wanneer hogere rechters, *appellate courts* en *state supreme courts*, een regel uit de *Restatement* overnemen, zijn lagere rechters hieraan gebonden. De regel van de *Restatement* behoort dan tot het geldende recht. Een neveneffect van het bovenstaande is dat het recht van de deelstaten hierdoor naar elkaar toe groeit. Van de *Restatements* gaat daarom ook een harmoniserende werking uit.

¹² Louisiana heeft het belangrijke artikel 2 van de UCC, dat de verkoop van goederen betreft, echter niet overgenomen.

¹³ Zie W.J. Zwolve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJU 2008, p. 81-82.

¹⁴ Zie bijv. *Restatement (Third) of Agency*, gepubliceerd in 2006.

¹⁵ Zie ook R. Hyland, 'American Private Legislatures and the Process Discussion', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 73-74.

Op tal van terreinen van het privaatrecht zijn *Restatements* tot stand gebracht, waaronder het overeenkomstenrecht, het internationaal privaatrecht, arbeidsrecht, oneerlijke mededinging en vertegenwoordiging. De belangrijkste *Restatement* op het gebied van de *tort law* is de *Restatement (Second) of Torts*, die bestaat uit vier delen. In het eerste deel zijn artikelen opgenomen over *intentional invasions of interests in personality, land and chattels*. Deel twee bevat artikelen over de *tort of negligence* en het derde deel betreft *strict liability*. Deel vier gaat onder andere over *interference with advantageous economic relations*, dat ook artikelen bevat omtrent *tortious interference with contract*. Behalve de *Restatements (Second) of Torts* bestaan er ook specifieke *Restatements of Torts*, waaronder voor productenaansprakelijkheid. In 2004 heeft de ALI haar goedkeuring verleend voor een project dat uiteindelijk zou moeten resulteren in de *Restatement (Third) of Torts: Economic Torts and Related Wrongs*, later omgedoopt tot *Restatement (Third) of Torts: Liability for Economic Harm*. Het project heeft betrekking op *torts* als *misrepresentation, fraud, unfair competition* en ook *intentional* en *negligent interference with contract*. Het project kende een moeilijke start en heeft een tijd stilgelegen. In 2010 is het project hervat. Er zijn echter nog geen teksten goedgekeurd.¹⁶

I JURIDISCHE GRONDSLAG EN RATIO

2 Juridische grondslag

2.1 Ontwikkeling in de rechtspraak

Hoewel deze Engelse uitspraak meer dan driekwart eeuw na de Amerikaanse onafhankelijkheid werd gewezen en dus niet bindend was voor de Amerikaanse rechters, is *Lumley v. Gye*,¹⁷ de zaak over de twee theaterexploitanten die concurreerden om de diensten van een operazangeres, net als in Engeland zeer belangrijk gebleken voor de ontwikkeling van de aansprakelijkheid wegens het verstoren van een contractuele relatie in de Verenigde Staten.¹⁸ Overigens waren ook voor *Lumley v. Gye* al door enkele *state courts* uitspraken gewezen waarin het veroorzaken van wanprestatie als onrechtmatig werd aangemerkt.¹⁹ Zo betrof de New Yorkse uitspraak *Aldridge v. Stuyvesant*²⁰ uit 1828 een bindende pachtovereenkomst die Aldridge met zijn pachters was aangegaan voor de periode van een jaar. Tijdens de eerste maand van de pachttermijn bedreigde Stuyvesant de pachters en zei dat hij hun goederen in beslag zou nemen indien zij niet zouden vertrekken. De pachters verbraken hun huurcontract en verlieten de woning. Aldridge kon geen vervanger vinden voor de huurders en sprak Stuyvesant in rechte aan wegens zijn *intentional interference* met de pachtovereenkomst. De

¹⁶ Zie www.ali.org.

¹⁷ [1853] 2 El & Bl 216. Zie hoofdstuk 6, par. 2.1 voor een analyse van deze uitspraak.

¹⁸ Zie F.B. Sayre, 'Inducing Breach of Contract', 36 *Harv. L. Rev.* 1923, p. 671.

¹⁹ Zie, met verwijzingen naar meer rechtspraak, K. Green, 'The Element of "Malice" in the Tort Action for Inducing Breach of Contract', 12 *St. Louis L. Rev.* 1927, p. 295.

²⁰ 1 Hall 210 (N.Y.Sup. 1828).

rechter oordeelde dat de gedaagde inbreuk had gemaakt op een *property interest* van de landeigenaar en daarmee onrechtmatig had gehandeld.²¹

Ondanks het feit dat de aansprakelijkheid wegens het verstoren van een contractuele relatie in verschillende deelstaten dus niet nieuw was, wordt *Lumley v. Gye* in de Verenigde Staten toch beschouwd als de basis van het *tortious interference*-leerstuk.²² Zo werd met name in de jaren rond de vorige eeuwwisseling in de Amerikaanse rechtspraak regelmatig naar deze Engelse uitspraak verwezen.²³ Al snel gingen Amerikaanse rechters zelfs verder dan de Engelse rechter, door niet alleen het aanzetten tot wanprestatie, maar ook het verstoren van een vooruitzicht op een overeenkomst als onrechtmatig aan te merken, hetgeen naar Engels recht alleen tot aansprakelijkheid kon leiden wanneer de gedaagde gebruik had gemaakt van onrechtmatige middelen. Een ander verschil met het Engelse recht is dat de rol van deze *tort* als aansprakelijkheidsgrondslag in stakingsgeschillen al in de jaren dertig van de vorige eeuw in de Verenigde Staten nagenoeg was uitgespeeld door de invoering van bijzondere wetgeving en de oprichting van een speciale instantie – de *National Labor Relations Board* – om conflicten tussen werkgevers en vakbonden op te lossen.²⁴

De doctrine van *tortious interference with contract* is in alle deelstaten aanvaard.²⁵ In enkele deelstaten heeft het echter wat langer geduurd tot de aansprakelijkheid wegens het aanzetten tot wanprestatie in de rechtspraak werd geaccepteerd. Zo is in de rechtspraak van de staat Louisiana pas in 1989 een enigszins beperkte variant van deze aansprakelijkheid erkend.²⁶

2.2 *Invloed van de Restatements of Torts*

In 1939 verscheen de *Restatement (First) of Torts*, waarin de zogenaamde *unified theory* werd aanvaard. Op grond van deze theorie wordt *inducement of a breach of contract* slechts beschouwd als onderdeel van de algemenere *tort of intentional interference in business relations*.²⁷ Op grond van deze *tort* leidt niet alleen het aanzetten tot wanprestatie tot aansprakelijkheid, maar ook het fysiek onmogelijk maken van nakoming. § 766 van de *Restatement (First) of Torts* bepaalde dat het opzettelijk veroorzaken dat een ander zijn contract niet nakomt of een zakelijke relatie niet aangaat of niet voortzet, een grond voor aansprake-

²¹ Zie ook D.C. Dowling, 'A Contract Theory for a Complex Tort: Limiting Interference with Contract Beyond the Unlawful Means Test', 40 *U. Miami L. Rev.* 1986, p. 498-499.

²² *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment c*.

²³ Zie bijv. *Walker v. Cronin*, 107 Mass. 555 (Mass. 1871); *Heywood v. Tillson*, 46 Am.Rep. 373 (Me. 1883); *Doremus v. Hennessey*, 52 N.E. 924 (Ill. 1898); *Heath v. American Book Co.*, 97 F. 533 (C.C. W.Va. 1899) (op basis van het recht van West Virginia); *Beekman v. Marsters*, 80 N.E. 817 (Mass. 1907).

²⁴ Zie ook Note, 'Tortious Interference with Contractual Relations in the Nineteenth Century: The Transformation of Property, Contract and Tort', 93 *Harv. L. Rev.* 1980, p. 1537. Vgl. ook *Restatement (Second) of Torts, Introductory Note to Division Nine*.

²⁵ Zie W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 980-981.

²⁶ *Zie 9 to 5 Fashions v. Spurney*, 538 So.2d 228 (La. 1989).

²⁷ *Zie Restatement (First) of Torts*, § 766, *Comment b*.

lijkheid opleverde, tenzij sprake was van een rechtvaardigingsgrond. De regel dat elke verstoring van andermans (voorzicht op een) contract in beginsel een grond voor aansprakelijkheid opleverde, werd in de Amerikaanse literatuur bekritiseerd. De aansprakelijkheid die eruit voortvloeide, zou te ruim zijn. Naar aanleiding van deze kritiek is in 1979 in de tweede *Restatement of Torts* een extra voorwaarde toegevoegd: de verstoring moest niet alleen opzettelijk zijn, maar ook *improper*. De volledige regel uit § 766 luidt:

‘One who intentionally and improperly interferes with the performance of a contract (except a contract to marry) between another and a third person by inducing or otherwise causing the third person not to perform the contract, is subject to liability to the other for the pecuniary loss resulting to the other from the failure of the third person to perform the contract.’²⁸

Of sprake is van *improper interference*, dient te worden bepaald aan de hand van een multifactorbenadering, bestaande uit zeven factoren, die overigens grotendeels overeenkomen met de factoren aan de hand waarvan volgens de *Restatement (First) of Torts* moest worden bepaald of sprake was van een rechtvaardigingsgrond.²⁹

De regels die in beide *Restatements* zijn geformuleerd, hebben aanzienlijke invloed gehad op de Amerikaanse rechtspraak en worden daarin veelvuldig aangehaald, zo zal blijken in het vervolg van dit hoofdstuk. Veelgeciteerd zijn met name de hoofdregel van § 766, en de multifactorbenadering van § 767. Niet alle bepalingen hebben echter op instemming uit de rechtspraak kunnen rekenen. Zo is de regel uit § 766A *Restatement (Second) of Torts*, die betrekking heeft op de situatie waarin een contractspartij door een derde wordt gehinderd en hierdoor zijn contract niet kan nakomen, in diverse staten expliciet verworpen.³⁰ De meeste bepalingen uit hoofdstuk 37 van de *Restatement (Second) of Torts*, dat als titel heeft *Interference With Contract Or Prospective Contractual Relation*, zijn echter onmisbaar voor de analyse van het Amerikaanse recht betreffende de onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie, en zullen in deel II en III van dit hoofdstuk worden besproken.

3 Ratio van de aansprakelijkheid

In de Amerikaanse rechtspraak is weinig aandacht besteed aan de ratio van deze aansprakelijkheid wegens het verstoren van een contractuele relatie.³¹ Hieronder zullen verschillende theorieën worden besproken, waarvan in de Amerikaanse literatuur wel is betoogd dat zij een verantwoorde grondslag voor de aansprakelijkheid vormen.

²⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 766.

²⁹ *Restatement (First) of Torts*, § 767.

³⁰ Zie D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 634.

³¹ Zie ook D.B. Dobbs, ‘Tortious Interference with Contractual Relationships’, 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 363, 365.

3.1 *Contract als property*

In de Amerikaanse *tortious interference*-rechtspraak en -literatuur wordt – evenals in Engeland – van oudsher slechts in beperkte mate aandacht besteed aan het contractuele relativiteitsbeginsel (*privity of contract*). Dit beginsel wordt weinig genoemd in verband met de aansprakelijkheid van een derde wegens het verstoren van een contractuele relatie, en slechts door een enkeling als obstakel aangemerkt.³² Verschillende Amerikaanse rechtsgeleerden zijn zelfs een stap verder gegaan door contracten te beschouwen als een vorm van *property*, die evenals zakelijke rechten absoluut tegenwerpelijk zijn aan derden.³³ Deze visie kan worden teruggevoerd op invulling die de Engelse rechtsgeleerde Sir William Blackstone in de achttiende eeuw aan het begrip *property* gaf.³⁴

Blackstone maakte geen onderscheid tussen persoonlijke rechten en zakelijke rechten. *Property* werd door hem onderscheiden in *real property* (onroerende zaken) en *personal property*, ook wel *chattels* genoemd (vermogensbestanddelen die niet als onroerend worden beschouwd). De categorie *chattels* was vervolgens onderverdeeld in *chattels real*³⁵ en *chattels personal*, die op hun beurt werden onderscheiden in *chattels in possession* (roerende lichamelijke zaken) en *chattels in action*, die door Blackstone werden gedefinieerd als *merely a bare right to occupy the thing in question*.³⁶ Deze *chattels in action*, die dus als (*personal*) *property* werden aangemerkt en als zodanig een *right in rem* waren, betroffen rechten, die voortvloeiden uit overeenkomst, onrechtmatige of rechtmatige daad.³⁷

³² Zie D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 350-351 en J. Danforth, 'Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society's Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity', 81 *Colum L. Rev.* 1981, noot 10 op p. 1492.

³³ Zie o.a. Note, 'Tortious Interference with Contractual Relations', 31 *Harv. L. Rev.* 1918, p. 1017-1022; F.B. Sayre, 'Inducing Breach of Contract', 36 *Harv. L. Rev.* 1923, p. 675; C.E. Carpenter, 'Interference with Contract Relations', 41 *Harv. L. Rev.* 1928, p. 733; Note, 'Tortious Interference with Contractual Relations in the Nineteenth Century: The Transformation of Property, Contract and Tort', 93 *Harv. L. Rev.* 1980, p. 1514; B.L. Fine, 'An Analysis of the Formation of Property Rights Underlying Tortious Interference with Contracts and Other Economic Relations', 50 *U. Chi. L. Rev.* 1983, p. 1116-1145; W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 981; D.C. Dowling, Jr., 'A Contract Theory for a Complex Tort: Limiting Interference with Contract Beyond the Unlawful Means Test', 40 *U. Miami L. Rev.* 1986, p. 504-505; R.A. Epstein, 'Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership', 16 *J. Legal Stud.* 1987, p. 2; E.M. White, 'Arkansas Tortious Interference Law: A Proposal For Change', 19 *UALR L.J.* 1996, p. 93-94.

³⁴ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England II*, Oxford: Clarendon Press 1766, p. 2. Zie ook T.W. Merrill & H.E. Smith, 'What Happened to Property in Law and Economics?', 111 *Yale L.J.* 2001, p. 361.

³⁵ Deze subcategorie is sterk verbonden met het onroerend goed-recht en zal hier verder onbesproken blijven.

³⁶ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England II*, Oxford: Clarendon Press 1766, p. 396.

³⁷ W.J. Zwolve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 191.

Volgens Blackstone waren rechten die voortvloeien uit contract of *tort* een vorm van *property*, die vanwege hun *in rem*-karakter bescherming genieten tegen inbreuken van derden.³⁸ *Interference with contract* betekent dus per definitie *interference with property*,³⁹ wat aansprakelijkstelling rechtvaardigt.⁴⁰ Ondanks het feit dat rechten uit contract als *personal property* worden beschouwd, had Blackstone een fysieke opvatting van het begrip *property*. Om als *property* aangemerkt te kunnen worden, moest het contractuele recht betrekking hebben op *things*, op lichamelijke zaken.⁴¹ Dit vereiste wordt door de voorstanders van de *property*-theorie als ratio voor de aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contract* niet gesteld. De idee van contract als *property* is ook terug te vinden in een – weliswaar beperkt – deel van de *tortious interference*-rechtspraak.⁴²

De bovenstaande ratio is echter ook bekritiseerd. Dobbs wijst erop dat hoewel de bescherming van overeenkomsten door deze *tort* dan wel uiterlijke gelijkenissen kan vertonen met die van absolute rechten, dit nog geen rechtvaardiging vormt voor aansprakelijkheid.⁴³ Volgens Anderson maakt het Amerikaanse recht wel degelijk onderscheid tussen de bescherming van *property rights* en *contract rights*. Wanneer het recht in het algemeen contractuele rechten als *property rights* zou aanmerken, zou dit volgens hem betekenen dat een contractspartij in alle gevallen nakoming (*specific performance*) zou kunnen vorderen, hetgeen echter op grond van het Anglo-Amerikaanse recht in werkelijkheid slechts bij uitzondering is toegestaan.⁴⁴

3.2 Plicht om geen schade toe te brengen

Dobbs wijst de vergelijking met *property* echter niet geheel van de hand. Hij meent dat er wel degelijk een vergelijking kan worden gemaakt met nieuwe

³⁸ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England II*, Oxford: Clarendon Press 1766, p. 397.

³⁹ Note, 'Tortious Interference with Contractual Relations in the Nineteenth Century: The Transformation of Property, Contract and Tort', 93 *Harv. L. Rev.* 1980, p. 1513.

⁴⁰ Zie ook 45 *Am. Jur. 2D, Interference* § 39, waarin wordt opgemerkt dat gedachte achter *tortious interference with contractual relations* is 'that the right to perform a contract and to reap the profits resulting from such performance, and also the right to performance by the other party, are property rights which entitle each party to protection against all the world, and to seek compensation by action in tort for any injuries to such contract. The interest protected has been said to be the right of the individual to security in his business relations, that is, the right to have preserved the undertaking of persons with whom he has commercial dealings.'

⁴¹ Een *chattel in action* moet worden gezien als een *thing in potentia*, omdat er sprake is van een recht om de zaak in de toekomst in bezit te hebben.

⁴² Zie o.a. *Jersey City Printing Co. v. Cassidy*, 53 A. 230 (N.J.Ch. 1902); *De Long Corp. v. Morrison-Knudsen Co.*, 20 A.2d 104 (N.Y. 1964); *Carr v. Brown*, 395 A.2d 79 (D.C. 1978); *Chaves v. Johnson*, 335 S.E.2d 97, 102 (Va. 1985).

⁴³ D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 351.

⁴⁴ D.A. Anderson, 'An Errant Tort', 9 *Rev. Litig.* 1990, p. 431-432.

vormen van *property interests*, zoals intellectuele eigendomsrechten,⁴⁵ hetgeen aansluit bij de ideeën van de Amerikaanse rechtsgeleerde Wesley Newcomb Hohfeld. Hohfeld gaf aan het begin van de twintigste eeuw een nieuwe invulling aan het *property*-begrip,⁴⁶ die later door vele auteurs werd overgenomen.⁴⁷ Met de nieuwe invulling trachtte Hohfeld aan te sluiten bij de nieuwe ontwikkelingen in het recht. De door Blackstone voorgestane absolute bescherming van *property* was niet meer in overeenstemming met de realiteit. Nieuwe rechten werden gecreëerd, zoals octrooirechten, waarvan de bescherming in tijdsduur beperkt was.⁴⁸ Hohfeld was van mening dat onderscheid moest worden gemaakt tussen verschillende soorten *property rights* en de bijbehorende mate van protectie.⁴⁹ Op grond van deze visie is niet zozeer van belang of een contract kan worden gekwalificeerd als een *property*, maar vooral tegen welke soort schendingen een contractueel belang bescherming geniet.⁵⁰

De zienswijze dat niet elke inbreuk op een contractuele relatie leidt tot aansprakelijkheid, is ook terug te vinden in het werk van de invloedrijke jurist Oliver Wendell Holmes, Jr., die van 1902 tot 1932 als rechter werkzaam was bij de *US Supreme Court*. Hij was van mening dat de omstandigheid dat een derde handelde met de intentie om wanprestatie te bewerkstelligen en daarmee schade toe te brengen aan de gelaedeerde, de ratio is voor de aansprakelijkheid.⁵¹ De verplichting om zich te onthouden van het opzettelijk toebrengen van schade komt ook voor in de werken van de Engelse rechtsgeleerde Pollock, met wie Holmes een langdurige correspondentie onderhield.⁵² Volgens Pollock kon het recht op nakoming niet als een *right in rem* worden beschouwd, en was de ratio van de aansprakelijkheid in gevallen zoals *Lumley v. Gye*⁵³ gelegen in het feit dat de gedaagde opzettelijk schade heeft toegebracht aan de eiser.⁵⁴

3.3 Belangenafweging

Holmes was tevens een van de drijvende krachten achter het Amerikaanse *legal realism*, een stroming die een meer pragmatische en maatschappelijke benadering van het recht voorstond. Volgens Holmes moesten de maatschappelijke ge-

⁴⁵ D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 352.

⁴⁶ W.N. Hohfeld, 'Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning', 26 *Yale L.J.* 1917, p. 710-770.

⁴⁷ K.J. Vandeveld, 'The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property', 29 *Buff. L. Rev.* 1980, p. 361.

⁴⁸ K.J. Vandeveld, 'The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property', 29 *Buff. L. Rev.* 1980, p. 357.

⁴⁹ W.N. Hohfeld, 'Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning', 26 *Yale L.J.* 1917, p. 746.

⁵⁰ C.E. Carpenter, 'Interference with Contract Relations', 41 *Harv. L. Rev.* 1928, p. 734.

⁵¹ O.W. Holmes, 'Privilege, Malice, and Intent', 8 *Harv. L. Rev.* 1894, p. 11-12.

⁵² F. Pollock, *A Treatise on the Law of Torts in Obligations Arising From Civil Wrongs in the Common Law*, St. Louis: the F.H. Thomas Law Book Co. 1894, p. 5-7. [1853] 2 El & Bl 216. Zie boven, par. 2.1.

⁵⁴ F. Pollock, *A Treatise on the Law of Torts in Obligations Arising From Civil Wrongs in the Common Law*, St. Louis: the F.H. Thomas Law Book Co. 1894, p. 668-669.

volgen van een regel in het oog worden gehouden en diende de rechter een afweging te maken van de belangen van de eiser, gedaagde en de samenleving. In 1928 verdedigde een andere invloedrijke rechtsgeleerde, Carpenter,⁵⁵ dat ook aan de aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contract* een belangenafweging ten grondslag diende te liggen. Deze opvatting is ook terug te vinden in het werk van Prosser, een van de belangrijkste Amerikaanse autoriteiten op het gebied van *tort law* in de twintigste eeuw. Hij meende, in navolging van de utilitaristen, dat het recht kan worden gebruikt om ‘*greatest happiness of the greatest number*’, te bewerkstelligen en dat dit slechts kon gebeuren na identificatie en afweging van de belangen van de partijen en maatschappelijke belangen.⁵⁶ Aangezien Prosser begin jaren vijftig van de vorige eeuw rapporteur werd voor de *Restatement (Second) of Torts*, mag het geen verrassing heten dat in de bepalingen van de *Restatement* over *tortious interference* en met name bij de multifactorbenadering van § 767, de belangen van de eiser, gedaagde en de maatschappij expliciet worden genoemd als factoren die moeten worden meegewogen in het oordeel van de rechter.⁵⁷

Volgens Dobbs vormt een belangenafweging nog geen theoretische grondslag voor de aansprakelijkheid van de gedaagde en is niet duidelijk waarom in een concreet geval de belangen van een contractspartij zwaarder zouden moeten wegen dan die van zijn concurrent.⁵⁸ Ook Danforth is van mening dat het bestaansrecht van deze *tort* niet is gelegen in de afweging van de individuele belangen. Hij betoogt echter dat de aansprakelijkheid wegens het verstoren van een contract wel gerechtvaardigd kan worden door het maatschappelijke belang bij stabiele en betrouwbare contracten. Volgens Danforth is de economische planning in een markteconomie in sterke mate afhankelijk van de stabiliteit en betrouwbaarheid van overeenkomsten. Door het aannemen van aansprakelijkheid wegens het verstoren van een contract, worden de belangen van de schuldeiser extra beschermd (naast de bescherming via het contractenrecht), waardoor het sluiten van overeenkomsten zou kunnen worden gestimuleerd.⁵⁹ Danforth stelt echter dat de belangrijkste reden om aansprakelijkheid wegens *tortious interference* aan te nemen, is dat met de aanvullende bescherming voor contracten niet alleen zekerheid wordt gecreëerd voor de contractspartijen, maar ook voor derden, die in hun plannen rekening kunnen houden met de nakoming van de contracten tussen anderen: ‘*Contractual obligations can be seen as intertwining and forming a grid-like foundation of economic predictability upon which other forms of commercial activity may be build.*’⁶⁰ Omdat het maatschappelijke belang bij stabiele en betrouwbare contracten de *raison d’être* van de *tort*

⁵⁵ C.E. Carpenter, ‘Interference with Contract Relations’, 41 *Harv. L. Rev.* 1928, p. 745.

⁵⁶ W.L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1941, p. 15-17.

⁵⁷ D.B. Dobbs, ‘Tortious Interference with Contractual Relationships’, 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 363.

⁵⁸ D.B. Dobbs, ‘Tortious Interference with Contractual Relationships’, 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 365.

⁵⁹ J. Danforth, ‘Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society’s Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity’, 81 *Colum. L. Rev.* 1981, p. 1511.

⁶⁰ J. Danforth, ‘Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society’s Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity’, 81 *Colum. L. Rev.* 1981, p. 1514.

vormt, moet volgens Danforth in beginsel geen aansprakelijkheid worden aangenomen wegens het verstoren van een vooruitzicht op (de continuering van) een contract.⁶¹ In de Amerikaanse rechtspraak heeft de theorie van Danforth weinig navolging gekregen.⁶² Wel wordt in de *Restatement* erkend dat met de bescherming van een contractueel belang ook een maatschappelijk belang gepaard gaat, dat moet worden meegewogen in het oordeel van de rechter.⁶³

3.4 *Rechtseconomisch argumenten*

In de rechtseconomische literatuur zijn verschillende pogingen gedaan om de aansprakelijkheid op grond van *tortious interference with contractual relations* te rechtvaardigen vanuit het perspectief van de rechtseconomische theorie van *efficient breach*.⁶⁴ Deze theorie houdt kort gezegd in dat efficiënte contractbreuken – waarvan sprake is wanneer met de contractbreuk een hogere gezamenlijke welvaart⁶⁵ wordt bereikt dan wanneer het contract zou zijn nagekomen⁶⁶ – moeten worden toegelaten of zelfs gestimuleerd. Een contractspartij hoeft zijn overeenkomst dus niet na te komen wanneer het voordeel dat met de niet-nakoming wordt bereikt, het nadeel dat zijn wederpartij hierdoor lijdt, overstijgt. In dat geval mag volgens *efficient breach theory* worden volstaan met het betalen van schadevergoeding. In de literatuur wordt geworsteld met de vraag of het *efficient breach*-model kan samengaan met aansprakelijkheid wegens *tortious interfe-*

⁶¹ J. Danforth, 'Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society's Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity', 81 *Colum. L. Rev.* 1981, p. 1515-1517.

⁶² In *Nelson v. Martin*, 958 S.W.2d 643, 645-646 (Tenn. 1997) wees de *Supreme Court* van Tennessee onder verwijzing naar Danforth de aansprakelijkheid wegens '*interference with prospective contracts and relationships*' van de hand. Deze uitspraak werd echter in 2002 overruled in *Trau-med of America, Inc. v. Allstate Ins. Co.*, 71 S.W.3d 691, 699 (Tenn. 2002).

⁶³ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, onder (g).

⁶⁴ Zie o.a. W.M. Landes & R.A. Posner, 'Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis', 9 *J. Legal Stud.* 1980, p. 517-555 (i.h.b. 552-555); 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; L.R. BeVier, 'Reconsidering Inducement', 76 *Va. L. Rev.* 1990, p. 877-936; G. Myers, 'The Differing Treatment of Efficiency and Competition in Antitrust and Tortious Interference Law', 77 *Minn. L. Rev.* 1993, p. 1097-1152; Fred McChesney, 'Tortious Interference with Contract Versus "Efficient Breach": Theory and Empirical Evidence', 28 *J. Legal Stud.* 1999, p. 131-186; C.A. Remington, 'Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach: Fine Tuning the Notion of the Contract Breacher as Wrongdoer', 47 *Buff. L. Rev.* 1999, p. 645-711; D. Varadarajan, 'Tortious Interference and the Law of Contract: *The Case for Specific Performance* Revisited', 111 *Yale L.J.* 2001, p. 735-760.

⁶⁵ In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen het *Pareto-efficiency* (de gezamenlijke welvaart neemt toe zonder dat enig lid van de groep erop achteruit gaat, waarbij de voorwaarde wordt gesteld dat de benadeelde wederpartij volledig wordt gecompenseerd), en het *Kaldor-Hicks-efficiency* (de stijging van de gezamenlijke welvaart overtreft het verlies van een of meerdere leden van de groep), zie R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Law & Business 1998, p. 14-15.

⁶⁶ B.C.J. van Veldhoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 137-138.

rence with contractual relations. Indien het recht toestaat dat een contractspartij zijn contract niet nakomt omdat dit economisch gezien efficiënt is, waarom zou een derde, die tot het plegen van de contractbreuk heeft aangezet, dan aansprakelijk kunnen worden gesteld?

Verschillende auteurs hebben aan de *efficient breach theory* argumenten ontleend voor hun betoog dat de reikwijdte van de aansprakelijkheid moet worden beperkt tot gevallen waarin de derde gebruik heeft gemaakt van op zichzelf ongeoorloofde middelen, zoals misleiding of dwang.⁶⁷ Anderen hebben echter betoogd dat er in bepaalde gevallen juist ook een rechtseconomische rechtvaardiging kan bestaan voor de aansprakelijkheid. Zij betogen dat de *tort of tortious interference with contractual relations* een oplossing kan bieden voor het probleem van ondercompensatie van de benadeelde contractspartij. Volledige compensatie van de door de eiser geleden schade is essentieel voor *efficient breach theory*. Er kan echter sprake zijn van ondercompensatie vanwege hoge proceskosten die niet voor vergoeding in aanmerking komen, of een faillissement van de wanpresterende wederpartij.⁶⁸ Ook ontoereikende *remedies* uit het contractenrecht kunnen een oorzaak van ondercompensatie zijn. Op grond van het Anglo-Amerikaanse contractenrecht kan een benadeelde contractspartij slechts in bepaalde gevallen nakoming vorderen van zijn wanpresterende wederpartij, waardoor schadevergoeding vaak de enige beschikbare remedie is. De geleden schade van de eiser komt alleen voor vergoeding in aanmerking voor zover de schade voor de partijen redelijkerwijs voorzienbaar was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. In het *tort*-recht wordt echter een lichtere maatstaf gehanteerd, en kunnen *consequential losses* en immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komen, mits deze schade voorzienbaar was op het moment dat de *tort* werd gepleegd.⁶⁹ Bovendien kunnen in bepaalde gevallen ook *punitive damages* worden toegewezen.⁷⁰ Wanneer de benadeelde contractspartij een vordering op grond van *tort* kan indienen tegen een derde, wordt het probleem van ondercompensatie opgelost.⁷¹ Deze argumentatie is elders in de literatuur bekritiseerd.⁷² Een belangrijk punt van commentaar is dat het *tort*-recht wordt gebruikt om een tekortkoming in het contractenrecht te repareren, terwijl een verandering van het contractenrecht meer voor de hand zou liggen.⁷³

In tegenstelling tot de literatuur, speelt de *efficient breach theory* in de rechtspraak over *tortious interference with contractual relations* geen rol van

⁶⁷ Zie m.n. H.S. Perlman, 'Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine', 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, p. 97 e.v. Zie in vergelijkbare zin ook D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 365-376; D.A. Anderson, 'An Errant Tort', 9 *Rev. Litig.* 1990, p. 438.

⁶⁸ W.M. Landes and R.A. Posner, 'Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis', 9 *J. Legal Stud.* 1980, p. 552-555.

⁶⁹ Zie onder, par. 10.

⁷⁰ Zie onder, par. 12.3.

⁷¹ L.R. BeVier, 'Reconsidering Inducement', 76 *Va. L. Rev.* 1990, p. 917.

⁷² Zie bijv. D.A. Anderson, 'An Errant Tort', 9 *Rev. Litig.* 1990, p. 433.

⁷³ H.S. Perlman, 'Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine', 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, p. 89.

betekenis. Ook de *Restatement* besteedt in verband met deze *tort* geen aandacht aan deze theorie.⁷⁴ Vanwege de te verwaarlozen invloed van *efficient breach theory* op de *tortious interference*-rechtspraak zal deze theorie verder buiten beschouwing worden gelaten.

3.5 Bescherming tegen improper interference

Op basis van het voorgaande moet tot de conclusie worden gekomen dat een algemeen aanvaarde, overkoepelende theoretische grondslag voor de aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contract* ontbreekt. Verschillende Amerikaanse rechtsgeleerden trekken hieruit de conclusie dat de huidige reikwijdte van de *tort* beperkt dient te worden tot die gevallen waarin de aansprakelijkheid wel duidelijk kan worden gerechtvaardigd, met name wanneer de gedaagde gebruik heeft gemaakt van middelen die op zichzelf als onrechtmatig kunnen worden gekwalificeerd.⁷⁵

In de hedendaagse Amerikaanse rechtspraak en in de *Restatement* wordt de *tortious interference*-aansprakelijkheid vooral beschouwd als een middel om het belang van de eiser met betrekking tot een contract te beschermen tegen *improper interference*.⁷⁶ Dat het belang van de eiser daadwerkelijk is geformaliseerd door middel van een contract is geen absoluut vereiste, aangezien ook het verstoren van een precontractuele relatie tot aansprakelijkheid kan leiden. Wel wordt aangenomen dat ruimere bescherming wordt geboden aan overeenkomsten, dan aan een vooruitzicht op een contract.

Aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moet worden bepaald wanneer sprake is van *improper interference*. De centrale vraag die wordt gesteld is in hoeverre de handelingsvrijheid – *freedom of action* – van de derde⁷⁷ mag worden ingeperkt ten gunste van de bescherming van het belang van contractspartijen. Om te bepalen of de verstoring als onoorbaar moet worden aangemerkt, speelt de aard van het gedrag van de derde dan ook een belangrijke rol. Dat handelingen die op zichzelf als onrechtmatig zijn te kwalificeren, zoals het gebruik van geweld of het uiten van bedreigingen, als *improper* moeten worden beschouwd, staat niet ter discussie. Gecomplioneerder wordt het wanneer de rechter aansprakelijkheid aanneemt in een geval waarin de gedaagde

⁷⁴ Redenen hiervoor zouden kunnen zijn dat het concept van *efficient breach* sterk is geworteld in het contractenrecht, en zou daarom niet in het oordeel van de rechter (of de jury) worden betrokken nu het bij *tortious interference* om *tort*-recht gaat, zie O.K. Ames III, 'Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort', 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 332.

⁷⁵ Zie m.n. H.S. Perlman, 'Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine', 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, p. 97-129.

⁷⁶ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment c*; D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 364; J. Danforth, 'Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society's Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity', 81 *Colum L. Rev.* 1981, p. 1493.

⁷⁷ Het maatschappelijke belang van de *freedom of action* wordt ook in § 767 *Restatement (Second) of Torts* erkend als factor die moet worden meegewogen in het oordeel of de verstoring onoorbaar was. Zie uitgebreider onder, par. 8.6.1.

geen op zichzelf ongeoorloofde middelen heeft gebruikt, en bijvoorbeeld een beter aanbod heeft gedaan aan iemand die reeds een contract heeft gesloten met een ander. In deze gevallen kan echter worden betoogd dat het oordeel van de rechter de morele opvattingen over aanvaardbaar en onaanvaardbaar handelen weerspiegelt.⁷⁸ Ook andere omstandigheden, zoals het motief van de gedaagde en de aanwezigheid van een bijzondere relatie tussen partijen of van een bijzonder individueel of maatschappelijk belang, kunnen van invloed zijn op het oordeel of sprake is van *improper interference*. Deze omstandigheden zullen vanaf paragraaf 8 afzonderlijk worden geanalyseerd.

II REIKWIJDTE VAN DE AANSPRAKELIJKHEID

4 Derde

4.1 Derdepartijvereiste

Op grond van het Amerikaanse recht kan iemand niet aansprakelijk worden gesteld op grond van *tortious interference with contractual relations* wanneer hij zich schuldig heeft gemaakt aan de verstoring van een contract waarbij hij zelf partij is.⁷⁹ De achterliggende gedachte is dat de aansprakelijkheid in dat geval wordt geregeld door het contractenrecht, en aansprakelijkstelling op grond van *tort* is uitgesloten.⁸⁰ Een vordering die gebaseerd is op *tortious interference* kan dus alleen worden toegewezen wanneer de gedaagde als derde, als *stranger to the contract*⁸¹ kan worden aangemerkt.⁸² Op grond van sommige uitspraken wordt een gedaagde, die geen partij is bij het contract, echter niet als derde aangemerkt wanneer hij zelf een economisch belang heeft gehad bij het verstoorde contract. Hierbij kan worden gedacht aan een derde-begunstigde,⁸³ of aan contracten die onderling nauw verweven zijn.⁸⁴ In dit verband wordt wel gesproken

⁷⁸ Deze opvatting is bekritiseerd, zie o.a. D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 Ark. L. Rev. 1980, p. 344; D.A. Anderson, 'An Errant Tort', 9 Rev. Litig. 1990, p. 436.

⁷⁹ Zie o.a. *PSY-ED Corporation v. Klein*, 947 N.E.2d 520, 537 (Mass. 2011); *Hatfield v. Health Management Associates of West Virginia*, 672 S.E.2d 395, 403 (W.Va. 2008); *BECO Const. Co., Inc. v. J-U-B Engineers, Inc.*, 184 P.3d 844 (Idaho 2008); *Kvenild v. Taylor*, 594 P.2d 972, 977 (Wyo. 1979).

⁸⁰ Zie bijv. *Wilmington Trust Co. v. Clark*, 424 A.2d 744, 755 (Md. 1981).

⁸¹ Zie o.a. *BECO Const. Co., Inc. v. J-U-B Engineers, Inc.*, 184 P.3d 844 (Idaho 2008); *In re Vesta Ins. Group, Inc.*, 192 S.W.3d 759 (Tex. 2006); *McFarlin v. Conseco Services, LLC*, 381 F.3d 1251 (C.A.11 2004) (op basis van het recht van Alabama).

⁸² Zie o.a. *Holloway v. Skinner*, 898 S.W.2d 793, 794-795 (Tex. 1995); *Kenty v. Transamerica Premium Ins. Co.*, 650 N.E.2d 863, 866 (Ohio 1995); *Atlanta Market Centre Management, Co. v. McLane*, 503, S.E.2d 278, 283 (Ga. 1998); *Van Sickle v. Hallmark & Associates, Inc.*, 744 N.W.2d 532 (N.D. 2008); *BECO Const. Co., Inc. v. J-U-B Engineers, Inc.*, 184 P.3d 844 (Idaho 2008).

⁸³ Zie o.a. *Waddell & Reed, Inc. v. United Investors Life Ins. Co.*, 875 So.2d 1143 (Ala. 2003); *Atlanta Market Center Management, Co. v. McLane*, 503 S.E.2d 278 (Ga.1998).

⁸⁴ Zie bijv. *MAC East, LLC v. Shoney's*, 535 F.3d 1293 (C.A.11 2008) (op basis van het recht van Alabama).

van *non-outsiders*, ter onderscheiding van *insiders* (contractspartijen) en *outsiders* (derden).⁸⁵

Bij de toepassing van het derdepartijvereiste kunnen zich problemen voordoen, met name wanneer tussen de gedaagde en de wanprestant er een zodanig nauwe of bijzondere relatie bestaat, dat de vraag rijst of zij nog wel als twee aparte partijen kunnen worden beschouwd. Hierbij kan worden gedacht aan een vertegenwoordigingsrelatie, waarbij de agent zijn principaal overhaalt om zijn overeenkomst niet na te komen en dus wanprestatie te plegen. Is deze agent dan te beschouwen als een derde of moeten zijn handelingen worden toegerekend aan zijn principaal? Ook bij rechtspersonen kunnen onduidelijkheden bestaan over de vraag of er een derde in het spel is. Moeten *corporate officers* te allen tijde worden vereenzelvigd met de rechtspersoon, of kunnen zij onder omstandigheden worden beschouwd als derden ten opzichte van de contractuele relaties die door de rechtspersoon worden aangegaan? En in hoeverre vindt vereenzelving plaats tussen een dochteronderneming en de moedermaatschappij? Hieronder zal blijken dat de antwoorden van de *state courts* op deze vragen niet altijd overeenstemmen.

4.2 Vertegenwoordiging

Door namens zijn principaal een overeenkomst met een ander te sluiten, wordt de agent zelf niet contractueel gebonden. De aansprakelijkheid uit het contract rust bij de principaal, niet bij de agent.⁸⁶ Bij aansprakelijkheid op grond van *tort* ligt dat in beginsel anders. De agent is zelf aansprakelijk voor zijn onrechtmatig handelen.⁸⁷ Onder omstandigheden kan echter ook de principaal aansprakelijk worden gesteld. Indien de agent kan worden gekwalificeerd als werknemer⁸⁸ van zijn principaal wordt de doctrine van *respondeat superior* gevolgd. Volgens deze theorie wordt de principaal verantwoordelijk gehouden voor de gedragingen van zijn agent en worden deze gedragingen aan de principaal toegerekend.⁸⁹ Voor toerekening op grond van de theorie van *respondeat superior* is noodzakelijk dat de agent de *tort* heeft begaan in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Daarvan is volgens de *Restatement (Third) of Agency* geen sprake indien het

⁸⁵ Ook in de zaak *In re Teraforce Technology Corp.*, 379 B.R. 626, 634-636 (Bkrtcy.N.D.Tex. 2007) werd de term *non-outsider to a contract* gehanteerd, in dit geval voor een aandeelhouder van de contractbrekende vennootschap. In deze uitspraak werd echter overwogen dat onder het recht van North Carolina een *non-outsider* onder omstandigheden wel aansprakelijk kan worden gesteld wegens *tortious interference with contract*.

⁸⁶ Zie *Restatement (Third) Agency*, § 6.01.

⁸⁷ Zie *Restatement (Third) Agency*, § 7.01.

⁸⁸ Zie *Restatement (Third) Agency*, § 7.07. De agent is te beschouwen als werknemer indien de principaal bepaalt (of het recht heeft om te bepalen) op welke manier de agent te werk gaat.

⁸⁹ Zie *Restatement (Third) Agency*, § 2.04. Zie ook A. Long, 'The Disconnect Between At-Will Employment and Tortious Interference With Business Relations: Rethinking Tortious Interference Claims in the Employment Context', 33 *Ariz. St. L.J.* 2001, p. 507.

gedrag plaatsvindt binnen een ‘*independent course of conduct not intended by the employee to serve any purpose of the employer*’.⁹⁰

In lijn met de theorie van *respondeat superior* kan een agent meestal niet aansprakelijk worden gehouden voor *tortious interference with contractual relations*. Zijn gedragingen worden beschouwd als gedragingen van zijn principaal, de contractspartij, en kunnen daarom niet worden beschouwd als het handelen van een derde.⁹¹ Heeft de agent echter in strijd met de belangen van zijn principaal gehandeld, dan is er geen sprake meer van ‘handelen in de uitoefening van zijn werkzaamheden’ en kan de agent wél als derde aansprakelijk worden gehouden.

Hoewel de agent-principaalverhouding primair van belang lijkt voor het derdepartijvereiste, wordt deze relatie in de rechtspraak ook wel meegewogen bij de vraag of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond of *privilege*. In sommige uitspraken is bepaald dat een agent over het recht (*privilege*) beschikt om zijn principaal aan te zetten tot het plegen van wanprestatie.⁹² Dit recht vloeit voort uit de vertrouwensrelatie tussen een agent en zijn principaal.⁹³ Indien de agent geen gebruik heeft gemaakt van onoorbare middelen (zoals bedrog) om de wanprestatie door zijn principaal te bewerkstelligen, en hij de belangen van zijn principaal heeft getracht te beschermen,⁹⁴ dan is hij niet aansprakelijk wegens *tortious interference with contractual relations*.⁹⁵ Had de agent echter het opzet om de wederpartij van zijn principaal te benadelen of handelde hij in strijd met de belangen van zijn principaal, dan kan hij wel aansprakelijk worden gesteld.⁹⁶

4.3 Ondernemingscontext

In de ondernemingscontext kan het derdepartijvereiste op verschillende manieren een obstakel vormen voor het slagen van een eis op basis van *tortious interference*. Stel dat een werknemer door zijn leidinggevende wordt ontslagen. Kan de leidinggevende in dat geval aansprakelijk worden gesteld wegens het verstoren van de arbeidsrelatie tussen de werknemer en de rechtspersoon? Of moeten zijn gedragingen worden toegerekend aan de rechtspersoon, zodat hij niet kan worden beschouwd als een derde en zodoende gevrijwaard is van een *tortious interference*-claim? Ook bij moeder- en dochterondernemingen kan het derdepartijvereiste problemen opleveren. Kan een moedermaatschappij die haar 100% dochtermaatschappij aanzet tot het plegen van wanprestatie, aansprakelijk wor-

⁹⁰ Zie *Restatement (Third) Agency*, § 7.07.

⁹¹ Zie o.a. *BECO Const. Co., Inc. v. J-U-B Engineers, Inc.*, 184 P.3d 844, 849 (Idaho 2008); *Forrester v. Stockstill*, 869 S.W.2d 328, 331-335 (Tenn. 1994).

⁹² Zie o.a. *Geolar, Inc. v. Gilbert/Commonwealth Inc. of Michigan*, 874 P.2d 937 (Alaska 1994); *Lachenmaier v. First Bank Systems, Inc.*, 803 P.2d 614 (Mont. 1990).

⁹³ Zie *Los Angeles Airways, Inc. v. Davis*, 687 F.2d 321, 325 (C.A.9 1982).

⁹⁴ *Restatement (Second) of Torts*, § 770, Comment b. De *Restatement* erkent geen *privilege to interfere*, maar laat de omstandigheid dat de agent heeft gehandeld ter bevordering van de belangen van zijn principaal meespelen bij de vraag of er sprake is van *improper interference*. Zie ook onder, par. 8.5.2.

⁹⁵ Zie *Los Angeles Airways, Inc. v. Davis*, 687 F.2d 321, 325 (C.A.9 1982).

⁹⁶ Zie *HPI Health Care Services, Inc. v. Mt. Vernon Hosp., Inc.*, 545 N.E.2d 672 (Ill. 1989).

den gesteld op grond van *tortious interference with contractual relations*, of moeten moeder- en dochtermaatschappij worden vereenzelvigd, zodat de moeder niet kan worden aangemerkt als derde?

4.3.1 *Officer* als derde

Voordat zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre functionarissen binnen een vennootschap als derde kunnen worden beschouwd ten aanzien van de contracten die door de vennootschap zijn aangegaan, moet eerst kort worden stilgestaan bij de verdeling van de bestuurswerkzaamheden binnen Amerikaanse vennootschappen.⁹⁷ Op grond van het Amerikaanse vennootschapsrecht benoemen de aandeelhouders elk jaar de *board of directors*, het bestuur van de vennootschap. De *board of directors* houdt zich echter niet bezig met het dagelijks bestuur; deze werkzaamheden worden aan de *officers* gedelegeerd, die door de *board of directors* worden benoemd. De *officers* hebben doorgaans een *at will*-arbeidscontract en hebben in de regel ook de bevoegdheid de vennootschap te vertegenwoordigen.

Wanneer een *officer* een werknemer ontslaat, dan zal de ontslagen werknemer de *officer* in beginsel niet aansprakelijk kunnen stellen wegens *tortious interference with contractual relations*. Hoewel de *officer* zelf geen arbeidsovereenkomst zal hebben met de werknemer, vertegenwoordigt hij de vennootschap als werkgever en zal hij in die hoedanigheid niet als derde kunnen worden beschouwd.⁹⁸ In sommige staten, waaronder Californië en Florida, wordt zelfs geen rekening gehouden met de omstandigheid dat de *officer* heeft gehandeld met het opzet om de werknemer te schaden.⁹⁹ De vraag of de gedaagde een derde, niet-contractspartij is, wordt in de rechtspraak van deze deelstaten beschouwd als voorvraag.¹⁰⁰ Pas indien aan het derdepartijvereiste is voldaan kan het gerecht overgaan tot de beantwoording van de vraag of het gedrag van de gedaagde te kwalificeren is als *tortious interference with contractual relations*.¹⁰¹ In andere jurisdicties, waaronder New York en Arizona, wordt aansluiting gezocht bij de in paragraaf 4.2 besproken doctrine van *respondeat superior* en kan een *officer* alleen aansprakelijk worden gesteld wanneer hij heeft gehandeld buiten de reikwijdte van zijn bevoegdheden en niet in het belang van de onderneming.¹⁰²

⁹⁷ Zie voor een uitgebreidere vergelijking op dit punt tussen Nederland en de Verenigde Staten M.J. Kroeze, *afgeleide schade en afgeleide actie*, Deventer: Kluwer 2004, p. 185-188.

⁹⁸ Hetzelfde geldt volgens de Amerikaanse rechtspraak voor managers en andere leidinggevenden.

⁹⁹ Zie, met verwijzingen naar rechtspraak, R. Bernhard, 'Note, The Three Faces of Eve: Tortious Interference Claims in the Employment-at-Will Setting', 86 *Minn. L. Rev.* 2002, p. 1563.

¹⁰⁰ Zie *Gruhlke v. Sioux Empire Federal Credit Union, Inc.*, 756 N.W.2d 399 (S.D. 2008).

¹⁰¹ Zie *McGanty v. Staudenraus*, 901 P.2d 841 (Or. 1995).

¹⁰² Zie o.a. *Bowman v. Grolsche Bierbrouwerij B.V.*, 474 F.Supp. 725, 733 (D.C.Conn. 1979) (op grond van het recht van Connecticut); *Fletcher v. Wesley Med. Ctr.*, 585 F.Supp. 1260, 1262 (D.C.Kan. 1984) (op grond van het recht van Kansas); *Finley v. Giacobbe*, 79 F.3d 1285, 1295 (C.A.2 1996) (op grond van het recht van New York); *Gruhlke v. Sioux*

De omstandigheid dat de gedaagde werkzaam is bij de wederpartij van de eiser wordt in sommige staten echter niet behandeld in het kader van het derde-partijvereiste, maar meegenomen bij het oordeel of er sprake is van *improper interference*,¹⁰³ of bij de vraag of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond of *privilege* om de contractuele relatie te verstoren.¹⁰⁴

4.3.2 Moedermaatschappij als derde

Voor moeder- en dochtermaatschappijen geldt dat zij in beginsel moeten worden beschouwd als afzonderlijke ondernemingen.¹⁰⁵ Wanneer een dochtermaatschappij failliet gaat, zullen de schuldeisers zich niet kunnen verhalen op de vermogensbestanddelen van de moedermaatschappij. De aansprakelijkheid van de moeder is beperkt tot het bedrag waarvoor zij deelneemt in de dochter. Slechts in uitzonderingsgevallen kan er sprake zijn van vereenzelviging – *piercing the corporate veil* – en wordt de moedermaatschappij als aandeelhouder persoonlijk aansprakelijk gesteld. Factoren die hierbij een rol spelen zijn of de moedermaatschappij zodanige controle uitoefent over het handelen van de dochter, dat de dochter niet meer dan een instrument is geworden van de moeder (*alter ego theory*) en of de moedermaatschappij deze controle heeft misbruikt, bijvoorbeeld door fraude te plegen of om een monopolie te bewerkstelligen.¹⁰⁶

Ondanks het feit dat moeder- en dochtermaatschappijen in de regel als aparte entiteiten worden aangemerkt, worden vorderingen tegen een moedermaatschappij wegens het opzettelijk verstoren van een overeenkomst waarbij

Empire Federal Credit Union, Inc., 756 N.W.2d 399, 404 (S.D. 2008). Zie ook A. Long, 'Tortious Interference with Business Relations: "The Other White Meat" of Employment Law', 84 *Minn. L. Rev.* 2000, p. 888.

¹⁰³ Zo zal op grond van het recht van Massachusetts pas sprake zijn van een *improper interference* door een *officer* – mits deze heeft gehandeld binnen de reikwijdte van zijn bevoegdheden – wanneer wordt bewezen dat deze heeft gehandeld met een '*spiteful, malignant purpose, unrelated to the legitimate corporate interest.*' Zie o.a. *PSY-ED Corporation v. Klein*, 947 N.E.2d 520, 536 (Mass. 2011).

¹⁰⁴ Zie o.a. *Ammondson v. Northwestern Corp.*, 220 P.3d 1 (Mont. 2009); *Hunter v. Board of Trustees of Broadlawns Medical Center*, 481 N.W.2d 510, 517-518 (Iowa 1992); *Embree Const. Group, Inc. v. Rafcor, Inc.*, 411 S.E.2d 916 (N.C. 1992); 9 to 5 *Fashions, Inc. v. Spurney*, 538 So.2d 228 (La.1989); *Phillips v. Montana Ed. Ass'n*, 610 P.2d 154 (Mont. 1980). Deze benadering wordt in de literatuur wel bekritiseerd omdat zij niet verenigbaar zou zijn met de uitgangspunten van het ondernemingsrecht en van de *tort of interference with contractual relations*, zie A. Long, 'The Disconnect Between At-Will Employment and Tortious Interference With Business Relations: Rethinking Tortious Interference Claims in the Employment Context', 33 *Ariz. St. L.J.* 2001, p. 507.

¹⁰⁵ Zie J.E. Myers, 'Sneaking Around the Corporate Veil: Tattooing a Parent Corporation With Liability for Tortious Interference With Its Subsidiary's Contract', 35 *Tex. Tech. L. Rev.* 2004, p. 198.

¹⁰⁶ Zie bijv. *Freeman v. Complex Computing Co.*, 119 F.3d 1044, 1053 (C.A.2 1997) (op basis van het recht van New York). Zie ook J.H. Matherson, 'The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context', 87 *N.C. L. Rev.* 2009, p. 1127. Zie ook J.E. Myers, 'Sneaking Around the Corporate Veil: Tattooing a Parent Corporation With Liability For Tortious Interference With Its Subsidiary's Contract', 35 *Tex. Tech. L. Rev.* 2004, p. 198-200.

haar dochtermaatschappij partij is zelden toegewezen. Wanneer een moedermaatschappij haar 100% dochtermaatschappij overhaalt wanprestatie te plegen, dan worden moeder- en dochtermaatschappij veelal beschouwd als een *unity of interest* en kan de moedermaatschappij niet aansprakelijk worden gesteld wegens *tortious interference with contractual relations*.¹⁰⁷ Op grond van een deel van de rechtspraak is de moedermaatschappij niet aansprakelijk omdat zij geen derde is.¹⁰⁸ In andere uitspraken wordt weliswaar voorbijgegaan aan het derdepartijvereiste, maar gaat de aanwezigheid van een moeder-dochterverhouding gepaard met een *privilege to interfere*: de moedermaatschappij heeft het recht om zich te bemoeien met de contractuele relaties van haar dochtermaatschappij.¹⁰⁹ Slechts indien de gedaagde kan aantonen dat de moedermaatschappij heeft gehandeld in strijd met de belangen van de dochtermaatschappij of gebruik heeft gemaakt van onbehoorlijke middelen, kan dit *privilege* teniet gaan.¹¹⁰

5 Overeenkomst

5.1 Soorten overeenkomsten

Uit de Amerikaanse rechtspraak blijkt dat de *tort of tortious interference with contractual relations* betrekking kan hebben op vrijwel alle typen contractuele relaties.¹¹¹ Te denken valt aan handelscontracten,¹¹² arbeidsovereenkomsten,¹¹³ overeenkomsten die betrekking hebben op onroerend goed,¹¹⁴ leasecontracten,¹¹⁵

¹⁰⁷ Zie o.a. *Waste Conversion Systems, Inc. v. Greenstone Industries, Inc.*, 33 S.W.3d 779, 783 (Tenn. 2000); *Canderm Pharmacal, Ltd. v. Elder Pharmaceuticals, Inc.*, 862 F.2d 597, 601-602 (C.A.6 1988) (op grond van het recht van Ohio). Zie echter *Oxford Furniture v. Drexel Heritage Furnishings*, 984 F.2d 1118, 1126 (C.A.11 1997), waarin de federale rechter op basis van het recht van Alabama overwoog dat moeder- en dochtermaatschappij in beginsel afzonderlijke ondernemingen zijn en de moedermaatschappij derhalve als derde kan worden aangemerkt. Dit is slechts anders indien wordt aangetoond dat de dochtermaatschappij niet meer is dan een instrument of alter ego van de moeder.

¹⁰⁸ Zie bijv. *Grizzle v. Tex. Commerce Bank, N.A.*, 38 S.W.3d 265, 286 (Tex.App. 2001); *Canderm Pharmacal, Ltd. v. Elder Pharmaceuticals, Inc.*, 862 F.2d 597, 601-602 (C.A.6 1988). Zie ook T.J. Collin, T.A. Ita & S.E. Bretz, 'Ohio Tortious Interference Law and the Role of Privilege and Competition', 18 *U. Dayton L. Rev.* 1993, p. 649-650; J.E. Myers, 'Sneaking Around the Corporate Veil: Tattooing a Parent Corporation With Liability For Tortious Interference With Its Subsidiary's Contract', 35 *Tex. Tech. L. Rev.* 2004, p. 201.

¹⁰⁹ Zie bijv. *Alexander & Alexander Inc. v. B. Dixon Evander & Associates, Inc.*, 650 A.2d 260 (Md. 1994); *Deauville Corp. v. Federated Department Stores, Inc.* 756 F.2d 1183, 1196-1197 (C.A.5 1985) (op basis van Texaans recht). In Tennessee geldt dit recht alleen indien de moedermaatschappij 100% eigenaar is van de dochtermaatschappij, zie *Cambio Health Solutions, LLC v. Reardon*, 213 S.W.3d 785 (Tenn. 2006).

¹¹⁰ Zie bijv. *Waste Conversion Sys., Inc. v. Greenstone Indus.*, 33 S.W.3d 779, 783 (Tenn. 2000); *T.P. Leasing Corp. v. Baker Leasing Corp.*, 732 S.W.2d 480 (Ark. 1987).

¹¹¹ Zie ook *Restatement (Second) of Torts*, § 766, Comment d.

¹¹² Zie bijv. *DuretteBradshaw, P.C. v. MRC Consulting, L.C.*, 670 S.E.2d 704 (Va. 2009)

¹¹³ Zie bijv. *Recio v. Evers*, 771 N.W.2d 121 (Neb. 2009).

¹¹⁴ Zie bijv. *Emmerson v. Walker*, 236 P.3d 598 (Mont. 2010); *White Sands Group, L.L.C. v. PRS II, LLC*, 32 So.3d 5 (Ala. 2009).

en concurrentiebedingen.¹¹⁶ Het huwelijkscontract valt buiten het toepassingsgebied van de *tort*. Het verstoren van (een vooruitzicht op) een huwelijk leidt niet tot aansprakelijkheid.¹¹⁷

Een bijzonder type overeenkomst, dat in de meeste staten wel binnen de reikwijdte van de *tort* valt, is het *contract terminable at will*. Deze contracten kunnen door ieder van de partijen op elk moment worden beëindigd zonder opgaaf van redenen en zonder dat hieruit aansprakelijkheid voortvloeit. In de Amerikaanse literatuur is veel aandacht besteed aan de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden *interference with a contract terminable at will* onrechtmatig is.¹¹⁸ Er is immers geen sprake van wanprestatie, en dus ook niet van het aanzetten daartoe wanneer het contract rechtmatig is opgezegd. In de overgrote meerderheid van de Amerikaanse staten wordt niettemin aanvaard dat *interference with a contract terminable at will* tot aansprakelijkheid kan leiden,¹¹⁹ al wordt doorgaans aangesloten bij de criteria die gelden voor aansprakelijkheid op grond van de in paragraaf 5.3 te bespreken aansprakelijkheid wegens *tortious interference with prospective economic advantage*.¹²⁰

5.2 Geldigheid van de overeenkomst

Hoewel de reikwijdte van de *tort* bijna onbeperkt is ten aanzien van het type contract, wordt niet elke contractuele relatie beschermd. Voordat wordt getoetst of aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan, dient vast te staan dat er sprake is van een geldig, juridisch bindend contract. Elementen van een geldig contract zijn aanbod en aanvaarding,¹²¹ waaruit de wilsovereenstemming blijkt,¹²² en geldige *consideration*. Het *consideration*-vereiste houdt in dat een contract slechts kan worden afgedwongen indien tegenover een belofte van

¹¹⁵ Zie J.O. Pearson, Jr., 'Liability for Interference with Lease', 96 A.L.R.3d 862 (1979).

¹¹⁶ *Trugreen Companies, L.L.C. v. Mower Brothers, Inc.*, 199 P.3d 929 (Utah 2008).

¹¹⁷ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766. Zie ook *Restatement (Second) of Torts*, § 698.

¹¹⁸ Zie o.a. A. Long, 'The Disconnect Between At-Will Employment and Tortious Interference with Business Relations: Rethinking Tortious Interference Claims in the Employment Context', 33 *Ariz. St. L.J.* 2001, p. 491-541; F.J. Cavico, 'Tortious Interference with Contract in the At-Will Employment Context', 79 *U. Det. Mercy L. Rev.* 2002, p. 503-569; R. Bernhard, 'Note, The Three Faces of Eve: Tortious Interference Claims in the Employment-at-Will Setting', 86 *Minn. L. Rev.* 2002, p. 1541-1579.

¹¹⁹ Zie o.a. *Wagenseller v. Scottsdale Mem'l Hosp.*, 710 P.2d 1025, 1046 (Ariz. 1985); *Stern-er v. Marathon Oil Co.*, 767 S.W.2d 686, 690 (Tex. 1989); *Michaelson v. Minnesota Min. & Mfg. Co.*, 474 N.W.2d 174 (Minn.App. 1991); *Mackenzie v. Miller Brewing Company*, 608 N.W.2d 331 (Wis.App. 2000).

¹²⁰ Zie o.a. *Torbett v. Wheeling Dollar Sav. & Trust Co.*, 314 S.E.2d 166, 173 (W.Va. 1983); *Fellhauer v. City of Geneva*, 568 N.E.2d 870 (Ill. 1991); *Varrallo v. Hammond Inc.*, 94 F.3d 842, 848 (C.A.3 1996) (op grond van het recht van New Jersey); *Miller v. Mount Sinai Medical Center*, 288 A.D.2d 72 (N.Y. 2001). In Virginia gelden echter afwijkende aansprakelijkheidsvoorwaarden voor *contracts terminable at will*, zie *Dunn, McCormack & MacPherson v. Connolly*, 708 S.E.2d 867, 870 (Va. 2011).

¹²¹ J.E. Murray, Jr., *Contracts: Cases and Materials*, Charlottesville, VA: Michie 2001, p. 78-93.

¹²² E.J. Murphy, R.E. Speidel & I. Ayres, *Studies in Contract Law*, New York: The Foundation Press, Inc. 1997, p. 227 e.v.

de ene partij iets anders (*something of value in the eye of the law*) van de andere partij staat.¹²³ Een contract dient tevens in overeenstemming te zijn met de wet en de openbare orde.¹²⁴ Om deze reden zal een derde niet onrechtmatig handelen indien hij bijvoorbeeld een ander heeft aangezet tot de niet-nakoming van een overeenkomst die strekt tot een criminele daad, omdat een dergelijk contract nietig is. Het vereiste dat er sprake is van een geldige overeenkomst roept de vraag op of contracten die vernietigbaar zijn of die niet afdwingbaar zijn, bijvoorbeeld omdat niet voldaan is aan een vormvereiste, ook buiten de reikwijdte van deze *tort* vallen. Hieronder zullen drie categorieën contracten worden behandeld: nietige contracten (*void contracts*), vernietigbare contracten (*voidable contracts*) en niet-afdwingbare contracten (*unenforceable contracts*). Bij dit onderscheid dienen wel twee belangrijke kanttekeningen te worden geplaatst. Ten eerste is nietigheid in de *common law* anders van inhoud dan in het Nederlandse recht. Er bestaat geen algemeen leerstuk van nietigheid, maar er zijn verschillende gradaties van (ver)nietig(baar)heid die verschillende rechtsgevolgen kunnen hebben.¹²⁵ Ten tweede valt op dat de Amerikaanse gerechten de termen ‘*voidable*’, ‘*unenforceable*’, ‘*void*’, ‘*illegal*’ en ‘*invalid*’ op weinig consequente wijze hanteren.¹²⁶ In het vervolg van dit onderzoek zal worden aangesloten bij de definities van deze termen uit de *Restatement (Second) of Contracts* en de *Restatement (Second) of Torts*.

5.2.1 Nietige contracten

Overeenkomsten die verboden zijn bij wet (*illegal agreements*) of in strijd zijn met de openbare orde (*contrary to public policy*) zijn doorgaans ‘*entirely void*’. Deze contracten zijn *void ab initio*, wat betekent dat zij nietig zijn vanaf het moment dat zij zijn gesloten.¹²⁷ Voorbeelden van contracten die verboden zijn bij wet zijn contracten die als doel hebben een misdaad of *tort* te begaan.¹²⁸ Een contract dat op onrechtmatige wijze de concurrentie beperkt of een monopolie bewerkstelligt, wordt zowel als *illegal*¹²⁹ beschouwd als in strijd met de openbare orde.¹³⁰

¹²³ Zie *Restatement (Second) of Contracts*, § 71 e.v.

¹²⁴ E.P. Voigt, ‘Driving Trough the Dense Fog: Analysis of and Proposed Changes to Ohio Tortious Interference Law’, 55 *Clev. St. L. Rev.* 2007, p. 345.

¹²⁵ W.J. Zwolve, *C.Æ. Uniken Venema’s Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJU 2008, p. 581.

¹²⁶ J.E. Murray, Jr., *Contracts: Cases and Materials*, Charlottesville, VA: Michie 2001, p. 416; J.B. Sales, ‘The Tort of Interference with Contract: An Argument for Requiring a “Valid Existing Contract” to Restrain the Use of Tort Law in Circumventing Contract Law Remedies’, 22 *Tex. Tech L. Rev.* 1991, p. 134.

¹²⁷ Zie B.A. Garner (red.), *Black’s Law Dictionary*, St. Paul, Minn.: West 2004.

¹²⁸ Zie *Restatement (Second) of Contracts*, § 192.

¹²⁹ Zie bijv. *Revlon Products Corp. v. Bernstein*, 119 N.Y.S.2d 60 (N.Y.Sup. 1953).

¹³⁰ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 774. Zie ook *Travel Masters, Inc. v. Star Tours, Inc.*, 827 S.W.2d 830 (Tex. 1991).

Omdat een nietig contract niet wordt beschouwd als een contract, valt het buiten de reikwijdte van de *tort of interference with contractual relations*.¹³¹ Een derde kan dus niet aansprakelijk worden gesteld wegens het verstoren van de uitvoering van een contract dat nietig is wegens strijd met de wet of de openbare orde.¹³² Vooraf is echter niet altijd duidelijk vast te stellen of er sprake is van een schending van *public policy*, omdat dit begrip in het Anglo-Amerikaanse recht geen vastomlijnde definitie kent.¹³³

De mogelijke nietigheid van overeenkomsten speelt een belangrijke rol bij overeenkomsten die een beperkend effect kunnen hebben op de mededinging, zoals verticale prijsbindingsovereenkomsten. Al in 1911 oordeelde de *US Supreme Court* in de zaak *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company*¹³⁴ dat verticale prijsbindingsovereenkomsten als *illegal per se* moesten worden beschouwd.

In deze uitspraak, die tevens kan worden getypeerd als *tortious interference*-zaak, had de *Dr. Miles Medical Company* (verder: *Dr. Miles*), producent van medicijnen, een verkooporganisatie opgezet om de hoogte van de verkoopprijzen te kunnen bepalen. Een groothandel in medicijnen, genaamd *John D. Park & Sons Company* (verder: *John D. Park*), had geweigerd lid te worden van de verkooporganisatie van *Dr. Miles*. *John D. Park* had vervolgens leden van de verkooporganisatie ertoe aangezet de medicijnen onder de door *Dr. Miles* vastgestelde prijs aan hem te verkopen en daarmee hun contractuele verplichtingen jegens *Dr. Miles* te schenden. Hierop vorderde *Dr. Miles* een verbod tegen *John D. Park*. De *US Supreme Court* oordeelde dat verticale prijsbinding (*resale price maintenance*) op basis van de *Sherman Act*¹³⁵ niet is toegestaan. Omdat de overeenkomst die door de gedaagde was gefrustreerd, nietig was, kon de gedaagde volgens de *Supreme Court* niet aansprakelijk worden gesteld wegens het aanzetten tot wanprestatie.

Tijdens de crisis in de jaren dertig van de vorige eeuw vaardigden veel deelstaten *fair trade laws* uit op grond waarvan verticale prijsbinding onder omstandigheden mogelijk werd, vooral met het doel kleine, onafhankelijke detaillisten te beschermen. In 1937 werd door het Congres de *Miller-Tydings Act*¹³⁶ aangenomen, ter amendering van de *Sherman Act*, waardoor ook op federaal niveau ver-

¹³¹ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 774. Zie ook *Juliette Fowler Homes, Inc. v. Welch Associates, Inc.*, 793 S.W.2d 660 (Tex. 1990).

¹³² Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, Comment f. Zie o.a. *Long Distance Intern., Inc. v. Telefonos de Mexico, S.A.*, 18 S.W.3d 706 (Tex.App. 2000); *Carrunthers v. Flaum*, 365 F.Supp.2d 448 (S.D.N.Y. 2005) (op basis van het recht van New York); *Ski River Development, Inc. v. McCalla*, 167 S.W.3d 121 (Tex.App. 2005).

¹³³ J.E. Murray, Jr., *Contracts: Cases and Materials*, Charlottesville, VA: Michie 2001, p. 586. Ter illustratie wordt in de literatuur vaak gewezen op de beroemde uitspraak *Richardson v. Mellish* [1824] 30 ER 294 waarin de Engelse Judge Burrough *public policy* beschreef als 'a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law. It is never argued at all but when other points fail.'

¹³⁴ 220 U.S. 373 (1911).

¹³⁵ Act of July 2, 1890, 26 Stat. 209.

¹³⁶ Act of August 17, 1937, 50 Stat. 693.

ticale prijsbinding onder voorwaarden werd toegestaan. In deelstatelijke wetten werd het stelsel verder uitgebreid door de mogelijkheid te scheppen om verticale prijsbindingsovereenkomsten tegenover derden bindend te verklaren (*non-signers-clause*).¹³⁷ In 1951 oordeelde de *US Supreme Court* dat verticale prijsbinding niet kon worden afgedwongen jegens een niet-contractspartij,¹³⁸ met als gevolg dat in 1952 op federaal niveau de *McGuire Act*¹³⁹ werd aangenomen, op grond waarvan het wel mogelijk was om een derde tot naleving van een verticale prijsbindingsovereenkomst te dwingen. Hierdoor was er nauwelijks behoefte aan een buitencontractuele aansprakelijkheidsgrond, zoals de *tort of interference with contract*.

Zowel de *Miller-Tydings Act* als de *McGuire Act* werd ingetrokken toen in 1975 de *Consumer Goods Pricing Act*¹⁴⁰ in werking trad. Vanaf dat moment waren verticale prijsbindingsovereenkomsten wederom *illegal per se*. Aan deze situatie kwam pas een einde in 2007, toen de *US Supreme Court* oordeelde dat de vraag of verticale prijsbinding is toegestaan, moet worden getoetst aan de hand van de *rule of reason*, hetgeen betekent dat een afweging moet worden gemaakt tussen de negatieve en positieve gevolgen van de overeenkomst.¹⁴¹ Het kartelverbod is pas van toepassing indien sprake is van een *unreasonable restraint of trade*.

5.2.2 Vernietigbare contracten

In tegenstelling tot nietige contracten zijn vernietigbare contracten geldig totdat er door een of meer van de partijen een beroep wordt gedaan op de vernietigbaarheid. Daarnaast kan een vernietigbaar contract ook bekrachtigd worden, zodat een beroep op de vernietigbaarheid niet meer mogelijk is. In de Verenigde Staten wordt het vernietigen van een contract doorgaans aangeduid met termen als *avoidance*, *voidance*, *disaffirmance*, *annulment* en *rescission*. Redenen voor vernietiging kunnen zijn *incapacity* (minderjarigheid), *fraudulent misrepresentations* (bedrog), *innocent or negligent misrepresentations* of *mistake* (dwaling), *duress* (dwang) en *undue influence* (misbruik van omstandigheden).¹⁴² De gevolgen van *avoidance* verschillen naar gelang de omstandigheden van het geval. Meestal heeft degene die het contract vernietigt recht op herstel in de positie

¹³⁷ Zie ook W.J. Slagter, *Preadvies* (Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging Ia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 178.

¹³⁸ *Schwegmans Brothers v. Calvert Distillers Corp.*, 341 U.S. 384 (1951).

¹³⁹ Act of July 14, 1952, 66 Stat. 632.

¹⁴⁰ Act of December 12, 1975, 89 Stat. 801.

¹⁴¹ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). Zie hierover o.a. M.A. Lindsay, 'Resale Price Maintenance and the World after Leegin', 22 *Antitrust* 2007, p. 32-40; R.M. Brunell, 'Overruling Dr. Miles: The Supreme Trade Commission in Action', 52 *Antitrust Bull.* 2007, p. 475-530; W.S. Grimes, 'The Path Forward After Leegin: Seeking Consensus Reform of the Antitrust Law of Vertical Restraints', 75 *Antitrust L.J.* 2008, p. 467-504; E.D. Cavanagh, 'Vertical Price Restraints after Leegin', 21 *Loy. Consumer L. Rev.* 2008, p. 1-32.

¹⁴² Zie *Restatement (Second) of Contracts*, § 7. Zie ook W.J. Zwolve, C.Æ. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 559-581.

waarin hij zich bevond voordat hij het contract sloot (*restitutio in integrum*). Is herstel niet (minstens grotendeels) mogelijk, dan is vernietiging doorgaans uitgesloten. In sommige staten bestaan er echter wel uitzonderingen op deze regel, bijvoorbeeld in geval van vernietiging op grond van minderjarigheid.¹⁴³

Ook wanneer een contract vernietigbaar is, kan het verstoren van deze contractuele relatie onder omstandigheden een *tort* opleveren.¹⁴⁴ Zolang de overeenkomst niet is vernietigd, is er immers sprake van een geldig contract. Het recht gaat ervan uit dat dit contract, hoewel vernietigbaar, toch nagekomen zou zijn geworden indien de gedaagde (de derde) deze nakoming niet had verhinderd.¹⁴⁵

Voor de aansprakelijkheid van de gedaagde maakt het dus een groot verschil of het contract nietig of vernietigbaar is. Hierboven werd echter al gewezen op het feit dat de termen ‘void’ en ‘voidable’ niet altijd consequent worden gebruikt en er in veel staten onduidelijkheid over deze begrippen bestaat. De vraag rijst dan ook of het verschil in rechtsgevolgen (geen aansprakelijkheid wanneer een nietig contract wordt verstoord, veelal wel aansprakelijkheid indien het een vernietigbaar contract betreft) gerechtvaardigd is.¹⁴⁶

5.2.3 Niet-afdwingbare overeenkomsten

Vernietigbare contracten kunnen worden onderscheiden van overeenkomsten die niet in rechte kunnen worden afgedwongen. Niet-afdwingbare contracten (*unenforceable contracts*) zijn contracten waarvoor het recht in geval van wanprestatie geen remedie (schadevergoeding of nakoming) geeft. Volgens de *Restatement (Second) of Contracts* ligt het verschil tussen vernietigbare en niet-afdwingbare contracten erin dat bij een niet-afdwingbaar contract de rechtsgevolgen niet (alleen) afhangen van de vraag of een van de partijen een beroep doet op de niet-afdwingbaarheid.¹⁴⁷ Een voorbeeld van een *unenforceable contract* is een contract dat niet afdwingbaar is op grond van de *Statute of Frauds*. Deze Engelse wet uit 1677 bepaalt dat onder meer overeenkomsten van borgtocht, koopcontracten met betrekking tot een ‘interest’ in onroerend goed en sommige contracten die de koop van roerende goederen betreffen, slechts afdwingbaar zijn indien zij bewezen kunnen worden door geschrift. De wet is in Engeland in 1954 afgeschaft, maar geldt in de Verenigde Staten in veel staten nog wel op basis van bijzondere wetgeving (*state Statutes of Frauds*). Zo vereist artikel 2-201 van de *Uniform Commercial Code*, dat in alle staten met uitzonde-

¹⁴³ Zie *Restatement (Second) of Contracts*, § 7.

¹⁴⁴ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment f*.

¹⁴⁵ Zie W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 995. Zie voor kritiek op deze redenering G. Myers, ‘The Differing Treatment of Efficiency and Competition in Antitrust and Tortious Interference Law’, 77 *Minn. L. Rev.* 1993, p. 1116-1118.

¹⁴⁶ Zie J.B. Sales, ‘The Tort of Interference with Contract: An Argument for Requiring a “Valid Existing Contract” to Restrain the Use of Tort Law in Circumventing Contract Law Remedies’, 22 *Tex. Tech L. Rev.* 1991, p. 134-135.

¹⁴⁷ Zie *Restatement (Second) of Contracts*, § 8, *Comment a*.

ring van Louisiana is overgenomen, dat een contract dat betrekking heeft op roerende goederen waarvan de waarde een bepaald bedrag¹⁴⁸ overstijgt, slechts in rechte afdwingbaar is indien het kan worden bewezen bij geschrift.

Een contract dat op onrechtmatige wijze de nakoming van een ander, al bestaand contract verstoort, wordt eveneens beschouwd als niet-afdwingbaar op grond van de openbare orde (maar niet als nietig).¹⁴⁹ Het betreft hier het leerstuk van *tortious interference with contractual relations*, waarbij het nu echter niet gaat om de overeenkomst die wordt verstoord, maar het contract *waardoor* nakoming van het eerst gesloten contract wordt verhinderd. Stel dat A en B een contract hebben betreffende de koop van bepaalde roerende zaken. C weet van dit contract en haalt A over om de goederen aan hem te verkopen. Wanneer A op het aanbod van C ingaat en in weerwil van zijn contractuele verplichting aan B de goederen aan C verkoopt, dan zijn de verbintenissen die voor A en C uit dit contract voortvloeien niet in rechte afdwingbaar wegens strijd met de openbare orde.¹⁵⁰ Contracten zijn evenmin afdwingbaar indien niet aan het *consideration*-vereiste is voldaan of indien er sprake is van *lack of mutuality* (gebrek aan wils-overeenstemming).

Evenals voor vernietigbare contracten geldt voor niet-afdwingbare contracten dat de betrokkenheid van een derde bij de schending van zo'n contract onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn.¹⁵¹ Hoewel het contract niet in rechte afdwingbaar is, verzet het recht zich niet tegen de vrijwillige nakoming ervan.¹⁵² Het recht gaat er ook in deze situatie van uit dat het contract in beginsel wordt nagekomen, en daarom kan het verhinderen van deze nakoming tot aansprakelijkheid op grond van *tort* leiden. Het feit dat het contract niet afdwingbaar is, vormt in veel gevallen geen geldig verweer.¹⁵³ De rechtspraak tussen de staten vertoont echter verschillen. Zo wordt het verstoren van contracten die niet afdwingbaar zijn wegens strijd met de *Statute of Frauds* in de meeste staten on-

¹⁴⁸ De meeste staten hanteren een grens van 500 dollar. In Michigan en New York wordt een afwijkende grens van 1.000 dollar gebruikt. In de meest recente versie van de UCC wordt een minimum gesteld van 5.000 dollar.

¹⁴⁹ Zie *Restatement (Second) of Contracts*, § 8 en 194.

¹⁵⁰ Zou A vervolgens de goederen aan C leveren, en C weigert betaling op de grond dat het contract niet-afdwingbaar is, dan heeft A wel recht op teruggave van hetgeen hij heeft geleverd of de waarde ervan.

¹⁵¹ Zie o.a. *Jones v. O'Connell*, 458 A.2d 355 (Conn. 1983); *Royal Realty Co. v. Levin*, 69 N.W.2d 667 (Minn. 1955); *Clements v. Withers*, 437 S.W.2d 818 (Tex. 1969); *Aalfo Co. v. Kinney*, 144 A. 715 (N.J.Err.App. 1929).

¹⁵² Zie W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 995.

¹⁵³ Zie *Restatement (Second) of Contracts*, § 144, *Comment d*. Zie o.a. *Clements v. Withers*, 437 S.W.2d 818 (Tex. 1969); *Daugherty v. Kessler*, 286 A.2d 95 (Md. 1972); *Michael Halebian N.J., Inc. v. Roppe Rubber Corp.*, 718 F.Supp. 348, 360 (D.C.N.J. 1989) (op basis van het recht van New Jersey). Er zijn echter ook uitspraken waar de niet-afdwingbaarheid van het contract wel als verweer werd erkend, zie o.a. *Guard-Life Corp. v. S. Parker Hardware Mfg. Corp.*, 406 N.E.2d 445 (N.Y. 1980); *Dolton v. Capitol Federal Sav. and Loan Ass'n*, 642 P.2d 21 (Colo.App. 1981); *Kopp, Inc. v. United Technologies, Inc.*, 539 A.2d 309 (N.J.Super.A.D. 1988).

rechtmatig geacht,¹⁵⁴ maar de rechtspraak is verdeeld over de vraag of datzelfde geldt voor een contract dat niet kan worden afgedwongen wegens *lack of consideration* of *lack of mutuality*.¹⁵⁵ Bij concurrentiebedingen wordt de afdwingbaarheid beschouwd als een vereiste voor onrechtmatigheid.¹⁵⁶

In sommige jurisdicties, waaronder Californië, wordt voor een vordering op basis van *tortious interference with contract* echter steeds de voorwaarde gesteld dat er sprake is van een *enforceable contract*. Het verstoren van een niet-afdwingbaar contract kan ook onrechtmatig zijn, maar valt dan binnen de categorie *tortious interference with prospective economic advantage*.¹⁵⁷ Deze tort wordt in de volgende paragraaf behandeld.

5.3 Precontractuele aansprakelijkheid

In de zaak *Texaco v. Pennzoil*, die in het inleidende hoofdstuk werd besproken,¹⁵⁸ was een van de kwesties of er sprake was van een bindend contract tussen partijen. Zonder overeenkomst kan de aansprakelijkheid van de gedaagde immers niet gegrond worden op *tortious interference with contractual relations*. In de *Pennzoil*-zaak was er al wel een voorlopig contract opgesteld, een zogenaamde *Memorandum of Agreement*, waarin als voorwaarde stond opgenomen dat er toestemming was van het bestuur van Getty Oil. Omdat een deel van het bestuur het document had ondertekend, en deze bestuurders tevens de meerderheid van de aandelen bezaten van Getty Oil, oordeelde de rechter dat de *Memorandum of Agreement* in het kader van *tortious interference with contractual relations* kon worden aangemerkt als een bindende overeenkomst.¹⁵⁹ Maar ook indien *Memorandum of Agreement* niet zou zijn aangemerkt als afdwingbaar contract,¹⁶⁰ is niet uitgesloten dat Texaco aansprakelijk zou zijn gesteld voor de geleden schade. Wanneer het contract nog niet is gesloten, maar er wel uitzicht bestaat op een contract, kan een gedaagde die dat uitzicht heeft verstoord onder omstandigheden aansprakelijk worden gesteld wegens *tortious interference with prospective economic advantage*. Met uitzondering van het contractvereiste, komen de elementen van de *tort of interference with contractual relations* en de *tort of interference with prospective economic advantage* grotendeels over-

¹⁵⁴ Zie met verwijzingen naar rechtspraak, W.J. Woodward, Jr., 'Contractarians, Community, and the Tort of Interference with Contract', 80 *Minn. L. Rev.* 1996, p. 1124.

¹⁵⁵ Zie, met uitgebreide verwijzingen naar rechtspraak, J.O. Pearson, Jr., 'Liability for Interference with Invalid or Unenforceable Contract', 96 *A.L.R.* 3d, 1294 (1979).

¹⁵⁶ Zie *Aon Consulting v. Midlands Fin. Benefits*, 748 N.W.2d 626 (Neb. 2008).

¹⁵⁷ Zie o.a. *Ethan Allen, Inc. v. Georgetown Manor, Inc.*, 647 So.2d 812, 814 (Fla. 1994); *Jones v. O'Connell*, 458 A.2d 355 (Conn. 1983); *Buckaloo v. Johnson*, 537 P.2d 865 (Cal. 1975).

¹⁵⁸ Zie hoofdstuk 1, par. 1.

¹⁵⁹ *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, 729 S.W.2d 768 (Tex.App. 1987).

¹⁶⁰ In *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corporation*, 884 F.2d 69 (C.A.2 1989) werd een *Memorandum* niet aangemerkt als een bindende overeenkomst.

een.¹⁶¹ Datgene wat in dit hoofdstuk wordt geschreven over de *tort of tortious interference with contractual relations* is daarom in belangrijke mate ook van toepassing op de *tort of tortious interference with prospective economic advantage*. Voor zover zich relevante verschillen tussen de *torts* voordoen, zal daar aandacht aan worden besteed. Hierbij dient echter de kanttekening te worden geplaatst dat in sommige deelstaten wel aanzienlijke verschillen bestaan tussen de aansprakelijkheidsvoorwaarden voor *tortious interference with contract* en voor *tortious interference with prospective economic advantage* (of: *business expectancy*).¹⁶² In Californië en Texas wordt als extra eis gesteld dat het gedrag van de derde ook los van de verstoring van de toekomstige contractuele relatie onrechtmatig dient te zijn.¹⁶³ In Louisiana gelden nog striktere voorwaarden voor aansprakelijkheid: de gedaagde kan slechts aansprakelijk worden gesteld indien wordt bewezen dat hij heeft gehandeld met het opzet om schade toe te brengen aan de gelaedeerde partij.¹⁶⁴

6 Schending van de overeenkomst

Voor aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contractual relations* moet de eiser kunnen aantonen dat zijn contractuele relatie is verstoord. Indien zijn wederpartij zijn contractuele verplichtingen is nagekomen, dan kan een vordering op deze aansprakelijkheidsgrond niet slagen.¹⁶⁵ Van een verstoring is in elk geval sprake wanneer de overeenkomst niet wordt nagekomen. De tekortkoming in de nakoming hoeft niet aan de wederpartij van de eiser te kunnen worden toegerekend. Ook wanneer de overeengekomen prestatie geheel of gedeeltelijk onmogelijk, of meer bezwaarlijk¹⁶⁶ is gemaakt door de derde, kan er sprake zijn van *tortious interference with contract*.

De verstoring van een contractuele relatie kan er echter ook in bestaan dat het contract is opgezegd. Zoals in paragraaf 5.1 naar voren kwam, wordt in de rechtspraak erkend dat *interference with a contract terminable at will*, dat door partijen zonder opgaaf van redenen op elk moment kan worden beëindigd, tot

¹⁶¹ Zie F.J. Cavico, 'Tortious Interference with Contract in the At-Will Employment Context', 79 U. Det. Mercy L. Rev. 2002, p. 507 en W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1005.

¹⁶² Zie o.a. J. Danforth, 'Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society's Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity', 81 *Colum. L. Rev.* 1981, p. 1491-1524; R.J. Brioda & T.J. Handler, 'Tortious Interference with Contract and Prospective Advantage in Illinois', 32 *DePaul L. Rev.* 1983, p. 334-335.

¹⁶³ Zie o.a. de volgende uitspraken van de *Supreme Court* van Californië: *Della Penna v. Toyota Motor Sales*, 902 P.2d 740 (Cal. 1995); *Quelimane Company, Inc. v. Stewart Title Guaranty Company*, 960 P.2d 513 (Cal. 1998); *Korea Supply Company v. Lockheed Martin Corporation*, 63 P.3d 937, 956 (Cal. 2003). Zie voor Texas: *Wal Mart Stores, Inc. v. Sturges*, 52 S.W.3d 711, 726 (Tex. 2001).

¹⁶⁴ Zie G. Denegre, Jr., S.S. Holtzman & J.A. Lovet, 'Tortious Interference and Unfair Trade Claims: Louisiana's Elusive Remedies for Business Interference', 45 *Loy. L. Rev.* 1999, p. 401.

¹⁶⁵ Zie ook *Tessier v. Rockefeller*, 33 A.2d 1118, 1128 (N.H. 2011).

¹⁶⁶ Zie W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 991.

aansprakelijkheid kan leiden. Dat et bewerkstelligen van een recht- en regelmatige beëindiging van andere contracten dan *at will*-contracten eveneens een grond voor aansprakelijkheid kan opleveren, blijkt uit de uitspraak *ASDI, Inc. v. Beard Research, Inc.*¹⁶⁷ In deze uitspraak werd door de *Delaware Supreme Court* overwogen dat ‘*a lawful termination of a contract is not fatal to a claim of tortious interference with contractual relations (...) that is because the focus of the claim is on the defendant’s wrongful conduct that induces the termination of the contract.*’¹⁶⁸

7 Kennis en opzet

7.1 Verhouding tussen kennis en opzet

De *tort of tortious interference with contractual relations* wordt vrijwel altijd beschouwd als een *intentional tort*.¹⁶⁹ De gedaagde moet de intentie, het opzet, hebben gehad om de contractuele relatie te verstoren. Het enkele feit dat hij op de hoogte was van de contractuele relatie is dus niet voldoende.¹⁷⁰ De kennis van het contract en het opzet om het contract te verstoren zijn als voorwaarden voor aansprakelijkheid echter nauw met elkaar verbonden. Zonder kennis van het contract kan de gedaagde deze contractuele relatie immers niet opzettelijk verstoren.¹⁷¹ Anderzijds kan worden geconstateerd dat, hoewel opzet vereist is, de wetenschap van het contract in de rechtspraak veelal wordt beschouwd als een bewijsvermoeden dat de gedaagde de relatie opzettelijk heeft verstoord. Het is vervolgens aan de gedaagde om te bewijzen dat er geen opzet in het spel was.¹⁷²

Zowel het kennisvereiste als het opzetvereiste moeten door de rechter nader worden ingevuld. Wordt daadwerkelijk kennis van het contract vereist, of is voldoende dat de gedaagde behoorde te weten dat er een contract was? En moet de gedaagde de bedoeling hebben gehad om de contractuele relatie te verstoren, of is genoeg dat hij de mogelijkheid dat de contractuele relatie werd verstoord op de koop toenam?

¹⁶⁷ 11 A.3d 749 (Del.Supr. 2010). Zie ook *Neyer, Tiseo & Hindo, Ltd. v. Russell*, 1993 WL 334951 (E.D.Pa. 1993) (op basis van het recht van Pennsylvania).

¹⁶⁸ *ASDI, Inc. v. Beard Research, Inc.*, 11 A.3d 749, 752 (Del.Supr. 2010).

¹⁶⁹ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 982; D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 619.

¹⁷⁰ Zie E.P. Voigt, ‘Driving Trough the Dense Fog: Analysis of and Proposed Changes to Ohio Tortious Interference Law’, 55 *Clev. St. L. Rev.* 2007, p. 357.

¹⁷¹ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 982.

¹⁷² D.C. Dowling, Jr., ‘A Contract Theory for a Complex Tort: Limiting Interference with Contract Beyond the Unlawful Means Test’, 40 *U. Miami L. Rev.* 1986, p. 512. Zie ook M.J. Rizzo, ‘A Theory of Economic Loss in the Law of Torts’, 11 *J. Legal Stud.* 1982, p. 308-309 die erop wijst dat gerechten het *intent*-vereiste veelal soepel benaderen.

7.2 Kennis

Voor aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contractual relations* is in ieder geval noodzakelijk dat de derde kennis had van het bestaan van het contract én van het feit dat hij de nakoming ervan verstoort.¹⁷³ Er geldt voor de staten echter geen uniforme standaard om te bepalen of aan het kennisvereiste is voldaan. In een deel van de staten, waaronder New York, Indiana en North Carolina, is vereist dat de gedaagde daadwerkelijk wist van het contract (*actual knowledge*).¹⁷⁴ In andere staten, zoals Texas en Minnesota, is *implied* of *constructive knowledge* voldoende, hetgeen inhoudt dat de gedaagde wist van de feiten en omstandigheden waaruit een redelijke persoon had kunnen afleiden dat er sprake was van een contract.¹⁷⁵ Onder omstandigheden kan er een onderzoeksplicht op de gedaagde rusten, zo blijkt uit een uitspraak van de Minnesota Supreme Court uit 1998.¹⁷⁶

Deze uitspraak betrof een concurrentiebeding, gesloten tussen een werknemer en zijn voormalige werkgever. De werknemer was in strijd met dit beding bij een concurrent van zijn ex-werkgever in dienst getreden. Bij de beoordeling of de nieuwe werkgever zich schuldig had gemaakt aan *tortious interference with contractual relations* werd door de hoogste rechter van Minnesota overwogen dat ook aan het kennisvereiste is voldaan indien ‘a plaintiff demonstrates that a defendant had knowledge of facts which, if followed by a reasonable inquiry, would have led to a complete disclosure of the contractual relations and rights of the parties’.¹⁷⁷

¹⁷³ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, Comment i. Zie o.a. *Imperial Ice Co. v. Rossier*, 112 P.2d 631 (Cal. 1941); *Guard-Life Corp. v. S. Parker Hardware Mfg. Corp.*, 406 N.E.2d 445 (N.Y. 1980).

¹⁷⁴ *Boehner v. Heise*, 734 F.Supp.2d 389, 404 (S.D.N.Y. 2010) (op grond van het recht van New York); *DBS Const. Inc. v. New Equipment Leasing, Inc.*, 2011 WL 1157531 (N.D.Ind. 2011) (op grond van het recht van Indiana); *Hauck Mfg. Co. v. Astec Industries, Inc.*, 376 F.Supp.2d 808 (E.D.Tenn. 2005) (op grond van het recht van Tennessee); *Di-Giorgio Corp. v. Mendez & Co.*, 230 F.Supp.2d 552, 564 (D.C.N.J. 2002) (op grond van het recht van New Jersey). De US Supreme Court heeft in het kader van het aanzetten tot een inbreuk op een octrooi overwogen dat *actual knowledge* ook aanwezig is wanneer de gedaagde wist dat er een grote waarschijnlijkheid was dat er een octrooi aanwezig was en vervolgens weloverwogen maatregelen trof om te voorkomen dat hij dit feit zeker zou weten, zie *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB, S.A.*, 131 S.Ct. 2060, 2076 (2011).

¹⁷⁵ *Armendariz v. Mora*, 553 S.W.2d 400, 406 (Tex.App. 1977); *Coyne's & Co., Inc. v. Enesco, LLC*, 565 F.Supp.2d 1027, 1038 (D.C.Minn. 2008) (op grond van het recht van Minnesota); *Ramirez v. The GEO Group, Inc.*, 655 F.Supp.2d 1170, 1190 (D.C.Colo. 2009) (op grond van het recht van Colorado).

¹⁷⁶ *Kallok v. Medtronic, Inc.*, 573 N.W.2d 356 (Minn. 1998).

¹⁷⁷ *Kallok v. Medtronic, Inc.*, 573 N.W.2d 356, 362 (Minn. 1998), met een verwijzing naar *Twitchell v. Nelson*, 148 N.W. 451 (Minn. 1914) en *Swaney v. Crawley*, 191 N.W. 583, 584 (Minn. 1923).

In sommige staten hebben de *state courts* zich nog niet duidelijk uitgesproken over de invulling van het kennisvereiste.¹⁷⁸

Het kennisvereiste heeft betrekking op het bestaan van het contract, de gedaagde hoeft niet op de hoogte te zijn van de precieze inhoud van de bepalingen.¹⁷⁹ Als toetsingsmoment geldt volgens de rechtspraak het moment van de vermeende onrechtmatige gedraging.¹⁸⁰

Dit moment zal doorgaans samenvallen met het moment dat de gedaagde een overeenkomst sluit met de wederpartij van de eiser. In uitzonderingsgevallen kan echter ook een later toetsingsmoment worden aanvaard. In *Fowler v. Printers II, Inc.*¹⁸¹ had een vrouw haar concurrentiebeding geschonden door bij de concurrent van haar vorige werkgever te gaan werken. De nieuwe werkgever was op het moment dat hij de werknemster in dienst nam niet op de hoogte van het beding. Niettemin kon deze werkgever volgens de *Court of Special Appeals* van Maryland aansprakelijk worden gesteld, omdat hij, nadat hij kennis had genomen van het concurrentiebeding, de werknemster in strijd met het concurrentiebeding op verschillende manieren had gestimuleerd en geholpen om contact op te nemen met de klanten van haar vorige werkgever.

7.3 Opzet

7.3.1 Van *malice* tot *substantial certainty*

Naast kennis van het contract werd vooral in de vroege *tortious interference*-rechtspraak wel als voorwaarde gesteld dat er *malice* aanwezig was aan de zijde van de gedaagde. Een eenduidige definitie van dit begrip ontbreekt echter.¹⁸² In de meest enge opvatting wordt met *malice* bedoeld dat het enige motief van de derde is het toebrengen van nadeel aan de benadeelde contractspartij (ook wel *malevolence*, *spite of ill-will* genoemd, in het Nederlandse recht wel aangeduid als boos opzet).¹⁸³ In de Amerikaanse rechtspraak en literatuur wordt algemeen aangenomen dat *malice* in deze betekenis in beginsel leidt tot aansprakelijk-

¹⁷⁸ Bijv. Alabama, zie *Moore Oil Co., Inc. v. D & D Oil Co., Inc.*, 747 F.Supp.2d 1280, 1290 (N.D.Ala. 2010).

¹⁷⁹ Zie o.a. *Kelly v. Galveston County*, 520 S.W.2d 507, 513 (Tex.App. 1975); *Don King Productions, Inc. v. Douglas*, 742 F.Supp. 741, 775 (S.D.N.Y. 1990) (op basis van het recht van New York).

¹⁸⁰ *DBS Const. Inc. v. New Equipment Leasing, Inc.*, 2011 WL 1157531 (N.D.Ind. 2011) (op grond van het recht van Indiana).

¹⁸¹ 598 A.2d 794 (Md.App. 1991).

¹⁸² Zie o.a. F.B. Sayre, 'Inducing Breach of Contract', 36 *Harv. L. Rev.* 1923, p. 673; K. Green, 'The Element of "Malice" in the Tort Action for Inducing Breach of Contract', 12 *St. Louis L. Rev.* 1927, p. 286-300.

¹⁸³ F.B. Sayre, 'Inducing Breach of Contract', 36 *Harv. L. Rev.* 1923, p. 672; P.A. Landon, *Pollock's Law of Torts*, Londen: Stevens & Sons Limited 1951, p. 51.

heid,¹⁸⁴ maar van een voorwaarde voor aansprakelijkheid is echter geen sprake meer.¹⁸⁵

Wanneer tegenwoordig in de rechtspraak *malice* wordt geëist, dan wordt daarmee veelal bedoeld *intentional interference without justification*.¹⁸⁶ *Malice* komt daarmee gelijk te staan aan *intent*, met dit verschil dat tevens de bewijslastverdeling geregeld is: de eiser zal moeten aantonen dat de frustratie van het contract niet gerechtvaardigd was.¹⁸⁷ Van *intent* is sprake wanneer de gedaagde heeft gewild de gevolgen van zijn handelen (in dit geval: de verstoring van een contractuele relatie) te bewerkstelligen.¹⁸⁸ Het begrip *intent* omvat echter meer dan alleen de bedoeling om een contractuele relatie te verstoren. Volgens § 8A van de *Restatement*, die ook van toepassing is op het leerstuk van *tortious interference with contractual relations*,¹⁸⁹ omvat *intent* ook de wetenschap van de derde dat de verstoring van de contractuele relatie een ‘*certain or substantially certain*’ gevolg zal zijn van zijn handelen.¹⁹⁰ Deze schuldvorm is te vergelijken met wat in het Nederlandse strafrecht wordt aangeduid met zekerheidsbewustzijn, waarbij het handelen niet gericht is op het tot stand brengen van een bepaald gevolg, maar zeker tot dit resultaat leidt, en waarschijnlijksoepzet, waarbij de laedens weet dat zijn handelen waarschijnlijk een bepaalde consequentie teweeg zal brengen.

De verstoring van de contractuele relatie moet dus minimaal een waarschijnlijk gevolg zijn geweest van het handelen en de derde moet zich hiervan bewust zijn geweest. Wanneer de kans dat het contract door toedoen van de derde gefrustreerd raakt minder is dan *substantially certain*, kan niet langer worden gesproken van *intent*, maar is het handelen *reckless* (roekeloos) of *negligent* (nalatig).¹⁹¹ Behoudens enkele uitzonderingen die in paragraaf 7.3.2 zullen worden besproken, leidt *reckless* of *negligent interference* niet tot aansprakelijkheid.

¹⁸⁴ Zie W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 984.

¹⁸⁵ Zie o.a. *United Truck Leasing Corp. v. Geltman*, 551 N.E.2d 20 (Mass. 1990). In de rechtspraak van sommige deelstaten wordt het opzet om de ander schade toe te brengen daarentegen wel als voorwaarde genoemd voor aansprakelijkheid wegens *tortious interference with prospective economic advantage*, o.a. *Glenn v. Point Park College*, 272 A.2d 895 (Pa. 1971); *Farmers Co-op. Elevator, Inc., Duncombe v. State Bank*, 236 N.W.2d 674 (Iowa 1975). Ook in verband met de toekenning van *punitive damages* kan *ill will* vereist zijn, zie onder, par. 12.3.

¹⁸⁶ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment s*. Zie ook *Hornstein v. Podwitz*, 173 N.E. 674 (N.Y. 1930); *Smith Development Corp. v. Bilow Enterprises, Inc.*, 308 A.2d 477 (R.I. 1973); *Hickman v. American Honda Motor Co., Inc.*, 982 F.Supp. 881, 885 (N.D.Ga. 1997) (op basis van het recht van Georgia); *Daley v. Aetna Life and Cas. Co.* 734 A.2d 112 (Conn. 1999).

¹⁸⁷ Zie over de bewijslastverdeling onder, par. 14.1.

¹⁸⁸ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 8A.

¹⁸⁹ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment j*.

¹⁹⁰ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment j*. Zie ook *Lloyd v. Jefferson*, 53 F.Supp.2d 643, 676 (D.C.Del. 1999) (op grond van het recht van Delaware); *K.W. Plastics v. United States Can Co.*, 131 F.Supp.2d 1265, 1270 (M.D.Ala. 2001) (op grond van het recht van Alabama); *Korea Supply Co. v. Lockheed Martin Corp.*, 63 P.3d 937 (Cal. 2003); *Wesco Autobody Supply, Inc. v. Ernest*, 243 P.3d 1069, 1082 (Idaho 2010).

¹⁹¹ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 8A.

Het opzetvereiste staat in beginsel los van het doel of motief. Het frustreren van de contractuele relatie hoeft niet het primaire doel (*purpose*) van de gedaagde te zijn geweest. Er kunnen ook andere motieven in het spel zijn. Het feit dat de gedaagde een ander doel voor ogen had dan het interveniëren in de contractuele relatie van de eiser, weegt echter wel mee bij de beoordeling of de verstoring van de contractuele relatie onoorbaar is.¹⁹²

7.3.2 *Negligent interference*

De *tort of interference with contractual relations* wordt beschouwd als een *intentional tort*. De aansprakelijkheid wordt in het algemeen niet uitgebreid tot gevallen van *negligence*.¹⁹³ Van *negligence* is sprake wanneer de gedaagde niet opzettelijk heeft gehandeld, maar een zogenaamde *duty of reasonable care* heeft geschonden. Het opzetvereiste is in overeenstemming met de *economic loss rule*, op grond waarvan zuivere vermogensschade die het gevolg is van *negligence* in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁹⁴ Deze regel wordt algemeen aanvaard in de Amerikaanse rechtspraak, zowel op federaal als deelstatelijk niveau.

Voor het bestaan van de *economic loss rule* zijn meerdere verklaringen. Zo bestaat het gevaar dat de aansprakelijkheid van de gedaagde door het toekennen van schadevergoeding voor zuivere vermogensschade in geval van *negligence* onbeheersbaar wordt.

Stel dat A en B een contract hebben gesloten voor de levering van goederen. Door C's onzorgvuldige gedrag raken de goederen van A beschadigd en kunnen zij niet door A worden geleverd aan B. B lijdt hierdoor zuivere vermogensschade, maar ook zijn afnemers D, E en F lijden schade, evenals hun afnemers et cetera. Wanneer zowel B, D, E, F en verdere subafnemers hun schade zouden kunnen verhalen op C, ontstaat een *crushing liability* voor C, die niet in verhouding staat tot de *tort* die hij heeft gepleegd.¹⁹⁵

Een andere verklaring is dat de zuivere vermogensschade van de eiser in gevallen van *negligent interference* moet worden beschouwd als 'too remote' (te ver verwijderd) in relatie tot het gedrag van de gedaagde.¹⁹⁶ Ook de onvoorzienbaarheid van de schade wordt als een belangrijk obstakel gezien.¹⁹⁷

In de Amerikaanse rechtspraak zijn echter ook uitspraken te vinden waarin wordt afgeweken van de *economic loss rule*. Zo wordt in het geval van zuivere vermogensschade die is veroorzaakt door hinder, bijvoorbeeld wanneer de

¹⁹² Zie onder, par. 8.3.

¹⁹³ Zie ook *Restatement (Second) of Torts*, § 766C. Zie bijv. ook *Hatfield v. Health Management Associates of West Virginia*, 672 S.E.2d 395, 403 (W.Va. 2008).

¹⁹⁴ Zie D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 621.

¹⁹⁵ *Restatement (Second) of Torts*, § 766C; W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1001.

¹⁹⁶ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766C.

¹⁹⁷ Zie D.B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2000, p. 1283.

gedaagde een openbare weg heeft geblokkeerd, aanvaard dat gedupeerden onder bepaalde voorwaarden hun schade kunnen verhalen. Hiervoor moeten zij kunnen aantonen dat zij schade hebben geleden, die afwijkt van het 'normale' nadeel, dat het grote publiek ondervindt.¹⁹⁸ Een tweede uitzondering op de *economic loss rule* die in een deel van de rechtspraak wordt aanvaard, betreft gevallen waarin de gedaagde een professionele dienstverlener is, die zijn dienstenovereenkomst niet nakomt waardoor de eiser, die geen partij is bij het contract, vermogensschade lijdt.¹⁹⁹ In deze categorie kunnen ook gevallen worden geschaard waarin de afwijzing van de *economic loss rule* gebaseerd is op de speciale relatie tussen eiser en gedaagde, bijvoorbeeld wanneer de eiser en de gedaagde zijn ingehuurd om met elkaar te werken aan hetzelfde project.²⁰⁰

Een veelbesproken uitspraak, die niet in een van de bovengenoemde categorieën valt, is *J'Aire Corp. v. Gregory*,²⁰¹ waarin de Californische *Supreme Court* oordeelde dat vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt wanneer de gedaagde zijn zorgplicht (*duty of care*) jegens de eiser heeft geschonden. Of er sprake is van een zorgplicht, moet volgens het gerecht worden bepaald aan de hand van zes factoren, waaronder de voorzienbaarheid van de schade, de morele verwijtbaarheid van het gedrag en de preventieve werking die

¹⁹⁸ Zie D.B. Dobbs & E.M. Bublick, *Cases and Materials on Advanced Torts: Economic and Dignitary Torts*, St. Paul, Minn.: West 2006, p. 463-464; J.G. Rich, 'Negligent Interference with Prospective Economic Advantage – *J'Aire Corp. v. Gregory*', 1980 *Utah L. Rev.* 1980, p. 438-439.

¹⁹⁹ Zie J.G. Rich, 'Negligent Interference with Prospective Economic Advantage – *J'Aire Corp. v. Gregory*', 1980 *Utah L. Rev.* 1980, p. 436. Zie bijv. *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (N.Y. 1922).

²⁰⁰ In de rechtspraak zijn veel voorbeelden van geschillen tussen een architect of ingenieur die een gebouw voor zijn opdrachtgever heeft ontworpen en daarbij een fout heeft gemaakt die pas bij de bouw door de aannemer naar boven komt. De extra kosten die de aannemer moet maken om de fout van de architect te herstellen, kunnen volgens sommige uitspraken door de aannemer worden verhaald op de architect. Zie o.a. *U.S. for Use and Benefit of Los Angeles Testing Laboratory v. Rogers & Rogers*, 161 F.Supp. 132 (S.D.Cal.1958) (op basis van Californisch recht); *Gurtler, Hebert & Co., Inc. v. Weyland Machine Shop, Inc.*, 405 So.2d 660 (La.App.1981), *cert. denied*, 410 So.2d 1130 (La. 1982); *Donnelly Const. Co. v. Oberg/Hunt/Gilleland*, 677 P.2d 1292 (Ariz. 1984). In o.a. *R.H. Macy & Co., Inc. v. Williams Tile & Terrazzo Co., Inc.*, 585 F.Supp. 175 (N.D.Ga.1984) (op grond van het recht van Georgia); *Blake Constr. Co., Inc. v. Alley*, 353 S.E.2d 724 (Va. 1987); *Floor Craft Floor Covering, Inc. v. Parma Community Gen. Hosp. Ass'n.*, 560 N.E.2d 206 (Ohio 1990); *Spivack v. Berks Ridge Corp., Inc.*, 586 A.2d 402 (Pa.Super. 1990) werd een vordering tot schadevergoeding echter afgewezen op de grond dat een contract tussen eiser en gedaagde ontbrak.

²⁰¹ 598 P.2d 60 (Cal. 1979). Zie uitgebreider over deze zaak J.G. Rich, 'Negligent Interference with Prospective Economic Advantage – *J'Aire Corp. v. Gregory*', 1980 *Utah L. Rev.* 1980, p. 431-446; G.T. Schwartz, 'Economic Loss in American Tort Law: The Examples of *J'Aire* and of Products Liability', 23 *San Diego L. Rev.* 1986, p. 37-78; A. O'Brien, 'Limited Recovery Rule as a Dam: Preventing a Flood of Litigation for Negligent Infliction of Pure Economic Loss', 31 *Ariz. L. Rev.* 1989, p. 969-970; D.B. Dobbs & E.M. Bublick, *Cases and Materials on Advanced Torts: Economic and Dignitary Torts*, St. Paul, Minn.: West 2006, p. 457-462.

ervan uitgaat voor toekomstige schade.²⁰² Behalve in Californië heeft *J'Aire Corp. v. Gregory* echter weinig navolging gekregen.²⁰³ In veruit de meeste rechtspraak wordt geen vergoeding toegekend, wanneer de vordering enkel is gebaseerd op *negligent interference with contractual relations*.²⁰⁴

De *economic loss rule* kan overigens ook via wetgeving worden uitgesloten. Op grond van de *Federal Medical Care Recovery Act*, 42 U.S.C.A., § 2651 kan de federale overheid de kosten voor medische zorg die zij voor een persoon heeft gemaakt, onder omstandigheden verhalen op degene die het letsel heeft toegebracht.

8 Het criterium van *improper interference*

8.1 Multifactorbenadering

In de vroegere *tortious interference*-rechtspraak werd elke opzettelijke verstoring van een contractuele relatie (*purposeful interference*) die leidde tot schade onrechtmatig geacht, tenzij de gedaagde kon bewijzen dat er een rechtvaardigingsgrond van toepassing was of hij een recht – *privilege* – had om te interveniëren in de relatie.²⁰⁵ Deze regel, die ook was terug te vinden in de *Restatement (First) of Torts* uit 1939,²⁰⁶ was tot ongeveer 1980 in de meeste staten geldend recht en leidde tot een verregaande aansprakelijkheid. Vanaf het eind van de jaren zeventig kwam er vanuit de literatuur steeds meer kritiek op de *interference torts* (*tortious interference with contractual relations* en *tortious interference with prospective economic advantage*).²⁰⁷ Volgens critici was de bewijslast voor de eiser te licht en moest de aansprakelijkheid aan banden worden gelegd.²⁰⁸ De opstellers van de *Restatement (Second) of Torts* (1979) besloten de regel uit de eerste *Restatement* aan te passen. Behalve opzettelijk moest de verstoring van de

²⁰² *J'Aire Corp. v. Gregory*, 598 P.2d 60, 63 (Cal. 1979). Deze criteria zijn gebaseerd op de uitspraak *Biakanja v. Irving*, 320 P.2d 16 (Cal. 1958).

²⁰³ De uitspraak is wel gevolgd in *Mattingly v. Sheldon Jackson College*, 743 P.2d 356 (Alaska 1987) en *People Express Airlines, Inc. v. Consolidated Rail Corp.*, 495 A.2d 107 (N.J. 1985).

²⁰⁴ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766C; D.B. Dobbs & E.M. Bublick, *Cases and Materials on Advanced Torts: Economic and Dignitary Torts*, St. Paul, Minn.: West 2006, p. 462; G.T. Schwarz, 'The Economic Loss Doctrine in American Tort Law: Assessing the Recent Experience', in: E.K. Banakas, *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Den Haag: Kluwer International 1996, p. 107.

²⁰⁵ D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 618.

²⁰⁶ *Restatement (First) of Torts*, § 766 en § 767. Zie ook O.K. Ames III, 'Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort', 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 348.

²⁰⁷ C.A. Remington, 'Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach: Fine Tuning the Notion of the Contract Breacher as Wrongdoer', 47 *Buff. L. Rev.* 1999, p. 664.

²⁰⁸ Zie o.a. D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 345-363; H.S. Perlman, 'Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine', 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, p. 97-98.

contractuele relatie ook *improper* (onbehoorlijk) zijn.²⁰⁹ Ook in de meerderheid van de deelstaten wordt tegenwoordig meer dan alleen opzettelijk handelen vereist.²¹⁰

Het is echter moeilijk gebleken om de inhoud van het begrip *improper* te bepalen. Sommige rechters zijn van mening dat deze term in het geheel niet kan worden gedefinieerd.²¹¹ Om de rechter houvast te bieden, bevat § 767 van de huidige *Restatement* zeven factoren die de rechter in zijn oordeel zou moeten betrekken. Deze zijn:

1. de aard van het gedrag van de gedaagde;
2. het motief van de gedaagde;
3. de belangen die de gedaagde heeft nagestreefd;
4. het verstoorde belang;
5. maatschappelijke belangen, zoals het beschermen van de handelingsvrijheid van de gedaagde en de integriteit en stabiliteit van overeenkomsten;
6. de mate waarin gedrag van de gedaagde rechtstreeks heeft bijgedragen aan de verstoring (*proximity/remoteness*);
7. de relatie tussen de partijen.

In de literatuur is echter ook kritiek geuit op deze benadering.²¹² Zo zou het niet eenvoudig zijn om haar consequent toe te passen. Daarnaast is onduidelijk hoe zwaar de verschillende factoren wegen, hoeveel factoren aanwezig dienen te zijn om het gedrag van de gedaagde als onbehoorlijk te kunnen kwalificeren en op

²⁰⁹ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766.

²¹⁰ D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 618. Dit geldt overigens niet voor alle staten. Zo is in Virginia *intentional interference* nog altijd voldoende, tenzij er sprake is van een *contract terminable at will*, zie *Lewis-Gale Medical Center, LLC v. Alldredge*, 710 S.E.2d 716 (Va. 2011). Ook in Idaho en Californië wordt bij *tortious interference with contract* niet het vereiste gesteld dat de verstoring onbehoorlijk moet zijn, zie resp. *Wesco Autobody Supply, Inc. v. Ernest*, 243 P.3d 1069, 1083 (Idaho 2010) en *Reeves v. Hanlon*, 95 P.3d 513, 517 (Cal. 2004).

²¹¹ Zie A. Long, 'The Business of Law and Tortious Interference', 36 *St. Mary's L.J.* 2005, p. 932, met verwijzingen naar *Myers v. Arcadio, Inc.*, 180 A.2d 329, 332-333 (N.J. Super. A.D. 1962) en *Macklin v. Robert Logan Assoc.*, 639 A.2d 112, 119 (Md. 1995).

²¹² Zie o.a. H.S. Perlman, 'Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine', 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, p. 97-129; T.J. Collin, T.A. Ita & S.E. Bretz, 'Ohio Tortious Interference Law and the Role of Privilege and Competition', 18 *U. Dayton L. Rev.* 1993, p. 668; W.J. Woodward, Jr., 'Contractarians, Community, and the Tort of Interference with Contract', 80 *Minn. L. Rev.* 1996, p. 1129-1131; M. Lao, 'Tortious Interference and the Federal Antitrust Law of Vertical Restraints', 83 *Iowa L. Rev.* 1997, p. 54; R.L. Tucker, "'And the Truth Shall Make You Free": Truth as a First Amendment Defense in Tortious Interference with Contract Cases', 24 *Hastings Const. L.Q.* 1997, p. 713; D.B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2000, p. 1263; A. Long, 'The Business of Law and Tortious Interference', 36 *St. Mary's L.J.* 2005, p. 932; D.B. Dobbs & E.M. Bublick, *Cases and Materials on Advanced Torts: Economic and Dignitary Torts*, St. Paul, Minn.: West 2006, p. 370; M.A. Hood, 'When Two Worlds Collide: Problems Surrounding the Business Judgment Rule as a Privilege in Tortious Interference with Contractual Relations Actions in Illinois', 31 *S. Ill. U. L.J.* 2007, p. 673-674.

wie de bewijslast rust. Ondanks de kritiek worden de zeven *Restatement*-factoren in een groot deel van de Amerikaanse deelstaten gebruikt om te bepalen of de verstoring van de contractuele relatie onbehoorlijk is.²¹³ In sommige deelstaten wordt een vereenvoudigde toets gehanteerd, volgens welke sprake is van *improper interference* indien de gedaagde heeft gehandeld met een *improper motive* (bijvoorbeeld het motief om iemand schade toe te brengen) of gebruik heeft gemaakt van *improper means*.²¹⁴ Andere factoren, zoals het nagestreefde belang, spelen dan vooral een rol als mogelijk verweer van de gedaagde.

8.2 Aard van het gedrag

8.2.1 Inleiding

De aard van het gedrag van de gedaagde wordt beschouwd als een van de belangrijkste factoren om te bepalen of er sprake is van een onoorbare verstoring van een contractuele relatie.²¹⁵ Wanneer de gedaagde *improper means* (onbehoorlijke middelen) heeft ingezet om een contractuele relatie te verstoren, zal hij eerder aansprakelijk zijn wegens *tortious interference* dan wanneer hij dat gebruik heeft gemaakt van op zichzelf geoorloofde methoden. Voorbeelden van onoorbare middelen zijn het gebruik van fysiek geweld tegen een persoon of goed,²¹⁶ bedreigingen,²¹⁷ smaad,²¹⁸ bedrog,²¹⁹ omkoping,²²⁰ het plegen van con-

²¹³ Zie o.a. *Adler, Barish, Daniels, Levin & Creskoff v. Epstein*, 393 A.2d 1175, 1184 (Pa. 1978); *National Collegiate Athletic Ass'n By and Through Bellarmine College v. Hornung*, 754 S.W.2d 855, 858 (Ky. 1988); *Wagenseller v. Scottsdale Mem'l Hosp.*, 710 P.2d 1025, 1042-1043 (Ariz. 1985); *Westfield Development Co. v. Rifle Inv. Associates*, 786 P.2d 1112, 1117 (Colo. 1990); *Roberts v. General Motors Corp.*, 643 A.2d 956, 961 (N.H. 1994); *Fred Siegel Co., L.P.A. v. Arter & Hadden*, 707 N.E.2d 853, 856 (Ohio 1999); *BECO Const. Co., Inc. v. J-U-B Engineers, Inc.*, 184 P.3d 844, 848 (Iowa 2008); *Field v. Costa*, 958 A.2d 1164, 1172 (Vt. 2008); *Gruhlke v. Sioux Empire Federal Credit Union, Inc.*, 756 N.W.2d 399, 408 (S.D. 2008); *White Sands Group, L.L.C. v. PRS II, LLC*, 32 So.3d 5, 12 e.v. (Ala. 2009); *Baptist Health v. Murphy*, 373 S.W.3d 269 (Ark. 2010); *Emmerson v. Walker*, 236 P.3d 598, 604 (Mont. 2010).

²¹⁴ Zie o.a. *Top Service Body Shop, Inc. v. Allstate Ins. Co.*, 582 P.2d 1365, 1371 (Or. 1978); *United Truck Leasing Corp. v. Geltman*, 551 N.E.2d 20 (Mass. 1990).

²¹⁵ Zie bijv. *Super Sulky, Inc. v. United States Trotting Association*, 174 F.3d 733, 742 (C.A.6 1999) (op basis van het recht van Ohio).

²¹⁶ Zie *Bacon v. St. Paul Union Stockyards Co.*, 201 N.W. 326 (Minn. 1924); *South Central Livestock Dealers Inc. v. Security State Bank*, 551 F.2d 1346 (C.A.5 1977) (op grond van Texaans recht).

²¹⁷ Zoals het dreigen met het aanhangig maken van een ongegronde rechtszaak, zie *Gresh v. Potter McCune Co.*, 344 A.2d 540 (Pa. 1975).

²¹⁸ Zie *Chambers v. Probst*, 140 S.W. 572 (Ky.App. 1911); *Dukes v. Brotherhood of Painters, etc.*, 235 S.W.2d 7 (Tenn. 1950); *Mason v. Funderburk*, 446 S.W.2d 543 (Ark. 1969).

²¹⁹ Zie *Bartlett v. Federal Outfitting Co.*, 24 P.2d 877 (Cal.App. 1933); *Gold v. Los Angeles Democratic League*, 122 Cal.Rptr. 732 (Cal.App. 1975).

²²⁰ *Trau-Med of America, Inc. v. Allstate Ins. Co.*, 71 S.W.3d 691, 701 (Tenn. 2002).

tractbreuk,²²¹ en gedragingen die verboden zijn bij wet of in strijd zijn met de openbare orde.²²² Volgens sommige uitspraken heeft de gedaagde ook gebruik gemaakt van *improper means* wanneer hij bepaalde handelsgebruiken,²²³ of algemeen geaccepteerde ethische of gedragsnormen²²⁴ heeft geschonden. Een belangrijk nadeel van deze laatste categorieën is dat het veelal gaat om vage maatstaven, die interpretatie behoeven.²²⁵

Zoals in paragraaf 2.2 aan de orde kwam, maakt de *Restatement* onderscheid tussen enerzijds het aanzetten tot contractbreuk (*inducing a breach of contract*) en anderzijds het op andere wijze veroorzaken van niet-nakoming (*otherwise causing non-performance*). Het verschil tussen deze categorieën schuilt in de al dan niet aanwezige keuzevrijheid. Wanneer een contractspartij wordt aangezet tot het plegen van wanprestatie – of dit nu gebeurt door middel van overreding of door bedreiging – wordt hij beïnvloed in zijn keuze om het contract wel of niet na te komen.²²⁶ Hij had er ook voor kunnen kiezen om zijn contractuele verplichting alsnog te vervullen – ongeacht wat hiervan de persoonlijke consequenties voor hem zouden zijn. Zoals het in de *Restatement* wordt geformuleerd: ‘*Inducement operates on the mind of the person induced.*’²²⁷ Dit is anders voor de categorie van ‘*otherwise causing non-performance*’. Hiervoor geldt dat nakoming door toedoen van de derde onmogelijk is geworden, bijvoorbeeld omdat de te leveren goederen door de derde zijn vernietigd.²²⁸ Vanwege de afbakening van dit onderzoek zal deze categorie verder buiten beschouwing blijven. Veruit de meeste gevallen van *tortious interference with contract* vallen in de eerste categorie.²²⁹

²²¹ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* h. Het derdepartijvereiste, dat boven in par. 4 aan bod kwam, is hier geen obstakel voor aansprakelijkheid, omdat de wanprestant geen partij is bij het verstoorde contract.

²²² *Mobile Mechanical Contractors Ass’n, Inc. v. Carlough*, 456 F.Supp. 310 (D.C.Ala. 1978) (op grond van het recht van Alabama).

²²³ Zie *Adler, Barish, Daniels, Levin & Creskoff v. Epstein*, 393 A.2d 1175 (Pa. 1978); *Machine Maintenance & Equipment Co. v. Cooper Industries*, 661 F.Supp. 1112, 1116 (E.D.Mo. 1987) (op grond van het recht van Missouri). Zie ook *Restatement*, § 767, *Comments* c en j en M. Lao, ‘Tortious Interference and the Federal Antitrust Law of Vertical Restraints’, 83 *Iowa L. Rev.* 1997, p. 56-57.

²²⁴ Zie bijv. *Nostrame v. Santiago*, 61 A.3d 893 (N.J. 2013).

²²⁵ O.K. Ames III, ‘Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort’, 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 352.

²²⁶ Zie ook *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB, S.A.*, 131 S.Ct. 2060, 2065 (2011), waarin de *US Supreme Court* de term ‘*induce*’ definieert als ‘*to lead on; to influence, to prevail on; to move by persuasion or influence*’.

²²⁷ *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* h.

²²⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* h.

²²⁹ Volgens D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 616, kunnen de meeste *tortious interference*-zaken worden ondergebracht in een of meerdere van volgende subcategorieën: *persuasion, economic or other coercion of pressure, misappropriation of commercial values en falsehoods*.

8.2.2 Op zichzelf ongeoorloofd gedrag

Wanneer de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan gedrag dat op zichzelf – dus afgezien van het feit dat het heeft geleid tot de frustratie van een overeenkomst – op basis van wetgeving of als een erkende regel van *common law* reeds als ongeoorloofd worden aangemerkt, zoals bedreiging, bedrog, omkoping, misbruik van omstandigheden, het misbruik maken van vertrouwelijke informatie en oneerlijke concurrentie, zoals misleidende reclame of merkinbreuk, dan wordt dit gewoonlijk aangemerkt als ‘*improper means*’.²³⁰

Sommige auteurs vragen zich af of deze situaties wel moeten worden aangemerkt als *tortious interference with contractual relations*. De verstoring van het contract is volgens hen vooral een gevolg van een onrechtmatige gedraging dat voor de schadeberekening van belang is.²³¹ In dit verband wordt ook wel gesproken van *pseudo-interference*.²³² De toegevoegde waarde van de *tort of interference with contractual relations* is in deze gevallen, waarin de gedaagde gebruik heeft gemaakt van op zichzelf ongeoorloofde middelen, vooral gelegen in de uitbreiding van het beschermingsbereik van de aansprakelijkheidsgrond. Stel dat de gedaagde de wederpartij van de eiser heeft bedreigd, waardoor deze zijn contractuele verplichtingen jegens de eiser niet nakomt. De bedreiging van de gedaagde is onrechtmatig ten opzichte van de wederpartij van de eiser, maar in beginsel niet jegens de eiser, die immers niet bedreigd is.²³³ Toch zal de eiser in dat geval onder omstandigheden zijn schade op de gedaagde kunnen verhalen door zijn vordering te baseren op *tortious interference with contractual relations*. De kring van gerechtigden wordt hiermee uitgebreid, wat gepaard gaat met stijging van de aansprakelijkheidslast van gedaagde.²³⁴ Tot een stortvloed aan claims zal het echter niet leiden; de eiser zal immers moeten kunnen aantonen dat de gedaagde zijn contractuele relatie opzettelijk heeft verstoord.

²³⁰ Zie o.a. *Duggin v. Adams*, 360 S.E.2d 832, 837 (Va. 1987), recentelijk bevestigd in *Preferred Systems Solutions, Inc. v. GP Consulting, LLC*, 732 S.E.2d 676, 688 (Va. 2012); *Top Service Body Shop, Inc. v. Allstate Ins. Co.*, 582 P.2d 1365, 1371 (Or. 1978); *WaveDivision Holdings, LLC v. Highland Capital Management, L.P.*, 49 A.3d 1168, 1174 (Del.Supr. 2011).

²³¹ Zie W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 992 en D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 631.

²³² D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 631. Het probleem van samenloop van aansprakelijkheidsgronden wordt in par. 15.2 besproken.

²³³ C.A. Remington, ‘Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach: Fine Tuning the Notion of the Contract Breacher as Wrongdoer’, 47 *Buff. L. Rev.* 1999, p. 652.

²³⁴ Zie C.A. Remington, ‘Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach: Fine Tuning the Notion of the Contract Breacher as Wrongdoer’, 47 *Buff. L. Rev.* 1999, p. 652; H.S. Perlman, ‘Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine’, 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, p. 75-78.

8.2.3 Op zichzelf geoorloofd gedrag

Sommige gedragingen zijn op zichzelf niet ongeoorloofd, maar kunnen onder omstandigheden toch als onrechtmatig worden aangemerkt wanneer zij de verstoring van een contractuele relatie tot gevolg hebben. In deze categorie vallen het overhalen van de wederpartij van de eiser om wanprestatie te plegen (*persuasion*), de weigering om verder zaken te doen (*refusal to deal*) met deze partij indien deze geen wanprestatie jegens de eiser pleegt, het dreigen met een (weliswaar gegronde) rechtszaak²³⁵ en het doen van een beter aanbod aan iemand van wie men weet dat hij al een overeenkomst met een ander heeft (*offer of better terms*).²³⁶ Hoewel deze middelen op zichzelf niet onrechtmatig zijn, kan het inzetten ervan met het oogmerk om een contractuele relatie te verstoren onder omstandigheden worden aangemerkt als *improper interference*.²³⁷ Hierbij kan worden gedacht aan het doen van een zodanig beter aanbod dat de wanprestant hiermee ook in staat is een eventuele vordering jegens zijn wederpartij te betalen, waardoor hij feitelijk wordt gevrijwaard van toekomstige claims.²³⁸ Ook de frequentie van de gedragingen en de verbetering van de gedaagde om de ander tot wanprestatie te bewegen kunnen een rol spelen, zo blijkt uit een recente zaak van de *Supreme Court* van Montana.²³⁹

Critici hebben betoogd dat een lichtvaardige aansprakelijkstelling in gevallen waarin de gedaagde gebruik heeft gemaakt van middelen die op zich geoorloofd zijn, kan leiden tot een flinke beperking van de handelingsvrijheid van de gedaagde.²⁴⁰ Dit probleem wordt ook gesignaleerd door de opstellers van de *Restatement*.

Stel dat A en B een overeenkomst hebben gesloten. Vervolgens zegt derde C tegen A dat hij wel zaken met hem wil doen, mits A zijn contract met B verbreekt. Wanneer A daadwerkelijk zijn overeenkomst met B breekt om een overeenkomst met C te kunnen sluiten, dan zal C volgens de *Restatement* aansprakelijk kunnen worden gesteld wegens het aanzetten tot contractbreuk. Maar hoe verhoudt deze aansprakelijkheid zich tot de vrijheid van C om zelf te bepalen met wie hij zaken doet? C is niet verplicht om een contract te sluiten met A en hoeft voor het niet-sluiten van een overeenkomst geen verantwoording af te leggen. De reden om geen contract te sluiten is in beginsel irrelevant. Zo mag C weigeren een contract te sluiten met A omdat hij een aversie koestert tegen B. Zou A vragen naar de reden van weigering, en C geeft eerlijk aan dat het contract tussen A en B hem

²³⁵ Het dreigen met een rechtszaak, waarvan bij voorbaat duidelijk is dat deze kansloos is, wordt beschouwd als gebruik maken van *improper means*, zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment c*.

²³⁶ Het doen van een beter aanbod dat niet specifiek gericht is tot de contractspartij van de eiser, maar deze wel bereikt bijv. via een advertentie, kan niet worden beschouwd als *inducement*, zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment m*.

²³⁷ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment c*.

²³⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment m*.

²³⁹ *Emmerson v. Walker*, 236 P.3d 598 (Mont. 2010).

²⁴⁰ Zie m.n. D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 350 e.v. en H.S. Perlman, 'Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine', 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, p. 78 e.v.

dwarszit, dan is volgens de *Restatement* geen sprake van *improper interference* wanneer A naar aanleiding van deze mededeling besluit zijn contract met B te verbreken. C hoeft de waarheid niet te verzwijgen indien hiernaar gevraagd wordt.²⁴¹ Weigert C echter met het doel te bewerkstelligen dat A zijn contract met B verbreekt en maakt hij dat kenbaar aan A, waarop A zijn contract met B verbreekt, dan handelt C wel onoorbaar.²⁴²

Behalve de handelingsvrijheid, wordt in de literatuur betoogd dat ook de vrijheid van meningsuiting in het geding is. In de literatuur is de vraag gesteld of de aansprakelijkstelling van een derde die een contractspartij heeft overgehaald om zijn contract niet na te komen, en daarbij geen gebruik heeft gemaakt van dwang of bedrog, niet indruist tegen het fundamentele recht van *free speech*.²⁴³ De vrijheid van meningsuiting wordt in de Verenigde Staten gewaarborgd door de *First Amendment* bij de *US Constitution*. Wanneer wordt gesproken over *free speech*, dan wordt in eerste instantie gedacht aan politieke onderwerpen en niet aan het overhalen van iemand om wanprestatie te plegen, waarmee meestal geen politiek doel wordt nagestreefd.²⁴⁴ Ook in de commerciële context kan de vrijheid van meningsuiting echter een rol spelen. De Amerikaanse *Supreme Court* heeft al meerdere keren bevestigd dat de *commercial speech* wordt beschermd door de *First Amendment*.²⁴⁵ Hoewel dit recht de burger van oudsher beschermt tegen

²⁴¹ *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* 1.

²⁴² Zie echter D.B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2000, p. 1265. Dobbs meent dat het in de *Restatement* gemaakte onderscheid tussen het meteen meedelen van de reden voor weigering zaken te doen (wel onrechtmatig) en het meedelen van de reden als hier direct naar wordt gevraagd (niet onrechtmatig) moeilijk worden gerechtvaardigd en wijst ook op mogelijke bewijsproblemen.

²⁴³ Zie m.n. D.A. Anderson, 'Torts, Speech, and Contracts', 75 *Tex. L. Rev.* 1997, p. 1518 en G.D. Wexler, 'International Interference with Contract: Market Efficiency and Individual Liberty Considerations', 27 *Conn. L. Rev.* 1994, p. 322-325;

²⁴⁴ In de rechtspraak zijn overigens diverse voorbeelden te vinden waarin een vordering op basis van *tortious interference* werd ingesteld tegen personen of organisaties die geen commerciële motieven hadden, maar een contractuele relatie verstoorden met het doel een publiek belang te beschermen. In sommige van deze gevallen werd de *political free speech* doorslaggevend geacht om het gedrag van de gedaagde niet als *improper* te kwalificeren. Zie bijv. *Searle v. Johnston*, 646 P.2d 682 (Utah 1982), waarin gedaagden toeristen hadden opgeroepen tot een boycot van een toeristisch gebied om druk uit te oefenen op lokale bestuurders om de omstandigheden in de plaatselijke hondenkennel te verbeteren. Volgens de *Supreme Court* van Utah werd de oproep van de gedaagden in beginsel beschermd door de *First Amendment*. Deze bescherming is echter niet absoluut en wanneer de eiser zou kunnen aantonen dat gedaagden hem opzettelijk schade hadden toegebracht om hem te dwingen hetzelfde standpunt als zij in te nemen, dan zouden gedaagden zich niet langer kunnen beroepen op hun recht op *free speech*. Ook in *Rudoff v. Huntington Symphony Orchestra Inc.*, 397 N.Y.S.2d 863 (N.Y. Sup. 1977) werd een beroep gedaan op de *First Amendment*. Deze keer betrof het niet de vrijheid van meningsuiting, maar het petitierecht. Rudoff had de gemeente verzocht geen publiek geld te spenderen aan Huntington Symphony Orchestra, omdat die zich schuldig zou maken aan wanbestuur. Het toewijzen van een *tortious interference claim* aan Huntington werd door het gerecht in strijd geacht met het recht op petitie.

²⁴⁵ Zie *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 762 (1976); *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761, 767 (1993). De bescherming van com-

directe beperkingen van de uitingstvrijheid in regelgeving van de overheid, is in de rechtspraak erkend dat de aansprakelijkheid op grond van *tort* ook een inbreuk kan opleveren op de *freedom of speech*.²⁴⁶ Door sommige auteurs wordt daarom wel getwijfeld of de aansprakelijkheid wegens het aanzetten tot wanprestatie door het doen van een beter aanbod de toets van de *Supreme Court* kan doorstaan.²⁴⁷

Wanneer de verstoring van de contractuele relatie het gevolg is van het enkele feit dat de gedaagde op verzoek waarheidsgetrouwe informatie heeft verstrekt, dan is volgens § 772 van de *Restatement* geen sprake van *improper interference* en staat (*commercial*) *free speech* niet onder druk.²⁴⁸

Een voorbeeld waarin het geven van waarheidsgetrouwe informatie leidde tot de verstoring van een contractuele relatie is de uitspraak van de *Supreme Court* van Pennsylvania in *Walnut Street Associates, Inc. v. Brokerage Concepts, Inc.*²⁴⁹ Deze zaak betrof een verzekeraar, Walnut Street Associates (verder: WSA), die ziektekostenverzekeringen voor werknemers verstrekke aan werkgevers. Een van de klanten was Procacci, die in 1994, op aanraden van WSA, het bedrijf Brokerage Concepts, Inc. (verder: BCI) inschakelde voor de administratie ten behoeve van de verzekeringen. In 2005 verzocht Procacci BCI lagere kosten voor de diensten in rekening te brengen, maar BCI weigerde dit. Hierop zegde Procacci het contract met BCI op. BCI stuurde vervolgens een brief naar Procacci met het verzoek deze beslissing te heroverwegen. In de brief werd tevens melding gemaakt van het bedrag dat WSA ontving aan commissie voor de aan Procacci verkochte verzekeringen. Dat bedrag was aanzienlijk hoger dan Procacci had verwacht, en reden voor Procacci om de langdurige overeenkomst met WSA te beëindigen. WSA stapte vervolgens naar de rechter en vorderde schadevergoeding van BCI wegens het verstoren van WSA's contractuele relatie met Procacci. De *Supreme Court* van Pennsylvania overwoog echter dat het medelen van waarheidsge-

mercial free speech is wel minder vergaand dan die van *political free speech*, zie *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel*, 471 U.S. 626, 637 (1985).

²⁴⁶ Zie *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989). Zie voor meer verwijzingen naar rechtspraak David A. Anderson, 'Torts, Speech, and Contracts', 75 *Tex. L. Rev.* 1997, p. 1506 e.v.

²⁴⁷ D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 363; D.A. Anderson, 'Torts, Speech, and Contracts', 75 *Tex. L. Rev.* 1997, p. 1515-1530; R.L. Tucker, "'And the Truth Shall Make You Free": Truth as a First Amendment Defense in Tortious Interference with Contract Cases', 24 *Hastings Const. L.Q.* 1997, p. 739. Zie echter *Adler, Barish, Daniels, Levin & Creskoff v. Epstein*, 393 A.2d 1175 (Pa. 1978), waarin de *Pennsylvania Supreme Court* oordeelde dat het overhalen van iemand om wanprestatie te plegen is te beschouwen als *commercial speech*. In deze zaak genoten de gedaagden echter geen bescherming op grond van de *First Amendment* omdat de beperking van de vrijheid van *commercial speech* in het algemeen belang was.

²⁴⁸ De regel van § 772 wordt door vrijwel alle staten aanvaard. Zie o.a. *Allen v. Safeway Stores Inc.*, 699 P.2d 277, 280 (Wyo.1985); *C.R. Bard v. Wordtronics Corp.*, 561 A.2d 694, 697 (N.J.Super.L. 1989); *Aon Risk Services, Inc. v. Liebenstein*, 710 N.W.2d 175, 189 (Wis.App. 2005); *Grover v. Rouso*, 136 Wash.App. 1013, 1019 n. 12 (Wash.App. 2006), *review denied*, 169 P.3d 830 (Wash. 2007).

²⁴⁹ 20 A.3d 468 (Penn. 2011).

trouwe informatie – waarover in de onderhavige zaak geen twijfel bestond – niet kan leiden tot aansprakelijkheid wegens *tortious interference*.²⁵⁰

De vraag of de gedaagde alsnog aansprakelijk kan worden gesteld wanneer hij de waarheidsgetrouwe mededelingen heeft gedaan met het doel aan de eiser schade toe te brengen, lijkt ontkennend te moeten worden beantwoord.²⁵¹

Evenmin is sprake van *improper interference* wanneer de gedaagde te goeder trouw advies heeft uitgebracht, mits om het advies is verzocht en het advies valt binnen de reikwijdte van dat verzoek.²⁵² Dit betekent dat bijvoorbeeld advocaten of andere professionele adviseurs in de regel niet aansprakelijk kunnen worden gehouden wanneer zij adviezen geven die ertoe leiden dat een contractuele relatie wordt verstoord.²⁵³

8.2.4 Misbruik maken van economische positie

Ook het misbruik maken van een economische machtspositie door de gedaagde kan een relevante omstandigheid opleveren, zo blijkt uit de federale uitspraak *Hannigan v. Sears, Roebuck and Co.*²⁵⁴ op basis van het recht van de deelstaat Illinois.

Hannigan had met Fabricated een overeenkomst gesloten op grond waarvan Fabricated opbergkasten voor buitenruimten zou produceren. Het idee voor deze specifieke opbergkast was afkomstig van Hannigan en Hannigan had bedongen dat Fabricated de kasten exclusief voor hem zou produceren. Hannigan verkocht de kasten vervolgens via zijn tussenpersoon door aan Sears. Sears was tevens een grote klant van Fabricated (verantwoordelijk voor 60 procent van de omzet van Fabricated) en probeerde Fabricated ertoe over te halen om de kasten direct aan hem te verkopen, in plaats van via Hannigan, om zo de kosten van de tussenpersoon te vermijden. Fabricated weigerde aanvankelijk, maar toen Sears dreigde ook zijn andere producten elders te betrekken, stemden Fabricated en uiteindelijk ook Hannigan in met een aanpassing van hun contract, waardoor het mogelijk werd om rechtstreeks aan Sears te verkopen en per kast 10 procent commissie te betalen aan Hannigan. De winst voor Hannigan en diens tussenpersoon werd door deze wijziging in de overeenkomst aanzienlijk gereduceerd en zij besloten een gerechtelijke procedure te starten tegen Sears wegens *tortious interference with contractual relations*. Hoewel Sears niet had aangezet tot het plegen van wanprestatie, waren het feit dat hij de wijziging van het contract had bewerkstelligd

²⁵⁰ *Walnut Street Associates, Inc. v. Brokerage Concepts, Inc.*, 20 A.3d 468, 479 (Penn. 2011). Hiermee week de *Pennsylvania Supreme Court* overigens af van eerdere, lagere rechtspraak, zie bijv. *Collincini v. Honeywell, Inc.*, 601 A.2d 292, 296 (Pa.Super. 1991), waarin werd overwogen dat '(t)ruth (...) is not a defense to intentional interference with contractual relations'.

²⁵¹ Zie *Restatement* biedt hiervoor in elk geval geen basis. Zie ook *Recio v. Evers*, 771 N.W.2d 121, 136 (Neb. 2009).

²⁵² Zie bijv. *Macke Laundry Serv. Ltd. v. Jetz Serv. Co.*, 931 S.W.2d 166, 170, 181 (Mo.App. 1996).

²⁵³ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 772.

²⁵⁴ 410 F.2d 285 (C.A.7 1969). Zie ook W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 994.

door zijn economische machtspositie te misbruiken en het feit dat Hannigan hierdoor schade leed volgens het gerecht voldoende reden voor aansprakelijkheid.

8.2.5 Sluiten van een tegenstrijdige overeenkomst

De gedaagde moet een actieve en wezenlijke rol hebben gespeeld bij de verstoring van de contractuele relatie van de eiser.²⁵⁵ Een gedaagde kan niet aansprakelijk worden gesteld indien hij niet rechtstreeks betrokken was bij de schending van het contract, maar er slechts gebruik van heeft gemaakt.²⁵⁶ Volgens de *Restatement* is evenmin sprake van *improper interference* wanneer gedaagde een overeenkomst aangaat terwijl hij weet dat de ander hierdoor zijn eerder gesloten overeenkomst niet kan nakomen.²⁵⁷ Ook volgens de meerderheidsopvatting in de literatuur en rechtspraak is onvoldoende dat de gedaagde is ingegaan op een aanbod, dat in strijd is met een eerder gesloten contract van de aanbieder, terwijl hij op de hoogte was van het bestaan en de inhoud van dit contract.²⁵⁸

8.3 Motief

8.3.1 Onoorbaar motief

Wanneer de gedaagde een contractuele relatie heeft verstoord, maar hierbij geen onoorbare middelen heeft gebruikt, dan kan zijn gedrag alsnog als *improper* worden aangemerkt wanneer hij heeft gehandeld met een onoorbaar motief. Het motief van de gedaagde moet worden onderscheiden van het paragraaf 7.3 beschreven vereiste van *intent*. *Intent* houdt in dat de gedaagde het opzet heeft gehad de contractuele relatie te verstoren. Dat de gedaagde opzettelijk heeft gehandeld, zegt echter weinig over zijn motief om zo te handelen.²⁵⁹

²⁵⁵ Zie bijv. *LensCrafters, Inc. v. Kehoe*, 282 P.3d 758, 767 (N.M. 2012).

²⁵⁶ Zie *Arabesque Studios v. Academy of Fine Arts International, Inc.*, 529 S.W.2d 564 (Tex.App. 1975), waarin werd overwogen dat het feit dat de gedaagde ‘*merely reaped the advantages of a broken contract after the contracting party had withdrawn from the commitment on his own volition*’ niet voldoende werd geacht om zijn gedrag als onrechtmatig aan te merken.

²⁵⁷ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, Comment n: ‘*One does not induce another to commit a breach of contract with a third person [...] when he merely enters into an agreement with the other with knowledge that the other cannot perform both it and his contract with the third person.*’

²⁵⁸ Zie bijv. *Middleton v. Wallichs Music & Entertainment Co., Inc.*, 536 P.2d 1072 (Ariz. App. 1975). Zie voor meer verwijzingen naar rechtspraak, W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 989-990. Anders: D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 632, die onder verwijzing naar *Fowler v. Printers, II, Inc.*, 598 A.2d 794 (1991) stellen: ‘*If the defendant accepts the goods or services from the plaintiff’s promisor knowing that they were contracted to the plaintiff, he is subject to liability.*’

²⁵⁹ O.K. Ames III, ‘*Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort*’, 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 335.

Een voorbeeld van een onoorbaar motief is de bedoeling om nadeel toe te brengen aan de eiser, bijvoorbeeld uit wrok (*ill will* of *spite*).²⁶⁰ Indien *ill will* de enige of dominante reden is voor de verstoring van de contractuele relatie, dan kan dit voldoende reden zijn om de verstoring als *improper* aan te merken, ongeacht welke middelen zijn gehanteerd.²⁶¹ Wel dient vast te staan dat de gedaagde daadwerkelijk invloed heeft gehad op de beslissing om de overeenkomst niet na te komen of te beëindigen.²⁶² Ook wanneer het enige motief van de gedaagde bestaat uit het verlangen om de contractuele relatie te verstoren (*desire to interfere*), zal zijn motief als onoorbaar worden beschouwd.²⁶³ Welke motieven verder als onoorbaar worden aangemerkt is echter vooralsnog niet duidelijk.²⁶⁴ In de rechtspraak worden concurrentiemotieven wel als onoorbaar aangemerkt wanneer sprake is van *intentional interference with a valid and existing contract*. Het bieden van meer geld voor diensten of producten die reeds contractueel beloofd waren aan een ander, met het doel zelf economisch voordeel te behalen, wordt als *improper interference* aangemerkt.²⁶⁵ Daarentegen leveren concurrentiemotieven op grond van § 768 *Restatement (Second) of Torts* juist een rechtvaardigingsgrond op wanneer de verstoring geen contract, maar een vooruitzicht op een financieel voordeel of zakelijke relatie betreft.

Vaak heeft de gedaagde meerdere motieven gehad voor zijn handelen. Een gedaagde kan bijvoorbeeld hebben gehandeld met het motief om een ander schade toe te brengen, maar tevens met het doel om zijn eigen belangen te beschermen, wat niet als onoorbaar wordt aangemerkt.²⁶⁶ Welk motief heeft in dat geval voorrang? Deze vraag wordt in de rechtspraak en literatuur verschillend beantwoord. In New Mexico wordt in de context van *tortious interference with prospective economic advantage* de zogenaamde *sole motive rule* gehanteerd. Deze regel houdt in dat er slechts sprake is van een onoorbaar motief indien het enige motief van de gedaagde bestond uit de wens nadeel toe te brengen aan de eiser.²⁶⁷ Deze regel wordt echter niet toegepast in het geval van *tortious interference with contractual relations*.²⁶⁸ Volgens een andere methode, die door Prosser wordt verdedigd, moet in het geval dat de gedaagde meerdere motieven heeft

²⁶⁰ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* r. Zie ook boven, par. 8.3.1.

²⁶¹ D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 624. Zie ook *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* r en § 767, *Comment* d.
²⁶² *Kern v. Palmer College of Chiropractic*, 757 N.W.2d 651, 664 (Iowa 2008).

²⁶³ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* r en § 767, *Comment* d.

²⁶⁴ W.P. Keeton, Prosser and Keeton on the Law of Torts, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 984; D.B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2000, p. 1263; F.J. Cavico, 'Tortious Interference with Contract in the At-Will Employment Context', 79 *U. Det. Mercy L. Rev.* 2002, p. 531.

²⁶⁵ D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 624.

²⁶⁶ Zie bijv. *Fikes v. First*, 81 P.3d 545, 552 (N.M. 2003).

²⁶⁷ Zie bijv. *M & M Rental Tools, Inc. v. Milchem, Inc.*, 612 P.2d 241, 246 (N.M.App. 1980).

²⁶⁸ Zie *Fikes v. First*, 81 P.3d 545, 552 (N.M. 2003).

gehad voor zijn handelen, worden gekeken naar zijn primaire of dominante motief, en vervolgens of dat motief als *improper* kan worden gekwalificeerd.²⁶⁹

Een voorbeeld van een zaak waarin sprake was van meerdere motieven is *Alyeska Pipeline Service Co. v. Aurora Air Service, Inc.*²⁷⁰ Alyeska Pipeline Service Co. (verder: Alyeska) had een overeenkomst gesloten met het bedrijf RCA, waarin stond dat RCA langs de Trans-Alaska Pipeline een communicatiesysteem zou aanleggen, uitvoeren en onderhouden. RCA zou ter uitvoering van het contract onder meer werknemers en transport regelen. Voor het luchttransport sloot RCA een overeenkomst met Aurora Air Service, Inc. (verder: Aurora). In het contract was een bepaling opgenomen die het mogelijk maakte voor RCA om het contract eenzijdig te beëindigen. Een jaar nadat RCA en Aurora hun contract hadden gesloten, besloot Alyeska het luchttransport voortaan zelf uit te voeren. Het contract tussen Alyeska en RCA voorzag in die mogelijkheid. RCA beëindigde de overeenkomst met Aurora eenzijdig, waarop Aurora een rechtsvordering instelde tegen Alyeska wegens het verstoren van Aurora's contract met RCA. Alyeska voerde in de gerechtelijke procedure aan dat zij op grond van haar contract met RCA gerechtigd was om het transport voortaan zelf uit te voeren en dat er aan haar beslissing economische en veiligheidsmotieven ten grondslag hadden gelegen. Alyeska en Aurora hadden kort daarvoor een geschil gehad en Aurora meende dat Alyeska's gedrag primair werd gemotiveerd door *spite* (wrok). De *Alaska Supreme Court* oordeelde dat het dominante motief bepalend was voor de vraag of er sprake was van een *improper motive*. In casu werd aangenomen dat Alyeska had gehandeld met het primaire doel om Aurora te benadelen en zich daarmee schuldig had gemaakt aan *tortious interference with contractual relations*.²⁷¹

Dat het dominante motief niet in alle staten bepalend wordt geacht, blijkt uit de *mixed motives rule* die werd gehanteerd in de uitspraak *Los Angeles Airways, Inc. v. Davis*,²⁷² die betrekking had op vertegenwoordiging.²⁷³ Aangenomen werd dat een agent een *privilege to interfere* heeft, mits zijn gedrag minstens gedeeltelijk wordt gemotiveerd door de wens om op te komen voor de belangen van zijn principaal. Overheersend hoeft dit motief echter niet te zijn.²⁷⁴

²⁶⁹ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 984. Zie ook *Ferguson v. Williams & Hunt, Inc.*, 221 P.3d 205, 216 (Utah 2009).

²⁷⁰ 604 P.2d 1090 (Alaska 1979). Zie ook D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 348-350; W.J. Woodward, Jr., 'Contractarians, Community, and the Tort of Interference with Contract', 80 *Minn. L. Rev.* 1996, p. 1129-1131.

²⁷¹ Cruciaal in deze zaak was dat het gerecht de bewijslast toedeelde aan de gedaagde. Alyeska diende aan te tonen dat haar primaire motief niet bestond uit de wens om Aurora te benadelen, hetgeen een onmogelijke opgave bleek. Zie ook G. Myers, 'The Differing Treatment of Efficiency and Competition in Antitrust and Tortious Interference Law', 77 *Minn. L. Rev.* 1993, p. 1125.

²⁷² 687 F.2d 321, 324 (C.A.9 1982) (op grond van het recht van Californië).

²⁷³ Zie ook *Safeway Ins. Co., Inc. v. Guerrero*, 106 P.3d 1020 (Ariz. 2005).

²⁷⁴ Zie voor een kritische beschouwing van deze regel S.P. Clark, 'Main Line v. Basinger and the Mixed Motive Manager: Reexamining the Agent's Privilege to Induce Breach of Contract', 46 *Hastings L.J.* 1995, p. 624-629.

Indien de gedaagde de verstoring van de contractuele relatie niet heeft beoogd, maar deze slechts een (weliswaar voorzienbaar) bijkomend gevolg is van zijn handelen, dan zullen de overige omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de vraag of de er sprake is van *improper interference*.

Meer recentelijk zijn echter ook enkele uitspraken gewezen waarin een onoorbaar motief alleen onvoldoende grond werd geacht voor het aannemen van *improper interference*. Zo kan een gedaagde op grond van het recht van de deelstaat Virginia slechts aansprakelijk worden gesteld wegens het verstoren van een arbeidsovereenkomst *terminable at will* wanneer hij gebruik heeft gemaakt van onbehoorlijke middelen.²⁷⁵ Volgens de *Supreme Court* van Virginia vallen handelingen die uitsluitend zijn ingegeven door wraak of ressentiment buiten de reikwijdte van de *tort*.²⁷⁶ De *Supreme Court* van Nebraska overwoog in *Recio v. Evers* dat ‘(w)hile a malicious motive is a factor which may be considered in determining whether interference is unjustified, and may indeed weigh heavily toward such a finding, it is generally insufficient standing alone to establish that fact under § 767 of the Restatement.’²⁷⁷ Ook in deze uitspraak ging het om de verstoring van een arbeidsverhouding en was de claim gebaseerd op *tortious interference with a business relationship*.

8.3.2 Motief als rechtvaardiging

Het motief van de gedaagde kan ook een reden zijn om zijn gedrag *niet* als *improper* te kwalificeren, bijvoorbeeld wanneer de gedaagde niet uit eigenbelang heeft gehandeld, maar met het doel om de belangen van een ander te beschermen. Ook het nastreven van het algemeen belang, zoals het bestrijden van racisme of milieuverontreiniging, kan reden zijn om het gedrag van de gedaagde niet als *improper* te beschouwen.²⁷⁸ Datzelfde geldt voor concurrentiemotieven indien er sprake is van *tortious interference with contracts at will* of *prospective economic advantage*.²⁷⁹ Het motief van de gedaagde en de (on)behoorlijkheid ervan zijn dus veelal nauw verbonden met de belangen die hij nastreeft. Deze worden in paragraaf 8.5 besproken.

8.4 Verstoorde belangen

Ook de aard van het belang dat uit de verstoorde relatie voortvloeit, kan van invloed zijn op het oordeel of sprake is van *improper interference*. Zo wordt aan een belang dat voortvloeit uit een bestaande overeenkomst meer bescherming verleend dan aan een potentieel belang dat volgt uit een zakelijke relatie of een

²⁷⁵ Zie *Dunn, McCormack & MacPherson v. Connolly*, 708 S.E.2d 867, 870 (Va. 2011). Er is volgens de *Virginia Supreme Court* sprake van *improper interference* ‘if it is illegal, independently tortious, or violates an established standard of trade or profession’.

²⁷⁶ *Dunn, McCormack & MacPherson v. Connolly*, 708 S.E.2d 867, 871 (Va. 2011).

²⁷⁷ 771 N.W.2d 121, 136 (Neb. 2009).

²⁷⁸ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comments b* en *f*. Zie ook *State of Mo. v. National Organization for Women, Inc.*, 620 F.2d 1301, 1317 (C.A.8 1980) (op basis van het recht van Missouri).

²⁷⁹ *Restatement (Second) of Torts*, § 768.

contract terminable at will.²⁸⁰ Indien er sprake is van een verstoring van een vooruitzicht op een contract of een *contract terminable at will*, wordt deze verstoring doorgaans niet als *improper* beschouwd wanneer de gedaagde (mede) heeft gehandeld vanuit concurrentieoverwegingen en geen gebruik heeft gemaakt van onrechtmatige middelen.²⁸¹ Echter, wanneer het belang van de eiser al belichaamd is in een afdwingbare overeenkomst, gaat deze regel volgens de *Restatement* niet op.²⁸²

Sommige belangen zijn in het geheel niet beschermenswaardig. Wanneer het belang van de eiser voortvloeit uit een contract dat in strijd is met de openbare orde of de wet, dan zal het verstoren van dat contract volgens de *Restatement* niet als *improper* worden gezien.²⁸³ Deze passage doet overigens wat vreemd aan in het licht van hetgeen besproken is in paragraaf 5.2.1 over nietige contracten. Een contract dat in strijd is met de openbare orde, zal doorgaans nietig zijn en daarmee buiten de reikwijdte van de *tort of interference with contractual relations* vallen.²⁸⁴

In de literatuur is geopperd dat de omstandigheid dat het verstoorde contract betrekking heeft op de levering van een uniek goed, zoals een onroerende zaak, of de verstrekking van een unieke dienst, zoals de diensten van de operazangeres uit *Lumley v. Gye*,²⁸⁵ reden is om eerder aansprakelijkheid aan te nemen. Omdat er geen substituuut op de markt aanwezig is, zal de benadeelde contractspartij niet volledig gecompenseerd kunnen worden. Volgens Dobbs is het verdedigbaar dat de frustratie van overeenkomsten die betrekking hebben op een uniek goed als misbruik van economische macht wordt gekwalificeerd.²⁸⁶

8.5 Belangen die door gedaagde zijn nagestreefd

De belangen die de gedaagde kan nastreven, kunnen worden onderscheiden in de volgende categorieën: (1) eigenbelang; (2) belang van een ander en (3) publieke belangen.²⁸⁷ Bij deze categorisering dient te worden opgemerkt dat er soms sprake is van overlap, bijvoorbeeld wanneer het nastreven van een particulier belang tevens een publiek belang bevordert.

²⁸⁰ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment e*.

²⁸¹ Zie W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1012. Zie ook o.a. *Ahern v. Boeing Co.*, 701 F.2d 142 (C.A.11 1983) (op grond van het recht van Florida); *Warde v. Kaiser*, 887 F.2d 97, 102 (C.A.6 1989) (op basis van het recht van Tennessee); *Gott v. First Midwest Bank of Dexter*, 963 S.W.2d 432, 438 (Mo.App. 1998); *Lamorte Burns & co., Inc. v. Walters*, 770 A.2d 1158 (N.J. 2001); *General Motors Corp. v. State Motor Vehicle Review Bd.*, 862 N.E.2d 209, 220 (Ill. 2009).

²⁸² *Restatement (Second) of Torts*, § 768. Zie ook W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1012.

²⁸³ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767 *Comment e*.

²⁸⁴ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 774 *Comment b*.
[1853] 2 El & Bl 216.

²⁸⁶ D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 375-376.

²⁸⁷ Zie o.a. *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment f* en § 770-773.

Stel dat een werknemer in het belang van het bedrijf waar hij werkzaam is aan zijn leidinggevende meldt dat zijn collega aan verschillende leveranciers zijn gunsten heeft aangeboden in ruil voor steekpenningen, waarop deze collega wordt ontslagen. Hoewel de werknemer het private belang van de onderneming heeft willen beschermen, vertoont dit belang een nauwe verbondenheid met het publieke belang bij het uitbannen van corruptie uit de maatschappij. In dergelijke gevallen wordt in de literatuur wel gesproken over ‘quasipublieke belangen’.²⁸⁸

8.5.1 Eigenbelang

In de meeste *tortious interference*-zaken zal de gedaagde hebben gehandeld met het doel om er zelf financieel of anderszins op vooruit te gaan. Het nastreven van eigenbelang is zonder bijkomende omstandigheden onvoldoende reden om de verstoring van de contractuele relatie onbehoorlijk te achten. Anderzijds kan de gedaagde ook niet aan aansprakelijkheid ontsnappen door zich te beroepen op het feit dat hij heeft gehandeld uit eigenbelang.²⁸⁹

De situatie is anders wanneer de gedaagde andermans contract heeft verstoord om zijn eigen, bestaande belangen te beschermen. De verstoring van de contractuele relatie wordt dan niet ingegeven door de wens er financieel op vooruit te gaan, maar door de angst om erop achteruit te gaan. De gedaagde heeft volgens de rechtspraak in dat geval een geldig verweer, mits hij meende dat zijn belang gevaar liep wanneer de overeenkomst werd nagekomen.²⁹⁰ Als voorwaarden worden gesteld dat de gedaagde daadwerkelijk een juridisch beschermd belang heeft,²⁹¹ te goeder trouw heeft gehandeld, en dat hij gebruik heeft gemaakt van gerechtvaardigde middelen.²⁹² Zo zal het dreigen met een rechtszaak om het belang in rechte af te dwingen wel, maar dreigen met fysiek geweld niet zijn toegestaan.²⁹³

²⁸⁸ Zie O.K. Ames III, ‘Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort’, 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 366 e.v.

²⁸⁹ Zie bijv. *Brown v. Hanson*, 798 N.W.2d 422, 430 (S.D. 2011).

²⁹⁰ Zie o.a. *Murray v. Wells Fargo Home Mortg.*, 953 A.2d 308, 326 (D.C. 2008); *Barkan v. Dunkin’ Donuts, Inc.*, 520 F.Supp.2d 333, 341 (D.C.R.I. 2007) (op basis van het recht van Rhode Island); *Schmerer v. Darcy*, 910 P.2d 498, 499, 502 (Wash.App. 1996); *Four Nines Gold, Inc. v. 71 Const., Inc.*, 809 P.2d 236, 238 (Wyo. 1991); *U.S. Smelting, Refining and Min. Co. v. Wigger*, 684 P.2d 850, 860 (Alaska 1984). Zie ook § 773 van de *Restatement (Second) of Torts*.

²⁹¹ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 773, *Comment a*. Zie ook *Matter of L.B. Trucking, Inc.*, 163 B.R. 709, 725 (Bkrtcy.D.Del. 1994) (op grond van het recht van Delaware). Zie echter *Briesemeister v. Lehner*, 720 N.W.2d 531, 543 (Wis.App. 2006), waarin de gedaagde abusievelijk had aangenomen dat hij een contractueel recht had en had gedreigd dit te handhaven. Volgens het gerecht was er geen sprake van *tortious interference* omdat de gedaagde over deze kwestie meerdere juristen had geraadpleegd, die hem hadden bevestigd dat hij een juridisch beschermd belang had. Zie ook *Voorhees v. Guyan Machinery Co.*, 446 S.E.2d 672 (W.Va. 1994), waarin de hoogste rechter van West Virginia het met de jury eens was dat het dreigen een niet-afdwingbaar concurrentiebeding in rechte af te dwingen, bijdraagt aan het oordeel dat er sprake is van *tortious interference*.

²⁹² Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 773, *Comment a*.

²⁹³ *Restatement (Second) of Torts*, § 773, *Comment a*, illustratie 2.

Stel dat A een stuk grond van B koopt. Wanneer C hoort van de koopovereenkomst, deelt hij A mee dat de grond is belast met een recht van overpad, dat aan hem toebehoort. C zegt een juridische procedure te starten tegen A, mocht A zijn recht op overpad niet respecteren. A besluit vervolgens niet meer mee te werken aan de overdracht van het perceel. Hierop dient B jegens C een vordering in wegens *tortious interference with contractual relations*.²⁹⁴ De vordering van B heeft weinig kans van slagen omdat C heeft gehandeld met het doel zijn recht op overpad te beschermen en daarbij geen onoorbare middelen heeft gebruikt.

Onder bepaalde omstandigheden kan het nastreven van legitieme bedrijfsbelangen ook voor ondernemingen een geldig verweer opleveren, zo blijkt onder meer uit de uitspraak *Mason v. Wal-Mart Stores, Inc.*²⁹⁵ van de *Arkansas Supreme Court*.

In deze zaak had de CEO van Wal-Mart een nieuwe beleidslijn uitgestippeld. Voortaan zou Wal-Mart direct van de leverancier kopen, en niet langer van onafhankelijke handelsagenten. Een van de agenten die door dit nieuwe beleid werk en inkomsten misliep, was John Mason, die *at will* werkte voor drie leveranciers van Wal-Mart, die een voor een de arbeidsrelatie met hem beëindigden. Mason stelde een vordering in tegen Wal-Mart, omdat Wal-Mart volgens hem op onrechtmatige wijze zijn contracten met de leveranciers had verstoord. Hij voerde aan dat aan het criterium van *improper interference* was voldaan, omdat Wal-Mart misbruik had gemaakt van zijn economische machtspositie en dat zijn handelen was ingegeven door inhaligheid. De *Supreme Court* van Arkansas oordeelde dat de vermeende hebzucht van Wal-Mart ook kon worden gezien als een winststreven en dat er onvoldoende bewijs was dat Wal-Mart zich onoorbaar had gedragen.²⁹⁶ Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat het gerecht het najagen van bedrijfsdoelstellingen in beginsel niet als illegitiem beschouwt.²⁹⁷

In de literatuur is wel betoogd dat, wanneer de verstoring van het contract heeft plaatsgevonden in de ondernemingscontext, de *business judgment rule* een rol moet spelen bij de beantwoording van de vraag of de gedaagde legitieme bedrijfsbelangen heeft nagestreefd. Het uitgangspunt van deze regel is dat de rechter een zakelijke beleidsafweging slechts aan de hand van een beperkt aantal criteria²⁹⁸ kan beoordelen.²⁹⁹ De ratio van deze regel is dat een *officer* beter in staat

²⁹⁴ Voorbeeld ontleend aan *Restatement (Second) of Torts*, § 773, *Comment a*, illustratie 1.

²⁹⁵ 969 S.W.2d 160 (Ark. 1998).

²⁹⁶ *Mason v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 969 S.W.2d 160, 166 (Ark. 1998).

²⁹⁷ H. Fawcett Jones, 'Finding Clarity Amidst Chaos: Applying the Principles of the Business Judgment Rule to *Mason v. Wal-Mart Stores, Inc.* and Similar Tortious Interference Cases in Arkansas', 52 *Ark. L. Rev.* 1999, p. 894.

²⁹⁸ De rechter kan alleen toetsen of de *duty of loyalty* (beslissing moet zijn genomen in het belang van de onderneming), *duty of care* (bestuur mag zijn beslissing niet onaanvaardbaar ongeïnformeerd maken) en de *duty of good faith* (beslissing moet te goeder trouw zijn genomen) in acht zijn genomen.

²⁹⁹ Zie, ook over het onderscheid tussen de *business judgment rule* en de marginale redelijkheidstoets in het Nederlandse vennootschapsrecht, B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (dissertatie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 233 e.v.

wordt geacht dan de rechter om te bepalen wat het beste is voor de onderneming.³⁰⁰ De toepassing van de *business judgment rule* in een *tortious interference*-zaak betekent dat een *officer* een contractuele relatie van een ander mag verstoren, mits deze verstoring kan worden beschouwd als het gevolg van een zakelijke beleidsafweging in het belang van de onderneming. Een belangrijk nadeel hiervan zou kunnen zijn dat *officers* op deze manier ongehinderd contractuele relaties van anderen kunnen verstoren, mits zij aannemelijk maken dat de belangen van hun onderneming erbij gebaat zijn.³⁰¹ Anderzijds kunnen efficiëntie en rechtszekerheid worden genoemd als voordelen van de toepassing van deze, relatief concrete, beginselen.³⁰² De discussie vindt echter vooral in de literatuur plaats; in de *tortious interference*-rechtspraak is de *business judgment rule* tot op heden nauwelijks terug te vinden.³⁰³

8.5.2 Belang van een ander

Het kan ook voorkomen dat de gedaagde niet uit eigenbelang heeft gehandeld, maar het belang van een ander heeft nagestreefd of geprobeerd te beschermen.³⁰⁴ Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin een financieel adviseur zijn cliënt het advies geeft zijn contract met zijn wederpartij te verbreken, omdat dit voor hem financieel aantrekkelijker zou zijn dan nakoming. Of aan de situatie waarin een werknemer, die ontdekt dat zijn collega vaak dronken is wanneer hij tijdens werktijd klanten bezoekt, met het oog op het bedrijfsbelang zijn leidinggevende waarschuwt en hem aanspoort de collega te ontslaan.³⁰⁵

Het feit dat de gedaagde de contractuele relatie heeft verstoord met het doel de belangen van een ander te dienen, kan volgens de *Restatement* reden zijn om de verstoring niet als onoorbaar te kwalificeren. Zo wordt het te goeder trouw geven van een advies om een contractuele relatie te beëindigen niet als *improper* beschouwd, op voorwaarde dat om het advies is gevraagd en het advies binnen de reikwijdte van het verzoek valt.³⁰⁶ Wanneer ongevraagd advies wordt gegeven of het advies buiten de reikwijdte van het verzoek valt, dan kan § 770 van de *Restatement* uitkomst bieden. Deze bepaling heeft betrekking op situaties waarin de gedaagde de verantwoordelijkheid draagt voor het welzijn (fy-

³⁰⁰ M.A. Hood, 'When Two Worlds Collide: Problems Surrounding the Business Judgment Rule as a Privilege in Tortious Interference with Contractual Relations Actions in Illinois', 31 S. Ill. U. L.J. 2007, p. 675.

³⁰¹ M.A. Hood, 'When Two Worlds Collide: Problems Surrounding the Business Judgment Rule as a Privilege in Tortious Interference with Contractual Relations Actions in Illinois', 31 S. Ill. U. L.J. 2007, p. 683.

³⁰² H.F. Jones, 'Finding Clarity Amidst Chaos: Applying the Principles of the Business Judgment Rule to *Mason v. Wal-Mart Stores, Inc.* and Similar Tortious Interference Cases in Arkansas', 52 Ark. L. Rev. 1999, p. 915.

³⁰³ Een uitzondering is te vinden in *Langer v. Becker*, 531 N.E.2d 830, 835 (Ill.App. 1998).

³⁰⁴ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 985.

³⁰⁵ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 770, Comment b, illustratie 3. Zie ook *Tarleton State University v. Rosiere*, 867 S.W.2d 948, 952-953 (Tex.App. 1993) en *Kutcher v. Zimmerman*, 957 P.2d 1076 (Hawaii App. 1998).

³⁰⁶ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 772.

siek, economisch of moreel) van een ander. Wanneer deze gedaagde, met het oogmerk het welzijn van die ander te bevorderen, diens contractuele relatie verstoort, dan wordt deze verstoring niet *improper* geacht, mits de gedaagde geen gebruik heeft gemaakt van onoorbare middelen. De gedaagde moet zich niet slechts verantwoordelijk *voelen*: het betreft hier de verantwoordelijkheid voor een ander die als normaal geldt in het maatschappelijk verkeer. Hierbij kan volgens de *Restatement*³⁰⁷ worden gedacht aan de verantwoordelijkheid van ouders voor hun kinderen, van docenten voor hun leerlingen,³⁰⁸ van advocaten voor hun cliënten,³⁰⁹ van werkgevers voor hun werknemers,³¹⁰ van een agent voor zijn principaal³¹¹ en van een bestuurder voor zijn onderneming.³¹²

8.5.3 Algemeen belang

Behalve particuliere belangen kan de gedaagde ook een publiek belang hebben nagestreefd.³¹³ De gedaagde kan bijvoorbeeld hebben gehandeld met het doel om milieuvervuiling of rassendiscriminatie tegen te gaan.³¹⁴ Ook het bestrijden van oneerlijke concurrentiepraktijken, zoals dumping, wordt wel beschouwd als het bevorderen van het algemeen belang.³¹⁵

In paragraaf 8.2.3 werd al aangestipt dat, wanneer de gedaagde een publiek belang heeft nagestreefd, een rol kan zijn weggelegd voor de vrijheid van meningsuiting, zoals gewaarborgd in de *First Amendment* bij de *US Constitution*. Dat de gedaagde door middel van het verstoren van een contractuele relatie het algemeen belang heeft proberen te beschermen, wil echter niet zeggen dat zijn handelen per definitie geoorloofd is. Hiervoor is van belang of de gedaagde daadwerkelijk geloofde dat hij met het verstoren van de contractuele relatie het algemeen belang diende en of hij dat ook redelijkerwijs mocht aannemen, of hij te goeder trouw was en of hij geen onoorbare middelen heeft gebruikt. Tevens is van belang welke contractuele relatie de gedaagde heeft verstoord: die van degene die zijns inziens het algemeen belang ondermijnt of die van een ander.

³⁰⁷ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 770, *Comment a*.

³⁰⁸ Zie bijv. *Gott v. Berea College*, 161 S.W. 204 (Ky.App. 1913).

³⁰⁹ Zie bijv. *Brown Mackie College v. Graham*, 768 F.Supp. 1457 (D.C.Kan. 1991) (op basis van het recht van Kansas).

³¹⁰ Zie bijv. *Gasbarro v. Lever Bros. Co.*, 490 F.2d 424, 426 (C.A.7 1973) (op basis van het recht van Illinois).

³¹¹ Zie bijv. *Los Angeles Airways, Inc. v. Davis*, 687 F.2d 321, 325 (C.A.9 1982).

³¹² Zie bijv. *International Ass'n of Heat and Frost Insulators and Asbestos Workers Local Union 42 v. Absolute Environmental Services Inc.*, 814 F.Supp. 392 (D.C.Del. 1993) (op basis van het recht van Delaware); *Grand Ventures, Inc. v. Paoli's Restaurant, Inc.*, 1996 WL 30022 (Del.Super. 1996). In par. 4 kwam echter naar voren dat in veel van de gevallen kan worden betoogd dat er niet voldaan is aan het 'derdepartijvereiste', omdat de *officer* en de vennootschap (of agent en principaal) met elkaar kunnen worden vereenzelvigd.

³¹³ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 985.

³¹⁴ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment f*.

³¹⁵ Zie *Cheminor Drugs, Ltd. v. Ethyl Corp.*, 168 F.3d 119 (C.A.3 1999) (op grond van het recht van New Jersey).

Een gedaagde kan bijvoorbeeld via het bewerkstelligen van een consumenten-boycot proberen de boosdoener tot ander gedrag te bewegen. Hiervan was sprake in *Environmental Planning and Information Council v. Superior Court*,³¹⁶ waarin een milieuorganisatie consumenten had opgeroepen de producten van adverteerders van een bepaalde krant te boycotten, met het doel dat deze krant zijn onjuiste berichtgeving over milieuzaken zou aanpassen. De *Californian Supreme Court* oordeelde in deze zaak dat het handelen van de gedaagde viel onder de vrijheid van meningsuiting en de organisatie daarom niet aansprakelijk kon worden gesteld.³¹⁷

8.6 Maatschappelijke belangen

8.6.1 Concurrentievrijheid

Een van de voornaamste bezwaren die in de Amerikaanse literatuur worden genoemd tegen de *tort of tortious interference* is dat de handelingsvrijheid, en in het bijzonder de vrijheid om te concurreren, onder druk komt te staan wanneer het overhalen van iemand om contractbreuk te plegen of geen overeenkomst aan te gaan als onrechtmatig wordt aangemerkt.³¹⁸ Aansprakelijkheid in *tort* zou tot overmatige afschrikking kunnen leiden en daarmee een verkillend effect kunnen hebben op de concurrentie. Ook in de *Restatement* wordt erkend dat het maatschappelijke belang bij concurrentie kan worden benadeeld door de toekenning van *tortious interference-claims*. Volgens de opstellers is de concurrentievrijheid echter vooral in het geding indien het verboden wordt om potentiële klanten van de concurrent op enigerlei wijze over te halen om geen zaken met hem te doen.³¹⁹ Concurrentiemotieven spelen daarom bij de *tort of interference with prospective economic advantage* een belangrijke rol bij de beoordeling of de verstoring *improper* is.³²⁰ Volgens de *Restatement* is er in dat geval geen sprake van *improper interference* mits er sprake is van een concurrentieverhouding tussen de eiser en de gedaagde, er geen onoorbare middelen zijn gebruikt, de concurrentie niet op onrechtmatige wijze wordt beperkt en de gedaagde heeft beoogd zijn concurrentiebelangen te bevorderen.³²¹ Wanneer al wel sprake is van een contractuele relatie, dan is het feit dat gedaagde en eiser concurrenten van

³¹⁶ 680 P.2d 1086 (Cal. 1984).

³¹⁷ *Environmental Planning and Information Council v. Superior Court*, 680 P.2d 1086, 1092 (Cal. 1984).

³¹⁸ Zie G.D. Wexler, 'International Interference with Contract: Market Efficiency and Individual Liberty Considerations', 27 *Conn. L. Rev.* 1994, p. 279-328. In 1969 sprak Professor Carl Auerbach tijdens een vergadering van de *American Law Institute* de fameuze woorden: '[F]oreign lawyers reading the Restatement as an original matter would find it astounding that the whole competitive order of American industry is prima facie illegal.' (Geciteerd in H.S. Perlman, 'Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine', 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, p. 79)

³¹⁹ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment g*.

³²⁰ *Restatement (Second) of Torts*, § 768.

³²¹ *Restatement (Second) of Torts*, § 768, *Comment b*. Zie ook *Overstock.com, Inc. v. SmartBargains, Inc.*, 192 P.3d 858, 865 (Utah 2008).

elkaar zijn van ondergeschikte betekenis en weegt het belang van contractuele stabiliteit zwaarder.³²²

Hoewel in de literatuur vooral de concurrentiebeperkende gevolgen centraal staan, kan het toewijzen van vorderingen op basis van *tortious interference* ook een positief effect hebben op de vrije concurrentie. Verticale beperkingen, zoals selectieve distributieovereenkomsten en verticale prijsbinding, die op grond van de Amerikaanse kartelwetgeving moeilijk kunnen worden aangepakt, kunnen onder omstandigheden ook worden bestreden door het instellen van een vordering op basis van *tortious interference with contractual relations* of *tortious interference with prospective economic advantage*.³²³

Stel dat een fabrikant zijn overeenkomst met een detaillist beëindigt omdat deze zich niet wenst te houden aan de door de fabrikant opgelegde minimumprijzen. De detaillist zou kunnen betogen dat de fabrikant de contractuele relaties tussen de detaillist en zijn klanten verstoort, omdat hij niet meer in staat is producten te leveren. Een vordering op basis van *tortious interference* is eveneens denkbaar indien de concurrenten van de detaillist, die wel de minimumprijzen hanteren, bij de fabrikant gaan klagen dat de detaillist zijn producten beneden de vastgestelde prijs verkoopt. Zou de fabrikant vervolgens zijn contract met de detaillist beëindigen, dan zou de detaillist een vordering kunnen indienen tegen zijn concurrenten wegens het verstoren van de overeenkomst tussen hem en de fabrikant.³²⁴ Volgens McChesney hebben verticale prijsbindingsovereenkomsten echter maar zelden een beperking van de concurrentie tot gevolg. Voor zover verticale overeenkomsten vanuit economisch oogpunt gewenst zijn, kunnen de belangen die hieruit voortvloeien via *tortious interference*-claims juist beschermd worden tegen schendingen door derden.³²⁵

Om te bepalen of sprake is van *tortious interference* heeft de rechter ruimte om alle feiten en omstandigheden in ogenschouw te nemen en kan dus ook niet-economische factoren meenemen, zoals de schending van ethische normen.³²⁶ Is echter vast komen te staan dat de gedaagde kartelregels heeft geschonden, dan betekent dit automatisch dat het gedrag van de gedaagde kan worden gekwalificeerd als onoorbaar.³²⁷

De aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contract* wordt in de Amerikaanse rechtspraak en literatuur dus enerzijds beschouwd als een beperking van de concurrentievrijheid, en anderzijds als een middel om concur-

³²² G. Myers, 'The Differing Treatment of Efficiency and Competition in Antitrust and Tortious Interference Law', 77 *Minn. L. Rev.* 1993, p. 1100.

³²³ M. Lao, 'Tortious Interference and the Federal Antitrust Law of Vertical Restraints', 83 *Iowa L. Rev.* 1997, p. 61; F. McChesney, 'Tortious Interference with Contract Versus "Efficient Breach": Theory and Empirical Evidence', 28 *J. Legal Stud.* 1999, p. 179.

³²⁴ Voorbeelden ontleend aan M. Lao, 'Tortious Interference and the Federal Antitrust Law of Vertical Restraints', 83 *Iowa L. Rev.* 1997, p. 61.

³²⁵ F. McChesney, 'Tortious Interference with Contract Versus "Efficient Breach": Theory and Empirical Evidence', 28 *J. Legal Stud.* 1999, p. 179.

³²⁶ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment c*. Zie ook M. Lao, 'Tortious Interference and the Federal Antitrust Law of Vertical Restraints', 83 *Iowa L. Rev.* 1997, p. 61.

³²⁷ *Restatement (Second) of Torts*, § 768, *Comment f*.

rentiebeperkende activiteiten die niet worden verboden op grond van kartelwetgeving, alsnog te sanctioneren. Daarnaast kunnen verticale overeenkomsten, die geen negatief of zelfs een positief effect hebben op de concurrentie, via deze *tort* ook worden beschermd tegen derden.

8.6.2 Betrouwbaarheid en stabiliteit van contracten

De *Restatement* erkent dat de maatschappij belang heeft bij het beschermen van contractuele belangen.³²⁸ Op dit belang werd reeds ingegaan in paragraaf 3.3. In de moderne rechtspraak wordt deze factor echter zelden (expliciet) meegewogen.³²⁹

8.7 *Mate van rechtstreeksheid*

Volgens de *Restatement* vormt de mate waarin de verstoring van het contract het rechtstreekse gevolg is van het handelen van de gedaagde, een factor die moet worden meegewogen in het oordeel of de verstoring als onoorbaar moet worden beschouwd. Deze factor wordt aangeduid met de termen *proximity* (nabijheid) en *remoteness* (ver verwijderd verband). Logischerwijs zal het rechtstreeks verstoren van een contractuele relatie eerder als onoorbaar worden beschouwd dan wanneer de verstoring van het contract een indirect gevolg is van het gedrag van de gedaagde.³³⁰

Een middellijke verstoring kan op grond van de *Restatement* tot aansprakelijkheid leiden, maar dan zal de gedaagde wel gehandeld moeten hebben met het doel om de contractuele relatie van de eiser te verstoren.³³¹ Ook in de rechtspraak is deze opvatting terug te vinden.

In de zaak *DurretteBradshaw, P.C. v. MRC Consulting, L.C.*³³² had Southstar een overeenkomst gesloten met het bedrijf SEI voor de verkoop en levering van computeronderdelen. Voordat Southstar de onderdelen aan SEI kon leveren, ontstond schade aan de voorraden. Het bedrijf diende een claim in bij zijn verzekeraar, maar deze weigerde uit te keren. Hierop vroeg Southstar hulp aan MRC, fabrikant van computeronderdelen. MRC en Southstar kwamen overeen dat MRC de computeronderdelen zou produceren overeenkomstig de wensen van SEI en dat Southstar deze zou afnemen. Ondertussen begon de verzekeraar van Southstar een gerechtelijke procedure om een verklaring voor recht te verkrijgen dat hij niet verplicht was om het schadebedrag uit te keren. De verzekeraar werd bijgestaan door het advocatenkantoor DurretteBradshaw. Een van de advocaten verstreekte vertrouwelijke informatie over de bedrijfsvoering van Southstar aan SEI, onder meer over hoge winstmarges. De advocaat had deze informatie verkregen tijdens

³²⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, factor (e).

³²⁹ In enkele uitspraken, zoals in de Californische beslissing *Imperial Ice Co. v. Rossier*, 112 P.2d 631, 632 (Ca. 1941), wordt erkend dat contractuele stabiliteit 'social value' heeft, maar het is onduidelijk of hiermee het abstracte maatschappelijke belang wordt bedoeld dat Danforth voor ogen heeft of een bundeling van individuele belangen.

³³⁰ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment* h.

³³¹ *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* h.

³³² 670 S.E.2d 704 (Va. 2009).

het onderzoek naar de verzekeringsclaim van Southstar. Naar aanleiding van deze informatie beëindigde SEI het contract met Southstar. Omdat de computeronderdelen nu niet meer geleverd hoefden te worden, annuleerde Southstar zijn contract met MRC. MRC begon hierop een rechterlijke procedure tegen Durette-Bradshaw wegens het verstoren van zijn contractuele relatie met Southstar. De *Supreme Court* van Virginia overwoog, in lijn met de *Restatement*, dat Durette-Bradshaw pas aansprakelijk kon worden gesteld wegens *tortious interference with contract* wanneer MRC zou kunnen aantonen dat het advocatenkantoor de contractuele relatie tussen SEI en Southstar had verstoord met het doel het contract tussen MRC en Southstar te frustreren. Dat DuretteBradshaw op de hoogte was van de overeenkomst tussen MRC en Southstar was volgens het gerecht onvoldoende reden voor aansprakelijkheid.³³³

In de rechtspraak wordt deze factor overigens zelden zelfstandig geanalyseerd, vermoedelijk omdat het aspect van *proximity/remoteness* gewoonlijk wordt behandeld in het kader van de causaliteit.³³⁴

8.8 Relatie tussen de partijen

De onderlinge relaties tussen de betrokken partijen vormen veelal een belangrijke factor bij het bepalen of de verstoring van de contractuele relatie onoorbaar is.³³⁵ Het gaat daarbij zowel om de relatie tussen de gedaagde en de wanprestant als om de relatie tussen de eiser en de gedaagde als om de relatie tussen eiser en wanprestant. Uit paragraaf 4 blijkt dat de gedaagde en de wanprestant onder omstandigheden met elkaar kunnen worden vereenzelvigd, zodat er wegens het ontbreken van een ‘derde’ geen sprake kan zijn van *tortious interference with contractual relations*. In de rechtspraak wordt de relatie tussen deze partijen echter ook wel van belang geacht voor de vraag of er sprake is van een *privilege to interfere*³³⁶ of om te bepalen of de verstoring van het contract wel of niet als *improper* moet worden beschouwd.³³⁷ Indien er een vertrouwensrelatie bestaat tussen de gedaagde en de wanprestant, zoals tussen een professioneel adviseur en diens cliënt, zal er minder snel sprake zijn van *improper interference* dan wanneer deze relatie ontbreekt.³³⁸ Datzelfde geldt wanneer de gedaagde de verantwoordelijkheid draagt voor het welzijn van de wanprestant.³³⁹

Stel dat financieel consultant C, nadat zijn cliënt A hem hierom heeft gevraagd, te goeder trouw het advies uitbrengt dat het voor A financieel gunstiger is wanneer hij zijn contract met B verbreekt dan wanneer hij het contract nakomt. Mits het

³³³ *DuretteBradshaw, P.C. v. MRC Consulting, L.C.*, 670 S.E.2d 704, 707 (Va. 2009).

³³⁴ O.K. Ames III, ‘Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort’, 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 375.

³³⁵ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment j*.

³³⁶ Zie met verwijzingen naar rechtspraak, O.K. Ames III, ‘Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort’, 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 375-379.

³³⁷ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment j*.

³³⁸ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment j* en § 772.

³³⁹ Zie § 770 en boven, par. 8.5.2.

binnen de reikwijdte van het verzoek van A valt, zal dit advies niet kunnen worden gekwalificeerd als *improper interference*. Dit oordeel zal doorgaans anders luiden wanneer C en A geen enkele band met elkaar hebben en C aan A ongevraagd het advies geeft om zijn contract met B te verbreken.³⁴⁰

Ook de relatie tussen de eiser en de gedaagde kan een rol spelen. Zoals eerder is besproken, is voor het oordeel of *interference with prospective economic advantage* als onoorbaar moet worden aangemerkt van belang of tussen partijen een concurrentieverhouding bestaat.³⁴¹ Tot slot kan ook de relatie tussen de eiser en de wanprestant – of de afgehaakte potentiële contractspartij – van invloed zijn op het oordeel of sprake is van een onoorbare verstoring. Indien sprake is van een *contract terminable at will* of alleen van het vooruitzicht op de sluiting van een contract, dan zal de verstoring van deze relatie minder snel als *improper* worden aangemerkt dan wanneer de relatie tussen deze partijen wordt belichaamd door een contract.³⁴²

8.9 Weging van de factoren

Zoals in paragraaf 8.1 werd opgemerkt, is er vanuit de literatuur kritiek geuit op de multifactorbenadering uit de *Restatement* ten aanzien van het vereiste van *improper interference*. Een van de bezwaren betreft de onduidelijkheid ten aanzien van het gewicht dat aan de factoren moet worden toegekend.³⁴³ Hoewel in sommige situaties de rechtspraak³⁴⁴ en ook de *Restatement* enige aanknopingspunten bieden voor de weging van de factoren,³⁴⁵ erkennen de opstellers dat de uiteindelijke beslissing afhangt van de omstandigheden van het concrete geval.³⁴⁶ De multifactortoets vormt geen *hard and fast rule*, maar dient ertoe de jury of de rechter enig houvast te geven:

‘[...] [I]t has been suggested that the real question is whether the actor’s conduct was fair and reasonable under the circumstances. Recognized standards of business ethics and business customs and practices are pertinent, and consideration is given to concepts of fair play and whether the defendant’s interference is not “sanctioned by the ‘rules of the game.’” The determination is whether the actor’s interference is “improper” or not. But an attempt to apply these broad, general

³⁴⁰ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 772.

³⁴¹ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, Comment j. Zie ook boven, par. 8.6.1.

³⁴² Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767, Comment j. Zie ook boven, par. 8.4.

³⁴³ Zie o.a. G. Myers, ‘The Differing Treatment of Efficiency and Competition in Antitrust and Tortious Interference Law’, 77 *Minn. L. Rev.* 1993, p. 1111-1112; Matthew A. Hood, ‘When Two Worlds Collide: Problems Surrounding the Business Judgment Rule as a Privilege in Tortious Interference with Contractual Relations Actions in Illinois’, 31 *S. Ill. U. L.J.* 2007, p. 673-674.

³⁴⁴ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, Comment j.

³⁴⁵ Zie bijv. *Restatement (Second) of Torts*, § 767, Comment d: ‘In determining whether the interference is improper, it may become very important to ascertain whether the actor was motivated, in whole or in part, by a desire to interfere with the other’s contractual relations. If this was the sole motive the interference is almost certain to be held improper.’

³⁴⁶ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767, Comment b.

*standards is materially helped by breaking the conflicting elements into the factors stated in this Section.*³⁴⁷

9 Schade

Wanneer schadevergoeding wordt gevorderd, zal de eiser moeten aantonen dat hij als gevolg van de verstoring van het contract door de gedaagde (enige) schade heeft geleden.³⁴⁸ Wanneer geen schadevergoeding, maar een *injunctive relief* (een rechterlijk bevel of verbod) wordt gevorderd, dan kan de dreiging van schade onder omstandigheden afdoende zijn.³⁴⁹ In sommige gevallen kan de voorkeur voor de eiser niet uitgaan naar compensatie van zijn geleden schade, maar naar restitutie van het voordeel dat de gedaagde heeft genoten door het verstoren van de contractuele relatie van de eiser (*restitution*).³⁵⁰ De eiser hoeft in dat geval niet aan te tonen dat hij schade heeft geleden.³⁵¹

§ 774A van de *Restatement* geeft aan welke schade voor vergoeding in aanmerking komt in geval van *tortious interference*.

‘One who is liable to another for interference with a contract or prospective contractual relation is liable for damages for:

- a. the pecuniary loss of the benefits of the contract or the prospective relation;*
- b. consequential losses for which the interference is a legal cause; and*
- c. emotional distress or actual harm to reputation, if they are reasonably to be expected to result from the interference.’*

De schade die de eiser kan verhalen besst in de eerste plaats uit de verliezen die hij lijdt als direct gevolg van de niet-nakoming van de overeenkomst. Wanneer de overeenkomst bijvoorbeeld de koop van goederen met een dagprijs betreft, dan zal het nadeel het verschil bedragen tussen de overeengekomen prijs en de prijs van de goederen op de dag van niet-nakoming. Veelal zal de eiser echter ook *consequential losses* vorderen. *Consequential losses* zijn verliezen van inkomsten die niet als zodanig door de wederpartij zijn beloofd, maar wel het waarschijnlijke gevolg waren geweest als het contract was nagekomen. Hierbij

³⁴⁷ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 767, Comment j.

³⁴⁸ Zie bijv. *Collelo v. Geographic Services, Inc.*, 727 S.E.2d 55, 63 (Va. 2012); *Hi-Ho Tower, Inc. v. Com-Tronics, Inc.*, 761 A.2d 1268, 1276 (Conn. 2000). Zie ook W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1002; D.B. Dobbs & E.M. Bublick, *Cases and Materials on Advanced Torts: Economic and Dignitary Torts*, St. Paul, Minn.: West 2006, p. 426; F.J. Cavico, ‘Tortious Interference with Contract in the At-Will Employment Context’, 79 *U. Det. Mercy L. Rev.* 2002, p. 544. In geval van zeer geringe schade kunnen *nominal damages* worden toegekend, zie onder, par. 12.2.

³⁴⁹ Zie W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1002. Zie over *injunctive relief* onder, par. 12.5.

³⁵⁰ Zie over *restitution* onder, par. 12.4.

³⁵¹ Zie W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1003.

moet met name worden gedacht aan gederfde winsten. De omvang van deze schade moet met redelijke zekerheid kunnen worden vastgesteld.³⁵²

De schade die zich in geval van *tortious interference with contractual relations* voordoet bestaat voornamelijk uit *pure economic loss*. *Economic loss* kan worden gedefinieerd als ‘a loss of profit or a positive outlay that does not reflect the cost of repairing or replacing a nonfinancial object’.³⁵³ Wanneer de vermogensschade niet gerelateerd is aan letsel- of zaakschade die toegebracht is aan de eiser, is sprake van *pure economic loss* (zuivere vermogensschade).³⁵⁴ Waar zuivere vermogensschade in geval van *negligence* in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt,³⁵⁵ kan deze schade zonder problemen worden verhaald wanneer de gedaagde aansprakelijk is wegens *intentional interference with contractual relations*.

Naast vermogensschade kunnen volgens de *Restatement* en een belangrijk deel van de rechtspraak ook *emotional distress* (immateriële schade) en reputatieschade worden vergoed wanneer zij het redelijkerwijs voorzienbare gevolg zijn van de verstoring van het contract.³⁵⁶

In *Mooney v. Johnson Cattle Co., Inc.* hanteerde de *Supreme Court of Oregon* een andere maatstaf. De immateriële schade moest niet slechts voorzienbaar zijn geweest, maar bovendien het normale gevolg zijn geweest van de verstoring van het contract.³⁵⁷ Ook oordeelde het gerecht dat immateriële schade verhaalbaar is, maar alleen met betrekking tot ‘*mental or emotional distress in dealing with the disruption itself*’.³⁵⁸ Op grond van deze regel kan schadevergoeding worden gevorderd voor bijvoorbeeld het oplopen van stress bij het vinden van een andere koper of verkoper of bij gedwongen verkoop of faillissement van het bedrijf. *Mental suffering* die zich voordoet in de privésfeer, zoals spanningen in het gezin, kan niet worden vergoed.³⁵⁹

Overigens zal immateriële schade die het gevolg is van een verstoring van een handelsovereenkomst, gesloten tussen twee professionele partijen, waarbij geen onoorbare middelen zijn gebruikt, doorgaans niet voor vergoeding in aanmerking komen.³⁶⁰

³⁵² D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 644.

³⁵³ Zie R. Perry, ‘The Economic Bias in Tort Law’, *U.Ill.L. Rev.* 2008, p. 1574.

³⁵⁴ Zie over dit begrip o.a. P. Benson, ‘The Problem with Pure Economic Loss’, 60 *S.C.L. Rev.* 2009, p. 823.

³⁵⁵ Zie boven, par. 7.3.2.

³⁵⁶ Zie o.a. *Cherberg v. Peoples Nat. Bank of Washington*, 564 P.2d 1137, 1141 (Wash. 1977); *Mooney v. Johnson Cattle Co., Inc.*, 634 P.2d 1333, 1335 e.v. (Or. 1981) en *Restatement (Second) of Torts*, § 774A. Overigens is tijdens de vergadering van de *American Law Institute* in 1977 over § 774A een motie ingediend om schadevergoeding wegens *emotional distress* te schrappen. De motie werd met 64 tegen 44 stemmen verworpen. Zie *American Law Institute, Proceedings, 54th Annual Meeting* (1977), p. 429-431.

³⁵⁷ Zie ook D.B. Dobbs, *Law of Remedies*, Vol. 2, St. Paul, Minn.: West 1993, p. 140.

³⁵⁸ *Mooney v. Johnson Cattle Co., Inc.*, 634 P.2d 1333, 1339 (Or. 1981).

³⁵⁹ *Mooney v. Johnson Cattle Co., Inc.*, 634 P.2d 1333, 1339 (Or. 1981).

³⁶⁰ D.B. Dobbs, *Law of Remedies*, Vol. 2, St. Paul, Minn.: West 1993, p. 141.

10 Causaal verband

Voor aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contractual relations* wordt een oorzakelijk verband geëist tussen het gedrag van de gedaagde en de schade van de eiser. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen *factual causation* en *legal causation*.

10.1 Feitelijke causaliteit

De gedaagde kan alleen aansprakelijk worden gesteld voor de schade die hij heeft veroorzaakt. Het vereiste van *factual causation*, ook wel *cause in fact* of *actual causation* genoemd, moet garanderen dat de gedaagde niet aansprakelijk is wanneer zijn gedrag feitelijk niet als oorzaak is aan te wijzen voor het ontstaan van de schade.³⁶¹ Bij het vaststellen van de feitelijke causaliteit in *tort*-zaken wordt meestal gebruik gemaakt van de zogenaamde *but for*-test.³⁶² De eiser moet aantonen dat het gedrag van de gedaagde een voorwaarde is zonder welke de schade niet zou zijn ingetreden (*condicio sine qua non*).³⁶³ In de *tortious interference*-rechtspraak zijn diverse uitspraken te vinden waarin de *but for*-test wordt gehanteerd.³⁶⁴ Maar ook de vagere³⁶⁵ *substantial factor*-test wordt gebruikt om feitelijk oorzakelijk verband vast te stellen.³⁶⁶ Op grond van deze test is er sprake van feitelijke causaliteit wanneer het gedrag van de gedaagde een wezenlijke oorzaak van de schade is.³⁶⁷

³⁶¹ W.P. Keeton, 'Causation', 26 S. Tex. L. Rev. 1986, p. 232.

³⁶² Zie o.a. *Caldwell v. Ford Motor Co.*, 619 S.W.2d 534, 537 (Tenn.App. 1981); *Gabler v. Holder and Smith, Inc.*, 11 P.3d 1269 (Okla.App. 2000); *Hensen v. Truman Medical Center, Inc.*, 62 S.W.3d 549, 555 (Mo.App. 2001). Zie ook D.W. Robertson, 'The Common Sense of Cause in Fact', 75 Tex. L. Rev. 1997, p. 1768.

³⁶³ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 266; S.W. Feldman, 'Tortious Interference With Contract in Tennessee: A Practitioner's Guide', 31 U. Mem. L. Rev. 2001, p. 311; F.J. Cavico, 'Tortious Interference with Contract in the At-Will Employment Context', 79 U. Det. Mercy L. Rev. 2002, p. 543.

³⁶⁴ Zie o.a. *Caldwell v. Ford Motor Co.*, 619 S.W.2d 534, 537 (Tenn.App. 1981); *In re Alert Holdings, Inc.*, 148 B.R. 194, 204 (Bkrtcy.S.D.N.Y. 1992) (op basis van het recht van New York); *Gabler v. Holder and Smith, Inc.*, 11 P.3d 1269 (Okla.App. 2000); *Hensen v. Truman Medical Center, Inc.*, 62 S.W.3d 549, 555 (Mo.App. 2001); *State v. Johnson*, 704 N.W.2d 625, 633 (Wis.App. 2005); *Empire Financial Services, Inc. v. Bank of New York (Delaware)*, 900 A.2d 92 (Del.Supr. 2006).

³⁶⁵ D.W. Robertson, 'The Common Sense of Cause in Fact', 75 Tex. L. Rev. 1997, p. 1768.

³⁶⁶ Zie o.a. *Bendix Corp. v. Adams*, 610 P.2d 24, 28 (Alaska 1980); *Page County Appliance Center v. Honeywell*, 347 N.W.2d 171, 178 (Iowa 1984); *LeBlanc v. Redrow*, 2001 WL 428686 (Del.Super. 2001). Het feit dat het gedrag van de gedaagde voorafging aan de schade betekent nog niet dat dit gedrag ook een wezenlijke factor is geweest in het ontstaan van de schade, zie *Franklin v. Dynamic Details, Inc.*, 10 Cal.Rptr.3d 429, 443 (Cal.App. 2004).

³⁶⁷ F.J. Cavico, 'Tortious Interference with Contract in the At-Will Employment Context', 79 U. Det. Mercy L. Rev. 2002, p. 541; W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 991. Zie over de *substantial factor*-test ook W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 265 e.v.; D.W. Robertson, 'The Common Sense of Cause in Fact', 75 Tex. L. Rev. 1997, p. 1776.

Wanneer het gedrag van de gedaagde alleen een ‘coward or a fool’ ertoe zou aanzetten om wanprestatie te plegen, dan kan dit reden zijn om geen causaal verband aan te nemen. Blijkt uit de overige omstandigheden van het geval echter dat de wanprestatie wél het gevolg is van het gedrag van de gedaagde, dan kan de gedaagde volgens de *Restatement* aansprakelijk worden gesteld, ook al was de wanprestant in casu ‘dwaas, laf of onredelijk’.³⁶⁸

Het bewijzen van een feitelijk oorzakelijk verband tussen het gedrag van de gedaagde en de schade kan extra problemen opleveren wanneer de claim van de eiser is gebaseerd op *tortious interference with prospective economic advantage*. De eiser zal voldoende aannemelijk moeten maken dat het vooruitzicht op financieel voordeel zich zou hebben gerealiseerd wanneer de gedaagde niet zou hebben geïntervenieerd.³⁶⁹

10.2 Juridische causaliteit

Bij de bovengenoemde criteria voor de vaststelling van de feitelijke causaliteit wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende factoren die noodzakelijk zijn geweest voor het intreden van de schade. Elke (substantiële) oorzaak van de schade kan leiden tot aansprakelijkheid, ook wanneer dit vanuit juridisch oogpunt niet wenselijk is. Om de aansprakelijkheid te begrenzen, dient te worden bepaald of het vanuit juridisch perspectief redelijk is om de gedaagde aansprakelijk te stellen voor de geleden schade.³⁷⁰ Dit vereiste wordt doorgaans aangeduid met de term *legal causation* (juridische causaliteit). De juridische causaliteit is een van de meest bediscussieerde onderwerpen in de Amerikaanse *tort*-literatuur, met name in de context van *negligence*.³⁷¹ Voor sommige *torts* bestaat inmiddels redelijke consensus over de te gebruiken maatstaf,³⁷² maar een algemeen aanvaard theoretisch beginsel dat voor alle *torts* geldt, ontbreekt.³⁷³

In de Amerikaanse rechtspraak zijn geen speciale regels geformuleerd voor de vaststelling van de juridische causaliteit in *tortious interference*-zaken.³⁷⁴ In sommige uitspraken wordt aansluiting gezocht bij causaliteitscriteria die worden gebruikt bij andere *torts*.³⁷⁵ Een van de belangrijkste maatstaven die

³⁶⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* o.

³⁶⁹ Zie o.a. *Thompson Coal Co. v. Pike Coal Co.*, 412 A.2d 466, 471 (Pa. 1979).

³⁷⁰ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 264.

³⁷¹ Zie, met literatuurverwijzingen, W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 263.

³⁷² Zoals bij de *tort of deceit*, waarbij als maatstaf geldt dat de schade redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn geweest (zie *Restatement (Second) of Torts*, § 548A). De voorzienbaarheid van de schade is daarentegen geen criterium wanneer er sprake is van letselschade die het gevolg is van onzorgvuldig gedrag van de gedaagde, zie *Restatement (Second) of Torts*, § 435.

³⁷³ W.J. Zwolve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJU 2008, p. 457.

³⁷⁴ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, *Comment* d.

³⁷⁵ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, *Comment* d. Zie ook F.J. Cavico, ‘Tortious Interference with Contract in the At-Will Employment Context’, 79 *U. Det. Mercy L. Rev.* 2002, p. 543.

in de *tortious interference*-rechtspraak wordt gehanteerd is de *foreseeability-test*, die ook wordt gebruikt om causaal verband vast te stellen voor de *tort of deceit* (bedrog).³⁷⁶ Op grond van deze test is er sprake van juridisch causaal verband wanneer de schade het redelijkerwijs voorzienbare gevolg is van het handelen van de gedaagde.³⁷⁷ Volgens de *Restatement* geldt de *foreseeability-test* in ieder geval ten aanzien van immateriële en reputatieschade.³⁷⁸ In andere gevallen kan bij de vaststelling van de juridische causaliteit volgens de *Restatement* ook rekening worden gehouden met de factoren die van belang zijn voor het bepalen of er sprake is van *improper interference*.³⁷⁹ Zo wordt oorzakelijk verband doorgaans sneller aangenomen wanneer de gedaagde gebruik heeft gemaakt van onoorbare middelen.³⁸⁰

In de literatuur is de aanwezigheid van een causaal verband tussen het gedrag van de gedaagde (het verstoren van de contractuele relatie) en de schade wel in twijfel getrokken.³⁸¹ De vrijwillige wanprestatie die door de wederpartij van de eiser is gepleegd, zou volgens onder anderen Epstein³⁸² moeten worden beschouwd als een *intervening act* die de causaliteitsketen doorbreekt en een obstakel vormt voor de vaststelling van de juridische causaliteit.³⁸³ Uit de rechtspraak vloeit echter voort dat het feit dat de wanprestant vrijwillig heeft gekozen om zijn overeenkomst niet na te komen, geen obstakel vormt om aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contractual relations* aan te nemen.³⁸⁴ De *intervening act* kan de causaliteitsketen immers alleen doorbreken wanneer deze niet redelijkerwijs voorzienbaar was voor de gedaagde.³⁸⁵ Aangezien de wanprestatie door de contractspartij van de eiser ofwel willens en wetens door de gedaagde teweeg is

³⁷⁶ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, *Comment d*; F.J. Cavico, 'Tortious Interference with Contract in the At-Will Employment Context', 79 *U. Det. Mercy L. Rev.* 2002, p. 543; S.W. Feldman, 'Tortious Interference With Contract in Tennessee: A Practitioner's Guide', 31 *U. Mem. L. Rev.* 2001, p. 311.

³⁷⁷ Zie o.a. *Garrett v. Langley Federal Credit Union*, 121 F.Supp.2d 887, 907 (E.D.Va. 2000) (op grond van het recht van Virginia); *McClenahan v. Cooley*, 806 S.W.2d 767, 775 (Tenn. 1991). Zie ook W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 991.

³⁷⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, *Comment d*. Zie ook *Westfield Dev. v. Rifle Inv. Assoc.*, 786 P.2d 1112, 1120, 1121 (Colo. 1990); *Demetracopoulos v. Wilson*, 640 A.2d 279, 280, 283 (N.H. 1994).

³⁷⁹ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, *Comment d*. Zie voor de factoren boven, par. 8.

³⁸⁰ F.J. Cavico, 'Tortious Interference with Contract in the At-Will Employment Context', 79 *U. Det. Mercy L. Rev.* 2002, p. 543.

³⁸¹ Deze opvatting is ook terug te vinden in enkele vroege Amerikaanse uitspraken van rond 1900, zie met verwijzingen naar deze rechtspraak, W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 990.

³⁸² R.A. Epstein, 'Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership', 16 *J. Legal Stud.* 1987, p. 6-7. Zie ook W.J. Woodward, Jr., 'Contractarians, Community, and the Tort of Interference with Contract', 80 *Minn. L. Rev.* 1996, p. 1120-1121.

³⁸³ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 301 e.v.

³⁸⁴ B.L. Fine, 'An Analysis of the Formation of Property Rights Underlying Tortious Interference with Contracts and Other Economic Relations', 50 *U. Chi. L. Rev.* 1983, p. 1123.

³⁸⁵ S.W. Feldman, 'Tortious Interference With Contract in Tennessee: A Practitioner's Guide', 31 *U. Mem. L. Rev.* 2001, p. 311.

gebracht of het zekere of waarschijnlijke gevolg van het gedrag van de gedaagde is geweest,³⁸⁶ en dus niet onvoorzienbaar was, wordt de causaliteitsketen niet doorbroken.³⁸⁷

11 Het beschermingsbereik

De *Restatement* vermeldt expliciet dat alleen degene van wie de contractuele relatie opzettelijk is verstoord door de gedaagde wordt beschermd.³⁸⁸ Deze beperking van het beschermingsbereik van de regel heeft tot gevolg dat andere personen dan de benadeelde contractspartij, zoals diens werknemers, leveranciers of afnemers, in beginsel geen schadevergoedingsvordering kunnen instellen op basis van *tortious interference with contract*. Een uitzondering op deze regel, die ook in paragraaf 8.7 werd besproken, doet zich voor wanneer er sprake is van een middellijke frustratie, waarbij de gedaagde door middel van de verstoring van het ene contract, de frustratie van (het vooruitzicht op de sluiting van) een ander contract, dat van de eiser, heeft beoogd.

III OVERIGE KWESTIES

12 Remedies

12.1 Inleiding

In een *tortious interference*-zaak kunnen aan de eiser verschillende remedies ter beschikking staan. Doorgaans wordt schadevergoeding (*compensatory damages*) gevorderd, maar in de rechtspraak zijn ook uitspraken te vinden waarin aan de eiser een recht op *restitution* is toegekend. Tevens kan onder omstandigheden een rechterlijk bevel – *injunction* – worden gevorderd. Wanneer de schade gering is, of wanneer wel kan worden aangetoond dat schade is geleden, maar de hoogte ervan niet kan worden bewezen, kunnen *nominal damages* worden toegekend.³⁸⁹ Dit betekent dat de gedaagde aan de eiser een symbolisch bedrag (bijvoorbeeld een dollar) moet betalen. De veroordeling tot *nominal damages* heeft min of meer hetzelfde resultaat als een declaratoir vonnis.³⁹⁰

Het feit dat de vordering is gebaseerd op *tort*, en niet op de schending van een overeenkomst, heeft in het Amerikaanse recht als voordeel dat ook *punitive damages* en immateriële schadevergoeding kunnen worden toegekend. Of dat ook het geval is wanneer de vordering is gegrond op *tortious interference with contractual relations*, zal in de volgende paragrafen worden onderzocht.

³⁸⁶ Zie boven, par. 7.3.

³⁸⁷ Zie ook *Koehler v. Cummings*, 380 F.Supp. 1294, 1309 (M.D.Tenn. 1974) (op grond van het recht van Tennessee).

³⁸⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* p.

³⁸⁹ Zie o.a. W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1003; D.B. Dobbs & E.M. Bublick, *Cases and Materials on Advanced Torts: Economic and Dignitary Torts*, St. Paul, Minn.: West 2006, p. 426-427.

³⁹⁰ W.J. Zwalve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJu 2008, p. 469.

12.2 Compensatory damages

Het Amerikaanse recht gaat uit van schadevergoeding in geld. Om de hoogte van de schadevergoeding te bepalen, moeten volgens de *Restatement* maatstaven uit *tort law* worden gehanteerd³⁹¹ en deze opvatting is ook terug te vinden in de meerderheid van de rechtspraak.³⁹² Dit betekent dat alle schade voor vergoeding in aanmerking komt, mits een causaal verband tussen de verstoring van de contractuele relatie en de schade kan worden bewezen.³⁹³ Ook kan de gedaagde zich niet beroepen op een exoneratieclausule uit de overeenkomst.³⁹⁴ In sommige staten wordt de hoogte van de schadevergoeding – voor zover het vermogensschade betreft – echter berekend met behulp van de criteria die ook worden gehanteerd in het contractenrecht.³⁹⁵ Dit heeft tot gevolg dat de beperkingen uit het contractenrecht, zoals geen vergoeding van immateriële schade, ook van toepassing zijn op *tortious interference-claims*.³⁹⁶

Voor de hoogte van de vergoeding van de vermogensschade zullen in de regel de door de eiser geleden verliezen alsmede gederfde winsten die het gevolg zijn van de verstoring van het contract als uitgangspunt worden genomen.³⁹⁷ De gedaagde hoeft zijn winsten niet af te dragen. In bepaalde omstandigheden, wanneer de verliezen van de eiser moeilijk zijn vast te stellen, kan de rechter bij de hoogte schadevergoeding echter wel uitgaan van de door de gedaagde gemaakte winst.³⁹⁸ De aanwezigheid van het contract maakt het berekenen van de schadevergoeding – ook indien maatstaven uit *tort law* worden gebruikt – eenvoudiger dan wanneer er slechts sprake is van een vooruitzicht op de sluiting van een overeenkomst of ander financieel voordeel, omdat de hoogte van de schade in dat laatste geval veelal lastig kan worden vastgesteld.³⁹⁹

In de Verenigde Staten komen de proceskosten, waaronder advocaatkosten, in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking.⁴⁰⁰ Als algemene regel geldt dat de eiser en de gedaagde ongeacht de uitkomst van het geding zelf hun proceskosten dragen, tenzij dit bij *statute* of contractueel anders is geregeld.⁴⁰¹ Een bepaling over advocaatkosten in het gefrustreerde contract zal in beginsel niet

³⁹¹ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, *Comment d*.

³⁹² Zie D.B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2000, p. 1297.

³⁹³ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, *Comment d*. Zie over causaal verband boven, par. 10.

³⁹⁴ Zie bijv. *Sulze Carbomedics, Inc. v. Or. Cardio-Devices, Inc.*, 257 F.3d 449, 454-455 (C.A.5 2001) (op basis van het recht van Oregon).

³⁹⁵ Zie bijv. *Trugreen Companies, L.L.C. v. Mower Brothers, Inc.*, 199 P.3d 929, 934 (Utah 2008); *American Nat. Petroleum Co. v. Transcontinental Gas Pipe Line Corp.*, 798 S.W.2d 274, 278 (Tex. 1990). Zie ook W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1003.

³⁹⁶ Zie D.B. Dobbs, *Law of Remedies*, Vol. 2, St. Paul, Minn.: West 1993, p. 135.

³⁹⁷ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, *Comment b*.

³⁹⁸ *Trugreen Companies, L.L.C. v. Mower Brothers, Inc.*, 199 P.3d 929, 935 (Utah 2008).

³⁹⁹ O.K. Ames III, 'Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort', 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 381.

⁴⁰⁰ Zie *Restatement (Second) of Torts*, § 914.

⁴⁰¹ *Restatement (Second) of Torts*, § 914, *Comment a*. Zie ook *Waldinger v. Ashbrook-Simon-Hartley, Inc.*, 564 F.Supp. 970, 981 (D.C.Ill. 1983) (op grond van het recht van Illinois).

kunnen worden ingeroepen tegen de gedaagde, omdat hij als derde hieraan niet gebonden is. In de *tortious interference*-rechtspraak zijn wel voorbeelden te vinden waarin de gedaagde zijn advocaatkosten kon verhalen omdat er sprake was van een ongegronde claim.⁴⁰² Daarnaast zijn er uitspraken waarin de door de eiser gemaakte proceskosten onderdeel zijn van een *punitive damages award*.⁴⁰³ In de meeste gevallen zullen beide partijen de kosten voor de procedure echter zelf moeten betalen. Hun financiële risico kan wel worden beperkt door gebruik te maken van de mogelijkheid van *contingency fees*, waarbij de advocaat geen beloning krijgt in geval de zaak wordt verloren, en bij winst of schikking een percentage van de opbrengst.⁴⁰⁴ De kosten die de eiser maakt ten behoeve van een procedure tegen een ander, die het gevolg is van de *tort* van de gedaagde, komen in de regel wel voor vergoeding in aanmerking.⁴⁰⁵ In geval van *tortious interference with contractual relations* betekent dit bijvoorbeeld dat de eiser de kosten die hij heeft gemaakt ten behoeve van een procedure tegen de wanprestant om te bewijzen dat diens beëindiging van de contractuele relatie ongeoorloofd is, kan opvoeren als *actual damage* in de procedure tegen de verstoorder van het contract.⁴⁰⁶

Een gelaedeerde heeft de verplichting zijn schade zoveel mogelijk te beperken (*mitigation of damages*).⁴⁰⁷ Eventuele kosten die hierbij worden gemaakt komen, mits zij redelijk zijn, voor vergoeding in aanmerking, ook als de poging de schade in te perken mislukt.⁴⁰⁸ In sommige gevallen kan de schade wegens *tortious interference* worden voorkomen of teniet worden gedaan door nakoming te vorderen van de wanprestant. In de rechtspraak wordt echter slechts bij hoge uitzondering van de eiser verlangd dat hij, om zijn schade te beperken, een *decree for specific performance* jegens zijn wederpartij verzoekt.⁴⁰⁹

12.3 Punitive damages

12.3.1 Privaatrechtelijke boeteoplegging

Voordat de toekenning van *punitive damages* in *tortious interference*-zaken wordt besproken, zal eerst worden ingegaan op de eigenschappen van deze re-

⁴⁰² Zie bijv. *Weatherby Assocs., Inc. v. Ballack*, 783 So. 2d 1138 (Fla.App. 2001).

⁴⁰³ *Restatement (Second) of Torts*, § 908, *Comment e*. Zie bijv. *Lee v. Aiu*, 936 P.2d 655, 669 (Hawaii 1997); *Lamorte Burns & Co., Inc. v. Walters*, 770 A.2d 1158 (N.J. 2001). Zie over *punitive damages* onder, par. 12.3.

⁴⁰⁴ Wanneer een gedaagde wordt verdedigd, bestaat een *contingency fee* uit een percentage van het bedrag dat door de eiser is gevorderd, maar niet door het gerecht is toegekend.

⁴⁰⁵ *Restatement (Second) of Torts*, § 914, *Comment b*.

⁴⁰⁶ Zie o.a. *Dassance v. Nienhuis*, 57 Mich.App. 422, 436 e.v. (Mich.App. 1975); *Prospero Associates v. Redactron Corp.*, 682 P.2d 1193, 1199 (Colo.App. 1983). Zie ook E.P. Voigt, 'Driving Through the Dense Fog: Analysis and Proposed Changes to Ohio Tortious Interference Law', 55 *Clev. St. L. Rev.* 2007, p. 390-391.

⁴⁰⁷ *Restatement (Second) of Torts*, § 918.

⁴⁰⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 919.

⁴⁰⁹ D.B. Dobbs, *Law of Remedies*, Vol. 2, St. Paul, Minn.: West 1993, p. 149.

medy, die in de *common law* een lange traditie kent.⁴¹⁰ De Verenigde Staten zijn koploper wat betreft het aantal en de hoogte van *punitive damages awards*,⁴¹¹ die zowel op basis van *state law*⁴¹² als op basis van *federal law*⁴¹³ kunnen worden toegekend. *Punitive damages* zijn een vorm van privaatrechtelijke boeteoplegging, die primair tot doel hebben de laedens te bestraffen voor zijn onrechtmatige gedrag en hem en anderen af te schrikken zich op dezelfde wijze te gedragen (speciale en generale preventie).⁴¹⁴ In beginsel kunnen *punitive damages* enkel worden toegekend in *tort*-zaken. Slechts in uitzonderingsgevallen kan een contractbreuk de basis vormen voor een *punitive damages award*.⁴¹⁵

Vanwege het sanctionerende karakter worden *punitive damages* niet zomaar opgelegd. Volgens de *Restatement* moet *outrageous conduct* worden aangetoond, waarvan sprake is wanneer de laedens kwade bedoelingen had of de belangen van anderen op grove wijze heeft veronachtzaamd.⁴¹⁶ De hoogte van de *punitive damages* wordt in eerste instantie in de meeste staten door een jury bepaald. Daarbij wordt rekening gehouden met verschillende factoren, zoals het motief van gedaagde, de relatie tussen de partijen en de welvarendheid van de gedaagde,⁴¹⁷ en de door de eiser gemaakte proceskosten.⁴¹⁸ Om de toekenning van excessieve *punitive damages* te voorkomen, zijn in een aantal staten maxima ingevoerd.⁴¹⁹ Beperking van *punitive damages* kan ook plaatsvinden door de rechter. Nadat de jury de hoogte van deze *damages* heeft bepaald, kan de *trial judge* of de rechter in hoger beroep toetsen of het bedrag niet excessief is of in strijd met de in die staat geldende voorschriften voor *punitive damages*.⁴²⁰ Deze

⁴¹⁰ Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht van *punitive damages* in de *common law*, J.Y. Gotanda, 'Punitive Damages: A Comparative Analysis', 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 2004, p. 397. Zie uitgebreid over de geschiedenis van *punitive damages* in de Verenigde Staten A.J. Sebok, 'Punitive Damages in the United States', in: H. Koziol & V. Wilcox (red.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen: Springer 2009, p. 159 e.v.

⁴¹¹ J.Y. Gotanda, 'Punitive Damages: A Comparative Analysis', 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 2004, p. 421.

⁴¹² Vrijwel alle Amerikaanse staten kennen *punitive damages*. Nebraska vormt een uitzondering en verbiedt de toekenning ervan. In Louisiana, Massachusetts, New Hampshire en Washington kunnen alleen *punitive damages* worden toegekend wanneer dit bij wet is bepaald.

⁴¹³ Zie o.a. de *Fair Credit Reporting Act*, 15 USC, § 1681n (1994).

⁴¹⁴ Zie *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 350 (1974); *Newport v. Fact Concerts, Inc.*, 453 U.S. 247, 266-267 (1981); *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 22 (1991). Zie ook *Restatement (Second) of Torts*, § 908.

⁴¹⁵ Zie over deze uitzonderingen o.a. M.L. Miner, 'The Expanding Availability of Punitive Damages in Contract Actions', 8 *Ind. L. Rev.* 1975, p. 668-689; J. Mallor & B. Roberts, 'Punitive Damages: Toward a Principled Approach', 50 *Hastings L.J.* 1999, p. 988-992.

⁴¹⁶ *Restatement (Second) of Torts*, § 908.

⁴¹⁷ *Restatement (Second) of Torts*, § 908, *Comment e*.

⁴¹⁸ Zie boven, par. 12.2.

⁴¹⁹ Zie o.a. Alabama (Ala. Code § 6-11-20); Oklahoma (Okla. Stat. Ann. Title 23, § 9.1); Nevada (N.R.S. § 42.005 (1)); Virginia (Va. Code Ann. § 8.01-38.1).

⁴²⁰ Zie A.J. Sebok, 'Punitive Damages in the United States', in: H. Koziol & V. Wilcox (red.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen: Springer 2009, p. 188.

controlemogelijkheid heeft tot gevolg dat *punitive damages awards* die vergeleken met de toegekende *compensatory damages* extreem hoog zijn, door de rechter vaak fors worden teruggebracht.⁴²¹ In *BMW of North America Inc. v. Gore*⁴²² heeft de *US Supreme Court* bovendien overwogen dat de toekenning van *punitive damages* die als *grossly excessive* worden gekwalificeerd, een schending oplevert van de constitutionele *Due Process Clause*.⁴²³ Of de *punitive damages* dermate excessief zijn dat zij in strijd zijn met de *Constitution*, moet volgens de *US Supreme Court* worden bepaald aan de hand van de volgende factoren: (1) de mate van verwijtbaarheid van het gedrag van de gedaagde; (2) de verhouding tussen de *compensatory* en de *punitive damages* en (3) het verschil tussen de *punitive damages* en de sancties die in de staat kunnen worden opgelegd voor vergelijkbaar gedrag.⁴²⁴

12.3.2 *Punitive damages* in *tortious interference*-zaken

Punitive damages worden voornamelijk toegekend in geval van *intentional torts* en *economic torts*.⁴²⁵ Bij wanprestatie worden zelden *punitive damages* toegevoegd,⁴²⁶ hetgeen in de grote meerderheid van de staten echter geen obstakel vormt om *punitive damages* toe te wijzen in geval van *tortious interference with contractual relations*.⁴²⁷ Uit de rechtspraak blijkt dat *punitive damages* onder meer kunnen worden toegekend wegens verstoring van de contractuele relatie tussen werknemer en werkgever,⁴²⁸ het aanzetten tot niet-nakoming van een concurrentiebeding⁴²⁹ en de verstoring van een koopovereenkomst betreffende onroerend goed.⁴³⁰ Voor de toekenning van *punitive damages* in een *tortious in-*

⁴²¹ Zie o.a. A.J. Sebok, 'Punitive Damages in the United States', in: H. Koziol & V. Wilcox (red.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen: Springer 2009, p. 158.

⁴²² 517 U.S. 559 (1996).

⁴²³ Zie *Section 1* van de *Fourteenth Amendment* bij de *US Constitution*.

⁴²⁴ Deze factoren zijn in latere uitspraken van het Hooggerechtshof geëxpliciteerd, zie *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*, 538 U.S. 408, 419 (2003).

⁴²⁵ A.J. Sebok, 'Punitive Damages in the United States', in: H. Koziol & V. Wilcox (red.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wenen: Springer 2009, p. 158.

⁴²⁶ Zie o.a. *Guervara v. Maritime Overseas Corp.*, 59 F.3d 1496, 1513 (C.A.5 1995), *cert. denied*, 116 S.Ct. 706 (1996); *City of Hope Nat. Medical Center v. Genentech, Inc.*, 181 P.3d 142, 154 (Cal. 2008).

⁴²⁷ Zie voor een uitgebreid overzicht: S.L. Johnson, 'Punitive damages for interference with contract or business relationship', 44 *A.L.R.4th* 1078 (1986). Kritisch hierover: G.D. Wexler, 'International Interference with Contract: Market Efficiency and Individual Liberty Considerations', 27 *Conn. L. Rev.* 1994, p. 326.

⁴²⁸ Zie o.a. *Collincini v. Honeywell, Inc.*, 601 A.2d 292 (Pa. Super. 1991); *Grover v. Minette-Mills, Inc.*, 638 A.2d 712 (Me. 1994).

⁴²⁹ Zie o.a. *McNutt Oil & Refining Co. v. D'Ascoli*, 281 P.2d 966 (Ariz. 1955); *Cherne Industrial Inc. v. Grounds & Associates, Inc.*, 278 N.W.2d 81 (Minn. 1979); *Premix, Inc. Zappitelli*, 561 F.Supp. 269 (N.D.Ohio 1983) (op grond van het recht van Ohio); *Clinical Study Centers, Inc. v. Boellner*, 2012 Ark. 266 (Ark. 2012).

⁴³⁰ *Bailey v. Richards*, 111 So.2d 402 (Miss. 1959); *Rite Aid Corp. v. Lake Shore Investors*, 471 A.2d 735 (Md. 1984).

interference-zaak is veelal vereist dat de gedaagde heeft gehandeld met het oogmerk schade toe te brengen aan de eiser.⁴³¹ Uiteraard gelden ook de constitutionele beperkingen die door de *Supreme Court* zijn geformuleerd.

Dat ook in *tortious interference*-zaken zeer hoge bedragen aan *punitive damages* kunnen worden toegekend, blijkt uit *Texaco v. Pennzoil*.⁴³²

In deze zaak, die al in hoofdstuk 1 werd besproken, sprak oliemaatschappij Pennzoil concurrent Texaco aan wegens de verstoring van zijn contractuele relatie met Getty Oil. Texaco werd door een Texaanse jury op grond van het recht van New York⁴³³ veroordeeld tot betaling van 10,53 miljard dollar, waarvan 3 miljard dollar aan *punitive damages*. In hoger beroep werden de *punitive damages* teruggebracht tot 1 miljard dollar.⁴³⁴ De Texaanse *Court of Appeals* oordeelde de hoogte van de *punitive damages* excessief in verhouding tot factoren zoals de grondslag van de vordering, de aard van het gedrag en de noodzaak tot afschrikking.⁴³⁵

In plaats van *punitive damages* kunnen in bepaalde gevallen *treble damages* worden toegekend. *Treble damages* zijn een species van *punitive damages* en houden in dat de aansprakelijke persoon drie keer de werkelijke schade moet betalen aan de gelaedeerde. Voor de toekenning van *treble damages* is een wettelijke grondslag nodig, zoals artikel 4 van de *Clayton Antitrust Act*.⁴³⁶ Omdat *tortious interference* in verreweg de meeste staten een *common law tort* is, kunnen *treble damages* in de regel niet worden toegekend. Een uitzondering vormt Tennessee, waar *tortious interference* niet alleen een *common law tort* is, maar ook een *statutory tort*. Op grond van de *Tennessee Code* is het aanzetten tot wanprestatie onrechtmatig en heeft de benadeelde recht op drie maal het bedrag aan werkelijk geleden schade.⁴³⁷

12.4 Restitution

Het Amerikaanse recht kent in bepaalde omstandigheden aan de eiser het recht op *restitution* toe. In tegenstelling tot *compensatory damages* wordt de hoogte van *restitution* niet gebaseerd op de schade die door de eiser is geleden, maar op

⁴³¹ Zie o.a. *Voorhees v. Guyan Machinery Co.*, 446 S.E.2d 672 (W.Va. 1994); *Scribner v. Waffle House, Inc.*, 14 F.Supp.2d 873 (N.D.Tex. 1998) (op basis van Texaans recht); *Robert's Hawaii School Bus, Inc. v. Laupahoehoe Transp. Co., Inc.*, 982 P.2d 853 (Hawaii 1999); *Matrix Group Ltd., Inc. v. Rawlings Sporting Goods Co.*, 477 F.3d 583 (C.A.8 2007) (op basis van het recht van Florida); *Wilspec Technologies, Inc. v. DunAn Holding Group, Co., Ltd.*, 204 P.3d 69, 75 (Okla. 2009); *Emmerson v. Walker*, 236 P.3d 598, 607 (Mont. 2010).

⁴³² *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, 784 F.2d 1133 (C.A.2 1986), *reversed*, 107 S.Ct. 1519 (1987).

⁴³³ Het recht van New York was van toepassing omdat daar de transactie tussen Texaco en Getty Oil had plaatsgevonden.

⁴³⁴ *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, 729 S.W.2d 768 (Tex.App. 1987).

⁴³⁵ *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, 729 S.W.2d 768, 866 (Tex.App. 1987).

⁴³⁶ 15 U.S.C. § 15.

⁴³⁷ Zie artikel 47-50-109. Ook in Virginia kunnen in bepaalde gevallen van *tortious interference treble damages* worden opgelegd, zie Va. Code § 18.2-499/500.

het voordeel dat de gedaagde heeft genoten. De *Law of Restitution* dient tot ongedaanmaking van ongerechtvaardigde verrijking en kent zowel materieel-rechtelijke als remediële aspecten.⁴³⁸ De materieelrechtelijke zijde van de *Law of Restitution* heeft vooral betrekking op de vraag of de gedaagde zich naar juridische maatstaven ongerechtvaardigd verrijkt heeft. De remediële aspecten betreffen de kwestie of van alle beschikbare remedies *restitution* de meest geschikte optie is, en zo ja, in welke vorm (geld of in natura).⁴³⁹ Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen *restitution in kind* en *restitution* in de vorm van *disgorgement* (voordeelsafgifte).⁴⁴⁰ *Restitution in kind* houdt in dat een zaak wordt teruggegeven aan de eiser. Deze vorm van *restitution* is maar in een beperkt aantal gevallen mogelijk, zoals bij de *rescission* (vernietiging) van een contract.⁴⁴¹ Bij *restitution* door middel van voordeelsafgifte wordt niet het door de eiser geleden verlies, maar het door de gedaagde genoten voordeel als uitgangspunt genomen. Voor zover *restitution* in een *tortious interference*-zaak in beeld komt, hetgeen niet vaak voorkomt,⁴⁴² gaat het vooral om *disgorgement*.

De Amerikaanse jurisprudentie is verdeeld ten aanzien van de vraag of een vordering tot *restitution* kan worden toegekend wegens *tortious interference with contract*.⁴⁴³ Ook in de *Restatement* wordt geen duidelijke positie ingenomen.⁴⁴⁴ Redenen om de vordering af te wijzen zijn volgens de rechtspraak dat de eiser anders in een betere positie terecht zou komen dan wanneer de *tort* niet was gepleegd,⁴⁴⁵ dat het genoten voordeel van de gedaagde niet direct kan worden herleid tot de verstoring van het contract of dat de gedaagde geen onoorbare middelen heeft gebruikt.⁴⁴⁶

12.5 Injunction

Een *injunction* kan worden gevorderd om een actuele verstoring van de contractuele relatie te beëindigen, maar ook om een toekomstige verstoring te voorkomen.⁴⁴⁷ Wanneer de eiser om een *injunction* vraagt, hoeft hij niet aan te tonen

⁴³⁸ D. Laycock, 'The Scope and Significance of Restitution', 67 *Tex. L. Rev.* 1989, p. 1277.

⁴³⁹ D.B. Dobbs, *Law of Remedies*, Vol. 2, St. Paul, Minn.: West 1993, p. 366.

⁴⁴⁰ D. Laycock, 'The Scope and Significance of Restitution', 67 *Tex. L. Rev.* 1989, p. 1281.

⁴⁴¹ D. Laycock, 'The Scope and Significance of Restitution', 67 *Tex. L. Rev.* 1989, p. 1290.

⁴⁴² D.B. Dobbs, *Law of Remedies*, Vol. 2, St. Paul, Minn.: West 1993, p. 148.

⁴⁴³ Wel *restitution* toegekend: *National Merchandising Corp. v. Leyden*, 348 N.E.2d 771, 775-76 (Mass. 1976); *Zippertubing Co. v. Teleflex, Inc.*, 757 F.2d 1401, 1411-12 (C.A.3 1985) (op grond van het recht van New Jersey); *Colorado Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co. of America*, 885 F.2d 683 (C.A.10 1989) (op grond van het recht van Wyoming). *Restitution* geweigerd: *American Air Filter Co., Inc. v. McNichol*, 527 F.2d 1297, 1300 (C.A.3 1975); *Developers Three v. Nationwide Ins. Co.*, 582 N.E.2d 1130, 1135 (Ohio App. 1990).

⁴⁴⁴ Zie m.n. *Restatement (First) of Restitution*, § 133.

⁴⁴⁵ Zie *Developers Three v. Nationwide Ins. Co.*, 582 N.E.2d 1130, 1135 (Ohio App. 1990), waarin het gerecht overigens erkende dat de eiser ook in een betere positie kan komen door *punitive damages*, die volgens het recht van Ohio wel kunnen worden toegekend in geval van *tortious interference with contractual relations*.

⁴⁴⁶ D.B. Dobbs, *Law of Remedies*, Vol. 2, St. Paul, Minn.: West 1993, p. 146.

⁴⁴⁷ *Restatement (Second) of Torts*, § 766, *Comment* u en § 774A, *Comment* f.

dat hij schade heeft geleden; wel moet hij een serieuze dreiging van schade aantonen.⁴⁴⁸ Vanwege de doeltreffendheid wordt veelvuldig om deze remedie gevraagd.⁴⁴⁹

De *injunction* is reeds behandeld in het kader van het Engelse recht.⁴⁵⁰ Daar werd ook gewezen op de *adequacy test*: de *injunction* moet in verhouding tot andere, *legal remedies* de meest geschikte remedie zijn. In geval van *tortious interference with prospective economic advantage* levert de *adequacy test* doorgaans weinig problemen op, omdat de omvang van de schade veelal moeilijk meetbaar is, hetgeen het toekennen van schadevergoeding bemoeilijkt.⁴⁵¹ Maar ook als er sprake is van een verstoring van een contractuele relatie, kan een *injunction* in bepaalde omstandigheden als meest adequate remedie gelden. Gedacht kan worden aan de situatie waarin een voormalig werknemer in strijd met zijn concurrentiebeding bij een concurrerend bedrijf wil gaan werken. Door middel van een *injunction* kan de nieuwe werkgever worden verboden om de werknemer in dienst te nemen of om hem werkzaamheden te laten uitvoeren die in strijd zijn met het beding.⁴⁵²

Zoals in het hoofdstuk over het Engelse recht naar voren kwam, kan een *injunction* worden geweigerd op grond van de *doctrine of laches*⁴⁵³ of *estoppel*.⁴⁵⁴ Een *equitable defense* waarop in de Amerikaanse rechtspraak relatief vaak een beroep wordt gedaan, vooral in het kader van een verstoorde arbeidsrelatie, is de doctrine van *unclean hands*.⁴⁵⁵ Wel wordt steeds als voorwaarde gesteld dat het onzuivere gedrag gerelateerd is aan het geschil tussen de partijen.

In *New England Patriots Football Club, Inc. v. University of Colorado*⁴⁵⁶ probeerde de New England Patriots Football Club via een *injunction* te voorkomen dat de University of Colorado de trainer van het team zou wegglokken. In de procedure bleek echter dat de New England Patriots Football Club de trainer ook had weggelokt bij zijn vorige werkgever, hetgeen volgens de gedaagde op grond van de doctrine van *unclean hands* moest leiden tot een weigering van de *injunction*. De rechter verwierp dit verweer, omdat het bewijs van *unclean hands* geen betrekking had op het onderhavige geschil.

⁴⁴⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 933, *Comment* b.

⁴⁴⁹ D.B. Dobbs, *Law of Remedies*, Vol. 2, St. Paul, Minn.: West 1993, p. 149.

⁴⁵⁰ Zie hoofdstuk 6, par. 8.2.

⁴⁵¹ Zie bijv. *Tuscarora Warriors Bingo Com'n v. Clause*, 137 A.D.2d 259, 271 (N.Y.A.D. 1988).

⁴⁵² D.B. Dobbs, *Law of Remedies*, Vol. 2, St. Paul, Minn.: West 1993, p. 149-150.

⁴⁵³ Zie S.W. Feldman, 'Tortious Interference With Contract in Tennessee: A Practitioner's Guide', 31 U. Mem. L. Rev. 2001, p. 343.

⁴⁵⁴ Zie bijv. *Durham Life Insurance Co. v. Evans*, 1997 WL 535187 (E.D.Pa. 1997), *aff'd* 166 F.3d 139 (C.A.3 1999), waarin de rechter op basis van het recht van Pennsylvania oordeelde dat de eiser zijn rechten uit het concurrentiebeding dat door de gedaagde was geschonden niet meer kon uitoefenen omdat hij eerdere overtredingen van eenzelfde concurrentiebeding door een andere werknemer onbestraft had gelaten.

⁴⁵⁵ Zie bijv. *Paul Pratt, P.C. v. Blunt*, 488 N.E.2d 1062, 1069 (Ill.App. 1986).

⁴⁵⁶ 592 F.2d 1196 (C.A.1 1979).

13 Verjaring

De verjaringstermijnen voor het instellen van een vordering tot schadevergoeding worden geregeld in de *Statute of Limitations*. Elke deelstaat kent zijn eigen *Statute of Limitations*, wat betekent dat de verjaringstermijnen van deelstaat tot deelstaat kunnen verschillen. Dit is ook het geval bij de verjaringstermijnen voor vorderingen die gebaseerd zijn op *tortious interference with contractual relations*. Zo hanteren New York, Nevada en Connecticut een termijn van drie jaar vanaf het moment dat het contract is geschonden,⁴⁵⁷ terwijl de vordering in Missouri na vijf jaar is verjaard,⁴⁵⁸ en in Rhode Island pas na tien jaar.⁴⁵⁹ De *Statute of Limitations* is niet van toepassing wanneer de eiser *equitable relief* vordert. De gedaagde kan in dat geval onder omstandigheden wel *equitable defenses* voeren.⁴⁶⁰

14 Bewijs

14.1 Bewijslastverdeling

De bewijslastverdeling is een van de belangrijkste thema's in de *tortious interference*-rechtspraak.⁴⁶¹ Tussen de deelstaten bestaan op dit vlak aanmerkelijke verschillen, met name ten aanzien van wie moet bewijzen of er wel of geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond. De bewijslastverdeling kan grote gevolgen hebben voor de partijen en de verschillen tussen de deelstaten kunnen reden zijn voor een eiser om zijn zaak – indien de bevoegdheidsregels dit toestaan – in een jurisdictie aanhangig te maken die als 'eiservriendelijk' bekend staat.

Ruwweg kunnen twee methoden ten aanzien van de bewijslastverdeling worden onderscheiden. De eerste is de *prima facie tort*-benadering, die het meest in het voordeel is van de eiser, omdat deze slechts hoeft aan te tonen dat de gedaagde de contractuele relatie opzettelijk heeft verstoord, en deze verstoring heeft geleid tot schade. Deze benadering wordt in paragraaf 14.1.1 besproken. Op grond van de tweede benadering, die is aanvaard in de *Restatement (Second) of Torts* en in paragraaf 14.1.2 wordt behandeld, leidt alleen *improper interference* tot aansprakelijkheid.

⁴⁵⁷ New York: *N.Y. Civ. Prac. L. & R.* § 214(4), zie ook *Hwang v. Dunkin' Donuts, Inc.*, 840 F.Supp. 193, 196 (N.D.N.Y. 1994); Nevada: *N.R.S.* 11.190 (3)(c), zie ook *Stalk v. Mushkin*, 199 P.3d 838, 844 (Nev. 2009); Connecticut: *Conn. Gen. Stats.* § 52-577, zie ook *Frank v. LoVetere*, 363 F.Supp.2d 327, 344 (D.C.Conn. 2005).

⁴⁵⁸ *Mo. Rev. Stat.* § 516.120(4), zie ook *D'Arcy and Associates, Inc. v. K.P.M.G. Peat Marwick, L.L.P.*, 129 S.W.3d 25, 29 (Mo.App. 2004).

⁴⁵⁹ *R.I. Gen. Laws* § 9-1-13(b), zie ook *McBurney v. Roszkowski*, 687 A.2d 447, 448 (R.I. 1997).

⁴⁶⁰ Zie boven, par. 12.5.

⁴⁶¹ Zie ook O.K. Ames III, 'Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort', 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 347.

14.1.1 *Prima facie* tort-benadering

Bij *intentional torts*, zoals de *torts* die betrekking hebben op het opzettelijk toebrengen van fysieke schade aan een persoon of goed, is de *prima facie* tort-benadering doorgaans het leidende beginsel.⁴⁶² Op grond van deze benadering hoeft de eiser slechts aan te tonen dat hem opzettelijk schade is toegebracht door de gedaagde. De gedaagde kan slechts aan aansprakelijkheid ontsnappen door een rechtvaardigingsgrond aan te tonen. Met name in de vroegere rechtspraak werden ook *tortious interference*-zaken wel aangemerkt als *prima facie cases*.⁴⁶³ Wanneer de eiser kon bewijzen dat de gedaagde zijn contract opzettelijk had verstoord, dan was dit voldoende voor de rechter om onrechtmatig handelen aan te nemen. De eiser hoefde niet aan te tonen dat het motief van de gedaagde ongeoorloofd was, of dat hij gebruik had gemaakt van onbehoorlijke middelen. De gedaagde diende vervolgens te bewijzen dat zijn gedrag gerechtvaardigd was, bijvoorbeeld omdat hij zijn eigen belangen probeerde te beschermen.⁴⁶⁴

De *prima facie* tort-benadering, die ook is terug te vinden in de bepalingen over *tortious interference* in de *Restatement (First) of Torts* uit 1939,⁴⁶⁵ heeft in de literatuur op veel kritiek kunnen rekenen. Waar bij de andere *intentional torts* de rechtvaardigingsgronden van tevoren kenbaar zijn, kan uit de *tortious interference*-rechtspraak niet precies worden afgeleid op welke rechtvaardigingsgronden de gedaagde een beroep kan doen.⁴⁶⁶ Wanneer de gedaagde de bewijslast draagt ten aanzien van de vraag of de verstoring gerechtvaardigd kan worden, dan wordt de onzekerheid over de rechtvaardigingsgronden bij hem gelegd. Deze onzekerheid zou ertoe kunnen leiden dat marktspelers uit angst om aansprakelijk te worden gesteld geoorloofde bedrijfsactiviteiten uit de weg gaan, wat de concurrentie kan beperken.⁴⁶⁷

⁴⁶² *Restatement (Second) of Torts, Introductory Note* bij hoofdstuk 37. Het idee van *prima facie*-aansprakelijkheid vindt zijn oorsprong in de werken van de Amerikaanse rechtsgeleerden Oliver Wendell Holmes, Jr. en Sir Frederick Pollock. Beiden behoorden tot de eerste geleerden die een algemene theorie voor *tort law* ontwikkelden, en in beide theorieën nam de doctrine van de *prima facie* tort een belangrijke plaats in. Zie ook M.P. Gergen, 'Tortious Interference: How It Is Engulfing Commercial Law, Why This Is Not Entirely Bad, and a Prudential Response', 38 *Ariz. L. Rev.* 1996, p. 1178.

⁴⁶³ Zie o.a. *Wilkinson v. Powe*, 1 N.W.2d 539 (Mich. 1947); *Royal Realty Co. v. Levin*, 69 N.W.2d 667 (Minn. 1955); *Long v. Newby*, 488 P.2d 719 (Alaska 1971); *Barlow v. International Harvester Co.*, 522 P.2d 1102 (Idaho 1974).

⁴⁶⁴ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 983. Zie ook *Foster v. Churchill*, 665 N.E.2d 153, 157 (N.Y. 1996).

⁴⁶⁵ *Restatement (First) of Torts*, § 766. Zie ook M.P. Gergen, 'Tortious Interference: How It Is Engulfing Commercial Law, Why This Is Not Entirely Bad, and a Prudential Response', 38 *Ariz. L. Rev.* 1996, p. 1215; O.K. Ames III, 'Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort', 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 348.

⁴⁶⁶ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 983; D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 345-346.

⁴⁶⁷ D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 345; O.K. Ames III, 'Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort', 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 357-358.

14.1.2 *Restatement*-benadering

Vanwege de nadelen van de *prima facie*-methode is in de *Restatement (Second) of Torts* voor een andere benadering gekozen. In de *Introductory note* geven de opstellers aan dat de aansprakelijkheid van de gedaagde afhankelijk is van meerdere factoren en dat deze niet kunnen worden teruggebracht tot een enkele regel.⁴⁶⁸ Daarom is geopteerd voor een multifactorbenadering, waarbij aan de hand van verschillende factoren moet worden bepaald of de verstoring van de contractuele relatie (of het vooruitzicht daarop) behalve opzettelijk ook als *improper* kan worden beschouwd.⁴⁶⁹

Over de vraag wie de bewijslast draagt ten aanzien van dit criterium wordt in de *Restatement* echter geen standpunt ingenomen.⁴⁷⁰ Ook de rechtspraak is verdeeld. In sommige staten rust de bewijslast ten aanzien van de afwezigheid van *impropriety* bij de gedaagde, die moet aantonen dat zijn gedrag kan worden gerechtvaardigd en daarom niet als onoorbaar kan worden beschouwd.⁴⁷¹

In de rechtspraak wordt veelal gesproken over een *affirmative defense*: de gedaagde erkent dat hij de contractuele relatie opzettelijk heeft verstoord, maar tracht aan aansprakelijkheid te ontkomen door bijvoorbeeld te wijzen op een belang dat door nakoming van het contract van de eiser zou zijn geschaad.⁴⁷²

In de meeste deelstaten is echter rigoureuzer afstand genomen van de *prima facie tort*-benadering, en moet de eiser niet alleen bewijzen dat de gedaagde zijn contractuele relatie opzettelijk heeft verstoord, maar ook dat verstoring *improper* was.⁴⁷³

⁴⁶⁸ *Restatement (Second) of Torts, Introductory Note* bij hoofdstuk 37.

⁴⁶⁹ *Restatement (Second) of Torts*, § 766 en § 767.

⁴⁷⁰ *Restatement (Second) of Torts, Introductory Note* bij hoofdstuk 37.

⁴⁷¹ D.B. Dobbs & E.M. Bublick, *Cases and Materials on Advanced Torts: Economic and Dignitary Torts*, St. Paul, Minn.: West 2006, p. 373. Zie o.a. *Duggin v. Adams*, 234 Va. 221, 360 S.E.2d 832 (Va. 1987); *Highland Enterprises, Inc. v. Barker*, 986 P.2d 996 (Idaho 1999); *Murray v. Wells Fargo Home Mortg.*, 953 A.2d 308, 326 (D.C. 2008); *White Sands Group, L.L.C. v. PRS II, LLC*, 32 So.3d 5 (Ala. 2009).

⁴⁷² Zie o.a. *Sterner v. Marathon Oil Co.*, 767 S.W.2d 686-690 (Tex. 1989).

⁴⁷³ D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 620; O.K. Ames III, 'Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort', 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 357. Zie o.a. *Anderson v. Dairyland Ins. Co.*, 637 P.2d 837 (N.M. 1981); *Maximus, Inc. v. Lockheed Information Management Systems Co., Inc.*, 493 S.E.2d 375 (Va. 1997); *Mason v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 969 S.W.2d 160 (Ark. 1998); *National Employment Service Corp. v. Olsten Staffing Service, Inc.*, 761 A.2d 401 (N.H. 2000); *Buster v. George W. Moore, Inc.*, 783 N.E.2d 399 (Mass. 2003); *Gruhlke v. Sioux Empire Federal Credit Union, Inc.*, 756 N.W.2d 399 (S.D. 2008).

14.2 Bewijsmiddelen en waarderingsmaatstaf

Voor de bewijswaardering wordt in Amerikaanse civiele zaken doorgaans de maatstaf van *preponderance of evidence* gebruikt. Deze maatstaf houdt in dat de procespartij die zich op een feit beroept, moet bewijzen dat het meer waarschijnlijk is dan niet dat dit feit zich heeft voorgedaan.⁴⁷⁴ Hierbij wordt niet gekeken naar het aantal bewijsmiddelen, maar naar het gewicht en/of de overtuigende kracht van het bewijs.⁴⁷⁵

Om te bewijzen dat de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan *tortious interference with contractual relations*, kan de eiser verschillende soorten bewijsmateriaal overleggen, zoals schriftelijke documenten en verklaringen van getuigen. Ook *circumstantial evidence* kan als bewijs dienen. Veelal zal uit de feiten en omstandigheden van het geval moeten worden afgeleid dat de gedaagde op de hoogte was van het contract en dat hij het opzet had om de contractuele relatie te verstoren.⁴⁷⁶

Het bewijzen van de omvang van de geleden schade kan soms moeilijkheden opleveren. De schade moet met redelijke zekerheid vast komen te staan en met name wanneer de verstoorde zakelijke relatie nog niet was ‘vastgelegd’ door middel van een contract kan dit problematisch zijn.⁴⁷⁷ In dat geval kunnen bijvoorbeeld marktonderzoek, financiële analyses van experts, winstcijfers van vergelijkbare bedrijven uit de branche en cijfers uit het verleden worden gebruikt om de hoogte van de schade, die veelal bestaat uit gedeelde inkomsten, aan te tonen.⁴⁷⁸

Op grond van het Amerikaanse federale en deelstatelijke bewijsrecht is het gebruik van *hearsay* in beginsel verboden.⁴⁷⁹ *Hearsay* houdt in dat een getuige in een verklaring overbrengt wat een ander hem heeft verteld (verklaring van horen zeggen of *testimonium de auditu*). Op het verbod van *hearsay* bestaan echter diverse uitzonderingen, bijvoorbeeld wanneer die ander door ziekte of overlijden niet in staat is zelf als getuige op te treden.⁴⁸⁰ Verklaringen betreffende mededelingen van een ander over zijn gemoedstoestand vallen evenmin onder de *hearsay rule*.⁴⁸¹ In *tortious interference*-zaken kan informatie op basis

⁴⁷⁴ Zie 32A C.J.S. Evidence § 1627.

⁴⁷⁵ 32A C.J.S. Evidence § 1628.

⁴⁷⁶ Zie o.a. *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, 729 S.W.2d 768 (Tex.App. 1987); *Garrett v. Langley Federal Credit Union*, 121 F.Supp.2d 887, 907 (E.D. Va. 2000); D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 621.

⁴⁷⁷ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, Comment b.

⁴⁷⁸ Zie bijv. *Collelo v. Geographic Services, Inc.*, 727 S.E.2d 55, 63 (Va. 2012). Zie voor meer verwijzingen naar rechtspraak D.B. Dobbs, *Law of Remedies*, Vol. 2, St. Paul, Minn.: West 1993, p. 138-139; F.J. Cavico, ‘Tortious Interference with Contract in the At-Will Employment Context’, 79 *U. Det. Mercy L. Rev.* 2002, p. 549; E.P. Voigt, ‘Driving Trough the Dense Fog: Analysis of and Proposed Changes to Ohio Tortious Interference Law’, 55 *Clev. St. L. Rev.* 2007, p. 389.

⁴⁷⁹ Zie *Federal Rules on Evidence*, Article VIII. De *Federal Rules on Evidence* zijn in de meerderheid van de Amerikaanse deelstaten geheel of gedeeltelijk overgenomen.

⁴⁸⁰ Zie *Federal Rules on Evidence*, Article VIII, Rule 804.

⁴⁸¹ Zie *Federal Rules on Evidence*, Article VIII, Rule 803(3).

van *hearsay* dan ook van belang zijn om aan te tonen dat de gedaagde opzettelijk heeft gehandeld.⁴⁸²

15 Samenloop

15.1 Samenloop met vordering tegen wanprestant

Het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan een vordering wegens *tortious interference with contract* kan dikwijls ook aanleiding geven voor het instellen van een of meer andere vorderingen. Hierbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan een claim tegen zijn wederpartij, voor zover deze zich schuldig heeft gemaakt aan wanprestatie. De eiser is daartoe echter niet verplicht; de omstandigheid dat de eiser zijn schade ook kan verhalen op zijn wederpartij, levert geen verweer op voor de gedaagde die de contractuele relatie heeft verstoord.⁴⁸³ Zelfs het gegeven dat de wanprestant is veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, maar hieraan nog niet heeft voldaan, vormt geen obstakel voor het opleggen van een schadevergoedingsverplichting aan de gedaagde.⁴⁸⁴

Er bestaat onduidelijkheid over de vraag hoe de vorderingen van de wanprestant en derde zich tot elkaar verhouden. In een deel van de rechtspraak wordt aangenomen dat de wanprestant en de gedaagde hoofdelijk aansprakelijk (*jointly and severally liable*) zijn ten aanzien van de schade die het gevolg is van de niet-nakoming.⁴⁸⁵ Of er onderling regres mogelijk is tussen de wanprestant en de derde, is onhelder.⁴⁸⁶ Wel is duidelijk dat eventuele bedragen die de wanprestant heeft betaald aan de eiser als schadevergoeding, of als schikking, in mindering worden gebracht op het bedrag dat de gedaagde moet betalen. De eiser heeft immers recht op de vergoeding van zijn schade, maar niet op meer dan dat (behoudens eventuele *punitive* of *treble damages*).⁴⁸⁷ Andersom moet het bedrag dat de wanprestant dient te betalen te worden verminderd met al gedane betalingen door degene die de wanprestant tot de contractbreuk heeft aangezet of op andere wijze veroorzaakt.⁴⁸⁸

⁴⁸² O.K. Ames III, 'Tortious Interference with Business Relationships: The Changing Contours of this Commercial Tort', 35 *Cumb. L. Rev.* 2005, p. 346.

⁴⁸³ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1003.

⁴⁸⁴ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, *Comment e*.

⁴⁸⁵ Zie o.a. *Whitby v. Infinity Radio Inc.*, 951 So.2d 890, 900 (Fla.App. 2007); *Armendariz v. Mora*, 553 S.W.2d 400, 406 (Tex.App. 1977).

⁴⁸⁶ D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 644.

⁴⁸⁷ Zie G. Myers, 'The Differing Treatment of Efficiency and Competition in Antitrust and Tortious Interference Law', 77 *Minn. L. Rev.* 1993, p. 1123. Zie ook o.a. *Kassman v. American University*, 546 F.2d 1029, 1033-1034 (C.A.D.C. 1976); *Ross v. Holton*, 640 S.W.2d 166, 173 (Mo.App. 1982); *Laurendeau v. Kewaunee Scientific Equipment Corp.*, 456 N.E.2d 767, 772 (Mass.App. 1983); *Reliable Tire Distributors Inc. v. Kelly Springfield Tire Co.*, 607 F.Supp. 361, 373 (D.C.Pa. 1985) (op grond van het recht van Pennsylvania); *TSC Industries, Inc. v. Tomlin*, 743 S.W.2d 169 (Tenn.App. 1987).

⁴⁸⁸ *Restatement (Second) of Torts*, § 774A, *Comment e*.

15.2 Samenloop met andere aansprakelijkheidsgronden

In sommige gevallen kan de eiser zijn vordering tegen de derde die zijn contractuele relatie heeft verstoord, mede baseren op een andere aansprakelijkheidsgrond. In de jurisprudentie zijn vele voorbeelden waarbij de vordering zowel gebaseerd is op *tortious interference* als op een andere *tort*, zoals *fraud*,⁴⁸⁹ *libel* of *slander*,⁴⁹⁰ *bribery*,⁴⁹¹ of op *unfair competition*.⁴⁹² Wanneer de *tortious interference*-claim overlapt met een andere, meer specifieke *tort*, doen zich verschillende problemen voor. Ten eerste rijst de vraag of de eiser in een geval dat normaal gesproken valt onder de reikwijdte van een andere *tort*, zoals *defamation*, strenge aansprakelijkheidsvoorwaarden kan omzeilen door een beroep te doen op *tortious interference with contract*. In de literatuur wordt deze vraag ontkennend beantwoord.⁴⁹³ De verstoring van het contract moet dan niet worden beschouwd als een afzonderlijke grond voor aansprakelijkheid, maar als een onderdeel van de schade.⁴⁹⁴ Indien zowel is voldaan aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid van een specifieke *tort* als van *tortious interference with contract*, kan de eiser ervoor kiezen zijn vordering te baseren op een van de twee, of op beide aansprakelijkheidsgronden. Die laatste optie kan er uiteraard niet toe leiden dat de eiser een dubbele schadevergoeding verkrijgt.⁴⁹⁵ Uit de rechtspraak blijkt verder dat sommige wettelijke regelingen de eiser de mogelijkheid ontnemen om zijn claim te baseren op *tortious interference*.⁴⁹⁶

15.3 Samenloop met equity

Voor de samenloop tussen *equity* en de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk wordt verwezen naar paragraaf 11.3 van hoofdstuk 6. Hoewel in de Verenigde Staten in gevallen van dubbele verkoop van onroerend goed veelal een beroep wordt gedaan op *equity*, is de rol van *tort law* echter niet geheel uitgespeeld. Eisers baseren hun vordering op *tortious interference with contract* wanneer zij bijvoorbeeld immateriële schade willen verhalen of hopen op de toekenning van *punitive damages*.⁴⁹⁷

⁴⁸⁹ Zie o.a. *Exxon Corp. v. Emerald Oil & Gas Co., L.C.*, 331 S.W.3d 419 (Tex. 2010); *Delaney & Co. V. City of Bozeman*, 222 P.3d 618 (Mont. 2009); *Zanders v. Reid*, 980 A.2d 1096 (D.C. 2009).

⁴⁹⁰ Zie o.a. *Morgan & Pottinger, Attorneys, P.S.C. v. Botts*, 348 S.W.3d 599 (Ky. 2011).

⁴⁹¹ *Korea Supply Company v. Lockheed Martin Corporation*, 63 P.3d 937 (Cal. 2003).

⁴⁹² Zie bijv. *Wesco Autobody Supply, Inc. v. Ernest*, 243 P.3d 1069, 1082 (Idaho 2010).

⁴⁹³ D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 617.

⁴⁹⁴ Zie boven, par. 8.2.2.

⁴⁹⁵ D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 617.

⁴⁹⁶ Zie o.a. *BlueEarth Biofuels, LLC v. Hawaiian Elec. Co., Inc.*, 235 P.3d 310 (Hawaii 2010) (m.b.t. *Trade Secret Act*); *Midwest Pipe Insulation, Inc. v. MD Mechanical, Inc.*, 771 N.W.2d 28 (Minn. 2009) (m.b.t. federaal arbeidsrecht).

⁴⁹⁷ Zie bijv. *Emmerson v. Walker*, 236 P.3d 598 (Mont. 2010).

16 Functie van jury en rechter

In de inleiding van dit hoofdstuk werd kort gewezen op de rol van jury binnen de Amerikaanse rechtspraak.⁴⁹⁸ In *tortious interference*-zaken wordt in eerste instantie door de jury aan de hand van de feiten en het bewijsmateriaal bepaald of aan de vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan. De jury stelt ook de hoogte van de schadevergoeding vast. Alleen wanneer sprake is van een *action in equity* – bijvoorbeeld wanneer een *injunction* wordt gevorderd – of wanneer de gedaagde afstand heeft gedaan van zijn recht op juryrechtspraak, wordt de zaak alleen door een rechter behandeld. In hoger beroep worden alle zaken door rechters afgedaan.

De vraag die in de meeste *tortious interference*-zaken centraal staat – was de verstoring van de contractuele relatie onoorbaar? – wordt in de regel door de jury beantwoord.⁴⁹⁹ Datzelfde geldt voor de vraag of de gedaagde op de hoogte was van het contract en of hij het opzet had het contract te verstoren.⁵⁰⁰ Hoewel het in de eerste plaats aan de rechter is om rechtvaardigingsgronden te formuleren, moet de jury in het concrete geval bepalen of zich feitelijk een rechtvaardigingsgrond voordoet.⁵⁰¹ Ook het causale verband tussen de verstoring en de schade – zowel de feitelijke als de juridische causaliteit – wordt bepaald aan de hand van de feiten en is daarmee doorgaans een aangelegenheid voor de jury.⁵⁰² Tot slot beslist de jury ook over de hoogte van de schadevergoeding en eventuele *punitive damages*, al heeft de rechter in vrijwel alle staten de bevoegdheid om het bedrag aan *damages* terug te brengen (*remittitur*).

⁴⁹⁸ Zie boven, par. 1.3.1.

⁴⁹⁹ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment* 1).⁴⁹⁹ In de literatuur is wel betoogd dat het in een ‘*novel case*’ – een zaak die zich nog niet eerder heeft voorgedaan – niet aan de jury, maar aan de rechter is om te bepalen of een verstoring als onoorbaar moet worden beschouwd, zie M.P. Gergen, ‘*Tortious Interference: How It Is Engulfing Commercial Law, Why This Is Not Entirely Bad, and a Prudential Response*’, 38 *Ariz. L. Rev.* 1996, p. 1223-1224.

⁵⁰⁰ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment* 1.

⁵⁰¹ *Restatement (Second) of Torts*, § 767, *Comment* 1.

⁵⁰² W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 990-991.

8 Vergelijking en verklaring

1 Inleiding

In de vorige vijf hoofdstukken is onderzocht hoe in het Nederlandse, Duitse, Franse, Engelse en Amerikaanse recht wordt gereageerd op situaties van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk. In het eerste deel van dit hoofdstuk zullen de onderzoeksresultaten worden samengebracht tot een comparatieve synthese, waarin alle gelijkenissen en verschillen tussen de onderzochte rechtssystemen in kaart worden gebracht.¹ Vervolgens zal in het tweede deel worden getracht om de belangrijkste gelijkenissen en verschillen te verklaren.

I VERGELIJKING

2 Juridische grondslag

In de vier onderzochte *civil law*-systemen heeft de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie een wettelijke basis. Naar Nederlands recht wordt de betrokkenheid bij contractbreuk onder omstandigheden aangemerkt als handelen in strijd met hetgeen volgens de ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt in de zin van 6:162 lid 2 BW. De belangrijkste grondslagen in het Duitse recht zijn § 826 BGB en § 4 lid 10 UWG. In de rechtspraak is aangenomen dat de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk onder omstandigheden geldt als een *sittenwidrige, vorsätzliche Schädigung* in de zin van § 826 BGB. In concurrentieverhoudingen wordt de aansprakelijkheid echter vooral gebaseerd op het oneerlijkemededingsrecht. § 4 lid 10 UWG, waarin staat dat het doelgericht belemmeren van een concurrent een oneerlijke handelspraktijk oplevert, vormt in de praktijk de belangrijkste grondslag voor de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie. Naar Frans recht wordt de aansprakelijkheid gebaseerd op het algemene artikel voor de onrechtmatige daad: 1382 Cc, waarin het begrip *faute* centraal staat. Daarnaast kent het Franse recht twee specifieke wettelijke bepalingen: artikel L. 1237-3 Cdt en artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc, die respectievelijk betrekking hebben op de situatie waarin een werkgever een nieuwe werknemer in dienst heeft genomen in strijd met diens arbeidscontract, en op de deelname aan de schen-

¹ Omdat de structuur van de rechtsvergelijking correspondeert met die van de hoofdstukken 3 tot en met 7, zijn geen kruisverwijzingen opgenomen. Voor de uitgebreide onderzoeksresultaten per rechtstelsel en per onderwerp dient te worden gekeken naar de corresponderende paragraaf in het hoofdstuk over dat rechtstelsel.

ding van een selectief of exclusief distributiecontract. Voor het overige dient het onrechtmatigedaadsartikel 1382 Cc als wettelijke grondslag.

In Engeland ontbreekt een wettelijke bepaling waarop de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie kan worden gebaseerd. Deze aansprakelijkheid is in de negentiende eeuw tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak, in het bijzonder in de zaken *Lumley v. Gye*² uit 1853 van de Engelse *Queen's Bench Court* (grondslag voor de aansprakelijkheid wegens het aanzetten tot wanprestatie) en *Allen v. Flood*³ uit 1897 van de *House of Lords* (grondslag voor aansprakelijkheid wegens het opzettelijk toebrengen van schade met gebruik van onrechtmatige middelen). *Lumley v. Gye* wordt ook in de Verenigde Staten als *landmark case* beschouwd binnen het leerstuk van *tortious interference with contractual relations*. Vanaf de twintigste eeuw heeft de Amerikaanse aansprakelijkheid zich echter onafhankelijk van het Engelse recht ontwikkeld. Het feit dat deze materie in de Verenigde Staten behoort tot het recht van de deelstaten, heeft tot gevolg dat zich verschillen tussen de deelstaten kunnen voordoen ten aanzien van de aansprakelijkheidsvoorwaarden. Mede dankzij de harmoniserende invloed van de *Restatements First* (1939) en *Second* (1979) *of Torts* zijn de verschillen in de praktijk echter beperkt. In een groot deel van de deelstaten wordt in de rechtspraak verwezen naar § 766 van de *Restatement*, waarin *intentional and improper interference with a contract* als *tortious* wordt aangemerkt.

Dat de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk in de *civil law*-jurisdicties in tegenstelling tot de *common law*-rechtssystemen een wettelijke basis heeft, maakt feitelijk echter weinig verschil. De artikelen 6:162 BW, § 826 BGB, § 4 lid 10 UWG en 1382 Cc zijn alle *Generalklauseln* – open geformuleerde bepalingen, die nadere invulling door de rechter behoeven. De aansprakelijkheid van een derde wegens zijn betrokkenheid bij wanprestatie is daarom ook, evenals in Engeland en de Verenigde Staten, in Nederland, Duitsland en Frankrijk tot ontwikkeling gekomen in de jurisprudentie.

3 Ratio

Van de onderzochte rechtssystemen wordt alleen in de Engelse expliciet ingegaan op de ratio van de aansprakelijkheid. In de Engelse rechtspraak hebben de voornaamste gronden waarop aansprakelijkheid kan worden aangenomen in situaties waarin een derde betrokken is geweest bij wanprestatie, de *Lumley tort* en de *unlawful means tort*, verschillende ratio's. De aansprakelijkheid die voortvloeit uit de *Lumley tort*, op basis waarvan het aanzetten tot wanprestatie als onrechtmatig wordt aangemerkt, wordt beschouwd als een vorm van *secondary liability*, die vergelijkbaar is met de aansprakelijkheid wegens het medeplegen van een onrechtmatige daad (*joint tortfeasance*). Het gedrag van de derde is onrechtmatig omdat hij heeft deelgenomen aan een *civil wrong* en de aansprakelijkheid die hieruit voortvloeit is afgeleid van de aansprakelijkheid van de primaire laedens, de wanprestant. Heeft de derde niet tot wanprestatie aangezet, maar met behulp

² [1853] 2 El & BI 216.

³ [1898] AC 1.

van onrechtmatige middelen opzettelijk vermogensschade toegebracht aan de eiser, dan is de ratio van de aansprakelijkheid gelegen in het gebruik van de onrechtmatige middelen. De aansprakelijkheid van de derde is bij deze *tort* primair van aard, en wordt dus niet afgeleid van die van de wanprestant.

In de Franse rechtspraak wordt aanvaard dat contracten tegenstelbaar zijn aan derden die ervan op de hoogte zijn. De tegenstelbaarheid van contracten heeft tot gevolg dat een derde die het bestaan van een contract bewust niet respecteert, aansprakelijk kan worden gesteld op grond van onrechtmatige daad. Hoewel in de Franse rechtspraak niet duidelijk wordt ingegaan op de ratio of rechtvaardiging van de aansprakelijkheid, wordt er in de literatuur is op gewezen dat de bescherming van contractuele rechten belangrijke gelijkenissen vertoont met de bescherming van zakelijke rechten, met dien verstande dat in plaats van publiciteit, kennis wordt vereist. Hiermee lijkt de Franse rechter de patrimoniumtheorie, op grond waarvan vorderingsrechten evenals zakelijke rechten tot het patrimonium van de schuldeiser behoren en een vergelijkbare bescherming dienen te bieden tegen inbreuken door derden, te aanvaarden.

In Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten is de ratio van de aansprakelijkheid minder duidelijk. Zoals uit paragraaf 2 blijkt, wordt de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk in deze rechtssystemen onder omstandigheden respectievelijk als maatschappelijk onzorgvuldig, *sittenwidrig*, *unlauter* of *tortious* gekwalificeerd. Een algehele tegenstelbaarheid van contracten aan derden die ervan op de hoogte zijn, zoals in Frankrijk, wordt verworpen omdat zij wordt beschouwd als een te grote inperking van de vrijheid van handel en bedrijf en de individuele handelingsvrijheid van derden. Bovendien lijkt, anders dan in de andere rechtssystemen, ook de rol van het contractuele relativiteitsbeginsel binnen het kader van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie in Nederland en Duitsland niet geheel te zijn uitgespeeld. Hoewel uit de rechtspraak blijkt dat de relativiteit van contractswerking geen obstakel vormt om een derde wegens betrokkenheid bij wanprestatie aansprakelijk te stellen, wordt in de Nederlandse en Duitse rechtspraak wel een zekere reflexwerking aan het beginsel toegekend, hetgeen een beperkend effect lijkt te hebben op de omvang van de aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van de derde wordt in Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten niet beschouwd als een afgeleide aansprakelijkheid, zoals in het Engelse recht. Omdat de betrokkenheid van de derde bij wanprestatie op zichzelf in deze rechtssystemen niet onrechtmatig is, geven de bijzondere omstandigheden van het geval de doorslag. Welke omstandigheden een rol kunnen spelen en vooral welk gewicht aan deze omstandigheden moet worden toegekend is daarentegen niet steeds duidelijk. In de Amerikaanse *Restatement (Second) of Torts* is wel geprobeerd om op dit punt helderheid te verschaffen door een multifactorbenadering te introduceren. Op de vraag waarom de aanwezigheid van de in de genoemde omstandigheden betrokkenheid bij wanprestatie onrechtmatig maakt, wordt in de rechtspraak echter niet of nauwelijks ingegaan.

4 Reikwijdte van de aansprakelijkheid

4.1 Overeenkomst

4.1.1 Aanwezigheid van een geldige overeenkomst

Uit de hoofdstukken 3 tot en met 7 blijkt dat alleen betrokkenheid bij de niet-nakoming van een geldig en afdwingbaar contract als onrechtmatig kan worden aangemerkt; in geen van de onderzochte rechtssystemen kan het verstoren van een nietig contract tot aansprakelijkheid leiden. Of de relatieve vernietigbaarheid van een contract aan aansprakelijkheid in de weg staat, is niet in alle rechtssystemen duidelijk. Volgens de meerderheidsopvatting in de Verenigde Staten is de vernietigbaarheid van een overeenkomst geen obstakel voor aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contract*.

Hoewel de eiser in de regel zal moeten kunnen aantonen dat hij een geldige, afdwingbare overeenkomst had, die door toedoen van de derde is verstoord, wordt de aansprakelijkheid van een derde in de precontractuele fase in geen van de onderzochte rechtssystemen uitgesloten. Naar Nederlands recht is echter onduidelijk onder welke omstandigheden deze aansprakelijkheid kan worden aanvaard. Op grond van het Duitse recht is voor aansprakelijkheid wegens *Verleitung zum Vertragsbruch* minimaal een voorovereenkomst vereist. Het frustreren van een vooruitzicht op een overeenkomst valt buiten de reikwijdte van deze aansprakelijkheidsgrond. Wanneer de eiser echter kan aantonen dat de derde bij het verstoren van contractonderhandelingen gebruik heeft gemaakt van ongeoorloofde middelen, dan is aansprakelijkheid op basis van § 826 BGB of de UWG mogelijk. Ook volgens het Franse recht kan het verstoren van contractonderhandelingen tot aansprakelijkheid leiden, maar onder aanzienlijk striktere voorwaarden dan het verstoren van een overeenkomst, aangezien de eiser een onoorbaar motief of het gebruik van ongeoorloofde middelen moet kunnen bewijzen. Op grond van de Engelse *Lumley tort* is de aanwezigheid van een contract een essentiële voorwaarde voor aansprakelijkheid, maar op grond van de *unlawful means tort* kan het verstoren van contractonderhandelingen onder omstandigheden ook tot aansprakelijkheid leiden. Naar Amerikaans recht is het bestaan van een contract een van de voorwaarden voor aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contract*. Niettemin kan een derde onder omstandigheden ook aansprakelijk worden gesteld wanneer hij het vooruitzicht op een contract of ander financieel voordeel heeft (*tortious interference with prospective economic advantage*). De aansprakelijkheidsvoorwaarden voor deze *tort* zijn grotendeels gelijk aan die voor *tortious interference with contract*, al zal de verstoring van contractonderhandelingen doorgaans wat minder snel als ongeoorloofd worden aangemerkt dan het verstoren van een contract.

4.1.2 Soorten overeenkomsten

In geen van de onderzochte jurisdicties wordt de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk beperkt tot bepaalde typen overeenkomsten.

Niettemin tonen de landenstudies aan dat de rechtspraak vaak betrekking heeft op bepaalde soorten contracten. Zo zien Nederlandse en Franse uitspraken veelal op verticale overeenkomsten, concurrentiebedingen en koopovereenkomsten betreffende onroerend goed. De Duitse rechtspraak betreft eveneens vaak verticale overeenkomsten en arbeidscontracten. Een groot deel van de in de twintigste eeuw gewezen Engelse uitspraken had betrekking op stakingsgeschillen. Door wijzigingen in de wetgeving hebben de *Lumley tort* en de *unlawful means tort* in de stakingscontext echter aanzienlijk aan belang verloren. De Amerikaanse *tortious interference*-rechtspraak is zeer gevarieerd ten aanzien van de typen contracten die zijn verstoord. Een uitzondering wordt gemaakt voor het huwelijkscontract, dat buiten de reikwijdte van de aansprakelijkheid valt. Deze uitzondering geldt ook in de andere rechtsstelsels.

4.2 Schending van de overeenkomst

Gezien de termen ‘uitlokken of profiteren van wanprestatie’, ‘*Verleitung zum Vertragsbruch*’ en ‘*inducement of a breach of contract*’ zou men kunnen concluderen dat wanprestatie, dus een toerekenbare⁴ tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst, op grond van het Nederlandse, Duitse en Engelse recht een essentiële voorwaarde vormt voor aansprakelijkheid. In de respectievelijk in Frankrijk en de Verenigde Staten gehanteerde benamingen ‘*opposabilité des contrats*’ en ‘*tortious interference with contractual relations*’ komt de term contractbreuk daarentegen niet voor.

De analyses van de rechtsstelsels laten echter zien dat de algemeen aanvaarde en gebruikte terminologie de lading niet in alle gevallen dekt. Uit de Nederlandse rechtspraak kan worden afgeleid dat wanprestatie niet in alle gevallen een essentiële voorwaarde vormt. Ook de betrokkenheid van een derde bij de toekomstige frustratie van de nakoming van een contract, welke (nog) niet als contractbreuk kan worden gekwalificeerd, kan onder dezelfde omstandigheden als onrechtmatig worden aangemerkt als de betrokkenheid bij wanprestatie. Naar Duits recht wordt doorgaans wel geëist dat sprake is van contractbreuk. Daarbij moet de eiser wel kunnen aantonen dat een uit de overeenkomst voortvloeiende *hoofdverplichting* niet is nagekomen; de betrokkenheid bij de schending van een nevenverplichting leidt in de regel niet tot aansprakelijkheid. De betrokkenheid van een derde bij de recht- en regelmatige opzegging van een contract kan op grond van § 826 BGB of § 4 lid 10 UWG echter ook tot aansprakelijkheid leiden, al gelden hiervoor striktere voorwaarden – de gedaagde moet een onoorbaar motief hebben gehad of gebruik hebben gemaakt van onoorbare middelen – dan voor derdenbetrokkenheid bij wanprestatie. Het Franse recht vereist een contractbreuk wanneer de verstoring van de contractuele relatie plaatsvindt in het kader van een verkooporganisatie. In andere gevallen lijkt de schending van het contract niet per se vast te hoeven staan. Op grond van het Engelse recht zal, gezien het accessoire karakter van de aansprakelijkheid die voortvloeit uit *indu-*

⁴ In de *common law* is de toerekenbaarheid of verwijtbaarheid van de niet-nakoming in beginsel geen voorwaarde voor aansprakelijkheid op grond van *breach of contract*, dit in tegenstelling tot in de *civil law*.

cement of a breach of contract, wanprestatie steeds moeten worden aangetoond. Het aanzetten tot de rechtmatige beëindiging van een contract kan echter onder omstandigheden wel tot aansprakelijkheid leiden op grond van de *unlawful means tort*. Ook in de Amerikaanse rechtspraak wordt aanvaard dat de betrokkenheid bij de recht- en regelmatige opzegging van een contractuele relatie, waarbij vooral moet worden gedacht aan de beëindiging van een *contract terminable at will*, onder omstandigheden tot aansprakelijkheid leiden. In veel deelstaten wordt zij echter niet ondergebracht onder de *tort of interference with prospective economic advantage*.

4.3 Kennis

4.3.1 Kennis van de schending van het contract

In alle onderzochte rechtsstelsels is voor aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij wanprestatie vereist dat de derde wist dat hij betrokken was bij de schending van het contract. Bij de invulling van het kennisvereiste doen zich echter verschillen voor. Naar Nederlands recht volstaat ‘behoren te weten’, hetgeen een objectivering van het kennisvereiste betekent. Beslissend is of de gedaagde het bestaan en de (globale) inhoud van het contract redelijkerwijs had kunnen kennen. In de literatuur wordt bovendien aangenomen dat wanneer de derde twijfels heeft omtrent het contract, hem onder omstandigheden de plicht wordt opgelegd hiernaar onderzoek te verrichten. Ook naar Duits recht is vereist dat de derde wist of behoorde te weten van het bestaan van het contract en het feit dat door zijn handelen het contract wordt gefrustreerd. Naar Frans recht voldoet alleen een daadwerkelijk ‘weten’. In uitzonderingsgevallen kan echter een onderzoeksplicht worden aangenomen, zoals bij concurrentiebedingen, mits deze gebruikelijk zijn in de betreffende bedrijfstak. Ook op grond van het Engelse recht moet worden aangetoond dat de gedaagde het bestaan van het contract en de inhoud kende (*actual knowledge*). In de Verenigde Staten ontbreekt een uniforme standaard ten aanzien van het kennisvereiste. In sommige deelstaten is vereist dat de derde daadwerkelijk kennis had van het bestaan van het contract en van het feit dat hij de nakoming ervan verstoort, terwijl in andere voldoende wordt geacht dat hij dit redelijkerwijs uit de hem bekende feiten en omstandigheden had kunnen afleiden. In enkele deelstaten wordt aan de derde een onderzoeksplicht opgelegd.

4.3.2 Toetsingsmoment

Over de vraag op welk moment de derde heeft moeten weten van de overeenkomst en de schending ervan, bestaat in het Nederlandse recht enige discussie. De termen ‘uitlokken’ of ‘opzettelijk bevorderen’ van wanprestatie, impliceren dat de derde op het moment van de uitlokking of bevordering op de hoogte moet zijn geweest van het contract. In andere gevallen van betrokkenheid van derden bij contractbreuk, met name bij het gebruikmaken van wanprestatie, is het toetsingsmoment minder evident. In de meeste gevallen wordt echter aangenomen

dat het tijdstip waarop de derde zijn contract met de wanprestant sluit, bepalend is. Slechts bij uitzondering kan een ander moment – dat van uitvoering van die overeenkomst – worden gehanteerd. Ook in het Duitse recht is het moment beslissend waarop de derde zijn overeenkomst aangaat waardoor zijn wederpartij diens eerdere contractuele verplichtingen niet langer kan nakomen. Hetzelfde toetsingsmoment geldt in het Franse en Engelse recht. In het Franse recht wordt echter wel een uitzondering gemaakt voor arbeidscontracten: het feit dat de derde pas na de sluiting van de arbeidsovereenkomst van de gebondenheid van zijn wederpartij op de hoogte raakt, hoeft niet in de weg te staan aan aansprakelijkheid. In artikel L. 1237-3 Cdt is echter wel een maximumtermijn van vijftien dagen na de contractbreuk opgenomen. In de Verenigde Staten moet de kennis aanwezig zijn op het moment dat het contract wordt verstoord. Dit zal in beginsel het moment zijn waarop de derde zijn contract sluit.

4.4 Opzet

In de Nederlandse rechtspraak vormt opzet ten aanzien van het teweegbrengen van de contractbreuk of de schade geen vereiste voor het aannemen van onrechtmatigheid. Ook in het Franse recht en in het Duitse oneerlijkemededingsrecht wordt geen opzet vereist en is het aantonen van kennis voldoende. Opzet ten aanzien van het bewerkstelligen van wanprestatie, waaronder ook dient te worden verstaan zekerheidsbewustzijn, zal echter wel moeten worden aangetoond wanneer de eiser stelt dat de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan het uitlokken van contractbreuk.

Opzet is in het Duitse algemene delictsrecht, het Engelse en het Amerikaanse recht wel steeds een voorwaarde voor het aannemen van aansprakelijkheid. In § 826 BGB wordt als eis gesteld dat de gedaagde opzettelijk schade (opzet hoeft dus niet gericht te zijn op het totstandbrengen van de contractbreuk) heeft toegebracht, waarbij voorwaardelijk opzet volstaat. De gedaagde moet zich ervan bewust zijn geweest dat de kans aanwezig was dat hij door zijn handelen schade zou toebrengen aan een ander en deze kans hebben aanvaard. Vanwege dit ruime criterium staat het opzetvereiste zelden in de weg aan een onrechtmatigheidsoordeel. In het Engelse recht moet de eiser, die zijn vordering baseert op het aanzetten tot wanprestatie, bewijzen dat de gedaagde het opzet had ten aanzien van het bewerkstelligen van de wanprestatie. De contractbreuk hoeft echter niet het doel (*end*) te zijn geweest, maar kan ook een middel zijn geweest om een ander doel te bereiken (*means*). Op grond van de *unlawful means tort* moet worden bewezen dat de gedaagde het opzet had om schade toe te brengen aan de eiser, waarvoor de hoogste rechter ook het *ends/means*-criterium hanteert.

In veruit de meeste Amerikaanse uitspraken wordt bepaald dat alleen *intentional interference with contract* tot aansprakelijkheid leidt. *Negligence* – onzorgvuldigheid – is onvoldoende. Het Amerikaanse recht vereist meer dan slechts een ‘bewust aanvaarden van een kans’, maar het opzetcriterium is wel vervuld wanneer de gedaagde wist dat de verstoring van de contractuele relatie een waarschijnlijk (*substantially certain*) gevolg was van zijn handelen. Door

deze invulling heeft het opzetvereiste een minder beperkend effect op de aansprakelijkheid dan wellicht zou worden verwacht.⁵

4.5 Derdepartijvereiste

4.5.1 Belang van het derdepartijvereiste

Uit de Amerikaanse rechtspraak blijkt dat de vraag of de gedaagde als ‘derde’ kan worden aangemerkt, een voorname rol speelt. Het niet vervullen van het derdepartijvereiste vormt een reden om een claim op basis van *tortious interference with contractual relations* af te wijzen. Aan de vraag of de gedaagde een ‘derde’ is ten aanzien van het verstoorde contract, wordt in de Nederlandse, Duitse en Franse jurisprudentie en doctrine daarentegen weinig aandacht besteed. In de Engelse rechtspraak en literatuur is meer belangstelling voor het begrip ‘derde’ en wordt ook de vraag gesteld of de aanwezigheid van een derde wel noodzakelijk is voor aansprakelijkheid op grond van de *economic torts*, of dat deze ook kunnen worden toegepast in tweepartijensituaties. Dat de gedaagde op grond van de *Lumley tort* geen partij mag zijn bij het contract waarvan hij de breuk heeft bewerkstelligd, wordt in de rechtspraak echter als vanzelfsprekend aangenomen. Het feit dat de aansprakelijkheid van de gedaagde wordt beschouwd als secundaire aansprakelijkheid, betekent dat er nog een ander in het spel is die primair aansprakelijk kan worden gehouden voor de wanprestatie. Ook de *unlawful means tort* lijkt een driepartijensituatie te vereisen, hoewel door sommige rechtsgeleerden wordt betoogd dat deze *tort* ook in tweepartijen-verhoudingen toegepast zou moeten kunnen worden.

4.5.2 Invulling van het begrip ‘derde’

De vraag hoe het begrip derde moet worden ingevuld, is met name relevant indien een bijzondere relatie bestaat tussen de wanprestant en de derde en de vraag rijst of sprake is van twee afzonderlijke partijen of entiteiten, of dat zij vereenzelvigd moeten worden. Deze vraag speelt in het bijzonder bij de relaties tussen moeder- en dochtervennootschap, bestuurder en rechtspersoon en agent en principaal.

Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt dat de nauwe verwevenheid van de derde en de wanprestant geen obstakel vormt om de derde aansprakelijk te stellen wegens zijn betrokkenheid bij wanprestatie.⁶ Nauwe verbondenheid, die bij-

⁵ Zie ook M. Bussani & V.V. Palmer, ‘The Frontier between Contractual and Tortious Liability in Europe: Insights from the Case of Compensation for Pure Economic Loss’, in: A. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 967.

⁶ In bijzondere gevallen kunnen de derde en de wanprestant overigens wel worden vereenzelvigd, met name wanneer de derde misbruik heeft gemaakt van identiteitsverschil. Dit misbruik, dat doorgaans op zichzelf een onrechtmatige daad oplevert, is echter niet voldoende voor vereenzelving. Daarvoor moet sprake zijn van uitzonderlijke omstandigheden, zie o.a. HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. J.M.M. Maeijer; Rb. Midden-Nederland 3 juli 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:2640*.

voorbeeld kan bestaan uit het feit dat de derde en de wanprestant dezelfde bestuurder hebben en de derde houder is van een substantieel deel van de aandelen van de wanprestant, wordt in de rechtspraak zelfs gezien als een grond om onrechtmatigheid aan te nemen. Ook naar Frans recht kan de moeder vennootschap op grond van onrechtmatige daad worden aangesproken wegens betrokkenheid bij de wanprestatie van haar dochter, met name wanneer zij haar dochter instructies geeft waardoor de dochter niet aan haar contractuele verplichtingen kan voldoen.⁷ Op grond van het Duitse recht is het niet uitgesloten dat een moedermaatschappij aansprakelijk wordt gehouden op grond van § 826 BGB wanneer er sprake is van een (voorwaardelijk) opzettelijke benadeling van crediteuren van de dochtermaatschappij. Het leerstuk van de onrechtmatige daad wordt echter weinig ingezet voor de aansprakelijkheid in concernverhoudingen.⁸ Naar Engels recht staat een concernrelatie niet in de weg aan aansprakelijkheid op grond van de *Lumley tort*, maar levert deze relatie ook geen vermoeden op dat de moeder vennootschap de wanprestatie van de dochter heeft bevorderd. Een geheel andere positie wordt ingenomen door een groot aantal Amerikaanse *state courts*. Hoewel ook naar Amerikaans recht verbonden vennootschappen, zoals moeder- en dochtermaatschappijen, in beginsel als aparte entiteiten worden beschouwd, wordt de moedermaatschappij die een contractuele relatie van haar dochter heeft verstoord in een belangrijk deel van de rechtspraak niet aangemerkt als *stranger to the contract*. Dat betekent dat niet is voldaan aan het derdepartijvereiste en geen aansprakelijkheid kan worden aangenomen op basis van *tortious interference with contract*. In andere deelstaten wordt aangenomen dat een concernmoeder weliswaar als derde kan worden gekwalificeerd, maar dat zij het recht (*privilege*) heeft om zich te bemoeien met de contracten van de dochter. Aansprakelijkheid wegens *tortious interference with contract* kan dan slechts worden aangenomen wanneer de moedermaatschappij heeft gehandeld in strijd met de belangen van de dochteronderneming of gebruik heeft gemaakt van onoorbare middelen.

In de verhoudingen tussen agent en principaal en bestuurder en rechtspersoon wordt het handelen van de agent/bestuurder in beginsel toegerekend aan de principaal/rechtspersoon. In de Engelse rechtspraak wordt in deze gevallen een '*unity of interest*' aangenomen, en kan de agent in beginsel niet aansprakelijk worden gesteld wegens het aanzetten van zijn principaal tot contractbreuk. Ook het aanzetten van zijn vennootschap tot het plegen van wanprestatie zal voor een bestuurder in beginsel niet tot aansprakelijkheid leiden, tenzij hij te kwader trouw heeft gehandeld. In de Amerikaanse *Restatement* wordt het feit dat tussen de derde en de wanprestant een bijzondere verantwoordelijkheids- of vertrouwensrelatie bestaat echter beschouwd als een omstandigheid die de verstoring van de contractuele relatie geoorloofd doet zijn, mits de derde te goeder trouw en in het belang van de wanprestant heeft gehandeld (zie § 770 en § 772 *Resta-*

⁷ L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993, p. 447-448.

⁸ Zie ook L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993, p. 322-323 en 1032-1033.

ment (Second) of Torts). Hoewel de *Restatement*-benadering door sommige *state courts* wordt gevolgd, wordt in een belangrijk deel van de Amerikaanse rechtspraak aangenomen dat een agent of bestuurder in beginsel niet kan worden aangesproken op grond van *tortious interference with contract* omdat hij niet als derde kan worden aangemerkt. De toerekening van zijn handelingen aan de principaal of vennootschap heeft in het Amerikaanse recht echter zijn grens wanneer de agent of bestuurder zijn bevoegdheden overschrijdt en zijn handelen niet meer kan worden beschouwd als ‘handelen in de uitoefening van zijn werkzaamheden’. Bij de laatste kan worden gedacht aan de situatie waarin hij gebruik heeft gemaakt van onoorbare middelen of heeft gehandeld in strijd met het belang van de principaal of de rechtspersoon. Het derdepartijvereiste is in deze context nauw verbonden met het leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid; de agent of bestuurder kan zich niet langer verschuilen achter de principaal of rechtspersoon, maar wordt als afzonderlijke partij beschouwd en kan daardoor als derde persoonlijk worden aangesproken. Ook naar Nederlands recht kan een bestuurder persoonlijk worden aangesproken op grond van artikel 6:162 BW wegens het bewerkstelligen van een wanprestatie die gepleegd is door de vennootschap wanneer hem een ‘voldoende ernstig verwijt’ kan worden gemaakt – hetgeen aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden bepaald.

4.6 *Categorieën van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk*

4.6.1 Bewust aangaan van tegenstrijdige transactie

Naar Frans recht is het feit dat de derde bewust een tegenstrijdige transactie – een overeenkomst die conflicteert met een eerder door de wederpartij gesloten overeenkomst – is aangegaan voldoende om een onrechtmatige daad aan te nemen. Het Franse recht neemt hiermee een uitzonderingspositie in. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad en het BGH blijkt dat het bewust sluiten van een tegenstrijdige overeenkomst onvoldoende is om onrechtmatigheid aan te nemen en dat bijkomende omstandigheden vereist zijn. Ook in de Amerikaanse *Restatement (Second) of Torts* wordt bepaald dat het ingaan op een door een ander gedaan aanbod geen *tortious interference with contract* oplevert, ongeacht of men op de hoogte is van het feit dat de ander door het sluiten van de overeenkomst in strijd handelt met een eerder aangegane contractuele verplichting. In de Engelse rechtspraak bestaat wat onduidelijkheid over de zogenaamde *inconsistent transactions*. In de lagere rechtspraak zijn enkele voorbeelden te vinden waarin wel aansprakelijkheid werd aanvaard. Gezien de relatief strikte benadering van de hoogste Engelse rechter ten aanzien van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie, is het aannemelijk dat het bewust meewerken aan andermans wanprestatie door in te gaan op een aanbod op zichzelf niet als *tortious* wordt aangemerkt.

4.6.2 Aanzetten tot contractbreuk

Anders dan het bewust sluiten van een tegenstrijdige overeenkomst, bestaat er in de onderzochte rechtsstelsels redelijke consensus over dat het aanzetten tot contractbreuk als ongeoorloofd gedrag moet worden gekwalificeerd. Hoewel hierop in de literatuur kritiek wordt geuit, wordt in de Duitse, de Engelse en Amerikaanse rechtspraak aangenomen dat de *Verleitung zum Vertragsbruch/inducement of a breach of contract* een grond voor aansprakelijkheid oplevert. De meerderheidsopvatting in de Nederlandse literatuur is dat het uitlokken en opzettelijk bevorderen van wanprestatie naar Nederlands recht in beginsel onrechtmatig is, en deze opvatting lijkt ook in de rechtspraak te worden gehuldigd.⁹

Ook over de vraag welk gedrag kan worden beschouwd als ‘aanzetten tot wanprestatie’, lijkt een behoorlijke mate van consensus te bestaan. In de Nederlandse rechtspraak ontbreekt een duidelijke definitie van het begrip ‘uitlokken’, maar lijkt in elk geval vereist dat de derde opzettelijk het initiatief heeft genomen tot de contractbreuk en daarmee de wanprestatie (mede) heeft veroorzaakt. Voor het bevorderen van wanprestatie is niet nodig dat de derde het initiatief heeft genomen, maar wel dat hij een ander er opzettelijk toe heeft bewogen om wanprestatie te plegen, bijvoorbeeld door met de wanprestant af te spreken dat hij de nadelige gevolgen van de contractbreuk op zich neemt. Op grond van het Duitse recht moet sprake zijn van ‘*gezielt und bewusst auf den Vertragsbruch eines anderen hingewirken*’, waarbij in elk geval moet worden aangetoond dat de derde de beslissing van de wanprestant om zijn overeenkomst niet na te komen heeft beïnvloed en het initiatief heeft genomen. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de derde een concreet aanbod doet aan een reeds gebonden schuldenaar; het doen van een algemeen aanbod volstaat niet. In de onderzochte *common law*-rechtsstelsels wordt geëist dat de derde actief heeft bijgedragen aan de contractbreuk. De derde moet de contractueel gebonden partij een prikkel hebben gegeven om contractbreuk te plegen, bijvoorbeeld door het doen van een specifiek op hem gericht aanbod, of door hem te overreden of juist door te weigeren om zaken te doen zolang hij geen contractbreuk pleegt. Het belangeloos geven van een advies of een waarschuwing wordt niet aangemerkt als ‘*inducement*’.

4.6.3 Gebruikmaken van contractbreuk

In de Nederlandse rechtspraak en literatuur worden situaties van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie veelal geschaard onder de noemers ‘profiteren van wanprestatie’ en ‘gebruikmaken van wanprestatie’. In de meeste van deze zaken heeft de derde echter rechtstreeks gehandeld met de wanprestant, waardoor evengoed zou kunnen worden gesproken van ‘het bewust aangaan van een tegenstrijdige overeenkomst’. De Hoge Raad heeft echter overwogen dat in bijzondere omstandigheden het gebruikmaken van wanprestatie die in een eerdere

⁹ Omdat het Franse recht de tegenstelbaarheid van contracten aan derden erkent, maakt het voor het onrechtmatigheidsoordeel geen verschil of de contractbreuk is uitgelokt of niet.

schakel is gepleegd ook als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Deze vorm van ‘indirecte’ betrokkenheid bij wanprestatie levert in de meeste andere rechtstelsels geen grond voor aansprakelijkheid op.¹⁰ In artikel L. 442-6 lid I, 6° van de Franse Cdc staat weliswaar dat het indirect deelnemen – *participer indirectement* – aan de schending van een selectief of exclusief distributiecontract als oneerlijke concurrentie wordt aangemerkt, maar hieronder lijkt te moeten worden verstaan het deelnemen via een dochtervennootschap of tussenpersoon. In de Duitse rechtspraak werd wel erkend dat het *ausnutzen vom Vertragsbruch* een grond voor aansprakelijkheid kan opleveren, maar deze categorie is in de laatste decennia zodanig uitgehold, dat er vrijwel geen afzonderlijke betekenis meer aan toekomt. Het gebruikmaken van een in eerder stadium gepleegde contractbreuk zal ook op grond van het Engelse en Amerikaanse recht niet tot aansprakelijkheid leiden. In de Amerikaanse *Restatement* wordt weliswaar niet uitgesloten dat een *indirect interference* van een contractuele relatie als *tortious* wordt aangemerkt, maar hiermee wordt bedoeld op de situatie waarin de verstoring van de nakoming van de overeenkomst het gevolg is van het feit dat een contract in een eerdere schakel in de keten niet is nagekomen, die naar Nederlands recht kan worden geschaard onder het leerstuk van ‘samenhang in rechtsverhoudingen’.

4.7 Bijkomende omstandigheden

4.7.1 Inleiding

Uit paragraaf 4.6 blijkt dat het bewust aangaan van een tegenstrijdig contract alleen op grond van het Franse recht voldoende wordt geacht om onrechtmatigheid aan te nemen. In de andere rechtstelsels zal de eiser bijkomende omstandigheden moeten aantonen. In de onderstaande paragrafen wordt geanalyseerd welke omstandigheden volgens de Nederlandse, Duitse, Engelse en Amerikaanse rechtspraak als relevant worden aangemerkt.

4.7.2 Gebruikte middelen

Het gebruik van middelen die op zichzelf als ongeoorloofd worden aangemerkt, zoals laster, bedrog, bedreiging of misbruik van een machtspositie, wordt in elk van de onderzochte rechtstelsels aangemerkt als een omstandigheid die zwaar meeweegt in het onrechtmatigheidsoordeel. Uit de Nederlandse jurisprudentie vloeit voort dat de omstandigheid dat de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan misleiding, een belangrijk argument oplevert om zijn betrokkenheid bij de schending van het contract van de eiser als maatschappelijk onzorgvuldig handelen aan te merken. Ook in het Duitse recht weegt de omstandigheid dat de ge-

¹⁰ Ook op grond van het Belgische recht kan een vordering op basis van derdemedeplichtigheid niet slagen indien gebruik is gemaakt van een in een eerder stadium gepleegde wanprestatie. Volgens het Hof van Cassatie impliceert derdemedeplichtigheid ‘de deelneming van de derde aan de rechtshandeling die ten grondslag ligt aan de niet-nakoming van de contractuele verbintenis’, zie Cass. 29 juni 2012, rolnr. C.11.0522.F (niet gepubliceerd).

daagde gebruik heeft gemaakt van ongeoorloofde middelen zwaar mee. Zo blijkt uit de jurisprudentie dat het feit dat de derde op bedrieglijke wijze heeft gehandeld door zich voor te doen als een lid van een verkooporganisatie om zo, in strijd met de interne regels van de organisatie, contracten te kunnen sluiten met de andere leden, als oneerlijke concurrentie wordt aangemerkt. Naar Engels recht kan het frustreren van de nakoming van een contract buiten gevallen waarin is aangezet tot wanprestatie slechts tot aansprakelijkheid leiden wanneer de eiser aantoont dat de gedaagde hem opzettelijk schade heeft toegebracht en daarbij gebruik heeft gemaakt van *unlawful means*. Over de invulling van het begrip *unlawful means* bestaat onduidelijkheid. De heersende opvatting lijkt te zijn dat alleen *civil wrongs* – gedragingen waaruit civielrechtelijke aansprakelijkheid voortvloeit, zoals bedrog en dwang – als *unlawful means* dienen te worden aangemerkt. In een deel van de rechtspraak en literatuur wordt echter een ruimere definitie gehanteerd, en moet onder *unlawful means* worden verstaan alle ongeoorloofde handelingen, ongeacht of zij kunnen worden aangemerkt als *civil wrong*. In het Amerikaanse recht vormt het gebruik van *improper means* een factor die in belangrijke mate bijdraagt tot het oordeel dat de betrokkenheid van de derde bij wanprestatie onrechtmatig is. Onder *improper means* worden in de *Restatement* niet alleen op zichzelf ongeoorloofde middelen verstaan, zoals bedrog en bedreiging met fysiek geweld, maar ook gedragingen die in de context van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk als ongeoorloofd worden aangemerkt, zoals het doen van een beter aanbod.¹¹

4.7.3 Motieven

In de Nederlandse rechtspraak wordt aan het motief van de gedaagde doorgaans weinig aandacht besteed. In de literatuur wordt echter aangenomen dat wanneer de derde heeft gehandeld met het oogmerk schade te berokkenen aan een contractspartij, in beginsel sprake is van een onrechtmatige daad. In de Duitse rechtspraak wordt het verstoren van een contractuele relatie met een onoorbaar motief, bijvoorbeeld om nadeel toe te brengen aan een van de contractspartijen, steeds als *sittenwidrig* (§ 826 BGB) of *unlauter* (UWG) beschouwd. Het motief om een concurrentievoordeel te verkrijgen werd aanvankelijk in de Duitse verkooporganisatiejurisprudentie aangemerkt als een omstandigheid die de betrokkenheid bij wanprestatie ongeoorloofd doet zijn, maar wordt in de huidige rechtspraak niet langer voldoende geacht. Ook in het Amerikaanse recht wordt betekenis toegekend aan het motief van de derde. Heeft hij andermans contractuele relatie verstoord met het enige of dominante motief om schade toe te brengen aan die ander, dan zal in de regel zijn voldaan aan het criterium van *improper interference*. De aanwezigheid van een concurrentiemotief kan echter een rechtvaardigingsgrond opleveren wanneer de derde opzettelijk een vooruitzicht op een contract heeft verstoord. In de praktijk vormen motieven echter, vanwege de

¹¹ Hoewel naar Frans recht vanwege de tegenstelbaarheid van contracten geen bijkomende omstandigheden hoeven te worden aangetoond, kan het feit dat de derde zich schuldig heeft gemaakt aan bedrieglijke handelingen wel een grond opleveren om het bewust verstoren van contractonderhandelingen als onrechtmatig aan te merken.

moeilijke bewijsbaarheid, zelden een doorslaggevende factor. In het Engelse recht wordt een afwijkende positie ingenomen; in de jurisprudentie is uitdrukkelijk bepaald dat de aanwezigheid van een *bad motive* een op zichzelf rechtmatige gedraging niet onrechtmatig kan doen zijn.¹²

4.7.4 Bijzondere belangen

Uit de Nederlandse, Duitse en Amerikaanse rechtspraak vloeit voort dat de rechter in zijn onrechtmatigheidsoordeel rekening kan houden met de aanwezigheid van een bijzonder individueel of maatschappelijk belang. Omdat in het Engelse recht de beoordeling van het gedrag van de derde (het aanzetten tot wanprestatie/het gebruik van onrechtmatige middelen) centraal staat, is er weinig ruimte om rekening te houden met bijzondere belangen, behalve bij de vraag of sprake is van een rechtvaardigingsgrond.¹³

Naar Nederlands recht speelt de omvang van het belang van de eiser een belangrijke rol, doorgaans aangeduid als ‘de ernst van het nadeel dat de eiser lijdt als gevolg van de wanprestatie’. In de multifactorbenadering van de Amerikaanse *Restatement* wordt vooral de aard van het belang (contract of slechts een vooruitzicht op een contract) van de eiser van belang geacht en als een omstandigheid aangemerkt die moet worden meegewogen in het oordeel of de verstoring *improper* was. In de Duitse rechtspraak lijken de aard en/of omvang van individuele belangen weinig doorslaggevend te zijn.

Maatschappelijke belangen spelen zowel in het Nederlandse, Duitse als Amerikaanse recht een rol. De Amerikaanse *Restatement* concentreert zich echter vooral op het maatschappelijke belang bij de bescherming van contracten en bij bescherming van de handelingsvrijheid van derden. Uit de Nederlandse en Duitse rechtspraak blijkt dat het bestaan van een economisch belang, bijvoorbeeld voor een specifieke bedrijfstak, dat gepaard gaat met de nakoming van de overeenkomst, een omstandigheid oplevert die de betrokkenheid bij wanprestatie onrechtmatig kan doen zijn. Ook andere maatschappelijke belangen, zoals de openbare orde en veiligheid bewaken, kunnen volgens de Nederlandse rechtspraak van invloed zijn op het onrechtmatigheidsoordeel, zo blijkt uit de uitspraak *Cupido/Euro 2000*,¹⁴ dat betrekking had op het gebruikmaken van een lek in een voetbalkaartenverkooporganisatie. In vergelijkbare zaak, *bundesligakarten.de*,¹⁵ oordeelde de Duitse rechter echter dat de maatschappelijke veiligheid weliswaar kan worden nagestreefd door middel van een contract, maar dat dit geen grond oplevert om de derde te verplichten het contract te respecteren.

¹² Het motief van de derde speelt ook in het Franse recht een rol wanneer hij betrokken is geweest bij de afbreuk van contractonderhandelingen. Wanneer de derde het opzet heeft gehad om schade toe te brengen aan de benadeelde onderhandelingspartij, zal zijn betrokkenheid als onrechtmatig worden aangemerkt.

¹³ Zie onder, par. 4.8.

¹⁴ HR 19 december 2008, *RvdW* 2009, 113.

¹⁵ BGH 11 september 2008, *GRUR* 2009, 173.

Dat het geschonden contract een onderdeel vormt van een verkooporganisatie, wordt vooral in het Nederlandse recht relevant geacht. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat het gebruikmaken van een lek in een verkooporganisatie – waarbij tegenwoordig vooral moet worden gedacht aan een selectief distributiestelsel – door het concurrentievoordeel dat men hiermee verkrijgt, te benutten door in concurrentie te treden met handelaren op wie een zelfde verplichting rust als op de wanprestant, onrechtmatig is. In het Duitse recht werd lang een vergelijkbare positie ingenomen, maar sinds 1999 wordt het gebruikmaken van een lek van een selectief distributiesysteem onder de voornoemde omstandigheden niet meer als ongeoorloofde concurrentie aangemerkt. De eiser moet op grond van de huidige rechtspraak bijkomende omstandigheden kunnen aantonen, zoals het uitlokken van wanprestatie of bedrog. De betrokkenheid bij de schending van contract dat deel uitmaakt van een verkooporganisatie wordt daarmee naar dezelfde maatstaven wordt beoordeeld als de betrokkenheid bij de schending van andere typen overeenkomsten. Het Franse recht kent een specifieke bepaling ten aanzien van het deelnemen aan de schending van een selectief of exclusief distributiecontract. Deze bepaling wordt echter geacht inhoudelijk in overeenstemming te zijn met de algemene regel dat contracten tegenstelbaar zijn aan derden die ervan op de hoogte zijn. In de Engelse en Amerikaanse rechtspraak lijkt de omstandigheid dat de geschonden overeenkomst onderdeel uitmaakt van een verkooporganisatie niet van invloed op het onrechtmatigheidsoordeel, hoewel de Engelse uitspraken van lagere rechters waarin aansprakelijkheid wordt aanvaard wegens *inconsistent transactions* wel vaak betrekking hebben op verticale overeenkomsten.

4.7.5 Verhoudingen tussen partijen

De relaties tussen de verschillende partijen kunnen met name in de Nederlandse, Duitse en Amerikaanse rechtspraak van invloed zijn op het oordeel over de onrechtmatigheid. Uit paragraaf 4.5.2 blijkt dat het bestaan van een bijzonder relatie tussen de wanprestant en de derde een obstakel vormen om onrechtmatigheid aan te nemen wanneer de derde op grond van deze relatie – in het bijzonder tussen vertegenwoordiger en principaal en bestuurder en rechtspersoon – moet worden vereenzelvigd met de wanprestant. Ook buiten de gevallen waarin de vraag naar vereenzelving tussen de derde en de wanprestant speelt, kan de aanwezigheid van een bijzondere relatie tussen de derde en de wanprestant een omstandigheid opleveren die kan bijdragen tot het oordeel dat de betrokkenheid van de derde onrechtmatig is. De aanwezigheid van een speciale vertrouwensband kan volgens de Nederlandse rechtspraak een grond opleveren om aan te nemen dat de derde de beslissing van de wanprestant om contractbreuk te plegen had beïnvloed.

Ook aan de aanwezigheid van een bijzondere verhouding tussen de derde en de benadeelde contractspartij wordt gewicht toegekend. De omstandigheid dat tussen de derde en de contractueel benadeelde een overheid-burgerrelatie bestaat, kan volgens de rechtspraak van de Hoge Raad een grond opleveren om de betrokkenheid bij contractbreuk als onrechtmatig aan te merken. Omdat de Staat

de belangen van haar burgers dient te beschermen, zal zijn betrokkenheid bij wanprestatie eerder als maatschappelijk onzorgvuldig worden beschouwd dan van een natuurlijk persoon of een privaatrechtelijke rechtspersoon. De omstandigheid dat tussen de eiser en de gedaagde een concurrentieverhouding bestaat, is eveneens van invloed op het onrechtmatigheidsoordeel. In de concurrentiecontext kunnen andere gedragsnormen worden aangenomen dan in het gewone rechtsverkeer. De Nederlandse rechter gaat na welke gedragingen tussen concurrenten – in oudere jurisprudentie wel aangeduid als ‘tussen koopmannen’ – als betamelijk gelden. In *ARN/Multicar*,¹⁶ een recente uitspraak over het profiteren van een inbreuk op een selectief distributiestelsel, heeft de Hoge Raad onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin de vordering tegen de derde wordt ingediend door de distributeur of door een concurrent. Indien de vordering wordt ingesteld door een concurrent van de derde, hoeft deze niet aan te tonen dat het distributiestelsel wordt ondermijnd door de derde, hetgeen wel zal moeten worden bewezen om onrechtmatigheid jegens de distributeur te kunnen aannemen. Ook naar Duits recht is de aanwezigheid van een concurrentierelatie relevant. Zo wordt een andere aansprakelijkheidsgrondslag gehanteerd – § 4 lid 10 UWG in plaats van § 826 BGB – wanneer er sprake is van een concurrentieverhouding tussen de derde en de benadeelde contractspartij, hetgeen tot gevolg heeft dat de eiser niet hoeft aan te tonen dat de gedaagde hem opzettelijk schade heeft toegebracht. Op grond van het Amerikaanse recht kan de aanwezigheid van een concurrentieverhouding juist reden zijn om het handelen van de gedaagde als geoorloofd te beschouwen, vooral wanneer het gaat om de verstoring van een vooruitzicht op een contract.

4.7.6 Frequentie en stelselmatigheid van het handelen

De Hoge Raad heeft in enkele arresten over verkooporganisaties de stelselmatigheid en de frequentie waarmee andermans contractuele rechten worden gefrustreerd, als relevante omstandigheid voor onrechtmatigheid aangemerkt. Volgens de Hoge Raad wordt het plegen van contractbreuk bevorderd, wanneer de derde ‘frequent en stelselmatig’ producten verkrijgt door gebruik te maken van contractbreuk en daarmee een geregelde afzet aan de wanprestant garandeert. In de Duitse jurisprudentie wordt het aanhoudende karakter van het gedrag van de derde eveneens als relevante omstandigheid beschouwd. Ook in de Amerikaanse rechtspraak zijn uitspraken te vinden waarin de frequentie van de handelingen als een relevante omstandigheid wordt aangemerkt, en in combinatie met andere omstandigheden een onrechtmatigheidsoordeel kan dragen. In de *Restatement* wordt zij echter niet als *factor* erkend.

4.8 Rechtvaardigingsgronden

Aan de vraag of de betrokkenheid van een derde bij wanprestatie in bepaalde omstandigheden ook kan worden gerechtvaardigd, wordt in de onderzochte

¹⁶ HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok.

rechtsstelsels vrij weinig aandacht besteed. Het feit dat de betrokkenheid van een derde bij wanprestatie in de meeste jurisdicties slechts onder omstandigheden als onrechtmatig wordt beschouwd, betekent dat mogelijke rechtvaardigende omstandigheden al in het onrechtmatigheidsoordeel kunnen worden meegewogen. Zo levert volgens de *Restatement* het feit dat de derde heeft gehandeld ter bescherming van eigen belangen of dat hij te goeder trouw en op verzoek advies heeft gegeven, een reden op om de verstoring van een overeenkomst niet als *improper* aan te merken. In een deel van de Amerikaanse rechtspraak worden deze omstandigheden echter wel expliciet gekwalificeerd als rechtvaardigingsgronden.

Op grond van het Nederlandse en Duitse recht lijken rechtvaardigingsgronden slechts een rol te kunnen spelen wanneer de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan het uitlokken van wanprestatie, aangezien dit gedrag doorgaans wordt gekwalificeerd als op zichzelf onrechtmatig handelen. Op welke rechtvaardigingsgronden zij een beroep kunnen doen, is echter niet duidelijk. Uit de Duitse jurisprudentie blijkt dat de omstandigheid dat de derde heeft gehandeld ter bescherming van een maatschappelijk belang, de onrechtmatigheid kan opheffen. Ook uit de Engelse rechtspraak vloeit voort dat het aanzetten tot wanprestatie gerechtvaardigd kan worden wanneer de gedaagde kan aantonen dat hij handelde ter bescherming van een algemeen belang, alsook wanneer hij handelde ter bescherming van zijn eigen rechtmatige belang. Bij de *unlawful means tort* is het vrijwel ondenkbaar dat de gedaagde zich kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond. In de Franse rechtspraak blijft het onderwerp van de rechtvaardigingsgronden onderbelicht.

4.9 Overige vereisten voor aansprakelijkheid

4.9.1 Inleiding

Behalve een onrechtmatige gedraging, zal de eiser die een vordering instelt wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk, in alle onderzochte rechtsstelsels ook schade en causaal verband moeten kunnen aantonen. Het Nederlandse recht stelt daarnaast nog als zelfstandig vereiste dat de onrechtmatige daad aan de gedaagde moet kunnen worden toegerekend, hetgeen in situaties waarin een derde bewust betrokken is bij wanprestatie niet tot problemen leidt aangezien sprake is van schuldaansprakelijkheid. Het Nederlandse en Duitse recht kennen bovendien nog het vereiste dat er een relatief verband moet bestaan tussen de schending van de norm en het geschonden belang. De voorwaarde van relativiteit wordt in Frankrijk en de *common law* niet afzonderlijk gesteld, maar in het Engelse en Amerikaanse recht speelt het beschermingsbereik van de *tort* wel een rol bij de vaststelling van de aansprakelijkheid.

4.9.2 Schade

In alle rechtsstelsels zal de eiser, die schadevergoeding vordert, moeten aantonen dat hij schade heeft geleden als gevolg van de onrechtmatige betrokkenheid

van de derde bij de niet-nakoming van zijn contract. De schade die het gevolg is van onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie, zal in het algemeen bestaan uit zuivere vermogensschade, maar ook immateriële schade is niet uitgesloten. Vordert hij een rechterlijk verbod of bevel, dan is niet vereist dat hem schade is berokkend, maar zal hij de dreiging van een onrechtmatige daad moeten aantonen of aannemelijk maken. Op grond van het Amerikaanse recht hoeft schade ook niet vast te staan wanneer de eiser *restitution* op basis van de door de gedaagde genoten winst vordert.

4.9.3 Causaal verband

De causaliteitsvraag wordt in het Engelse en Amerikaanse recht opgeknipt. In de eerste plaats moet een causaal verband worden vastgesteld tussen het gedrag van de derde en de verstoring van de contractuele relatie, en in de tweede plaats moet causaliteit bestaan tussen de verstoring van de contractuele relatie en de schade van de eiser. Op grond van het Nederlandse en Duitse recht zal eveneens een oorzakelijk verband moeten worden bewezen indien sprake is van het aanzetten tot of bevorderen van wanprestatie. In het geval van het gebruikmaken van wanprestatie hoeft een dergelijk verband echter niet te worden bewezen, en volstaat causaliteit tussen het gedrag van de derde en de geleden schade. Of het Franse recht een causaal verband vereist tussen het handelen van de derde en de verstoring van de contractuele relatie is niet geheel duidelijk.

De vraag naar het causale verband tussen de gedragingen van de derde en de geleden schade of – in de *common law* – tussen de verstoring van het contract en de schade, wordt in het Duitse en Amerikaanse recht gesplitst in twee fasen. In Duitsland spreekt men van de *Haftungsbegründende Kausalität* en de *Haftungsausfüllende Kausaliteit*. Het Amerikaanse recht maakt onderscheid tussen *factual causation* en *legal causation*. Voor de eerste fase wordt een *condicio sine qua non*-verband – in de Verenigde Staten aangeduid als *but-for*-verband – geëist: de onrechtmatige daad moet een voorwaarde zijn zonder welke de schade niet zou zijn ingetreden. Voor de vaststelling van causaal verband in de tweede fase worden verschillende methoden gehanteerd. In Duitsland wordt in het kader van de *Haftungsausfüllende Kausalität* de adequatieleer toegepast, waarbij beslissend is of de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust in het algemeen, en niet slechts onder zeer bijzondere, onwaarschijnlijke omstandigheden, geschikt is om de schade teweeg te brengen. In de Verenigde Staten wordt ten aanzien van de *legal causation* of juridische causaliteit geen uniforme standaard gehanteerd die voor alle *torts* geldt. Wat betreft *tortious interference with contract* wordt wel gebruik gemaakt van de *foreseeability*-test, waarbij doorslaggevend is of de schade het redelijkerwijs voorzienbare gevolg is van het handelen van de gedaagde.

In het Nederlandse verbintenissenrecht geldt de leer van de toerekening naar redelijkheid, waarvoor aan de hand van verschillende factoren, waaronder de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, de mate van schuld en de mate van voorzienbaarheid, door de rechter moet worden bepaald of de schade redelijkerwijs aan de gedaagde kan worden toegerekend. In de literatuur is wel

betoogd dat ook in het Nederlandse recht onderscheid moet worden gemaakt tussen twee fasen: die van vestiging van aansprakelijkheid en van de omvang van de aansprakelijkheid. Dit onderscheid is echter in de rechtspraak nauwelijks terug te vinden. In het Franse recht wordt de causaliteitsvraag niet opgedeeld en wordt evenmin een vast criterium gehanteerd voor de vaststelling van de causaliteit. Algemeen wordt aangenomen dat de Duitse adequatieleer echter een aanzienlijke invloed heeft gehad in de Franse rechtspraak, hoewel aansprakelijkheid ook in gevallen waarin de schade redelijkerwijs voorzienbaar was, kan worden ontkend. In het Engelse recht geldt dat de schade die het opzettelijke of voorzienbare gevolg is van de wanprestatie waartoe de gedaagde heeft aangezet, voor vergoeding in aanmerking komt. Wat betreft de *unlawful means tort* geldt een strikter criterium en komt alleen de schade die opzettelijk is toegebracht voor vergoeding in aanmerking.

Ondanks de verschillende maatstaven die worden gehanteerd voor de vaststelling van het oorzakelijke verband – die met name op het punt van de voorzienbaarheid wel een zekere overlap vertonen – vormt het causaliteitsver-eiste in geen van de onderzochte rechtssystemen een obstakel voor de aansprakelijksstelling van de derde wegens zijn betrokkenheid bij wanprestatie. In zowel de Duitse als de Amerikaanse doctrine is er weliswaar op gewezen dat bij het aanzetten tot contractbreuk de schade in de eerste plaats wordt veroorzaakt door het feit dat die ander zijn contract niet nakomt, maar volgens de rechtspraak is dat geen reden om aan te nemen dat de causaliteitsketen is doorbroken. De wanprestatie is immers geen onvoorzienbaar gevolg van het handelen van de gedaagde, maar juist door de gedaagde gewild.

4.9.4 Relativiteit

Het vereiste van causaliteit vormt een belangrijke beperking op de aansprakelijkheid. Een gedaagde kan alleen aansprakelijk worden gesteld wanneer zijn gedrag op grond van het recht als oorzaak van de door de eiser geleden schade wordt beschouwd. Een andere beperking wordt gevormd door het beschermingsbereik van de norm, in Nederland aangeduid als de relativiteit van de onrechtmatige daad. Hierbij gaat het om de vraag of de geschonden norm strekt tot de bescherming van de schade zoals deze door de gelaedeerde is geleden. Hoewel het relativiteitsbeginsel meerdere aspecten heeft, is bij de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie vooral de personele component van belang: de vraag wie door de norm wordt beschermd. Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt dat de relativiteit een rol speelt wanneer een ander dan de benadeelde contractspartij een vordering instelt tegen de derde die betrokken is geweest bij wanprestatie. Deze situatie doet zich met name voor bij verkooporganisaties, waar niet alleen degene die de verkooporganisatie in stand houdt kan worden benadeeld, maar ook de handelaren die lid zijn van de organisatie en ten opzichte van wie de derde een concurrentievoordeel geniet. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad vloeit voort dat in geval van een verkooporganisatie niet alleen de benadeelde contractspartij, maar ook de concurrenten een vordering tegen de derde kunnen instellen, *mits* op hen eenzelfde verplichting rust als

op degene die wanprestatie heeft gepleegd. Er is pas sprake van oneerlijke concurrentie wanneer de derde door gebruik te maken van de wanprestatie een concurrentievoordeel verkrijgt, wat inhoudt dat hij niet gebonden is aan een bepaalde contractuele verplichting die wel geldt voor zijn concurrenten en dit voordeel daadwerkelijk benut door met die concurrenten in concurrentie te treden.

In het Duitse, Engelse en Amerikaanse recht worden veel relativiteitsproblemen weggelaten door de voorwaarde dat de gedaagde opzet moet hebben gehad gericht op de verstoring van het contract (Engelse *Lumley tort* en § 766 van de Amerikaanse *Restatement*) of op de schade (§ 826 BGB en Engelse *unlawful means tort*).¹⁷ In het Duitse recht speelt de relativiteit vooral een rol in het kader van de UWG. Anders dan in Nederland is daar juist de vraag gerezen of degene die de verkooporganisatie in stand houdt, wel op grond van de UWG kan worden beschermd tegen derden die inbreuk op zijn organisatie maken, aangezien tussen hem en de derde immers geen concurrentieverhouding aanwezig zal zijn. § 4 lid 10 UWG beschermt naar de letter van de wet echter alleen concurrenten, en ook op grond van § 9 UWG wordt slechts aan concurrenten het recht toegekend om een schadevergoeding te vorderen in geval van een ongeoorloofde handelspraktijk. Ook de *Beseitigungs-* en *Unterlassungsansprüche* (§ 8 UWG) zijn niet aan elke benadeelde voorbehouden. Niettemin blijkt uit de rechtspraak over verkooporganisaties dat niet alleen concurrenten, maar ook degene die de verkooporganisatie in stand houdt, op basis van de UWG een vordering kan instellen jegens een derde die betrokken is bij de schending van een contract.

5 Overige kwesties

5.1 Remedies

5.1.1 Schadevergoeding

Voor het berekenen van de hoogte van de schadevergoeding is de omvang van de geleden schade van belang, waarvoor de bestaande situatie wordt vergeleken met de situatie waarin de gedaagde geen onrechtmatige daad had begaan. Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt dat de schade vooral bestaat uit gederfde winsten. Ook kan zich reputatieschade voordoen, of kan het merkimago worden aangetast. Wanneer het profiteren van wanprestatie leidt tot de ondermijning van een verkooporganisatie, dan is de omvang van de schade voor de fabrikant of importeur die de organisatie in stand houdt niet altijd eenvoudig vast te stellen. De rechter zal de hoogte van het nadeel dan moeten schatten. De noodzaak hiertoe vervalt echter wanneer de fabrikant of importeur een rechterlijk verbod of bevel vordert, wat vrijwel steeds het geval is.

Ook in Duitsland komen de door de eiser geleden vermogensschade, waaronder gederfde winsten, en onder omstandigheden ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking. Het Franse recht kent geen specifieke wettelijke

¹⁷ Zie ook K.J.O. Jansen, 'Het subjectieve element van de onrechtmatigheid. Over de structuur van art. 6:162 BW', *NTBR* 2007-6, p. 223.

regeling ten aanzien van schadevergoeding die voortvloeit uit onrechtmatige daad. Ten aanzien van de hoogte van de schadevergoeding is in de literatuur bevestigd dat in gevallen van betrokkenheid van derden bij wanprestatie criteria uit het contractenrecht moeten worden gehanteerd, hetgeen vooral van belang is indien het contract een boetebeding bevat. De Franse rechtspraak biedt op dit punt echter geen duidelijkheid. In de Engelse rechtspraak is daarentegen expliciet overwogen dat de hoogte van de schadevergoeding moet worden bepaald op grond van *tort law*-maatstaven, hetgeen betekent dat alle schade die op het moment van het plegen van de *tort* redelijkerwijs voorzienbaar was, voor vergoeding in aanmerking komt.

Op grond van de Amerikaanse *Restatement* komen in ieder geval voor vergoeding in aanmerking de verliezen die rechtstreeks voortvloeien uit de frustratie van de overeenkomst, maar ook *consequential losses*, zoals gederfde winst. *Consequential losses* zijn vergoedbaar voor zover de omvang met ‘*reasonable certainty*’ vaststaat, en zij het waarschijnlijke gevolg van de verstoring van het contract is. Soms bestaat de schade (mede) uit immateriële schade, zoals het oplopen van stress. Of deze zogenoemde *emotional distress* voor vergoeding in aanmerking hangt af van de vraag of de rechter de schade begroot aan de hand van maatstaven uit *contract law* (niet vergoedbaar) of uit *tort law* (wel vergoedbaar), al zijn de Amerikaanse *state courts* op dit punt niet altijd consequent in hun benadering.

De schadevergoeding wordt in elk van de onderzochte rechtsstelsels doorgaans voldaan in geld. Op grond van het Nederlandse en Duitse recht bestaat echter ook de mogelijkheid om een schadevergoeding in natura te vorderen. Van deze mogelijkheid wordt in deze rechtsstelsels vooral gebruik gemaakt indien er sprake is van een dubbele beschikking over onroerend goed. De eerste koper kan vorderen dat de onrechtmatig betrokken derde (de tweede koper aan wie het onroerend goed geleverd is), het onroerend goed bij wijze van schadevergoeding aan hem overdraagt.

Op de eiser rust in elk van de onderzochte rechtsstelsels een verplichting om binnen redelijke grenzen zijn eigen schade te voorkomen of te beperken. De kosten die hij hiervoor maakt, komen voor zover zij redelijk zijn voor vergoeding in aanmerking. In Duitsland houdt de plicht tot schadebeperking onder meer in dat de eiser reeds gedane betalingen aan de wanprestant dient terug te vorderen. Of de eiser tevens de plicht heeft om nakoming te vorderen van zijn wederpartij, voor zover dit niet onmogelijk is, is onduidelijk. In de Verenigde Staten rust op de eiser in de regel geen verplichting om met het oog op schadebeperking *specific performance* te vorderen van zijn wanpresterende wederpartij. Ook in het Nederlandse, Franse en Engelse recht lijkt deze eis niet te worden gesteld.

Ten aanzien van de kosten die de partijen moeten maken ten behoeve van de procedure gaan het Nederlandse, Duitse, Franse en Engelse recht uit van het beginsel dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt veroordeeld. In de Verenigde Staten geldt daarentegen het beginsel dat iedere partij zijn eigen kosten moet dragen, al worden er enkele uitzonderingen op deze regel geaccepteerd. Door de mogelijkheid van *contingency fees*, waarbij de advocaat niet be-

taald hoeft te worden wanneer de procedure wordt verloren, en bij winst of een schikking het honorarium wordt berekend aan de hand van de opbrengst, wordt het financiële risico van zowel de eiser als de gedaagde echter aanzienlijk beperkt.

5.1.2 Verbod en bevel

In alle onderzochte rechtsstelsels kan onder bepaalde voorwaarden een vordering worden ingesteld met het doel een einde te maken aan een onrechtmatige situatie of om te voorkomen dat zich in de toekomst rechtsschendingen (of schade) zullen voordoen. In Nederland kan de eiser een rechterlijk verbod of bevel vorderen op basis van artikel 3:296 BW, op voorwaarde dat een onrechtmatige daad is gepleegd en herhaling dreigt, of een onrechtmatige daad dreigt te worden gepleegd. Het rechterlijk verbod of bevel wordt veelal versterkt door een dwangsom. Het Duitse en Franse burgerlijk wetboek kennen in tegenstelling tot het Nederlandse geen algemene grondslag voor een preventieve vordering. De Franse rechter geniet echter veel vrijheid ten aanzien van het treffen van maatregelen die hem opportuun lijken. De Duitse rechter heeft op grond van ongeschreven recht de mogelijkheid om een zogenaamde *Abwehranspruch* toe te kennen aan de eiser, mits deze kan aantonen dat er sprake is van een dreigende onrechtmatige daad in de zin van § 826 BGB. Op grond van § 8 UWG heeft een concurrent een vordering tot herstel (*Beseitigungsanspruch*) of nalaten (*Unterlassungsanspruch*) jegens een ander die zich schuldig maakt of dreigt te maken aan een schending van de bepalingen van de UWG. De eiser moet het geschil eerst minnelijk proberen op te lossen. Pas wanneer dit niet lukt, kan de rechter de gedaagde dwingen tot herstel of tot nalaten, op straffe van een bestuurlijke boete of gevangenisstraf. In Engeland en de Verenigde Staten kan de gedaagde door middel van een *injunction* worden weerhouden van een onrechtmatige gedraging. De eiser moet minstens bewijzen dat er schade dreigt, en bovendien dat de *injunction* ten opzichte van de *legal remedies*, zoals schadevergoeding, de meest geschikte remedie is. Het schenden van een *injunction* wordt beschouwd als een *contempt of court*, hetgeen strafbaar is. De *injunction* is *equitable relief*, wat tot gevolg heeft dat *injunctions* in de Verenigde Staten alleen door de rechter en niet door de jury kunnen worden toegekend.

5.1.3 Overige remedies

Naar Nederlands recht kan de benadeelde partij geen vordering tot winstafdracht instellen. Niettemin kan het voordeel dat de gedaagde heeft genoten op grond van artikel 6:104 BW wel een indicatie vormen voor de hoogte van de door de eiser geleden schade. Ook uit de Amerikaanse rechtspraak blijkt echter dat gerechten soms, wanneer de omvang van de gederfde winst moeilijk is vast te stellen of de eiser geen aantoonbare schade heeft geleden, de hoogte van vergoeding bepalen aan de hand van het door de gedaagde genoten voordeel (*restitution*). Naar Engels recht is onduidelijk of de benadeelde partij *restitution* kan vorderen. Volgens het Duitse recht heeft de benadeelde geen recht op winstafdracht.

Het Franse recht kent als enige de mogelijkheid om in bepaalde gevallen de nietigheid van het tweede, tegenstrijdige contract te vorderen. Deze remedie wordt vooral aangewezen geacht wanneer sprake is van een dubbele verkoop van onroerend goed. De *common law*-rechtssystemen bieden de mogelijkheid tot het opleggen van *punitive damages*. In het Engelse recht gelden echter zodanig strenge voorwaarden, dat *punitive damages* in situaties van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie niet worden toegekend. In de Amerikaanse rechtspraak zijn daarentegen wel uitspraken te vinden waarin *punitive damages* zijn opgelegd in *tortious interference*-zaken, waaronder de bekende zaak *Texaco v. Pennzoil*. Voor de toekenning van een *punitive damages award* is doorgaans vereist dat de gedaagde heeft gehandeld met het oogmerk om schade toe te brengen aan de eiser. Een *punitive damages award* moet bovendien voldoen aan de beperkingen die door de *US Supreme Court* op basis van de *Constitution* zijn geformuleerd. Deze beperkingen hebben betrekking op de hoogte – deze mag niet excessief zijn – en de procedure.

5.2 Verjaring

Ten aanzien van de verjaringstermijnen doen zich tussen de rechtssystemen aanzienlijke verschillen voor. Het Nederlandse recht kent een subjectieve verjaringstermijn van vijf jaar, gemeten vanaf de dag volgende op die waarop de benadeelde bekend is geworden met de schade en met de aansprakelijke persoon. De objectieve verjaringstermijn is twintig jaar nadat de onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden. Op grond van het Duitse BGB geldt een subjectieve verjaringsstermijn van drie jaar nadat de vordering is ontstaan en de schuldenaar met de feiten en omstandigheden en met de persoon van de schuldenaar bekend is geworden. In de wet zijn twee objectieve termijnen opgenomen: tien jaar na het ontstaan van de schade of dertig jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis. Deze objectieve verjaringstermijnen gelden ook wanneer de vordering is gebaseerd op de UWG. De subjectieve verjaringstermijn is echter aanzienlijk korter, namelijk zes maanden. Het Franse recht kent een verjaringstermijn van vijf jaar, gemeten vanaf het moment dat de benadeelde wist of behoorde te weten van de onrechtmatige daad. De objectieve verjaringstermijn is twintig jaar. Schadevergoedingsvorderingen uit *tort* verjaren op grond van het Engelse recht na zes jaar vanaf het moment dat de rechtsovereenkomst is ontstaan. De verjaringstermijnen die in de Amerikaanse deelstaten worden gehanteerd variëren van drie tot tien jaar, gemeten vanaf het moment dat het contract is gefrustreerd. In zowel Engeland als de Verenigde Staten geldt ten aanzien van *equitable remedies* dat de eiser niet onredelijk lang mag stilzitten in verband met de *doctrine of laches*.

5.3 Bewijs

Naar Nederlands, Duits, Frans en Engels recht zal de eiser moeten stellen en bewijzen dat is voldaan aan de vereisten voor aansprakelijkheid, dus onrechtmatigheid en (voor zover geen rechterlijk verbod wordt gevorderd) schade en causaal verband. De gedaagde draagt de bewijslast ten aanzien van eventuele

rechtvaardigingsgronden. Omdat in de Amerikaanse *Restatement* geen richtlijnen met betrekking tot de bewijslastverdeling zijn opgenomen, doen zich tussen de deelstaten op het punt van de bewijslastverdeling verschillen voor. In de meeste staten wordt aangenomen dat de eiser moeten aantonen dat de verstoring zowel opzettelijk als *improper* was.

Wat betreft de bewijswaarderingsmaatstaven, zijn met name verschillen waar te nemen tussen de *common law* en *civil law*. Waar in Engeland en de meeste Amerikaanse deelstaten als criterium geldt dat het waarschijnlijker is dat het gestelde feit zich heeft voorgedaan dan niet, lijkt naar Nederlands recht een kans van 51% niet voldoende. Volgens de heersende opvattingen in Duitsland moet sprake zijn van een 'hoge mate van waarschijnlijkheid', wat eveneens duidt op een strengere maatstaf dan in de *common law*-jurisdicties.

De meeste bewijsmoeilijkheden doen zich voor ten aanzien van de vereiste van kennis en/of opzet. Meestal wordt *circumstantial evidence* toegelaten; de eiser draagt feiten en omstandigheden aan waaruit kan worden afgeleid dat de gedaagde op de hoogte was van de overeenkomst en het opzet had om deze overeenkomst te verstoren. Omdat het vereiste dat de gedaagde kennis had van het contract en de wanprestatie in het Nederlandse recht is geobjectiveerd, moet de bewijsvoering worden toegespitst op de vraag wat de gedaagde in de gegeven omstandigheden wist of behoorde te weten. Bij inbreuken op verkooporganisaties wordt de bewijslast voor de eiser ietwat verlicht. Het feit dat er sprake is van een gesloten verkooporganisatie levert volgens de Hoge Raad een vermoeden op dat de derde wist of behoorde te weten dat hij zijn producten slechts kon verkrijgen door gebruik te maken van wanprestatie. De geslotenheid van de verkooporganisatie verschaft nog een tweede vermoeden, namelijk dat de gedaagde gebruik heeft gemaakt van wanprestatie en niet op een andere, geoorloofde wijze aan de producten is gekomen.

5.4 Samenloopkwesties

5.4.1 Samenloop met vordering tegen wanprestant

De aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie kan aanleiding geven tot verschillende samenloopkwesties. In de eerste plaats kan de vordering jegens de derde samenlopen met een vordering jegens de wanprestant. De benadeelde contractspartij zal zijn wederpartij doorgaans kunnen aanspreken op basis van contractbreuk, en van hem schadevergoeding of eventuele contractuele boete¹⁸ kunnen vorderen.¹⁹ Wordt zowel de wanprestant als de derde veroor-

¹⁸ Het contractuele boetebeding is niet afdwingbaar op grond van de *common law*.

¹⁹ Nakoming zal doorgaans niet kunnen worden gevorderd van de wanprestant, aangezien nakoming in gevallen van onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie in de regel blijvend onmogelijk zal zijn. De geschonden verbintenis is er immers veelal een om niet te doen (zoals verticale overeenkomsten), waarbij de schade als gevolg van de schending niet meer kan worden teruggedraaid. In de voorbeelden van dubbele beschikking over een goed kan de verkoper de overeenkomst met de eerste koper na levering aan de tweede ook niet meer nakomen omdat hij geen eigenaar meer is.

deeld tot het betalen van schadevergoeding aan de benadeelde contractspartij, dan ontstaat het risico dat de laatste wordt overgecompenseerd, hetgeen in strijd is met de fundamentele beginselen van het schadevergoedingsrecht.²⁰ Omdat beide verbintenissen beogen de schade voor de benadeelde op te heffen, rijst de vraag hoe zij zich tot elkaar verhouden.

Uit de Nederlands rechtspraak is de relatie tussen de vorderingen jegens de wanprestant en de derde niet geheel helder. Wel is duidelijk dat de aansprakelijkheid van de derde niet slechts subsidiair van aard: voor de toekenning van de vordering jegens de derde is niet vereist dat de eiser eerst heeft geprobeerd om zijn schade te verhalen op de wanprestant. Uit de jurisprudentie blijkt immers niet dat de eiser verplicht is om ook een vordering in te stellen tegen zijn wanpresterende wederpartij. In de Duitse literatuur wordt aangenomen dat de derde en de wanprestant hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die het gevolg is van de wanprestatie, ook al hebben de verbintenissen een verschillende rechtsgrond. Indien een van de twee schuldenaren voldoet aan zijn schadevergoedingsverplichting, kan hij regres nemen op de ander. Het Franse recht bepaalt nadrukkelijk dat de wanprestant en de derde hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die het gevolg is van de contractbreuk. Omdat naar Engels recht verschillende maatstaven gelden voor het berekenen van de hoogte van de schadevergoeding wegens *tort* en *breach of contract*, wordt de aansprakelijkheid van de derde en de wanprestant daar niet als hoofdelijk gekwalificeerd. De wanprestant en de derde kunnen voor zover zij aansprakelijk zijn voor dezelfde schade op grond van de *Civil Liability (Contribution) Act 1978* wel onderling regres nemen. De Amerikaanse rechtspraak geeft geen eenduidig antwoord op de vraag naar de verhouding tussen de verbintenissen van de wanprestant en de derde. In een deel van de rechtspraak wordt aangenomen dat zij hoofdelijk verbonden zijn voor zover de schade alleen voortvloeit uit wanprestatie. Uit deze uitspraken komt echter niet naar voren of er onderling regres mogelijk is. Wel is duidelijk dat een reeds betaalde vergoeding van de wanprestant aan de benadeelde in mindering zal moeten worden gebracht op het bedrag dat de derde aan schadevergoeding moet betalen, en omgekeerd. De aansprakelijkheid van de derde is in elk geval geen subsidiaire aansprakelijkheid.

5.4.2 Samenloop met andere aansprakelijkheidsgronden

Het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan de vordering wegens onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie kan in sommige gevallen tevens als een andere onrechtmatige gedraging worden gekwalificeerd. Stel dat de gedaagde de wederpartij van de eiser heeft aangezet tot wanprestatie door lasterlijke informatie te verspreiden over de eiser. In dat geval is sprake van twee potentiële aansprakelijkheidsgronden: onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie en laster. In Nederland en Frankrijk levert zo een samenloop van aansprakelijkheidsgronden doorgaans geen problemen op. Zolang de gedragingen kunnen worden aangemerkt als respectievelijk maatschappelijk onzorgvuldig gedrag en *faute*, zal er

²⁰ Dit geldt ook voor de Verenigde Staten, hoewel feitelijke overcompensatie daar wel plaats kan vinden door het toekennen van *punitive damages*.

op grond van artikel 6:162 BW/artikel 1382 Cc onrechtmatigheid worden aangenomen. In Duitsland valt laster onder de reikwijdte van § 823 BGB, terwijl de onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie valt onder § 826 BGB. De eiser kan zich beroepen op beide bepalingen en wanneer het beroep op § 823 BGB niet slaagt, dan heeft dit in beginsel geen gevolgen voor de toewijsbaarheid van de vordering op basis van § 826 BGB, mits aan de aansprakelijkheidsvoorwaarden uit dat artikel is voldaan. Op grond van het Amerikaanse recht geldt echter dat wanneer een bepaalde situatie valt binnen de reikwijdte van een specifieke *tort* met strikte aansprakelijkheidsvoorwaarden, zoals *defamation*, deze voorwaarden niet kunnen worden omzeild door de vordering te baseren op *tortious interference with contract*. Wordt echter aan zowel de vereisten van een specifieke *tort* voldaan als aan die voor *tortious interference with contract*, dan mag de eiser zijn claim baseren op een van de twee of op beide aansprakelijkheidsgronden. In de Engelse rechtspraak lijkt wat betreft de *unlawful means tort* te worden vereist dat de elementen van een specifieke *tort* (of breder: *civil wrong*) zijn vervuld. Samenloop doet zich niet snel voor, aangezien de *unlawful means tort* het beschermingsbereik van bestaande *torts* juist uitbreidt ten gunste van degene die het beoogde slachtoffer was. Daarentegen kan zich wel samenloop voordoen tussen de *unlawful means tort* en de *Lumley tort*, maar omdat deze *torts* elkaar niet uitsluiten, mag de eiser ervoor kiezen om zijn vordering te baseren op een van de twee of op beide aansprakelijkheidsgronden.

Samenloop kan zich ook voordoen tussen algemene en specifieke wetgeving. Het Franse recht kent wetbepalingen die specifiek zien op de betrokkenheid van een derde bij de schending van een arbeidsovereenkomst (artikel L. 1237-3 Cdt) of bij de schending van selectieve en exclusieve distributiecontracten (artikel L. 442-6 lid I, 6° Cdc). Deze specifieke wetgeving staat echter niet in de weg aan een beroep op het algemene onrechtmatigedaadsartikel 1382 Cc. Op grond van het Duitse recht kan samenloop plaatsvinden tussen het oneerlijk mededingingsrecht en het algemene onrechtmatigedaadsrecht, maar de bepalingen van de UWG beletten de eiser niet om zijn vordering te baseren op § 826 BGB.

5.4.3 Samenloop met de rechtsfiguur van *Vormerkung*

Ten slotte dient in het kader van de samenloop nog gewezen te worden op de rechtsfiguur van *Vormerkung*. Op grond van het Nederlandse en Duitse recht is het mogelijk om een koopovereenkomst ten aanzien van een onroerend goed in te schrijven in de openbare registers, waarna een eventuele na de inschrijving tot stand gekomen vervreemding of bezwaring niet kan worden tegengeworpen aan de eerste koper. Door middel van de inschrijving komt de koopovereenkomst goederenrechtelijke werking toe. Het belang van de eerste koper om de tweede koper aansprakelijk te kunnen stellen wegens onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie wordt hierdoor beperkt tot situaties waarin de koopovereenkomst niet is ingeschreven, of de inschrijving haar werking heeft verloren.

Het Franse recht kent geen *Vormerkung*. Anders dan in Nederland en Duitsland kent Frankrijk een consensueel stelsel van overdracht, dat betekent dat op het moment van sluiting van het contract de eigendom wordt overgedragen.

Toch is het verschil met het Nederlandse en Duitse recht beperkt, aangezien de registratie van de overdracht in de openbare registers in beginsel noodzakelijk is voor derdenwerking. Is de overdracht niet geregistreerd, dan kan de koper echter via het onrechtmatigedaadsartikel 1382 Cc de koopovereenkomst aan derden tegenwerpen die ervan op de hoogte zijn.

De *Vormerkung* is eveneens onbekend in het Engelse en Amerikaanse recht. Door de mogelijkheid een overeenkomst ten aanzien van een onroerend goed in te schrijven in de openbare registers, in combinatie met bepaalde regels van *equity*, wordt echter wel een soortgelijk resultaat bereikt. Na de koop van een onroerend goed, maar voor de levering, kent *equity* aan de koper van het goed een *equitable interest* toe. Dit houdt in dat de koop kan worden tegengehouden aan een tweede koper aan wie het goed is overgedragen en die wist of behoorde te weten van de koopovereenkomst, of die om niet heeft verkregen. Voor het criterium 'behoren te weten' is bepalend of de overeenkomst is ingeschreven in de openbare registers. De eerste koper hoeft dan niet aan te tonen dat de elementen van een specifieke *tort* zijn vervuld en kan bovendien vorderen dat de tweede koper het onroerend goed aan hem afstaat.

6 Belang voor de rechtspraktijk

In de bovenstaande paragrafen is ingegaan op de overeenkomsten en verschillen tussen de onderzochte rechtsstelsels op materieelrechtelijk en procesrechtelijk vlak. Belangrijke verschillen doen zich echter ook voor ten aanzien van het belang van deze aansprakelijkheidsgrond voor de rechtspraktijk. Waar in de Verenigde Staten *interference with contract* veelvuldig aanleiding vormt voor juridische procedures, en daarom wel is aangemerkt als een van de belangrijkste aanleidingen voor handelsrechtelijke procedures,²¹ wordt in Europa aanzienlijk minder vaak over de betrokkenheid van derden bij wanprestatie geprocedeerd. Binnen het Engelse recht spelen de *Lumley tort* en de *unlawful means tort* een beperkte rol, en wordt het deelgebied van de *economic torts*, waartoe beide *torts* behoren, zelfs beschouwd als een marginaal rechtsgebied. In Nederland speelt de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk eveneens een wat beperkte rol in de rechtspraak. Dit type gevallen lijkt zich veel minder vaak voor te doen dan bijvoorbeeld de gevallen waarin de omgekeerde vraag aan de orde is, namelijk in hoeverre contractspartijen rekening moeten houden met de belangen van derden.²² Ook in Duitsland en Frankrijk worden beduidend minder juridische procedures gevoerd over derdenbetrokkenheid bij contractbreuk dan in de Verenigde Staten.²³

²¹ Zie o.a. M.P. Gergen, 'Tortious Interference: How It Is Engulfing Commercial Law, Why This Is Not Entirely Bad, and a Prudential Response', 38 *Ariz. L. Rev.* 1996, p. 1180-1232; G.D. Wexler, 'International Interference with Contract: Market Efficiency and Individual Liberty Considerations', 27 *Conn. L. Rev.* 1994, p. 280.

²² Zie J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht', *WPNR* 1997, p. 719.

²³ Zie t.a.v. het Duitse recht: E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 252. T.a.v. het Franse recht: V.V. Palmer,

7 Belangrijkste gelijkenissen en verschillen

De Nederlandse, Duitse, Franse, Engelse en Amerikaanse aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk vertonen op een aantal punten belangrijke gelijkenissen. In alle onderzochte rechtsstelsels wordt erkend dat contracten een zekere mate van bescherming genieten tegen inbreuken door derden en dat de aansprakelijkheid van de derde buitencontractueel van aard is. Daarnaast is er in hoge mate consensus over het onrechtmatige karakter van het aanzetten tot wanprestatie en van het gebruik van op zichzelf ongeoorloofde middelen. Een andere belangrijke overeenkomst tussen de rechtsstelsels is dat een derde niet aansprakelijk zal kunnen worden gesteld voor betrokkenheid bij de schending van een contract waar hij niet van op de hoogte was of kon zijn.

Behalve gelijkenissen zijn er ook verschillen waar te nemen. Deze doen zich in de eerste plaats voor ten aanzien van de reikwijdte van de aansprakelijkheid. De betrokkenheid van een derde bij wanprestatie leidt op grond van het Engelse recht slechts onder relatief strikte vereisten tot aansprakelijkheid, waardoor het Engelse recht als het meest liberaal kan worden getypeerd. Daartegenover staan de benaderingen van het Franse recht en het Nederlandse recht. Hoewel deze benaderingen allebei als relatief moralistisch kunnen worden aangemerkt, vertonen zij wel belangrijke verschillen. In vergelijking tot de andere rechtsstelsels verleent het Franse recht een relatief ruime bescherming van contracten, door als enige ronduit te erkennen dat contracten tegenstelbaar zijn aan derden die ervan op de hoogte zijn. Dit betekent dat elke bewuste medewerking aan een contractbreuk, ook al bestaat deze slechts uit het ingaan op een aanbod, als onrechtmatig wordt aangemerkt. Daar staat tegenover dat het Franse recht evenals het Engelse recht een relatief strikt kennisvereiste hanteert, op grond waarvan alleen een daadwerkelijk 'weten' volstaat. In Nederland, Duitsland en in een deel van de Amerikaanse deelstaten is echter een 'behoren te weten' voldoende.

Ook het Nederlandse recht kan als relatief moralistisch worden gekwalificeerd, maar om andere redenen dan het Franse recht. Van alle onderzochte rechtsstelsels wordt in het Nederlandse recht het meeste rekening gehouden met de specifieke belangen die in het geding zijn. Zo houdt de Nederlandse rechter nadrukkelijk rekening met de 'ernst van het nadeel voor de eiser' en kunnen ook economische of veiligheidsbelangen op zijn onrechtmatigheidsoordeel van invloed zijn. Bovendien is de bescherming die verkooporganisaties genieten het grootst in het Nederlandse recht, aangezien wordt erkend dat zelfs het gebruikmaken van de wanprestatie die in een eerder stadium heeft plaatsgevonden, onder bepaalde voorwaarden tot aansprakelijkheid kan leiden.

Het Duitse en Amerikaanse recht nemen een tussenpositie in. De Duitse benadering was aanvankelijk moralistisch, maar met name vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw is het Duitse oneerlijke mededingingsrecht aanzienlijk liberaler geworden. Op basis van de jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat de rechter de betrokkenheid van derden bij wanprestatie welke zich afspeelt in con-

'A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference With Contract', 40 *Am. J. Comp. Law* 1992, p. 302.

currentieverhoudingen minder snel dan voorheen als oneerlijke concurrentie wordt beoordeeld. In vergelijking tot het Engelse recht is de Amerikaanse *Restatement*-benadering minder liberaal, in de zin dat niet alleen de aard van de gedraging, maar ook andere omstandigheden, waaronder de individuele belangen van de partijen en het algemeen belang en motieven een reden kunnen zijn om aansprakelijkheid aan te nemen. Door de invulling van de verdere aansprakelijkheidsvoorwaarden – in het bijzonder het opzetvereiste en het vereiste van causaliteit tussen de gedraging van de derde en de schending van het contract – is de reikwijdte van de aansprakelijkheid echter beperkter dan die in Nederland en Frankrijk. Hoewel individuele belangen en het algemeen belang in de Duitse en Amerikaanse rechtspraak wel van invloed kunnen zijn op het onrechtmatigheidsoordeel, is hun rol beperkter dan in de Nederlandse jurisprudentie. In de Duitse rechtspraak wordt vooral sinds 1999 de nadruk gelegd op het gedrag en de motieven van de derde. In de multifactorbenadering in de Amerikaanse *Restatement* wordt weliswaar erkend dat ook individuele en maatschappelijke belangen relevant zijn voor de vraag of sprake is van een ‘onoorbare verstoring’, maar in de praktijk kennen Amerikaanse rechters vooral gewicht toe aan de ‘means’ en ‘motives’ van de gedaagde. Het Amerikaanse recht lijkt echter op een punt soepeler dan de overige rechtsstelsels, aangezien het verstoren van een vooruitzicht op de sluiting van een contract in veel deelstaten onder grotendeels dezelfde criteria als het verstoren van een contract tot aansprakelijkheid kan leiden.

Tot slot kan nog gewezen worden op twee andere in het oog springende verschillen tussen de Europese rechtsstelsels enerzijds en het Amerikaanse recht anderzijds. Het eerste verschil betreft het derdepartijvereiste. In de Europese rechtsstelsels wordt aan dit vereiste relatief weinig aandacht besteed, terwijl dit criterium in de Amerikaanse rechtspraak een zeer belangrijke plaats inneemt. Ook wat betreft de invulling van het begrip ‘derde’ doen zich verschillen voor tussen de Europese rechtsstelsels en de Verenigde Staten, met name wanneer de gedaagde en de wanprestant met elkaar verbonden vennootschappen zijn. Het tweede verschil is het belang van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie voor de rechtspraktijk. Waar de betrokkenheid van derden bij wanprestatie in de rechtspraak van de onderzochte Europese rechtsstelsels een tamelijk bescheiden plaats inneemt, vormt zij in de Verenigde Staten veelvuldig aanleiding tot procedures.

II VERKLARING

8 Verklaringen voor gelijkenissen

In deel I is vastgesteld dat in alle onderzochte rechtsstelsels van derden wordt geëist dat zij een zekere mate van respect tonen ten aanzien van andermans contractuele verhoudingen. Voor de gelijkenissen ten aanzien van de omstandigheden waaronder tot aansprakelijkheid wordt geconcludeerd kunnen mijns inziens twee verklaringen worden aangedragen: receptie en vergelijkbare economische omstandigheden.

8.1 Receptie

Omdat een Romeinsrechtelijke actie wegens onrechtmatige betrokkenheid bij wanprestatie ontbrak,²⁴ kan de receptie van het Romeinse recht in de continentaal-Europese rechtsstelsels niet als oorzaak voor de overeenkomsten tussen de rechtsstelsels worden aangewezen. Ondanks het feit dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie niet expliciet verwijst naar buitenlandse rechtsstelsels, is het niet uitgesloten dat het Nederlandse recht ten aanzien van betrokkenheid bij wanprestatie is beïnvloed door andere West-Europese rechtsstelsels. Drucker, die in Nederland wel wordt aangemerkt als de grondlegger van de idee dat belangen uit overeenkomsten bescherming moeten genieten tegen inbreuken door derden,²⁵ putte in zijn proefschrift uit 1912 inspiratie uit de Duitse, Franse en Engelse rechtspraak en literatuur.²⁶ Hoewel de Hoge Raad in het *Kolynos*-arrest²⁷ uit 1937 niet expliciet heeft verwezen naar oplossingen die in het buitenland werden gehanteerd, was zij de erkenning dat het bewust gebruikmaken van wanprestatie gepleegd in het kader van een verkooporganisatie een onrechtmatige daad opleverde, in hoge mate in overeenstemming met de Duitse en Franse rechtspraak.²⁸ Deze gelijkenis zou op toeval kunnen berusten, maar het is niet onwaarschijnlijk dat het Franse en/of Duitse recht direct of indirect – via de rechtsvergelijkende literatuur uit die tijd²⁹ – van invloed zijn geweest op het oordeel van de Hoge Raad.

De overeenkomsten tussen het Engelse en Amerikaanse recht kunnen grotendeels worden teruggevoerd op het feit dat beide rechtsstelsels de uitspraak *Lumley v. Gye*, gewezen door de Engelse *Queen's Bench Court* in 1853,³⁰ als *landmark case* beschouwen voor de moderne aansprakelijkheid wegens het aanzetten tot contractbreuk. Hoewel de aansprakelijkheid zich in de Verenigde Staten in de twintigste eeuw betrekkelijk autonoom heeft doorontwikkeld, is het evident dat zij oorspronkelijk het resultaat was van receptie.

²⁴ Volgens de opstellers van de DCFR is de aansprakelijkheid van een derde wegens het aanzetten tot wanprestatie geworteld in het klassieke-Romeinse recht *actio de dolo* (actie wegens bedrog), maar bewijzen hiervoor worden niet aangedragen, zie C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*, Vol. 4, Oxford: Oxford University Press 2010, Art. VI.-2:211, *Comment A*.

²⁵ M.G. Levenbach, *Onrechtmatige daad en werkstaking*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1935, p. 16-17.

²⁶ W.H. Drucker, *Onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Den Haag: Trio 1912.

²⁷ HR 11 november 1937, NJ 1937, 1096, m.nt. E.M. Meijers (*Kolynos*), zie uitgebreid hoofdstuk 3, par. 2.2.

²⁸ Zo merkt Meijers in zijn noot onder het *Kolynos*-arrest op dat de motivering van de Hoge Raad in belangrijke mate overeenkomt met een Franse uitspraak uit 1923.

²⁹ Zie o.a. M.G. Levenbach, *Onrechtmatige daad en werkstaking*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1935; M.H. Bregstein, 'De aansprakelijkheid van den z.g. derde-medeplichtige aan contractbreuk', 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 (lezing gehouden op 21 december 1935 voor de Notariële Vereniging Amsterdam).

³⁰ [1853] 2 El & Bl 216.

8.2 Vergelijkbare economische ontwikkelingen

Dat de gelijkenissen tussen de *common law* enerzijds en de continentaal-Europese rechtsstelsels anderzijds het resultaat zijn van receptie van recht, is onwaarschijnlijk. Bewijzen die in die richting wijzen, ontbreken. Volgens de Amerikaanse rechtsgeleerde Palmer moet de oorzaak van de overeenkomsten tussen het Engelse en Franse recht vooral worden gezocht in het feit dat zich ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheidsregel vergelijkbare economische omstandigheden voordeden.

‘[T]his liability rule may have been a generalized response to widespread economic factors, such as the growth of capitalist economies, intensified competition, free labour markets, and the perceived need to regulate business competition. Thus the substantial uniformity of the English and French rules could be best explained as parallel responses to common stimuli than borrowing, imposition or common inheritance between these systems.’³¹

Palmers theorie vormt een plausibele verklaring voor het feit dat aan de aansprakelijkheidsregels van de *common-law*-landen en de *civil-law*-landen hetzelfde idee ten grondslag ligt, namelijk dat belangen die voortvloeien uit overeenkomsten een bepaalde mate van bescherming dienen te genieten tegen inbreuken van buitenaf. Dat economische condities kunnen gevolgen hebben voor het aansprakelijkheidsrecht, blijkt wel uit het feit dat de economische crisis in de jaren dertig van de vorige eeuw ontegenzeggelijk van invloed is geweest op de ontwikkeling van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij wanprestatie in Nederland, Duitsland en Frankrijk.³² De invloed van de economie moet echter niet worden overschat. In geen van de onderzochte rechtssystemen zijn aanwijzingen te vinden dat er een direct verband bestaat tussen het economische tij en de reikwijdte van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij wanprestatie. Zo geldt in Nederland nog grotendeels dezelfde aansprakelijkheidscriteria die werd geformuleerd in de jaren dertig van de vorige eeuw en is deze door de jaren heen niet aangepast aan veranderde economische omstandigheden – met uitzondering van de nuanceringen die in de jaren zestig in de rechtspraak zijn aanbracht. In Duitsland is de hoogste rechter vanaf het einde van de jaren negentig wel een andere weg ingeslagen, maar de verklaring van deze wijziging in de jurisprudentie moet vooral worden gezocht in de algehele liberalisering van de rechtsregels betreffende oneerlijke concurrentie. Ook in het Amerikaanse recht zijn geen aanwijzingen te vinden dat in tijden van economische neergang andere voorwaarden voor aansprakelijkheid gelden dan in tijden van hoogconjunctuur.

³¹ V.V. Palmer, ‘A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference With Contract’, 40 *Am. J. Comp. Law* 1992, p. 301.

³² Zie onder, par. 9.1.4.

9 Verklaringen voor verschillen

De voornaamste verschillen tussen de onderzochte rechtsstelsels doen zich voor bij de reikwijdte van de aansprakelijkheid, het belang en de invulling van het derdepartijvereiste en het belang van de aansprakelijkheid voor de rechtspraktijk. In de volgende paragrafen zal worden getracht om deze discrepanties te verklaren.

9.1 *Reikwijdte van de aansprakelijkheid*

9.1.1 Liberaal tegenover moralistisch

In paragraaf 7 werd het Engelse rechtsstelsel vanwege de beperkte reikwijdte van de aansprakelijkheid betiteld als het meest liberale stelsel, en het Franse en Nederlandse recht als relatief moralistisch. Betoogd is dat het Duitse en Amerikaanse recht een tussenpositie innemen. Voor de verschillen tussen de onderzochte rechtsstelsels ten aanzien van de reikwijdte van de aansprakelijkheid zullen drie, grotendeels met elkaar samenhangende verklaringen worden gegeven: de beperkende invloed van de concurrentievrijheid en het contractuele relativiteitsbeginsel, de rechtsvormende taak van de rechter op het gebied van ongeoorloofde concurrentie en de heersende opvattingen over verticale prijsbindingsregelingen.

9.1.2 Rol van de concurrentievrijheid en het contractuele relativiteitsbeginsel

De vergaande bescherming van contracten in het Franse recht kan direct worden teruggevoerd op de aanvaarding van het principe dat overeenkomsten aan derden die ervan op de hoogte zijn, kunnen worden tegengesteld. Hoewel het contractuele relativiteitsbeginsel oorspronkelijk wel als obstakel voor de aansprakelijkstelling van derden werd beschouwd, wordt dit beginsel sinds het begin van de twintigste eeuw niet meer relevant geacht in relatie tot de aansprakelijkheid van derden bij contractbreuk. Ook de concurrentievrijheid en handelingsvrijheid van derden spelen van oudsher in verband met dit leerstuk een ondergeschikte rol. In de Nederlandse en Duitse rechtspraak wordt daarentegen aangenomen dat de concurrentievrijheid en handelingsvrijheid van derden in de weg staan aan de aanvaarding van de tegenstelbaarheid van overeenkomsten aan derden. Bovendien lijkt aan het contractuele relativiteitsbeginsel in beide rechtsstelsels een zekere reflexwerking toe te komen. Hoewel de contractuele relativiteit niet direct in de weg staat aan de aansprakelijkheid van derden, wordt in de rechtspraak overwogen dat omwille van dit beginsel niet te snel tot aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie moet worden geconcludeerd. In de *common law* wordt het contractuele relativiteitsbeginsel vrijwel niet genoemd in verband met de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk. Dat de tegenstelbaarheid van contracten aan derden daar niet wordt aanvaard, kan worden verklaard door het grote belang dat wordt gehecht aan de concurrentievrijheid en de individuele handelingsvrijheid.

9.1.3 Rechtsvormende taak van de rechter bij oneerlijke concurrentie

Het feit dat in situaties van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie in de Engelse rechtspraak niet snel aansprakelijkheid wordt aangenomen, is geheel in lijn met de van oudsher abstentionistische³³ houding van de Engelse rechter ten aanzien van oneerlijke concurrentie in het algemeen.³⁴ In de Engelse rechtspraak wordt geen algemene norm van *unfair competition* erkend.³⁵ Op het gebied van de ongeoorloofde mededinging wordt vastgehouden aan het *pigeonholes*-systeem van de *common law of torts*.³⁶ Binnen dit systeem ontbreekt een algemene aansprakelijkheidsgrond voor delictuele aansprakelijkheid, maar bestaat een aanzienlijk aantal afzonderlijke *torts* die elk hun eigen specifieke aansprakelijkheidsvoorwaarden kennen. Wanneer een gedraging van de gedaagde niet kan worden ondergebracht in één van de ‘postvakjes’, dan kan in beginsel geen aansprakelijkheid worden aangenomen. Hoewel het stelsel van *torts* geen gesloten stelsel is, aangezien in de rechtspraak of bij wet ook nieuwe *torts* kunnen worden geïntroduceerd,³⁷ houdt de Engelse rechter op het gebied van oneerlijke concurrentie vooralsnog vast aan de bestaande *torts*. Dit betekent dat de betrokkenheid van een derde bij wanprestatie pas tot aansprakelijkheid kan leiden wanneer de relatief nauw geformuleerde aansprakelijkheidsvoorwaarden zijn vervuld van de *Lumley tort* of de *unlawful means tort* (en in uitzonderingsgevallen de *tort of conspiracy*). In de twintigste-eeuwse rechtspraak zijn uitspraken te vinden die als meer interventionistisch kunnen worden getypeerd, maar de *House of Lords* heeft recentelijk in *OBG v. Allan*³⁸ geen misverstand laten bestaan over het liberale karakter van de Engelse benadering ten aanzien van oneerlijke concurrentie in het algemeen en derdenbetrokkenheid bij contractbreuk in het bijzonder. Terwijl de Engelse rechter het niet zijn taak beschouwd, maar die van de wetgever om de scheidslijn tussen geoorloofde en ongeoorloofde mededinging te bepalen,³⁹ is

³³ Zie H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 8. Carty wijst erop dat de *House of Lords* buiten de concurrentiecontext wel bereid was tot een meer interventionistische aanpak, met name op het gebied van het stakingsrecht.

³⁴ R.W. de Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families* (diss. Utrecht), Leiden: Koninklijke Brill 2006, p. 206.

³⁵ Zie uitgebreid over de redenen voor Engeland om geen algemeen beginsel van oneerlijke concurrentie te aanvaarden R.W. de Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families* (diss. Utrecht), Leiden: Koninklijke Brill 2006, p. 204-207.

³⁶ R.F.V. Heuston & R.A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, Londen: Sweet & Maxwell 1996, p. 16-18.

³⁷ Zie ook G.L. Williams, ‘The Foundation of Tortious Liability’, 7 *C.L.J.* 1939, p. 114, die overwoog: ‘To say that the law can be collected into pigeon-holes does not mean that those pigeon-holes may not be capacious, nor does it mean that they are incapable of being added to.’

³⁸ *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1.

³⁹ Zie Fry LJ in *Mogul Steamship Co Ltd v McGregor Gow & Co* [1889] 23 QBD 598, 625-626, die overwoog: ‘To draw a line between fair and unfair competition, between what is reasonable and unreasonable, passes the power of the courts.’ Deze uitspraak is door Lord Nicholls geciteerd in *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 54.

ook de wetgever op zijn beurt ook zeer terughoudend. Met uitzondering van de implementatiewetten van Europese richtlijnen bestaat er geen wettelijke regeling die zich specifiek richt op het onderwerp van *unfair competition*.⁴⁰

In de onderzochte *civil law*-jurisdicties is daarentegen juist een actieve rol voor de rechter weggelegd op het terrein van de ongeoorloofde concurrentie. Deze rechtsstelsels kennen wel een algemeen, overkoepelend concept van ‘oneerlijke concurrentie’. In elk van deze jurisdicties zijn de regels betreffende oneerlijke concurrentie van oudsher gefundeerd op open normen (*Generalklauseln*) uit het algemene delictenrecht (Nederland en Frankrijk) of uit oneerlijke concurrentiewetgeving (Duitsland) en kan op basis van de rechtspraak een veelheid aan categorieën (*Fallgruppen*) van oneerlijke concurrentie worden onderscheiden. De in de jurisprudentie ontwikkelde categorieën zijn in Duitsland in het afgelopen decennium grotendeels zijn gecodificeerd en hebben geleid tot een zeer gedetailleerde en uitgebreide regeling. Niettemin heeft de Duitse rechter met artikel 4 lid 10 UWG, dat het doelgericht belemmeren van een concurrent aanmerkt als oneerlijke concurrentie, nog steeds een relatief open norm tot zijn beschikking staan. Door het open karakter van de normen waaraan de rechter het gedrag van de gedaagde toetst, hebben de Nederlandse, Franse en Duitse rechter de mogelijkheid om in hun oordeel een afweging te maken van de belangen en omstandigheden van het concrete geval. De bevoegdheid of geschiktheid van de rechter om bij gebrek aan specifieke regels de lijn tussen eerlijke en oneerlijke concurrentie te bepalen, wordt in geen van deze rechtsstelsels in twijfel getrokken. Sterker, het oneerlijke mededingingsrecht heeft in Nederland en Frankrijk, tot de komst van de Europese richtlijnen op dit gebied, lange tijd louter bestaan uit ongeschreven rechtersrecht.

Hoewel ook tot de *common law*-familie behorend, heeft het Amerikaanse recht zich op het gebied van oneerlijke concurrentie op een andere manier ontwikkeld dan het Engelse recht. Het Amerikaanse recht kent wel een relatief algemene notie van *unfair competition*. Het begrip is echter niet zo ruim geformuleerd als in de continentaal-Europese rechtsstelsels. Hoewel een actie op grond van *unfair competition* een *tort*-actie is,⁴¹ wordt oneerlijke concurrentie beschouwd als een afzonderlijk rechtsgebied, dat wordt uitgesloten van de *Restatement (Second) of Torts*.⁴² De *law of unfair competition* heeft een eigen *Restatement* – de *Restatement of Unfair Competition* – en omvat met name het merkenrecht, de bescherming van goodwill en bedrijfsgeheimen en misleidende reclame.⁴³ *Tortious interference with contract* en *unfair competition* worden in de Verenigde Staten dus als afzonderlijke deelgebieden van *tort law* aangemerkt.⁴⁴ Overigens is wel sprake van enige interactie: het bedrijven van *unfair competition* wordt in de rechtspraak in het kader van *tortious interference with contract*

⁴⁰ Zie R.W. de Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families* (diss. Utrecht), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 203.

⁴¹ Zie *Fry v. Layne-Western Co.*, 282 F.2d 97 (C.A.8 1960).

⁴² Zie *Restatement (Second) of Torts, Introductory Note to Division Nine*.

⁴³ Zie *Restatement (Third) of Unfair Competition*.

⁴⁴ W.P. Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 1984, p. 1002.

aangemerkt als *improper means*. Ook in de Verenigde Staten speelt het *pigeon-hole*-systeem dus een rol, in de zin dat er een *tort* is erkend die ziet op situaties van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie, met eigen aansprakelijkheidsvoorwaarden. De relatief open geformuleerde aansprakelijkheidsvoorwaarde dat de verstoring ‘*improper*’ moet zijn, laat daarentegen wel ruimte voor een afweging door de rechter van de concrete omstandigheden en belangen.

Daarnaast zou kunnen worden betoogd dat het feit dat in de onderzochte *civil law*-jurisdicties, in tegenstelling tot Engeland en de Verenigde Staten, geen officiële precedentenleer geldt waardoor het voor de Nederlandse, Duitse en Franse rechters gemakkelijker is dan voor hun *common law*-collega's om de reikwijdte van de aansprakelijkheid aan te passen aan economische ontwikkelingen of veranderde maatschappelijke opvattingen. Anderzijds moet erop worden gewezen dat ook de *common law* niet statisch is; er kunnen nieuwe *torts* worden geschapen en de rechter kan van eerdere uitspraken afwijken wanneer nieuwe inzichten hierom vragen.

9.1.4 Opvattingen over verticale prijsbindingsregelingen

De moralistische benaderingen ten aanzien van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk van het Nederlandse, het Franse en voorheen ook het Duitse recht, zijn in belangrijke mate tot ontwikkeling gekomen in de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw, en zijn nauw verweven met de opkomst van de verticale prijsregelingen. Tijdens de economische crisis van de jaren dertig van de vorige eeuw werd verticale prijsbinding in Nederland, Duitsland en Frankrijk veelvuldig door fabrikanten ingezet om invloed te kunnen uitoefenen op de verkoopprijzen. Deze praktijken werden door de overheden niet alleen toegestaan,⁴⁵ maar zelfs aangemoedigd. Verkooporganisaties die tot doel hadden verticale prijsbinding te bewerkstellings werden in Nederland beschouwd als een nuttig en zelfs onmisbaar middel om de prijzen op een redelijk niveau te houden.⁴⁶ De opvattingen over het economische nut van verkooporganisaties, en over de *outsiders* die gebruikmaakten van een lek⁴⁷ werden weerspiegeld in de rechtspraak, waarin door de Hoge Raad werd overwogen dat reeds het profiteren van de wanprestatie van een lid van de verkooporganisatie als ongeoorloofd

⁴⁵ Zie voor een historisch overzicht van de regelgeving t.a.v. verticale prijsbinding in Nederland, Duitsland en Frankrijk R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 234 e.v. (Nederland); nr. 462 e.v. (West-Duitsland); nr.325 e.v. (Frankrijk).

⁴⁶ R. Kruithof, *De verticale prijsbinding van merkartikelen. Een vergelijkende studie van het recht van de zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap* (diss. Gent), Brussel: I.C.V.R. 1972, nr. 222.

⁴⁷ Deze werden weggezet als ‘prijsbedervers’ of ‘prijsknoeijs’, zie D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: deLex 2011, p. 26.

moest worden beschouwd.⁴⁸ De ontwikkelingen in Duitsland en Frankrijk zijn grotendeels vergelijkbaar met die in Nederland. Ook daar genoten verkooporganisaties aanvankelijk een ruime bescherming tegen inbreuken door derden en werd het bewust profiteren van een lek in een verkooporganisatie onder omstandigheden als oneerlijke concurrentie aangemerkt.

De maatschappelijke opvattingen in de jaren dertig van de vorige eeuw over nut van verkooporganisaties zijn onmiskenbaar van invloed geweest op het accepteren van een aansprakelijkheid wegens het gebruikmaken van wanprestatie. Vanaf de jaren zestig zijn echter duidelijke veranderingen zichtbaar in de opvattingen over verkooporganisaties, en is verticale prijsbinding via het Europese en nationale kartelrecht nagenoeg verboden. Niettemin kan het gebruikmaken van een lek in een vanuit kartelrechtelijk oogpunt geoorloofde verkooporganisatie, op grond van het Nederlandse recht onder omstandigheden nog altijd tot aansprakelijkheid leiden. Sinds 1996 kent het Franse recht een specifiek artikel waarin de bescherming van kartelrechtelijk geoorloofde selectieve en exclusieve distributieovereenkomsten wordt geregeld. Het gebruikmaken van wanprestatie die in een eerdere schakel heeft plaatsgevonden, lijkt op grond van het huidige Franse recht echter niet als ongeoorloofd te worden aangemerkt. De duidelijke liberaliseringstendens in het Duitse oneerlijke mededingingsrecht heeft uiteindelijk aan het einde van de jaren negentig ook een ommekeer in de jurisprudentie van het BGH over situaties van derdenbetrokkenheid bij wanprestatie tot gevolg gehad, waardoor verkooporganisaties niet langer op aanvullende bescherming kunnen rekenen vanwege hun bijzondere belang voor de economie.

Het instrument van verticale prijsbinding werd ook in Engeland vanaf het einde van de negentiende eeuw tot 1964 – toen het met de inwerkingtreding van de *Resale Prices Act* werd verboden – veelvuldig door fabrikanten gehanteerd. Deze overeenkomsten werden niet aangemerkt als concurrentiebeperkend, en werden afdwingbaar geacht tegenover de wederpartij.⁴⁹ Verticale prijsbinding heeft in Engeland echter slechts een zeer beperkte rol heeft gespeeld bij de ontwikkeling van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij wanprestatie, hetgeen kan worden verklaard door het feit dat de Engelse rechter nooit een groot voorstander lijkt te zijn geweest van verticale prijsbinding⁵⁰ en zeer terughoudend is geweest om derden te verplichten rekening te houden met verticale prijsbindingscontracten. Een tweede verklaring zou kunnen zijn dat benadeelde prijsbinders hun vordering jegens derden aanvankelijk baseerden op *equity*⁵¹ of op de derdenwerking van de overeenkomst⁵² en niet op de *Lumley tort*.⁵³

⁴⁸ HR 11 november 1937, *NJ* 1937, 1096, m.nt. E.M. Meijers (*Kolynos*). Zie hierover hoofdstuk 3, par. 2.2.

⁴⁹ Zie *Elliman v. Carrington* [1901] 2 Ch 275.

⁵⁰ A.M. Tettenborn, 'Covenants, Privity of Contract, and the Purchaser of Personal Property', 41 *C.L.J.* 1981, p. 67.

⁵¹ In de uitspraak *De Mattos v. Gibson* [1858] 45 ER 108 was geoordeeld dat een derde op grond van *equity* onder omstandigheden kan worden verplicht tot het respecteren van andermans contractuele rechten. Zie uitgebreider over deze uitspraak hoofdstuk 6, par. 11.3.

De rechtsontwikkeling in de Verenigde Staten ten aanzien van verticale prijsbinding onderscheidt zich van die in de continentale West-Europese landen. In 1911 oordeelde de *US Supreme Court* dat verticale prijsbindingsovereenkomsten (*resale price maintenance*) in strijd met de *Sherman Antitrust Act* waren en daarmee nietig.⁵⁴ Tijdens de wereldwijde economische crisis in de jaren dertig kwam hierin verandering en werd verticale prijsbinding onder omstandigheden toegestaan. In de wetgeving van veel deelstaten werd zelfs de mogelijkheid geschapen om door middel van *non-signers-clauses* verticale prijsbindingsovereenkomsten tegenover derden bindend te verklaren. Het bestaan van deze mogelijkheid, die niet was opgenomen in het Nederlandse, Duitse en Franse recht, kan verklaren waarom ook in crisistijd geen behoefte werd gevoeld aan een buitencontractuele aansprakelijkheid wegens het profiteren van wanprestatie. Verticale prijsbinding heeft dus in de Verenigde Staten in de ontwikkeling van het leerstuk van betrokkenheid bij niet-nakoming geen rol van betekenis gespeeld.

9.2 Belang en de invulling van het derdepartijvereiste

In de Amerikaanse *tortious interference*-rechtspraak zijn veel uitspraken te vinden waarin de vraag aan de orde komt of de gedaagde gekwalificeerd kan worden als derde ten opzichte van het door hem gefrustreerde contract. In Engeland speelt dit vereiste in de rechtspraak en doctrine eveneens een rol, zij het een beperktere dan in de Verenigde Staten. De vraag of de gedaagde wel als derde kan worden gekwalificeerd, wordt daarentegen in de rechtspraak en doctrine van de onderzochte *civil law*-jurisdicties niet of in zeer beperkte mate opgeworpen. Ook de invulling van het derdepartijvereiste kan afwijken. In de volgende paragrafen worden verklaringen aangedragen voor de verschillen tussen de rechtssystemen ten aanzien van het belang en de interpretatie van het derdepartijvereiste.

9.2.1 Beschikbare remedies

Het onderscheid in het belang dat wordt gehecht aan het derdepartijvereiste lijken samen te hangen met verschillen tussen de rechtssystemen ten aanzien van de vorderingen die door de eiser kunnen worden ingesteld. Of een gedaagde wel of niet als derde kan worden aangemerkt, heeft in de Verenigde Staten gevolgen voor de beschikbaarheid van remedies. In het Amerikaanse recht wordt onderscheid gemaakt tussen de remedies voor *breach of contract* en voor *tort*. De re-

Het beginsel uit *De Mattos v. Gibson* werd niet toepasselijk geacht op verticale prijsbindingscontracten, zie *Taddy v. Sterious* [1904] 1 Ch 354, 358.

⁵² In 1915 oordeelde de *House of Lords* in *Dunlop v. Selfridge* [1915] AC 847 echter dat het afdwingen van deze overeenkomsten jegens derden een schending van het beginsel van *privity of contract* zou opleveren.

⁵³ In *British Motor Trade Association v. Salvadori* [1949] Ch 556 werd de *Lumley tort* wél gebruikt als basis voor aansprakelijkheid in een geval waarin de gedaagde bewust een transactie was aangegaan die in strijd is met een verticale overeenkomst. Deze uitspraak wordt echter tot op de dag van vandaag sterk bekritiseerd, zie hoofdstuk 6, par. 4.4.

⁵⁴ *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company*, 220 U.S. 373, 385 (1911), zie ook hoofdstuk 7, par. 5.2.1.

medies voor *breach of contract* zijn relatief beperkt. Anders dan in *tort*-zaken komt immateriële schade in geval van wanprestatie in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking en kunnen er geen *punitive damages* worden toegekend. Daar komt bij dat *contract damages* in veel gevallen niet hoog genoeg zijn om de benadeelde contractspartij volledig te compenseren én – anders dan in de *civil law* – de wanprestant op grond van het Amerikaanse recht slechts bij uitzondering tot nakoming (*specific performance*) worden veroordeeld.⁵⁵ Deze omstandigheden maken het voor een benadeelde contractspartij aantrekkelijk om een vordering in te dienen op basis van *tort*, zodat de bovengenoemde beperkingen ten aanzien van de remedies niet van toepassing zijn.⁵⁶ Om te voorkomen dat deze beperkingen door de eiser worden omzeild en de wanprestant via de weg van *tortious interference with contract* alsnog wordt verplicht tot betaling van immateriële schadevergoeding of een privaatrechtelijke boete, is het van belang dat de gedaagde als ‘derde’ kan worden aangemerkt.

In geen van de onderzochte Europese rechtsstelsels kan jegens een derde een privaatrechtelijke boete worden gevorderd wegens zijn betrokkenheid bij wanprestatie. Hoewel naar Engels recht de basis van de aansprakelijkheid (*tort* of *contract*) wel degelijk van invloed kan zijn op de hoogte van de schadevergoeding, zijn in de rechtspraak geen voorbeelden te vinden waarin degene die tot wanprestatie had aangezet, werd veroordeeld tot betaling van een hogere schadevergoeding dan de wanprestant.⁵⁷ Naar Nederlands en Duits recht wordt bij de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt en voor de hoogte van de schadevergoeding in beginsel geen onderscheid gemaakt tussen schadevorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad en uit hoofde van wanprestatie. Op grond van het Franse recht bestaat wel een specifieke regeling voor schadevergoeding uit contract, en niet voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Voor de hoogte van de schadevergoeding maakt het echter doorgaans weinig verschil op welke grondslag de vordering is gebaseerd. Het belang dat de eiser heeft om zijn vordering te baseren op onrechtmatige daad, is daardoor veel kleiner dan in het Amerikaanse recht. Het kan voor de eiser zelfs gunstiger zijn wanneer de gedaagde wel als contractspartij wordt gekwalificeerd, aangezien de eiser dan niet hoeft te bewijzen dat de gedaagde de contractbreuk heeft uitgelokt of bevorderd, noch – in het geval van faciliteren of gebruikmaken van wanprestatie – de aanwezigheid van bijkomende omstandigheden die diens betrokkenheid bij de wanprestatie onrechtmatig doen zijn.⁵⁸

⁵⁵ V.V. Palmer, ‘A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference With Contract’, 40 *Am. J. Comp. Law* 1992, p. 339-340.

⁵⁶ In sommige deelstaten worden *damages* in *tortious interference*-zaken echter beperkt tot *contract damages*, zie hoofdstuk 7, par. 12.2.

⁵⁷ S. Baughen, ‘Accessory liability at common law and in equity – “The redundancy of knowing assistance” revisited’, *L.M.C.L.Q.* 2007, p. 552.

⁵⁸ Uiteraard zijn ook gevallen denkbaar waarin het voor het slagen van een vordering noodzakelijk is dat de gedaagde als ‘derde’ wordt gekwalificeerd. Men denke aan de situatie waarin de gedaagde met behulp van onrechtmatige middelen heeft aangezet tot de rechtmatige beëindiging van een contract, waardoor de eiser geen vordering kan indienen op grond van wanprestatie. In dat geval heeft de eiser er belang bij dat de gedaagde niet vereenzelvigd wordt met de contractspartij, maar als derde wordt aangemerkt.

9.2.2 Ondernemingsrechtelijk tegenover *tort*-perspectief

Niet alleen de mate van het belang dat wordt gehecht aan het derdepartijvereiste, maar ook de invulling van het begrip ‘derde’ kan verschillen. Zo wordt de vraag of een maatschappij als ‘derde’ heeft te gelden ten aanzien van de contracten die zijn aangegaan door een vennootschap waarmee zij nauw verbonden is, zoals een dochtermaatschappij, door de Nederlandse rechter anders beantwoord dan door veel Amerikaanse rechters. In de Nederlandse rechtspraak worden de dochter- en moedermaatschappij – overeenkomstig de uitgangspunten van het ondernemingsrecht – beschouwd als twee verschillende entiteiten. In het kader van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij wanprestatie is de moeder-dochterrelatie vooral van belang om aannemelijk te maken dat de derde (de moedermaatschappij) invloed heeft uitgeoefend op de beslissing van de wanprestant (de dochtermaatschappij) om de overeenkomst niet na te komen. Ook op basis van het Amerikaanse ondernemingsrecht zijn een moeder- en dochtermaatschappij van elkaar te onderscheiden rechtssubjecten. Niettemin wordt in de *tortious interference*-rechtspraak veelal aan dit onderscheid voorbij gegaan en worden moeder en dochter door de rechter beschouwd als een *unity of interest*. Dit heeft tot gevolg dat de moeder in veel deelstaten niet als derde wordt beschouwd en daardoor kan worden aangesproken wegens haar betrokkenheid bij de wanprestatie van haar dochter. In andere deelstaten wordt vanwege het gemeenschappelijke belang een *privilege to interfere* aangenomen. Slechts in uitzonderingsgevallen zal de moedermaatschappij aansprakelijk kunnen worden gesteld wegens *tortious interference with contract*, met name wanneer zij gebruik heeft gemaakt van onoorbare middelen.

Een mogelijke verklaring voor het feit dat de Amerikaanse rechter zich op het gebied van *tortious interference with contract* weinig gelegen laat liggen aan ondernemingsrechtelijke beginselen is het *pigeon hole*-systeem, dat reeds in paragraaf 9.1.3 is besproken. Omdat de verschillende *torts* zich in de *common law* relatief autonoom hebben ontwikkeld en niet onderling met elkaar verbonden zijn, wordt bij het toetsen aan de aansprakelijkheidsvoorwaarden weinig rekening gehouden met andere *torts* of met andere rechtsgebieden. Naar Nederlands recht wordt de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij wanprestatie daarentegen gebaseerd op een open norm, artikel 6:162 BW, die het voor de rechter mogelijk maakt om rekening te houden met regels en beginselen uit andere rechtsgebieden, zoals het ondernemingsrecht.

9.3 Belang van de aansprakelijkheidsgrond in de rechtspraktijk

In de Verenigde Staten wordt veelvuldig geprocedeerd over *tortious interference with contractual relations*, terwijl de betrokkenheid van derden bij contractbreuk in de onderzochte Europese rechtssystemen betrekkelijk weinig aanleiding vormt tot het instellen van een rechtsvordering. In de volgende paragrafen zullen voor dit verschil vier mogelijke verklaringen worden besproken: het uiteenlopen van

het materiële recht en het procesrecht, de beschikbare remedies, het (ontbreken van een) leerstuk van precontractuele aansprakelijkheid en de claimcultuur.

9.3.1 Verschillen in het materiële en procesrecht

In zijn publicatie uit 1992, waarin hij een vergelijking maakt tussen het Amerikaanse en Franse recht, noemt Palmer de verschillen in het materiële recht als een voorname reden waarom de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie een veel beperktere rol speelt in Frankrijk dan in de Verenigde Staten.⁵⁹ Volgens Palmer is de Franse aansprakelijkheidsregel beter afgebakend.⁶⁰ Uit de rechtsvergelijking in deel I van dit hoofdstuk blijkt echter niet dat op basis van het Amerikaanse recht eerder aansprakelijkheid wordt aangenomen dan op basis van het Franse recht – of het Nederlandse of Duitse recht. Betoogd kan worden dat het Nederlandse en het Franse recht zelfs een ruimere aansprakelijkheid aanvaarden dan het Amerikaanse recht, aangezien op grond van het Franse recht elke bewuste deelname aan contractbreuk onrechtmatig is en naar Nederlands recht zelfs het gebruikmaken van wanprestatie onder omstandigheden tot aansprakelijkheid kan leiden. De onderzoeksresultaten geven daarom geen aanleiding om aan te nemen dat verschillen ten aanzien van de reikwijdte van de aansprakelijkheid een verklaring vormen voor het verschil in aantal claims dat in de Verenigde Staten en in Europa wordt ingediend. Of verschillen wat betreft de reikwijdte van de aansprakelijkheid een effect hebben op het aantal claims dat wordt ingediend, is overigens moeilijk vast te stellen. De beperking van de reikwijdte van de aansprakelijkheid in concurrentieverhoudingen door het BGH in de late jaren negentig van de vorige eeuw lijkt bijvoorbeeld vooralsnog geen significante teruggang in het aantal claims in Duitsland tot gevolg te hebben gehad.

De mate waarin een rechtsregel helder is geformuleerd en de aansprakelijkheidsvoorwaarden slechts voor één uitleg vatbaar zijn, zal in elk geval van invloed zijn op het aantal zaken dat aan de rechter wordt voorgelegd. Wanneer de uitkomst van een rechtszaak voorspelbaar is, zullen partijen eerder kiezen voor een minnelijke schikking van hun geschil. Is de uitkomst daarentegen moeilijk te voorspellen, dan zal eerder de behoefte ontstaan om de zaak aan de rechter voor te leggen. In een deel van de Amerikaanse literatuur wordt gesteld dat de aansprakelijkheidsregel betreffende *tortious interference with contract* te vaag en onduidelijk is.⁶¹ Omdat ook in de Nederlandse, Franse en Duitse rechtspraak de concrete omstandigheden van het geval een bepalende rol spelen, is het relatief onbepaalde karakter van de Amerikaanse aansprakelijkheidsregel

⁵⁹ V.V. Palmer, 'A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference With Contract', 40 *Am. J. Comp. Law* 1992, p. 302.

⁶⁰ V.V. Palmer, 'A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference With Contract', 40 *Am. J. Comp. Law* 1992, p. 334-335.

⁶¹ Zie o.a. D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 344; H.S. Perlman, 'Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine', 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, p. 64; G. Myers, 'The Differing Treatment of Efficiency and Competition in Antitrust and Tortious Interference Law', 77 *Minn. L. Rev.* 1993, p. 1109-1113.

niet uniek en daarmee geen factor die het verschil in het aantal claims kan verklaren. Men zou zelfs kunnen stellen dat het Amerikaanse recht duidelijker is dan bijvoorbeeld het Nederlandse recht, aangezien de *Restatement (Second) of Torts* inzichtelijk maakt welke omstandigheden relevant zijn voor het oordeel over de geoorloofdheid van de betrokkenheid van de derde bij de wanprestatie.

Ook verschillen in het goederenrecht kunnen een verklaring vormen voor de uiteenlopende aantallen vorderingen die in de onderzochte jurisdicties worden ingediend. Ter illustratie kan worden gewezen op de dubbele verkoop van roerende zaken.⁶² Waar naar Frans en Engels recht de overdracht van een roerende zaak reeds tot stand komt door een enkele overeenkomst, wordt naar Nederlands, Duits en Amerikaans⁶³ recht een afzonderlijke leveringshandeling vereist. In de periode tussen de contractsluiting en de levering kan de koper dus geen eigendomsrecht tegenwerpen aan derden. Wordt het goed tijdens deze periode verkocht en geleverd aan een tweede koper, dan kan de eerste koper het goed niet als eigenaar revindiceren en rest hem een vordering wegens wanprestatie jegens zijn wederpartij én mogelijk een vordering wegens betrokkenheid bij wanprestatie jegens de tweede koper. In de rechtssystemen waarbij de eigendom overgaat op het moment van contractsluiting heeft de eerste koper wel een recht dat hij aan de tweede koper aan wie het goed is geleverd, kan tegenwerpen. De overdracht van de roerende zaak heeft in deze jurisdicties vóór de levering overigens geen effect ten aanzien van een derde die een conflicterend belang heeft en te goeder trouw is. Ook bij de overdracht van onroerende zaken kunnen specifieke regels de behoefte van de eiser aan een delictuele aansprakelijkheidsgrond verminderen. In het bijzonder kan worden gedacht aan de rechtsfiguur van *Vormerkung* in het Nederlandse en Duitse recht, waarbij de koper van een geregistreerd zijn koopovereenkomst kan inschrijven in de openbare registers en vervolgens beschermd wordt tegen een overdracht van het goed aan een derde. Daarbij dient echter te worden opgemerkt dat ook in de Verenigde Staten niet vaak *tortious interference claims* worden ingediend in gevallen van dubbele verkoop van onroerend goed, omdat de eerste koper op grond van *equity* een *equitable interest* heeft dat hij kan invoeren tegenover de tweede koper, mits deze niet te goeder trouw is.⁶⁴

Tot slot kunnen ook verschillen in het procesrecht, met name in regels omtrent bewijs, een verklaring vormen waarom in de ene jurisdictie vaker wordt geprocedeerd over derdenbetrokkenheid bij wanprestatie dan in de andere. Waar het Nederlandse, Duitse, Franse en Engelse recht duidelijk zijn over de bewijslastverdeling – met uitzondering van de rechtvaardigingsgronden rust de bewijslast op de eiser – is deze in de Verenigde Staten, mede door het feit dat de *Restatement* op dit punt niet eenduidig is, onderwerp van discussie. In sommige staten wordt de bewijslast ten aanzien van het *impropriety*-criterium gelegd bij de eiser, terwijl in andere staten de gedaagde moet aantonen dat zijn gedrag niet

⁶² De casus van de dubbele verkoop van roerende zaken wordt ook behandeld in M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: University Press 2003, p. 362-384.

⁶³ Zie § 2-401 van de *Uniform Commercial Code*.

⁶⁴ Zie boven, par. 5.4.3.

onoorbaar was. In dat laatste geval draagt de gedaagde het risico van de onduidelijkheden ten aanzien van de invulling van het begrip *improper* en de eventuele rechtvaardigingsgronden, hetgeen de kans op een positief resultaat voor de eiser doet toenemen.⁶⁵ Een voor de eisende partij gunstige bewijslastverdeling – in combinatie met een relatief soepele bewijswaarderingsmaatstaf – zou een prikkel kunnen zijn voor het indienen van een vordering.

9.3.2 Beschikbare remedies

Een tweede verklaring voor het verschil in het aantal claims dat gebaseerd is op de betrokkenheid van een derde bij wanprestatie heeft betrekking op de beschikbare remedies, die ook in paragraaf 9.2.1 zijn besproken. De verschillen in het Amerikaanse recht tussen de remedies voor *breach of contract* en *tort* en de mogelijkheid om in geval van *tort* onder omstandigheden *punitive damages* te kunnen vorderen, kunnen het voor een benadeelde contractspartij aantrekkelijk maken om een vordering op basis van *tortious interference with contract* in te dienen tegen een derde die bij de wanprestatie betrokken was, naast of in plaats van een vordering op basis van *breach of contract* tegen zijn wederpartij. Deze prikkel ontbreekt in de onderzochte Europese rechtsstelsels, waar (met uitzondering van Engeland) het voor de hoogte van de schadevergoeding doorgaans weinig verschil maakt of de vordering wordt ingesteld op basis van onrechtmatige daad of contractbreuk. Bovendien kunnen geen *punitive damages* worden toegekend.⁶⁶

9.3.3 Precontractuele aansprakelijkheid

In het Amerikaanse recht is de *tort of interference with contract* nauw verbonden met de *tort of interference with business relations/prospective economic advantage*. De voorwaarden voor aansprakelijkheid komen grotendeels overeen en de *torts* zijn in sommige deelstaten zelfs samengebracht onder de noemer *tort of interference with economic relations*. Op basis van het Nederlandse, Duitse en Franse recht is de aansprakelijkheid van een derde wegens het verstoren van onderhandelingen niet per definitie uitgesloten, maar in de gepubliceerde jurisprudentie van deze landen zijn weinig uitspraken te vinden waarin een dergelijk geval aan de rechter is voorgelegd. Dit onderscheid zou kunnen worden verklaard door de betekenis van het leerstuk van precontractuele aansprakelijkheid in de onderzochte jurisdicties. De *common law* kent geen overkoepelend leerstuk van precontractuele aansprakelijkheid. Dat wil niet zeggen dat in *common law*-jurisdicties geen rechtsvordering kan

⁶⁵ Zie ook D.B. Dobbs, 'Tortious Interference with Contractual Relationships', 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 345-346.

⁶⁶ V.V. Palmer, 'A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference With Contract', 40 *Am. J. Comp. Law* 1992, p. 340-342; E. Steinle, *Verleitung zum Vertragsbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2001, p. 253.

worden ingediend wegens het afbreken van onderhandelingen. Verschillende rechtsfiguren, zoals *unjust enrichment*, *misrepresentation* en – in het Amerikaanse recht – *promissory estoppel*, kunnen als basis dienen voor aansprakelijkheid.⁶⁷ In de literatuur wordt echter gesuggereerd dat de aansprakelijkheid wegens *tortious interference with business relations/prospective economic advantage* wordt gebruikt om leemten op te vullen die het gevolg zijn van het ontbreken van een algemeen leerstuk van precontractuele aansprakelijkheid in de *common law*.⁶⁸ Het belang van deze aansprakelijkheidsgrond is in Nederland, Frankrijk en Duitsland, landen waar het leerstuk van precontractuele aansprakelijkheid zich een vaste plaats in het recht heeft verworven, veel geringer omdat de benadeelde in deze rechtssystemen betere mogelijkheden heeft om de afbrekende onderhandelingspartij zelf aansprakelijk kan stellen voor de door hem geleden schade.⁶⁹

9.3.4 Claimcultuur

Ten slotte dient gewezen te worden op de Amerikaanse claimcultuur als verklaring voor het verschil tussen het aantal vorderingen dat wordt ingediend in de Verenigde Staten en in Europa. Door het Amerikaanse systeem van *contingency fees*, waarbij de advocaat slechts wordt beloond indien de zaak wordt gewonnen en de beloning bestaat uit een percentage van de opbrengst, wordt het financiële risico van de eiser om te procederen beperkt, waardoor hij eerder geneigd zal zijn een procedure aanhangig te maken. Andere stimulansen om te procederen zijn het ontbreken van de *loser pays rule*, de eerdergenoemde mogelijkheid tot toekenning van *punitive damages* en de relatieve onvoorspelbaarheid van het juryproces.⁷⁰ Deze prikkels zijn geheel of grotendeels afwezig in de onderzochte Europese jurisdicties.

Aangenomen moet worden dat de Amerikaanse claimcultuur mede zal bijdragen aan het grote aantal *tortious-interference-claims* dat wordt ingediend.⁷¹ In welke mate zij het verschil verklaart met het aantal vorderingen dat in Europa aanhangig wordt gemaakt, laat zich echter moeilijk bepalen.

⁶⁷ Zie o.a. E.A. Farnsworth, 'Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations', 87 *Colum. L. Rev.* 1987, p. 229 e.v.

⁶⁸ E.A. Farnsworth, 'Developments in Contract Law During the 1980s: The Top Ten', 41 *Case W. Res. L. Rev.* 1990, p. 211. Zie ook V.V. Palmer, 'A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference With Contract', 40 *Am. J. Comp. Law* 1992, p. 336.

⁶⁹ Het Nederlandse en Franse recht aanvaarden het beginsel van precontractuele goede trouw. Op grond van het Duitse recht leidt het afbreken van onderhandelingen tot aansprakelijkheid wanneer deze afbreuk ook kan worden aangemerkt als een schending van een zorgvuldigheidsverplichting, welke ontstaat op het moment dat partijen in onderhandeling treden, zo vloeit voort uit § 311 lid 2, § 241 lid 2 en § 242 BGB.

⁷⁰ Zie ook F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Lelystad: Vermande 1996, p. 2.

⁷¹ V.V. Palmer, 'A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference With Contract', 40 *Am. J. Comp. Law* 1992, p. 339.