

# 9 Evaluatie en aanbevelingen

## I RATIO EN REIKWIJDTE VAN DE AANSPRAKELIJKHEID

### 1 Constructie van een gezichtspuntencatalogus

De eerste doelstelling van dit onderzoek is om de ratio en de reikwijdte van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk naar Nederlands recht te verhelderen en eventuele leemten op te vullen. De analyse van het Nederlandse recht in hoofdstuk 3 toont twee belangrijke knelpunten. In de eerste plaats bestaat onzekerheid ten aanzien van de reikwijdte van de aansprakelijkheid. Volgens de Hoge Raad is de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk ‘onder omstandigheden’ in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Op de vraag welke omstandigheden de rechter in zijn onrechtmatigheidsoordeel moet betrekken, wordt echter geen duidelijk antwoord gegeven. Bovendien blijft het gewicht dat moet worden toegekend aan de omstandigheden die wel worden meegewogen ongewis. In de tweede plaats geeft de rechtspraak geen helder antwoord op de vraag waarom de aanwezigheid van bepaalde omstandigheden wel of juist geen onrechtmatigheidsoordeel rechtvaardigen. In de buitenlandse jurisprudentie en doctrine blijkt juist dat de rechtvaardiging niet bij voorbaat evident is, en om nadere toelichting vraagt.

Het feit dat de Nederlandse rechter zijn beslissing over het al dan niet onrechtmatige karakter van de betrokkenheid van de derde bij contractbreuk laat afhangen van de ‘omstandigheden van het geval’, betekent dat is gekozen voor een topische of meergezichts puntenbenadering.<sup>1</sup> Het voordeel van deze benadering, die bijvoorbeeld ook wordt toegepast bij gevaarzetting,<sup>2</sup> is dat zij subtiel is en de rechter de vrijheid geeft om op basis van verschillende gezichtspunten tot een afgewogen oordeel te komen. De gezichtspunten zijn geen vereisten, maar ‘de vindplaatsen van argumenten’,<sup>3</sup> die het oordeel van de rechter kunnen motiveren en funderen. Nieuwenhuis heeft er echter op gewezen dat ‘de omstandigheden van het geval’ weliswaar een rijke bron bieden voor argumenten, maar wel eerst moeten worden benoemd. Zolang dat niet het geval is, fungeert

---

<sup>1</sup> Zie over deze benadering o.a. W. Van Gerven & J.C.M. Leijten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 63 e.v.; G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 108-114; J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 2007, p. 81 e.v.

<sup>2</sup> Zie de gezichtspunten die de Hoge Raad heeft geformuleerd in het *Kelderluik*-arrest, HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136. Zie ook, op het gebied van de uitleg van exoneratiebedingen, de omstandighedencatalogus die door de Hoge Raad is geformuleerd in HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*).

<sup>3</sup> J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 2007, p. 81.

de zinsnede als doodoener.<sup>4</sup> De Hoge Raad heeft in enkele arresten, waaronder *Curaçao/Boyé*,<sup>5</sup> een voorschot gegeven op een meergezichtenpuntenbenadering, door de mate waarin de derde de beslissing om wanprestatie te plegen heeft beïnvloed, de ernst van het nadeel en de voorzienbaarheid van dat nadeel te noemen als omstandigheden die de betrokkenheid bij wanprestatie onrechtmatig kunnen doen zijn. Deze opsomming is echter onvolledig; uit de rechtspraak blijkt dat ook onder andere omstandigheden tot onrechtmatigheid kan worden geconcludeerd. Bovendien valt uit de jurisprudentie niet op te maken waarom juist deze omstandigheden moeten worden meegewogen en welk gewicht aan hen moet worden toegekend.

De geconstateerde knelpunten in het Nederlandse recht kunnen grotendeels worden weggenomen door de omstandigheden die de rechter dient mee te wegen in zijn onrechtmatigheidsoordeel inzichtelijk te maken. Dat is ook wat de opstellers van de *Restatement of Torts* hebben nagestreefd met het opnemen van een multifactortoets, bestaande uit zeven gezichtspunten, die door de Amerikaanse rechter kan worden gebruikt om te bepalen of sprake is van *improper interference*.

De multifactortoets uit de *Restatement* dient als inspiratiebron voor de gezichtspuntencatalogus die hier wordt voorgesteld. Met deze benadering wordt beoogd om een zo veel mogelijk uitputtende opsomming te geven van de bijkomende omstandigheden die de betrokkenheid bij contractbreuk onrechtmatig kunnen maken. Deze omstandigheden zijn:

1. de mate van beïnvloeding;
2. de wijze van beïnvloeding;
3. de aard van het geschonden belang;
4. de aard van het nagestreefde belang;
5. het motief van de gedaagde;
6. de verhouding tussen de partijen;
7. de mate van rechtstreeksheid;
8. de frequentie en selselmatigheid van de betrokkenheid.

Deze omstandigheden komen in belangrijke mate overeen met de factoren die in § 767 van de *Restatement* worden genoemd, maar er bestaan ook verschillen. Zo maken de ‘mate van beïnvloeding’ en de ‘wijze van beïnvloeding’ in de *Restatement* deel uit van de factor ‘*nature of the actor’s conduct*’, waar echter ook gedragingen onder vallen die ertoe leiden dat de overeenkomst niet kan worden nagekomen, zoals het beschadigen van producten of het toebrengen van letsel aan de schuldenaar. Vanwege de afbakening van dit onderzoek blijven deze laatste gedragingen hier buiten beschouwing.<sup>6</sup> Bij de omstandigheid ‘aard van het geschonden belang’ zijn twee *Restatement*-factoren samengebracht: ‘*the interests of the other with which the actor’s conduct interferes*’ en ‘*the social interests in protecting the freedom of action of the actor and the contractual interests of the other*’. Bij het laatstgenoemde gezichtspunt zal in tegenstelling tot in de

<sup>4</sup> J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 2007, p. 82.

<sup>5</sup> HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn.

<sup>6</sup> Zie hoofdstuk 1, par. 4.

*Restatement* echter ook aandacht worden besteed aan maatschappelijke belangen als de openbare orde en veiligheid en het algemeen belang bij economische ontwikkeling. De omstandigheid die is aangeduid als ‘mate van rechtstreeksheid van de betrokkenheid’ correspondeert met de factor *the proximity or remoteness of the actor’s conduct to the interference*. De frequentie en stelselmatigheid van de betrokkenheid is in de *Restatement* niet als factor opgenomen, maar wordt hier wel besproken omdat zij volgens de Nederlandse rechtspraak van invloed kan zijn op het onrechtmatigheidsoordeel, in het bijzonder in gevallen waarin de derde niet rechtstreeks betrokken is geweest bij de contractbreuk. Bij de bespreking van deze omstandigheden zal tevens worden onderzocht welk gewicht aan de omstandigheden moet worden toegekend. Hiertoe zal niet slechts worden geanalyseerd hoe zwaar de omstandigheden wegen in de Nederlandse rechtspraak, maar zal ook een beroep worden gedaan op de inzichten die door de rechtsvergelijking zijn aangereikt.

De hier voorgestelde aanpak is ruimer dan de huidige Nederlandse benadering van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk. In de eerste plaats omdat aandacht wordt besteed aan omstandigheden die in de rechtspraak en literatuur relatief onderbelicht zijn gebleven, met name de wijze van beïnvloeding en het motief van de derde. De benadering is ook breder doordat niet alleen wordt gekeken naar de betrokkenheid van derden bij wanprestatie, maar naar voorbeeld van de *Restatement* ook de betrokkenheid bij de recht- en regelmatige opzegging van een overeenkomst en de verstoring van een vooruitzicht op een contract (precontractuele fase) in de analyse worden betrokken.<sup>7</sup> De verstoring van zakelijke relaties, waarbij niet direct sprake is van een contract of een vooruitzicht op een contract, wordt hier buiten beschouwing gelaten.<sup>8</sup>

## 2 Mate van beïnvloeding

### 2.1 Gewicht

In de Nederlandse rechtspraak wordt de mate van beïnvloeding genoemd als gezichtspunt dat moet worden meegewogen in het onrechtmatigheidsoordeel. Heeft de derde de contractbreuk uitgelokt, of op andere wijze actief bevorderd, dan zal eerder aansprakelijkheid worden aangenomen dan wanneer hij slechts is ingegaan op een aanbod of gebruik heeft gemaakt van een in een eerder stadium gepleegde contractbreuk. Ook uit de Duitse, Engelse en Amerikaanse rechtspraak blijkt dat het feit dat de derde actief heeft ingewerkt op de beslissing van de wanprestant om zijn overeenkomst niet na te komen, een belangrijke grond oplevert om onrechtmatigheid aan te nemen. In met name de Duitse en Amerikaanse literatuur is echter ook kritiek geuit. Wanneer de derde geen gebruik heeft gemaakt van op zichzelf ongeoorloofde middelen, zoals misleiding of bedreiging, maar tot wanprestatie heeft aangezet door bijvoorbeeld het doen van

<sup>7</sup> Zie *Restatement (Second) of Torts* § 766B.

<sup>8</sup> De verstoring van *business relations* wordt wel behandeld in de *Restatement*, zie *Restatement (Second) of Torts* § 766B, *Comment c*.

een beter aanbod of overreding, dan rijst de vraag wat dit gedrag onrechtmatig maakt.<sup>9</sup> Sommige auteurs menen zelfs dat het aanzetten tot contractbreuk vanuit economisch oogpunt juist als wenselijk gedrag kan worden gekwalificeerd. Wanneer de derde een contractspartij benadert met een beter aanbod, heeft deze contractspartij meer informatie over alle mogelijkheden die hem ter beschikking staan, waardoor hij beter in staat zou zijn om een ‘efficiënte’ keuze te maken tussen ofwel het huidige contract voortzetten ofwel het huidige contract verbreken, de gevolgen accepteren (bijvoorbeeld schadevergoeding of contractuele boete betalen) en een nieuw, beter contract sluiten met de derde.<sup>10</sup> Deze redenering ligt in de lijn van de rechtseconomische *efficient breach theory*, die in paragraaf 3.4 van hoofdstuk 7 is besproken.

In Nederland is heeft de theorie van *efficient breach* voorsnog geen invloed gehad op het contractenrecht<sup>11</sup> en gezien de nadelen die aan de theorie kleven<sup>12</sup> is het ook niet aannemelijk is dat zij in de toekomst wel zal worden geaccepteerd. Dat de aansprakelijkheid wegens het aanzetten tot wanprestatie onverenigbaar is met deze theorie of – zoals sommige Amerikaanse auteurs betogen – haar in bepaalde gevallen juist aanvult, kan binnen de Nederlandse context niet als argument gelden om deze aansprakelijkheid te verwerpen of juist te aanvaarden. Hiermee is echter geen antwoord gegeven op de vraag waarom de omstandigheid dat de derde de contractbreuk actief heeft bevorderd, wél zwaar zou moeten meewegen in het onrechtmatigheidsoordeel van de rechter. Deze kwestie is niet alleen in de rechtspraak, maar ook in de Nederlandse literatuur onderbelicht gebleven. Hieronder zullen verschillende theorieën die in de buitenlandse literatuur en rechtspraak zijn ontwikkeld, worden beschreven. Onderzocht wordt in hoeverre deze theorieën inpasbaar zijn in het Nederlandse recht, en het meewegen van het gezichtspunt ‘mate van beïnvloeding’ in het onrechtmatigheidsoordeel kunnen rechtvaardigen.

De *property theory*, zoals zij in de Engelstalige doctrine wordt aangeduid, gaat uit van de premisse dat vorderingsrechten als (quasi-)goederenrechtelijke rechten of *property rights* moeten worden beschouwd en dat zij om deze reden een bijzondere bescherming moeten genieten tegen inbreuken door derden.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Zie o.a. D.B. Dobbs, ‘Tortious Interference with Contractual Relationships’, 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 363; D.A. Anderson, ‘An Errant Tort’, 9 *Rev. Litig.* 1990, p. 431; 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. 601-602.

<sup>10</sup> Zie o.a. I. Scherer, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP’, *WRP* 2009-5, p. 522.

<sup>11</sup> Dit geldt ook voor andere *civil law*-landen, zie uitgebreid R.J. Scalise, Jr., ‘Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract’, 55 *Am. J. Comp. L.* 2007, p. 721-766.

<sup>12</sup> Zie uitgebreid D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2009, p. 114 e.v.

<sup>13</sup> Deze opvatting is in zowel in de buitenlandse als Nederlandse literatuur terug te vinden, zie R.A. Epstein, ‘Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership’, 16 *J. Legal Stud.* 1987, p. 1-41; H. Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wenen: Springer 1967, p. 133 e.v.; M. Löwisch, *Der Deliktsschutz relati-*

Deze theorie stemt in belangrijke mate overeen met het Franse recht, op grond waarvan vorderingsrechten evenals absolute rechten worden beschouwd als onderdeel van het patrimonium van de gerechtigde (in geval van vorderingsrechten: de schuldeiser) en daarmee tegenstelbaar zijn aan derden te kwader trouw.<sup>14</sup> Met het Nederlandse recht is de theorie echter moeilijk verenigbaar. In de Nederlandse jurisprudentie is immers nadrukkelijk uitgemaakt dat relatieve rechten op grond van het onrechtmatigedaadsrecht niet dezelfde bescherming genieten als absolute rechten. Bovendien zou de aanvaarding van deze theorie leiden tot een aanzienlijke uitbreiding van de reikwijdte van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie, aangezien ook het sluiten van een overeenkomst terwijl men weet dat de wederpartij hierdoor zijn eerder aangegane verplichtingen niet kan nakomen als onrechtmatig zou moeten worden aangemerkt, zoals in het Franse recht. Het bewust aangaan van een tegenstrijdige transactie wordt door de Hoge Raad echter niet zonder bijkomende omstandigheden als onrechtmatig aangemerkt.

Op grond van de *secondary civil liability theory*, die door de hoogste Engelse rechter in 2007 is aanvaard, maakt een derde die een ander tot contractbreuk aanzet, zich schuldig aan deelneming aan een *civil wrong*. De aansprakelijkheid die hieruit voor de derde voortvloeit, wordt beschouwd als afgeleid van de aansprakelijkheid van de wanprestant.<sup>15</sup> De *secondary civil liability theory* vertoont gelijkenissen met de door de Franse rechtsgeleerde Hugueneay aan het begin van de twintigste eeuw ontwikkelde theorie van *tierce complicité*, op grond waarvan het aanzetten tot wanprestatie wordt beschouwd als een civielrechtelijke variant van de strafrechtelijke rechtsfiguur van medeplichtigheid.<sup>16</sup> Dat de aansprakelijkheid wegens het uitlokken of bevorderen van wanprestatie naar Nederlands recht ook zou kunnen worden beschouwd als een vorm van afgeleide aansprakelijkheid, is echter moeilijk voorstelbaar. De term afgeleide aansprakelijkheid impliceert immers dat er steeds sprake is van een grondfeit (wanprestatie), waarvoor een primaire dader kan worden aangewezen en aansprakelijk gesteld. De aanwezigheid van een ‘grondfeit’ en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van de niet-nakomende contractspartij worden in de Nederlandse rechtspraak echter geen vereiste geacht voor het aannemen van aansprakelijkheid ten opzichte van de derde.<sup>17</sup>

Op basis van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat zowel de *secondary civil liability theory* als de *property theory* tekortschiet als rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid wegens het uitlokken en actief bevorderen van wanprestatie naar Nederlands recht. Zij passen niet binnen de kaders die in de Nederlandse rechtspraak en wet zijn bepaald. De aansprakelijkheid van de derde is niet afgeleid van de contractbreuk, noch vloeit zij voort uit het enkele feit dat inbreuk is gemaakt op andermans subjectieve

---

*ver Rechte*, Berlijn: Walter de Gruyter & Co. 1970, p. 61; H.L. Wedeven, ‘Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse zaken en diensten’, *WPNR* 1968, p. 497.

<sup>14</sup> Zie hoofdstuk 5, par. 5.

<sup>15</sup> Zie hoofdstuk 6, par. 3.2.

<sup>16</sup> Zie hoofdstuk 5, par. 5.

<sup>17</sup> Zie hoofdstuk 3, par. 5.

recht. Zij is het gevolg van de schending van een eigen, zelfstandige zorgvuldigheidsnorm. In de Nederlandse literatuur wordt aangenomen dat de maatschappelijke zorgvuldigheid voorschrijft dat, hoewel zij niet gebonden zijn aan de verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien, derden het bestaan van het contract wel tot op zekere hoogte moeten ‘erkennen en eerbiedigen’.<sup>18</sup> Over de vraag waarom de maatschappelijke zorgvuldigheid deze respectplicht ten aanzien van contracten voorschrijft, is echter weinig geschreven. Mijns inziens kan worden betoogd dat de respectplicht voortvloeit uit het algemene belang bij betrouwbare en stabiele contracten. Dat vertrouwen kan zelfs worden aangemerkt als de grondslag van het contractenrecht.<sup>19</sup> Partijen sluiten een contract, omdat zij erop vertrouwen dat de wederpartij het contract zal nakomen, én omdat zij vertrouwen hebben in de helende werking van het contractenrecht wanneer niet wordt nagekomen. Het vertrouwen in contracten is echter ook in het belang van de maatschappij. In de woorden van de Amerikaanse auteur Danforth:

*‘Judicial analyses of society’s interest in contractual stability generally fail to recognize that that interest not only includes society’s interest in the aggregate expectations of particular plaintiffs but also reflects society’s interest in the stability contracts impart to the commercial realm. Economic planning in a market economy must largely depend on the reliability of contracts.’*<sup>20</sup>

Ook Nieuwenhuis wijst op het maatschappelijke belang van de regel dat overeenkomsten nagekomen dienen te worden – *pacta sunt servanda* – en stelt dat deze regel rechtszekerheid schept en helpt bij het structureren van de verwachtingen die mensen onderling van elkaar hebben.<sup>21</sup>

Waar het vertrouwen van individuele contractspartijen in contracten een argument oplevert om de contractuele remedies aan te passen in geval van een opzettelijke wanprestatie,<sup>22</sup> rechtvaardigt het maatschappelijke belang bij betrouwbare en stabiele overeenkomsten naar mijn mening de aansprakelijkstelling

<sup>18</sup> Zie S. van Brakel, ‘Profiteeren van een anders wanpraestatie als onrechtmatige daad’, *NJB* 1940, p. 468.

<sup>19</sup> Zie bijv. M. van Kogelenberg, *Motive Matters! An exploration of the notion ‘deliberate breach of contract’ and its consequences for the application of remedies* (diss. Rotterdam), Cambridge: Intersentia Publishing Ltd. 2013, p. 160.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis: recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1992, p. 36. Zie ook A. van Haersolte, *Kleine wijsgerige ethiek*, Deventer: Van Loghum Slaterus 1977, p. 128.

<sup>22</sup> Volgens Van Kogelenberg heeft het opzettelijk plegen van contractbreuk tot gevolg dat het vertrouwen in de wederpartij wordt geschonden. Aangezien het begrip vertrouwen moreel geladen is, moet de opzettelijke contractbreuk worden beschouwd als moreel verkeerd gedrag, hetgeen naar zijn mening zichtbaar moet worden gemaakt in de contractuele remedies, zodat het vertrouwen in het contractenrecht aanwezig blijft, zie M. van Kogelenberg, *Motive Matters! An exploration of the notion ‘deliberate breach of contract’ and its consequences for the application of remedies* (diss. Rotterdam), Cambridge: Intersentia Publishing Ltd. 2013, p. 160-164.

op grond van onrechtmatige daad wegens het opzettelijk en actief verstoren van andermans contractuele relatie.<sup>23</sup> Dat de ongeschreven normen van maatschappelijke zorgvuldigheid aan derden een zekere respectplicht opleggen ten aanzien van overeenkomsten, betekent dat hun handelingsvrijheid – en in concurrentieverhoudingen, de vrijheid van handel en bedrijf – wordt ingeperkt. Niettemin mag worden aangenomen dat wanneer deze plicht bestaat uit het zich onthouden van het uitlokken en bevorderen van wanprestatie, geen sprake is van een al te zware belasting voor de derde.<sup>24</sup>

Het algemene belang van contractuele stabiliteit en betrouwbaarheid vormt een rechtvaardiging om de omstandigheid dat de derde tot contactbreuk heeft aangezet of deze actief heeft bevorderd, zwaar mee te laten wegen in het oordeel omtrent de onrechtmatigheid. Dat betekent echter niet dat in het algemeen kan worden gezegd dat het uitlokken of actief bevorderen van wanprestatie steeds als onrechtmatig moet worden beoordeeld. De onrechtmatigheidsvraag kan niet worden beantwoord zonder de verdere omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen, zoals de aanwezigheid van een bijzonder belang van de derde.

## 2.2 Definitie van aanmerkelijke beïnvloeding

Het uitlokken of actief bevorderen van wanprestatie kan worden beschouwd als aanmerkelijke beïnvloeding. Van het uitlokken van wanprestatie is volgens Du Perron sprake wanneer de gedaagde opzettelijk het initiatief heeft genomen tot de wanprestatie. Alleen het initiatief nemen lijkt op grond van de Nederlandse rechtspraak echter onvoldoende,<sup>25</sup> maar wat wel als ‘uitlokking’ kan worden gekwalificeerd is onduidelijk. Een mijns inziens bruikbare definitie is afkomstig van de Engelse rechtsgeleerden Hart en Honoré, die spreken van het bewegen tot contractbreuk (*inducement of a breach of contract*) wanneer a) het initiatief kwam van de derde, b) het gedrag van de derde daadwerkelijk van invloed is geweest op de beslissing om wanprestatie te plegen en c) dat niet slechts sprake is van een onbaatzuchtig advies of waarschuwing.<sup>26</sup> Volgens hen maakt *inducement* ‘a given course of action more eligible or desirable in the eyes of the other than it would otherwise have been, or seem more eligible or desirable than it really is’.<sup>27</sup> Het gebruik van op zichzelf ongeoorloofde middelen, zoals misleiding of dwang, zijn volgens deze definitie geen voorwaarde om van ‘aanzetten’

<sup>23</sup> Zie ook 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. Zie uitgebreider hoofdstuk 7, par. 3.3.

<sup>24</sup> Zie C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 149.

<sup>25</sup> Zie ook Hof ’s-Gravenhage 17 januari 2008, *NJ* 2008, 276, r.o. 8; ov. 2.12 van de conclusie van A-G Langemeijer bij HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*).

<sup>26</sup> H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford: Clarendon Press 1985, p. 189-190.

<sup>27</sup> H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford: Clarendon Press 1985, p. 187-188.

te spreken; ook het op zichzelf toegestane doen van een beter aanbod aan iemand die al contractueel is gebonden of overreding, kan volgens deze definitie volstaan. Hieraan moet worden toegevoegd dat het doen van een algemeen aanbod niet voldoende is; er moet sprake zijn van een specifiek op de wederpartij van de eiser gericht aanbod.<sup>28</sup>

Niet alleen het uitlokken tot wanprestatie, maar ook het opzettelijk bevorderen van wanprestatie door middelen aan de schuldenaar te verschaffen om het plegen van contractbreuk mogelijk te maken of te vergemakkelijken levert naar Nederlands recht een zwaarwegend argument op om onrechtmatigheid aan te nemen.<sup>29</sup> Bij ‘bevorderen’ hoeft de derde niet het initiatief te hebben gehad, maar wel moet hij actief hebben bijgedragen aan de contractbreuk, bijvoorbeeld door de wanprestant te beloven hem te vrijwaren van toekomstige claims van zijn wederpartij wanneer hij contractbreuk pleegt.<sup>30</sup> De omstandigheid dat de derde bewust heeft meegewerkt aan wanprestatie door een ‘tegenstrijdige’ overeenkomst te sluiten of van contractbreuk heeft geprofiteerd, is op grond van het Nederlandse recht – evenals in de meerderheid van de andere onderzochte rechtsstelsels<sup>31</sup> – onvoldoende reden om onrechtmatigheid aan te nemen. In deze situaties is slechts sprake van een beperkte mate van beïnvloeding.

### 3 Wijze van beïnvloeding

#### 3.1 Gewicht

De rechtvaardiging om de mate van beïnvloeding zwaar te laten meewegen in het onrechtmatigheidsoordeel is gelegen in het feit dat de derde zich actief heeft gemengd in andermans overeenkomst, waarvan hij zich op grond van een ongeschreven respectplicht had moeten onthouden. Heeft de gedaagde daarentegen de keuze van de wederpartij van de eiser om zijn overeenkomst niet na te komen door middel van bijvoorbeeld misleiding of bedreiging beïnvloed, dan wordt het onrechtmatigheidsoordeel gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de derde gebruik heeft gemaakt van ongeoorloofde middelen. Het ongeoorloofde karakter van middelen als bedrog of bedreiging blijkt ook uit het feit dat zij in de regel een onrechtmatige daad opleveren ten opzichte van het directe slachtoffer (de bedrogene, de bedreigde etc.),<sup>32</sup> terwijl het doen van een aanbod of overreding niet onrechtmatig is jegens degene tot wie zij gericht is.<sup>33</sup>

Dat de onrechtmatigheid vooral is gelegen in het gebruik van ongeoorloofde middelen komt overeen met hetgeen Lord Nicholls in de Engelse uitspraak *OBG v. Allan*<sup>34</sup> overwoog ten aanzien van de *unlawful means tort*. Hij betoogde boven-

<sup>28</sup> Vgl. ook *Restatement (Second) of Torts* § 766, *Comment m*; BGH 11 september 2008, *GRUR* 2009, 173, 175 (*bundesligakarten.de*).

<sup>29</sup> Zie hoofdstuk 3, par. 9.1.1.

<sup>30</sup> HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 408 (*Bruurs/Haagen*).

<sup>31</sup> Zie hoofdstuk 8, par. 4.6.1 en 4.6.3.

<sup>32</sup> Zie *MvA II, Parl. Gesch.*, p. 213.

<sup>33</sup> Zie ook *Restatement (Second) of Torts* § 767, *Comment c*.

<sup>34</sup> [2008] 1 AC 1.



dien dat door het aannemen van aansprakelijkheid een bijdrage wordt geleverd aan het tegengaan van ‘*clearly excessive conduct*’.<sup>35</sup> Volgens Lord Hoffmann moet de aansprakelijkheid in dit type gevallen echter worden beschouwd als een uitbreiding van het beschermingsbereik van erkende aansprakelijkheidsgronden zoals *intimidation* en *fraud*, zodat niet alleen degene die is bedreigd, bedrogen etc. wordt beschermd, maar ook het beoogde<sup>36</sup> slachtoffer. Toegepast op het Nederlandse recht zou dit betekenen dat de onrechtmatigheid jegens de eiser pas kan worden aangenomen wanneer in rechte vaststaat dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van degene die in zijn keuzevrijheid is aangetast. Hoewel dat laatste veelal het geval zal zijn hoeft de onrechtmatigheid in de relatie gedaagde en wederpartij mijns inziens niet vast te staan om het gedrag van de gedaagde ten opzichte van de eiser als onrechtmatig te kunnen beoordelen.<sup>37</sup> De onrechtmatige daad is immers niet afgeleid maar vloeit rechtstreeks voort uit het gebruik van ongeoorloofde middelen.

In de Nederlandse rechtspraak wordt de wijze van beïnvloeding niet afzonderlijk aangemerkt als bijkomende omstandigheid die de betrokkenheid bij wanprestatie onrechtmatig kan doen zijn. Uit verschillende uitspraken kan echter worden opgemaakt dat ongeoorloofde methoden zoals misleiding en misbruik maken van omstandigheden, wel degelijk een belangrijk argument vormen om onrechtmatigheid aan te nemen. Ook uit de analyses van het Duitse, Engelse en Amerikaanse recht blijkt dat de omstandigheid dat de derde gebruik heeft gemaakt van ongeoorloofde middelen zwaar meeweegt in het oordeel of zijn betrokkenheid bij wanprestatie als onrechtmatig moet worden aangemerkt.<sup>38</sup> Het is moeilijk voorstelbaar dat zich andere omstandigheden voordoen die aan een onrechtmatigheidsoordeel in de weg staan.<sup>39</sup>

### 3.2 Definitie van ongeoorloofde beïnvloeding

Om naar Nederlands recht te bepalen of sprake is van het gebruik van ongeoorloofde middelen zal de wet de belangrijkste leidraad vormen. Een voorname rol is mijns inziens weggelegd voor de Wet oneerlijke handelspraktijken (verder: Wet OHP), opgenomen in afdeling 6.3.3A BW, die is ingevoerd ter implemen-

<sup>35</sup> Deze woorden van Lord Nicholls hadden betrekking op de Engelse *unlawful means tort*, zie *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 56.

<sup>36</sup> Anders dan naar Nederlands recht moet de eiser naar Engels recht aantonen dat de gedaagde opzet had t.a.v. het toebrengen van de schade. Dat de schade voor hem een voorzienbaar gevolg was van zijn handelen is onvoldoende, zie hoofdstuk 6, par. 5.1.

<sup>37</sup> Zo ook Lord Nicholls in *OBG v. Allan* [2008] 1 AC 1, 56.

<sup>38</sup> Zie hoofdstuk 4, par. 9.3, hoofdstuk 6, par. 5.2 en hoofdstuk 7, par. 8.2. In het Franse recht speelt het gebruik van ongeoorloofde middelen een ondergeschikte rol. Dit kan worden verklaard door de regel dat overeenkomsten bij voorbaat tegenstelbaar zijn aan derden die er kennis van hebben en voor onrechtmatigheid geen bijkomende omstandigheden zijn vereist. Hetzelfde geldt voor de andere omstandigheden die in de volgende paragrafen worden besproken, zoals motief of de aanwezigheid van een bijzonder belang.

<sup>39</sup> Zie ook H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 100-101.

tatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (verder: Richtlijn OHP).<sup>40</sup> Het belang van de Wet OHP voor de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk is naar mijn mening gelegen in het feit dat de oneerlijke handelspraktijk tegenover een consument in de zin van deze wet kan worden aangemerkt als een ongeoorloofde wijze van beïnvloeding van die consument. Wanneer deze ongeoorloofde beïnvloeding heeft geleid tot de verstoring van de contractuele relatie van zijn concurrent, dan levert zij een zwaarwegend argument op om het gedrag van de handelaar als onrechtmatige betrokkenheid bij contractbreuk te kwalificeren. Hoewel de Wet OHP slechts betrekking heeft op oneerlijke handelspraktijken die op consumenten zijn gericht, is in de literatuur betoogd dat aan de wet een zekere reflexwerking moet worden toegekend.<sup>41</sup> Kleine ondernemers en zelfstandigen vertonen in de praktijk veel overeenkomsten met consumenten,<sup>42</sup> wat voor de rechter reden kan zijn om inspiratie te putten uit deze bepalingen om te bepalen of sprake is van een beperking van hun keuzevrijheid.

Ook afdeling 6.3.4 BW, waarin de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame<sup>43</sup> is geïmplementeerd, kan worden gebruikt om te bepalen of sprake is van ‘ongeoorloofde beïnvloeding’. Daarnaast zijn uiteraard ook de artikelen betreffende de wilsgebreken uit artikel 3:44 BW (bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden) relevant. Een voorbeeld uit de jurisprudentie dat als misbruik van omstandigheden kan worden gekwalificeerd is het arrest *Pos/Van den Bosch*,<sup>44</sup> waarin de gedaagde een bijzondere vertrouwensband had met een bejaarde vrouw, van welke band hij misbruik had gemaakt (of in elk geval vermoed werd te hebben gemaakt) en op deze wijze haar wanprestatie had bevorderd – wat als onrechtmatig werd beschouwd jegens de benadeelde wederpartij van de vrouw.<sup>45</sup> Het wilsgebrek van dwaling (artikel 6:228 BW) zal niet per definitie kunnen worden gekwalificeerd als ongeoorloofde beïnvloeding. Anders dan de andere wilsgebreken levert dwaling niet per definitie een onrechtmatige daad op tegenover de dwalende. Een actie uit onrechtmatige daad zal in beginsel niet mogelijk zijn wanneer de wederpartij van de dwalende te goeder trouw heeft gehandeld.<sup>46</sup> Mijns inziens moet naar analogie worden aangenomen dat alleen dwaling die te kwader trouw is opgewekt of versterkt als ongeoorloofde

<sup>40</sup> Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005, *PbEU* 2005, L 149/22. De inhoud van de richtlijn is in hoofdstuk 2, par. 3.1 besproken.

<sup>41</sup> Inmiddels is ook in de rechtspraak een zekere mate van reflexwerking erkend, zie Rb. Noord-Nederland 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1615, t.a.v. artikel 6:193j lid 1 BW (omkering bewijslast ter zake van de juistheid en volledigheid van de informatie die door de handelaar is verstrekt).

<sup>42</sup> Zie ook J.J.C. Verdel, ‘Bescherming voor niet-consumenten door ontstaan van reflexwerking van de ‘zwarte lijsten’ uit de Wet oneerlijke handelspraktijken’, *TvC* 2008, p. 40.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten.

<sup>45</sup> Zie hoofdstuk 3, par. 9.2.1.

<sup>46</sup> Zie o.a. Jac. Hijma e.a. (red.), *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 177.

beïnvloeding kan worden aangemerkt. Om te bepalen of sprake is van een beperking van de keuzevrijheid zal wanneer een beroep wordt gedaan op te kwader trouw opgewekte of versterkte dwaling (artikel 6:228 BW) of misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 lid 4 BW) rekening moeten worden gehouden met de omstandigheden van het geval en de kenmerken van de concrete persoon die is beïnvloed. Bij de vaststelling van een oneerlijke handelspraktijk of misleidende of vergelijkende reclame wordt daarentegen gebruik gemaakt van een maatman – respectievelijk de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument<sup>47</sup> en de gewone beroeps- of bedrijfsbeoefenaar.<sup>48</sup> Ook bij bedreiging (artikel 3:44 lid 2 BW) wordt een objectief criterium (‘redelijk oordelend mens’) gehanteerd.

Dat de derde een bepaald handelsgebruik heeft geschonden of heeft gehandeld in strijd met een ethische of gedragscode kan volgens de *Restatement (Second) of Torts* ook worden gekwalificeerd als *improper means*.<sup>49</sup> In het Nederlandse recht bestaat echter onduidelijkheid over de status en afdwingbaarheid van gedragscodes. Beargumenteerd kan worden dat het handelen in strijd met een gedragscode moet worden beschouwd als een misleiding.<sup>50</sup> Benadeelde concurrenten zullen hiertegen in elk geval kunnen ageren wanneer de schending van de gedragscode een oneerlijke handelspraktijk oplevert in de zin van artikel 6:193c lid 2 BW.

Hoewel het decoderen van producten die behoren tot een selectief distributiesysteem niet kan worden aangemerkt als het beperken van de keuzevrijheid, kan dit gedrag wel worden beschouwd als ongeoorloofde beïnvloeding. De keuze voor de leden van de verkooporganisatie om contractbreuk te plegen wordt door het decoderen (hetgeen op zichzelf onrechtmatig is) immers aantrekkelijker; degene die de organisatie in stand houdt kan dan niet meer achterhalen wie zijn contract niet is nagekomen, waardoor de wanprestatie onbestraft blijft.<sup>51</sup>

Dat de derde een publiekrechtelijke bepaling heeft geschonden, betekent niet per definitie dat sprake is van een omstandigheid die zijn betrokkenheid bij de niet-nakoming, opzegging of niet-sluiting van een contract onrechtmatig doet zijn. De benadeelde partij zal moeten aantonen dat zijn belangen onder het beschermingsbereik van de geschonden wettelijke norm vallen. Zo niet, dan zal hij moeten aantonen dat er een ongeschreven norm van maatschappelijke zorgvuldigheid is geschonden die zijn belangen wel beschermd, zoals het belang bij eerlijke concurrentie (de correctie Langemeijer). Een beroep op de schending van een zorgvuldigheidsnorm kan echter pas slagen wanneer kan worden aan-

<sup>47</sup> Zie ov. 18 van de considerans van Richtlijn 2005/29/EG.

<sup>48</sup> Zie uitgebreider D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Monografieën BW B-49b, Deventer: Kluwer 2011, nr. 35.

<sup>49</sup> Zie § 767 *Restatement (Second) of Torts*, *Comment c*. Zie ook *Duggin v. Adams*, 360 S.E.2d 832, 837 (Va. 1987).

<sup>50</sup> Zie ook T.E. Lambooy, *Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen en Compliance*, O&F 2004-63, p. 14.

<sup>51</sup> Hof Amsterdam 14 oktober 2004, *NJ* 2005, 122 (*Lancome/Kruidvat*), r.o. 4.37.

getoond dat sprake is van een belang van ‘bijzondere betekenis’<sup>52</sup> (wat niet snel wordt aangenomen) of van het ‘doelbewust toebrengen van schade’.<sup>53</sup>

Ter illustratie van het bovenstaande kan worden gewezen op het arrest *Astrazeneca/Menzis*,<sup>54</sup> waarin zorgverzekeraar Menzis de voorschrijfkeuze van artsen met betrekking tot medicijnen had beïnvloed door middel van financiële incentives. Menzis wilde hiermee bereiken dat de artsen alleen nog goedkope medicijnen zouden voorschrijven. De producenten van duurdere medicijnen vreesden vervolgens een aanzienlijk omzetverlies en stapten naar de rechter en baseerden hun vordering op 1) overtreding van het Reclamebesluit geneesmiddelen (verder: Rbg), die deze vorm van promotie voor bepaalde geneesmiddelen zou verbieden en 2) op de schending van een ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. De Hoge Raad oordeelde dat de farmaceutische bedrijven zich niet konden beroepen op het Rbg, aangezien dit Besluit niet strekt ter bescherming van de farmaceutische bedrijven. Ook het beroep op de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm slaagde niet. Het enkele feit dat de eisers een aanzienlijk omzetverlies zouden lijden was volgens de Hoge Raad onvoldoende om het relativiteitsvereiste opzij te zetten.<sup>55</sup>

Omkoping dient mijns inziens wel te worden aangemerkt als ongeoorloofde beïnvloeding. Hoewel het onduidelijk is of ook de belangen van een benadeelde concurrent onder het beschermingsbereik van artikel 328ter WvSr vallen, kan worden betoogd dat met de omkoping een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden die de maatschappij als geheel beoogt te beschermen en dat een ieder die als gevolg van de omkoping zijn contractuele relatie verstoord ziet worden, een vordering kan indienen tegen de omkoper.<sup>56</sup>

Tot slot moet het doen van een belofte tot vrijwaring naar mijn mening niet zonder meer worden beschouwd als ongeoorloofde beïnvloeding. De gedraging is op zichzelf immers niet onrechtmatig en de keuzevrijheid van de betrokken partij wordt niet op ongepaste wijze aangetast – zoals wel het geval is bij bedrog of bedreiging.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 (*Tandartsen*).

<sup>53</sup> Zie bijv. Hof Arnhem 3 januari 2006, *NJ* 2006, 181, r.o. 4.6.

<sup>54</sup> HR 10 november 2006, *NJ* 2008, 491, m.nt. J.B.M. Vranken.

<sup>55</sup> HR 10 november 2006, *NJ* 2008, 491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Menzis*), r.o. 3.3.5.

<sup>56</sup> Zie A.O. Makinwa, *Private remedies for corruption. Towards an international framework* (diss. Rotterdam), Den Haag: Eleven Publishers 2012, p. 316.

<sup>57</sup> Zie ook I. Scherer, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP’, *WRP* 2009-5, p. 522; 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. 597; O. Sosniza, ‘Verleiten zum Vertragsbruch – Berechtigte Fallgruppe oder alter Zopf?’, *WRP* 2009-4, p. 376.

## 4 Aard van het geschonden belang

### 4.1 *Individuele en maatschappelijke belangen*

De Hoge Raad noemt in verschillende arresten de ernst van het nadeel voor de eiser als een gezichtspunt dat moet worden betrokken in het onrechtmatigheidsoordeel.<sup>58</sup> Van een aanmerkelijk nadeel is echter nog geen sprake wanneer het object van de overeenkomst uniek is en niet gemakkelijk substitueerbaar op de markt, zoals een onroerend goed.<sup>59</sup> Ook de hoogte van het schadebedrag kan niet zonder meer als maatstaf worden gehanteerd, al lijkt zij wel van invloed.<sup>60</sup> Om te bepalen of van ernstig nadeel kan worden gesproken, zullen veelal de omstandigheden van het concrete geval de doorslag geven.<sup>61</sup> Wel kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat voor bepaalde typen overeenkomsten sneller wordt aangenomen dat met de nakoming een bijzonder belang gemoeid gaat, waarvan de schending tot aanzienlijk nadeel leidt. Gedacht kan worden aan concurrentiebedingen, die veelal tot doel hebben om investeringen in de werknemer, zoals zijn opleiding of de middelen die hem zijn geboden om een klantenbestand of knowhow op te bouwen, zeker te stellen. Het belang van de eiser bij de naleving van het concurrentiebeding kan dan als een bijzonder belang worden aangemerkt en een argument opleveren om de betrokkenheid bij de schending van het beding als onrechtmatig te kwalificeren.<sup>62</sup>

Niet alleen een bijzonder individueel belang van de benadeelde bij de nakoming van zijn overeenkomst levert een gezichtspunt op dat van belang is voor het onrechtmatigheidsoordeel. De omstandigheid dat als gevolg van (de betrokkenheid van de derde bij) de schending van het contract de belangen van een bepaalde bedrijfstak of het algemeen belang worden geschonden, weegt volgens de jurisprudentie eveneens zwaar mee in het oordeel over de onrechtmatigheid.<sup>63</sup> Deze belangen kunnen economisch van aard zijn, maar bijvoorbeeld ook de openbare orde en veiligheid betreffen. Ook in de andere onderzochte rechtsstelsels – met uitzondering van het Engelse – heeft de rechter de mogelijkheid om bij het onrechtmatigheidsoordeel rekening te houden met de aanwezigheid van concrete individuele of maatschappelijke belangen.<sup>64</sup>

De aard van het geschonden belang kan ook juist een argument zijn om geen onrechtmatigheid aan te nemen. In het algemeen geldt dat het belang bij de

<sup>58</sup> Zie o.a. HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*); HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curaçao/Boyé*); HR 8 december 1989, *NJ* 1989, 217 (*Scheerders/Van Hoek*).

<sup>59</sup> HR 18 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8208.

<sup>60</sup> HR 4 juni 1965, *NJ* 1965, 381 (*Kamsteeg/Caltex*).

<sup>61</sup> Zie bijv. HR 3 januari 1964, *NJ* 1965, 16, m.nt. G.J. Scholten (*Streefland/Van der Graaf*), waarin de nakoming van de overeenkomst betreffende een onroerend goed voor de eerste koper van groot belang was omdat zij op dat onroerende goed al een noodwoning had laten neerzetten, waarin ze met haar zoon woonde.

<sup>62</sup> Zie hoofdstuk 3, par. 9.2.2.

<sup>63</sup> Rb. Leeuwarden (pres.) 30 september 1997, *KG* 1997, 377 (*Cebeco/Dokter*); HR 30 juni 1995, *NJ* 1995, 693, m.nt. P. van Schilfgaarde (*G-rekening*).

<sup>64</sup> Zie hoofdstuk 8, par. 4.7.3.

sluiting van een overeenkomst of de voortzetting van een contract waaraan een opzegtermijn is verbonden, minder bescherming geniet dan het belang bij de nakoming van een overeenkomst. In paragraaf 2.1 is betoogd dat het feit dat de derde de beslissing om wanprestatie te plegen aanmerkelijk heeft beïnvloed, een zwaarwegende grond oplevert om onrechtmatigheid aan te nemen. Het aanzetten tot het niet sluiten van een overeenkomst of de uitlokking van een recht- en regelmatige opzegging van een contract, zal daarentegen niet snel als onrechtmatig handelen worden bestempeld. Dat de aard van het geschonden belang een gezichtspunt vormt waarmee de rechter in zijn onrechtmatigheidsoordeel rekening dient te houden, is een logische consequentie van het feit dat het onrechtmatigheidsoordeel in essentie berust op een afweging van het belang van de eiser en het belang van de gedaagde. Uit de rechtspraak kan echter worden afgeleid dat het belang bij de nakoming van zijn contract en het belang bij het kunnen uitoefenen van de handelingsvrijheid of concurrentievrijheid elkaar niet of nauwelijks ontwijken.<sup>65</sup> Het sluiten van een overeenkomst met iemand van wie men weet dat deze persoon daarmee zijn eerdere contract schendt, kan in beginsel niet als onrechtmatig wordt aangemerkt. De aard van het geschonden belang kan ervoor zorgen dat de balans niet langer in evenwicht is, maar naar de kant van de eiser of die van de gedaagde uitslaat. Wanneer een speciaal individueel of algemeen belang gemoeid is met de nakoming van de overeenkomst, rechtvaardigt dat een zwaardere respectplicht voor derden. Deze verzwaarde respectplicht kan betekenen dat derden zich niet alleen moeten onthouden van het aanzetten tot of bevorderen van wanprestatie, maar ook van minder laakbare gedragingen zoals het bewust sluiten van een tegenstrijdige overeenkomst of het gebruikmaken van wanprestatie. Anderzijds is de respectplicht ten aanzien van een vooruitzicht op de sluiting van een contract of op de voortzetting van een overeenkomst minder zwaar dan ten aanzien van afdwingbare overeenkomsten die niet opzegbaar zijn.

Het gewicht dat aan de aanwezigheid van het bijzondere belang moet worden toegekend, is afhankelijk van de aard van het belang. Wanneer de eiser een ‘aanmerkelijk nadeel’ lijdt als gevolg van de verstoring van zijn contractuele verhouding dan zal dat blijkens de rechtspraak wel meewegen, maar niet voldoende zijn om onrechtmatigheid aan te nemen. De eiser zal bijkomende omstandigheden moeten aantonen, zoals het bestaan van een bijzondere verhouding tussen de derde en de wanprestant.<sup>66</sup> Daarentegen kan de omstandigheid dat met de overeenkomst maatschappelijke belangen zoals de bescherming van de openbare orde en de veiligheid gemoeid gaan, wel genoeg reden zijn om de betrokkenheid van een derde bij de niet-nakoming van deze overeenkomst als onrechtmatig aan te merken.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Zie ook V. Schad, *Die Verleitung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung* (diss. München), München: Herbert Utz Verlag 2010, p. 67.

<sup>66</sup> Zie bijv. HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*).

<sup>67</sup> Zie Hof ‘s-Hertogenbosch 30 januari 2007 (niet gepubliceerd, deels geciteerd in de conclusie van A-G Spier bij HR 19 december 2008, *RvdW* 2009, 113), waarin het Hof oordeelde dat het gesloten voetbalkaartverkoopsysteem van de eiser zijn grond en rechtvaar-

## 4.2 Verkooporganisaties

De aanwezigheid van een bijzonder belang levert ook een argument op om het profiteren van een lek in een verkooporganisatie naar Nederlands recht onder bepaalde voorwaarden als onrechtmatig aan te merken. De Hoge Raad heeft recentelijk bevestigd dat het gebruikmaken van de wanprestant van een lid van een verkooporganisatie naar Nederlands recht als onrechtmatig wordt gekwalificeerd wanneer – kort gezegd – hiermee een concurrentievoordeel wordt verkregen, dat vervolgens wordt benut door in concurrentie te treden met handelaren op wie dezelfde verplichting rust als die door de wanprestant is geschonden.<sup>68</sup> De vraag rijst echter waarom dit gedrag als onrechtmatig wordt aangemerkt. De Hoge Raad heeft immers bij herhaling overwogen dat het gebruikmaken van contractbreuk in beginsel niet onrechtmatig is. Ook het verkrijgen van een concurrentievoordeel en dit vervolgens benutten is op zichzelf geoorloofd. Waarom zou het benutten van een concurrentievoordeel dat is verkregen door gebruik te maken van wanprestatie, dan wel een onrechtmatige daad kunnen opleveren?<sup>69</sup> Daarbij komt dat Nederland vanuit rechtsvergelijkend oogpunt een uitzonderingspositie inneemt. Hoewel in de Duitse rechtspraak lange tijd eenzelfde positie werd ingenomen, wordt het profiteren van een lek in een verkooporganisatie naar huidig recht pas als ongeoorloofd aangemerkt wanneer de eiser bijkomende omstandigheden kan aantonen, zoals het gebruik van ongeoorloofde middelen of uitlokking.

Toch kan wel degelijk worden beargumenteerd dat ten aanzien van de contracten die zijn aangegaan in het kader van een verkooporganisatie een verzwaarde respectplicht voor derden dient te gelden. De argumenten kunnen worden gevonden in het kartelrecht. Een verkooporganisatie wordt immers pas vrijgesteld van de Europese en Nederlandse kartelverboden, die concurrentiebeperkende overeenkomsten en gedragingen verbieden, wanneer zij de technologische of economische ontwikkeling bevordert.<sup>70</sup> In de Groepsvrijstellingsverordening 33/2010 wordt als reden voor de vrijstelling van de in de verordening beschreven afspraken gewezen op het algemeen belang, dat hier vooral wordt uitgedrukt in termen van economische efficiëntie.<sup>71</sup> Mijns inziens moet het vrijstellen van overeenkomsten van het kartelverbod op de grond van het feit dat zij een positief effect hebben op de economische of technologische ontwikkeling, niet

---

diging vond in de bevordering van de openbare orde en veiligheid en dat de ondermijning van dit systeem als bijzondere omstandigheid moest gelden die het profiteren van wanprestatie onrechtmatig deed zijn.

<sup>68</sup> Zie HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*), r.o. 3.4.1.

<sup>69</sup> Deze vraag is in de jaren vijftig en zestig van de vorige eeuw ook in de Duitse literatuur gesteld, zie o.a. N. Plaßmann, 'Preisbindung durch die Gerichte?', *JZ* 1962, p. 468. Zie hierover ook 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. 450.

<sup>70</sup> Zie respectievelijk art. artikel 101 lid 3 VwEU en art. 6 lid 3 Mw.

<sup>71</sup> Zie ov. 6 van de considerans van Verordening (EU) nr. 330/2010 (*PbEU* 2010, L 102/2).

slechts worden gezien als een ‘gedogen’ van deze overeenkomsten.<sup>72</sup> De vrijstelling dient te worden beschouwd als een kartelrechtelijke erkenning dat met de overeenkomst een belangrijk maatschappelijk belang gemoeid gaat. Dit maatschappelijke belang rechtvaardigt dat aan derden een verzwaarde respectplicht ten aanzien van de overeenkomst wordt opgelegd.<sup>73</sup> Deze gedachte is overigens niet nieuw; het belang van verticale prijsbindingsovereenkomsten voor de economie tijdens de crisisjaren dertig van de vorige eeuw was tenslotte de voorname reden om dit type overeenkomsten te beschermen tegen inbreuken door derden.<sup>74</sup>

Het opleggen van een zwaardere respectplicht aan derden is in het bijzonder gerechtvaardigd in situaties waarin sprake is van een organisatie die is opgebouwd uit verticale overeenkomsten met meerdere handelaren. Anders dan bij bijvoorbeeld alleenverkoop of exclusieve distributie is het voor degene die de verkooporganisatie in stand houdt (de fabrikant, merkhouder etc.) veelal lastig om te achterhalen wie de wanprestatie heeft gepleegd en om aan deze handelaar een contractuele sanctie op te leggen. De mogelijkheid om tegen derden een actie in te stellen wegens het gebruikmaken van contractbreuk, lost dit probleem in belangrijke mate op.

<sup>72</sup> Op grond van het huidige Europese en Nederlandse kartelrecht kan worden gesteld dat voor sommige verticale overeenkomsten wél geldt dat zij slechts worden gedoogd. Gedacht kan worden aan overeenkomsten die zijn uitgezonderd van het kartelverbod vanwege hun te geringe invloed op de mededinging (de bagatel of *de minimis*-uitzondering).

<sup>73</sup> Zie M.H. Bregstein, ‘Moet vergelijkende reclame als onoirbare concurrentie worden aangemerkt?’, in: P.W. van Doorne e.a. (red.), *Verzameld werk van prof.mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 374: ‘De fabrikant komt [...] t.a.v. dit belang, om zijn verkooporganisatie intact te houden, geen absoluut recht toe. Zonder de waardering van de functie van deze verkoopsorganisatie in het economische verkeer kan men niet tot een aanspraak op bescherming van dit belang concluderen.’ Enkele regels later betoogt hij dat de vrijheid van contracteren veronderstelt dat derden de vrijheid hebben om zich niets van andermans overeenkomsten aan te trekken, maar dat dit anders wordt wanneer de overheid de contracten gaat keuren. Zie in vergelijkbare zin ook C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p.162, die overweegt: ‘Nu heteronome normen van mededingingsrecht aan de toelaatbaarheid van [verkooporganisaties] strenge beperkingen stellen, meen ik [...] dat het gerechtvaardigd is de nog wel toelaatbare organisaties [...] tegen aantasting door derden te beschermen. Hun maatschappelijk bestaansrecht is door de toetsing aan het mededingingsrecht vastgesteld, zodat een beroep op het beginsel van vrije concurrentie derden niet het recht kan geven hun bestaan te bedreigen.’ Zie tot slot ook D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: deLex 2011, p. 26, die stelt: ‘Voor zover selectieve distributie en vaste prijzen kartelrechtelijk nog ‘mogen’, worden privaatrechtelijke gedingen benaderd langs dezelfde lijnen als de lijnen waarom het kartelrecht zulke uitzonderingen toelaat.’ Voor overeenkomsten die niet onder het kartelverbod vallen, dient de rechter zelf de relevantie voor de economie of de branche vast te stellen. Zie Rb. Leeuwarden (pres.) 30 september 1997, *KG* 1997, 377 (*Cebeco/Dokter*); HR 30 juni 1995, *NJ* 1995, 693, m.nt. P. van Schilfgaarde (*G-rekening*).

<sup>74</sup> Zie hoofdstuk 8, par. 9.1.4.



## 5 Aard van het nagestreefde belang

Zoals de aard van het geschonden belang de balans kan doen uitslaan in het voordeel van de eiser, zo moet worden aangenomen dat het omgekeerde ook kan gebeuren wanneer de gedaagde een zwaarwegend belang kan aantonen bij de verstoring van de eisers contractuele relatie. In de Nederlandse rechtspraak en literatuur is hierover weinig te vinden,<sup>75</sup> maar in de buitenlandse rechtspraak en literatuur wordt erkend dat de gedaagde een rechtmatig belang kan hebben dat door de overeenkomst van de eiser wordt bedreigd. Met name kan worden gedacht aan de situatie waarin de gedaagde als eerste een contract heeft gesloten en om zijn belang bij de nakoming van dat contract te beschermen, zijn wederpartij ertoe aanzet om diens later gesloten contract met de eiser niet na te komen.<sup>76</sup> In de Duitse en Amerikaanse rechtspraak is bovendien erkend dat ook het nastreven van een maatschappelijk belang – zoals het bestrijden van discriminatie of racisme – een argument kan opleveren om geen onrechtmatigheid aan te nemen.<sup>77</sup>

## 6 Motief van de gedaagde

Kan een onrechtmatigheidsoordeel worden gerechtvaardigd door het motief waarmee de gedaagde heeft gehandeld? Uit de Nederlandse jurisprudentie over verkooporganisaties blijkt dat aan de omstandigheid dat de derde heeft gehandeld met een concurrentiemotief wel gewicht wordt toegekend. Beslissend is echter niet wat zich in het hoofd van de derde heeft afgespeeld, maar of hij daadwerkelijk een concurrentievoordeel heeft verkregen door gebruik te maken van contractbreuk en dit vervolgens heeft benut. Of het motief van de derde, bijvoorbeeld om schade toe te brengen, een gedraging die op zichzelf geoorloofd is onrechtmatig kan maken, blijkt niet duidelijk uit de rechtspraak. In de literatuur wordt deze vraag wel bevestigend beantwoord,<sup>78</sup> en ook in de Duitse en Amerikaanse rechtspraak wordt erkend dat de aanwezigheid van een onoorbaar motief een omstandigheid is die de betrokkenheid bij wanprestatie onrechtmatig kan maken.<sup>79</sup> In de Engelse rechtspraak is daarentegen bepaald dat de aanwezigheid van een *bad motive* geen grond oplevert om een op zichzelf rechtmatige gedraging als onrechtmatig te kwalificeren.<sup>80</sup>

Wat zijn argumenten om het motief van de derde mee te wegen in het onrechtmatigheidsoordeel? Volgens de Australische rechtsfilosoof Finnis moet het motief om schade toe te brengen worden beschouwd als het exploiteren van een ander en maakt daarmee inbreuk op de menselijke waardigheid. Hij ziet een taak

<sup>75</sup> Zie echter wel Hof Amsterdam 2 juni 1943, *NJ* 1943, 640.

<sup>76</sup> Zie hoofdstuk 6, par. 4.6.

<sup>77</sup> Zie hoofdstuk 4, par. 9.7 en hoofdstuk 7, par. 8.5.3.

<sup>78</sup> Zie C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 107.

<sup>79</sup> Zie hoofdstuk 4, par. 9.4 en hoofdstuk 7, par. 8.3.

<sup>80</sup> Zie hoofdstuk 6, par. 5.2.

voor het (privaat)recht weggelegd om deze vorm van onrecht te bestrijden.<sup>81</sup> Dobbs heeft echter betoogd dat er juist zwaarwegende redenen zijn om onoorbare motieven niet mee te wegen. Het beoordelen van een persoon op zijn geestgesteldheid past volgens hem eerder in een totalitair regime dan in een vrije samenleving waar men normaliter beoordeeld wordt op zijn gedrag. Een morele veroordeling van een *state of mind* moet naar zijn mening worden vermeden.<sup>82</sup> Hiertegen kan worden ingebracht dat het in het strafrecht en het privaatrecht niet ongebruikelijk is dat rechtssubjecten worden afgerekend op hun motieven.<sup>83</sup>

Naar mijn mening bestaan er geen fundamentele bezwaren tegen het meewegen van het motief van de gedaagde bij de beoordeling of zijn betrokkenheid bij wanprestatie als een onrechtmatig moet worden gekwalificeerd. De aanwezigheid van een onoorbaar motief levert mijns inziens echter op zichzelf onvoldoende reden op om onrechtmatigheid aan te nemen. Het primaire motief om aan een ander schade toe te brengen, zal het aangaan van een tegenstrijdige transactie of het gebruikmaken van wanprestatie nog niet onrechtmatig kunnen maken.

Het begrip ‘onoorbaar motief’ is overigens niet gemakkelijk definieerbaar. Uit de buitenlandse rechtspraak blijkt dat de invulling van het begrip onoorbaar motief afhankelijk is van zowel de context als de tijd. Zo werd de betrokkenheid bij wanprestatie met het doel een concurrentievoordeel te behalen op grond van het Duitse recht lang als ongeoorloofd werd aangemerkt. Op grond van het huidige recht worden concurrentiemotieven echter niet meer als onoorbaar beschouwd.<sup>84</sup> Naar Amerikaans recht wordt het motief om concurrentievoordeel te behalen beschouwd als een *improper motive*, maar alleen wanneer sprake is van een verstoring van een geldig contract. Indien sprake is van *interference with prospective economic advantage*, levert een concurrentiemotief juist een rechtvaardigingsgrond op.<sup>85</sup> In beide rechtssystemen wordt het (primaire) motief om schade toe te brengen aan de benadeelde, wel algemeen beschouwd als een onoorbaar motief.

Naast de definieerbaarheid vormt ook de bewijsbaarheid een probleem van het meewegen van de motieven van de gedaagde. Motieven zijn doorgaans moeilijk aantoonbaar door schriftelijk of getuigenbewijs en zullen moeten worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. Uit de Amerikaanse rechtspraak blijkt echter dat rechters doorgaans terughoudend zijn om de aanwezigheid van een onoorbaar motief af te leiden uit *circumstantial evidence*.<sup>86</sup> In de Amerikaanse en Duitse literatuur is om deze reden voorgesteld om niet langer te

<sup>81</sup> J. Finnis, ‘Intention in Tort Law’, in: D.G. Owen (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 244-245.

<sup>82</sup> D.B. Dobbs, ‘Tortious Interference with Contractual Relationships’, 34 *Ark. L. Rev.* 1980, p. 347-349. Zie ook A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers 1946, p. 4, die stelt dat de rechter geen oordeel velt over de moraliteit van betrokkenen.

<sup>83</sup> H.S. Perlman, ‘Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine’, 49 *U. Chi. L. Rev.* 1982, voetnoot 131 op p. 92.

<sup>84</sup> Zie hoofdstuk 4, par. 10.

<sup>85</sup> Zie hoofdstuk 7, par. 8.6.1.

<sup>86</sup> D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 624.

kijken naar de gedachten en gevoelens van de gedaagde, maar naar de effecten van dat handelen, met name op de concurrentie. Of de gedaagde heeft gehandeld met het motief om schade toe te brengen aan zijn concurrent is dan niet langer relevant, van belang is slechts of zijn handelen naar objectieve maatstaven de mededinging negatief heeft beïnvloed.<sup>87</sup> Van een beperking van de concurrentie is bijvoorbeeld sprake wanneer de gedaagde de werknemers van zijn concurrent (de eiser) heeft weggelokt, waardoor diens bedrijf stil ligt, en vervolgens de werknemers niet te werk stelt. Ook kan worden gedacht aan het in de Duitse literatuur terugkerende voorbeeld waarin de gedaagde de werknemers van de eiser stelselmatig tijdens werktijd opbelt met de vraag of zij voor hem willen komen werken, waardoor de werknemers gestoord worden in hun werkzaamheden en de eiser in zijn bedrijfsvoering wordt aangetast.<sup>88</sup> De gedaagde heeft in deze situaties niet gehandeld ter bevordering van zijn eigen concurrentiepositie, maar heeft de concurrentiepositie van de eiser verslechterd, waardoor de mededinging effectief is verminderd. Het onoorbare motief van de gedaagde wordt dan feitelijk vertaald naar de schending van een algemeen belang, namelijk bij onvervals- te en vrije mededinging.

## 7 Bijzondere verhouding tussen de partijen

Volgens de Nederlandse rechtspraak levert de aanwezigheid van een bijzondere verhouding tussen de partijen (schuldeiser, schuldenaar en derde) een omstandigheid op die meeweegt bij het oordeel dat het gebruikmaken van wanprestatie als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Dat de speciale relatie tussen de schuldeiser en de derde een argument kan zijn om eerder tot onrechtmatigheid te concluderen, wordt in de rechtspraak algemeen aanvaard. Een concreet voorbeeld uit de rechtspraak is het arrest *Verboom/Staat*,<sup>89</sup> waaruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad een verzwaarde zorgplicht voor de Staat aanneemt ten aanzien van burgers.<sup>90</sup> Ook de aanwezigheid van een bijzondere relatie tussen derde en schuldenaar, bijvoorbeeld wanneer zij nauw met elkaar verbonden vennootschappen zijn, kan een relevant gezichtspunt opleveren. Deze relatie lijkt echter vooral van belang in het kader van de vraag of sprake is geweest van ongeoorloofde beïnvloeding of van het bevorderen van wanprestatie.<sup>91</sup> Tot slot kan ook de aard van de verstoorde relatie tussen de eiser en zijn wederpartij van

<sup>87</sup> D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 626; 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; I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 524.

<sup>88</sup> I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 524.

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

<sup>90</sup> Zie hoofdstuk 3, par. 9.3.2.

<sup>91</sup> Gedacht kan worden aan HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*), waarin de bijzondere vertrouwensband tussen de neef en zijn bejaarde tante reden was voor de Hoge Raad om aan te nemen dat de neef invloed op zijn tante kon uitoefenen.

invloed zijn op het onrechtmatigheidsoordeel. Uit paragraaf 4.1 blijkt dat de betrokkenheid van de derde bij de verstoring van een precontractuele verhouding minder snel als onrechtmatig wordt aangemerkt dan zijn betrokkenheid bij de niet nakoming van een overeenkomst.

Op grond van de rechtspraak moet worden geconcludeerd dat aan de aanwezigheid van een bijzondere relatie weliswaar een zeker gewicht toegekend wordt, maar dat zij op zichzelf doorgaans onvoldoende grond oplevert om de betrokkenheid van de derde bij de verstoring van de contractuele verhouding als onrechtmatig aan te merken. De eiser zal bijkomende omstandigheden moeten aantonen, zoals dat hij als gevolg van het handelen van de gedaagde een aanmerkelijk nadeel heeft geleden dat voor de gedaagde voorzienbaar was.

## 8 Mate van rechtstreeksheid, frequentie en stelselmatigheid

De mate van rechtstreeksheid enerzijds en de frequentie en stelselmatigheid van het handelen van de gedaagde anderzijds vormen geen gezichtspunten die zodanig zwaar wegen dat zij op zichzelf een onrechtmatigheidsoordeel kunnen rechtvaardigen. Niettemin kunnen zij volgens de rechtspraak wel van invloed zijn op dit oordeel.

De mate van rechtstreeksheid speelt voornamelijk een rol wanneer de derde niet direct is betrokken geweest bij de totstandkoming van de contractbreuk, maar gebruik heeft gemaakt van een in een eerdere schakel gepleegde wanprestatie. Uit de verkooporganisatierechtspraak blijkt dat het feit dat de derde niet rechtstreeks heeft meegewerkt aan de wanprestatie een argument oplevert om geen onrechtmatigheid aan te nemen. Hieruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad het gebruikmaken van een eerder gepleegde wanprestatie minder laakbaar acht dan het gebruikmaken van een contractbreuk waaraan men zelf heeft meegewerkt. De omstandigheid dat de derde frequent en stelselmatig gebruik maakt bij contractbreuk, levert volgens de jurisprudentie daarentegen een grond op om de indirecte betrokkenheid bij wanprestatie alsnog op één lijn te stellen met directe betrokkenheid. Volgens de Hoge Raad wordt met het frequent en stelselmatig gebruikmaken van een contractbreuk een ‘geregelde afzet’ gegarandeerd, waardoor in feite sprake is van het bevorderen van wanprestatie.<sup>92</sup> Daarnaast kunnen de frequentie en stelselmatigheid van het gedrag ook reden zijn om de betrokkenheid bij de recht- en regelmatige opzegging van een contract – zoals bij het wegglokken van werknemers – of het wegglokken van cliëntele als onrechtmatig aan te merken.<sup>93</sup>

<sup>92</sup> Zie ook HR 26 juni 1964, NJ 1965, 170 (*Gennep/Hermans*), zie uitbreider hoofdstuk 3, par. 9.3.4.

<sup>93</sup> Zie, met verwijzingen naar rechtspraak, Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nrs. 757 en 758.

## 9 Conclusies

### 9.1 *Het gewicht van de gezichtspunten*

Op basis van de vorige paragrafen kan worden geconcludeerd dat bij het rechterlijk oordeel over het onrechtmatige karakter van de betrokkenheid van de derde bij een verstoring van een contractuele relatie, vooral gewicht toekomt aan de mate en de wijze van de beïnvloeding en de aanwezigheid van een bijzonder belang. Uit de analyse blijkt dat de redenen om juist deze gezichtspunten zwaar te laten meewegen, verschillen. Het toekennen van een groot gewicht aan de mate van de beïnvloeding kan worden gerechtvaardigd door het aannemen van een ongeschreven verplichting voor derden om zich niet actief te mengen in overeenkomsten. Deze verplichting wordt op haar beurt gerechtvaardigd door het maatschappelijk belang bij betrouwbare en stabiele contracten. Het grote gewicht dat wordt verbonden aan de wijze van beïnvloeding vindt zijn rechtvaardiging in het bestrijden van het gebruik van ongeoorloofde middelen en/of oneerlijke concurrentiepraktijken. Tot slot wordt de importantie van de aard van het geschonden en nagestreefde belang gerechtvaardigd door het feit dat het onrechtmatigheidsoordeel in essentie berust op een belangenafweging.

Het gewicht van de overige omstandigheden – het motief van de derde, de aanwezigheid van een bijzondere verhouding tussen de betrokken partijen en de mate van rechtstreeksheid en de frequentie – is beperkter. De aanwezigheid van een onoorbaar motief van de derde vormt mijns inziens weliswaar een relevant gezichtspunt, maar in de praktijk spelen motieven vanwege hun moeilijke bewijsbaarheid een geringe rol. Aan de verhouding tussen de derde en de benadeelde kan eveneens een groot gewicht toekomen, met name wanneer tussen hen sprake is van een burger-overheidrelatie. Een speciale relatie tussen de derde en wanprestant zal daarentegen vooral een vermoeden opleveren dat de derde invloed heeft uitgeoefend op de beslissing van de wanprestant om niet na te komen. De mate van rechtstreeksheid is een factor die vooral een rol speelt wanneer de derde gebruik heeft gemaakt van een in een eerder stadium gepleegde contractbreuk. Het feit dat de derde slechts indirect betrokken is, betekent dat zijn gedrag minder snel als onrechtmatig zal worden aangemerkt. Daarentegen zal het gedrag van de derde eerder als onrechtmatig worden beschouwd als het frequent en stelselmatig van karakter is.

De vraag welke richtsnoeren kunnen worden geformuleerd ten aanzien van de afweging van deze gezichtspunten – hoe zij zich tot elkaar verhouden en welk gezichtspunt in een concreet geval de voorkeur verdient – staat centraal in paragraaf 9.2. In paragraaf 9.3 wordt ingegaan op de interacties tussen de gezichtspunten en de volgende elementen van de aansprakelijkheid: het kennisver-eiste, de relativiteit van de onrechtmatige daad, bewijskwes-ties en samenloop van vorderingen. Tot slot bevat paragraaf 9.4 een ‘*restatement*’ van het Nederlandse recht.

## 9.2 Richtsnoeren voor de afweging van de gezichtspunten

De omstandigheid dat de gedaagde de beslissing van de wederpartij van de eiser om contractbreuk te plegen heeft uitgelokt of actief heeft bevorderd door daartoe middelen te verschaffen, levert een zwaarwegend argument op om het gedrag van de gedaagde als onrechtmatig aan te merken. De eiser zal niet hoeven aan te tonen dat hij een *bijzonder* belang had bij de nakoming van zijn overeenkomst. Toch is de aard van het geschonden belang niet zonder betekenis. Vloeit het geschonden belang niet voort uit een geldig en afdwingbaar contract, maar is slechts sprake van een vooruitzicht op een contract, dan zal de omstandigheid dat de gedaagde aanzienlijke invloed heeft uitgeoefend op de onderhandelingspartner van de eiser om geen contract te sluiten, onvoldoende redenen vormen om zijn gedrag als onrechtmatig aan te merken. Het maatschappelijke belang bij betrouwbare en stabiele contracten, dat in paragraaf 2.1 werd aangemerkt als de rechtvaardiging voor het opleggen van de respectplicht aan derden, is dan immers niet in het geding.<sup>94</sup> Ook het aanzetten tot een recht- en regelmatige opzegging van een contract zal zonder bijkomende omstandigheden niet als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt. Hiermee kan tevens worden verklaard waarom het afhandig maken van personeel door hen bijvoorbeeld een beter salaris te bieden niet snel als onrechtmatig aangemerkt.<sup>95</sup> Het weglukken van de clientèle van de concurrent, bijvoorbeeld door het doen van een aantrekkelijk aanbod en vervolgens het helpen bij de opzegging van een duurovereenkomst, hetgeen op grote schaal gebeurt in de energie- en de telefoniebranche, wordt zonder bijkomende omstandigheden evenmin als ongeoorloofde concurrentie beschouwd. Dat een overeenkomst opzegbaar is, betekent dat het aanzienlijk minder zekerheid voor de toekomst biedt dan een contract dat niet opzegbaar is. Door de rechtmatige opzegging ervan uit te lokken, wordt het vertrouwen in contracten als zodanig niet aangetast.<sup>96</sup> Aan de andere kant kan de aanwezigheid van een bijzonder individueel of algemeen belang dat met de nakoming van de overeenkomst gemoeid is reden zijn om ook onrechtmatigheid aan te nemen wanneer de gedaagde de keuze van de wederpartij van de eiser om niet na te komen, niet of slechts in beperkte mate beïnvloedt. Voor derden kan dan een verruimde respectplicht worden aangenomen, op grond waarvan zij zich niet alleen dienen te onthouden van actieve en ongeoorloofde beïnvloeding, maar ook van passieve betrokkenheid, zoals het sluiten van een tegenstrijdige overeenkomst of het gebruikmaken van contractbreuk. Daarentegen zal de omstandigheid dat de gedaagde een rechtmatig belang heeft nagestreefd, zoals de bescherming van een absoluut of eerder verkregen relatief recht, een argument kunnen opleveren om het aanzetten tot wanprestatie niet als onrechtmatig te kwalificeren.

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> Zie ook Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 758.

<sup>96</sup> J. Danforth, 'Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society's Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity', 81 *Colum. L. Rev.* 1981, p. 1517.

Dat de rechtvaardiging om de wijze van beïnvloeding zwaar mee te laten wegen in het onrechtmatigheidsoordeel vooral is gelegen in de verwerpelijkheid van het gebruik van ongeoorloofde middelen, maakt de vraag of de beïnvloeding heeft geleid tot een frustratie van een contract – anders dan bij het gezichtspunt ‘mate van beïnvloeding’ – van ondergeschikt belang. Op grond van het Engelse en Amerikaanse recht hoeft de eiser dan ook niet aan te tonen dat hij een contractueel belang had,<sup>97</sup> maar wordt voldoende geacht dat hij een economisch belang had. Dit belang kan behalve een contract ook een concreet vooruitzicht op de sluiting van een contract zijn of – in geval het gedrag van de derde heeft geleid tot een recht- en regelmatige contractbeëindiging – de reële verwachting van de voortzetting van een overeenkomst. De verhouding tussen de gezichtspunten ‘wijze van de beïnvloeding’ en ‘aard van het geschonden belang’, verdient nadere aandacht wanneer sprake is van een concurrentieverhouding tussen de eiser en gedaagde. In paragraaf 3.2 is betoogd dat oneerlijke handelspraktijken in de zin van de Wet OHP als ongeoorloofde beïnvloeding moeten worden aangemerkt en een zwaarwegend argument opleveren om de daaruit volgende versterking van een contractuele relatie als onrechtmatig aan te merken. De vraag rijst echter of die concurrent moet kunnen aantonen dat zijn contract of vooruitzicht op de (voortzetting van de) sluiting van een contract als gevolg van de oneerlijke handelspraktijk is gefrustreerd of dat moet worden aangenomen dat de concurrent per definitie gerechtigd is om op te komen tegen oneerlijke handelspraktijken. Ongeoorloofde beïnvloeding, zoals misleiding, dwang en het gebruikmaken van onervarenheid of angsten verhinderen immers dat marktpartijen als consumenten en professionele afnemers, geïnformeerde en efficiënte beslissingen nemen, wat leidt tot concurrentievervalsing.<sup>98</sup> Degenen die in een mededingingsverhouding staan tot de oneerlijke handelaar of dienstverlener,<sup>99</sup> kunnen hiervan concurrentienadeel ondervinden en hebben er belang bij om de concurrentievervalsing tegen te gaan. Dit belang wordt van oudsher erkend in het Duitse oneerlijkemededingsrecht; aanvankelijk was de UWG – en ook het daarin opgenomen verbod op misleiding – zelfs uitsluitend op concurrentiebescherming gericht. Hoewel het huidige verbod op misleiding ook de bescherming in verticale verhoudingen tot doel heeft, worden concurrenten door de wetgever nog altijd beschouwd als de eerstaangewezenen om een vordering in te stellen in geval van overtreding van de bepalingen van de UWG, zo blijkt uit § 8 UWG.<sup>100</sup>

Of naar Nederlands recht concurrenten zonder meer bevoegd moeten worden geacht om op te treden tegen misleidende of agressieve handelspraktijken is naar de letter van de wet niet duidelijk. In afdeling 6.3.3A BW wordt slechts bepaald welke oneerlijke handelspraktijken jegens de consument als onrechtmatig moeten worden gekwalificeerd; artikel 6:194 BW inzake misleidende

<sup>97</sup> Zie t.a.v. het Amerikaanse recht D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West 2011, § 617.

<sup>98</sup> Zie I. Scherer, ‘Die “wesentliche Beeinflussung” nach der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken’, *WRP* 2008-6, p. 711-712.

<sup>99</sup> Zie § 2 lid 1 onder 3 UWG.

<sup>100</sup> H. Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München: Beck 2013, § 1, nr. 1.7 e.v.

B2B-reclame richt zich op de bescherming van de belangen van de ondernemer op wie de reclame is gericht. Hoewel ten aanzien van dat laatste artikel vrij algemeen wordt aangenomen dat ook de belangen van concurrenten worden beschermd,<sup>101</sup> wordt door verschillende auteurs betoogd dat individuele concurrenten in beginsel niet kunnen optreden tegen oneerlijke handelspraktijken in de zin van de Wet OHP.<sup>102</sup> Verkade beargumenteert echter op mijns inziens overtuigende wijze dat op basis van de Nederlandse rechtshistorie en de preambule van de Richtlijn OHP<sup>103</sup> moet worden aangenomen dat deze richtlijn mede de belangen van concurrenten beoogt te beschermen en dat praktijken die op grond van de bepalingen van deze richtlijn als oneerlijke handelspraktijk moeten worden aangemerkt, ook tegenover concurrenten als onrechtmatig moeten worden beschouwd.<sup>104</sup> Hoewel concurrenten naar mijn mening geen rechtstreeks beroep kunnen doen op de artikelen 6:193a e.v. BW, die immers bepalen dat de genoemde oneerlijke handelspraktijken als ‘onrechtmatig jegens een consument’ moeten worden aangemerkt, moet aan deze artikelen wel een zekere mate van reflexwering worden toegekend en kunnen zij door concurrenten worden inroepen in het kader van artikel 6:162 BW (in combinatie met artikel 3:296 BW wanneer een verbod wordt gevorderd).<sup>105</sup> De eiser hoeft daarvoor niet te bewijzen dat hij een concreet belang had,<sup>106</sup> waarvan de gedaagde op de hoogte was of behoorde te zijn en dat door toedoen van de gedaagde is gefrustreerd; voldoende is dat hij kan worden gekwalificeerd als ‘concurrent’. Wordt daarentegen schadevergoeding gevorderd, dan zal de eiser concrete schade moeten

<sup>101</sup> Zie D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Monografieën BW B-49b, Deventer: Kluwer 2011, nr. 8.

<sup>102</sup> Zie o.a. L. Steijger, ‘Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland’, *NTER* 2007, p. 133-134; W.H. van Boom, ‘Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken’, *TvC* 2008-1, p. 18; L. Kroon & C.S. Mastenbroek, ‘De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijke complicaties in de praktijk’, *IER* 2008-5, p. 260-261.

<sup>103</sup> Volgens ov. 8 beschermt de richtlijn ‘indirect legitieme ondernemingen tegen concurrenten die de regels in de richtlijn niet in acht nemen’.

<sup>104</sup> Zie D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Monografieën BW B-49a, Deventer: Kluwer 2009, nr. 74. Vgl. ook P.G.F.A. Geerts, ‘Naschrift bij het artikel van Kroon & Mastenbroek in *IER* 2008, 64’, *IER* 2009-1; A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 308.

<sup>105</sup> Anders: P.G.F.A. Geerts & E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame. Een bespreking van de art. 6:193A-6:196 BW*, Deventer: Kluwer 2009, p. 7-8, die lijken te verdedigen dat concurrenten zich rechtstreeks kunnen beroepen op de artikelen 6:193A-6:196 BW.

<sup>106</sup> Volgens Van Boom levert dit een complicatie op, aangezien het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht vereist dat de eiser een eigen belang heeft, zie W.H. van Boom, ‘Boekbesprekingen’, *TvC* 2010, p. 140-141. Volgens Verkade hebben bona fide concurrenten echter per definitie belang bij de handhaving van de regels op het gebied van ongeoorloofde mededinging, zie D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Monografieën BW B-49b, Deventer: Kluwer 2011, nr. 9.



kunnen aantonen en zal het feit dat zijn contractuele relatie door toedoen van de gedaagde is gefrustreerd de begroting van de schade vergemakkelijken.<sup>107</sup>

De omstandigheid dat de gedaagde ongeoorloofde methoden heeft gebruikt om de wederpartij van de eiser te beïnvloeden in zijn keuze om zijn contract wel of niet na te komen, of om wel of geen contract te sluiten of voort te zetten, weegt mijns inziens dusdanig zwaar dat de omstandigheid dat de gedaagde heeft gehandeld ter bescherming van zijn eigen rechtmatige belang of een maatschappelijk belang, geen argument zal zijn voor de rechter om zijn afweging in het voordeel van de gedaagde te laten uitvallen.

### 9.3 *Invloed van gezichtspunten op andere elementen van aansprakelijkheid*

#### 9.3.1 Kennisvereiste

Volgens de Nederlandse rechtspraak kan slechts onrechtmatigheid worden aangenomen wanneer de derde wist of behoorde te weten van de contractbreuk. Wanneer er sprake is van een aanmerkelijk nadeel dat door de eiser is geleden als gevolg van de wanprestatie, dan moet dat nadeel voor de gedaagde voorzienbaar zijn geweest.<sup>108</sup> De aard van het belang van het geschonden belang blijkt echter ook van invloed te kunnen zijn op de invulling van het kennisvereiste. In de jurisprudentie over de betrokkenheid van derden bij de schending van een concurrentiebeding is bepaald dat onder omstandigheden op een werkgever een verplichting rust om inlichtingen in te winnen over de gebondenheid van zijn nieuwe werknemer. Een onderzoeksplicht wordt daarentegen niet aangenomen bij inbreuken op verkooporganisaties, waar het algemene belang van vlot handelsverkeer in de weg staat aan een dergelijke verplichting.<sup>109</sup>

Ook de aanwezigheid van een speciale verhouding tussen de schuldeiser en de derde kan gevolgen hebben voor de interpretatie van het kenniscriterium. Zo blijkt uit het arrest *Verboom/Staat* dat de aanwezigheid van een bijzondere relatie tussen de schuldeiser en de derde van belang te kunnen zijn. In deze uitspraak werd door de Hoge Raad aangenomen dat, ondanks het feit dat op het moment van de overdracht aan de Staat onzeker was of deze overdracht zou leiden tot wanprestatie jegens Verboom, van de Staat als overheid mocht worden verwacht dat zij de zaak op zijn juridische merites zou kunnen beoordelen.<sup>110</sup>

#### 9.3.2 Relativiteit

Dat het beschermingsbereik van de Nederlandse ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die ziet op derdenbetrokkenheid bij contractbreuk zich mede kan uitstrekken over de belangen van anderen dan degene jegens wie wanprestatie is ge-

<sup>107</sup> D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Monografieën BW B-49a, Deventer: Kluwer 2009, nr. 74.

<sup>108</sup> 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*).

<sup>109</sup> Zie hoofdstuk 3, par. 8.1.

<sup>110</sup> HR 27 januari 1989, *NJ* 1990, 89, m.nt. C.J.H. Brunner (*Verboom/Staat*), r.o. 3.4

pleegd, is onlangs door de Hoge Raad bevestigd in *ARN/Multicar*.<sup>111</sup> Niet alleen de benadeelde schuldeiser kan een vordering instellen tegen de derde wegens een inbreuk op een selectief distributiesysteem, maar onder omstandigheden ook de handelaren die bij de organisatie zijn aangesloten en die er nadeel van ondervinden. Deze benadering is in lijn met het Duitse en Franse recht.<sup>112</sup> De vraag rijst of de Hoge Raad in het algemeen erkent dat het beschermingsbereik niet beperkt is tot de belangen van de contractanten, of slechts in het specifieke geval van verkooporganisaties, waarbij het juist de handelaren, die bij de organisatie aangesloten zijn en met wie de derde in concurrentie treedt, zijn die nadeel ondervinden. Kunnen ook anderen dan de benadeelde contractant bijvoorbeeld een vordering instellen wanneer zij schade lijden als gevolg van het feit dat de derde tot wanprestatie heeft aangezet? Wanneer ervan wordt uitgegaan dat de rechtvaardiging om in deze laatste gevallen tot onrechtmatigheid te concluderen, gelegen is in de bescherming van het maatschappelijke belang bij contractuele betrouwbaarheid en stabiliteit, dan moet naar mijn mening de relativiteit geen obstakel vormen om het gedrag onrechtmatig te achten jegens een ander dan de benadeelde contractspartij, mits deze ander een rechtmatig belang kan aantonen. Bovendien zal dit belang voor de derde kenbaar moeten zijn geweest en moet worden onderzocht of sprake is van een causaal verband tussen het gedrag van de derde en de schade van de benadeelde, dus of de schade redelijkerwijs aan de derde kan worden toegerekend.

De Hoge Raad heeft in *ARN/Multicar* niet alleen erkend dat ook de handelaren die bij de verkooporganisatie zijn aangesloten onder omstandigheden een vordering kunnen instellen tegen de derde, maar ook dat zij een lichtere bewijslast hebben dan degene die de verkooporganisatie in stand houdt. Zij hoeven, zo blijkt uit de uitspraak, niet te bewijzen dat de verkooporganisatie wordt ondermijnd – bijvoorbeeld omdat ook andere leden zich van hun verplichtingen gaan onttrekken.<sup>113</sup> Wanneer de ratio van de aansprakelijkheid echter primair is gelegen in de bescherming van het algemene belang dat met de instandhouding van de verkooporganisatie gemoeid is, zoals in paragraaf 4.2 is betoogd, dan zal mijns inziens wel steeds sprake moeten zijn van een (dreigende) verstoring van de organisatie.<sup>114</sup> De bevordering van dit belang hangt immers niet primair af van de nakoming van een specifieke overeenkomst, maar van de werking van de organisatie als geheel. Daar staat tegenover dat het vereiste van ondermijning niet snel een obstakel zal vormen om onrechtmatigheid aan te nemen. In de regel wordt in deze zaken immers een rechterlijk verbod in kort geding gevorderd, wat betekent dat de dreiging dat andere leden hun overeenkomsten niet meer na zullen komen slechts aannemelijk zal hoeven te worden gemaakt.

<sup>111</sup> HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok, zie hoofdstuk 3, par. 10.4.2.

<sup>112</sup> Zie hoofdstuk 4, par. 11.3 en hoofdstuk 5, par. 10.2.5.

<sup>113</sup> HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 187, m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*), r.o. 3.5.2.

<sup>114</sup> Vgl. ook M.R. Mok, 'Een nieuwe fase in de "Kolynos"-jurisprudentie', *S.E.W.* 1962, p. 470; W.J. Slagter, *Preadvies* (Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging Ia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 190 e.v.; J.H. Jonker, *De rechtsverhouding tot de derde in de concurrentiestrijd* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1965, p. 182; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 161.

### 9.3.3 Bewijs

De multifactorbenadering van de Amerikaanse *Restatement (Second) of Torts*, die de inspiratiebron vormt voor de hier voorgestelde gezichtspunten-catalogus – is bekritiseerd om het feit dat de opstellers zich niet uitlaten over de vraag naar de bewijslastverdeling.<sup>115</sup> Mijns inziens moet de bewijslast ten aanzien van de meeste gezichtspunten in beginsel bij de eiser worden gelegd. Hij zal moeten aantonen dat de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan uitlokking van contractbreuk of ongeoorloofde beïnvloeding of dat er sprake was van een bijzonder belang dat door toedoen van de gedaagde is geschonden. De bewijslast ten aanzien van de aanwezigheid van een rechtmatig belang dat door de gedaagde is nagestreefd, welk een argument kan opleveren om geen onrechtmatigheid aan te nemen, zal echter op de gedaagde rusten.

Op het bovengenoemde uitgangspunt worden echter verschillende uitzonderingen aanvaard. Zo kan de aanwezigheid van een speciale relatie tussen de derde en de wanprestant een reden zijn om de bewijslast anders te verdelen. Hoewel met elkaar verbonden vennootschappen, zoals moeder- en dochterondernemingen, naar Nederlands recht in het algemeen en ook in het kader van de onrechtmatige derdenbetrokkenheid bij wanprestatie als afzonderlijke entiteiten worden beschouwd, kan een nauwe verwevenheid tussen hen wel een bewijsvermoeden opleveren dat de ene vennootschap de wanprestatie van de andere actief heeft bevorderd.<sup>116</sup> Dit vermoeden kan ook worden aangenomen in gevallen waarin tussen de derde en de wanprestant sprake was van een bijzondere vertrouwensrelatie.<sup>117</sup>

In de afdelingen 6.3.3A BW en 6.3.4 BW voor respectievelijk oneerlijke handelspraktijken en misleidende en vergelijkende reclame zijn echter bijzondere regels opgenomen. Op grond van artikel 6:193j BW kan de rechter ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken de bewijslast ten aanzien van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die door de gedaagde is verstrekt omkeren, zodat deze op de gedaagde komt te rusten. Voorwaarde is wel dat de rechter dat ‘passend lijkt’ gezien de concrete omstandigheden en belangen van het geval. Artikel 6:195 BW kent een vergelijkbare bepaling voor misleidende en vergelijkende reclame.<sup>118</sup> Deze regels dienen mijns inziens van overeenkomstige toepassing te zijn wanneer de eiser een concurrent is van de gedaagde en de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan een oneerlijke handelspraktijk jegens een consument of misleidende reclame ten opzichte van zijn professionele afnemers.

<sup>115</sup> Zie hoofdstuk 7, par. 8.1.

<sup>116</sup> Hof Arnhem 29 augustus 2006, *JOR* 2006, 306 (*Eurofurn/Wiko*).

<sup>117</sup> Zie hoofdstuk 3, par. 9.1.2.

<sup>118</sup> Zie over de gevolgen van deze bewijsregels voor kortgedingprocedures D.W.F. Verkade, *Onerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Monografieën BW B-49a, Deventer: Kluwer 2009, nr. 51; D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Monografieën BW B-49b, Deventer: Kluwer 2011, nr. 66.

### 9.3.4 Samenloop

Hoewel de aansprakelijkheid van de derde niet afgeleid wordt van die van de wanprestant, zullen de derde en de wanprestant veelal wel aansprakelijk zijn voor dezelfde schade – namelijk welke voortvloeit uit het contract. In lijn met de Franse, Duitse, en een deel van de Amerikaanse rechtspraak moet mijns inziens ook op grond van het Nederlandse recht worden aanvaard dat de derde en de wanprestant hoofdelijk verbonden zijn. Artikel 6:102 BW, waarin de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt geregeld, vereist immers geen identieke rechtsgrond voor de verplichtingen tot vergoeding van de schade.<sup>119</sup> Op grond van artikel 6:10 BW hebben de schuldenaren die hoofdelijk verbonden zijn een onderling regresrecht.

De samenloop van vorderingen zal zich slechts voordoen wanneer het gedrag van de gedaagde heeft geleid tot een schending van een contract, waarvoor de wederpartij van de eiser ook aansprakelijk kan worden gesteld. Wanneer sprake is van een frustratie van een vooruitzicht op (de voortzetting) van een contractuele relatie, dan zal alleen de gedaagde aansprakelijk kunnen worden gesteld, tenzij sprake is van afgebroken onderhandelingen en op de afbrekende partij precontractuele aansprakelijkheid rust. Samenloop doet zich evenmin voor wanneer de tekortkomende contractspartij met succes een beroep doet op overmacht, wat bijvoorbeeld denkbaar is wanneer de niet-nakoming het gevolg is van bedreiging of bedrog.<sup>120</sup>

### 9.4 Restatement van het Nederlandse recht

De open benadering die in de Nederlandse rechtspraak wordt gehanteerd voor de beoordeling of de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk als onrechtmatige daad moet worden aangemerkt, is in lijn met het Duitse en Amerikaanse recht. Het voordeel van de toepassing van deze benadering, waarbij de omstandigheden van het geval van doorslaggevende betekenis zijn, is dat de rechter de mogelijkheid heeft om in het individuele geval tot een rechtvaardige uitkomst te komen. De open benadering heeft echter ook een nadeel; wanneer niet duidelijk is welke omstandigheden een rol kunnen spelen en welk gewicht aan deze omstandigheden toekomt, kan zij leiden tot rechtsonzekerheid. De opstellers van de Amerikaanse *Restatement (Second) of Torts* hebben hierop gereageerd door een multifactoroets op te nemen, waarin de omstandigheden die van invloed kunnen zijn op het onrechtmatigheidsoordeel van de rechter worden geëxpliciteerd.

In de bovengaannde paragrafen is getracht om op basis van de omstandigheden die volgens de Nederlandse rechtspraak van belang worden geacht of waaraan op basis van de inzichten uit de rechtsvergelijking gewicht toe zouden

---

<sup>119</sup> Zie ook Rb Amsterdam 24 februari 2010, BN0332, r.o. 4.2.13 en 4.2.14. Hoofdelijke aansprakelijkheid kan ook worden aangenomen in situaties waarin van de wanprestant nakoming wordt gevorderd, en van de derde schadevergoeding, mits beide verbintenissen strekken tot hetzelfde doel (opheffen vermogensnadeel), zie W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 38 e.v.

<sup>120</sup> Zie bijv. Rb. Rotterdam 4 februari 2009, *NJF* 2009, 109.

moeten worden gekend, ook voor het Nederlandse recht een multifactor- of meergezichts puntenbenadering te creëren. Hoewel de omstandigheden die in de voorgestelde benadering worden genoemd vrijwel overeenkomen met de *factors* die in de *Restatement* worden genoemd, bestaan er ook verschillen, in het bijzonder ten aanzien van het gewicht dat aan de verschillende omstandigheden wordt gegeven. Waar in het Amerikaanse recht de nadruk vooral ligt op de aard van de gedraging en het – in de praktijk weliswaar minder belangrijke – motief van de derde, wegen in de voorgestelde benadering ook de individuele en maatschappelijke belangen die met het contract gemoeid zijn, zwaar mee. Zelfs in gevallen waarin de derde zich heeft schuldig gemaakt aan het aanzetten tot wanprestatie, hetgeen is ondergebracht in de categorie ‘de mate van beïnvloeding’, is de rechtvaardiging om dit gedrag zwaar te laten meewegen naar mijn mening gelegen in de bescherming van een maatschappelijk belang, namelijk bij betrouwbare en stabiele contracten. Anderzijds levert het belang van derden bij de uitoefening van zijn individuele handelingsvrijheid of concurrentievrijheid juist een omstandigheid op die de balans in het voordeel van de derde kan doen uitslaan.

Wat betreft de onderlinge verhouding tussen de factoren, kan als vuistregel worden gehanteerd dat hoe zwaarder het belang weegt dat door toedoen van de gedaagde is geschonden, hoe minder relevant het is in welke mate en op welke wijze de derde bij de schending van dit belang betrokken was. Het feit dat met de nakoming van de overeenkomst een maatschappelijk belang gemoeid gaat, kan een grond opleveren om op zichzelf niet laakbaar gedrag – zoals het accepteren van een aanbod – als onrechtmatig te kwalificeren. Daar staat tegenover dat wanneer de derde op een zeer laakbare wijze betrokken is bij de schending van het belang van de benadeelde – en zich schuldig heeft gemaakt aan bijvoorbeeld misleiding of bedreiging – de aard van het belang een ondergeschikte rol speelt. In deze gevallen kan zelfs onrechtmatigheid worden aangenomen wanneer het geschonden belang niet voortvloeit uit een overeenkomst, maar slechts het vooruitzicht op de sluiting van een overeenkomst betreft.

De hier voorgestelde benadering is echter niet slechts een weergave van het huidige recht, maar ook bedoeld om richting te geven aan de toekomst. Om deze reden is gekozen voor een breder perspectief, waarin niet alleen de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk, maar ook derdenbetrokkenheid bij de recht- en regelmatige beëindiging van een overeenkomst en de verstoring van een vooruitzicht op een overeenkomst worden meegenomen. Dit bredere perspectief moet gezien worden in het kader van de algemeenheid van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht dat zich niet hoeft te beperken tot betrokkenheid van derden bij contractbreuk, maar ook ziet op andere raakvlakken van het contractenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht. Het voorgaande kan worden samengevat in de volgende regel:

Voor de beantwoording van de vraag of een derde uit onrechtmatige daad jegens een ander aansprakelijk is ingeval hij betrokken is bij de tekortkoming in de nakoming of de beëindiging van een overeenkomst, of de verstoring van een vooruitzicht op de sluiting van een overeenkomst, waarvan hij wist of behoorde te we-

ten, dienen alle omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen. Daarbij dient in het bijzonder te worden gelet op:

1. de mate waarin de derde de beslissing van de (potentiële) contractant van de ander heeft beïnvloed;
2. de wijze waarop de derde de beslissing van de (potentiële) contractant van de ander heeft beïnvloed;
3. de aard van het geschonden belang;
4. de aard van het belang van de derde;
5. het motief van de derde;
6. de onderlinge verhoudingen tussen de partijen;
7. de mate van rechtstreeksheid;
8. de frequentie en stelselmatigheid van de betrokkenheid.

## **II HARMONISATIEPERSPECTIEVEN OP BASIS VAN COMMON CORE**

### **10 Grootste gemene deler als grondslag**

De tweede doelstelling van dit onderzoek is het formuleren van een waardeoordeel over de mogelijkheden van Europese harmonisatie van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk op basis van de gemeenschappelijke kern van het recht van de lidstaten van de Europese Unie. Onder het begrip ‘gemeenschappelijke kern’ (in het Engels vaak *common core* genoemd) wordt hier verstaan de grootste gemene deler van de bestaande regels van de vier onderzochte rechtsstelsels. Uit de rechtsvergelijking is gebleken dat zich wat betreft de reikwijdte van de aansprakelijkheid aanmerkelijke verschillen voordoen. De benaderingen ten aanzien van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk variëren van moralistisch, waarbij de bescherming van het contract centraal staat (Frans recht) of waarbij veel rekening wordt gehouden met individuele of maatschappelijke belangen (Nederlands recht), tot liberaal, waarbij de concurrentie- of handelingsvrijheid van de derde centraal wordt gesteld en slechts uitwassen tot aansprakelijkheid leiden (Engels recht). Het Duitse recht kan worden getypeerd als relatief liberaal.

Wanneer de gemeenschappelijke kern als grondslag van harmonisatie wordt genomen, zal steeds gekeken moeten worden naar die gevallen waarin in alle onderzochte Europese rechtsstelsels aansprakelijkheid wordt aangenomen. De meest restrictieve regels bepalen derhalve de omvang van de gemeenschappelijke kern.

### **11 Omvang van de gemeenschappelijke kern**

De rechtsvergelijking in hoofdstuk 8 toont dat tussen de lidstaten een hoge mate van overeenstemming bestaat over het onrechtmatige karakter van het aanzetten tot wanprestatie. Ook het opzettelijke verstoren van een (pre)contractuele verhouding met behulp van op zichzelf onrechtmatige middelen levert in elk van de rechtsstelsels een grond voor aansprakelijkheid op. Tot de gemeenschappelijke kern behoort daarentegen niet de regel dat elke bewuste deelname aan een contractbreuk als onrechtmatig wordt aangemerkt. Deze regel is alleen aanvaard in

het Franse recht; in andere rechtsstelsels kan het verlenen van medewerking aan een contractbreuk alleen onder bijkomende omstandigheden tot aansprakelijkheid leiden. Hoewel in Nederland en Duitsland wordt erkend dat de aanwezigheid van een bijzonder belang een omstandigheid vormt die de betrokkenheid bij wanprestatie onrechtmatig kan doen zijn, is ook op dit punt geen sprake van een gemeenschappelijke kern. Bijzondere belangen leveren volgens het Engelse recht immers geen rechtvaardiging op om onrechtmatigheid aan te nemen. Ook de bijzondere bescherming die geoorloofde verkooporganisaties naar Nederlands recht genieten, maakt geen deel uit van de *common core*. Deze extra bescherming is vanuit kartelrechtelijk perspectief weliswaar verdedigbaar,<sup>121</sup> maar wordt in het Duitse recht niet langer aanvaard en ook het Franse recht – ondanks de aanwezigheid van een specifieke wettelijke grondslag – en het Engelse recht lijken aan derden geen verzwaarde respectplicht toe te kennen ten aanzien van verkooporganisaties. Dat de aanwezigheid van een onoorbaar motief een bijkomende omstandigheid oplevert die de betrokkenheid bij wanprestatie onrechtmatig kan maken, wordt in het Duitse recht expliciet erkend en in paragraaf 6 is verdedigd dat hetzelfde moet worden aangenomen voor het Nederlandse recht. Van een gemeenschappelijke kern kan echter niet worden gesproken aangezien in de Engelse rechtspraak expliciet is bepaald dat motieven een op zichzelf rechtmatige gedraging niet onrechtmatig kunnen doen zijn. Tot slot maakt de aansprakelijkheid wegens het gebruikmaken van een in eerder stadium gepleegde wanprestatie geen deel uit van de gemeenschappelijke kern, omdat in de meeste rechtsstelsels als voorwaarde wordt gesteld dat de derde rechtstreeks heeft deelgenomen aan de contractbreuk.

In hoeverre heeft het reeds geharmoniseerde oneerlijkemededingingsrecht – in het bijzonder de Richtlijn OHP en de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame – gevolgen voor de omvang van de gemeenschappelijke kern ten aanzien van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk? Deze richtlijnen beogen niet alleen bescherming te bieden aan degenen tot wie de oneerlijke handelspraktijk is gericht, maar ook aan concurrenten tegen concurrentievervalsing. In paragraaf 9.2 is betoogd dat op grond van het Nederlandse recht aan individuele concurrenten een recht toekomt om op te komen tegen de oneerlijke handelspraktijken die gericht zijn tegen consumenten. De concurrent hoeft niet aan te tonen dat hij een (concreet vooruitzicht op een) contract had, waarvan de gedaagde op de hoogte was en dat als gevolg van de oneerlijke handelspraktijk is verstoord. Eenzelfde actiebevoegdheid voor concurrenten wordt erkend in het Duitse oneerlijkemededingingsrecht. Op grond van het Franse recht kunnen benadeelde concurrenten een vordering instellen op basis van artikel 1382 Cc, wanneer zij als gevolg van de oneerlijke handelspraktijken schade hebben geleden. De Engelse implementatiewetgeving kent echter aan individuele concurrenten niet automatisch een bevoegdheid tot actie toe,<sup>122</sup> wat tot

<sup>121</sup> Zie boven, par. 4.2.

<sup>122</sup> B. Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 468-469. Traditioneel wordt in het Verenigd Koninkrijk het consumenterecht grotendeels publiekrechtelijk, en dan met name strafrecht-

gevolg heeft dat concurrenten een beroep moeten doen op de *common law*. Indien sprake is van een misleidende of agressieve handelspraktijk ten opzichte van een consument, zal een benadeelde concurrent echter niet zonder meer een beroep kunnen doen op *fraudulent misrepresentation* of *duress*, aangezien hieruit slecht aansprakelijkheid voortvloeit jegens het directe slachtoffer (de consument). De benadeelde concurrent zou zijn vordering wel kunnen baseren op de *unlawful means tort*, maar moet dan kunnen aantonen dat de derde het opzet had om aan hem vermogensschade toe te brengen.

De bepalingen van de Richtlijn OHP en de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame verschaffen maatstaven om te bepalen of de gedaagde gebruik heeft gemaakt van onrechtmatige middelen die de bewuste betrokkenheid bij de frustratie van een (pre)contractuele relatie onrechtmatig doen zijn. Dat een concurrent per definitie kan optreden tegen de oneerlijke handelspraktijken van zijn collega-handelaar, ongeacht of de laatste zich bewust was dat hij het (voorzicht op een) contract van zijn concurrent verstoort, behoort naar mijn mening gezien de wijze waarop de richtlijn in de lidstaten is geïmplementeerd, niet tot de *common core*.

In de literatuur is echter betoogd dat het Europese recht voorschrijft dat concurrenten een schadevergoedingsvordering moeten kunnen indienen wanneer zij kunnen aantonen dat zij als gevolg van de oneerlijke handelspraktijk in de zin van de richtlijn schade hebben geleden.<sup>123</sup> Volgens Keirsbilck moet op basis van de arresten *Courage/Crehan*,<sup>124</sup> *Manfredi*<sup>125</sup> en *Muñoz*<sup>126</sup> van het Hof van Justitie worden aangenomen dat nationale rechters de reikwijdte van het recht op schadevergoeding zodanig moeten uitbreiden dat deze remedie telkens beschikbaar is voor schade die concurrent lijdt als gevolg van een schending van de Richtlijn OHP. In deze arresten werd door het Hof bepaald dat met het oog op het nuttige effect van respectievelijk artikel 101 VwEU (*Courage/Crehan, Manfredi*) en de kwaliteitsnormen voor groente en fruit uit Verordeningen nr. 2200/96 en nr. 1035/72 (*Muñoz*), vereist is dat de naleving van deze bepalingen kan worden verzekerd door de mogelijkheid voor concurrenten om een civiele vordering in te stellen. Betwijfeld kan echter worden of de door het Hof in deze arresten geformuleerde regels ook van toepassing zijn wanneer het particuliere recht niet voortvloeit uit primair Unierecht of uit een verordening, maar uit een richtlijn, waaraan geen horizontale directe werking toekomt.<sup>127</sup>

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de *common core* van de vier onderzochte Europese rechtsstelsels ten aanzien van de gevallen van derdenbetrok-

---

lijk, gehandhaafd, zie ook M. Koutsias & C. Willett, 'The Unfair Commercial Practices Directive in the UK', *ELR* 2012-4, p. 240.

<sup>123</sup> Zie B. Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 468; H. Collins, 'The Unfair Commercial Practices Directive', *ERCL* 2005-4, p. 425-426.

<sup>124</sup> HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Jur.* I-6297.

<sup>125</sup> HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* I-6619.

<sup>126</sup> HvJ EG 17 september 2002, zaak C-253/00, *Jur.* I-7289.

<sup>127</sup> B. Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 467, meent van wel.



kenheid bij contractbreuk waarin onrechtmatigheid wordt aangenomen, een beperkte reikwijdte heeft. De gemeenschappelijke kern valt vrijwel samen met het Engelse recht, waar de voorwaarden voor aansprakelijkheid het striktst zijn. In de volgende paragrafen zal nader worden ingegaan op de omvang van de gemeenschappelijke kern, wanneer deze wordt vergeleken met de relevante bepalingen van de DCFR.

## 12 DCFR en *common core*: aanzetten tot contractbreuk

### 12.1 Inleiding

De vooralsnog enige concrete poging om een Europese harmonisatiereguleer te formuleren voor de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie, is terug te vinden in het *soft law*-artikel VI. – 2:211 DCFR.<sup>128</sup> Op grond van deze bepaling komt de schade die het gevolg is van het aanzetten tot niet-nakoming van een verbintenis voor vergoeding in aanmerking, mits de verbintenis was aangegaan jegens degene die de schade lijdt, de gedaagde beoogde dat de verbintenis niet zou worden nagekomen en niet handelde ter bescherming van zijn eigen rechtmatige belang. In de volgende paragrafen wordt geanalyseerd in hoeverre deze voorwaarden overeenkomen met de voorwaarden die in de vier rechtsstelsels worden gesteld en of het artikel kan worden aangemerkt als de gemeenschappelijke kern.

### 12.2 Onrechtmatigheid

Artikel VI. – 2:211 DCFR vereist dat de gedaagde de niet-nakoming van de verbintenis heeft beoogd. Het opzet moet dus gericht zijn op de niet-nakoming en niet op de schade. Onder opzet wordt verstaan dat de gedaagde willens en wetens heeft gehandeld; voorwaardelijk opzet, in de zin dat hij wist van de mogelijkheid van niet-nakoming als gevolg van zijn handelen en deze mogelijkheid heeft aanvaard, voldoet niet.<sup>129</sup> Ook het Engelse recht vereist opzet ten aanzien van de niet-nakoming, waarbij de niet-nakoming het doel moet zijn geweest of als middel moet zijn gebruikt om een ander doel te bereiken. Opzet ten aanzien van de niet-nakoming vormt op grond van het Nederlandse en Duitse recht in het algemeen geen voorwaarde voor aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie, maar een beroep op respectievelijk uitlokking van wanprestatie en *Verleitung zum Vertragsbruch* zal slechts kunnen slagen wanneer de derde de niet-nakoming van de overeenkomst willens en wetens heeft bewerkstelligd. Hoewel het Frans recht geen opzet ten aanzien van de niet-nakoming eist, moet de voorwaarde van opzet uit de DCFR wel in overeenstemming worden geacht met de gemeenschappelijke kern.

<sup>128</sup> Zie ook hoofdstuk 2, par. 4.

<sup>129</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3383.

Dat opzet ten aanzien van de niet-nakoming wordt geëist, betekent dat het gebruikmaken van wanprestatie niet onder de reikwijdte van artikel VI. – 2:211 DCFR valt.<sup>130</sup> Uit de toelichting komt echter niet duidelijk naar voren welk gedrag wél kan worden gekwalificeerd als ‘het aanzetten tot niet-nakoming’. Op basis van de rechtsvergelijking moet worden aangenomen dat het mogelijk maken van niet-nakoming door het aangaan van een overeenkomst, terwijl men weet dat de wederpartij hierdoor zijn eerdere contract niet kan nakomen, niet zal volstaan.<sup>131</sup> Onder het aanzetten tot wanprestatie moet een actieve deelname aan de contractbreuk worden verstaan, waarbij de derde invloed heeft uitgeoefend op de beslissing van de wanprestant om zijn contract niet na te komen, en er bovendien niet slechts sprake was van een onbaatzuchtig advies of waarschuwing.<sup>132</sup>

Artikel VI. – 2:211 DCFR vereist het bestaan van een verbintenis, maar deze hoeft niet contractueel van aard te zijn. Zo valt ook het aanzetten tot niet-nakoming van een alimentatieverplichting onder de reikwijdte van de bepaling.<sup>133</sup> De bepaling is daarentegen niet van toepassing op het verstoren van een huwelijkscontract.<sup>134</sup> Deze uitzondering wordt ook gemaakt in het Duitse, Franse en Engelse recht en zo mag worden aangenomen, in het Nederlandse recht. Vloeit de verbintenis voort uit een overeenkomst, dan is het feit dat deze overeenkomst vernietigbaar is volgens de toelichting op artikel VI. – 2:211 DCFR geen obstakel voor aansprakelijkheid.<sup>135</sup> In sommige nationale rechtstelsels bestaat op dit punt echter onduidelijkheid, waardoor het onzeker is of de DCFR hiermee de gemeenschappelijke kern weergeeft.

Op grond van artikel VI. – 2:211 DCFR leidt alleen het aanzetten tot *niet-nakoming* van een verbintenis tot aansprakelijkheid. Volgens de toelichting valt het aanzetten tot een recht- en regelmatige beëindiging van een contract buiten de reikwijdte van deze bepaling.<sup>136</sup> Dit is in overeenstemming met het recht van de vier onderzochte Europese rechtstelsels. Het uitlokken van een rechtmatige opzegging van een overeenkomst zal niet zonder meer tot aansprakelijkheid leiden, evenmin als het aanzetten tot het afbreken van contractonderhandelingen.

<sup>130</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3383.

<sup>131</sup> Zie hoofdstuk 8, par. 4.6.

<sup>132</sup> Zie boven, par. 2.2.

<sup>133</sup> Mij zijn uit de jurisprudentie van de onderzochte rechtstelsels geen gevallen bekend waarin het aanzetten tot niet-nakoming van alimentatieverplichtingen tot aansprakelijkheid leidt.

<sup>134</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3382.

<sup>135</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3382.

<sup>136</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3383.

De DCFR stelt ook een negatieve voorwaarde: de gedaagde mag niet hebben gehandeld ter bescherming van zijn eigen legitieme belang.<sup>137</sup> Het beschermen van een rechtmatig belang wordt in de Engelse en Duitse rechtspraak beschouwd als een rechtvaardigingsgrond, en aangenomen mag worden dat datzelfde geldt voor het Nederlandse en Franse recht. Het verschil tussen een negatief geformuleerd vereiste voor aansprakelijkheid en een rechtvaardigingsgrond, lijkt vooral van belang met het oog op de stel- en bewijsplicht. De DCFR vermeldt hierover echter niets.

In het Duitse en Engelse recht wordt bovendien erkend dat het aanzetten tot wanprestatie met het doel een algemeen belang te beschermen, een rechtvaardigingsgrond oplevert. Deze rechtvaardigingsgrond kan in elk geval gedeeltelijk worden teruggevonden in artikel VI. – 5:203 DCFR, dat bepaalt dat een gedaagde een verweer kan voeren wanneer hij heeft gehandeld ter bescherming van waarden die in een democratische samenleving als fundamenteel worden beschouwd.

### 12.3 *Relativiteit, schade en causaliteit*

Het beschermingsbereik van artikel VI. – 2:211 DCFR is beperkt tot de schade die is geleden door de persoon tegenover wie de verbintenis bestond.<sup>138</sup> Anderen die als gevolg van de niet-nakoming van de verbintenis schade lijden, behoren op grond van deze bepaling niet tot de kring van gerechtigden. Het vereiste dat alleen de benadeelde contractspartij kan vorderen, wordt niet in alle rechtsstelsels gesteld. Op grond van het Nederlandse, Duitse en Franse recht kan het aanzetten tot wanprestatie niet alleen als onrechtmatig worden aangemerkt ten opzichte van de benadeelde wanprestant, maar met name in het kader van verkooporganisaties ook ten opzichte van de handelaren die gebonden zijn ten opzichte van de verkooporganisatie en die ten opzichte van de derde een concurrentienadeel ondervinden. Uit het feit dat de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de *Lumley tort* accessoir is aan de aansprakelijkheid wegens contractbreuk, dient mijns inziens te worden afgeleid dat het Engelse recht alleen de benadeelde con-

<sup>137</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3383-3384. Uit de toelichting blijkt echter niet duidelijk op welke gevallen wordt bedoeld. Het voorbeeld wordt gegeven dat een oudere dame hetzelfde stuk land schenkt aan zowel X als Y, waarbij X niet op de hoogte is van de eerdere schenking aan Y. X laat de schenking opnemen in de openbare registers en wordt hierdoor als eigenaar aangemerkt. Op het moment van registratie heeft X wel wetenschap van de schenking aan Y, maar omdat X slechts zijn eigen legitieme belang heeft nagestreefd en de oude dame niet heeft aangezet tot het plegen van wanprestatie, is X niet aansprakelijk jegens Y. Mijns inziens kan echter sowieso geen aansprakelijkheid worden aangenomen, aangezien het handelen van X niet kan worden gekwalificeerd als ‘*inducing non-performance of an obligation*’; hij wist ten tijde van de schenking immers niet van de eerdere schenking en heeft ook geen invloed uitgeoefend op de beslissing van de vrouw om het stuk grond ook aan hem te schenken.

<sup>138</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3381.

tractspartij vorderingsgerechtigd acht. Andere benadeelden zullen hun schade immers ook niet kunnen verhalen op de wanprestant.<sup>139</sup> Omdat wordt uitgegaan van de grootste gemene deler kan het in de DCFR gekozen beperkte beschermingsbereik worden aangemerkt als de gemeenschappelijke kern.

In de toelichting op VI. – 2:211 DCFR wordt opgemerkt dat de schade doorgaans zal bestaan uit zuivere vermogensschade, maar dat ook andere dan vermogensschade voor vergoeding in aanmerking kan komen.<sup>140</sup> De eiser zal in elk geval schade moeten kunnen bewijzen wanneer hij schadevergoeding vordert. Vordert hij daarentegen een rechterlijk verbod, dan is het voldoende dat directe schade dreigt.<sup>141</sup> Op deze punten is de DCFR in overeenstemming met het recht van de vier onderzochte jurisdicties.

Ten aanzien van het causaal verband meldt de toelichting slechts dat de schade het gevolg moet zijn van de niet-nakoming van de verbintenissen.<sup>142</sup> Voor het overige wordt het causaal verband geregeld in de artikelen VI. – 4:101 e.v. DCFR. De hoofdregel ten aanzien van causaliteit (artikel VI. – 4:101 lid 1) luidt: ‘*A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of: (a) that person’s conduct; or (b) a source of danger for which that person is responsible.*’ De DCFR maakt, anders dan het Duits recht, geen onderscheid tussen de *Haftungs begründende Kausalität* en de *Haftungs ausfüllende Kausalität*. Ook gaat de DCFR niet uit van een *condicio-sine-qua-non*-verband, maar wordt een multifactorbenadering gehanteerd waarbij verschillende omstandigheden, zoals de waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid van de schade, de aard van de schade en het beschermingsbereik van de overtreden norm, moeten worden afgewogen.<sup>143</sup> Deze elementen, in het bijzonder de voorzienbaarheid van de schade, spelen in meer of mindere mate ook een rol bij de vaststelling van het causale verband in het Nederlandse, Duitse, Franse en Engelse recht en kan daarom worden aangemerkt als een weergave van de gemeenschappelijke kern.

<sup>139</sup> Het is op grond van het Engelse recht niet uitgesloten dat een ander dan de benadeelde contractspartij een vordering kan instellen tegen de derde die tot wanprestatie heeft aangezet. Het aanzetten tot wanprestatie wordt immers beschouwd als ‘onrechtmatig middel’ in het kader van de *unlawful means tort*. Hij zal wel moeten kunnen bewijzen dat de derde hem opzettelijk schade heeft toegebracht.

<sup>140</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3381.

<sup>141</sup> Zie art. VI. – 6:301 DCFR.

<sup>142</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3383.

<sup>143</sup> 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, Art. VI. – 4:101, p. 3570-3571.

## 12.4 Remedies

Artikel VI. – 2:211 DCFR bevat geen informatie over de remedies die aan de benadeelde ter beschikking staan. Dit onderwerp wordt geregeld in hoofdstuk 6 van boek VI, waarin twee soorten rechtsvorderingen worden onderscheiden: rechtsvorderingen die gericht zijn op compensatie en rechtsvorderingen gericht op preventie. De eerste categorie wordt geregeld in de artikelen VI. – 6:101 e.v. In artikel VI. – 6:101 lid 1 staat dat het doel van schadevergoeding is om de schadelijgende persoon terug te brengen in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden wanneer de schade zich niet zou hebben voorgedaan. Volgens lid 2 kan schadevergoeding plaatsvinden in geld en in natura. Dat in gevallen van onrechtmatige derdenbetrokkenheid bij contractbreuk schadevergoeding in natura kan worden uitgekeerd, is in overeenstemming met het Nederlandse en Duitse recht. Het Franse en Engelse recht kennen vergelijkbare oplossingen. Op grond van artikel VI. – 6:101 lid 4 DCFR kan de schadevergoeding, mits dit redelijk is, ook bestaan uit restitutie van de door de gedaagde genoten winsten die het gevolg zijn van zijn onrechtmatige daad. Een algemeen recht op winstafdracht wordt echter niet erkend in de onderzochte rechtsstelsels.

Behalve schadevergoeding kan de benadeelde op grond van artikel VI. – 6:301 DCFR ook een rechtsvordering gericht op preventie (rechterlijk verbod of bevel) eisen, op voorwaarde dat er direct schade dreigt en schadevergoeding geen geschikt alternatief is en het redelijk is voor de persoon aan wie de veroorzaking van de schade wordt toegerekend om het ontstaan van die schade te voorkomen.<sup>144</sup> De voorwaarde dat schadevergoeding geen adequaat alternatief vormt, sluit aan bij het Engelse recht, maar wordt niet gesteld in het Nederlandse, Franse en Duitse recht.

## 12.5 Overige kwesties

De verjaringstermijn voor schadevorderingen bedraagt op grond van artikel III. – 7:101 jo. 203 lid 1 DCFR drie jaar vanaf het moment dat de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvindt. De verjaringstermijn wordt geschorst zolang de benadeelde niet weet en niet redelijkerwijs op de hoogte kan zijn van de identiteit van de aansprakelijke persoon of de schade. De maximale schorsingsperiode is volgens artikel III. – 7:307 DCFR tien jaar. Aangezien de verjaringstermijnen van de onderzochte rechtsstelsels zeer uiteenlopen, kan op dit punt niet worden gesproken van een gemeenschappelijke kern. Wel kan worden geconstateerd dat de objectieve verjaringstermijn van tien jaar in vergelijking tot het Nederlandse, Duitse en Franse recht, vrij kort is.<sup>145</sup>

<sup>144</sup> 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, Art. VI. – 6:301, p. 3803.

<sup>145</sup> Zie ook H.J. Snijders, 'De objectieve verjaringstermijn in transnationaal perspectief', *NTBR* 2009, p. 205.

In de toelichting bij artikel VI. – 2:211 DCFR wordt de hoofdelijke aansprakelijkheid tussen de wanprestant en de derde nadrukkelijk verworpen.<sup>146</sup> Zij kunnen dus ook niet onderling regres nemen. Een uitzondering doet zich voor wanneer de wanprestant door de derde fysiek of mentaal onder druk is gezet om zijn verbintenis niet na te komen. In dat geval heeft de wanprestant wel een regresrecht op de derde.<sup>147</sup> Hoofdelijke aansprakelijkheid wordt echter wel erkend in het Franse recht en lijkt ook te worden aanvaard in het Duitse recht. In paragraaf 9.3.4 is betoogd dat ook naar Nederlands recht – voor zover de derde en wanprestant aansprakelijkheid zijn voor dezelfde schade – hoofdelijkheid moet worden aangenomen. De DCFR is wel in overeenstemming met het Engelse recht, waar geen hoofdelijke aansprakelijkheid wordt erkend.

### 13 DCFR en *common core*: gebruik van ongeoorloofde middelen

Het tweede onderdeel van de gemeenschappelijke kern betreft het opzettelijke verstoren van een (pre)contractuele relatie met behulp van onrechtmatige middelen. Vanwege de afbakening van dit onderzoek worden situaties waarin de naking fysiek onmogelijk of meer bezwaarlijk is gemaakt, buiten beschouwing gelaten. Centraal staan de gevallen waarin de derde op ongeoorloofde wijze op de keuze van de wederpartij van de benadeelde heeft ingewerkt, door zijn keuzevrijheid te beperken of anderszins onrechtmatige invloed op zijn beslissing uit te oefenen. Hierbij moet vooral worden gedacht aan bedrog, het uitoefenen van dwang, en het misbruik maken van een machtspositie.

Verscheidene artikelen van de DCFR hebben betrekking op het verschaffen van (bedrieglijk) onjuiste informatie. Artikel VI. – 2:207 en VI. – 2:210 betreffen respectievelijk de situatie waarin schade is geleden doordat een beslissing werd genomen in redelijk vertrouwen op een onjuist advies of op onjuiste informatie en de situatie waarin schade is geleden als gevolg van een bedrieglijk onjuiste voorstelling van zaken. Beide artikelen beogen blijkens de toelichting echter alleen degene die op de onjuiste mededelingen heeft vertrouwd/de bedrogene te beschermen. Artikel VI. – 2:204 biedt wel bescherming aan een ander dan degene die de informatie ontvangt. Deze bepaling ziet op de situatie waarin schade aan een persoon is toegebracht door een mededeling over deze persoon, waarvan de mededeler wist of behoorde te weten dat zij onjuist was.

Heeft de gedaagde zich niet schuldig gemaakt aan laster, maar wel met behulp van onrechtmatige middelen de (pre)contractuele relatie van de eiser verstoord, dan kan artikel VI. – 2:208 uitkomst bieden. Op grond van deze bepaling wordt de schade die aan een persoon is toegebracht als gevolg van een onrechtmatige belemmering van de uitoefening van diens beroep of bedrijf gekwalificeerd als rechtens relevante schade, die voor vergoeding in aanmerking

<sup>146</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3381.

<sup>147</sup> 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, Art. VI. – 2:211, p. 3381.

komt. Het artikel is volgens de toelichting gebaseerd op het *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, dat op grond van het Duitse recht wordt erkend als *sonstiges recht* in de zin van § 823 lid 1 BGB en absolute bescherming geniet.<sup>148</sup> De reikwijdte van artikel VI. – 2:208 DCFR wijkt echter af van het Duitse recht, aangezien relatieve rechten op grond van § 823 BGB niet worden beschermd,<sup>149</sup> terwijl de schade die het gevolg is van het veroorzaken van niet-nakoming van een contract op grond van artikel VI. – 2:208 DCFR wel voor vergoeding in aanmerking kan komen.<sup>150</sup>

Dat artikel VI. – 2:208 DCFR de gemeenschappelijke kern van de vier onderzochte Europese rechtsstelsels weerspiegelt, moet om meerdere redenen worden betwijfeld. In de eerste plaats wordt geen opzet ten aanzien van de schadetoebrenging vereist, waarmee de bepaling afwijkt van de Engelse *unlawful means tort*. In de tweede plaats ontbreekt een uniforme definitie van het begrip *unlawful impairment*. In de toelichting worden enige voorbeelden gegeven van gevallen die als onrechtmatige belemmering kunnen worden gekwalificeerd, zoals misleidende reclame, bedrijfspionage en schending van Europese mededingingsregels.<sup>151</sup> Het begrip is echter ruimer, en omvat ook gedragingen die worden aangemerkt als ongeoorloofde concurrentie.<sup>152</sup> De opstellers wijzen er echter op dat een gemeenschappelijk Europees concept van ‘ongeoorloofde concurrentie’ ontbreekt, waardoor onduidelijk is of de gedragingen die op grond van VI. – 2:208 DCFR als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt, overeenkomen met de relatief beperkte definitie van *unlawful means* die in de Engelse rechtpraak wordt gehanteerd.

## 14 Conclusies

### 14.1 Haalbaarheid en wenselijkheid van harmonisatie

Voordat wordt ingegaan op de vraag naar de mogelijkheden van harmonisatie op basis van de gemeenschappelijke kern, wordt eerst de kwestie behandeld in hoeverre harmonisatie op Europees niveau haalbaar en wenselijk is. Op de korte of middellange termijn is de algehele harmonisatie van de delictuele aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk naar mijn mening niet realistisch. Van de Europese wetgever is weinig initiatief te verwachten. De be-

<sup>148</sup> 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, Art. VI. – 2:208, p. 3354.

<sup>149</sup> Zie hoofdstuk 4, par. 2.

<sup>150</sup> Vgl. ook 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, Art. VI. – 2:211, p. 3383.

<sup>151</sup> 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, Art. VI. – 2:208, p. 3355.

<sup>152</sup> 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, Art. VI. – 2:208, p. 3357.

langstelling van de Europese Commissie voor het leerstuk van de onrechtmatige daad is beperkt en ook een Europees BW is (in elke geval voorlopig) niet aan de orde. Weliswaar zijn er vanuit de academische onderzoeksgroepen enkele voorstellen gedaan voor de harmonisatie van de onrechtmatige daad, waaronder de PETL en de DCFR, maar deze regels en beginselen zijn ‘professorenrecht’, en hebben voornamelijk weinig invloed gehad op de jurisprudentie van de lidstaten.<sup>153</sup> Van een vergaande *bottom up*-harmonisatie is dus ook geen sprake.

Voor de harmonisatie van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk toegespitst op ondernemingsverhoudingen zijn daarentegen naar mijn mening wel mogelijkheden. Op het gebied van oneerlijke concurrentie zijn reeds verschillende Europese richtlijnen uitgevaardigd. Hoewel op Europees niveau nog geen algemeen regelgevingskader inzake oneerlijke handelspraktijken voor B2B-verhoudingen tot stand is gebracht, heeft de Europese Commissie begin 2013 een Groenboek gepubliceerd dat betrekking heeft op oneerlijke handelspraktijken in de food en non-food toeleveringsketen tussen ondernemingen.<sup>154</sup> Daarmee lijkt een bescherming op EU-niveau tegen oneerlijke B2B-handelspraktijken aanstaande. Het Groenboek richt zich weliswaar op handelspraktijken in verticale verhoudingen (dus tussen leverancier en afnemer), maar illustreert de interesse van de Europese wetgever voor de harmonisatie van oneerlijke handelspraktijken. De verwachting dat op termijn ook concrete initiatieven zullen worden ontplooid voor de harmonisatie van oneerlijke handelspraktijken in horizontale verhoudingen – waaronder betrokkenheid bij contractbreuk onder valt – lijkt mij dan ook reëel.

Harmonisatie van het recht ten aanzien van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk in concurrentieverhoudingen is mijns inziens ook gewenst.<sup>155</sup> Hierdoor kan immers het ideaal van een *level playing field* worden gerealiseerd, waar voor alle actoren die actief zijn op de interne markt gelijke concurrentievoorwaarden gelden. Bovendien hoeven bedrijven niet langer hun marketingstrategieën per lidstaat aan te passen, waardoor zij transactiekosten kunnen besparen.<sup>156</sup> Buiten de B2B-context ontbreekt mijns inziens echter de noodzaak tot harmonisatie. Uit de rechtspraak van de onderzochte jurisdicties blijkt dat derdenbetrokkenheid bij wanprestatie in B2C-relaties nagenoeg geen rol speelt als aansprakelijkheidsgrond. Weliswaar kan een derde de contractuele relatie

<sup>153</sup> Voor zover in de Nederlandse rechtspraak wordt verwezen naar de DCFR, betreft het vrijwel steeds verwijzingen naar de bepalingen van de DCFR die betrekking hebben op overeenkomsten. Zie voor voorbeelden P.C.J. De Tavernier & J.A. van der Weide, ‘Naar een Europees Burgerlijk Wetboek? Het Draft Common Frame of Reference (DCFR)’, *MvV* 2011-5, p. 134-137.

<sup>154</sup> COM(2013) 37 def. van 31 januari 2013. Zie ook hoofdstuk 2, par. 3.1.

<sup>155</sup> De wenselijkheid van een maximaal harmoniserende richtlijn op het gebied van oneerlijke mededinging in ondernemingsverhoudingen wordt ook in de literatuur uitgesproken, zie o.a. D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: deLex 2011, p. 28; B. Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 256-257.

<sup>156</sup> Zie ook B. Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 168.



tussen een consument en een handelaar verstoren, maar deze verstoring zal doorgaans worden bewerkstelligd via de consument, waardoor de handelaar het nadeel lijdt.

Stel dat de derde dwang uitoefent op een consument om zijn overeenkomst met zijn professionele wederpartij niet na te komen. Een vordering wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie zal worden ingesteld door de wederpartij van de consument; de consument zal zich hier niet op kunnen beroepen, maar kan – indien het nationale recht hem die mogelijkheid biedt – wel een vordering tegen de derde instellen wegens een oneerlijke handelspraktijk.

In goederen- en dienstentransacties die buiten zowel de B2B- als de B2C-context vallen, speelt de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk wel een rol, maar deze is aanzienlijk beperkter dan in ondernemingsverhoudingen. Hierbij kan met name worden gedacht aan de situatie van dubbele verkoop van onroerend goed. De aansprakelijkheid in deze situaties kan echter moeilijk worden geharmoniseerd, aangezien zij in de onderzochte rechtstelsels nauw verbonden is met andere rechtsgebieden, in het bijzonder het goederenrecht.<sup>157</sup>

In de volgende paragrafen zal de analyse worden beperkt tot situaties waarin de derde en de benadeelde beiden marktactoren zijn en tussen hen een concurrentieverhouding aanwezig is.

#### 14.2 Harmonisatie op basis van de *common core*

Uit paragraaf 11 is gebleken dat ten aanzien van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk een Europese gemeenschappelijke kern kan worden geïdentificeerd, maar dat deze beperkt van omvang is. Zoals uit de vorige paragrafen is gebleken, omvat de *common core* in de eerste plaats het aanzetten tot contractbreuk, dat in alle vier onderzochte Europese rechtstelsels onder grotendeels dezelfde voorwaarden tot aansprakelijkheid leidt. Uit paragraaf 12 komt naar voren dat artikel VI. – 2:211 DCFR dit aspect van de gemeenschappelijke kern in hoge mate weerspiegelt. In de tweede plaats beslaat de *common core* gevallen waarin de derde opzettelijk de (pre)contractuele verhouding van een ander heeft gefrustreerd en daarbij gebruik heeft gemaakt van onrechtmatige middelen. Dit deel van de gemeenschappelijke kern kan worden teruggevonden in VI. – 2:208 DCFR, hoewel dit artikel geen opzet vereist en geen heldere definitie geeft van het begrip ‘onrechtmatige middelen’.

Harmonisatie op basis van de grootste gemene deler betekent dat het rechtstelsel dat de strengste aansprakelijkheidsvoorwaarden hanteert, de doorslag geeft. In dit onderzoek is het Engelse recht dus in hoge mate bepalend voor de omvang van de *common core*. Volledige harmonisatie op basis van de gemeenschappelijke kern zou dan ook de minste gevolgen hebben voor het Engelse recht. De gevallen waarin de derde tot wanprestatie heeft aanzet of met

<sup>157</sup> Zie ook M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge: University Press 2003, p. 539.

behulp van onrechtmatige middelen opzettelijk andermans (pre)contractuele verhouding heeft verstoord, nemen in de Nederlandse en Franse rechtspraak echter een bescheiden plaats in. In een groot aantal gevallen waarin door de Nederlandse en Franse rechter aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie wordt aangenomen, is geen sprake van uitlokking, noch kan worden aangetoond dat de gedaagde de schade opzettelijk en met behulp van onrechtmatige middelen heeft toegebracht. Hoewel in de Duitse rechtspraak doorgaans pas aansprakelijkheid wordt aangenomen wanneer de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan *Verleitung zum Vertragsbruch* of ongeoorloofde middelen heeft gebruikt, heeft de rechter de mogelijkheid om in zijn onrechtmatigheidsoordeel ook rekening te houden met motieven en de aanwezigheid van bijzondere belangen. Een volledige harmonisatie op basis van de gemeenschappelijke kern zou in Nederlandse, Franse en – in mindere mate – Duitse ogen vermoedelijk een te vergaande beperking van de reikwijdte van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk betekenen. De politieke haalbaarheid van harmonisatie op basis van de gemeenschappelijke kern moet daarom zeer worden betwijfeld.

Afgezien van de haalbaarheid van volledige harmonisatie op basis van de gemeenschappelijke kern, is het ook de vraag of zij wenselijk moet worden geacht. Zoals in met name paragraaf 4 is uiteengezet, kunnen goede argumenten bestaan om aansprakelijkheid jegens derden aan te nemen wegens betrokkenheid bij contractbreuk in gevallen die buiten de *common core* vallen. Het recht lijkt dus niet duidelijk beter te worden door harmonisatie waarbij de grootste gemene deler als grondslag wordt genomen. Het antwoord op de vraag naar de wenselijkheid, moet naar mijn mening daarom eveneens ontkennend luiden. Wel zou de gemeenschappelijke kern kunnen worden gebruikt voor het formuleren van minimumnormen. Omdat de lidstaten bij minimumharmonisatie de mogelijkheid hebben om meer bescherming te bieden en zich dus nog steeds verschillen in de wetgeving kunnen blijven voordoen, wordt het ideaalbeeld van een *level playing field* hiermee echter niet bereikt.<sup>158</sup>

### 14.3 Voorstel

Hierboven is betoogd dat een Europese harmonisatie van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk enkel en alleen op basis van de grootste gemene deler, zoals deze volgt uit de vergelijking van het Nederlandse, Duitse, Franse en Engelse recht, haalbaar noch wenselijk is. Voor een harmonisatieregeling dient de tot nu toe gehanteerde benadering, waarbij steeds werd gekeken naar de gelijkenissen tussen de rechtsstelsels ten aanzien van specifieke situaties van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk, dan ook te worden verlaten. In plaats daarvan moet naar mijn mening een ruimere *common core*-benadering worden gekozen, waarbij aansluiting wordt gezocht bij de algemene rechtsbeginselen en rechtsopvattingen binnen Europa ten aanzien van oneerlijke concurrentie.

<sup>158</sup> Zie ook Y. Hofhuis, *Minimumharmonisatie in het Europees recht: vormen, begrip en gevolgen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 16.

De vraag rijst hoe deze algemene rechtsbeginselen en rechtsopvattingen bepaald kunnen worden. Mijns inziens is een belangrijke rol weggelegd voor de instrumenten die reeds op Europees niveau op het gebied van het oneerlijk mededingingsrecht tot stand zijn gekomen. Aan de Richtlijn OHP en de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame liggen immers waarden ten grondslag die inherent zijn aan de mededinging.<sup>159</sup> Volgens Keirsbilck zijn deze richtlijnen gebaseerd op twee pijlers: ongestoord economisch gedrag en ongestoorde mededinging.<sup>160</sup> De eerste pijler weerspiegelt het beginsel van keuzevrijheid voor marktdeelnemers. Zij moeten een autonome en geïnformeerde keuze kunnen maken tussen de opties die hun worden aangeboden. Door keuzevrijheid te garanderen, worden tevens de belangen van concurrenten die zich wel houden aan de regels beschermd, aangezien ook zij nadeel kunnen ondervinden van de verstoring van het economische gedrag van (potentiële) klanten.<sup>161</sup> De tweede pijler reflecteert volgens Keirsbilck het structurele aspect van eerlijke concurrentie. Een vrijmarkteconomie kan slechts efficiënt functioneren wanneer afnemers niet worden beperkt in hun keuzevrijheid. Indien hun beslissingsvrijheid wordt aangetast, zullen zij worden gehinderd in het maken van efficiënte keuzes en kunnen zij hun aansturende functie op de markt niet naar behoren uitoefenen.<sup>162</sup> Kortom, wanneer de individuele keuzevrijheid als gevolg van een handelspraktijk wordt ingeperkt, worden zowel individuele belangen van marktdeelnemers als het belang van de interne markt bij ongestoorde concurrentie aangetast. Waar Keirsbilck de invloed van handelspraktijken op het economische gedrag van marktdeelnemers als het centrale criterium ziet,<sup>163</sup> betoogt Verkade dat het leerstuk van ongeoorloofde mededinging – en ook een toekomstige harmonisatieregeling op dit rechtsgebied voor B2B-verhoudingen – zich moet richten naar het hoofdcriterium binnen het kartelrecht: het beginsel van werkzame en onvervals- te mededinging.<sup>164</sup> Verkade kijkt daarbij niet alleen naar de invloed op het economisch gedrag van marktactoren, maar ook of de gedraging leidt tot een vermindering van de concurrentie. Bij de beoordeling of sprake is van oneerlijke concurrentie moet zijns inziens een groot gewicht worden toegekend aan de marktmacht van partijen en de marktomstandigheden.

Voor situaties van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk betekent het toepassen van het criterium van werkzame en onvervalste mededinging in de eerste plaats dat ongeoorloofde concurrentie dient te worden aangenomen wanneer de gedaagde via ongepaste beïnvloeding van de wederpartij van de eiser

<sup>159</sup> I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 522.

<sup>160</sup> B. Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 535-539.

<sup>161</sup> B. Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 538.

<sup>162</sup> Zie ook I. Scherer, 'Die "wesentliche Beeinflussung" nach der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken', *WRP* 2008-6, p. 711-712.

<sup>163</sup> B. Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 539.

<sup>164</sup> D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: deLex 2011, p. 10-11.

heeft bijdragen aan de wanprestatie die jegens de eiser is gepleegd. Omdat de ongeoorlooftheid van de gedraging in dat geval echter primair is gelegen in de beperking van de keuzevrijheid van marktdeelnemers en niet in het feit dat het contract van de eiser is verstoord, zal de eiser in dit geval geen contractbreuk hoeven aan te tonen. Het is voldoende dat hij aantoonst dat hij een concurrent is en als gevolg van de ongepaste beïnvloeding van de marktdeelnemers wordt benadeeld of kan worden benadeeld, hetgeen relatief gemakkelijk kan worden aangenomen.<sup>165</sup> In de tweede plaats zal op basis van het criterium van werkzame en onvervalste mededinging van een oneerlijke handelspraktijk kunnen worden gesproken wanneer de gedraging in kwestie leidt tot een objectieve vermindering van de concurrentie. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de derde een partij is met een grote marktmacht en gebruikmaakt van de schending van een concurrentiebeding jegens een kleine concurrent, waardoor de laatste aanzienlijk in zijn concurrentiepositie wordt aangetast. Ook hier is de contractbreuk echter geen noodzakelijk vereiste; in de Duitse literatuur is het voorbeeld gegeven van de derde die de werknemers van zijn concurrent weglukt, niet om hen zelf in te zetten, maar om het bedrijf van zijn concurrent stil te leggen. Het gedrag van de derde leidt in dat geval niet tot een verbetering van de eigen marktpositie, maar slechts tot een verslechtering van de positie van de concurrent.<sup>166</sup> Dat is op zichzelf voldoende om het gedrag als ongeoorloofd aan te merken; of de werknemers contractbreuk plegen of de opzegtermijn in acht nemen, maakt geen verschil. Volgens Verkade kan de maatstaf van werkzame en onvervalste concurrentie ook een grond opleveren om een bepaalde marktmacht die is opgebouwd door middel van contracten te beschermen, waarbij met name kan worden gedacht aan het beschermen van een verkooporganisatie die van het kartelverbod is vrijgesteld tegen inbreuken door derden.<sup>167</sup>

Het criterium van een werkzame en onvervalste mededinging, dat behalve door Verkade ook in de Duitse literatuur is verdedigd,<sup>168</sup> biedt naar mijn mening bruikbare aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden de betrokkenheid bij contractbreuk in een Europese harmonisatiebepaling als oneerlijke concurrentie moet worden aangemerkt. Zij sluit bovendien in belangrijke mate aan bij hetgeen in deel I van dit hoofdstuk in geconcludeerd, in het bijzonder in paragraaf 3 (wijze van beïnvloeding) en paragraaf 4 (aard van het geschonden belang). De vraag kan echter worden gesteld of de beïnvloeding van het economische gedrag en de marktmacht van partijen de enige maatstaven zouden moeten zijn op basis waarvan de geoorlooftheid van een concurrentiepraktijk wordt beoordeeld. Verschillende Duitse rechtsgeleerden betogen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord en trekken hieruit vervolgens de conclusie dat het aanzetten tot contractbreuk niet langer als onge-

<sup>165</sup> Zie boven, par. 9.2.

<sup>166</sup> Zie I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 523-524.

<sup>167</sup> Zie D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: deLex 2011, p. 26.

<sup>168</sup> Zie I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 518-525.

oorloofde concurrentie moet worden aangemerkt.<sup>169</sup> Deze gedraging hoeft immers niet gepaard te gaan met een beperking van de keuzevrijheid van degene die tot de contractbreuk is verleid. Sterker, door bijvoorbeeld een beter aanbod te doen, kan de keuzevrijheid van marktdeelnemers juist worden vergroot. Ook hoeft het aanzetten tot wanprestatie niet tot een objectieve vermindering van de concurrentie te leiden.

Naar mijn mening kan het aanzetten tot wanprestatie echter wel degelijk als oneerlijke concurrentie worden aangemerkt. Anders dan in de Duitse literatuur en ook door Verkade wordt betoogd,<sup>170</sup> hoeft de Europese wetgever zich bij de vaststelling van regels op het gebied van oneerlijke concurrentie echter niet te beperken tot het criterium van de werkzame en onvervalste mededinging.<sup>171</sup> Zoals bleek in paragraaf 2.1, kan de aansprakelijkheid wegens het aanzetten tot wanprestatie worden gerechtvaardigd door het maatschappelijke belang bij de stabiliteit en betrouwbaarheid van contracten. Naar mijn mening staat de bescherming van dit belang – voor zover zij niet leidt tot een te grote inperking van de vrijheid van concurrentie<sup>172</sup> – niet haaks op de werkzame en onvervalste mededinging, en kan zij worden beschouwd als een aanvullende doelstelling van het recht inzake oneerlijke concurrentie. Bovendien is sprake van een algemene rechtsopvatting; de heersende opvatting in de lidstaten is immers dat het aanzetten tot wanprestatie in concurrentieverhoudingen ongeoorloofd gedrag is.<sup>173</sup>

Mocht in de toekomst worden besloten tot een Europees instrument ter harmonisatie van oneerlijke concurrentiepraktijken in mededingingsverhoudingen, dan zal de wetgever er niet aan ontkomen om ook plaats in te ruimen voor het onderwerp van de derdenbetrokkenheid bij contractbreuk en andere verstoringen van (pre)contractuele verhoudingen. Een harmonisatiebepaling zou naar mijn mening drie componenten moeten bevatten. De eerste component betreft

<sup>169</sup> Zie I. Scherer, 'Verleiten zum Vertragsbruch – Neukonzeption aufgrund § 4 Nr. 10 UWG und der RL-UGP', *WRP* 2009-5, p. 525. Vgl. 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.

<sup>170</sup> Verkade spreekt van de 'enig juiste benadering', zie D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: deLex 2011, p. 11.

<sup>171</sup> Uit de voorbeelden die de Europese Commissie in het Groenboek inzake oneerlijke handelspraktijken in de food- en non-food toeleveringsketen (COM(2013) 37 def. van 31 januari 2013) noemt, blijkt dat behalve de invloed op economisch gedrag en de marktmacht ook andere overwegingen een rol kunnen spelen om een handelspraktijk als oneerlijk aan te merken. Zie m.n. p. 22, waar de Commissie opmerkt dat het beëindigen van een handelsrelatie weliswaar deel uitmaakt van het zakenleven, 'maar [niet] mag [...] worden gebruikt als middel om een wederpartij te treiteren door het weigeren om dit besluit te motiveren of door niet een redelijke opzegtermijn in acht te nemen.'

<sup>172</sup> In par. 2.1 is betoogd dat van een te vergaande beperking geen sprake is wanneer het aanzetten tot wanprestatie als ongeoorloofde concurrentie wordt aangemerkt.

<sup>173</sup> Behalve in de vier onderzochte Europese rechtssystemen wordt het aanzetten tot wanprestatie ook in andere lidstaten als onrechtmatig aangemerkt, zie 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, Art. VI. – 2:211, p. 3384-3389.

het aanzetten tot contractbreuk. Deze component, die ook deel uitmaakt van de gemeenschappelijke kern van het Nederlandse, Duitse, Franse en Engelse recht, wordt in belangrijke mate weerspiegeld in artikel VI. – 2:211 DCFR. Het tweede bestanddeel reflecteert het algemene beginsel van keuzevrijheid en correspondeert in hoge mate met de bepalingen van de Richtlijn OHP. Bij deze component staat de beïnvloeding van economisch gedrag van marktdeelnemers (consumenten, maar ook professionele afnemers) centraal en de gevolgen hiervan voor de belangen van de concurrent. Indien een (potentiële) cliënt van de concurrent wordt of kan worden beperkt in zijn vrijheid om een contract te sluiten, na te komen of voort te zetten, dan moet niet alleen degene van wie de keuze is beïnvloed, maar ook de concurrent tegen deze oneerlijke handelspraktijk kunnen opkomen. De concurrent heeft immers een direct belang bij onvervalste concurrentie. Bij de derde component, die betrekking heeft op de werkzame mededinging, staan de marktmacht en marktomstandigheden centraal. De directe of indirecte deelneming van de derde aan de verstoring van de (pre)contractuele verhouding van zijn concurrent, mag er niet toe leiden dat de concurrentie wordt vermindert. Daar staat tegenover dat een zekere marktmacht die door middel van het sluiten van contracten is verkregen, en waarvan op grond van het kartelrecht wordt erkend dat die een positief effect kan hebben op economische of technologische ontwikkeling, juist voor extra bescherming tegen inbreuken door derden in aanmerking kan komen.