

SAMENLOOP VAN CONTRACTUELE EN BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID NAAR NEDERLANDS RECHT

door

L.D. PELS RIJCKEN

INLEIDING

1. Het probleem van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid is in Nederland onderwerp geweest van enkele belangrijke publicaties, waarin het zowel tegen de achtergrond van het geldende Nederlandse recht(1) als in het licht van het nieuwe Burgerlijk Wetboek(2) grondig is behandeld.

Na bestudering van deze publicaties zie ik geen kans enig nieuw licht op genoemd probleem te werpen. Het onderhavige preadvies zal dan ook niet meer bieden dan een korte uiteenzetting van de huidige stand van het vraagstuk in Nederland, zonder verdere pretentie dan om te dienen als inleiding voor een discussie in de komende jaarlijkse vergadering van onze vereniging.

BEGRIP SAMENLOOP

2. In het privaatrecht doet het probleem van samenloop zich voor wanneer verschillende regels of regelingen voor toepassing op één feitelijk gebeuren in aanmerking kunnen komen. Waar samenloop bestaat zijn het dus rechtsregels of -regelingen die samenlopen. Minder juist is het bij het onderwerp van dit preadvies te spreken van samenlopende akties of rechtsvorderingen(3). Aan de orde is immers een figuur van materieel recht, niet van procesrecht. Het moderne privaatrecht is niet, zoals het klassieke Romeinse recht, gebouwd op — of afgeleid uit — verschillende

(1) KIST, J. en WIERSMA, K., Preadviezen voor de Nederlandse Juristenvereniging 1960, *Handelingen N.J.V.* 1960, I, blz. 157-222 en blz. 224-287; de Leidse dissertatie: BOUKEMA, C.A., *Civielrechtelijke samenloop*, Tjeenk Willink Zwolle, 1966, blz. 111-137; SCHOORDIJK, H.C.F., *W.P.N.R.*, 4811 en 4812.

(2) SNIJDERS, W., *Samenloop van wetbepalingen in het nieuwe B.W.*, Speculum Langemeijer, 1973, blz. 453-471; SCHOORDIJK, H.C.F., *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek*, 1979, blz. 44-58.

(3) Welke terminologie o.a. door de Hoge Raad is gebezigd in H.R., 6 maart 1959, *N.J.*, 1959 nr. 349, inzake Bertha/Revenir.

akties. In het Nederlands procesrecht kan een eisende partij ermee volstaan relevante feiten te stellen zonder aan te duiden of te kwalificeren, op welke grond uit die feiten een recht op het gevorderde kan worden afgeleid. Een subjectief recht op het gevorderde behoeft dus niet uitdrukkelijk te worden vermeld. Krachtens artikel 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft de rechter de taak de rechtsgronden zo nodig ambtshalve aan te vullen(4).

Mede op grond van deze regel van procesrecht wordt wel betwijfeld of het juist is met betrekking tot samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad te spreken van samenlopende vorderingsrechten en verbintenissen(5). Snijders spreekt in dit verband van één „gemengd vorderingsrecht”, resp. één „gemengde verbintenis”. Persoonlijk vind ik deze terminologie niet verhelderend. Omdat de rechtsgevolgen van samenlopende regelingen — met name ook die van wanprestatie en onrechtmatige daad — niet in alle opzichten gelijk zijn, verdient het m.i. voor een goede begripsvorming de voorkeur ervan uit te gaan dat uit elk dier regelingen een afzonderlijk vorderingsrecht en een afzonderlijke verbintenis voortvloeit(6). Afgezien hiervan lijkt het mij in beginsel niet juist de begripsvorming in het privaatrecht mede te baseren op de taak van de rechter in een procedure. Het materiële recht functioneert nu eenmaal ook — en zelfs in de eerste plaats — buiten rechtsgeding.

SAMENLOOP IN HET ALGEMEEN

3. In Nederland is nimmer gepoogd een algemene theorie op te bouwen ter beantwoording van de vraag of twee privaatrechtelijke regels of regelingen, die in een bepaald geval voor toepassing in aanmerking lijken te komen, beide toepasselijk zijn — hetzij cumulatief, hetzij alternatief —, dan wel of één van de schijnbaar in aanmerking komende regels of regelingen toepassing van de ander uitsluit. Moderne schrijvers betogen juist dat het probleem van samenloop zich in zó verschillende vormen voordoet dat het onmogelijk is ter oplossing daarvan algemene regels op te stellen. De oplossing dient in elk afzonderlijk geval te worden gevonden door interpretatie van de betrokken normen(7). Het bekende adagium *lex specialis derogat legi generali*, waaraan door oudere schrijvers nog veel

(4) VRISENDORP, J.J., *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, diss., 1970, blz. 163, meent dat art. 48 Rv. bij samenloop alleen toepasselijk is als de uitsluitend gestelde grond geen doel treft. Vgl. ook LANGEMEIJER in zijn conclusie voor H.R., 15 april 1955, *N.J.*, 1955 nr. 542 (blz. 953, r.k.).

(5) Aldus: WIERSMA, a.w., blz. 233 e.v.; BOUKEMA, a.w., blz. 41; SNIJDERS, a.w., blz. 460 e.v.

(6) Aldus: SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw Burgerlijk Wetboek*, Kluwer, 1979, blz. 53 e.v.

(7) Aldus BOUKEMA, a.w., *passim*, speciaal blz. 57; BRUNNER, C.J.H., *Beginnelsen van samenloop*, serie Privaatrechterlijke Begrippen nr. 7 1979, blz. 21 e.v.

betekenis werd gehecht(8), wordt nog slechts op een beperkt gebied als richtlijn aanvaard(9).

Hoewel het niet mogelijk lijkt ter oplossing van samenloopproblemen algemene regels op te stellen, noemen sommige schrijvers toch enkele beginselen, die veelal als uitgangspunt kunnen dienen om tot een oplossing te komen. Zij maken daarbij het voorbehoud, dat er in bijzondere gevallen redenen zijn om van die beginselen af te wijken. Als voornaamste beginsel wordt genoemd de gedachte dat elke rechtsregel zoveel mogelijk tot zijn recht dient te komen en er dus deugdelijke redenen moeten zijn om aan te nemen, dat één van de regels die in een bepaald geval voor toepassing in aanmerking lijken te komen, met uitsluiting van de andere toepasselijk is(10).

BELANG VAN HET SAMENLOOPPROBLEEM

4. Voor zover twee rechtsregels dezelfde rechtsgevolgen hebben, heeft de vraag of ze samenlopen geen praktische betekenis. Het samenloopprobleem is eerst van praktisch belang, wanneer twee regelingen verschillende rechtsgevolgen hebben of, hoewel op hetzelfde rechtsgevolg gericht, in een voorkomend geval tot verschillend resultaat leiden.

De regelingen van wanprestatie en onrechtmatige daad hebben beide tot rechtsgevolg dat ze verbintenissen tot schadevergoeding doen ontstaan. De thans in Nederland van kracht zijnde wettelijke bepalingen betreffende beide aansprakelijkheidsgronden vertonen echter verschilpunten, waarvan de voornaamste hieronder zullen worden opgesomd. Voor de meeste van deze verschilpunten bestaan geen deugdelijke gronden. In het nieuwe B.W. worden ze dan ook voor een groot deel opgeruimd(11). Dit betekent niet dat de samenloopproblematiek op dit terrein onder het nieuwe B.W. geen praktisch belang meer zal hebben. Ook wanneer wettelijke voorschriften betreffende wanprestatie en onrechtmatige daad tot gelijke rechtsgevolgen leiden, kunnen in de praktijk verschillen ontstaan als gevolg van contractuele regelingen, zoals bedingen die aansprakelijkheid uitsluiten, fixeren of beperken, contractuele vervalltermijnen e.d.

(8) KAMPHUISEN, P.W., *R.M. Themis*, 1942, blz. 309 e.v.; *Verzameld werk*, blz. 273-309; VAN OVEN, J.C., *N.J.B.*, 1961, blz. 133 e.v. en 157 e.v.

(9) BOUKEMA, *a.w.*, blz. 35; BRUNNER, *a.w.*, blz. 22 e.v.

(10) BOUKEMA, *a.w.*, blz. 22 e.v.; SNIJDERS, *a.w.*, blz. 453 e.v.; BRUNNER, *a.w.*, blz. 24 e.v. Ook de Hoge Raad heeft enige malen beslist, dat exclusiviteit van een regeling eerst mag worden aangenomen, wanneer de wet dit voorschrift of onvermijdelijk meebrengt: H.R., 28 juni 1957, *N.J.*, 1957 nr. 514, met noot L.E.H.R., inzake Erba/Amsterdamse Bank; H.R., 6 maart 1959, *N.J.*, 1959 nr. 349, met noot H.B., inzake Bertha/Revenir.

(11) Vgl. SNIJDERS, *a.w.*, blz. 465 e.v.

Voorts kunnen voorschriften betreffende rechterlijke competentie met betrekking tot bepaalde overeenkomsten (zoals in Nederland t.a.v. arbeidsovereenkomst, huur en huurkoop) leiden tot verschillen in de berechting van geschillen, al naar gelang aansprakelijkheid op wanprestatie of onrechtmatige daad wordt gebaseerd. Andere verschillen in rechtsgevolgen op het gebied van het formele recht kunnen eveneens het gevolg zijn van contractuele geschillenregelingen zoals arbitragebedingen (12), clausules met betrekking tot bewijslast, bewijsmiddelen enz.

De samenloopproblematiek bij wanprestatie en onrechtmatige daad was tot voor kort ook van groot belang voor het verzekeringsrecht (13). Verzekeringen tegen het risico van aansprakelijkheid plachten contractuele aansprakelijkheid hetzij niet, hetzij slechts binnen zekere grenzen te dekken. De redactie van polissen bracht in vele gevallen mee dat het van belang was, of naast contractuele ook wettelijke aansprakelijkheid bestond. In deze situatie is sinds kort wijziging gekomen door het op de markt komen van polissen van aansprakelijkheidsverzekering, die het risico zowel van wettelijke als van contractuele aansprakelijkheid dekken, zij het ook met uitsluiting van sommige aanspraken, zoals die welke strekken tot verbetering, herstel en vervanging van goederen of tot betaling van vervangende schadevergoeding.

WANPRESTATIE IS ALS ZODANIG GEEN ONRECHTMATIGE DAAD

5. Wanprestatie is het niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomen van een verbintenis. Niet-nakoming van andere rechtsplichten levert een onrechtmatige daad op. Sommige Nederlandse schrijvers menen dat geen, althans geen wezenlijk onderscheid valt te maken tussen verbintenissen en andere rechtsplichten (14). Zij betwisten de gebruikelijke en ook in dit preadvies gevolgde opvatting (15), die ook uitgangspunt is van het nieuwe B.W. (16), nl. dat verbintenissen zich van andere rechtsplichten onderscheiden doordat ze corresponderen met subjectieve vermogensrechten welke in beginsel vatbaar zijn voor overdracht en executie.

(12) Vgl. BOUKEMA, *a.w.*, blz. 133 e.v.

(13) Vgl. BONGERS, H.A., *Algemene Wettelijke Aansprakelijkheidsverzekering*, 1964, blz. 27 e.v.

(14) SCHOORDIJK, *W.P.N.R.*, 4810; SCHOORDIJK, *De verbintenis uit de wet*, 1968, blz. 19; BOUKEMA, *a.w.*, par. 38; VAN DUNNÉ, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, 1971, blz. 203; MAEIJER, J.M.M., *Matiging van schadevergoeding*, diss. 1962, blz. 38 e.v.

(15) O.a. aangehangen door MEIJERS, *Algemene Begrippen*, blz. 304, zie ook blz. 83-85; BEEKHUIS, J.H., *R.M. Themis*, 1963, blz. 584; VAN NISPEN, C.J.J.C., *Het rechterlijke verbod en bevel*, diss. Leiden, 1978, blz. 10.

(16) Toelichting boek 6, blz. 457-458.

Het onderscheid tussen beide opvattingen is ten dele een kwestie van terminologie. Gaat men uit van een begrip onrechtmatigheid dat wanprestatie omvat, dan kan wanprestatie als een *species* van het *genus* onrechtmatige daad worden beschouwd(17). Uit een oogpunt van doelmatige klassifikatie van rechtsbegrippen is deze voorstellingswijze echter verwarrend en m.i. ook niet juist. Voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is in den regel schuld vereist. Voor aansprakelijkheid uit wanprestatie wordt dit vereiste niet gesteld, behalve bij verbintenissen die op het aanwenden van zekere inspanning of zorg zijn gericht(18). Weliswaar faalt een beroep op overmacht indien de schuldenaar schuld heeft aan niet-nakoming van een verbintenis, maar bij ontbreken van schuld staat zulk beroep evenmin open als de oorzaak der niet-nakoming naar de aard der overeenkomst aan hem behoort te worden toegerekend. Wanprestatie kan dus in zóverre een ruimer terrein bestrijken dan onrechtmatige daad en is daarom niet als *species* van het *genus* onrechtmatige daad te beschouwen.

De wetgever heeft beide instituten nevenschikkend naast elkander geregeld. Alle schrijvers zijn het er dan ook over eens, dat het systeem der wet meebrengt dat de regeling van wanprestatie exclusief is, in die zin dat wanprestatie *als zodanig* geen grond oplevert voor toepassing van bepalingen betreffende onrechtmatige daad(19). Hetzelfde geldt voor de aan wanprestatie gewijde afdeling 6.1.8 van het nieuwe B.W.(20).

GRENZEN VAN HET SAMENLOOPPROBLEEM

6. Daar wanprestatie als zodanig geen grond oplevert voor toepassing van bepalingen betreffende onrechtmatige daad, kan samenloop zich niet voordoen wanneer geen andere rechtsplicht dan een tussen partijen bestaande verbintenis is geschonden(21). Hieraan doet niet af dat deze

(17) Aldus ASSER-RUTTEN, III, 1979, blz. 41; VAN OVEN, J.C., *N.J.B.*, 1960, blz. 494, waartegen KIST, *a.w.*, blz. 162 e.v.

(18) Inspanningsverplichtingen kunnen vaak zó geïnterpreteerd worden, dat de schuldenaar ervoor instaat dat geen schade wordt toegebracht. In zoverre kan dan van een resultaatsverplichting worden gesproken.

(19) Aldus ook BOUKEMA, *a.w.*, blz. 119, hoewel met SCHOORDIJK en andere schrijvers de mening toegedaan dat tussen verbintenissen en andere rechtsplichten geen wezenlijk onderscheid valt te maken.

(20) Vgl. SNIJDERS, *a.w.*, blz. 466.

(21) Deze stelling behoeft niet te worden beperkt tot contractuele verbintenissen. Ook op niet-nakoming van andere verbintenissen (b.v. uit onverschuldigde betaling of zaakwaarneming) zijn de bepalingen van wanprestatie in het Nederlandse B.W. in beginsel toepasselijk. Blijkens het opschrift van de Eerste Titel van het Derde Boek B.W. hebben de artikelen 1272, 1275, 1279 e.v. betrekking op „verbintenissen in het algemeen”. Hetzelfde geldt voor de bepalingen van afdeling 6.1.8 van het nieuwe B.W.; Vgl. SNIJDERS, *a.w.*, blz. 466.

schending kan worden beschouwd als inbreuk op een subjectief recht of als een gedraging in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid. Deze kwalificaties vermogen de enkele niet-nakoming van een verbintenis niet te maken tot een onrechtmatige daad in de zin van artikel 1401 B.W., omdat aansprakelijkheid uit wanprestatie en uit onrechtmatige daad in het wettelijke systeem naast elkaar staan als afzonderlijke regelingen(22).

Evenmin als sprake kan zijn van samenloop bij enkele niet-nakoming van een verbintenis tussen partijen, kan het samenloopprobleem zich voordoen wanneer uitsluitend een andere rechtsplicht dan een tussen partijen bestaande verbintenis is geschonden. In het overgrote deel der gevallen waarin grond voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aanwezig is, bestaat tussen partijen geen contractuele of andere rechtsverhouding. Mogelijk is ook, dat een tussen partijen bestaande rechtsverhouding geen enkel verband heeft met een gepleegde onrechtmatige daad. Wanneer A slachtoffer is van een door B begane verkeersfout, is de omstandigheid dat tussen A en B een maatschapsverhouding bestaat voor de onrechtmatigheid van die fout irrelevant.

Men kan dus zeggen, dat de regelingen van wanprestatie en onrechtmatige daad met uitsluiting van elkander toepasselijk zijn wanneer de feiten hetzij alleen schending van een tussen partijen bestaande verbintenis, hetzij alleen schending van een andere (algemene) rechtsplicht opleveren. Tussen deze twee gebieden van uitsluitende toepasselijkheid van één van beide aansprakelijkheidsgronden ligt een smalle strook, waarop vragen van samenloop kunnen rijzen.

RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD

7. Teneinde een beeld te geven van de wijze waarop het samenloopprobleem op dit gebied in de Nederlandse rechtspraak wordt opgelost, zal ik thans de daarvoor van belang zijnde arresten van de Hoge Raad vermelden. Ik geef daarbij telkens een korte samenvatting van de casuspositie.

H.R., 6 mei 1892, W. 6183 inzake KorffHijnbeen:

Bij verbouwing van een verhuurd pand in opdracht van de verhuurder was een gedeelte van het pand onbruikbaar geworden en schade toegebracht aan goederen van de huurder. De huurder stelt een vordering tot schadevergoeding tegen de verhuurder in, welke vordering door het hof wordt

(22) Reeds in de vorige eeuw heeft de Hoge Raad aldus in een reeks arresten beslist: H.R., 9 juni 1854, *Weekblad R.*, 1548; H.R., 23 mei 1856, *Weekblad R.*, 1852; H.R., 24 juni 1870, *Weekblad R.*, 3229; H.R., 31 maart 1876, *Weekblad R.*, 3978. Deze reeks is in de huidige eeuw voortgezet met: H.R., 13 juni 1913, *N.J.*, 1913, 787; H.R., 20 juni 1924, *N.J.*, 1924, 1107; H.R., 11 juni 1926, *N.J.*, 1926, 1049.

toegewezen op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad overweegt dat, indien men met het hof aanneemt, dat de vordering betrekking heeft op „daden, die op zich zelf onafhankelijk van eenige tusschen partijen gesloten overeenkomst onrechtmatig waren”, artikel 1401 B.W. terecht is toegepast.

H.R., 26 maart 1920, N.J. 1920, 476; W. 10592 inzake Curiel/Suriname :
Een postambtenaar in dienst van Suriname ontvreemdt een aan de post toevertrouwde brief met ingesloten bankbiljetten. De Hoge Raad oordeelt de tegen Suriname ingestelde vordering tot schadevergoeding (ook) op grond van onrechtmatige daad toewijsbaar „mits slechts het feit, dat de wanprestatie zou opleveren, op zich zelf en afgezien van de contractuele verplichting een onrechtmatige daad in de zin der wet oplevert”.

H.R., 11 juni 1926, N.J. 1926, 1049 met noot P.S., W. 11591 inzake curator/Otten :

Een faillissementscurator komt met een crediteur overeen, dat de opbrengst van een partij wijnen, waarop de crediteur pandrecht beweert te hebben, door de curator zal worden gestort bij een bank ter uitbetaling aan diegene van partijen die in een procedure betreffende betwisting van het pandrecht in het gelijk zal worden gesteld. In strijd met de overeenkomst geeft de curator een deel van de partij wijnen af aan een derde, die beweerde daarvan eigenaar te zijn. Het hof oordeelt de curator in privé aansprakelijk voor de door de (beweerde) pandhouder geleden schade. De Hoge Raad beslist dat het hof aansprakelijkheid van de curator in privé niet kon baseren op de gesloten overeenkomst, omdat een door de curator als zodanig aangegane contractuele verplichting niet hem persoonlijk doch de door hem vertegenwoordigde boedel bindt. Voor zover het hof aansprakelijkheid van de curator op grond van onrechtmatige daad heeft aangenomen, heeft het hof volgens de Hoge Raad een onjuiste toepassing gegeven aan artikel 1401 B.W. Weliswaar kan eenzelfde handeling naast niet nakoming van een overeenkomst ook een onrechtmatige daad opleveren, „indien zij reeds op zich zelf en onafhankelijk van de gesloten overeenkomst als onrechtmatig is aan de merken”, doch daarvan is ten deze geen sprake.

H.R., 12 maart 1954, N.J., 1955 nr. 386; Ars Aequi III, 1954, blz. 175 met noot H.B., inzake Merwede/Codam :

Het sleepschip Codam 75 werd van Dordrecht naar Middelburg gesleept door de sleepboot Merwede. De Codam kwam echter niet verder dan de Zeeuwse wateren, alwaar het schip tegen een krib omhoog is gelopen en is gebroken als gevolg van een ernstige navigatiefout van de sleepboot Merwede. Volgens het hof was de eigenaar, tevens kapitein van de Merwede, genaamd Kunst, grove schuld te verwijten. Op grond hiervan

oordeelde het hof dat hij ter beperking van zijn aansprakelijkheid geen beroep kon doen op een hiertoe strekkend beding in de Sleepcondities 1929, die bij de sleepovereenkomst toepasselijk waren verklaard. In cassatie sloot de Hoge Raad zich bij deze beslissing aan. Kunst had echter óók beroep gedaan op de wettelijke beperking van redersaansprakelijkheid, destijds vervat in artikel 541 (oud) W.Kh. De Hoge Raad overwoog hierover: „dat de stelling, dat artikel 541 (oud) W.Kh. ook geldt voor de contractuele aansprakelijkheid van de reder voor aanvaringschade, niet kan worden aanvaard; dat toch deze bepaling enkel bevat een beperking van diens wettelijke aansprakelijkheid wegens aanvaringen; dat dit reeds blijkt uit de redactie van het tweede lid, hetwelk er kennelijk van uitgaat, dat het eerste lid niet op aansprakelijkheid uit overeenkomst ziet”. Het verdient opmerking, dat de aansprakelijkheid van Kunst oorspronkelijk niet alleen op wanprestatie in de sleepovereenkomst was gegrond, maar ook op schuld van de Merwede aan het ongeval, dus op wettelijke aansprakelijkheid uit aanvaring.

H.R., 9 december 1955, N.J., 1956, nr. 157 met noot L.E.H.R., inzake Boogaard/Vesta:

Boogaard heeft in dienst van de levensverzekeringmaatschappij Vesta te haren behoefte verzekeringen afgesloten, welke in beginsel bestemd waren een duurzaam karakter te hebben. Na beëindiging van zijn dienstbetrekking heeft Boogaard met gebruikmaking van de kennis en gegevens die hij in dienst van Vesta omtrent de bij haar verzekerde posten en personen had verkregen, zich erop toegelegd verzekerden van Vesta over te halen de lopende verzekeringen op te zeggen en zich elders te verzekeren. Het hof heeft deze handelwijze (die in de Nederlandse verzekeringsbranche bekend staat als „uitspannen” van posten) onrechtmatig geoordeeld, daarbij rekening houdend met het feit dat tussen partijen genoemde contractuele verhouding had bestaan. In cassatie stelt Boogaard dat het hof heeft voorbij gezien, dat een handeling niet in de zin van artikel 1401 B.W. onrechtmatig kan zijn, indien zij niet onafhankelijk van een contractuele verhouding onrechtmatig is. Deze klacht faalt volgens de Hoge Raad omdat „onafhankelijk van een tussen partijen bestaande contractuele verhouding” in dit verband „anders dan het middel aanneemt, wil zeggen onafhankelijk van een schending van contractuele verplichtingen”.

H.R., 21 december 1956, N.J., 1958, nr. 102 met noot Kingma Boltjes; Ars Aequi, blz. 157 met noot Dorhout Mees inzake Smits/curatoren: Dit arrest is door *Hofmann-Drion-Wiersma* (23) met samenloop in verband gebracht, doch bevat m.i. geen beslissing hierover. Het samen-

(23) Blz. 187, noot 3.

loopprobleem was ook niet door de cassatiemiddelen aan de orde gesteld. Ik vermeld het arrest hier alleen, omdat het hof wél een beslissing over samenloop had gegeven door de gewezen directeur ener N.V. op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk te oordelen op grond dat hij winsten, verkregen uit op naam der N.V. afgesloten transacties, welke beweerdelijk het statutaire doel der N.V. te buiten gingen en daarom nietig waren, aan de vennootschap had onthouden. Deze handelwijze, verricht tijdens het bestaan van een contractuele verhouding tussen partijen, was duidelijk in strijd met uit die verhouding voor de directeur voortvloeiende verplichtingen. 's Hofs oordeel dat zij (tevens) een onrechtmatige daad opleverde, lijkt in strijd met de formule van het arrest Boogaard/Vesta. Onafhankelijk van schending van contractuele verplichtingen kan de handelwijze van de directeur m.i. niet onbetamelijk geacht worden.

H.R., 7 november 1958, N.J., 1960 nr. 177; Ars Aequi, 1958-1959, blz. 98 met noot Dorhout Mees inzake Leijgraaff/Nederlandse Spoorwegen: Op 1 januari 1946, kort na de tweede wereldoorlog, reed een trein van de Nederlandse Spoorwegen, samengesteld uit oud vooroorlogs materiaal, zó hard over een wissel nabij een noodbrug over de Rotte, dat de deur van een coupé openvloog en een zesjarig kind uit de trein stortte en hierdoor ernstig letsel opliep. Te dier zake stelde Leijgraaff als moeder-voogdes een vordering tot schadevergoeding in, welke was gegrond zowel op vervoerovereenkomst als ook op artikel 1 Spoorwegwet van 1875. Het hof overwoog, dat de Spoorwegen uitsluitend op grond van vervoerovereenkomst konden worden aangesproken en achtte de daarop gegronde vordering verjaard krachtens artikel 49 van het (op de Spoorwegwet steunende) Algemeen Reglement Vervoer, dat voor vorderingen voortspruitende uit vervoerovereenkomst een verjaringstermijn van één jaar stelde. De Hoge Raad overwoog, dat uit artikel 1 Spoorwegwet ten opzichte van door de dienst vervoerde personen en goederen een aansprakelijkheid uit de wet voortvloeide, onverschillig of ook uit overeenkomst aanspraak op schadevergoeding kan worden gemaakt. Het hof had — aldus de Hoge Raad — mede een onderzoek moeten doen naar de door de benadeelde ingeroepen aansprakelijkheid zoals in artikel 1 Spoorwegwet geregeld.

H.R., 6 maart 1959, N.J., 1959 nr. 349, met noot H.B., inzake Berthal/Revenir:

Het binnenschip Bertha was, terwijl het in de haven van IJmuiden werd gesleept door de sleepboot Revenir, in aanvaring gekomen met een derde schip, beweerdelijk door schuld van de Revenir. Toen de eigenaar van de Bertha een vordering tot schadevergoeding instelde tegen de sleepbootexploitant was de eenjarige verjaring van vorderingen uit sleepovereenkomst

reeds verstreken. De vordering werd daarom gebaseerd op aansprakelijkheid uit aanvaring, waarvoor een verjaringstermijn van twee jaar geldt. De vordering werd door de Hoge Raad toewijsbaar geoordeeld. In cassatie was de vraag naar samenloop van aanspraken uit sleepovereenkomst en aanvaring niet aan de orde gesteld. De Hoge Raad overwoog dan ook dat in cassatie vaststond dat de gestelde wijze van varen van de sleepboot aansprakelijkheid uit hoofde van aanvaring meebrengt ook al zouden daardoor tevens verplichtingen uit de sleepovereenkomst zijn geschon- den. Van belang is echter de overweging van de Hoge Raad „dat, indien iemand op grond van zekere feiten zowel ter zake van aanvaring als uit hoofde van een door hem gesloten sleepovereenkomst aansprakelijk kan worden gesteld, de wederpartij mag kiezen op welk van beide aansprake- lijkheden hij een rechtsvordering wil bouwen; dat een vordering uit de sleepovereenkomst slechts dan uitgesloten zou zijn, indien de achtste afdeling van de 13de titel van boek 2 (W.Kh.) dit onvermijdelijk zou meebrengen; dat dit echter niet het geval is”.

H.R., 12 januari 1979, N.J., 1979 nr. 362, met noot A.R.B., inzake Securicor/Nationale Nederlanden:

In opdracht van een bank heeft Securicor op zich genomen regelmatig gelden en geldswaarden, toebehorende aan een zelfbedieningsgroot- handel Makro, te vervoeren van vestigingen van Makro naar het kantoor van Grenswisselkantoren N.V. te Rotterdam. Tijdens transport van gelden en geldswaarden ter uitvoering van de overeenkomst vond een beroving plaats, waarbij een aanzienlijk bedrag werd onttrokken. De verzekeraar van Makro die de schade had vergoed, vorderde, als getreden in de rechten van deze, schadevergoeding van Securicor, stellende dat personeelsleden van Securicor ernstig tekort waren geschoten in zorgvuldigheid, die hun jegens Makro betaamde. Het hof achtte deze vordering toewijsbaar. Naar aanleiding van het cassatieberoep van Securicor overwoog de Hoge Raad onder meer: „Bij het vormen van zijn oordeel dat is gehandeld in strijd met de ten aanzien van Makro en Makro's aan Securicor toevertrouwde gelden en geldswaarden betamende zorgvuldigheid behoeft het Hof het feit, dat Securicor de gelden en geldswaarden krachtens een vervoerover- eenkomst onder zich had, niet weg te denken, doch het Hof heeft onzorg- vuldigheid aangenomen onafhankelijk van een mogelijke schending van de verplichtingen van Securicor uit hoofde van die vervoerovereenkomst. Door aldus te beslissen is het Hof niet uitgegaan van een onjuiste rechts- opvatting.”

Laatstgenoemd arrest betreft niet een geval van samenloop, aangezien Makro geen partij was bij de tussen de bank en Securicor gesloten vervoerovereenkomst. Het wordt hier niettemin vermeld, omdat de Hoge

Raad dezelfde formule bezigt als in het arrest Boogaard/Vesta. Een vervoerder die tekort schiet in de zorgvuldigheid welke bij uitvoering van de door hem gesloten vervoerovereenkomst is vereist, handelt onrechtmatig jegens een benadeelde derde die eigenaar is van de vervoerde waarden, wanneer hij *onafhankelijk van schending van zijn contractuele verplichtingen* niet de zorgvuldigheid heeft in acht genomen die hem jegens die eigenaar betaamde. Hierbij verdient opmerking dat van een professionele vervoerder van gelden en geldswaarden als Securicor meer dan gewone voorzorgen gevergd kunnen worden en dat de onzorgvuldigheid van haar personeelsleden *in casu* juist gelegen was in het niet in acht nemen van die bijzondere voorzorgen.

TOEPASSING VAN HET BOOGAARD/VESTA-CRITERIUM

8. In het arrest van 9 december 1955 inzake Boogaard/Vesta heeft de Hoge Raad aangenomen, dat een handeling in de zin van artikel 1401 B.W. onrechtmatig kan zijn en tot toepassing van dit artikel aanleiding kan geven mede op grond van de omstandigheid dat een contractuele verhouding tussen partijen heeft bestaan. Voor toepassing van artikel 1401 is echter wél nodig, dat de gedraging als onrechtmatig beschouwd kan worden „*onafhankelijk van schending van contractuele verplichtingen*”.

Deze formule is sinds het arrest Boogaard/Vesta door lagere rechtspraak en schrijvers beschouwd als het door de Hoge Raad aanvaarde criterium voor het bestaan van samenloop tussen vorderingen uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Of deze conclusie inderdaad uit het arrest valt te trekken, is m.i. niet volkomen zeker. In cassatie stond vast — als door het hof aangenomen en door Vesta niet in cassatie bestreden — dat de handelwijze van Boogaard geen wanprestatie opleverde⁽²⁴⁾. Wanneer men hiervan uitgaat — en hiertoe was de Hoge Raad procesrechtelijk verplicht —, was in het gegeven geval juist geen sprake van samenloop. Beschouwt men de Boogaard/Vesta-formule niettemin als een door de Hoge Raad aanvaard criterium voor het samenlopen van vorderingen uit wanprestatie en onrechtmatige daad, dan valt op te merken dat dit criterium in de praktijk bijzonder moeilijk te hanteren valt. Uit een overeenkomst vloeien allerlei (veelal bijkomende) zorg-verplichtingen voort, die bij de uitvoering in acht genomen moeten worden. Indien een contractspartij een dergelijke verplichting niet nakomt en de wederpartij

(24) Aan de Hoge Raad kan dus niet worden verweten, dat had behoren te worden onderzocht of de handelwijze van Boogaard — het uitspannen van verzekeringen met gebruikmaking van in zijn dienstbetrekking verkregen gegevens — wanprestatie opleverde, zoals BOUKEMA, *a.w.*, blz. 126 stelt.

daardoor schade lijdt, kan men dan zeggen dat de tekortkoming niet alleen wanprestatie oplevert doch ook „onafhankelijk van schending van contractuele verplichtingen” als onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd? Het bestaan van contractuele verplichtingen tussen partijen behoort nu eenmaal tot de omstandigheden van het geval. Zonder die omstandigheden geweld aan te doen kan men die verplichtingen niet uit de casuspositie wegdenken. Gesteld b.v. dat schade aan vervoerde goederen is toegebracht, omdat de vervoerder of zijn personeel onvoldoende voorzorgen heeft genomen, is die tekortkoming dan niet alleen als wanprestatie aan te merken maar ook — onafhankelijk daarvan — als een onrechtmatige daad? Een deel van de lagere rechtspraak antwoordt hierop ontkennend, omdat men in het algemeen niet verplicht is te voorkomen dat andermans goederen schade oplopen(25). Andere lagere rechtspraak neemt echter wèl samenloop aan, omdat culpose zaakbeschadiging ook onafhankelijk van de contractuele verplichting onrechtmatig is(26).

Voor verdere jurisprudentie van lagere rechters, waarin toepassing van het Boogaard/Vesta-criterium tot wisselvallige uitspraken heeft geleid, moge worden verwezen naar een overzicht in het preadvies van Wiersma(27) en naar de losbladige Kluwer-bundel *Onrechtmatige daad* (28).

Samenvattend kan men concluderen, dat het in de praktijk hoogst onzeker is, of de Nederlandse rechter, uitgaande van het Boogaard/Vesta-criterium, in een voorkomend geval tot samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad dan wel uitsluitend tot wanprestatie zal concluderen.

NEDERLANDSE LITERATUUR

9. Het standpunt van de Hoge Raad met betrekking tot samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad is in Nederland geenszins algemeen aanvaard. Het is verdedigd door Kist en Wiersma in hun preadviezen van 1960(29), en door Bongers(30). In het debat in de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging naar aanleiding van voormelde preadviezen is het standpunt van de Hoge Raad echter bestreden door Hijmans van der Bergh, Visser van IJzendoorn, Schoordijk en Kös-

(25) Aldus o.m. Hof Amsterdam, 24 december 1936, *N.J.*, 1937 nr. 1056; Rb. Rotterdam, 29 mei 1956, *Schip en Schade*, 1957 nr. 116; Rb. Rotterdam, 21 mei 1957 en 3 mei 1960, *Schip en Schade*, 1960, nr. 57; Hof 's-Gravenhage, 23 februari 1962, *Schip en Schade*, 1962, nr. 33; Hof Amsterdam, 13 juni 1972, *Schip en Schade*, 1973, nr. 46.

(26) Hof Leeuwarden, 27 november 1940, *N.J.*, 1941 nr. 505; Hof Amsterdam, 9 mei 1952, *N.J.*, 1952, nr. 638; Hof Amsterdam, 20 juli 1961, *Schip en Schade*, 1962, nr. 11.

(27) A.w., blz. 272-277.

(28) *Onrechtmatige Daad*, III, blz. 11-17.

(29) *Gecit.*, zie voetnoot 1.

(30) *Gecit.*, zie voetnoot 13.

ter(31), van wie de drie laatstgenoemden hun opvatting nog in latere publikaties hebben uiteengezet(32). Deze opvatting komt hierop neer dat ten aanzien van gedragingen welke plaats vinden binnen het kader van een overeenkomst geen plaats is voor andere aansprakelijkheidsnormen dan die welke wanprestatie en haar gevolgen regelen. Deze ook door de Franse jurisprudentie gehuldigde leer(33) heeft krachtige steun gekregen in het voortreffelijke proefschrift van Boukema (*gecit.* in noot 1), dat een grondige en gedocumenteerde uiteenzetting bevat van het samenloopprobleem in het algemeen en samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad in het bijzonder. Behalve in zijn W.P.N.R.-artikel (*gecit.* in noot 1), heeft Schoordijk zijn opvatting over de samenloopproblematiek opnieuw uiteengezet in zijn werk over het verbintenissenrecht in het nieuwe B.W. (34).

Schoordijk's opvatting komt — kort samengevat — hierop neer dat hij tegen samenloop van regels van wanprestatie en onrechtmatige daad geen bezwaar heeft zolang die regels tot hetzelfde resultaat leiden. Zodra samenloop echter tegenstrijdige rechtsgevolgen zou meebrengen, behoren de regels van wanprestatie bij uitsluiting te worden toegepast. „Een feit, vanuit één gezichtshoek benaderd, kan niet door elkander „bijtende” normen beheerst worden. Wie dit betwist, miskent de ordenende functie van het recht”, aldus Schoordijk(35). Dat de regeling van wanprestatie voorrang moet hebben boven die van onrechtmatige daad en niet omgekeerd, wordt door Schoordijk gebaseerd op de „force obligatoire des contracts”, hetgeen Snijders als een *petitio principii* beschouwt(36). Op dit punt heeft Boukema zijn grotendeels met Schoordijk's betoog overeenstemmend standpunt nader gemotiveerd door beroep te doen op het beginsel van autonomie om privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen naar believen te regelen, welk beginsel ten grondslag ligt aan de contractsvrijheid. De wet kan die autonomie beperken, maar voor zover dit niet is geschied, behoren normen die een contract beheersen niet te worden doorkruist doordat binnen de contractssfeer liggende gedragingen worden onderworpen aan andere dan op het contract toepasselijke normen, nl. aan

(31) Handelingen N.J.V., 1960, II, blz. 24 e.v., 20 e.v., 30 e.v. en 37 e.v.

(32) VISSER VAN IJZENDOORN, *N.J.B.*, 1960, blz. 593; SCHOORDIJK, *W.P.N.R.*, 4811 en 4812; KÖSTER, *Bouwrecht*, 1969, blz. 377-380.

(33) Een overzicht over opvattingen in diverse landen, waaronder Frankrijk is te vinden in het preadvies van KIST, *a.w.*, blz. 203 e.v.

(34) SCHOORDIJK, H.C., *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw Burgerlijk Wetboek*, Kluwer, 1979, blz. 44 e.v.

(35) SCHOORDIJK, *a.w.*, blz. 58.

(36) SCHOORDIJK, *a.w.*, blz. 467.

het regime van onrechtmatige daad. Dit geldt niet alleen voor hetgeen contractspartijen zelf hebben geregeld. Ook voor zover een door partijen vastgestelde regeling ontbreekt en de gevolgen van een overeenkomst door wet, gebruik of billijkheid worden beheerst, zou toepassing van artikel 1401 B.W. aan de partij-autonomie tekort doen, wanneer daaruit andere rechtsgevolgen voortvloeien, dan die welke aan de overeenkomst zijn verbonden(37).

Naast de opvattingen van hen die samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad aanvaarden of geheel verwerpen, dient nog gewag te worden gemaakt van een derde opvatting, volgens welke alleen plaats zou zijn voor samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad, indien het betreft schade die is veroorzaakt door opzet of grove schuld of door een om andere reden bijzonder afkeurenswaardige gedraging(38). Deze in Nederland vooral door Wachter gehuldigde opvatting lijkt in de Nederlandse rechtspraak enige weerklank te hebben gevonden(39). Zij is echter door verscheidene schrijvers bestreden(40) en door Wachter zelf ter vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging van 1960 niet gehandhaafd(41).

VERSCHILLEN TUSSEN WANPRESTATIE EN ONRECHTMATIGE DAAD

10. In zijn bijdrage aan de bundel „Speculum Langemeijer” heeft Snijders aannemelijk gemaakt, dat het aanvaarden of verwerpen van samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad in sommige landen samenhangt met al dan niet gewenste consequenties, die de rechtssystemen van die landen hetzij aan aanvaarding, hetzij aan verwerping verbinden(42). Met name de wens om aan onredelijk geachte vervaltermijnen of andere beperkingen van contractuele aansprakelijkheid te ontkomen kan ertoe bijdragen dat naast wanprestatie ook aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in beginsel mogelijk wordt geacht.

In verband hiermee is het voor beoordeling van het samenloopprobleem noodzakelijk zich rekenschap te geven van de verschillen welke tussen beide rechtsfiguren bestaan. De belangrijkste van deze verschillen zullen hieronder worden besproken.

(37) Aldus BOUKEMA, *a.w.*, blz. 121 e.v.

(38) WACHTER, B., *De Beurtvaart*, diss. Utrecht, 1959, blz. 279. Vgl. ook MULDERIJ, *W.P.N.R.*, 2801, blz. 488.

(39) Vgl. BOUKEMA, *a.w.*, blz. 123 noot 51.

(40) KIST, *a.w.*, blz. 185 e.v.; WIERSMA *a.w.*, blz. 278 e.v.; BOUKEMA, *a.w.*, blz. 123.

(41) Handelingen N.J.V., 1960, II, blz. 53.

(42) SNIJDERS, *a.w.*, blz. 463 e.v.

Speciale aandacht verdienen die verschillen, welke bij aanvaarding van samenloop zouden meebrengen dat het voor een eisende partij verkieslijk kan zijn uit onrechtmatige daad te ageren. Immers juist bij deze verschillen zou sprake kunnen zijn van een behoefte, waarin samenloop zou kunnen voorzien.

1. Schuld

11. Zoals reeds opgemerkt, kan schuld soms een vereiste zijn voor wanprestatie in contractuele verbintenissen. Bij tal van verbintenissen is dit echter niet het geval. Vaak is afwezigheid van schuld ook niet voldoende om overmacht aan te nemen. Vanuit dit gezichtspunt bezien biedt een op wanprestatie gegronde vordering meer mogelijkheden dan een vordering uit onrechtmatige daad(43). Dit geldt nog temeer, wanneer de eisende partij beroep kan doen op contractuele garanties. Wat dit verschil betreft kan dus geen sprake zijn van een behoefte om in gevallen waarin aansprakelijkheid *ex contractu* bestaat, beroep te doen op onrechtmatige daad(44).

2. Voorzienbaarheid van schade

12. Volgens artikel 1283 B.W. behoeft bij aansprakelijkheid uit wanprestatie, tenzij deze het gevolg is van arglist, alleen schade te worden vergoed die de schuldenaar bij het aangaan van de overeenkomst kon voorzien. Bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is voorzienbaarheid van schade vaak van belang voor het bestaan van causaal verband. Het gaat dan om het „redelijkerwijze te verwachten” zijn van de schade op het tijdstip waarop de onrechtmatige daad werd gepleegd. De Nederlandse jurisprudentie heeft deze formule lange tijd als toetssteen van causaal verband gebezigd, zowel bij wanprestatie als bij onrechtmatige daad. Sedert een aantal jaren is deze toetssteen door de Hoge Raad vervangen door toerekening van gevolgen naar redelijkheid(45). Aanvaarding van deze nieuwe, in de literatuur voorbereide causaliteitsopvatting zal veelal niet tot andere uitkomsten leiden dan tevoren met de zogenaamde leer van de adequate veroorzaking werden verkregen. Een zekere mate van waarschijnlijkheid — dus voorzienbaarheid — blijft in de

(43) Vgl. b.v. SCHUT, G.H.A., *Produktenaansprakelijkheid*, 1974, blz. 215.

(44) Gevallen van aansprakelijkheid voor andere personen of voor zaken laat ik hier buiten beschouwing, omdat deze afzonderlijk aan de orde komen.

(45) Dit wordt soms betwist. Zo meent STEIN, P.A. (*N.J.B.*, 1980, blz. 707), dat de H.R. de leer van de adequate veroorzaking nog altijd aanhangt, zij het in deze vorm dat de onrechtmatige handeling in het algemeen geschikt moet zijn om het ingetreden gevolg teweeg te brengen. Hij ontkent dus niet dat voorzienbaarheid van de schade niet steeds is vereist.

meeste gevallen voor causaal verband met de schade van belang. In enige arresten heeft de Hoge Raad echter aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aangenomen met betrekking tot schaden welke niet redelijkerwijze voorzienbaar waren (46). In zover valt dus enig verschil aan te wijzen met aansprakelijkheid uit wanprestatie ten aanzien waarvan de eis van voorzienbaarheid uitdrukkelijk door artikel 1283 B.W. wordt gesteld. Een tweede verschil zou wellicht hierin gelegen kunnen zijn dat bij onrechtmatige daad de *omvang* van de schade niet voorzienbaar behoeft te zijn (47), terwijl het niet zeker is of hetzelfde ook moet worden aangenomen voor aansprakelijkheid uit wanprestatie.

Hoe dit in theorie ook moge zijn, het lijkt niet waarschijnlijk dat aanvaarding van samenloop zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor een schade, welke uit hoofde van wanprestatie op grond van onvoorzienbaarheid niet voor vergoeding in aanmerking zou komen. Onder het nieuwe B.W. zal dit reeds hierom zijn uitgesloten, omdat Afdeling 6.1.9 de verplichting tot schadevergoeding regelt zowel voor contractuele als voor buiten-contractuele aansprakelijkheid.

Ook voor zover voorzienbaarheid van schade onder het huidige recht nog tot verschillen tussen beide vormen van aansprakelijkheid aanleiding kan geven, zijn die verschillen in elk geval niet van zodanige betekenis, dat aanvaarding van samenloop op dit punt in enige behoefte zou kunnen voorzien.

3. Aansprakelijkheid voor fouten van anderen

13. Artikel 1403 B.W. regelt buiten-contractuele aansprakelijkheid voor fouten van anderen, te weten kinderen en ondergeschikten. Dat men ook *ex contractu* aansprakelijk is voor gedragingen van deze personen, valt af te leiden uit de regeling van overmacht in artikel 1280 B.W.

Fouten van kinderen en ondergeschikten kunnen niet worden aangemerkt als „vreemde oorzaak” welke de schuldenaar in de zin van dit artikel niet kan worden toegerekend. Dit geldt echter eveneens voor fouten van anderen dan kinderen en ondergeschikten, die door een contractant bij de uitvoering van een overeenkomst worden gebruikt (48). Daar zulke fouten volgens huidig recht slechts grond zijn voor contractuele aansprakelijkheid, is hier geen sprake van samenloop. Het nieuwe B.W. kent enige gevallen, waarin men zowel wegens wanprestatie als wegens onrechtmatige daad aansprakelijk is voor fouten van anderen dan kinderen en

(46) O.a. H.R., 20 maart 1970, *N.J.*, 1970, nr. 251 met noot G.J.S.; H.R., 21 maart 1975, *N.J.*, 1975, nr. 372, met noot G.S.J.

(47) O.a. H.R., 9 juni 1972, *N.J.*, 1972 nr. 360, met noot G.J.S.

(48) Vgl. MIJNSSEN, F.H.J., *Fouten van hulppersonen*, serie Privaatrechtelijke begrippen nr. 4.

ondergeschikten(49). Aansprakelijkheid voor hulppersonen blijft echter ook in het nieuwe B.W. in meer gevallen mogelijk op grond van een overeenkomst dan buiten contract. Er doet zich hier echter geen verschil voor dat wezenlijke betekenis heeft voor al of niet aanvaarding van samenloop.

4. Aansprakelijkheid voor zaken

14. Anders dan in Frankrijk bestaat in Nederland geen buiten-contractuele aansprakelijkheid voor „zaken, welke men onder zijn opzicht heeft” (art. 1403, lid 1). De toezichthouder is volgens de jurisprudentie slechts aansprakelijk, indien zijn schuld kan worden bewezen(50).

Buiten-contractuele aansprakelijkheid zonder schuld bestaat volgens het geldende B.W. slechts voor schade veroorzaakt door dieren (art. 1401)(51) en instortende gebouwen (art. 1405)(52). In het nieuwe B.W. worden hieraan ondeugdelijke zaken en gevaarlijke stoffen toegevoegd (artt. 6.3.2.5 en 6.3.2.6). Bepalingen over produktaansprakelijkheid, welk in de plaats zullen komen van het vervallen artikel 6.3.13, moeten nog worden ontworpen. Voor schade veroorzaakt door zaken die bij de uitvoering van een overeenkomst worden gebruikt is de betrokken contractspartij in het algemeen ook zonder schuld contractueel aansprakelijk. Volgens de jurisprudentie is dit echter niet steeds het geval. De aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid kunnen meebrengen dat de schuldenaar die aantoonst dat hij geen schuld heeft, niet kan worden aangesproken voor schade veroorzaakt door een bij uitvoering der overeenkomst gebezigde zaak(53). Snijders verwacht dat deze jurisprudentie onder het nieuwe B.W. zal worden voortgezet en stelt, dat de Hoge Raad soms contractuele aansprakelijkheid voor zaken afwijst waar deze buiten overeenkomst ingevolge het nieuwe B.W. zou bestaan(54). Dit zou medebrengen dat bepalingen, welke een risico-aansprakelijkheid buiten overeenkomst scheppen, de regels van contractuele aansprakelijkheid zouden kunnen doorkruisen. Snijders beschouwt dit niet als voldoende reden om samenloop te verwerpen door uitschakeling van buiten-contractuele aansprakelijkheid voor zover deze verder gaat dan uit hoofde van een overeenkomst het geval zou zijn. Hoe dit zij, in elk geval kan men

(49) Artikelen 6.3.2.3 en 6.3.2.4.

(50) Vgl. laatstelijk H.R., 22 juni 1979, *N.J.*, 1979 nr. 535, met noot G.J.S. (gevaarlijke stof).

(51) In afwijking van vroegere jurisprudentie: H.R., 7 maart 1980, *N.J.*, 1980 nr. 353, met noot G.J.S.

(52) H.R., 29 mei 1925, *N.J.*, 1925, blz. 750.

(53) H.R., 5 januari 1968, *N.J.*, 1968 nr. 102, met noot G.J.S. (vliegtuigvleugel); H.R., 13 december 1969, *N.J.*, 1969 nr. 174 met noot G.J.S. (Polyclens).

(54) H.R., 21 mei 1943, *N.J.*, 1943 nr. 455.

bezwaarlijk menen, dat aanvaarding van samenloop in de hier bedoelde gevallen in enige behoefte zou voorzien.

5. Aansprakelijkheid voor lichamelijk letsel

15. Het onrechtmatig toebrengen van lichamelijk letsel wordt in het Nederlandse B.W. afzonderlijk geregeld in artikel 1407, welke regeling in diverse opzichten afwijkt van die van onrechtmatige daad in het algemeen. Voor het samenloopprobleem is van belang, dat de Hoge Raad sedert 1943 bij aansprakelijkheid ex artikel 1407 vergoeding van immateriële schade — b.v. ter zake van pijn, verdriet, verminderd levensgenot — toewijsbaar acht(55). Het is naar geldend recht niet zeker of zulke schade voor vergoeding in aanmerking komt bij contractuele aansprakelijkheid, behalve wanneer deze berust op artikel 1637 W.B.W., waar de wet die mogelijkheid voor arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk heeft opengesteld. Het nieuwe B.W. (art. 6.1.9.11, lid 1) kent bij lichamelijk letsel steeds de mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade, óók indien de aansprakelijkheid op overeenkomst berust.

Het komt mij voor, dat dit laatste reeds naar geldend recht kan worden aanvaard, hetgeen dan ook door enkele uitspraken is geschied en door verscheidene schrijvers is verdedigd(56). Nu op deze wijze voorzien kan worden in hetgeen anders een ongemotiveerd verschil tussen contractuele en buiten-contractuele aansprakelijkheid zou zijn, zie ik ook hier geen behoefte aan het aanvaarden van samenloop.

6. Aansprakelijkheidsbeperkingen

16. Aansprakelijkheid kan op drieërlei wijze worden beperkt:

- a) De beperking kan hieruit bestaan dat men slechts verantwoordelijk is voor schade die door bepaalde vormen of een ernstige graad van tekortkoming is veroorzaakt.
- b) Voorts kan aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag worden beperkt of zelfs geheel worden uitgesloten.
- c) Tenslotte kan aansprakelijkheid naar de tijd worden beperkt door verval of verjaring.

Ten aanzien van elk van deze beperkingen wil ik nagaan, in hoeverre ze bij aanvaarding van samenloop tot verschillen leiden en, zo ja, of die verschillen gerechtvaardigd zijn.

(55) *SNIJERS, a.w.*, blz. 468.

(56) *ASSER-RUTTEN*, I, 1978, blz. 192; *VERBURGH, Ars Aequi*, 1975, blz. 322; *OVEREEM, R., Smartegeld*, Serie Publiek- en Privaatrecht, nr. 31, 1979, blz. 20; Hof Den Haag, 14 januari 1960, *N.J.*, 1961 nr. 79; Kantongerecht Utrecht, 21 augustus 1972, *N.J.*, 1973 nr. 31; — Anders: *VAN OPSTALL in HOFMANN-VAN OPSTALL*, (9e druk), blz. 178.

a) *Beperking naar de aard van de tekortkoming*

Bij sommige overeenkomsten leidt niet iedere tekortkoming tot aansprakelijkheid. Zo sluit artikel 469, lid 2 W.Kh. aansprakelijkheid van de zeevervoerder uit o.a. voor fouten, „gepleegd bij de navigatie of de behandeling van het schip”.

De reden voor deze uitsluiting is uiteraard niet hierin gelegen, dat de zeevervoerder, respectievelijk diens personeel, geen zorgvuldigheid bij het navigeren in acht behoefte te nemen. Artikel 469 verlicht zijn aansprakelijkheid, omdat het vervoersbedrijf ter zee anders met te zware risico's zou worden belast.

Een overeenkomstige strekking hebben soortgelijke beperkingen van aansprakelijkheid in andere gevallen waarin schade bij het verrichten van bepaalde werkzaamheden is toegebracht. Zo bepaalt artikel 342, lid 2 W.Kh., dat de kapitein van een zeeschip slechts verantwoordelijk is voor opzettelijk of met grove schuld veroorzaakte schade. En zo oordeelt de Hoge Raad, dat een werknemer die in zijn dienstbetrekking als chauffeur deelneemt aan het wegverkeer, jegens zijn werkgever niet aansprakelijk is voor nadelige gevolgen van geringe fouten die hij bij zijn werkzaamheden heeft begaan (57).

Kan nu aan zulke aansprakelijkheidsbeperkingen bij aanvaarding van samenloop worden ontkomen doordat de reder, de kapitein of de chauffeur-werknemer niet op grond van overeenkomst maar uit onrechtmatige daad worden aangesproken? Wat de kapitein betreft is dit reeds hierom uitgesloten omdat artikel 342, lid 2 W.Kh. zowel buitencontractuele als contractuele verantwoordelijkheid beperkt.

Ook in andere gevallen zou het onaanvaardbaar zijn indien een aansprakelijkheidsbeperking als hier bedoeld, omzeild zou kunnen worden door uit onrechtmatige daad te ageren en te betogen dat de beperking uitsluitend geldt voor vorderingen *ex contractu*. Zou dit mogelijk zijn, dan zou het doel van de betrokken regels op eenvoudige wijze verijdeld kunnen worden.

Bij aanvaarding van samenloop dient dan ook te worden aangenomen, dat het voor de toepassing van normen welke aansprakelijkheid beperken tot bepaalde vormen of een bepaalde graad van tekortkomingen, onverschillig is of een vordering op grond van overeenkomst dan wel op onrechtmatige daad wordt gebaseerd.

(57) H.R., 26 juni 1959, *N.J.*, 1959, nr. 551, met noot L.R.H.R., inzake de Bont/Zuid Ooster Autobusdiensten.

b) Uitsluiting van aansprakelijkheid of beperking daarvan tot een bepaald bedrag

In het vervoersrecht wordt aansprakelijkheid in enige gevallen door wettelijke bepalingen beperkt tot een bepaald bedrag (58). De strekking van deze beperkingen is dezelfde als die welke o.a. aan artikel 469 W.Kh. ten grondslag ligt. De wetgever heeft aansprakelijkheid, voor zover deze niet geheel is uitgesloten, gelimiteerd omdat zij anders te zware, vaak onverzekerbare risico's zou meebrengen. Ook hier zou het onaanvaardbaar zijn, als beperkingen van deze aard niet gelijktijdig op contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid toepasselijk zouden zijn wanneer beide aansprakelijkheidsgronden zouden kunnen samenlopen.

Geldt hetzelfde eveneens voor in een overeenkomst opgenomen exonerationebedingen?

Toepassing van zulke bedingen kan onder omstandigheden hoogst onredelijk zijn. De oplossing dient dan echter niet gezocht te worden in een interpretatie, welke hun werking beperkt tot contractuele aansprakelijkheid. Deze remedie geeft slechts een halve oplossing van het probleem en heeft het karakter van een kunstgreep, waartoe het recht m.i. zijn toevlucht niet behoort te nemen zolang andere, meer rechtstreekse middelen om tot een redelijke beslissing te komen beschikbaar zijn. De Nederlandse rechtspraak kent verschillende middelen om aan onredelijke werking van een exonerationebeding te ontkomen. Vooreerst kan een exonerationebeding ongeldig zijn op grond van misbruik van omstandigheden (59). Voorts wordt een dergelijk beding wegens strijd met de goede zeden nietig geacht voor zover het aansprakelijkheid uitsluit of beperkt in gevallen van opzet of grove schuld (60).

Tenslotte heeft de Hoge Raad in enige arresten geoordeeld, dat zich omstandigheden kunnen voordoen, waarin de schuldenaar zich niet op het beding kan beroepen. Dit is beslist in het bekende arrest H.B.U./Salaadin (61) en later in het zogenaamde pseudovogelpest-arrest (62). In deze twee arresten geeft de Hoge Raad een niet-limitatieve opsomming van een aantal omstandigheden, die ertoe kunnen leiden dat geen beroep op het beding kan worden gedaan. In het laatstgenoemde arrest wordt zulks uitdrukkelijk gebaseerd op de eisen van de goede trouw. Hieruit valt af te

(58) Vgl. art. 740a e.v., 944 W.Kh. en art. 30 Wet Luchtvervoer.

(59) H.R., 11 januari 1957, *N.J.*, 1959, nr. 37, met noot H.B. (Bovag I-arrest).

(60) H.R., 14 april 1950, *N.J.*, 1951, nr. 17, met noot Ph. A.N.H. (röntgenbehandeling); H.R., 12 maart 1954, *N.J.*, 1955, nr. 386 inzake Codam/Merwede.

(61) H.R., 19 mei 1967, *N.J.*, 1967, nr. 261, met noot G.J.S.

(62) H.R., 20 februari 1976, *N.J.*, 1976, nr. 486, met noot G.J.S.

leiden, dat het hier — anders dan in de gevallen van misbruik van omstandigheden en opzet of grove schuld — niet gaat om algehele of partiële nietigheid van het beding, doch om de beperkende werking van de goede trouw die zich onder bepaalde omstandigheden tegen een beroep op het beding verzet.

In alle genoemde gevallen mist het beding zijn werking, ongeacht of de schuldenaar op grond van overeenkomst, dan wel uit onrechtmatige daad wordt aangesproken.

Omgekeerd behoort, eveneens ongeacht op welke van deze gronden aansprakelijkheid wordt gebaseerd — gesteld dat ze kunnen samenlopen — een beroep op het beding in beginsel gehonoreerd te worden, wanneer geen van de redenen die zich daartegen verzetten aanwezig is (63).

Een voorbeeld hiervan geeft het reeds in mijn overzicht van rechtspraak van de Hoge Raad geciteerde arrest van 26 maart 1920 inzake Curiel/Suriname betreffende een door een postambtenaar gestolen poststuk met ingesloten bankbiljetten. Bij een Reglement op de Postdienst, inhoudende de voorwaarden van vervoer per post, was bepaald dat terzake van verlies van een poststuk nimmer meer dan 25 Surinaamse guldens zou worden vergoed. De Hoge Raad nam aan, dat Curiel door het poststuk aan de post toe te vertrouwen met Suriname een overeenkomst had gesloten waardoor genoemde bepaling van het Reglement op de Postdienst op hun rechtsverhouding toepasselijk was geworden. De krachtens overeenkomst toepasselijke bepaling beperkte volgens de Hoge Raad niet alleen de contractuele, maar ook de buitencontractuele aansprakelijkheid van Suriname.

In dit verband moge voorts worden gewezen op rechtspraak welke aan exoneratiebedingen onder omstandigheden werking toekent mede jegens een derde die daarbij geen partij is (64). Het is hier niet de plaats om nader op deze rechtspraak in te gaan. Wel dient te worden opgemerkt dat werking van exoneratiebedingen jegens derden soms ook op de wet berust.

Met name het vervoersrecht kent een reeks bepalingen, welke inhouden dat de reder/eigenaar van een schip of de vervoerder, de bevrachter en de sleepondernemer jegens derden, met wie zij niet in contractuele relatie staan, beroep kunnen doen op (wettelijke of contractuele) aansprakelijk-

(63) Aldus reeds in 1926 t.a.v. vrijtekening in het zeevervoer: *CLEVERINGA, N.J.B.*, 1926, blz. 81 e.v.

(64) H.R., 7 maart 1969, *N.J.*, 1969, nr. 249, met noot G.J.S. (gegaste uienarrest); H.R., 12 januari 1979, *N.J.*, 1979, nr. 362, met noot A.R.B. inzake Makro/Securicor (blz. 56 in ander verband geciteerd).

heidsbeperkingen met betrekking tot door hen gesloten vervoers-, bevrachtings- of sleepovereenkomsten (65).

Lang vóórdat deze bepalingen bij de wet van 15 augustus 1955 (S. 398) werden ingevoerd, is derden-werking van exonerationebedingen reeds in 1926 door Cleveringa voor het zeerecht bepleit (66). In zijn *magnum opus* over het zeerecht stelt hij dan ook dat artikel 321, lid 3 W.Kh. slechts bevestigt wat reeds vóór de invoering van dat lid geldend recht was (67).

Nu exonerationebedingen in een aantal gevallen werking hebben jegens derden die daarbij geen partij zijn, is het m.i. moeilijk te aanvaarden dat een exonerationebeding in geval van samenloop geen bescherming zou verlenen jegens de contractuele wederpartij, wanneer deze niet op grond van een overeenkomst doch *ex lege* ageert (68).

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid in beginsel niet tot verschillen behoren te leiden tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid ingeval deze kunnen samenlopen (69). Bij deze conclusie passen echter enkele voorbehouden, die ik hierna te berde zal brengen.

c) Verval- en verjaringstermijnen

Verval en verjaring hebben de strekking na verloop van zekere tijd aansprakelijkheid uit te sluiten. Ze werken als exoneratione-op termijn.

(65) Vgl. voor het zeerecht: de art. 321, lid 3, 459a, 473a, 542b en voor het binnenvaartrecht de art. 780 lid 3, 791a, 815a, 921a en 931a W.Kh. Zie een bespreking van deze bepalingen met verdere literatuurverwijzing bij KORTMANN, S.C.J.J., „*Derden*”-werking van aansprakelijkheidsbedingen, diss. 1977, blz. 74 e.v. Het nieuwe B.W. heeft vergelijkbare bepalingen in de artikelen 8.5.2.4, 8.5.2.5 en 8.5.2.7.

(66) *N.J.B.*, 1926, blz. 86 e.v.

(67) CLEVERINGA, *Zeerecht* (4e druk), blz. 189/190 noot 4.

(68) In gelijke zin SNIJDERS, *a.w.*, blz. 468 en 469, die m.b.t. benoemde contracten in het nieuwe B.W. opmerkt: „Wat de boeken 7 en 8 betreft, er zijn vaak sterke argumenten om de regels betreffende de genoemde contracten mede de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te laten beheersen. Dat geldt zeker voor Boek 8 waar ten aanzien van de overeenkomsten van goederenvervoer en personenvervoer in het algemeen, de overeenkomsten van goederenvervoer en personenvervoer over zee en over de binnenwateren, de bevrachting en de sleepovereenkomst een lange reeks voorschriften is opgenomen, die mogelijk maken de bepalingen van de daarin aangewezen overeenkomst tegen te werpen aan hen (in de eerste plaats derden) die uit anderen hoofde dan uit overeenkomst tegen de vervoerder of sleepondernemer ageren; Het behoeft geen betoog dat het in dit stelsel een anomalie zou zijn, wanneer de vervoer- of sleepovereenkomst niet zou kunnen worden tegengeworpen aan een vordering uit andere hoofde van de contractpartner zelf”.

(69) Deze conclusie vindt verdere steun in een aantal Verdragsbepalingen op het gebied van het internationale vervoersrecht, welke medebrengen dat beperkingen van aansprakelijkheid uit vervoerovereenkomsten mede gelden tegen vorderingen van contractpartners welke niet op overeenkomst zijn gegrond.

Vgl. de artikelen 4 bis Cognossemensverdrag, 24 Verdrag van Warschau, 28 lid 1 C.R.M.-Verdrag, 40 Convention Internationale concernant le transport des Marchandises par chemins de fer (1961), 36 Convention Internationale concernant le transport des Voyageurs et des bagages par chemins de fer (1961).

Dezelfde argumenten, die ervoor pleiten dat wettelijke of contractuele bepalingen tot uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid bij aanvaarding van samenloop gelijke werking behoren te hebben, ongeacht of uit overeenkomst dan wel uit onrechtmatige daad wordt geageerd, kunnen eveneens worden aangevoerd voor de stelling dat verval- en verjaringstermijnen in beide gevallen gelijktijdig behoren te worden toegepast. Dit geldt niet alleen voor termijnen die op de wet berusten, doch ook voor contractuele vervaltermijnen. Ook hier dienen echter enkele voorbehouden te worden gemaakt, welke thans zullen worden aangeduid.

Bedacht moet worden dat de werking van exoneratiebedingen en contractuele vervaltermijnen in de eerste plaats afhankelijk is van interpretatie van de betrokken overeenkomst, waaromtrent van geval tot geval dient te worden beslist. Het is niet uitgesloten dat de rechter in een bepaald geval op grond van de bedoeling van partijen aan een dergelijk beding geen verdere strekking toekent dan tot beperking van louter contractuele aansprakelijkheid, met het gevolg dat het niet kan worden tegengeworpen aan een vordering uit onrechtmatige daad. Ik ben het met Schoordijk eens, dat zulke beslissingen in het algemeen weinig waardering verdienen(70). Voor zover ze berusten op uitleg van een overeenkomst zullen ze echter in cassatie onaantastbaar zijn.

Ook wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen, daaronder begrepen wettelijke verval- of verjaringstermijnen, kunnen blijkens bewoordingen of geschiedens van de betrokken wetsbepalingen uitsluitend betrekking hebben hetzij op contractuele, hetzij op buitencontractuele aansprakelijkheid. Van beide gevallen zijn voorbeelden te vinden in de door mij weergegeven arresten van de Hoge Raad.

In het arrest Merwede/Codam(71) besliste de Hoge Raad dat artikel 541 (oud) W.Kh. blijkens zijn redactie uitsluitend aanvaringsschade beperkte en dus niet kon worden tegengeworpen aan een vordering uit sleepovereenkomst.

Het omgekeerde deed zich voor in arresten Leijgraaff/Spoorwegen en Bertha/Revenir(72).

In eerstgenoemd arrest had het hof geoordeeld, dat de verjaringstermijn van artikel 49 van het Algemeen Reglement Vervoer (een op de Spoorwegwet steunende uitvoeringsregeling) uitsluitend betrekking had op aansprakelijkheid uit vervoerovereenkomst.

(70) Vgl. SCHOORDIJK, *W.P.N.R.*, 4811, blz. 203, 2e kolom.

(71) Zie nr. 7, blz. 53.

(72) Zie nr. 7, blz. 55.

De Hoge Raad sprak zich hierover niet uitdrukkelijk uit, doch heeft zich op dit punt klaarblijkelijk wel stilzwijgend met 's hofs arrest verenigd. Anders zou dit arrest niet zijn gecasseerd op grond dat het hof had nagelaten een onderzoek te doen naar de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Spoorwegen, voortvloeiende uit artikel 1 Spoorwegwet. In het geval Bertha/Revenir had het hof beslist, dat de éénjarige verjaringstermijn voor vorderingen uit sleepovereenkomst niet kon worden tegengeworpen aan een op aanvaring gegronde vordering. Deze beslissing werd door de Hoge Raad in stand gelaten mede op grond van het Binnenaanvaringsverdrag van 9 december 1930, hetwelk bepaalde dat aanvaringsvorderingen verjaren in twee jaren.

Mijn onder voorbehoud gegeven conclusie, dat verval- en verjaringstermijnen en andere aansprakelijkheidsbeperkingen in geval van samenloop gelijkelijk behoren te gelden voor contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, gaat blijkens het vorenstaande niet in alle gevallen op. Zolang samenloop wordt aanvaard zullen aansprakelijkheidsbeperkingen — ongeacht of ze op contract of op de wet berusten — tot verschillen aanleiding kunnen geven.

BEHOORT SAMENLOOP TUSSEN BEIDE VORMEN VAN AANSPRAKELIJKHEID TE WORDEN AANVAARD?

17. Wanneer we de balans opmaken van de geconstateerde verschillen in rechtsgevolgen, welke bij aanvaarding van samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid kunnen voorkomen, blijkt het resultaat nogal mager te zijn. Gevallen waarin een vordering uit onrechtmatige daad of aanvaring meer mogelijkheden biedt dan een op overeenkomst gegronde vordering, zijn weinig talrijk. Het praktisch belang van het samenloopprobleem op dit gebied lijkt dan ook voor het Nederlandse recht vrij gering te zijn.

In de betrekkelijk zeldzame gevallen, waarin bij aanvaarding van samenloop voor een eiser meer te bereiken valt met wettelijke dan met contractuele aansprakelijkheid, is m.i. geen sprake van een gerechtvaardigd verschil. Waarom zou een exoneratiebeding of contractuele vervaltermijn plotseling buiten werking gesteld kunnen worden in een geval dat mede grond zou opleveren voor een vordering uit onrechtmatige daad? Het is uiteraard begrijpelijk dat een gelaedeerde partij langs deze achterdeur probeert onder de implicaties van een overeenkomst uit te komen. Het valt echter bezwaarlijk te rechtvaardigen, dat normen welke een overeenkomst beheersen, in een samenloopgeval van hun kracht beroofd zouden kunnen worden.

Daarnaast bestaat tegen samenloop op dit gebied nog een tweede bezwaar.

Indien een keuzemogelijkheid tussen contractuele en buitencontractuele vorderingen in beginsel wordt aanvaard, ontstaat grote onzekerheid wanneer men voor de vraag komt te staan of die keuze in een concreet geval openstaat. Met het criterium „onafhankelijk van de schending van een contractuele verplichting” wordt in tal van gevallen geen duidelijke uitkomst bereikt. In zijn conclusie voor het arrest Bertha/Revenir merkte Langemeijer op dat „de heersende leer op dit gebied ... nog geenszins tot volkomen helderheid (is) gekomen” (73). Deze uitspraak is thans, 21 jaar later, nog onverminderd van kracht. Hijmans van den Bergh voegde in een noot onder genoemd arrest aan Langemeijer’s opmerking toe, dat de door de Hoge Raad in het Boogaard/Vesta-arrest gehanteerde formule weliswaar „het maximum van te scheppen rechtszekerheid biedt”, maar *in concreto* tot steeds weer andere resultaten moet leiden, omdat het telkens de vraag blijft, of in een zeker geval de gestelde feiten onafhankelijk van schending van contractuele verplichtingen een onrechtmatige daad opleveren (74).

Mijn conclusie uit al het bovenstaande is, dat samenloop op dit gebied niet voor het Nederlandse recht behoort te worden aanvaard, omdat zij niet in enige behoefte voorziet en integendeel ongewenste gevolgen heeft. Voor een minder pragmatische motivering moge ik verwijzen naar de geciteerde publicaties van Schoordijk en Boukema, waarmee ik mij geheel verenig. Het bestek van dit preadvies laat niet toe de uitvoerige betogen van deze schrijvers hier enigszins adequaat weer te geven. Ik moet daarom volstaan met de korte samenvatting daarvan (zie nr. 9).

Eén principieel argument tegen het standpunt van de Nederlandse rechtspraak wil ik echter niet onvermeld laten, omdat het gelijkelijk geldt ook voor andere rechtssystemen dan het Nederlandse. Samenloop tussen twee wettelijke regelingen kan zeer wel aanvaardbaar zijn, wanneer de rechtsgevolgen van die regelingen verschillend maar niet onderling tegenstrijdig zijn. Voorbeeld: samenloop van *Pauliana* en onrechtmatige daad. Eénzelfde handeling kan wegens benadeling van schuldeisers vernietigbaar zijn met de *Pauliana* en ook grond opleveren voor een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad (75). Ook tussen vorderingen uit precontractueel bedrog en onrechtmatige daad is samenloop aanvaardbaar voor zover ze op verschillende rechtsgevolgen zijn gericht, te weten enerzijds op vernietiging van een overeenkomst en anderzijds op

(73) *N.J.*, 1959, blz. 851, 2e kolom.

(74) *N.J.*, 1959, blz. 853, 2e kolom.

(75) Aldus: H.R., 28 juni 1957, *N.J.*, 1957, nr. 514, met noot L.E.H.R., inzake Erba/Amsterdamse Bank.

schadevergoeding (76). Naast vernietiging van de overeenkomst kan echter wegens precontractueel bedrog tevens schadevergoeding worden gevorderd (art. 1489 B.W.). Als gevolg hiervan kan een tegenstrijdigheid ontstaan omdat vorderingen uit bedrog gebonden zijn aan de vijfjarige verjaringstermijn van artikel 1490 B.W. Deze tegenstrijdigheid kan hier worden weggenomen, door een vordering uit onrechtmatige daad, die op precontractueel bedrog is gegrond, eveneens aan die verjaringstermijn onderworpen te achten (77).

Wanneer twee vorderingen op schadevergoeding zijn gericht — zoals het geval is bij vorderingen uit wanprestatie en onrechtmatige daad — is er sprake van onderlinge tegenstrijdigheid indien ze tot verschillende resultaten leiden. Een rechtsstelsel behoort m.i. niet tot tegenstrijdige rechtsgevolgen te kunnen leiden. Dit is niet verenigbaar met de ordenende functie van het recht. Paul Scholten schreef in zijn *Algemeen deel* (78): „Iedere nieuwe wet wordt in het geheel der wetgeving opgenomen. Het geheel is niet het werk van *bepaalde* personen; van een bedoeling van deze kan ten aanzien van het geheel niet worden gesproken. Het kan als een eenheid worden begrepen, waarin geen tegenspraak is. Dit vloeit voort uit de aard van het recht als bevel en ordening. Een tegenstrijdig bevel heft zichzelf op, een ordening die zichzelf tegensprekt is wanorde”. Dit citaat kan m.i. ook op het nieuwe B.W. worden toegepast indien dit samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad zou aanvaarden.

Snijders heeft gezegd, dat het nieuwe B.W. de rechtspraak van de Hoge Raad op dit gebied voortzet (79). Naar aanleiding van deze uitspraak merkt Schoordijk in zijn boek over het verbintenissenrecht in het nieuwe B.W. op, dat wij aan de mededeling van Snijders „geen boodschap” hebben, nu de wettekst van het nieuwe B.W. niets over samenloop inhoudt (80). Ik meen de uitlating van iemand die nauw bij de samenstelling van het nieuwe B.W. betrokken is geweest wèl als een „boodschap” te moeten opvatten, doch alleen voor zover daaruit blijkt wat hem en wellicht ook andere ontwerpers bij de codificatiearbeid voor ogen heeft gestaan. Deze boodschap bindt echter niet.

(76) Vgl. H.R., 16 december 1932, *N.J.*, 1933, 458, met noot E.M.M.; *W.* 12558, met noot R.

(77) Aldus: Hof Arnhem, 22 november 1955, *N.J.*, 1956, nr. 213; Anders: Adv.-Gen. 's JACOB in zijn conclusie voor H.R., 16 november 1956, *N.J.*, 1957, nr. 619, met noot D.J.V. In zijn noot onder dit arrest vraagt VEEGENS zich af, of samenloop hier geheel behoort te worden uitgesloten, mede omdat de vordering uit bedrog in art. 1490 aan een korte verjaringstermijn is gebonden (blz. 1240, 2e kolom).

(78) ASSER-SCHOLTEN, *Algemeen deel*, blz. 60.

(79) SNIJDERS, *a.w.*, blz. 467.

(80) SCHOORDIJK, *a.w.*, blz. 49.

Persoonlijk zou ik daaraan geen verdere betekenis willen toekennen dan deze: dat de ontwerpers klaarblijkelijk rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat de Hoge Raad zijn jurisprudentie op dit gebied onder het nieuwe B.W. zal voortzetten. Dit blijkt inderdaad uit enige bepalingen van boek 8 N.B.W. (81), die rekening houden met de mogelijkheid dat een vervoerder of bevrachter in het zee- en binnenvaartrecht „buiten overeenkomst” wordt aangesproken door zijn contractuele wederpartij. Hij is dan volgens die bepalingen niet verder aansprakelijk dan hij zou zijn op grond van de tussen partijen bestaande overeenkomst. De ontwerpers hebben hier dus — in overeenstemming met de in noot 69 genoemde Verdragsbepalingen, die eenzelfde strekking hebben — bescherming verleend tegen pogingen van contractuele wederpartijen om aansprakelijkheidsbeperkingen van vervoerders en bevrachters te omzeilen door het instellen van vorderingen „buiten overeenkomst”. Uit het feit dat de wetgever aldus verhindert dat vorderingen „buiten overeenkomst” tot andere gevolgen kunnen leiden dan op contract gegronde vorderingen, mag m.i. niet geconcludeerd worden dat het nieuwe B.W. een keuze tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid in beginsel wil openstellen.

BUITEN HET SAMENLOOPPROBLEEM LIGGENDE GEVALLEN

18. In aansluiting op het voorgaande zou ik enkele gevallen willen noemen, waarin het samenloopprobleem niet speelt en waarin wel plaats is voor een vordering uit onrechtmatige daad.

Vooreerst kan wanprestatie in de uitvoering van een overeenkomst volgens de Nederlandse rechtspraak grond opleveren voor buitencontractuele aansprakelijkheid van de wanpresterende contractspartij jegens een ander dan de contractspartner. Het genoemde arrest Makro/Securicor geeft hiervan een voorbeeld. Andere voorbeelden zijn in de losbladige bundel *Onrechtmatige Daad* te vinden(82). Speciale aandacht verdient de situatie, waarin de derde, die door een contractspartij is ingeschakeld ter uitvoering van een overeenkomst, door de andere contractspartij op grond van onrechtmatige daad wordt aangesproken terzake van een fout die hij bij die uitvoering heeft begaan. Voorbeeld: een stuwadoor die in opdracht van een rederij te vervoeren goederen inlaadt in een schip, begaat daarbij een fout, waardoor die goederen worden beschadigd. Het Belgische verbrekingshof heeft over deze casuspositie een arrest van 7 december 1978 gewezen, waarbij werd beslist dat de stuwadoor niet terzake van de

(81) Voor zover ik kan nagaan zijn dit uitsluitend de artikelen 8.5.1.3 en 8.12.4.

(82) A.w., III, nr. 27.

begane fout op grond van onrechtmatige daad kan worden aangesproken door de eigenaar van de beschadigde goederen, die het vervoer daarvan aan de rederij had opgedragen. Het bestaan van deze vervoerovereenkomst sluit volgens de Belgische cassatierechter een buitencontractuele aansprakelijkheid van de stuwadoor jegens de eigenaar/afzender van de goederen uit (83).

Naar Nederlands recht zou anders zijn beslist, zij het ook dat de stuwadoor m.i. beroep had kunnen doen op uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid, welke de rederij in de vervoerovereenkomst jegens de afzender had bedongen (84). Deze „derden”werking van een aansprakelijkheidsbeding is niet gelijk aan die, welke door de Hoge Raad in het arrest Makro/Securicor is aangenomen. Securicor kon een aansprakelijkheidsbeperking welke zij *zelve* in een vervoerovereenkomst met haar opdrachtgeefster (een bank) had bedongen, tegenwerpen aan een derde, namelijk (de verzekeraar van) Makro.

De stuwadoor was ingeschakeld ter uitvoering van een tussen twee *andere* partijen gesloten vervoerovereenkomst. Wanneer hij door één der partijen — de eigenaar/afzender der te vervoeren goederen — wordt aangesproken, terzake van een fout waardoor de goederen zijn beschadigd, behoort hij zich m.i. te kunnen beroepen op aansprakelijkheidsbeperkingen welke zijn opdrachtgeefster — de rederij — jegens de eigenaar/afzender heeft bedongen. Deze „derden”werking van aansprakelijkheidsbedingen wordt in artikel 6.5.3.8a van het nieuwe B.W. geregeld met betrekking tot een ondergeschikte, die ter afwering van aansprakelijkheid jegens een wederpartij beroep kan doen op een verweermiddel, hetwelk zijn werkgever, zo deze ware aangesproken, aan een overeenkomst met die wederpartij zou kunnen ontleen (85). Hetgeen in genoemd artikel voor een ondergeschikte is bepaald behoort m.i. eveneens te gelden voor niet-ondergeschikte hulppersonen, wier diensten ter uitvoering van een overeenkomst door een contractspartij worden gebruikt, indien zij door de andere contractspartij bij die overeenkomst aansprakelijk worden gesteld terzake van een bij de uitvoering begane fout.

Bij de uitvoering van een overeenkomst kan ook tussen de contractspartijen grond voor buitencontractuele aansprakelijkheid ontstaan. Illustre-

(83) R.W., 1973-1974, 1597 met noot Herbots. Dit stuwadoorsarrest is in de Belgische literatuur door verschillende schrijvers bestreden.

(84) Aldus: Hof Den Haag, 14 febr. 1973, *Schip en Schade*, 1973, nr. 42.

(85) Art. 6.5.3.8a N.B.W. luidt: „Kan een partij bij een overeenkomst ter afwering van haar aansprakelijkheid voor een gedraging van een van haar ondergeschikten aan de overeenkomst een verweermiddel jegens haar wederpartij ontleen, dan kan ook de ondergeschikte, indien hij op grond van deze gedraging door de wederpartij wordt aangesproken, dit verweermiddel inroepen, als ware hijzelf bij de overeenkomst partij”. Vgl. over dit artikel HARTMAN, *Compendium N.B.W.*, nr. 375.

rend hiervoor is het door mijn mede-pleadviseur genoemde arrest van 7 november 1969 van het Belgische verbrekingshof, dat betrekking had op verwonding van een veearts door een dier dat hij bezig was in te enten (86). De veearts vorderde schadevergoeding van de eigenaar van het dier, welke vordering door het hof van beroep te Luik was afgewezen op grond van het bestaan van een contractuele band tussen partijen. Het verbrekingshof vernietigde deze beslissing en oordeelde dat buiten-contractuele aansprakelijkheid niet wordt uitgesloten door de enkele omstandigheid dat partijen met een overeenkomst aan elkaar waren verbonden. Dit oordeel lijkt mij volkomen juist. Anders dan mijn medepleadviseur meen ik echter, dat hierin niet ligt opgesloten dat samenloop tussen contractuele en buiten-contractuele aansprakelijkheid wordt aanvaard. Dit zou het geval zijn geweest indien het ongeval was veroorzaakt doordat de eigenaar van het dier in de uitvoering van de overeenkomst door onvoldoende voorzorgsmaatregelen was tekortgeschoten. Dit blijkt echter niet.

Het geval van de gewonde veearts is instructief, omdat daaruit blijkt dat zich bij de uitvoering van een overeenkomst feiten kunnen voordoen, welke uitsluitend grond opleveren voor buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartners. Het samenloopprobleem komt dan niet aan de orde, omdat contractuele aansprakelijkheid ontbreekt.

Is een overeenkomst nietig — hetzij van rechtswege, hetzij omdat de nietigheid door een van partijen is ingeroepen —, dan kan uiteraard evenmin sprake zijn van contractuele aansprakelijkheid. In verband met een nietige of vernietigde overeenkomst kan echter wèl grond bestaan voor een vordering uit onrechtmatige daad. Dit is bijvoorbeeld naar mijn mening het geval, indien een minderjarige die de meerderjarigheidsgrens dicht genaderd is, bij het aangaan van een door hem gesloten overeenkomst verwijtbaar heeft gehandeld door de wederpartij niet in te lichten omtrent zijn handelingsonbekwaamheid, op grond waarvan achteraf de nietigheid van de overeenkomst is ingeroepen. Een ander voorbeeld van mogelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in verband met een nietige overeenkomst levert een arrest van de Hoge Raad (87). Het in dit arrest berechte geval is vrij complex, maar te instructief om het niet kortelings te vermelden. Krachtens de Nederlandse Ziekenfondswet dient een leverancier van artikelen, welke geheel of gedeeltelijk door een ziekenfonds worden vergoed — *in casu* brillenglazen —, een zogenaamde medewerkersovereenkomst met het ziekenfonds te sluiten om in aanmerking te komen voor die vergoeding. Behoudens een hier niet terzake

(86) *Pas.*, 1970, I, 215.

(87) H.R., 13 mei 1977, *N.J.*, 1978, nr. 154, met noot A.R.B.

doende uitzondering moet deze overeenkomst worden goedgekeurd door de Ziekenfondsraad of een door die raad ingestelde commissie. In voormeld arrest ging de Hoge Raad overeenkomstig de beslissing van het hof uit van het bestaan van een medewerkersovereenkomst tussen een opticiensbedrijf en een door dit bedrijf aangesproken ziekenfonds. Daar deze overeenkomst echter niet de vereiste goedkeuring had verkregen, besliste de Hoge Raad dat zij nietig was en verbindende kracht miste.

De cassatierechter wees er vervolgens op dat die nietigheid de mogelijkheid openlaat: „dat een ziekenfonds in strijd met de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid handelt door eerst een leverancier van kunst- en hulpmiddelen ertoe te brengen deze waren aan zijn klanten te leveren zonder daarvoor aan hen de volledige prijs in rekening te brengen in de door gedragingen van het ziekenfonds gerechtvaardigde verwachting dat de niet aan de klanten in rekening gebrachte bedragen door het ziekenfonds zullen worden vergoed, en zich later niet bereid te verklaren de betreffende bedragen te voldoen”.

Bovenstaande voorbeelden leiden — kort samengevat — tot de volgende conclusie: de omstandigheid dat tussen partijen een overeenkomst is aangegaan sluit op zichzelf niet uit, dat een van de contracterende partijen in verband met die overeenkomst aansprakelijk is wegens onrechtmatige daad. In mijn-visie op het samenloopprobleem wordt de mogelijkheid van buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractspartners eerst uitgesloten door het bestaan van contractuele aansprakelijkheid wegens wanprestatie (88).

PRODUKTENAANSPRAKELIJKHEID

19. Ten aanzien van produktenaansprakelijkheid bestaat tussen het Belgische en Nederlandse recht in zóverre overeenstemming, dat in beide landen een speciale wettelijke regeling op dit gebied vooralsnog ontbreekt. Tussen het gemene recht van beide landen bestaan echter op dit terrein belangrijke verschilpunten, waarop hier niet kan worden ingegaan (89). Eén verschilpunt dient echter genoemd te worden, omdat het van belang is voor het samenloopprobleem. Anders dan het Belgische (en

(88) In het arrest H.R., 9 december 1955, *N.J.*, 1956, nr. 157 inzake Boogaard/Vesta stond in cassatie vast, dat in het toen berechte geval geen sprake was contractuele aansprakelijkheid. Het is dan ook merkwaardig, dat juist dit arrest veelal als het Nederlandse standaardarrest op het gebied van samenloop wordt beschouwd.

(89) Voor een vergelijkende studie van produktenaansprakelijkheid, waarin het recht van diverse landen, waaronder België en Nederland, uitvoerig is besproken, zij verwezen naar het voortreffelijke boek van COUSY, H., *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, Brussel, 1978.

(90) Zie voor het Belgische recht op dit punt COUSY, *a.w.*, nr. 173-177.

Franse) recht kent het Nederlandse geen *contractuele* aansprakelijkheid van een verkoper ter zake van gebreken van een verkochte zaak jegens afnemers en onderafnemers van de koper(90). Dientengevolge is de uiteindelijke verkrijger van een produkt, die de producent aansprakelijk wil stellen voor door het produkt veroorzaakte schade, in Nederland aangewezen op een vordering uit onrechtmatige daad, waarvoor in beginsel bewijs van schuld van de producent moet worden geleverd(91). Van contractuele aansprakelijkheid van de producent kan naar Nederlands recht alleen sprake zijn jegens degene die het produkt rechtstreeks van hem heeft gekocht. Daar de meeste produkten de uiteindelijke verkrijger via tussenhandelaren bereiken, is een producent naar Nederlands recht zelden contractueel aansprakelijk jegens een consument en is het samenloopprobleem voor de verhouding tussen deze partijen slechts zelden van belang.

In deze situatie zal vermoedelijk wijziging komen wanneer een speciale wettelijke regeling van produktenaansprakelijkheid wordt ingevoerd overeenkomstig de ontwerp-richtlijn welke de Commissie voor de Europese Gemeenschappen in 1976 aan de Raad van Ministers heeft voorgesteld(92).

De kern van dit voorstel is, dat een risico-aansprakelijkheid wordt gelegd op de producent van een roerende zaak welke lichamelijk letsel of zaakbeschadiging heeft veroorzaakt. Artikel 11 van de voorgestelde richtlijn laat aan Lid-Staten van de Gemeenschap de mogelijkheid om na invoering van deze risico-aansprakelijkheid hun gemene aansprakelijkheidsrecht te blijven toepassen. Dit zou betekenen, dat bij produktschade samenloop zal kunnen bestaan tussen de in te voeren risico-aansprakelijkheid van de producent en zijn aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Jegens rechtstreekse afnemers zou hij ook nog contractueel aansprakelijk kunnen zijn. In het S.E.R.-advies, genoemd in noot 92, wordt aanbevolen bij invoering van een risico-aansprakelijkheid van de producent de mogelijkheid van samenloop met aansprakelijkheidsgronden uit het gemene recht uit te sluiten(93). Deze aanbeveling houdt verband met het oordeel van de

(91) In sommige gevallen kan deze bewijslast worden verzacht doordat schuld bij de producent wordt aangenomen op grond van onvoldoende controle welke uit het gebrek van het produkt zou blijken: Hof Amsterdam, 27 juni 1957, *N.J.*, 1958 nr. 104 (Ford-arrest) of op grond van het feit dat het produkt blijkt niet de eigenschappen te bezitten, welke de producent in reclame-uitingen eraan heeft toegekend: H.R., 25 maart 1966, *N.J.*, 1966, nr. 279, met noot G.J.S., (Moffenkit-arrest); Hof Den Haag, 14 oktober 1949, *N.J.*, 1950 nr. 106 (z.g. „brandvrije” bouwplaten).

(92) Deze ontwerp-richtlijn is met een toelichting o.m. gepubliceerd als bijlage bij een advies hetwelk de Sociaal Economische Raad (bij afkorting: S.E.R.) in januari 1980 aan de Nederlandse Minister van Justitie heeft uitgebracht.

(93) S.E.R.-advies, blz. 46.

S.E.R. dat de in de ontwerp-richtlijn bedoelde risico-aansprakelijkheid van de producent niet behoort te worden gelimiteerd zoals in de ontwerp-richtlijn is voorgesteld. Zou die limitering worden gehandhaafd, dan behoort de producent m.i. ook volgens het gemene recht aansprakelijk te blijven, opdat ook schade welke het maximum van de risico-aansprakelijkheid te boven gaat voor vergoeding in aanmerking kan komen indien schuld bij de producent kan worden bewezen. Om een overeenkomstige reden behoort het gemene recht toepasselijk te blijven omdat de risico-aansprakelijkheid van de producent volgens artikel 9 van de ontwerp-richtlijn aan een vervaltermijn zal worden onderworpen en het moeilijk aanvaardbaar is dat schade welke eerst na het verstrijken van die termijn door een produkt wordt veroorzaakt niet tot enige aansprakelijkheid van de producent aanleiding zou kunnen geven. Een wettelijke regeling welke juist op bescherming van de consument is gericht, behoort hem m.i. niet in bepaalde opzichten in een ongunstiger positie te brengen dan hij volgens het bestaande recht bezit.

Invoering van de door de ontwerp-richtlijn voorgestelde risico-aansprakelijkheid met handhaving van het bestaande recht zou bij produktschade samenloop doen ontstaan tussen twee vormen van buitencontractuele aansprakelijkheid, welke achtereenvolgens berusten op risico en op het schuldbeginzel. Voorts zal ook nog contractuele aansprakelijkheid voor produktschade blijven bestaan. Naar Nederlands recht zal daarop echter jegens de producent alleen beroep kunnen worden gedaan door iemand die het gebrekkige produkt rechtstreeks krachtens een overeenkomst met de producent heeft verkregen.

SOMMAIRE

CONCOURS DES RESPONSABILITÉS CONTRACTUELLE ET (QUASI) DÉLICTEUELLE EN DROIT HOLLANDAIS

Le présent article contient un exposé du droit des Pays-Bas en matière de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle. Le problème du concours a son importance pratique lorsque les deux systèmes produisent des effets juridiques différents ou, bien que tendant aux mêmes effets juridiques, conduisent à un résultat différent dans un cas donné.

Le défaut d'exécution et le fait illicite sont régis par des règles dont l'effet juridique est de faire naître des obligations d'indemnisation. Il existe néanmoins certaines différences entre les dispositions légales actuellement en vigueur aux Pays-Bas à l'endroit de ces deux fondements de la responsabilité. La plupart de ces différences ne sont cependant pas très nettement justifiées et sont du reste abandonnées dans le nouveau Code civil (non encore

entré en vigueur pour le droit des obligations). Ceci ne signifie pas pour autant que ce nouveau Code civil enlèvera toute importance pratique au problème du concours. Dans la pratique, en effet, des différences naissent de règles adoptées contractuellement : ainsi, les clauses de définition, d'exonération ou de limitation de responsabilité, les délais de déchéance fixés par contrat, etc. Par ailleurs, les dispositions régissant la compétence judiciaire au regard de certains contrats (aux Pays-Bas, notamment pour les contrats de travail, les baux et les locations-ventes) réservent un sort différent au jugement des litiges selon que la responsabilité est fondée sur le défaut d'exécution ou sur le fait illicite. D'autres différences dans les effets juridiques en droit formel peuvent également résulter de clauses contractuelles concernant le règlement des litiges (telles les clauses d'arbitrage), la charge de la preuve, les moyens de preuve, etc.

Le législateur ayant prévu des règles distinctes pour les responsabilités contractuelle et délictuelle, tout le monde s'accorde pour considérer que le système légal lui-même implique que le défaut d'exécution *comme tel* ne fournit pas de fondement à l'application des dispositions régissant la responsabilité délictuelle.

La question du concours ne peut dès lors se poser ni en cas de violation d'un engagement purement contractuel (à l'exclusion de toute autre obligation légale) ni davantage en cas de violation d'une obligation purement légale (à l'exclusion de tout engagement contractuel). Les règles concernant respectivement le défaut d'exécution et le fait illicite sont dès lors respectivement applicables, les unes à l'exclusion des autres, lorsque les faits constituent la violation exclusive d'une obligation (contractuelle) existant entre parties (dans le premier cas) ou d'une obligation légale générale (dans le second cas). Entre ces deux domaines d'application exclusive de l'un des deux fondements de la responsabilité se situe un domaine restreint où des problèmes de concours peuvent se poser.

L'auteur donne alors un aperçu de certaines décisions du *Hoge Raad* (Cour de cassation des Pays-Bas) qui sont d'importance pour ce problème du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle.

Ces décisions montrent que, selon le *Hoge Raad*, le concours de ces responsabilités est possible dans certaines circonstances. Il est habituellement admis que tel est le cas lorsqu'un acte constitue une violation d'une obligation contractuelle et, indépendamment de celle-ci, également d'une obligation légale générale.

Sur base de décisions de juridictions inférieures, l'auteur démontre que dans la pratique, ce critère « indépendant de la violation d'une obligation contractuelle » engendre une grande insécurité et des décisions changeantes.

Le point de vue adopté en la matière par le *Hoge Raad* ne rallie nullement l'unanimité de la littérature juridique des Pays-Bas. L'auteur donne un bref résumé des thèses rejetant la possibilité du concours. En bref, elles consistent à dire qu'il ne convient pas que les normes réglant des rapports contractuels soient remises en cause par le fait que des actes se situant dans le sphère contractuelle sont soumis aux règles qui régissent la responsabilité délictuelle. Tel est le cas pour tout ce qui a été réglé par les parties contractantes elles-mêmes. De même, lorsqu'en l'absence de règles prévues par les parties contractantes, les conséquences d'un contrat se trouvent réglées par la loi, l'usage ou l'équité, l'application des règles de la responsabilité délictuelle porterait atteinte à l'autonomie de la volonté des parties si elle devait entraîner des effets juridiques différents de ceux découlant du contrat.

Après un résumé de la littérature juridique, l'auteur brosse un aperçu des principales différences existant, dans le droit des Pays-Bas, entre les responsabilités contractuelle et délictuelle. Sous ce rapport, il accorde une attention particulière aux dispositions légales ou contractuelles excluant ou limitant la responsabilité ainsi qu'aux délais de déchéance ou de prescription qui peuvent également être basés sur la loi ou sur une clause contractuelle.

Accepter à la fois les responsabilités contractuelle et délictuelle a le plus souvent pour but d'échapper à de telles limitations de responsabilité ou à de tels délais de déchéance et de prescription. L'auteur estime injustifiable que des normes régissant un contrat puissent perdre leur force par le fait que la responsabilité se trouve basée sur un fait illicite.

Ces motifs joints à d'autres amènent l'auteur à la conclusion que le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle ne devrait pas être admis dans le droit des Pays-Bas.

L'auteur énumère ensuite quelques cas où l'existence d'un contrat n'écarte pas toute place pour la responsabilité délictuelle. Ainsi, la jurisprudence des Pays-Bas admet que la non-exécution d'un contrat peut, dans certaines conditions, donner lieu à une responsabilité délictuelle à l'égard d'une autre personne que le co-contractant. De même, il est possible qu'un tiers chargé par l'une des parties au contrat de prêter son assistance dans l'exécution de ce contrat, soit délictuellement responsable vis-à-vis de l'autre partie au contrat en raison d'une faute commise lors de cette exécution.

Entre parties également, un fondement de la responsabilité délictuelle peut se présenter lors de l'exécution d'un contrat. Ainsi, lorsqu'un vétérinaire chargé de vacciner un animal est, dans l'exécution de cette mission, blessé par l'animal, le propriétaire de celui-ci est responsable vis-à-vis du vétérinaire: en l'absence de faute de ce propriétaire, sa responsabilité ne repose pas sur le contrat mais sur la loi. Dans ce cas, il n'est cependant pas question de concours.

L'auteur cite encore quelques cas dans lesquels il ne peut être question de responsabilité contractuelle entre parties contractantes parce que leur contrat est nul ou que la nullité en a été invoquée avec succès. Dans cette situation aussi, il peut y avoir place pour une responsabilité délictuelle d'une partie envers l'autre.

Pour conclure, l'auteur consacre de brèves considérations au concours en matière de R.C.-produits. Il souligne que dans le droit actuel des Pays-Bas, le problème du concours se présente rarement en cette matière car — à la différence de la Belgique et de la France — un producteur ne peut y être rendu contractuellement responsable du fait de défauts de son produit par l'acquéreur ou le sous-acquéreur de celui à qu'il a vendu ce produit.

SUMMARY

CONCURRENCE OF CONTRACT AND CIVIL LIABILITY

This paper gives a survey of the Dutch law relating to the concurrence of contract and civil liability. The problem of concurrence assumes a practical dimension when two sets of rules have different consequences at law or, in spite of aspiring to the same consequences, nevertheless lead to disparate situations.

The law governing inadequate performance and misdemeanours both give rise to obligations and to compensation. However, the statutory instruments which at present apply in the Netherlands regarding the two grounds for liability reveal certain differences, most of which have little basis in reality. In the new Civil Code, which has not yet entered into force in the field of contract law, the existing differences have to a large extent disappeared. This does not, however, entail that the problem of concurrence in this field will cease to be of any practical interest, for in the business world, differences arise from clauses in contracts such as those excluding, determining or limiting liability, laying down limitations in time, etc. Also, provisions relating to the jurisdiction under which certain agreements will fall (such as contracts of employment, hire or hire-purchase) lead to differences in the

applicable rules on whether liability shall be based on unsatisfactory performance or on misdemeanours. Other disparities in the legal consequences of certain rules of procedural law can be the result of procedural clauses in contracts, such as those relating to arbitration, the burden of proof, etc.

Because contract and civil liability are governed by separate rules in Dutch law, the general consensus is that this does not necessarily entail that unsatisfactory performance constitutes a reason for applying rules of civil liability.

As a result, there can be no question of concurrence when no other legal obligation than a contract has been infringed. Nor could the problem of concurrence arise when the obligation contravened does not arise out of a contract.

It can fairly be stated, then, that the rules relating to unsatisfactory performance and misdemeanours apply separately from each other if the facts point to either a mere failure to meet contractual obligations between the parties, or to an infringement of an obligation of a different nature. There exists a narrow strip of common ground between these two areas of exclusive jurisdiction of both grounds for liability, which can give rise to problems of concurrence.

The author goes on to give a survey of a number of Supreme Court decisions which can be crucial to the problem of concurrence between contract and civil liability. From these decisions, it would appear that under certain conditions the Supreme Court will sanction concurrence between the two. In the normal course such an outcome is accepted where contract liability is incurred and a separate infringement of a general obligation at law occurs. The author invokes decisions by lower courts to maintain that in practice, the condition that the contract obligation must have been infringed separately can lead to a great measure of uncertainty and to inconsistent decisions.

The Supreme Court approach to this type of concurrence is not universally shared by Dutch legal writers. The author gives a summary of the arguments rejecting the possibility of concurrence in this field. What these arguments come down to is that the rules governing contractual relationships must not be tampered with merely because actions which come within the scope of the contract are subjected to the civil liability system. This applies not only to such matters as are provided for by the parties themselves. If the parties have failed to provide for certain matters which are consequently dealt with by statute, customary law or equity, it would be to detract from the principle of the autonomy of the parties if this produced results other than those attached to the agreement.

This summary of Dutch legal literature is followed by a survey of the main differences between contractual and civil liability under Dutch law. More particularly, attention is given to the statutory or contractual exclusion or limitation of liability, as well as limitations in time which can also be based either on statute or on a clause in the contract. Acceptance of contract and civil liability is in most cases aimed at circumventing such limitations of liability or limitations in time. The author does not, however, consider it justified that rules which governed a contract should be deprived of their force by basing liability on misdemeanours.

This and other considerations prompt the author to conclude that concurrence between contract and civil liability cannot be accepted under Dutch law. He goes on to enumerate certain cases where civil liability is accepted after all, in spite of the existence of an agreement. First of all, failure to meet one's obligations can under certain circumstances provide grounds for invoking civil liability against a person who is not a party to the agreement. A further possibility is that a third party, instructed by a party to the agreement to assist in its execution, incurs civil liability towards that party in respect of any mistakes made in the course of this execution.

In executing an agreement, grounds for civil liability may also arise between the contracting parties. Where, for instance, a veterinary surgeon was instructed to perform an injection on an animal and was injured in the process, the owner of the animal is held liable *vis-a-vis* the veterinary surgeon. If the owner could not be faulted for this injury, such a liability is not based on the contract, but on statute law. This is not, however, a case of concurrence. The author also enumerates certain cases where there can be no question of any contract liability as their agreement had been declared null and void. This situation can also give rise to one party incurring civil liability towards the other.

Finally, the author gives a short discussion on the problem of concurrence in the context of product liability, pointing to the fact that the problem of concurrence in this field will seldom arise since under present-day Dutch law, unlike the Belgian and French systems, manufacturers cannot be held contractually liable for the defects in their products by their purchasers or sub-purchasers.

ZUSAMMENFASSUNG

KONKURRENZ KONTRAKTUELLER UND DELIKTUELLER HAFTUNG

Diese Verhandlung enthält eine Auseinandersetzung des niederländischen Rechtes im Zusammenhang mit der Konkurrenz von kontraktuellem und deliktuellem Haftung. Die Konkurrenzfrage ist erst vom praktischem Interesse, wenn zwei Regelungen verschiedene Rechtsfolgen haben, oder obwohl auf dieselbe Rechtsfolge gerichtet, im betreffenden Fall zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen können.

Die Regelungen für Fehlleistung und gesetzwidrige Tat haben beide als Folge dass sie Verbindlichkeiten zur Entschädigung entstehen lassen. Die heute in den Niederlanden geltenden gesetzlichen Bedingungen hinsichtlich beider Haftungsgründe weisen jedoch Streitpunkte auf. Für die meisten dieser Streitpunkte bestehen keine wirklichen Gründe. Im neuen BGB (welches, was das Verbindlichkeitsrecht betrifft, noch nicht in Kraft getreten ist) verfallen die existierenden Streitpunkte dann auch größtenteils. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Konkurrenzproblematik auf diesem Gebiet im neuen BGB kein praktisches Interesse mehr haben wird. In der Praxis entstehen Unterschiede als Folge kontraktuellem Regelungen, wie Bedingungen die Haftpflicht ausschliessen, fixieren oder einschränken, kontraktuelle Fälligkeitstermine und dergleichen. Weiter können Vorschriften hinsichtlich der richterlichen Kompetenz im Zusammenhang mit gewissen Vereinbarungen (wie in den Niederlanden hinsichtlich des Arbeitsvertrags, der Miete und des Mietkaufs) zu Unterschiede in der Rechtspflege der Streitfälle führen, je nachdem die Haftungsspflicht für Fehlleistung oder gesetzwidrige Tat eingeschätzt wird. Andere Unterschiede bei den Rechtsfolgen auf dem Gebiet des formalen Rechtes können ebenfalls die Folge kontraktuellem Stetigkeitsregelungen sein, wie Arbitragebedingungen, Klauseln hinsichtlich des Beweislastes, der Beweismittel und so weiter.

Weil der niederländische Gesetzgeber kontraktuelle und deliktuelle Haftpflicht getrennt geregelt hat, ist man darüber einverstanden, dass das System des Gesetzes mit sich bringt, dass Fehlleistung als solche keinen Grund für Anwendung der Bedingungen deliktuellem Haftung bietet.

Von Konkurrenz kann denn auch nicht die Rede sein, wenn keine andere Rechtspflicht als eine kontraktuelle verletzt worden ist. Genau so wenig kann die Konkurrenzfrage sich stellen, wenn ausschliesslich eine andere Rechtspflicht als eine kontraktuelle Verbindlichkeit verletzt worden ist.

Man kann also sagen, dass die Regelungen für Fehlleistungen und Gezetzwidrige Tat mit Ausschluss einer der anderen anwendbar sind, wenn die Tatsachen, entweder nur Verletzung einer anderen (allgemeinen) Rechtspflicht bieten. Zwischen diesen beiden Gebieten ausschliessender Anwendbarkeit von einem der beiden Haftpflichtgründe liegt ein schmaler Streifen, in dem sich Fragen der Konkurrenz ergeben können.

Der Verfasser gibt weiter eine Übersicht über eine Reihe von Aussprachen des Hohen Rates (der niederländische Kassationshof) die für das Konkurrenzproblem zwischen kontraktueller und deliktualer Haftpflicht interessant sind. Aus diesen Aussprachen ergibt sich, dass laut des Hohen Rates in gewissen Umständen kontraktuelle und deliktuelle Haftung zusammenfallen können. Normalerweise wird angenommen, dass dies der Fall ist, wenn ein Benehmen Verletzung einer Kontraktualer Verpflichtung liefert und unabhängig davon zu gleicher Zeit Verletzung einer allgemeinen Haftpflicht.

Anhand niedriger Jurisprudenz erörtert der Verfasser, dass das Kriterium „unabhängig von der Verletzung einer Kontraktualen Verpflichtung“ in der Praxis zu grösser Unsicherheit und veränderlichen Entscheidungen Anlass gibt.

Der Standpunkt des Hohen Rates hinsichtlich der Konkurrenz von kontraktualer und deliktualer Haftpflicht wird in der niederländischen Literatur keineswegs allgemein angenommen. Der Verfasser gibt eine Kurzfassung der Meinungen, die die Möglichkeit der Konkurrenz auf diesem Gebiet verneinen. Kurzgefasst handelt es sich darum, dass die Normen die ein kontraktuelles Verhältnis regeln nicht durchkreuzt werden sollen, indem die innerhalb der Kontaktsphäre liegenden Verhaltensweisen dem Regime deliktualer Haftpflicht unterworfen werden. Dies gilt nicht nur für dasjenige das die Vertragsparteien selber geregelt haben. Auch wenn eine von den Parteien festgestellte Regelung fehlt und die Folgen einer Vereinbarung durch Gesetz, Gebrauch oder Billigkeit beherrscht werden, würde eine Anwendung deliktualer Haftung die Parteiautonomie beeinträchtigen wenn daraus andere Rechtsfolgen fortfließen würden als diejenigen die mit der Vereinbarung verbunden sind.

Nach einer Zusammenfassung der niederländischen Rechtsliteratur gibt der Verfasser eine Übersicht der wichtigsten Unterschiede die nach dem niederländischen Recht zwischen kontraktualer und deliktualer Haftung bestehen. Dabei wird ins besondere gesetzliche oder kontraktuelle Ausschluss oder Einschränkung der Haftpflicht und der Verjährungs- oder Fälligkeitstermine berücksichtigt, die gleichfalls auf dem Gesetz oder auf einer kontraktualer Bedingung beruhen können.

Die Annahme kontraktualer und deliktualer Haftpflicht hat vor allem als Ziel solchen Haftpflichteseinschränkungen oder Fälligkeits- und Verjährungsterminen zu entkommen. Der Verfasser meint aber, dass nicht zu begründen sei, dass Normen die einen Vertrag beherrschen ihrer Kraft entraubt werden könnten, indem man die Haftpflicht auf einer gesetzwidrigen Tat beruhen liesse.

Aus diesem und anderen Gründen kommt der Verfasser zu der Schlussfolgerung dass die Konkurrenz zwischen kontraktualer und deliktualer Haftpflicht von dem niederländischen Recht akzeptiert werden soll.

Weiter nennt er einige Fälle in denen trotz der Existenz eines Vertrags doch die Möglichkeit besteht für deliktuelle Haftpflicht. Zunächst kann die Nichterfüllung eines Vertrags laut der niederländischen Rechtspflege unter bestimmten Bedingungen Grund sein für deliktuelle Haftpflicht einem anderen als dem Vertragspartner gegenüber. Möglich ist auch, dass ein Dritter der von einer Vertragspartei beauftragt worden ist bei der Ausführung eines Vertrags behilflich zu sein, der anderen Vertragspartei gegenüber hinsichtlich eines bei dieser Ausführung begangenen Fehlers haftbar ist.

Bei der Ausführung eines Vertrages kann auch zwischen den Vertragsparteien ein Grund für deliktuelle Haftpflicht entstehen. Wenn ein Tierarzt bei der Ausführung einer ihm aufgetragenen Impfung eines Tieres von dem Tier verletzt wird, ist der Eigentümer dieses Tieres für den Tierarzt haftbar. Wenn der Eigentümer an dieser Verletzung keine Schuld hat, beruht die Haftpflicht nicht auf einer Vereinbarung sondern auf dem Gesetz. Von Konkurrenz ist dann aber nicht die Rede.

Weiter nennt der Verfasser noch einige Fälle in denen zwischen zwei Kontrahenten nicht von kontraktueller Haftpflicht die Rede sein kann, weil ihre Vereinbarung nichtig ist oder deren Nichtigkeit mit Erfolg gerichtlich geltend gemacht worden ist. Auch in dieser Situation gibt es die Möglichkeit zur deliktuellen Haftpflicht einer Partei der anderen gegenüber..

Schliesslich widmet der Verfasser der Konkurrenz bei Warenhaftung eine kurze Betrachtung. Dabei weist er darauf hin, dass sich die Konkurrenzfrage auf diesem Gebiet nach dem heutigen niederländischen Recht nur selten stellen wird, weil — anders als in Belgien und Frankreich — ein Produzent von Abnehmern und Unterabnehmern derjenigen die das Produkt von ihm gekauft haben hinsichtlich der Mängel seines Produktes nicht kontraktuell haftbar gestellt werden kann.