

INHOUD

Praeadvies van Mr J. Kist

	I. <i>Inleiding</i>	Blz.
1.	Het probleem van de samenloop	159
2.	Wanprestatie als zodanig geen onrechtmatige daad	162
3.	Aanvaarding van de samenloop naar geldend recht	165
	II. <i>De samenloop naar geldend recht</i>	
4.	Het samenloopscriterium van de H.R.	167
5.	Geen samenloop bij niet of niet tijdige naking	170
6.	Samenloop mogelijk bij positieve wanprestatie	173
7.	Verwerping van het criterium „los van de overeenkomst”	176
8.	Draagwijdte van de onrechtmatigheidsvraag	179
9.	Een andere interpretatie van het samenloopscriterium	184
10.	Bijzondere vormen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad	187
	III. <i>Het belang bij de keuze tussen beide vorderingen</i>	
11.	Beperking en omvang van de schadevergoeding	189
12.	Wijze van schadevergoeding	192
13.	Bewijslast	193
14.	Aansprakelijkheidsbeperkingen	195
15.	Verjaring en verval van rechten	197
16.	Aansprakelijkheid voor andere personen	199
17.	Aansprakelijkheid voor door zaken toegebrachte schade	200
18.	Andere verschillen	201
	IV. <i>Buitenlands recht</i>	
19.	Frans en Belgisch recht	203
20.	Duits en Zwitsers recht	207
21.	Engels en Amerikaans recht	209

*V. De vraag naar een algemene regeling van
de samenloop*

22.	De relativiteit der vraag	211
23.	Uitsluiting van de samenloop?	212
24.	Beperking van de samenloop?	215
25.	Neutralisatie van het samenloopsprobleem . .	217
26.	Conclusies	220

INHOUD

Praeadvies van Prof. Mr K. Wiersma

	Blz.
I. Inleiding	
1. Strekking van de vraag	224
2. Praktische betekenis	225
3. Herkomst van de twee soorten aansprakelijkheid	227
II. Samenloop in het algemeen	
4. Terminologie en onderscheidingen	229
5. Toepasselijkheid van verschillende wetsbepalingen. „Samenloop”?	233
6. Nadere bepaling van de vraag: keus of uitsluiting	235
III. Gelijktijdige toepasbaarheid	
7. Heersende leer: enkele wanprestatie geen onrechtmatige daad	238
8. Lex generalis en lex specialis?	242
9. Gelijktijdige toepasbaarheid tussen dezelfde partijen	242
10. Mogelijkheden van dubbele kwalificatie naar geldend recht	245
11. Grensgeval: post-contractuele verplichtingen (H.R. 9 dec. 1955)	251
IV. Belang van gelijktijdige toepasbaarheid	
12. Verschillen naar geldend recht	253
13. Balans der verschillen	267
V. Toepassingen in de praktijk	
14. Het criterium „los van de overeenkomst” in de rechtspraak van de H.R.	269
15. Toepassing van dit criterium in de praktijk	272
16. Oorzaken van tegenstrijdigheden	275
17. Kritiek op het geldend recht	277
18. Totale uitsluiting van art. 1401 tussen contractanten (Franse leer)	280
19. Wenselijkheid van wetswijzigingen?	282
20. Conclusies	286

„Behoort de wet algemene regelen te bevatten omtrent de verhouding tussen de vorderingen uit onrechtmatige daad en die uit overeenkomst, en zo ja, welke?”

Praeadvies van Mr J. Kist

I. INLEIDING

1. Het probleem van de samenloop

Dat de vraag naar de „samenloop” (concursum) van vorderingen uit onrechtmatige daad met vorderingen uit overeenkomst het eigenlijke onderwerp van mijn praeadvies uitmaakt, lijkt niet onmiddellijk evident. Toch vloeit zulks uit de vraagstelling voort. Van een voor (algemene) *regeling* vatbare „verhouding” tussen twee vorderingen, welke op een verschillende verbintenissenrechtelijke grondslag berusten, kan immers slechts sprake zijn, indien de mogelijkheid is gegeven, dat de crediteur in een bepaalde casuspositie in beginsel gerechtigd zou kunnen zijn zowel de ene vordering als de andere tegen zijn debiteur in te stellen. Is er deze mogelijkheid van samenloop niet en is dus de mogelijkheid van intersectie van de rechtsferen waarbinnen de beide vorderingen in concreto zouden kunnen worden geëffectueerd, theoretisch uitgesloten, dan valt er omtrent hun „verhouding” niets te regelen. Hun „verhouding” is dan geheel afhankelijk van de systematische plaats, welke de betreffende vorderingen in het verbintenissenrecht innemen en gaat dan dus op in de kenmerken waardoor zij zich in bloot *systematisch* opzicht van elkaar onderscheiden.

De vraag naar de samenloop van vorderingen uit overeenkomst met die uit onrechtmatige daad staat in Frankrijk onder het hoofd „le problème du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle” te boek als één der meest besproken en duistere vraagstukken van het verbintenissenrecht. *H. et L. Mazeaud-Tunc* constateren: „Peu de questions sont aussi discutées et aussi obscures. Il en est peu d'ailleurs qui soient aussi mal posées”. En in België verzucht *De Page*: „Elle (de samenloopsvraag) est

extrêmement complexe; et il semble même que, plus on tente de l'éclaircir, plus le problème s'obscurcit". Het is dan ook op zijn minst genomen merkwaardig, dat in ons land aan dit samenloopsprobleem zo buitengewoon weinig aandacht is geschonken¹.

Ik meen mij – te meer nu mijn mede-praeadviseur daarop nader ingaat – te kunnen onthouden van het geven van een beschouwing over de heterogene rechtsfiguren welke men materieel- en procesrechtelijk onder de noemer „samenloop” pleegt te brengen². Voor ons vraagstuk kan immers dit begrip beperkt worden tot de z.g. *objectieve samenloop* van vorderingsrechten („Anspruchskonkurrenz”), derhalve tot de figuur waarin de crediteur twee (of meer) op *hetzelfde rechtsgevolg* (prestatie) en tegen *dezelfde debiteur* gerichte rechtsvorderingen kan geldend maken in dier voege, dat de bevrediging van één der „concurrerende” vorderingen tevens het te niet gaan van de andere medebrengt³.

Uit deze definitie volgt, dat met vorderingen uit onrechtmatige daad alleen dié vorderingen uit overeenkomst kunnen „samenlopen” welke op hetzelfde rechtsgevolg zijn gericht als de vorderingen uit onrechtmatige daad. Het kenmerk van iedere „vordering uit onrechtmatige daad” – waarmede men in het kader van ons vraagstuk uiteraard bedoelt de vordering welke voortspuit uit een in de artt. 1401 B.W. e.v. geregelde *verbintenis* uit de wet – is nu, dat zij gericht is op het verkrijgen van ver-

¹ Wat dieper zijn op het vraagstuk ingegaan: *Meijers* (W.P.N.R. 2260/61), *Mulderij* (W.P.N.R. 2800/01), *Suyling* (Inleiding II, 1, nos. 10 e.v.), *Star Busmann* (Hoofdstukken, nos. 163 e.v.), *Wolfsbergen* (Oor. Daad, blz. 204 e.v.), *Hofmann-Drion-Wiersma* (II, blz. 185 e.v.), *Jansen op de Haar* (N.J.B. 1959, blz. 725 e.v.) en *Wachter* (Beurtvaart, blz. 279 e.v.).

² In ons land ontbreekt een samenvattende studie van de samenloop in het algemeen. Enigszins een beeld van de problematiek geven: *Suyling* (II, I, nos. 10 e.v.), *Star Busmann* (nos. 163 e.v.), *Meijers* (Alg. Begrippen, blz. 157 e.v.), *Kamphuisen* (R. M. Themis 1942, blz. 309 e.v.), *Rutten* (noot arr. 28-6-1957, N.J. 1957, no. 514) en *Veegens* (noot arr. 16-11-1956, N.J. 1957, no. 619).

³ Van „subjectieve” samenloop spreekt men, wanneer de crediteur zijn vorderingsrecht tegen twee of meer debiteuren kan geldend maken. Van samenloop (in enge zin) is geen sprake, wanneer aan de crediteur twee naar hun inhoud *verschillende* rechtsvorderingen tegen dezelfde debiteur toekomen, hetzij cumulatief (ontbinding plus schadevergoeding) hetzij alternatief (nakoming of schadevergoeding).

goeding van wederrechtelijk toegebrachte schade. Met deze tot *schadevergoeding* strekkende vorderingen kunnen dus (in objectieve zin) uitsluitend samenlopen de „vorderingen uit overeenkomst”⁴, welke óók tot schadevergoeding verplichten. Van een dergelijke vordering is sprake, wanneer de debiteur zijn contractuele verplichtingen niet (niet tijdig of niet behoorlijk) is nagekomen en de crediteur deswege op grond van *wanprestatie* van zijn recht gebruik maakt schadevergoeding te vorderen.

De „contractuele” vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie vertoont de grootste systematische gelijkenis met die uit onrechtmatige daad. In beide gevallen wordt immers niet alleen de debiteur voor de door de crediteur geleden schade *aansprakelijk* gesteld, maar bovendien vloeien beide vorderingen voort uit een verbintenis uit de wet⁵. Niet de oorspronkelijke verbintenis uit overeenkomst geeft immers de crediteur het recht in geval van wanprestatie schadevergoeding te vorderen in plaats van – of naast – nakoming van de primaire contractuele verplichting (of ontbinding van de wederkerige overeenkomst), doch het zijn de bepalingen van de wet (artt. 1272, 1275, 1279 e.v., 1303 B.W.) welke bij het niet nakomen van de verbintenis een *secundaire* (vervangende of bijkomende) verbintenis tot schadevergoeding in het leven roepen.

Het is dus de vraag naar de wenselijkheid van samenloop van contractuele en „delictuele” *aansprakelijkheid*, waartoe zich mijn praeadvies beperkt. Beantwoording van deze vraag is niet wel mogelijk alvorens te hebben onderzocht in hoeverre zich deze samenloop binnen het kader van ons huidige recht kan voordoen en wat daarvan de gevolgen zijn.

⁴ „Echte” vorderingen uit overeenkomst zijn de vorderingen die de geldigheid van de overeenkomst als verbintenis-scheppende rechtshandeling aantasten, zoals b.v. de vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst op grond van bedrog. Deze vordering kan samenlopen met de vordering uit onrechtmatige daad (H.R. 16-12-1932, N.J. 1933, 458 m.o. E.M.M., W. 12558 m.o. R.).

⁵ Dat de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie voortspuit uit een verbintenis uit de wet, wordt ook door *Hofmann-Drion-Wiersma* (blz. 70, noot 1) en *De Beus* (W.P.N.R. 3604) betoogd.

2. Wanprestatie als zodanig geen onrechtmatige daad

Men kan dogmatisch in civilibus de wederrechtelijke handelingen verdelen in twee categorieën: enerzijds de handelingen waarbij iemand een verplichting schendt welke voortvloeit uit een tussen twee (of meer) rechts-subjecten reeds bestáande verbintenis (b.v. uit overeenkomst of uit zaakwaarneming), en anderzijds de handelingen waarbij iemand een algemene rechtsplicht schendt welke niet is gebaseerd op een reeds bestaande verbintenis. In het eerste geval kan men spreken van „relatieve” wederrechtelijkheid en in het tweede geval van „absolute” wederrechtelijkheid. Voor een juiste beoordeling van het samenloopsprobleem is van belang de praeelabele vraag, of in art. 1401 met „onrechtmatige daad” bedoeld is uitsluitend de absoluut wederrechtelijke handeling of óók de relatief wederrechtelijke handeling, waarvan de (contractuele) wanprestatie een typische representant is.

Verscheidene schrijvers⁶ beantwoorden deze laatste vraag – al dan niet uitdrukkelijk – bevestigend door aan te nemen, dat de wettelijke bepalingen (artt. 1275 e.v. B.W.) welke de schadevergoeding wegens niet-nakoming van een verbintenis regelen, *derogeren* aan de algemene regeling van art. 1401 en dat men dáárom niet op grond van wanprestatie uit onrechtmatige daad kan ageren⁷. Dit derogatie-argument impliceert immers, dat de wanprestatie in beginsel een onrechtmatige daad oplevert en dat dus – zoals *Rutten* het uitdrukt – de wanprestatie een species vormt van het genus onrechtmatige daad *in de zin van art. 1401*. Daarbij beroept men er zich op, dat bij wanprestatie zowel inbreuk op het subjectieve voorde-
ringsrecht van de crediteur wordt gemaakt (*Rutten*) als

⁶ Recentelijk: *Hofmann-v. Opstall* (blz. 9 en 79), *Hofmann-Drion-Wiersma* (blz. 70 en 185), *Asser-Rutten* (blz. 480), *Rutten* (W.P.N.R. 4311 en noot onder arr. 9-12-1955, N.J. 1956, no. 157).

⁷ Ten onrechte beroept men zich hierbij op de arresten van de H.R. van 28-12-1906, W. 8477, 23-6-1922, W. 10948 en 11-6-1926, N.J. 1926, 1049 m.o. P.S. Deze arresten gaan er juist van uit, dat het niet nakomen van een verbintenis géén onrechtmatige daad in de zin van 1401 oplevert en dat men dáárom niet in geval van wanprestatie uit 1401 kan ageren. De H.R. stelt de beide regelingen *naast* elkaar; in 1926 luidt het: „daar de wet, aan verbintenissen uit overeenkomst en die uit de wet eene afzonderlijke regeling toekennende, niet kan hebben bedoeld de eerste tevens onder de laatste te begripen”.

een op de debiteur rustende rechtsplicht wordt geschon-
den (*Van Opstall*).

Dit standpunt, dat de samenloop van de bepalingen van artt. 1279 en 1401 aanvaardt met gelijktijdige toepassing van de regel „lex specialis derogat generali”⁸, lijkt mij in strijd te zijn met een redelijke opvatting van de systematiek van ons verbintenissenrecht. Het voert tot de volstrekt onnodige en ietwat zonderlinge consequentie, dat de wetgever ook het niet nakomen van een verbintenis uit onrechtmatige daad wederom als een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 zou hebben willen beschouwen.

Men dient namelijk te bedenken, dat onze artt. 1272, 1275, 1279 e.v. B.W. — anders dan in het Franse recht, waarin de overeenkomstige bepalingen uitsluitend betrekking hebben op de contractuele wanprestatie — de gevolgen regelen van de niet-nakoming van „verbintenissen in het algemeen”, en dus óók van de verbintenis uit onrechtmatige daad. Op het niet nakomen van deze verbintenis (niet op haar ontstaan) zijn dus de evengenoemde bepalingen in beginsel rechtstreeks van toepassing, zij het dat het merendeel dezer bepalingen blijkens hun redactie⁹

⁸ Wie zich op dit standpunt stelt en tevens de mogelijkheid van samenloop in de door mij gedefinieerde zin aanneemt, maakt dus tweemaal gebruik van het begrip „samenloop”. Men constateert eerst samenloop (in de zin van „Gesetzeskonkurrenz”) tussen de bepalingen van de artt. 1279 (niet-nakoming van een verbintenis) en 1401 (schending van een rechtsplicht of inbreuk op een subjectief recht) en lost dan deze concursus aan de hand van het specialiteitsbeginsel op door de norm van 1401 te „verdringen”. Maar vervolgens schakelt men art. 1401 weer in door onder bepaalde omstandigheden de samenloop (in de zin van „Anspruchskonkurrenz”) tussen de beide vorderingen toe te laten, indien de schade-veroorzakende handeling ook uit andere hoofde onrechtmatig blijkt te zijn. Het nut van een dergelijke „omweg” vermag ik niet in te zien.

⁹ Dat de artt. 1282-1284 B.W. niet rechtstreeks op de onrechtmatige daad van toepassing zijn (zoals de H.R. reeds in het in noot 7 geciteerde arrest van 1906 besliste, zij het op niet geheel juiste gronden), is geen kwestie van hun kennelijk op wanprestatie toegespitste redactie (zie b.v. art. 1283, dat van het „aangaan der verbintenis” spreekt), maar een logisch gevolg van het systeem onzer wet. Een verbintenis uit onrechtmatige daad kan eerst niet worden nagekomen, wanneer er reeds een verbintenis tot de betaling van een som x - volgens de in 1401 neergelegde beginselen - is ontstaan. Staat echter het beloop der schadevergoeding reeds vast, dan kan bij niet-nakoming van deze verbintenis tot betaling van het bedrag x van toepassing van de artt. 1282-1284 geen sprake meer zijn.

niet op de verbintenis uit onrechtmatige daad kan worden toegepast. Dit is echter geen kwestie van derogatie, doch het simpele gevolg van het feit, dat deze verbintenis een verbintenis is tot *betaling van een geldsom*, welke – evenals een „contractuele” verbintenis tot geldelijke betaling – bij niet-nakoming voor reële executie vatbaar is en waarbij dus de vordering tot nakoming identiek is met de vordering tot (vervangende) schadevergoeding. Ook de verbintenis uit onrechtmatige daad kan echter niet *tijdig* worden nagekomen; en dan is art. 1286 B.W. van toepassing. Hoe zou men – als dit artikel niet rechtstreeks van toepassing ware – ooit bij het instellen van de actie uit onrechtmatige daad moratoire interessen kunnen vorderen?

Deze uitweiding moge doen blijken, dat men aan het inzicht van onze wetgever bepaaldelijk te kort zou doen, wanneer men hem een volstrekt *overbodige* samenloop van wettelijke bepalingen in de schoenen zou willen schuiven. Er is geen enkel argument aan te voeren ten faveure van de stelling, dat onze wetgever de niet-nakoming van een verbintenis – en dus ook van de verbintenis uit onrechtmatige daad of, wat nog vreemder wordt, van de secundaire verbintenis tot schadevergoeding wegens de niet-nakoming van de primaire verbintenis uit overeenkomst! – als een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 heeft willen beschouwen. Bovendien is het systeem van de wetgever ook dogmatisch volkomen verantwoord: enerzijds heeft hij immers geregeld de gevolgen van de subjectieve wederrechtelijkheid (de niet-nakoming van een bestaande verbintenis; art. 1275 e.v.); en anderzijds heeft hij een afzonderlijke regeling gewijd aan de niet-nakoming van de objectieve wederrechtelijkheid (de niet-nakoming van algemene, niet uit een bestaande verbintenis voortvloeiende verplichtingen; art. 1401 e.v.). Tezamen bestrijken deze beide bepalingen het gehele gebied van de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor het wederrechtelijk toebrengen van schade.

In het vervolg van dit praeadvies ga ik er van uit, dat naar het systeem onzer wet – en dit is ook het standpunt van de H.R. en van de meeste schrijvers¹⁰ – *wanprestatie*

¹⁰ Ook *Hofmann-Drion-Wiersma* behoort tot deze schrijvers. In noot 6 heb ik hem als een voorstander van het derogatie-standpunt geciteerd. Uit zijn behandeling van het leerstuk der onrechtmatige

als zodanig géén onrechtmatige daad is in de zin van art. 1401.

3. Aanvaarding van de samenloop naar geldend recht

Uit de voor ons stellig recht geldende regel, dat aan de contractuele wanprestatie als zodanig geen vordering uit art. 1401 kan worden ontleend, hebben de rechtspraak en de schrijvers terecht niet de conclusie getrokken, dat daarom de wanprestatie opleverende *feitelijke gedraging* van de debiteur nimmer tevens als een onrechtmatige daad in de zin van 1401 kan of mag worden gekwalificeerd. In verscheidene arresten¹¹ heeft de H.R. de mogelijkheid van samenloop erkend en daarvoor een algemeen criterium opgesteld. De lagere rechtspraak (waarvan *H. de Jong* in W. 11927 in 1929 een analyserend overzicht gaf) en de schrijvers zijn de H.R. hierin vrijwel unaniem gevolgd.

In het arrest van 1892 (schade door huurder geleden ten gevolge van een door verhuurder uitgevoerde verbouwing van de gehuurde woning) besliste de H.R., dat het voor de ontvankelijkheid van de vordering ex 1401 onverschillig was, dat tussen partijen een verhouding van huurder en verhuurder bestond, nu „de vordering betreft daden, die op zich zelve *onafhankelijk van eenige tusschen partijen gesloten overeenkomst onrechtmatig waren*”. In 1920 (ontvreemding van een aan de post toevertrouwde brief met bijgesloten bankbiljetten door een

daad blijkt echter, dat het woord „derogeren” een „slip of the pen” is geweest. De bewerker gaat er immers uitdrukkelijk van uit, dat het vorderingsrecht van de contractscrediteur niet is een subjectief recht, waarop de rechtstreekse inbreuk een onrechtmatige daad oplevert. Kennelijk heeft de bewerker met het „derogeren” van de artt. 1275 e.v. aan de algemene regeling van 1401 willen zeggen, dat deze bepalingen alleen de gevolgen van de niet-nakoming van een verbintenis regelen en dus niet de gevolgen van een onrechtmatige daad, welke een verbintenis tot schadevergoeding ex 1401 doet ontstaan.

¹¹ De vier arresten van de H.R. waarin een criterium voor de samenloop wordt gegeven, zijn de navolgende: 6-5-1892, W. 6183, 26-3-1920, N.J. 1920, 476 en W. 10592, 11-6-1926, N.J. 1926, 1049 m.o. P.S. en 9-12-1955, N.J. 1956, no. 157 m.o. L.E.H.R. Ik wijs er op, dat van deze „samenlooparresten” alleen het arrest van 1892 een casuspositie betrof waarin de H.R. daadwerkelijke samenloop aannam.

postambtenaar) is de formule: „mits slechts het feit, dat de wanprestatie zou opleveren, op zich zelf *afgezien van de contractuele verplichting* een onrechtmatige daad in den zin der wet oplevert". Het arrest van 1926 (curator in privé aangesproken voor schade, doordat hij in strijd had gehandeld met een door hem met een pandcrediteur gemaakte afspraak) laat de mogelijkheid open „dat eenzelfde handeling, naast niet-nakoming eener overeenkomst, ook een onrechtmatige daad oplevert, indien zij reeds op zichzelf en *onafhankelijk van de gesloten overeenkomst* als onrechtmatig is aan te merken".

Het in deze drie arresten voor de mogelijkheid van samenloop gestelde criterium lijkt op het eerste gezicht onveranderd hetzelfde te betekenen. Gelijk ik nog nader zal uiteenzetten, bestaat er echter een aanmerkelijk verschil tussen het criterium „onafhankelijk van de overeenkomst" (arresten van 1892 en 1926) en het criterium „onafhankelijk van de contractuele verplichting" (arrest van 1920), wanneer men het eerste criterium opvat in de zin van „los van het *feit*, dat een overeenkomst bestond" en in het tweede criterium slechts leest, dat voor de onrechtmatigheidsvraag dient te worden geabstraheerd van het *oordeel*, dat een contractuele verplichting was overtreden.

In dit interpretatief dubium (dat overigens als zodanig door de schrijvers niet is onderkend) heeft de H.R. in zijn arrest van 1955 in de zaak Boogaard/Vesta (z.g. „uitspanning" van verzekeringsposten door een voormalig inspecteur van een verzekeringsmaatschappij) uitkomst gebracht met zijn beslissing, dat het bij de onrechtmatigheidsvraag gaat om het criterium „*onafhankelijkheid van de schending van contractuele verplichtingen*". De betreffende rechtsoverweging van de H.R. luidt als volgt:

„Overwegende omtrent het eerste middel:
„dat de omstandigheden op grond waarvan het Hof de handelwijze van Boogaard, bestaande in het uitspannen van verzekeringsposten, jegens Vesta onrechtmatig oordeelt, als strijdig met de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer t.a.v. eens anders goed betaamt, hierop neerkomen, dat Boogaard, na vroeger in dienst van Vesta en tegen beloning te haren behoeve verzekeringsposten te hebben afgesloten, welke in beginsel bestemd waren een duurzaam karakter te hebben, na beëindiging van de dienstbetrekking, met gebruikmaking van de kennis en

„gegevens, die hij in dienst van Vesta omtrent de bij haar „verzekerde posten en personen heeft verkregen, zich erop toelegt „verzekerden van Vesta, te haren nadele, over te halen de „lopende verzekeringen op te zeggen en zich elders te verzekeren; „dat het Hof aldus de onrechtmatigheid van de handelwijze „van Boogaard niet heeft getoetst aan een contractuele verplichting, welke voor hem uit de gewezen dienstbetrekking met „Vesta zou voortvloeien, doch aan een verplichting buiten overeenkomst, welke de eis van een zorgvuldig handelen in het „verkeer ten opzichte van eens anders goed onder de gegeven „omstandigheden aan Boogaard ten opzichte van Vesta zou „opleggen;

„dat daarbij het feit dat bedoelde contractuele verhouding „heeft bestaan, alsmede het feit dat Boogaard op grond daarvan „voor Vesta zeker blijvend werk heeft verricht en daarvoor is „beloond, medewegen als een deel van de omstandigheden, waar „naar het Hof voor het gegeven geval het bestaan voor Boogaard „van een betamelijkheidsverplichting om zich in het maatschappelijk verkeer van de gewraakte handelingen tegenover Vesta „te onthouden, heeft beoordeeld;

„dat hieruit volgt, dat de in het eerste middel vervatte klacht, „dat het Hof door bij de vorming van zijn oordeel de gestelde „ontoelaatbare mededelingen buiten beschouwing te laten en „door daarbij rekening te houden met de vroegere dienstbetrekking tussen Boogaard en Vesta zou hebben voorbijgezien dat „een handeling niet in den zin van art. 1401 B.W. onrechtmatig kan zijn, indien zij niet onafhankelijk van een tussen pp. bestaande contractuele verhouding — hetgeen, anders dan het „middel aannemt, wil zeggen onafhankelijk van een schending „van contractuele verplichtingen — onrechtmatig is, faalt;”

Ik heb de H.R. in extenso geciteerd, omdat dit arrest voor mij het uitgangspunt is geweest voor mijn onderzoek naar de draagwijdte der samenloopsvraag binnen het kader van ons geldend recht.

II. DE SAMENLOOP NAAR GELDEND RECHT

4. *Het samenloopscriterium van de H.R.*

Uit de vier geciteerde samenloopsarresten blijkt dat de H.R. voor de samenloop van contractuele en delictuele aansprakelijkheid als vereiste stelt, dat het feit dat de wanprestatie oplevert, tevens op zichzelf en onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen een onrechtmatige daad in de zin der wet constitueert. Het gaat dus eigenlijk om „eendaadse” samenloop van twee *rechtsfeiten*. Indien *hetzelfde* feitelijk gebeuren niet alleen als

wanprestatie maar óók als een onrechtmatige daad kan worden *gekwalificeerd*, staat het de crediteur vrij zijn debiteur desgewenst aan te spreken uit onrechtmatige daad.

De formule van de H.R. is op zichzelf duidelijk. Zij is immers een directe consequentie enerzijds van het in onze wet neergelegde beginsel, dat wanprestatie als zodanig (als rechtsfeit) geen onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 kan opleveren, en anderzijds van het systeem onzer wet dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad *onbeperkt* toelaat en deze dus niet ecarteert wanneer de onrechtmatige handeling verricht wordt ter gelegenheid van de uitvoering van een overeenkomst. De formule doet dus niets meer dan constateren, dat deze beide uit de wet voortvloeiende beginsels zich in concreto met elkaar kunnen verdragen. Aanvaardt men deze beide beginsels – en mij dunkt dat men daaraan niet kan ontkomen –, dan is de formule van de H.R. niet alleen op zichzelf duidelijk, maar ook – voor ons stellig recht – in haar algemeenheid juist.

Daarmede is echter geenszins gezegd, dat het samenloopscriterium ook duidelijk is in dier voege dat het een onfeilbaar middel aan de hand zou doen om in de bont geschakeerde rechtspraktijk op eenvoudige wijze uit te maken of in een bepaald geval de wanprestatie plegende debiteur zich tevens aan een onrechtmatige daad heeft schuldig gemaakt. Het tegendeel lijkt het geval te zijn. Want zodra men voor de toepassing van het criterium in concreto staat, wordt men aanstonds voor ernstige problematiek geplaatst en blijkt het dat diamentraal tegengestelde conclusies kunnen worden getrokken.

Zo geeft b.v. *Hofmann-Drion-Wiersma* (blz. 186) als een schoolvoorbeeld van samenloop het geval dat een vervoerder de hem toevertrouwde zaak onvoorzichtiglijk beschadigt. Maar *Meijers* (W.P.N.R. 2260) meent daarentegen dat in zodanig geval meestal alléén de uit het contract voortvloeiende verplichting tot het dragen van de nodige zorg is overtreden. Een ander voorbeeld: *Meijers* (ibidem) ziet in de toepassing van het criterium geen enkele moeilijkheid wanneer een huurder het gehuurde beschadigt of gebruikt op een contractueel ongeoorloofde wijze. Hij acht het dan voor een ieder duidelijk, dat dezelfde daad

niet alleen als een contractbreuk maar ook als een onrechtmatige inbreuk op de eigendom is te beschouwen. Daarentegen is ditzelfde geval voor *Star Busmann* („Hoofdstukken”, no. 164) een duidelijk voorbeeld van een casuspositie waarin uitsluitend (tenzij er opzet in het spel is) ex contractu kan worden geageerd.

De oorzaak van deze problematiek is grotendeels te wijten aan het feit, dat bij ons nimmer een poging is gedaan het samenloopscriterium aan een nauwkeurige ontleding te onderwerpen. In de uiterst schaarse literatuur pleegt men zonder nader commentaar te volstaan met een verwijzing naar de formule van de H.R. En als de een of ander zich dan eens aan een eigen visie waagt, wordt men hier niet veel wijzer van en kan men zich moeilijk aan de indruk onttrekken, dat de eigen woorden van de H.R. een juister inzicht in het probleem – en in ieder geval een beter uitgangspunt – verschaffen dan de parafrase van de betreffende auteur.

Zo leert *Asser-Rutten* (III, 2e druk, blz. 481) b.v. dat de samenloop zich „slechts in uitzonderingsgevallen” kan voordoen en dus kennelijk een rara avis is. Maar wanneer dan *Rutten* (in zijn noot onder het *Vesta*-arrest van 1955) de formule van de H.R. aldus interpreteert dat voor samenloop vereist is dat de onrechtmatigheid „niet uitsluitend bestaat in de schending van een obligatoire verplichting”, lijkt mij deze parafrase weinig verhelderend te werken¹² en bovendien onverklaard te laten waarom aan het samenloopscriterium in de praktijk zo zelden kan worden voldaan. Een andere annotator, *Hijmans van den Bergh* (in zijn noot onder het aanvaringsarrest van de H.R. van 6-3-1959, N.J. 1959, no. 349), leest in de formule van de H.R. dat samenloop is uitgesloten en er dus van een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 geen sprake is, wanneer het wanprestatie opleverende handelen of nalaten geschied is „binnen het kader van de contractuele verplichtingen” of – wat hij daarmee gelijk stelt – „binnen het kader van de uitvoering van de overeenkomst”.

¹² *Rutten's* interpretatie is bovendien – óók in zijn stelsel, waarin de wanprestatie als een species van het genus onrechtmatige daad wordt beschouwd – niet volledig. Wil er van samenloop sprake zijn, dan moet de onrechtmatigheid, welke tot de aansprakelijkheid ex 1401 kan leiden, niet „niet uitsluitend”, maar in het geheel niet in de schending van een contractuele verplichting bestaan.

Ook deze interpretatie verschaft niet het gewenste inzicht, omdat daarbij een nieuw en ongedefinieerd begrip wordt ingevoerd. Op het eerste gezicht zou men geneigd zijn aan te nemen dat iedere wanpretatie plaats vindt binnen het kader van de contractuele verplichtingen en dat dus binnen dat kader de mogelijkheid van samenloop moet worden gevonden. In het stelsel van *Hijmans van den Bergh* is de samenloop echter slechts mogelijk wanneer de wanprestatie wordt gepleegd buiten het kader van de uitvoering van de overeenkomst. Zonder nadere opheldering van deze ietwat contradictoir schijnende constructie is de gedachtengang van *Hijmans van den Bergh* dus moeilijk te volgen.

Uit het voorgaande moge blijken, dat *Langemeijer* (in zijn conclusie voor het zoeven genoemd aanvaringsarrest) wel gelijk heeft wanneer hij opmerkt, dat de heersende leer op het gebied van de samenloop „nog geenszins tot volkomen helderheid is gekomen”. Dit vindt echter niet zozeer zijn verklaring in het feit, dat het criterium van de H.R. (zoals *Langemeijer*¹³ meent) mogelijkheden voor uiteenlopende toepassingen overlaat in verband met de rechtsgevolgen van beide acties, dan wel in de omstandigheid dat het criterium zelf onvoldoende is geanalyseerd.

5. *Geen samenloop bij niet of niet tijdige nakoming*

Wanneer men onderscheid maakt – zoals ons recht dit doet – tussen de niet-nakoming van uit een bestaande rechtsverhouding (verbintenis) voortvloeiende verplichtingen en de niet-nakoming van verplichtingen welke onafhankelijk van enige rechtsverhouding dienen te worden nageleefd, en op die grond wanprestatie niet beschouwt als een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401, *bepikt* zulks de mogelijkheid van samenloop in hoge mate.

¹³ In zijn arrest is de H.R. overigens op *Langemeijers* suggestie – om bij verschil in verjaringstermijn rekening te houden met de vraag of er „in wezen” een typische wanprestatie heeft plaats gevonden dan wel een typische onrechtmatige daad – niet ingegaan. De H.R. overwoog kort en krachtig, dat „art. 952 K. niet bepaalt of medebrengt, dat indien zekere feiten zowel een rechtsoverdracht wegens aanvaring als een uit hoofde van een sleepovereenkomst wettigen eerstbedoelde vordering aan den verjaringstermijn van de tweede is onderworpen”.

Niet valt immers in te zien hoe zich dan de samenloop van beide vorderingen zou kunnen voordoen in het geval dat de debiteur zich schuldig maakt aan één van de twee hoofdvormen van wanprestatie, te weten het *algeheel niet* nakomen van zijn verbintenis of het *niet tijdig* nakomen daarvan.

De debiteur die nalaat te presteren en aldus door zijn „negatieve” gedraging schade aan zijn crediteur berokkent, schendt weliswaar een verplichting (om te doen of te geven), doch geen rechtsplicht welke hem onafhankelijk van het contract *gebood* de prestatie te verrichten. Buitencontractueel nopen geschreven of ongeschreven normen in het algemeen iemand niet tot hetgeen waartoe hij zich uit vrije wil in de handel en wandel van het maatschappelijk verkeer bij overeenkomst kan verplichten¹⁴. En hetzelfde geldt t.a.v. een overeenkomst welke op een negatieve prestatie (niet doen) is gericht.

Wanneer de crediteur schade lijdt doordat zijn debiteur in verzuim is geraakt en *niet tijdig* heeft gepresteerd, geldt a fortiori hetgeen t.a.v. het algeheel uitblijven van de prestatie werd overwogen. Niet-tijdige nakoming van een contractuele prestatieplicht is een vorm van imperfecte niet-nakoming daarvan. Ook hier is dus de mogelijkheid van samenloop tussen de contractuele verdering (tot bijkomende schadevergoeding) en die uit onrechtmatige daad uitgesloten.

In Frankrijk is er in de strijd om de „cumul” in de rechtspraak en litteratuur een stroming welke de samenloop van beide vorderingen wenst te aanvaarden indien de debiteur *opzettelijk* of door zijn *grote schuld* wanprestatie pleegt. Naar mijn oordeel komt een dergelijke differentiatie voor ons geldend recht niet in aanmerking,

¹⁴ Deze stelling zou uitzondering kunnen lijden in de gevallen dat de wet aan iemand de verplichting tot het sluiten van een bepaalde overeenkomst oplegt. Men denke b.v. aan het vervoer van personen en goederen krachtens de Spoorwegwet. Niet-nakoming van een dergelijke wettelijke verplichting zou men als een onrechtmatige daad kunnen beschouwen. Het is echter zeer de vraag of zo'n verplichting in de passieve zin kan samenlopen met de contractuele verplichting (b.v. tot vervoer) welke voortvloeit uit de „geweigerde” overeenkomst. Heeft de vervoerder een openbaar aanbod gedaan, dan heeft hij daarmee aan zijn wettelijke „vervoerplicht” voldaan en is er uitsluitend sprake van wanprestatie indien hij weigert te vervoeren.

althans niet wat betreft de gevallen van niet- en niet tijdige nakoming van de primaire prestatieplicht van de debiteur. In ons recht berust de contractuele aansprakelijkheid niet op het schuld-beginsel. Wanprestatie is aanwezig wanneer de debiteur zijn verplichting niet of niet tijdig nakomt; en voor de daaruit ontstane schade is hij aansprakelijk (tenzij hij overmacht kan aantonen), zulks ongeacht of hij al dan niet opzettelijk naliet te presteren. Eenmaal gegeven de voor ons recht geldende regel dat wanprestatie als zodanig geen onrechtmatige daad oplevert en dus geen grond geeft voor het instellen van een vordering ex art. 1401, betekent zulks dan ook, dat deze actie is uitgesloten wanneer het feit der wanprestatie niet méér inhoudt dan het – al dan niet opzettelijk – niet nakomen van een verbintenis welke de debiteur uit vrije wil (immers uit overeenkomst) op zich heeft genomen. De debiteur die opzettelijk zijn contract niet nakomt, schendt uitsluitend een contractuele verplichting, hoe „onbehoorlijk”¹⁵ men zulks ook moge vinden.

Naast de niet- en de niet tijdige nakoming van een verbintenis kennen wij een derde vorm van wanprestatie: de *niet behoorlijke nakoming*. Deze onderscheidt zich van de beide andere vormen van wanprestatie, doordat hier de debiteur – ter uitvoering van de overeenkomst – iets gedaán heeft, zij het dat wat hij deed niet „goed” was.

Voor zover de niet behoorlijke wanprestatie in niet méér bestaat dan het uitblijven van de toegezegde prestatie en dus een *negatieve contractbreuk* oplevert, staat zij gelijk met de niet- of de niet tijdige nakoming van de verbintenis. Al naar gelang van de aard en strekking van de verbintenis zal de crediteur nakoming plus (bijkomende) schadevergoeding wegens vertraging kunnen vor-

¹⁵ In ons rechtsbewustzijn leeft ongetwijfeld de ongeschreven norm, dat een debiteur in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid handelt, wanneer hij opzettelijk nalaat uitvoering aan zijn contractuele prestatieplicht te geven; en het heeft dan de aanschijn, dat zijn negatieve gedraging - afgezien dat deze wanprestatie opleverde - tevens als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt. Men ziet dan echter over het hoofd, dat de regel „wanprestatie als zodanig geen onrechtmatige daad” de toepassing van normen, welke uitsluitend het *contractsbelang* van de crediteur beschermen, buiten de werking van art. 1401 heeft gesteld. Het belang van de crediteur bij de nakoming van de verbintenis vindt zijn uitsluitende bescherming in artt. 1275 e.v..

deren dan wel uitsluitend vervangende schadevergoeding wegens het gemis van de uitgebleven (deugdelijke) prestatie. In het eerste geval komt het niet behoorlijk presteren neer op de niet tijdige nakoming van de verbintenis; en in het tweede geval op het algeheel niet nakomen daarvan.

6. Samenloop mogelijk bij positieve wanprestatie

Dat de mogelijkheid van samenloop uitgesloten is in het geval dat de crediteur schade lijdt ten gevolge van het uitblijven van de prestatie („negatieve” wanprestatie), volgt reeds direct uit de regel dat wanprestatie als zodanig geen onrechtmatige daad oplevert. Deze regel komt er immers op neer, dat art. 1401 geen bescherming biedt tegen aantasting van het *contractsbelang* van de crediteur, d.w.z. zijn recht op – en belang bij – de nakoming van de verbintenis¹⁶. Uit 1401 kan men dus slechts ageren, indien het gelaedeerde belang een ander is dan het (uitsluitend door de artt. 1275 e.v. beschermde) *contractsbelang*. Wanneer de crediteur door de negatieve contractbreuk van zijn debiteur schade lijdt, is het *uitsluitend* zijn *contractsbelang* („Erfüllungsinteresse”) dat door dit nalaten wordt gelaedeerd. Daaruit volgt, dat van een vordering uit onrechtmatige daad – en daarmee van samenloop – geen sprake kan zijn¹⁷.

Samenloop is dus slechts mogelijk wanneer de wanprestatie opleverende daad van de debiteur tevens wederrechtelijk een ander belang schendt dan het *contractsbelang* van de crediteur. Dit nu kan het geval zijn, wanneer de debiteur – *handelende* ter uitvoering van de overeenkomst – door zijn in strijd met het contract verrichte

¹⁶ Meijers (W.P.N.R. 2260) acht dan ook de samenloop alleen „daar aanwezig, waar met de contractbreuk tevens een buiten de overeenkomst staande rechtsplicht van den schuldenaar geschonden wordt of een ander subjectief recht van den schuldeiser dan diens vorderingsrecht wordt aangelast.”

¹⁷ Laederer van het *contractsbelang* van de crediteur kan alleen tot een vordering uit onrechtmatige daad aanleiding geven, wanneer een derde dit belang schendt, b.v. door het uitlokken van de wanprestatie. Het befaamde arrest van 1919 is daarvan het klassieke voorbeeld. In dergelijke gevallen is er sprake van z.g. „subjectieve” samenloop van vorderingen, namelijk van de *contractsvordering* tegen de debiteur met de vordering uit onrechtmatige daad tegen de derde.

handeling niet alleen schade toebrengt aan het contractsbelang van zijn crediteur, maar tevens aan een door art. 1401 beschermd belang van die crediteur. In de doctrine pleegt men deze gevallen te subsumeren onder het begrip „*positieve wanprestatie*” („positive Vertragsverletzung”), waarvan naar de formulering van *Meijers* (noot onder het arrest H.R. van 19-11-1915, W. 9942) sprake is „voor zover de daad van den schuldenaar den schuldeischer schade berokkent die niet bestaat in het onthouden van het dezen verschuldigde, maar een gevolg is van het positief verrichte.”

Het geijkte voorbeeld van positieve contractbreuk is de zieke koe welke door de debiteur geleverd wordt en de veestapel van de crediteur besmet. Met dit voorbeeld op één lijn staan alle denkbare gevallen dat bij verbintenissen om te *geven* niet behoorlijk wordt geleverd en de crediteur – afgezien van de schade t.a.v. zijn contractsbelang – een vermogensverlies lijdt doordat de geleverde, ondeugdelijke zaak schade toebrengt aan zijn persoon of zijn goed. Daarnaast staan de gevallen – en deze categorie is van veel meer belang voor ons vraagstuk – dat bij verbintenissen om te *doen* de debiteur zijn verplichtingen niet behoorlijk nakomt doordat hij bij de uitvoering van de overeenkomst (of in verband daarmee) een handeling verricht welke rechtstreeks schade aan de persoon of het goed van zijn crediteur ten gevolge heeft. Men denke aan de gevallen dat de huurder, bewaarnemer, bruiklenner of vervoerder de hem krachtens het contract toevertrouwde zaak door zijn onzorgvuldigheid beschadigt of dat de reiziger tijdens het overeengekomen vervoer te land of ter zee lichamelijk letsel oploopt; enz. enz.

Het lijkt mij duidelijk dat binnen het gebied van de positieve wanprestatie de mogelijkheid van de samenloop is gegeven. Alleen dáár immers is het in beginsel mogelijk dat – zoals het samenloopscriterium van de H.R. dit vordert – de feitelijke, schade-veroorzakende gedraging welke de wanprestatie oplevert, tevens kan worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad. Hier – en hier alleen – kan de handeling van de debiteur tevens in strijd zijn met een wettelijke rechtsplicht, inbreuk maken op een subjectief recht van de crediteur (anders dan diens contractueel vorderingsrecht) of indruisen tegen de goede

zedes of tegen de maatschappelijke zorgvuldigheid welke t.a.v. eens anders goed of persoon betaamt.

In de meeste gevallen zal zich de positieve contractbreuk voordoen bij de *niet behoorlijke* nakoming van de verbintenis. De debiteur presteert, doch hij presteert niet deugdelijk; b.v. omdat hij in plaats van een gezonde koe een ziek exemplaar leverde dat de veestapel van zijn crediteur heeft besmet, of omdat de vervoerder de hem ten vervoer gegeven goederen beschadigd op de plaats van bestemming heeft afgeleverd. Daarnaast kan echter de positieve wanprestatie tot *gevolg* hebben, dat een contractuele hoofdverplichting *niet* wordt nagekomen. Wanneer de debiteur de gehuurde zaak vernietigt, is hij niet in staat aan het einde van de overeenkomst de zaak aan zijn verhuurder op te leveren; en wanneer ik tijdens een overeengekomen vervoer onderweg zo ernstig word verwond dat ik in een ziekenhuis moet worden opgenomen, heeft zulks tot gevolg dat de vervoerder niet heeft voldaan aan zijn verplichting mij ter plaatse van bestemming te brengen. In deze gevallen liggen de negatieve en de positieve wanprestatie „tijdruimtelijk” steeds uit elkaar en wordt dus het verschil in aard tussen deze beide vormen van wanprestatie duidelijk gedemonstreerd.

De wetenschap, dat de mogelijkheid van samenloop naar ons geldend recht beperkt is tot het gebied van de positieve wanprestatie, verrijkt naar mijn oordeel wel enigszins ons inzicht in het samenloopsprobleem. Daarmede is het probleem echter nog niet tot een oplossing gebracht. Voor een juiste beoordeling van de draagwijdte der samenloopsformule van de H.R. is het namelijk van groot belang te onderzoeken welke betekenis precies dient te worden gehecht aan de woorden „onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen”. Tevens zal moeten worden nagegaan of het feit dat de schade werd veroorzaakt tijdens de uitvoering van een overeenkomst, de voor een ieder buiten contract geldende aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad beperkt of uitbreidt dan wel onverlet laat.

7. Verwerping van het criterium „los van de overeenkomst”

Het is merkwaardig, dat ten onzent geen enkele schrijver of commentator gewezen heeft op het grote verschil tussen de in de samenloopsarresten van 1892, 1920 en 1926 gebezigde terminologie en die in het arrest van 1955. En even merkwaardig is, dat vóór 1955 niemand tegen de in de drie oudere arresten gegeven formulering van het samenloops criterium stelling heeft genomen en heeft betoogd – gelijk bijna uitdrukkelijk de H.R. in zijn arrest van 1955 doet! –, dat die formulering onjuist, althans in hoge mate misleidend is.

In de eerste drie arresten wordt de mogelijkheid van samenloop gekoppeld aan het criterium „onafhankelijk van de overeenkomst” of „onafhankelijk van de contractuele verplichting”. Algemeen – met name in de lagere rechtspraak¹⁸ – heeft men dit vereiste, zonder te differentiëren tussen de beide formuleringen daarvan, aldus opgevat, dat voor de beoordeling van de vraag of de wanprestatie opleverende gedraging als een onrechtmatige daad kan worden beschouwd, moet worden geabstraheerd van het *feit*, dat er een overeenkomst bestond. Weggedacht wordt dus niet alleen, dat de handeling wanprestatie opleverde, maar óók, dat partijen tot elkaar in een contractuele verhouding stonden en dat de handeling, welke op haar onrechtmatig karakter dient te worden onderzocht, verricht werd *binnen het kader van de uitvoering van een overeenkomst*¹⁹. Deze opvatting voert tot onaanvaardbare consequenties.

Abstraheert men van het feit dat een overeenkomst bestond en dat de schade-veroorzakende handeling van de debiteur werd verricht binnen het kader van de uitvoering van de overeenkomst, dan komt men in vele gevallen van positieve wanprestatie voor irreele en onverklaarbare

¹⁸ Daar mijn mede-praeadviseur hierop wat dieper ingaat, kan mijnerzijds een analyse van de lagere rechtspraak achterwege blijven.

¹⁹ Anders dan *Hijmans van den Berg* (in zijn in paragraaf 4 geciteerde annotatie) definieer ik de handeling, welke een positieve wanprestatie oplevert, als verricht *binnen* het kader van de uitvoering van een overeenkomst. Ik acht het in strijd met ons juridisch taalgebruik om te spreken van een wanprestatie buiten het kader van de uitvoering van een overeenkomst.

situaties te staan. Wanneer een vrachtrijder tijdens het hem toevertrouwde vervoer van mijn goederen daaraan door zijn onzorgvuldigheid schade berokkent, wordt dit gebeuren „existentieel” verklaard door het feit dat de vrachtrijder zich jegens mij verbonden had dit vervoer te bewerkstelligen en dat hij doende was daaraan uitvoering te geven. Maar abstraheert men van dit feit, dan wordt het onbegrijpelijk of op zijn minst problematisch hoe die situatie zich buiten mijn contractuele toestemming om heeft kunnen voordoen. En in ieder geval is er dan geen sprake meer van *hetzelfde* – juridiek relevante – feit. Het geval dat de vrachtrijder buiten overeenkomst mijn goederen vervoert, is denkbaar, doch om het juridisch op zijn mérites te kunnen beoordelen en het normatief te kunnen waarderen, zou het noodzakelijk zijn te weten hoe de situatie is ontstaan. Ons geschreven en ongeschreven recht kent geen normen welke gelding hebben voor plompverloren en fictieve casusposities, waarvan het „gemotiveerd” bestaan in het duister wordt gelaten.

De abstractie van het feit dat een overeenkomst bestond, doet de werkelijkheid geweld aan. Wanneer *Meijers* (W.P.N.R., 2062) in het voorbeeld van de vrachtrijder na de abstractie „los van de overeenkomst” een situatie overhoudt, waarin mijn goederen zich „toevallig” in de „nabijheid” van de vrachtrijder bevinden, dan is het duidelijk dat in een dergelijke situatie in de meeste gevallen van een onrechtmatige daad geen sprake is. Men pleegt (buiten overeenkomst) geen positieve zorgverplichtingen te hebben t.a.v. andermans goed. Maar *Meijers* ziet over het hoofd dat hij als gevolg van zijn abstractie in een wereld van *fictie* is beland. De werkelijkheid was toch, dat de vrachtrijder mijn goederen vervoerde, omdat wij een vervoersovereenkomst hadden gesloten?

Ook om een andere reden zou het onjuist zijn als criterium te stellen „los van de overeenkomst”. In vele gevallen is het uitsluitend de tussen partijen gesloten overeenkomst welke de debiteur de mogelijkheid biedt schade aan de persoon of het goed van zijn crediteur toe te brengen. Buiten de overeenkomst met mijn chirurg pleegt men mij niet op een operatietafel te leggen, mijn buik open te snijden en daaruit mijn blindedarm te ver-

wijderen. Buiten die overeenkomst (noodgevallen uitgezonderd) is dat allemáál onrechtmatig, immers een ongeoorloofde aantasting van mijn lichamelijke integriteit. En zo is ook buiten de vervoersovereenkomst het enkele vervoer van aan mij toebehorende goederen reeds onrechtmatig. Door toepassing van het criterium „los van de overeenkomst” vervalt men dus niet alleen in de reeds geschetste sfeer van irrealiteit, maar komt men bovendien tot het wat wonderlijke resultaat, dat in al deze gevallen de gehele situatie – nog afgezien van het feit dat er tevens schade is veroorzaakt – doordrenkt is van onrechtmatigheid.

Deze niet aanvaardbare consequentie laat duidelijk zien waarom het criterium „los van de overeenkomst” de werkelijkheid zo vertekent. Het is immers juist de overeenkomst, welke niet alleen de situatie als zodanig verklaart, maar bovendien waarom de debiteur *gerechtigd* was zich mijn belangen op enigerlei wijze aan te trekken²⁰. Dat mijn huurder niet onrechtmatig handelt door mijn huis te bewonen, dankt hij aan zijn huurcontract; en het is een overeenkomst, welke de chirurg of de vervoerder een rechtmatige titel verschaft om mij te „mishandelen” c.q. mijn goederen te „ontvreemden”. Het feit van het bestaan ener overeenkomst maakt dus een integrerend *element* uit van het (juridiek relevante) empirisch gebeuren, waarvan gegeven is dat het wanprestatie opleverde en waaromtrent gevraagd wordt of het tevens als een onrechtmatige daad kan worden beschouwd. Abstraheert men van dit element, dan verzeift men niet alleen in de geschetste

²⁰ *Mulderije* (W.P.N.R. 2800), een voorstander van het criterium „los van de overeenkomst”, heeft dit bezwaar onderkend. Hij laat daarom *ter bestrijding* van het beweerde onrechtmatig karakter van het wanprestatie opleverende feit een beroep op de overeenkomst toe. Voor de beoordeling van de onrechtmatigheidsvraag schakelt hij dus eerst de overeenkomst *uit*. Blijkt dan de handeling onrechtmatig, dan schakelt hij de overeenkomst weer *in* om na te gaan „of wellicht aan de contractuele verhouding zodanig recht door den schuldenaar kan worden ontleend, dat in de gegeven omstandigheden althans onrechtmatigheid in even bedoelden zin wegvalt en slechts een beroep op wanprestatie, derhalve op de contractuele verhouding openstaat”. *Mulderije* verzuimt echter een criterium aan te geven volgens hetwelk men kan uitmaken – en dáárom ging het van stonde af aan! –, wanneer nu na inschakeling van de overeenkomst de onrechtmatigheid wegvalt en alleen de wanprestatie overblijft.

sprookjessfeer, maar ontnemt men zich automatisch de mogelijkheid de onrechtmatigheidsvraag in zuiverheid te stellen.

De grote betekenis van het samenloopsarrest van 1955 is nu, dat de H.R. daarin met het criterium „los van de overeenkomst” heeft afgerekend. De verzekeringsinspecteur had in cassatie gesteld, dat het Hof het „uitspannen” van de verzekeringsposten van zijn voormalige werkgeefster ten onrechte als een onrechtmatige daad had beschouwd, omdat het hem l  s van zijn vroegere arbeidsbetrekking vrij zou staan om te trachten de betreffende verzekeringen te doen oversluiten bij de maatschappij waarbij hij in dienst was getreden. Deze stelling refuteert de H.R. door de inspecteur tegen te werpen, dat hij het samenloops criterium verkeerd heeft opgevat, immers „onafhankelijk van een tussen partijen bestaande contractuele verhouding” – anders dan het cassatiemiddel wilde doen voorkomen – betekent: „onafhankelijk van de *schending* van contractuele verplichtingen”.

Het grote verschil tussen het oude criterium en de nieuwe formule is evident. De voor toepassing van het samenloops criterium vereiste abstractie laat thans het *feit* der contractuele verhouding geheel onaangetast en beperkt zich uitsluitend tot de vraag of – los van het kwalificatief *oordeel*, dat de handeling van de debiteur wanprestatie en dus schending van zijn contractuele verplichtingen opleverde – die handeling tevens als een onrechtmatige daad (in de zin van art. 1401) kan worden beschouwd. Daarmede zijn de door mij gereleveerde bezwaren tegen het oude criterium komen te vervallen. Van een irrc  le vertekening van het werkelijk gebeuren is immers geen sprake meer.

8. *Draagwijdte van de onrechtmatigheidsvraag*

De nieuwe formulering van het samenloops criterium is een nauwelijks ter zake dienende, zij het uiterst welkome toegift van de H.R. geweest. In het berechte geval ging het immers om de vraag of de *voormalige* inspecteur der verzekeringsmaatschappij door het uitspannen van haar verzekeringen onrechtmatig handelde, ofschoon hem – gelijk het Hof had beslist – geen schending van contrac-

tuele verplichtingen kon worden verweten, omdat er geen concurrentiebeding in de zin van art. 1637x B.W. was gemaakt. De samenloop van de beide vorderingen was dus uitgesloten en daarmee tevens de mogelijkheid van toepassing van een samenloopscriterium²¹. De H.R. had dus kunnen volstaan met zijn beslissing, dat het Hof – door een ongeschreven zorgvuldigheidscriterium op te stellen, waarbij met het feit en de aard der vroegere dienstbetrekking werd rekening gehouden en welke norm dus niet voor een ieder, maar uitsluitend voor voormalige werknemers gold – „het gedrag van gedaagde hiermede niet getoetst (had) aan contractuele verplichtingen van gedaagde”. Voor een nadere verduidelijking van het oude criterium „los van de contractuele verhouding” was dus eigenlijk geen aanleiding en zelfs geen plaats. Er was immers geen contractuele verhouding meer!²²

De algemene formulering van de H.R. noopt naar mijn oordeel tot de conclusie, dat óók wanneer het gaat om een *tijdens* de uitvoering van een overeenkomst verrichte (wanprestatie opleverende) handeling van de debiteur, de rechter vrij en zelfs gehouden is om bij de toetsing van de onrechtmatigheidsvraag rekening te houden met het

²¹ Hofmann-Drion-Wiersma (blz. 187) suggereert, dat hier eigenlijk sprake was van wanprestatie, omdat uitvoering te goeder trouw van de arbeidsovereenkomst medebracht, dat de inspecteur zich ook na beëindiging daarvan van uitspanning behoorde te onthouden. Naar mijn mening kan hier van „uitvoering” van een (beëindigde) overeenkomst niet worden gesproken. Aanvaardt men echter deze constructie, dan is het onderhavige geval een typisch voorbeeld van samenloop.

²² Een fraai geval van „uitspanning” *gedurende* de dienstbetrekking biedt ons het vonnis der Rb. Den Haag van 20-1-1920, N.J. 1920, 299. Een controleur bij een nachtveiligheidsdienst richtte heimelijk tijdens zijn dienstverband een eigen privé bewakingsdienst op en trachtte de bewakingsposten van zijn werkgever ten eigen bate „uit te spannen”. De Rb. verklaarde zich *onbevoegd* van de schadevordering van de werkgever kennis te nemen, omdat de gestelde handelingen geen onrechtmatige daad konden opleveren, immers „op zich zelf beschouwd en *onafhankelijk van die overeenkomst* volmaakt geoorloofd zouden zijn en hun onrechtmatig karakter uitsluitend en alleen ontleenen aan het feit, dat gedaagde tijdens het plegen dier handelingen in dienst was van eischeres”. Een typisch voorbeeld van toepassing van het criterium „los van de overeenkomst”. Ik zou menen, dat de controleur in ieder geval een onrechtmatige daad beging en een dringende reden van ontslag gaf, doch ik betwijfel ten zeerste of men hier van wanprestatie mag spreken.

feit der overeenkomst. Het is dus de handeling van de *contractant* – en niet van een willekeurige derde – welke op haar onrechtmatigheid in de zin van art. 1401 moet worden beoordeeld. Dit betekent, dat het feit, dat de debiteur doende was de door hem gesloten overeenkomst uit te voeren, als „*delictselement*” moet optreden in de normstelling. En de onrechtmatigheidsvraag luidt dus: had de debiteur, die met schending van zijn contractuele verplichtingen schade aan zijn crediteur toebreacht, afgezien van die schending tevens een buitencontractuele verplichting om – mede in aanmerking genomen het feit, dat hij handelde binnen het kader van een overeenkomst – die schade-veroorzakende handeling na te laten?

Aldus gesteld – en naar mijn oordeel is zulks onvermijdelijk en bovendien juist – heeft deze onrechtmatigheidsvraag verder strekkende consequenties dan men veelal pleegt aan te nemen. Weliswaar doet meestal het feit der overeenkomst het „algemeen” onrechtmatig karakter der handelingen van een debiteur wegvallen (het vervoer mijner goederen, de chirurgische ingreep in mijn lichaam of het bewonen van mijn huis door mijn huurder is dan op zichzelf niet onrechtmatig), doch daartegenover staat dat in geval van *schade* de „algemene” (voor een ieder geldende) aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad een niet onaanzienlijke *uitbreiding* kan ondergaan. Dit vindt zijn verklaring in het feit dat de aanwezigheid van een overeenkomst de gelding impliceert van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, welke op de contractssituatie zijn toegespitst en *buitencontractuele* verplichtingen leggen *uitsluitend op contractanten*. Ik zal dit nader toelichten.

De ten onzent gehuldigde opvatting van het leerstuk der onrechtmatige daad brengt mede, dat aan een ieder een aanzienlijk arsenaal van (aan de „delictssituatie” aangepaste) ongeschreven zorgvuldigheidsnormen ter beschikking staat, dat men in het maatschappelijk verkeer beschermt tegen ongewilde aantasting van zijn persoon en goed. Deze normen zijn bijna steeds verbodsnormen welke een verplichting tot „niet doen” vestigen. Omdat de *laedens* en de *gelaedeerde* in beginsel als *derden* tegenover elkaar staan, verplichten deze normen in de regel slechts tot een „negatieve” zorg voor andermans persoon en goed. Het is duidelijk, dat deze „voor een ieder” geldende

normen hun kruis niet hebben verschooten, wanneer de aantasting van eens anders persoon en goed plaats vindt binnen het kader van een contractuele verhouding. Wanneer – om *Meijers'* voorbeeld te nemen – de vervoerder uit onvoorzichtigheid op de hem toevertrouwde breekbare waar gaat zitten, is het evident dat hij alsdan voor de schade tevens aansprakelijk is uit onrechtmatige daad.

Het systeem van de H.R. dwingt echter tot een verder gaande aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. *Meijers* oordeelde, dat de vervoerder, die de hem toevertrouwde goederen niet door toedekking tegen regen en wind beschut, uitsluitend een contractsplicht (om te doen) schendt. Hij baseerde deze mening op het niet wel houdbare samenloopscriterium „los van de overeenkomst”²³. Zodra men dit criterium echter heeft laten varen en bij de toetsing van de onrechtmatigheidsvraag in aanmerking neemt dat de debiteur *geén willekeurige derde* is, maar iemand, die zich de belangen van de crediteur heeft aangesloten en aan wie diens belangen zijn toevertrouwd, verandert de situatie als op slag. Dan wordt duidelijk, dat ook in de gevallen, dat de debiteur *nalaat* voor de hem toevertrouwde belangen zorg te dragen, en daardoor schade veroorzaakt, hij een *buitencontractuele zorgverplichtingsnorm* schendt, waarin het feit der „toevertrouwing” als determinerend „delictsclement” optreedt. Tegenover de persoon of het goed van willekeurige derden (uitzonderingen daargelaten) heeft men geen „*positieve*” zorgverplichtingen. Wanneer ik op straat een vrachtauto tegen kom, heb ik niet de rechtsplicht de daarin aanwezige goederen tegen regen en wind te beschutten. Maar wanneer ik die goederen als vrachtrijder krachtens contract vervoer, dan heb ik die verplichting wel, juist omdat mij die goederen zijn toevertrouwd; en die verplichting heb ik los van de positieve zorgverplichting welke rechtstreeks uit het contract voortvloeit²⁴.

²³ Het is merkwaardig, dat *Meijers* dit criterium in later jaren heeft gehandhaafd. In zijn „Algemene Begrippen” (blz. 164) schrijft hij bij de bespreking van het vraagstuk van de samenloop: „Het beschadigen van een verhuurde zaak door de huurder of van een in bewaargeving genomen zaak door de bewaarder kan echter ook, *afgescheiden van het bestaan van een huur- of bewaargevingscontract* als een onrechtmatige daad worden aangemerkt”.

²⁴ De redenering welke ik hier heb gevolgd, komt merkwaardig

Het resultaat waartoe ik aan de hand van het samenloopscriterium van de H.R. meen te moeten komen, is wel enigszins verrassend. Niet alleen blijkt dat de delictuele aansprakelijkheid van de debiteur tegenover zijn crediteur een ruimere kan zijn dan die tegenover een willekeurige derde, maar bovendien worden wij voor de situatie geplaast, dat via de achterweg van de ongeschreven buitencontractuele normen de contractuele zorg- en diligentieverplichtingen – van wier schending bij toepassing van het samenloopscriterium dient te worden geabstraheerd! – weer in levende lijve hun intrede doen! Want naar hun *inhoud* zijn de uit de zorgvuldigheidsnormen voortvloeiende verplichtingen buiten overeenkomst (maar niet los daarvan) identiek met de contractuele diligentieverplichtingen. Verwonderlijk is dit echter niet; want waarom zou de wetgever de „goede huisvader” op het tapijt hebben gebracht anders dan omdat hij van oordeel was, dat een debiteur bij de uitvoering van zijn overeenkomst de nodige zorgvuldigheid en zorg in acht behoort te nemen? En geldt dit niet in het algemeen voor alle in de wet opgenomen *afgeleide* contractuele verplichtingen, welke ter bescherming van de belangen van de crediteur aan de debiteur zijn opgelegd? Die diligentieverplichtingen zijn niet uit de lucht komen vallen, zijn niet door de wetgever verzonnen, doch stammen daarentegen rechtstreeks uit hetzelfde normstellend rechtsbewustzijn waaruit alle rechtsnormen origineren. In wezen zijn het buitencontractuele verplichtingen, welke de wet bij de regeling van de benoemde contracten (en het beginsel van de goede trouw bij de onbenoemde contracten) in z.g. contractuele verplichtingen heeft „geconverteerd”. Het is geen wonder, dat als men deze zorgverplichtingen van hun contractueel gewaad ontdoet (door

veel overeen met het gloedvolle betoog dat *v. d. Grinten* (W.P.N.R. 3651) destijds hield ten faveure van de stelling dat wanprestatie tegenover een *derde* een onrechtmatige daad kan opleveren. Hij zegt onder meer: „De omstandigheid, dat iemand zich belast heeft met de zorg voor een bepaald goed, laadt den maatschappelijken plicht op hem tegenover iederen rechthebbende op het goed om alle redelijke maatregelen te nemen, die voor het behoud van het goed vereischt zijn. Het bestaan van de contractuele verhouding is hierbij niet irrelevant”. Waarom zou die maatschappelijke plicht niet bestaan tegenover de rechthebbende, die tevens contractant is?

daarvan te abstraheren), de buitencontractuele verplichtingen weer in hun oorspronkelijke gedaante naar voren treden!

9. *Een andere interpretatie van het samenloopscriterium*

Hoewel ik meen, dat mijn ontleding van het samenloopscriterium van de H.R. geen logische feilen vertoont, kan ik mij voorstellen, dat men bezwaar heeft de consequenties van deze analyse voetstoots te aanvaarden. Want in feite komt mijn interpretatie van het criterium er op neer, dat de samenloop regel is, wanneer in geval van positieve wanprestatie de debiteur door zijn „schuld” schade heeft toegebracht aan de persoon of het goed van zijn crediteur. Het heeft daarom zin te onderzoeken of de formule van de H.R. niet nog voor een minder verdragende interpretatie vatbaar is.

Het ligt dan voor de hand om het criterium „onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen” aldus op te vatten, dat daarmee bedoeld wordt niet het accent te leggen op de bròn der verplichtingen, doch op hun *inhoud*. In deze opvatting is voor de aanwezigheid van samenloop niet beslissend of de debiteur buitencontractuele normen heeft overtreden, doch of hij buitencontractuele verplichtingen heeft geschonden, welke naar hun inhoud *verschillen* van de contractuele verplichtingen die hij schond. Het criterium zou dan moeten luiden: „*onafhankelijk van de schending van verplichtingen welke reeds uit de overeenkomst voortvloeien*”.

Dit is het standpunt van Wachter („De Beurтваart”, blz. 279 e.v.), één der weinigen onzer schrijvers, die nader op het samenloopprobleem zijn ingegaan. Hij is van oordeel, dat een vordering ex 1401 is uitgesloten in gevallen „waarin de door art. 1401 B.W. gewaarborgde verplichting dezelfde inhoud blijkt te hebben als de uit een overeenkomst voor een contractant voortspuitende plicht”. Deze opvatting is in haar praktische toepassing nauw verwant aan het standpunt van degenen, die het (door de H.R. verworpen) criterium „los van de overeenkomst” huldigen of die de samenloop alleen toelaten, indien er misdrijf, opzet of „grove schuld” in het spel is.

Het heeft de aanschijn, dat men bij deze uitleg van

het samenloopscriterium niet alleen een dooreenvloeiing van contractuele en delictuele aansprakelijkheid elimineert, maar bovendien de mogelijkheid van samenloop beperkt tot de „aperte” gevallen, waarin het onrechtmatig karakter van het wanprestatie opleverende feit er duimdik op ligt en waarin – aldus *Wachter* – „de schade dus een gevolg was van meer dan een tekort schieten in datgene, waartoe hij uitsluitend of reeds mede uit hoofde van de overeenkomst verplicht was”. Wanneer de vrachtrijder door zijn onvoorzichtigheid het hem ten vervoer toevertrouwde goed beschadigt, is de samenloop uitgesloten, omdat de buitencontractuele verplichting welke hij schendt, naar haar inhoud identiek is met de contractuele zorgverplichting. Maar wanneer hij de goederen opzettelijk beschadigt of de meest elementaire zorg uit het oog verliest of zelfs de goederen ten eigen bate verkoopt en aldus verduistering pleegt, lijken twee naar inhoud verschillende verplichtingen te zijn geschonden en zou er dus samenloop aanwezig zijn.

Wie aldus redeneert, ziet geheel en al over het hoofd, dat ook in de „aperte” gevallen naar inhoud *identieke* verplichtingen worden geschonden. Het is immers duidelijk, dat een contractuele diligentieverplichting (b.v. tot het dragen van de nodige zorg voor een toevertrouwd goed) niet in de laatste plaats waakt tegen het plegen van „ernstige” onrechtmatige daden (zoals b.v. strafbare feiten) welke schade aan het goed van de crediteur kunnen veroorzaken. Wanneer de vervoerder de hem toevertrouwde goederen opzettelijk vernielt, schendt hij derhalve een verplichting welke óók uit de vervoersovereenkomst voortvloeide; en hetzelfde geldt wanneer de vervoerder de goederen verduistert of zich bij de uitvoering van de overeenkomst aan andere misdragingen schuldig maakt. Hoe kras men de casusposities ook stelt, steeds zal men tot hetzelfde resultaat komen; zulks om de eenvoudige reden, dat de inhoud van de contractuele, afgeleide verplichtingen nu eenmaal altijd die van de buitencontractuele verplichtingen omvat, en omvatten moet, wil er van *wanprestatie* en dus ook van samenloop sprake zijn!

Uit het voorgaande moge blijken, dat *Wachters* criterium het kind (de samenloop) met het badwater weggooit.

Samenloop is dan niet mogelijk. En dat was toch zeker niet de bedoeling van de H.R., toen hij het samenloops-criterium van 1955 nader verduidelijkte!

Mijn conclusie is, dat het samenloops-criterium van de H.R. slechts de draagwijdte kan hebben welke ik in grove lijnen heb aangegeven. Het voert – binnen de grenzen van de positieve wanprestatie – tot een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, welke in geen enkel opzicht wordt beperkt door de omstandigheid, dat de op haar onrechtmatigheid te beoordelen gedraging plaats vindt binnen het kader van de uitvoering van de overeenkomst, doch integendeel door die omstandigheid wordt *versterkt en uitgebreid*.

Bij toepassing van de samenloopsformule van de H.R. zoals ik deze meen te moeten interpreteren, levert de vraag naar de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – anders dan men veelal heeft gedacht – nauwelijks problematiek op. Het komt er immers op neer dat deze aansprakelijkheid aanwezig is, wanneer men de debiteur een „fout” bij de uitvoering van de overeenkomst kan verwijten, ongeacht het feit of die fout tevens wanprestatie oplevert. De enige problematiek, die er nog kan overschieten, betreft dus de vraag naar de *grenzen van de (positieve) wanprestatie*²⁵. Het zou mij te ver voeren, wanneer ik op deze belangwekkende vraag zou ingaan. En ik volsta dan ook met te constateren, dat in beginsel uiteraard de inhoud van de contractuele verplichtingen bepaalt of een schadeveroorzakend feit als wanprestatie kan worden beschouwd. Zulks neemt niet weg, dat het in

²⁵ In een ietwat cryptisch gesteld betoog heeft *Jansen op de Haar* (N.J.B. 1959, blz. 725 e.v.) de stelling verkondigd, dat er in geval van schade aan het materiële onderwerp van de overeenkomst alleen van wanprestatie sprake kan zijn, indien de schade is veroorzaakt aan het onderwerp der overeenkomst „als zodanig, dus beschouwd onder het *opsicht* waaronder het ten grondslag ligt aan de overeenkomst”. Bij een steecpovereenkomst b.v. is niet het te verslepen schip, doch „het schip als een een bepaalde plaats innemend voorwerp” onderwerp van de overeenkomst; en wanprestatie is dus alleen mogelijk in het kader van plaatverandering in open water. Het is duidelijk, dat bij deze opvatting in vele gevallen van onrechtmatige daad sprake is waar ogenschijnlijk wanprestatie wordt gepleegd. Ik kan hier niet dieper op de theorie van *Jansen op de Haar* ingaan. Zij is in ieder geval in strijd met de heersende opvattingen omtrent het begrip wanprestatie.

grensgevallen moeilijk is om uit te maken of men met wanprestatie heeft te doen of – uitsluitend – met onrechtmatige daad.

10. *Bijzondere vormen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*

In de voorgaande beschouwingen heb ik mij, wat betreft de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, in beginsel beperkt tot de *algemene* regeling van art. 1401 en dus tot de gevallen, dat het wanprestatie opleverende feit tevens een (rechtstreeks) op de debiteur rustende verbintenis tot schadevergoeding ex art. 1401 doet ontstaan. Deze gevallen kunnen zich uiteraard slechts voordoen, indien de schade-veroorzakende handeling wordt verricht door de debiteur zelf (of – bij rechtspersonen – door haar organen binnen de kring van hun bevoegdheid) en indien de wet aan de onrechtmatigheid van deze handeling het ontstaan van een verbintenis uit 1401 verbindt.

De vraag naar de samenloop bestrijkt echter een ruimer gebied dan dat der zuivere 1401-gevallen. Enerzijds kent ons recht immers *speciale* regelingen van aansprakelijkheid wegens bepaalde typen van onrechtmatige daad, zoals b.v. bij doodslag (art. 1406) en verwonding (art. 1407); en anderzijds legt de wetgever (al dan niet buiten onrechtmatigheid en schuld) in vele gevallen aan iemand een verbintenis tot vergoeding van schade op, welke door *eens anders onrechtmatige daad* is veroorzaakt (de grote categorie is hier de aansprakelijkheid voor ondergeschikten ex art. 1403 lid 3) of welke wordt berokkend door *zaken*, tot dewelke men in een bepaalde verhouding staat, zoals b.v. in de gevallen van artt. 1404 en 1405 B.W., art. 31 W.V.W. (aanrijding), art. 534 K. (aanvaring) en art. 1 Spoorwegwet. Het is duidelijk, dat zich in al deze gevallen casusposities kunnen voordoen – en in ons huidige rechtsverkeer zijn zij wellicht frequenter dan de zuivere 1401-gevallen –, waarin de vordering uit onrechtmatige (of pseudo-onrechtmatige) daad concurreert met een schadevordering wegens wanprestatie.

Het is binnen het bestek van mijn praeadvies niet doenlijk nader in te gaan op de bonte verscheidenheid van deze speciale wettelijke regelingen en hun verhouding tot

de algemene regel van art. 1401²⁶. Daarentegen is het wel gewenst te overwegen, of niet met het oog op deze bijzondere aansprakelijkheidsregelingen de algemene samenloopsformule van de H.R. wijziging of aanvulling behoeft.

De gebruikelijke vraagstelling in het samenloopscriterium (namelijk of het wanprestatie opleverende feit tevens als een onrechtmatige daad *van de debiteur* kan worden beschouwd), ondervindt geen bezwaar in de gevallen dat de debiteur zelf zich heeft schuldig gemaakt aan een afzonderlijk geregelde vorm van onrechtmatige daad (b.v. verwonding tijdens het vervoer). De formulering is echter kennelijk *te eng* wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van de debiteur voor andermans onrechtmatige daad (b.v. van zijn ondergeschikten) of wanneer het schade-veroorzakende feit de debiteur wordt toegerekend zonder dat er een rechtstreekse onrechtmatige handeling aan te pas komt (b.v. instorting van een gebouw).

Problematiek geven deze gevallen, waarin een debiteur voor niet door hem zelf aangerichte schade uit z.g. „onrechtmatige daad” aansprakelijk wordt gesteld, echter niet, althans niet meer problematiek dan in de toepassing van de betreffende speciale regeling ligt opgesloten. Men kan dus volstaan met het pasklaar maken van de samenloopsformule ook voor deze gevallen. Dit geschiedt op eenvoudige wijze door de mogelijkheid van samenloop afhankelijk te stellen van het criterium of het wanprestatie opleverende feit – onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen – de debiteur tevens krachtens een *verbintenis uit de wet* verplicht de schade te vergoeden.

²⁶ Men is in het algemeen geneigd te gauw te spreken van een regeling, welke aan de regel van 1401 *derogeeft*. De bepalingen van artt. 1406 en 1407 zijn typische voorbeelden van echte derogatie. Maar bij aanvaring (artt. 534 e.v.) is – anders dan recentelijk *Hofman-Drion-Wiersma* (blz. 250) meent – van derogatie geen sprake. Art. 1401 regelt de aansprakelijkheid wegens iemands eigen onrechtmatige daden. De reder van het „schuldige” schip zal welhaast nimmer zelf degeen zijn, die de aanvaringsschade heeft veroorzaakt. De speciale regeling van artt. 534 K. e.v. gaat dus buiten art. 1401 om. Daarentegen is degeen die persoonlijk schuld had aan de aanvaring, rechtstreeks op grond van art. 1401 (naast de reder ex art. 536 K.) aansprakelijk voor de schade! Aldus terecht *Dorhout Mees*, Kort Begrip, no. 1289.

Resumerend meen ik, dat de samenloopsformule van de H.R. in haar „neutrale” redactie dient te luiden: *samenloop van een vordering uit overeenkomst met die uit onrechtmatige daad vindt plaats, indien het schade-veroorzakende feit tussen de contractanten en ten laste van de debiteur zowel een „contractuele” verbintenis tot schadevergoeding wegens positieve wanprestatie als een verbintenis tot schadevergoeding „uit onrechtmatige daad” constitueert.*

Zoals men ziet, is in deze – vanzelfsprekende en daarom nietszeggende – formule het criterium „onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen” weggelaten. Dit is geen omissie, want dit criterium had uitsluitend de afwering van een wanberip ten doel, namelijk van het criterium „los van de overeenkomst”. Heeft men eenmaal ingezien, dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (in de meest ruime zin genomen) door het bestaan van een overeenkomst (afgezien van de daaruit voortvloeiende bevoegdheden van de debiteur) in geen enkel opzicht wordt beperkt, doch integendeel uitgebreid en versterkt, dan wordt het een vanzelfsprekendheid, dat men bij de beoordeling van de vraag naar die aansprakelijkheid abstrahereert van de kwalificatie, dat het te beoordelen feit wanprestatie oplevert.

III. HET BELANG BIJ DE KEUZE TUSSEN BEIDE VORDERINGEN

11. *Beperking en omvang van de schadevergoeding*

Het samenloopsprobleem zou voor de praktijk nauwelijks betekenis hebben, indien de schadevorderingen uit overeenkomst en uit onrechtmatige daad zich in hun gevolgen niet van elkaar zouden onderscheiden. Het verschil zou zich dan slechts manifesteren in de feitelijke grondslag welke voor hun processuele *ontvankelijkheid* is vereist. Gelijk *Meijers* reeds in 1913 (W.P.N.R. 2261) heeft betoogd, heeft dit verschil echter weinig praktische betekenis. Het is immers sedert lang gevestigde jurisprudentie – het eerste samenloopsarrest van 1892 staat reeds op dit standpunt –, dat het er voor de ontvankelijkheid van

een rechtsvordering niet toe doet, hoe de eiser zijn vordering heeft gekwalificeerd. De artt. 5 sub 3 en 48 Rv. hebben afgerekend met het oude actie-begrip en stellen als enige eis, dat de door de eiser gestelde feiten (indien bewezen) het gevorderde rechtvaardigen. Het is dus niet van belang, of en hoe de „samenloopscrediteur” zijn vordering tot schadevergoeding heeft genoemd. Hij drage slechts zorg voldoende feiten te stellen als grondslag voor beide vorderingen, wanneer hij twijfelt of er wel van samenloop sprake is.

In ons recht bestaan er op materieel-, bewijs- en procesrechtelijk gebied tussen de contractuele en delictuele aansprakelijkheid verschillen, welke de samenloopscrediteur aanleiding kunnen geven te zijnen faveure in het ene geval zijn *keus* te doen vallen op de contractsvordering en in het andere geval op de vordering uit onrechtmatige daad. Voor de beoordeling van de vraag naar de wenselijkheid der samenloop is het dus van belang een inzicht te verkrijgen in de draagwijdte van deze verschillen. Ik zal de voornaamste verschillen bespreken, waaronder als eerste het verschil in de *omvang der schadevergoeding*.

De artt. 1282–1284 B.W., welke de beperking en omvang van de vergoeding van kosten, schaden en Interessen wegens wanprestatie regelen, zijn niet van toepassing op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, omdat zij geen betrekking hebben op de regeling van de vergoeding van schade welke is geleden anders dan ten gevolge van de niet-nakoming van een verbintenis. De beperking en omvang van de schadevergoeding wegens onrechtmatige daad is in de wet (art. 1401) niet geregeld en staat dus ter beoordeling van de rechter. Sinds jaar en dag is het gevestigde rechtspraak, dat de pleger van een onrechtmatige daad in het algemeen slechts te vergoeden heeft de schade (als schade-feit), welke het naar ervaringsregelen (redelijkerwijs) te verwachten gevolg van zijn handeling was. Doordat echter de rechtspraak deze leer der z.g. *adequate veroorzaking* ook toepast op art. 1284 en dus ook het begrip „onmiddellijk en dadelijk gevolg” interpreteert als het „naar ervaringsregelen te verwachten gevolg”, maakt het – wat de causaliteitsvraag betreft – in de rechtspraktijk niets uit of de samenloops-

crediteur uit overeenkomst of uit onrechtmatige daad schadevergoeding vordert.

Wanneer men aan de hand van het juridische causaliteitsbeginsel heeft vastgesteld, welke schade niet voor vergoeding in aanmerking kan komen, is de volgende vraag wat de *omvang* is van de wel voor vergoeding vatbare schade. Art. 1282 bepaalt, dat deze schade in het algemeen omvat het geleden verlies en de gederfde winst. Hoewel art. 1401 op dit punt zwijgt, neemt men algemeen aan, dat ook bij de schadevergoeding uit onrechtmatige daad het beginsel van 1282 geldt. Ook aan de door een onrechtmatige daad gelaedcerde behoort immers niet alleen een vergoeding wegens rechtstreekse vermogensvermindering (verlies) toe te komen, maar tevens een vergoeding voor de vermogensvermeerdering (winst), welke hij zou hebben genoten, indien geen onrechtmatige daad was gepleegd.

Tenzij er „arglist” in het spel is, verplicht art. 1283 de debiteur slechts tot de vergoeding van de schade, welke naar haar omvang voorzienbaar was „ten tijde van het *aangaan* der verbintenis”. Uit onrechtmatige daad is men echter aansprakelijk voor de schade – en zulks, naar men vrij algemeen aanneemt, ongeacht de voorzienbaarheid van haar omvang – welke ten tijde van het plegen van het feit redelijkerwijs te verwachten was. Voor de samenloopscrediteur kan het dus onder bepaalde omstandigheden (men denke aan onverwachte prijsstijgingen e.d.) van belang zijn om uit onrechtmatige daad te ageren.

Ten aanzien van de omvang van de te vergoeden vermogensschade bestaat er tussen de beide schadeacties eveneens een aanmerkelijk verschil, wanneer het gaat om de vergoeding van z.g. *ideële* schade. In het algemeen neemt men aan, dat de schadevergoeding wegens wanprestatie is beperkt tot de vermogensschade, voor zover de wet niet uitdrukkelijk anders bepaalt²⁷. Vergoeding van ideële schade wegens onrechtmatige daad wordt voor het bijzondere geval van belediging²⁸ door de wet (art.

²⁷ Vergoeding van ideële schade is mogelijk krachtens art. 1637w B.W., art. 16 Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst en art. 3 Wet verbindend verklaren C.A.O. 1937.

²⁸ In geval van belediging is samenloop niet wel denkbaar. Wanneer een arbeider zijn werkgever beledigt, levert dit een dringende reden voor onmiddellijk ontslag op, doch het is zeer de vraag of

1408 B.W.: „betering van het nadeel in eer en goeden naam geleden”) erkend en door de rechtspraak (arrest H.R. van 21-5-1943, N.J. 1943 bl. 455) voor het bijzondere geval van schending van de persoonlijkheidsrechten (art. 1407 B.W.), waaronder de lichamelijke kwetsing de voor-naamste plaats inneemt. Het is nog een open vraag of de algemene bepaling van art. 1401 vergoeding van ideële schade toestaat.

Ten slotte brengt de regel, dat wanprestatie als zodanig geen onrechtmatige daad oplevert, met zich mede, dat de samenloopscrediteur de in zijn zuiver *contractsbelang* geleden schade uitsluitend met behulp van de contractsactie vergoed kan krijgen. Wanneer de crediteur vergoeding van de door de positieve wanprestatie veroorzaakte schade langs de weg van 1401 tracht te verhalen, vindt dus behalve samenloop tevens *cumulatie* van vorderingen plaats, indien hij daarnaast vergoeding vordert van de schade welke hij heeft geleden als gevolg van het feit, dat de verbintenis niet of niet tijdig werd nagekomen.

12. Wijze van schadevergoeding

Algemeen neemt men aan, dat de schadevergoeding wegens wanprestatie slechts in de vorm van een *geldelijke* vergoeding kan worden gevorderd²⁹, behoudens in het geval van art. 1276 B.W., waarin bij de niet-nakoming van een verbintenis om niet te doen de crediteur (feitelijke) vernietiging kan vorderen van hetgeen in strijd met de verbintenis werd verricht³⁰. Bij schadevergoeding wegens onrechtmatige daad is de gelaedeerde echter ook gerechtigd vergoeding in de vorm van een *feitelijk herstel* van de rechtmatige toestand te vorderen³¹, met dien verstande, dat de rechter de vrijheid heeft de debiteur – in

hij tevens wanprestatie pleegt en dus zijn verplichting ex 1639d B.W. („goed arbeider”) heeft geschonden.

²⁹ Vide H.R. 21-12-1923, N.J. 1924, blz. 121 en W. 11131 en 22-1-1925, N.J. 1925, blz. 337 en W. 11352.

³⁰ Het geval, geregeld in art. 1277 B.W., betreft niet een wijze van schadevergoeding, doch een vorm van semi-reële executie om tot nakoming van een verbintenis om te doen te graken.

³¹ Vide o.m. H.R. 13-3-1903, W. 7599, 13-6-1913, W. 9531 m.o. E.M.M., N.J. 1913, blz. 782, 24-5-1918, N.J. 1918, blz. 637, 18-3-1932, N.J. 1932, blz. 1329 m.o. P.S.

plaats van tot het gevorderde herstel – tot betaling van een geldelijke vergoeding te veroordelen.

Dat art. 1401 de mogelijkheid biedt ook herstel in natura te vorderen, pleegt men te motiveren met een beroep op art. 1382 der Franse Code, waarin wordt gesproken van „réparer le dommage”, terwijl de met onze artt. 1275 en 1279 B.W. corresponderende bepalingen van artt. 1142 en 1146 C.c. spreken van „dommages et intérêts”. Als historisch argument heeft dit zijn waarde, maar het verklaart natuurlijk geenszins waarom de crediteur wegens contractuele wanprestatie in dit opzicht moet worden achtergesteld bij degene die schadevergoeding uit onrechtmatige daad vordert. Dat men er anders over denken kan, bewijst par. 249 van het Duitse B.G.B., waarin óók bij wanprestatie de „Naturalrestitution” als de primaire vorm van schadevergoeding wordt beschouwd.

Het onderhavige verschilpunt is in onze huidige rechtspraktijk van weinig betekenis, omdat sporadisch de schadevergoeding wegens onrechtmatige daad in de vorm van feitelijk herstel wordt gevorderd. Dit vindt zijn verklaring enerzijds in het feit, dat deze vorm van schadevergoeding kennelijk niet tot de wapenuitrusting van de praktische jurist behoort, en anderzijds in de omstandigheid, dat herstel in natura door de debiteur de mogelijkheid opent voor het ontstaan van nieuwe zwarigheden. Tegen dit laatste argument kan worden aangevoerd dat de verplichting tot schadevergoeding ex 1401 in de vorm van herstel in natura een verbintenis om te doen doet ontstaan, waarop art. 1277 van toepassing is. Naast het gevorderde feitelijk herstel der schade kan men dus aan de rechter machtiging vragen om in geval de verbintenis niet ten uitvoer wordt gebracht, de verbintenis zelf te doen uitvoeren ten koste van de debiteur (aldus arrest Hof A'dam van 3-2-1919, N.J. 1919 blz. 605).

13. *Bewijslast*

Voor de samenloopscrediteur is het bij zijn keuze tussen de beide vorderingen van geen betekenis, dat art. 1401 – anders dan de artt. 1280 en 1281 – voor het ontstaan van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad „schuld” vordert. Sedert de H.R. in 1919 de schuld in de zin van

onzorgvuldige, foutieve gedraging heeft overgeheveld naar het ressort der onrechtmatigheid en nadien onder het mom van de theorie der adaequate veroorzaking de aansprakelijkheid ex 1401 heeft beperkt tot de objectief voorzienbare schade, is de schuld immers niet meer een element dat door de eiser behoeft te worden gesteld en zo nodig bewezen. Evenals de contractsdebiteur ter ontlasting van zijn aansprakelijkheid de vreemde oorzaak (overmacht of toeval) moet bewijzen, zo moet ook de gedaagde ex 1401 bewijzen, dat hij géén schuld had en dat hem dus zijn daad niet kan worden toegerekend hetzij op grond van zijn ontoerekeningsvatbaarheid hetzij omdat een z.g. schulditsluitingsgrond aanwezig was.

Dat er niettemin een belangrijk verschilpunt t.a.v. de bewijslast bestaat, vindt zijn verklaring in het feit dat – anders dan de eiser ex 1401, die steeds moet stellen en bewijzen de onrechtmatige gedraging waardoor de schade is veroorzaakt – de contractscrediteur in vele gevallen kan volstaan met het stellen (en bewijzen) van het enkele feit der wanprestatie en van de geleden schade *zonder* dat hij tevens behoeft te stellen door welke gedraging van de debiteur de schade werd veroorzaakt. Dit verschil in stelplicht en bewijslast houdt – gelijk *Meijers* (W.P.N.R. 2261) reeds in 1913 betoogd heeft – rechtstreeks verband met de inhoud der contractuele verplichting welke niet werd nagekomen. Het gaat er om of men te maken heeft met een inspanningsverbintenis („obligation de moyen”) dan wel met een resultaatsverbintenis („obligation de résultat”)³².

Bij de inspanningsverbintenis staat de debiteur niet in voor het tot stand komen van het door partijen beoogde eindresultaat, doch verbindt hij zich slechts tot de ontplooiing van de nodige activiteit (de zorg van een goede huisvader, van een goed medicus, van een goed arbeider enz.), welke op de totstandkoming van dat eindresultaat (contractsdoel) is gericht. Bij deze verbintenissen kan de crediteur dus niet volstaan met het bewijs, dat het eindresultaat niet bereikt is, doch dient hij te stellen en te bewijzen hoe – en dus door welke gedraging – de debiteur te kort is geschoten in de nakoming van zijn inspannings-

³² Zie hieromtrent nader de belangwekkende beschouwingen van *Houwing* in W.P.N.R. 4316-4324.

verplichting. Het is duidelijk, dat deze bewijslast praktisch niet verschilt van die bij de actie uit onrechtmatige daad. In het geval van samenloop tussen beide vorderingen is immers de „foutieve” gedraging van de debiteur, welke de crediteur als schending van de zorg- of inspanningsverplichting te bewijzen heeft, identiek met de gedraging, welke de onrechtmatige daad oplevert. Het kan dus de samenloopscrediteur uit hoofde van de bewijslast onverschillig laten welke actie hij zal instellen.

Bij de resultaatsverbintenissen ligt de zaak geheel anders. Hier is de prestatieplicht van de debiteur gericht op de totstandkoming van een bepaald eindresultaat. Komt dit resultaat niet tot stand (b.v. de ten vervoer gegeven goederen komen beschadigd ter plaatse van bestemming aan), dan is daarmee reeds de wanprestatie gegeven en behoeft de crediteur niet meer te stellen en te bewijzen dan het feit van het achterwege blijven van het resultaat en van de daardoor geleden schade. Om de vraag hoe, waar, wanneer en door wie die schade is veroorzaakt, behoeft de crediteur zich – anders dan in het geval van de niet-nakoming van een inspanningsverplichting! – niet te bekommeren. Hij zit bewijstechnisch „op rozen”; en het woord is aan de debiteur, die ter bevrijding van zijn aansprakelijkheid zal moeten bewijzen, dat de wanprestatie aan overmacht was te wijten.

Het is duidelijk, dat bij samenloop van een schadevergoedingsactie wegens niet-nakoming van een resultaatsverplichting met die uit onrechtmatige daad de crediteur, wanneer voor hem de bewijslast het enige punt van overweging vormt, niet zal aarzelen zijn keuze te doen vallen op de contractsactie.

14. Aansprakelijkheidsbeperkingen

Hofmann-Drion-Wiersma (blz. 188) heeft bij de bespreking van het samenloopsprobleem als één der punten van verschil tussen de beide vorderingen gewezen op de omstandigheid, dat de wet voor sommige overeenkomsten speciale aansprakelijkheidsbeperkingen bevat (vide o.m. artt. 469 lid 5, 472-474, 541 lid 2, 816-818, 932 K. en 30 Wet Luchtvervoer). Hiermede wordt m.i. ten onrechte de indruk gewekt alsof de samenloopscrediteur aan die

beperkingen niet zou zijn gebonden, indien hij de voorkeur zou geven aan het instellen van een actie uit onrechtmatige daad. Juist omdat deze wettelijke bepalingen voornamelijk regelen de aansprakelijkheid voor aan personen en goederen veroorzaakte schade (gevallen dus waarin veelal samenloop voorkomt), lijkt het mij evident, dat – voor zover er samenloop is – de wetgever moet hebben bedoeld de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aan dezelfde beperkingen te onderwerpen als de contractuele aansprakelijkheid³³.

Van meer belang voor ons vraagstuk zijn de in de praktijk veelvuldig voorkomende gevallen van *contractuele* beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid. De algemene juridieke problematiek welke deze exonerationebedingen met zich meebrengen, behoef ik hier niet te resumeren. Daarvoor liggen de voortreffelijke, in 1957 door H. Drion en Salomonson aan de N.J.V. uitgebrachte praeadviezen nog te vers in het geheugen. Begrijpelijkere wijs werd in deze adviezen geen aandacht gewijd aan het mogelijke belang van deze bedingen voor ons samenloopprobleem, zodat ik hierbij even dien stil te staan.

In Frankrijk spelen de exonerationebedingen in de strijd pro en contra de „cumul” een grote rol, omdat men daar algemeen aanneemt, dat de bepalingen van artt. 1382 en 1384 lid 5 C.c. (onze artt. 1401 en 1403 lid 3 B.W.) van dwingend recht zijn en dat men dus zijn „delictuele” aansprakelijkheid niet contractueel kan uitsluiten. Aanvaarding van de „cumul” brengt derhalve mede, dat – ook al hebben de contractspartijen uitdrukkelijk beoogd mede de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad uit te sluiten – de samenloopscrediteur niettemin zijn schade vergoed krijgt, wanneer hij ex art. 1382 C.c. agcert en slaagt in het bewijs van de „faute” van zijn debiteur.

Bij ons ligt de zaak veel minder scherp, omdat de artt. 1401 en 1403 niet als bepalingen van openbare orde worden beschouwd. Afgezien van de gevallen waarin de uitsluiting (of beperking) van aansprakelijkheid voor iemands eigen opzet of „grove” schuld wegens strijd met

³³ Art. 33 Wet Luchtvervoer bepaalt uitdrukkelijk, dat elke rechtsvordering ter zake van de aansprakelijkheid „op welken grond zij ook steune”, slechts kan worden ingesteld onder de voorwaarden en binnen de grenzen bedoeld bij deze wet.

de openbare orde, goede zeden of de goede trouw nietig kan worden geacht, kan men zich dus naar ons recht – anders dan in Frankrijk – vrij tekenen voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in geval van eigen „schuld”³⁴ en van schuld tot en met opzet van zijn ondergeschikten.

Naar ons geldend recht is dus voor de samenloopscrediteur die tegen een exoneratiebeding moet optornen, uitsluitend van belang de vraag of het beding tevens de uitsluiting van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de debiteur of diens ondergeschikten heeft beoogd. Dit is uiteraard een kwestie van *uitleg* van het betreffende beding. Indien het beding deze uitsluiting niet uitdrukkelijk noemt, zal men veelal – niettegenstaande de rechter terecht de neiging pleegt te hebben dergelijke bedingen eng uit te leggen – moeten aannemen, dat partijen in geval van samenloop bedoeld hebben óók de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad uit te sluiten.

15. *Verjaring en verval van rechten*

Hoewel de rechtsvorderingen uit overeenkomst en die uit onrechtmatige daad in het algemeen aan dezelfde verjaringstermijn van 30 jaar zijn onderworpen, kan het in uitzonderingsgevallen voor de samenloopscrediteur een wezenlijk verschil uitmaken of hij zijn actie tot schadevergoeding baseert op wanprestatie of onrechtmatige daad. Men denke aan de gevallen waarin de wet voor bepaalde overeenkomsten – zo b.v. in artt. 95, 468 lid 7, 741, 826, 827 en 952 K. – de vordering aan een korte verjarings- of vervaltermijn onderwerpt zonder uitdrukkelijk te regelen of deze speciale verjaring ook geldt voor de met deze vordering *ex contractu* samenlopende vordering uit onrechtmatige daad. Het hangt dan van de uitleg van de betreffende wetsbepaling af of voor de rechtsvordering

³⁴ Het is wellicht nuttig er eens op te wijzen, dat de scala schuld-grove schuld-opzet niets gemeen heeft met het begrip „schuld” van art. 1401, waarin dit begrip de betekenis heeft van het veronderstelde, toerekenbaar daderschap. Ook bij de aansprakelijkheid wegens contractuele wanprestatie, welke bovendien niet op het schuldbegrip is gefundeerd, speelt deze trits (afgezien van het geval van arglist in art. 1384) geen rol.

uit onrechtmatige daad eveneens de afwijkende termijn van kracht is, dan wel de gewone 30-jarige termijn³⁵.

Een sprekend voorbeeld van het belang, dat de samenloopscrediteur te dezer zake kan hebben, is het recente arrest van de H.R. van 6-3-1959 (N.J. 1959 no. 349 met uitvoerige noot van H.B.), waarin het ging om de (door de eiser tot cassatie niet betwiste) samenloop tussen de vordering uit een sleepovereenkomst en die uit aanvaring. De contractsactie was ingevolge art. 952 K. verjaard (één jaar), maar de aanvaringsactie, welke volgens art. 953 K. aan een verjaringstermijn van twee jaar is onderworpen, was tijdig ingesteld en werd door het Hof ontvankelijk geoordeeld. Het tegen deze ontvankelijkheidsverklaring gerichte tweeledige cassatiemiddel betoogde, dat – nu een contractuele, aan een verjaringstermijn van één jaar gebonden vordering uit de sleepovereenkomst aan de crediteur ter beschikking stond – hem een vordering uit onrechtmatige daad (aanvaring) niet, althans niet na verloop van een jaar, toekwam. De H.R. verwierp deze klacht op de m.i. juiste gronden, dat ten eerste de artt. 952 en 953 K. „slechts regelen omtrent de verjaring geven en niets behelzen over een samenloop van de in de artikelen bedoelde rechtsvorderingen”, en ten tweede, dat art. 952 „niet bepaalt of medebrengt, dat bij samenloop de vordering uit aanvaring is onderworpen aan de verjaringstermijn van de contractsactie”.

Naast de gevallen, dat de wet een speciale verjarings- of vervaltermijn voorschrijft, kan het voorkomen, dat contractueel voor de aansprakelijkheid wegens schade een vervaltermijn wordt bedongen. Het zal dan van de uitleg van een dergelijk beding afhangen, of de samenloopscrediteur na het verstrijken dezer termijn alsnog uit onrechtmatige daad kan ageren.

³⁵ T.a.v. art. 95 K. neemt *Mulderij* (W.P.N.R. 2801) aan, dat met „alle rechtsvordering” uitsluitend bedoeld is de vordering uit de vervoersovereenkomst. Anders *Dorhout Mees*, Kort Begrip, no. 855. *Wachter* („De Beurtvaart”, blz. 329) is van oordeel, dat de vervaltermijn van art. 827 K. uitsluitend ziet op de contractsactie, terwijl daarentegen de verjaring van art. 952 K. mede de vordering uit onrechtmatige daad zou omvatten.

16. Aansprakelijkheid voor andere personen

Wanneer de schade-veroorzakende handeling welke de wanprestatie oplevert, wordt verricht door een ander dan de debiteur, kan er van samenloop van een contractsvordering met een vordering uit 1401 geen sprake zijn. De De samenloop deze vorderingen is t.a.v. de debiteur uitgesloten, omdat de debiteur zelf geen onrechtmatige daad heeft gepleegd; en tegen degene die de schade toebracht, heeft de crediteur geen contractuele vordering, omdat deze geen contractant was en dus geen wanprestatie kon plegen. Dat er niettemin in deze gevallen samenloop aanwezig kan zijn, vindt zijn oorzaak in het feit, dat de wet in bepaalde gevallen – al dan niet met de mogelijkheid van disculpatie – iemand aansprakelijk stelt voor anderen's onrechtmatige handelingen. Verreweg de belangrijkste categorie vormt hier de aansprakelijkheid van de „meester” voor zijn ondergeschikten (art. 1403 lid 3)³⁶.

Hoewel ons contractenrecht geen overeenkomstige algemene regel als die van art. 1403 lid 3 kent, is men het er algemeen over eens, dat de debiteur aansprakelijk is niet alleen voor de fouten van zijn ondergeschikten, maar ook voor de fouten van degenen die hij bij de uitvoering van de overeenkomst gebruikt zonder dat te hunnen aanzien van een ondergeschiktheidsverhouding in de zin van evenvermelde bepaling sprake is. En in zoverre is dus de aansprakelijkheid uit overeenkomst voor anderen's handelingen *ruimer* dan die uit 1403 lid 3.

Dat onze wet de aansprakelijkheid van de contractsdebiteur voor tekortkomingen van degenen die hij bij de uitvoering van de overeenkomst gebruikt, niet algemeen geregeld heeft, is geen omissie. Die aansprakelijkheid vloeit immers indirect voort uit de in onze wet (artt. 1280 en 1281) neergelegde overmachtsleer. Hoewel hier de preciese inhoud der verbintenis het laatste woord

³⁶ In zijn recent arrest van 10-6-1955, N.J. 1955, no. 552 m.o. L.E.H.R. heeft de H.R. uitdrukkelijk beslist, dat de aansprakelijkheid ex 1403 lid 3 niet is gegrond op een door de meester geschonden rechtsplicht. Vide over dit arrest de interessante beschouwingen van H. Drion in zijn inaugurele rede „Aansprakelijkheid voor anderen's fouten” (1958). Het betreft hier dus een verbintenis uit de wet, welke buiten onrechtmatigheid en schuld op de meester een verplichting tot schadevergoeding legt.

heeft (waarbij het van belang is of het een z.g. resultaats-verbintenis dan wel een inspanningsverbintenis betreft), kan in het algemeen gezegd worden, dat een fout van een ondergeschikte of „helper” van de debiteur niet kan gelden als een „vreemde oorzaak” welke de debiteur niet kan worden toegerekend³⁷.

De ruimere contractuele aansprakelijkheid van de debiteur voor fouten van anderen is intussen – anders dan men veelal meent – geen verschilpunt binnen het kader van de samenloop, maar is daarentegen bepalend voor de vraag of er samenloop van aansprakelijkheid is. En dit is alleen het geval wanneer degene die de debiteur bij de uitvoering van de overeenkomst heeft gebruikt, tevens zijn ondergeschikte in de zin van art. 1403 lid 3 is. Dan heeft de samenloopscrediteur niet alleen de keus tussen twee verschillende vorderingen tegen zijn debiteur, maar hij heeft bovendien een derde vordering ex 1401 tegen de ondergeschikte van de debiteur³⁸. Wordt echter de „fout” gemaakt door een niet ondergeschikte „helper” van de debiteur, dan is er van samenloop van vorderingen tegen dezelfde debiteur geen sprake. De crediteur heeft dan uitsluitend de keuze tussen een contractsactie tegen zijn debiteur en een actie ex 1401 tegen de „helper”.

17. *Aansprakelijkheid voor door zaken toegebrachte schade*

Omtrent de betekenis van art. 1403 lid 1 B.W. (art. 1384 lid 1 C.c.) waarin de algemene aansprakelijkheid voor

³⁷ Uit historisch oogpunt beschouwd is het merkwaardig, dat *Meijers* (W.P.N.R. 2261) destijds (1913) dit verband met art. 1280 niet heeft gezien. Om de contractuele aansprakelijkheid voor fouten van anderen te construeren, was hij toen wel gedwongen art. 1403 - m.i. ten onrechte - te beschouwen als een óók voor het contractenrecht geldende, algemene regeling. Daarmede was echter de aansprakelijkheid voor de fouten van niet-ondergeschikten geenszins verklaard.

³⁸ Een soortgelijke samenloop van contractuele aansprakelijkheid met aansprakelijkheid „buiten schuld” voor andermans onrechtmatige daad kan zich voordoen b.v. in de gevallen van art. 321 lid 2 K. (reder) en 780 lid 2 K. (eigenaar binnenschip), wanneer de reder c.q. eigenaar van het binnenschip tevens wegens wanprestatie tot vergoeding van de toegebrachte schade gehouden is. Bij de aanvaring (art. 534 K. c.v.) ligt de zaak weer wat anders, omdat daar de reder niet aansprakelijk wordt gesteld voor de onrechtmatige daad van andere personen, maar voor de „schuld van het schip”.

„zaken welke men onder zijn opzicht heeft” wordt geregeld, heeft in Frankrijk en ons land de grootst mogelijke tegenstelling. In Frankrijk wordt deze bepaling in de rechtspraktijk zelfs meer toegepast dan de algemene bepaling van art. 1382 C.c. (ons 1401) en leidt zij tot een zeer zware risico-aansprakelijkheid, waarvan de „toezichthouder” zich slechts kan bevrijden door het bewijs van overmacht in enge zin. Daarentegen is de bepaling voor ons recht een wassen neus, omdat het gevestigde rechtspraak van de H.R.³⁰ is, dat de toezichthouder slechts aansprakelijk is, indien de schade het gevolg is van zijn nalatigheid of verzuim. Voor ons recht maakt het dus geen verschil uit of men uit 1401 dan wel uit 1403 ageert; en de bepaling van art. 1403 lid 1 heeft bij ons dan ook geen zelfstandige betekenis.

Voor het samenloopsprobleem zijn derhalve slechts van belang de gevallen waarin de wet de aansprakelijkheid voor door bepaalde zaken veroorzaakte schade *afzonderlijk* geregeld heeft, zoals in artt. 1404 en 1405 B.W., 31 W.V.W. en 536, 544a, 938 en 949 K. Al deze speciale regelingen wijken op verscheidene punten (b.v. bewijslast, mogelijkheid van disculpatie, aansprakelijkheid voor anderen) van de algemene regeling van 1401 af.

Samenloop in de gevallen van 1404 en 1405 is denkbaar, doch voor de praktijk uiterst onbelangrijk. Daar mijn fantasie te kort schiet om een voorbeeld van samenloop te bedenken in het geval van art. 31 W.V.W., resteren dus als van praktisch belang de gevallen van aanvaring van schepen of van botsing van schepen met andere voorwerpen. Het zou mij te ver voeren, wanneer ik op de verschillpunten welke hier mogelijk zijn, nader zou ingaan. Verscheidene verschillen komen overigens reeds onder een andere rubriek ter sprake (b.v. verjaring, beperking aansprakelijkheid, aansprakelijkheid voor andere personen).

18. *Andere verschillen*

Zonder aanspraak te maken op volledigheid geef ik hieronder nog een opsomming van andere verschillpunten, welke incidenteel van belang kunnen zijn.

1. Daar men voor ons recht moet aannemen, dat

³⁰ Vide o.m. H.R. 15-2-1907, W. 8500, 16-4-1942, N.J. 1942, no. 394 en 28-6-1946, N.J. 1946, no. 723 met instructieve noot van D.J.V.

iemands dood voor deze geen voor vergoeding in aanmerking komende schadepost is (het is hard om het te moeten zeggen), levert de afwijkende regeling van art. 1406 geen verschilpunt van belang op. Ex contractu kunnen de erfgenamen (als zodanig) van de nedergeslagene slechts vergoeding vorderen van de schade welke hun erflater tot aan het tijdstip van zijn dood heeft geleden. Anders *Suyling*, II, 1, no. 13.

2. In het geval van *lichamelijke verwonding* is de samenloopscrediteur t.a.v. de hoegrootheid der schadevergoeding niet gebonden aan de in art. 1407 B.W. neergelegde beperkingen (stand en fortuin), wanneer hij ex contractu ageert.

3. Wanneer de overeenkomst met een *onbekwame* is aangegaan, staat de samenloopscrediteur bloot aan een beroep op de (relatieve) nietigheid van de verbintenis – met alle onoverzichtelijke rechtsgevolgen van dien – als hij zich van de contractsactie bedient. Dit beroep op de nietigheid komt echter ingevolge art. 1483 B.W. niet toe aan de onbekwame, wanneer de samenloopscrediteur hem wegens onrechtmatige daad aansprakelijk stelt. De toevoegbaarheid van zijn vordering hangt dan af van de vraag, of de onbekwame „schuld” in de zin van art. 1401 had en of hij dus toerekeningsvatbaar kon worden geacht.

4. Wanneer de wederpartij van de samenloopscrediteur uit meer dan één persoon bestaat, kan hij zijn debiteuren op grond van wanprestatie slechts voor schadevergoeding voor hun evenredig deel aanspreken. Ageert hij echter uit onrechtmatige daad, dan is ieder der debiteuren voor het *geheel* aansprakelijk.

5. Voor bepaalde overeenkomsten (arbeidsovereenkomst, huur, huurkoop, pacht e.d.) is een andere rechter *absoluut bevoegd* dan de rechter, die over een vordering uit onrechtmatige daad oordeelt. De samenloopscrediteur moet hier dus een keuze doen en hem ontbreekt de mogelijkheid van een alternatief petitum.

6. Men neemt in het *internationaal privaatrecht* veelal aan, dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad onderworpen is aan de *lex loci delicti*, welk recht geenszins identiek behoeft te zijn aan het recht dat het contract beheerst. Onder omstandigheden kan dit verschilpunt voor de samenloopscrediteur van belang zijn.

7. In het zeerecht (artt. 318c en q K.) en in de binnenvaart (art. 758 K.) hebben de vorderingen uit onrechtmatige daad een hogere voorrang dan de vorderingen uit contract.

8. Indien men aanneemt, dat zich in een strafproces alleen als *beledigde partij* (art. 332 Sv.) kan voegen degen die de verdachte aansprakelijk stelt uit onrechtmatige daad, brengt zulks voor de samenloopscrediteur nog een (overigens onbelangrijk) verschilpunt mede.

IV. BUITENLANDS RECHT

19. *Frans en Belgisch recht*

Alvorens over te gaan tot beantwoording van de aan mijn pracadvies ten grondslag liggende vraag, is het gewenst een blik te werpen op de opvattingen omtrent het samenloopsprobleem in het buitenland.

In *Frankrijk*, waar over het probleem van de „cumul” (juister „option” of „concours”) buitengewoon veel is geschreven en gepolemiseerd, heerst in de doctrine bijkans een babylonische spraakverwarring. Er zijn wel enkele grote lijnen aan te wijzen, maar als het aankomt op de fundering daarvan, heeft bijna iedere schrijver zijn eigen theorie welke naar believen wordt geadstrueerd met een beroep op „l’histoire”, „l’examen de la loi”, „l’esprit des textes”, „la logique juridique”, „les principes généraux du Droit”, „l’équité”, „les axiomes fondamentaux”, „la force obligatoire des conventions” enz. Van deze diversiteit van meningen geven de dissertaties van *Meignié*, *Brun* en *Martine*⁴⁰ een goed beeld. Tevens representeren deze schrijvers de drie grote stromingen, welke men in Frankrijk kan onderscheiden.

Meignié vertegenwoordigt de (sterk in de minderheid staande) groep van schrijvers zoals *Planiol*, *Ripert*, *Bartin* en *Savatier*, welke zich – zij het soms in beperkte mate – vóór de samenloop hebben uitgesproken. Naast de „obligations purement contractuelles, qui sont nées du contrat” onderscheidt *Meignié* „obligations légales qui, tout

⁴⁰ *M. Meignié*, „Responsabilité et Contrat” (1924); *A. Brun*, „Rapports et Domaines des Responsabilités contractuelle et délictuelle” (1931); *E. N. Martine*, „L’option entre la Responsabilité contractuelle et la Responsabilité délictuelle” (1957).

en *subsistant*, sont devenues en même temps contractuelles". Wanneer dergelijke, reeds vóór het sluiten van het contract bestaande verplichtingen worden geschonden, neemt hij de samenloop aan, omdat zij door het contract niet worden gesupprimeerd, maar daarentegen zelfs versterkt („renforcées").

Onder deze groep neemt *Savatier*⁴¹ een eigen positie in. Naar zijn oordeel kan er slechts van samenloop sprake zijn, wanneer een „faute dommageable distincte" is gemaakt. Dit is het geval als de handeling „ait manqué à un devoir indépendant du contrat tel qu'une obligation légale extérieure ou un devoir moral distinct" en als bovendien de schade is veroorzaakt aan een goed of belang „autre que le simple bénéfice du contrat". Deze opvatting gaat in de richting van mijn „theorie" van de positieve wanprestatie.

Brun is een aanhanger van de stroming (*Demolombe*, *Demogue*, *Josserand*), welke in beginsel de samenloop afwijst, doch deze bij uitzondering toelaat. Voor *Brun* zijn deze uitzonderingen beperkt tot de gevallen, dat de debiteur zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit, opzet, grove schuld of een „faute professionnelle". In de drie eerste gevallen wordt deze uitzondering gemotiveerd met een beroep op het adagium „fraus omnia corrumpit": „le régime contractuel, régime de confiance, ne survit pas à la trahison de ceux qui l'ont établi" (*Josserand*). Wat de beroepsfouten betreft, wijst *Brun* er op, dat notarissen, medici, architecten e.d. verplichtingen hebben, welke hun bron niet uitsluitend in het contract vinden: „le devoir violé n'a pas sa source dans le contrat seul; il existe, en dehors de lui". Deze gematigde anti-stroming vindt men in de lagere Franse rechtspraak veelvuldig weerspiegeld.

Martine ten slotte is de representant van de steeds meer veld winnende stroming (recentelijk *Esmein*, *de Mazeaud's*, *Tunc*), die onder alle omstandigheden de „culmul" van de hand wijst⁴². Deze leer dient als de heersende

⁴¹ R. Savatier, „Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français", 1951, I, no. 148-160.

⁴² H. et L. Mazeaud-Tunc („Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile", 1957, I, no. 297) aanvaardt de samenloop „dans les cas exceptionnels où le même fait qui constitue une faute contractuelle constitue en même temps une faute délictuelle distincte et extérieure au contrat". Maar uit de voorbeelden welke hiervan

Franse opvatting omtrent de samenloop te worden aangemerkt, omdat het de leer is van de Cour de Cassation. Nadat de Chambre civile zich reeds herhaaldelijk tegen de samenloop had uitgesproken en de Chambre des requêtes – na enige „deserties” – zich hierbij had aangesloten, bevestigde ook de Chambre sociale in 1949 dit standpunt in de navolgende, niets aan duidelijkheid te wenschen overlatende overweging: „Attendu qu'il ressort des articles 1382 et suivants, que ces dispositions étrangères aux rapports des parties contractantes entre elles ne peuvent être invoquées dans le cas d'un manquement commis dans l'exécution d'une obligation résultant d'une convention dont il ne saurait être fait abstraction pour l'appréciation de la responsabilité engagée”⁴³.

Voor de afwijzing van de samenloop pleegt men zich in Frankrijk er op te beroepen, dat de „cumul” zowel in het beginsel van de contractsvrijheid als de wil van de wetgever (die de contractuele aansprakelijkheid in algemene en bijzondere bepalingen heeft geregeld) zou frustreren. Deze – op zichzelf niet decisieve – argumenten kan men eerst ten volle op hun mérites beoordelen, indien wordt bedacht, dat men in Frankrijk – anders dan bij ons – algemeen aanneemt, dat de bepalingen van de artt. 1382 C.c. e.v. van *openbare orde* zijn en dat daarvan dus bij contract niet kan worden afgeweken. Contractuele bedingen, waarbij de aansprakelijkheid wordt beperkt of uitgesloten of waarbij een korte vervalt termijn wordt overeengekomen, zouden dus niet meer dan een wassen neus zijn, wanneer men de samenloop zou aanvaarden en aan de crediteuren zou toestaan uit onrechtmatige daad te ageren. In dit licht bezien winnen de door de tegenstan-

worden gegeven, blijkt dat de schrijvers gevallen op het oog hebben waarin de aanwezigheid van wanprestatie hoogst problematisch is en de schade wordt veroorzaakt *ter gelegenheid* van de uitvoering van een contract.

⁴³ Ik citeer juist dit arrest, omdat daaruit blijkt, dat ook de Cour de Cassation het criterium „los van de overeenkomst” verwerpt als irreëel. Bij aanvaarding van het dogma, dat de artt. 1382 e.v. C.c. niet van toepassing zijn op binnen het kader van een overeenkomst verrichte handelingen, brengt dan de verwerping van dit criterium automatisch de afwijzing van samenloop met zich mede. Laat men dit dogma echter vallen, dan geraakt men even automatisch in de aanvaarding van de meest ruime vorm van samenloop.

ders van de samenloop aangevoerde argumenten aanzienlijk aan overtuigingskracht⁴⁴.

In België heeft de rechtspraak in de loop des tijds een nogal wisselvallig beeld gegeven, doch zij neigt thans meer en meer tot afwijzing van de samenloop. In 1930 oordeelde de Belgische cassatierechter: „Attendu que le fait de s'engager, dans un contrat, à veiller tout spécialement aux biens ou à la personne d'un contractant, n'enlève pas, par lui-même, à ce dernier l'action délictuelle pour lui réserver seulement, en cas de dommage, l'action née du contrat". Maar dit arrest, dat zich duidelijk uitspreekt vóór samenloop, wordt door recente schrijvers niet meer representatief geacht.

*Van Rijn*⁴⁵ is onder de schrijvers de grote voorstander van de samenloop. Zijn stelling is dat „les obligations délictuelles et la responsabilité qui est leur sanction subsiste en principe entre contractants". Onder deze buitencontractuele verplichtingen welke hun gelding binnen het kader van een overeenkomst behouden, behoort volgens *Van Rijn* ook „l'obligation d'observer en toutes circonstances la prudence et la diligence nécessaires que l'ont peut attendre d'un homme avisé pour respecter la propriété ou la personne d'autrui". De leer van *Van Rijn* gaat dus sterk in de richting van het standpunt van de H.R. zoals ik dit heb geïnterpreteerd.

*Dalcq*⁴⁶ heeft zeer onlangs een overzicht van de Belgische rechtspraak en doctrine gegeven. Naar zijn oordeel aanvaardt de moderne rechtspraak geen samenloop, wanneer het gaat om een „faute dans l'exécution du contrat". Wanneer er echter van een „faute commise à l'occasion du contrat" sprake is en er een „obligation aquilienne non inscrite dans la convention" is geschonden, oordeelt men anders. Volgens *Dalcq* dient men alsdan te spreken van een „coexistence des deux actions" (en niet van een

⁴⁴ Een krachtig argument voor het Franse standpunt is ook, dat men bij aanvaarding van de samenloop de debiteur zou blootstellen aan de zware aansprakelijkheid voor zaken welke men onder zijn opzicht heeft (art. 1384, al. 1).

⁴⁵ *J. van Rijn*, „Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif" (1933).

⁴⁶ *R. O. Dalcq*, „Traité de la Responsabilité civile", Les Nouvelles, 1959, Tome V vol. 1.

„concours”), omdat de beide vorderingen een „fondement différent” hebben.

De Page⁴⁷ staat op hetzelfde standpunt. Van samenloop (in de zin van concursus) kan nimmer sprake zijn. Samenloop in de zin van „superposition” is mogelijk, indien naast de wanprestatie een „faute dommageable distincte” is begaan, die aan twee voorwaarden dient te voldoen: „la violation d'un devoir extracontractuel, la réalisation d'un dommage extracontractuel”. Het is duidelijk dat aldus de samenloop volstrekt wordt uitgesloten, zulks onder de (vanzelfsprekende) erkenning, dat *cumulatie* der beide vorderingen mogelijk is, wanneer ter gelegenheid van de uitvoering van een overeenkomst de debiteur zich behalve aan wanprestatie bovendien schuldig maakt aan een feitelijk daarvan los staande onrechtmatige daad.

20. Duits en Zwitsers recht

In *Duitsland* is er van een samenloopsprobleém eigenlijk geen sprake. De rechtspraak en de meeste schrijvers aanvaarden de „Anspruchskonkurrenz” in volle omvang en zonder enige beperking. Het Reichsgericht besliste in 1916 principieel: „Die allgemeine Rechtspflicht, deren Verletzung die unerlaubte Handlung darstellt, kann nicht dadurch beseitigt werden, dasz es ein Vertrag war, der erst die Möglichkeit der rechtswidrigen Einwirkung auf den Rechtsgüterkreis des anderen gegeben hat. *Der Vertrag verstärkt die allgemeine Rechtspflicht*, nicht aber beseitigt er sie”.

Ook wanneer uitsluitend een „*Obhutsverpflichtung*” is geschonden, aanvaardt het Duitse standpunt de samenloop en leidt het derhalve tot consequenties welke *identiek* zijn aan het systeem dat ik aan de hand van het samenloopsarrest van 1955 voor ons recht heb menen te moeten ontwikkelen. Zo schrijft *Larenz*⁴⁸: „In der Tat handelt es sich bei der Vertragspflicht zur Sorgfalt, deren letzter Geltungsgrund ja auch im objektiven Recht der Gemeinschaft liegt, nicht um eine Pflicht, die neben die allgemeine volksgenössische Pflicht tritt, kein Unrecht zu

⁴⁷ H. de Page, „Traité élémentaire de droit civil belge”, 1940, II, no. 924.

⁴⁸ K. Larenz, „Vertrag und Unrecht”, 1937, II, blz. 76.

tun, sondern um deren Ausgestaltung, Erweiterung oder Verständigung”.

Voor de theoretische fundering van de samenloopsvraag is in dit verband nog wel interessant te vermelden hoe *Larenz* de „Anspruchskonkurrenz” nader analyseert. Hij meent namelijk, dat het onjuist is om te spreken van een samenloop van twee vorderingen. „Verletzt werden also nicht zwei verschiedene Pflichten, eine allgemeine Rechtspflicht und eine Vertragspflicht, sondern verletzt wird die allgemeine volksgenössische Pflicht zugleich in ihrer besonderen Ausgestaltung als Vertragspflicht”. Er is slechts één verplichting, zij het „zweifach begründet”; en daarom is er ook slechts één vordering. Elders⁴⁹ trekt *Larenz* hieruit de conclusie, dat het dus in wezen niet om „Anspruchskonkurrenz”, maar om „Anspruchseinheit bei Mehrheit der Anspruchsgrundlagen” gaat⁵⁰.

Voor *Zwitserland* geldt hetzelfde als voor *Duitsland*; ook daar neemt men de samenloop in de ruimste zin aan. In het Zwitserse recht (dat evenals het Duitse voor de beide aansprakelijkheden één regeling der schadevergoeding kent en bovendien in geval van wanprestatie vergoeding van immateriële schade toestaat) heeft echter de mogelijkheid van de keuze tussen beide vorderingen nauwelijks praktisch belang, omdat de contractsactie steeds voordelen biedt boven de vordering uit onrechtmatige daad. Het voordeel van de contractuele vordering is driedig: de crediteur behoeft geen „Verschulden des Beklagten” te bewijzen; de verjaringstermijn in geval van wanprestatie bedraagt tien jaar i.p.v. één jaar bij de delictsactie; en ten slotte heeft de contractsdebiteur geen mogelijkheid van disculpatie in geval van aansprakelijkheid voor ondergeschikten en helpers. Tevens neemt men

⁴⁹ „Lehrbuch des Schuldrechts”, 1957, II, par. 69.

⁵⁰ Het is zeer de vraag of deze visie voor ons recht mogelijk is. In ons verbintenissenrecht berust de aansprakelijkheid voor schade op het bestaan van een *verbintenis* uit de wet, waaruit de vordering tot schadevergoeding rechtstreeks voortvloeit. Niet te loochenen is echter, dat in het geval van samenloop sprake is van twee verbintenissen (ex 1279 en ex 1401) en dus ook van twee vorderingen. Dit is kennelijk ook de opvatting van de H.R., die in het geciteerde aanvaringsarrest van 1959 de toepasselijkheid van twee verschillende *verjaringen* erkent. *Larenz* is verplicht in zijn systeem slechts één verjaring te erkennen (de contractuele).

aan dat een wettelijke of contractuele beperking van de aansprakelijkheid wegens wanprestatie die van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad met zich mede brengt.

Onder deze omstandigheden acht *Von Thur-Sieewart*⁵¹ het „zwecklos, an der Vorstellung einer Anspruchskonkurrenz festzuhalten. Denn beide Ansprüche, wenn man sie unterscheiden will, werden immer gleichzeitig erhoben; indem die vorgebrachten Tatsachen zur Begründung sowohl des Vertragsanspruchs, wie des Deliktsanspruchs ausreichen: wer aus Vertrag klagt, musz zur Begründung seines Schadens sein Eigentum oder sonstiges Recht an der Sache behaupten; wer aus Art. 41 klagt, wird nicht umhin können, die Umstände darzulegen, unter denen der Beklagte mit der Sache in Berührung kam, d. h. ein etwaiges Vertragsverhältnis bezüglich der Sache zu erwähnen. Wie im Tatbestand, so decken sich beide Ansprüche, wie oben dargelegt, auch in ihrem Inhalt. Daher scheint es mir einfacher und klarer anzunehmen, dasz Vertragsverletzungen in erster Linie vom Vertragsrecht, als der spezielleren Vorschrift, geregelt werden und das Deliktsrecht nur dann zur Anwendung kommt, wenn zwischen den Parteien kein Vertragsverhältnis besteht oder ein Anspruch aus dem Vertragsverhältnis nicht mehr geltend gemacht werden kann.“

Ik heb deze passage in extenso aangehaald, omdat daaruit blijkt enerzijds hoe ver de door *Von Thur-Sieewart* bestreden heersende opvatting van de samenloop in Zwitserland gaat, en anderzijds dat de samenloopsvraag haar praktisch belang kan verliezen, wanneer de ene vordering de samenloopscrediteur steeds voordelen biedt boven de andere en wanneer dus alleen een dwaze crediteur een „verkeerde“ keuze zou kunnen doen.

21. *Engels en Amerikaans recht*

Van het Engelse en Amerikaanse recht heb ik zelfs geen oppervlakkige studie gemaakt en mij vrijwel uitsluitend beperkt tot de lezing van de zeer belangwekkende studie

⁵¹ *Von Thur-Sieewart*, „Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts“, 1944, II, par. 68.

van de Amerikaan *Prosser*⁵², die met betrekking tot ons probleem de historische ontwikkeling van de rechtspraak in beide landen heeft geschetst.

Uit de studie van *Prosser* blijkt, dat de Engelse rechter al zeer vroeg heeft onderkend, dat de samenloop is beperkt tot het geval van „*misfeasance*” (niet behoorlijke nakoming van het contract), zulks in tegenstelling tot het geval van „*nonfeasance*” (niet of niet tijdig nakomen), waarin alleen ex contractu kan worden geageerd. Dit inzicht had tot gevolg, dat men in Engeland zelfs zover ging, dat welhaast iedere „*misfeasance*” – zonder te onderscheiden of het contractsbelang of een ander belang van de crediteur was gelaedeerd – tevens als een onrechtmatige daad („*tort*”) werd beschouwd. Dit moge blijken uit een bekende uitspraak van Lord Campbell (1844): „Wherever there is a contract and something to be done in the course of the employment which is the subject of that contract, if there is a breach of duty in the course of that employment, the plaintiff may recover either in tort or in contract.”

Deze dogmatisch onverantwoorde opvatting is in Engeland inmiddels verlaten. Men aanvaardt weliswaar nog steeds de samenloop, doch in beperkte mate. *Pollock*⁵³ geeft als definitie: „Wherever the parties have come into such a relation that a duty to take proper care can be established *without reference to any contract*, there the violation of that duty by negligence is a tort, whether it consists in commission or omission, and whether there be in fact a contract or not.” Deze opvatting tendeert naar mijn oordeel naar het criterium „los van de overeenkomst”. Een m.i. ruimer standpunt neemt *Salmond*⁵⁴ in, wanneer hij zegt: „There are many instances in which a person voluntary binds himself by a contract to perform some duty which already lies upon him independently of any contract. The breach of such a contract is also a tort, inasmuch as liability would equally have existed in such a case had there been no contract at all”; en voorts „So also in all other cases in which, by a wilful or negligent

⁵² W. L. Prosser, „Selected Topics on the Law of Torts”, hoofdstuk VII, „The Borderland of Tort and Contract”, 1953.

⁵³ *Pollock's Law of Torts*, 14 ed., 1939, blz. 436.

⁵⁴ „*Salmond on the Law of Torts*”, 11 ed., 1953, blz. 9.

act of misfeasance, harm is done to the person or property of another in the course of performing a contract made with him which involves the use of care and skill".

In de *Verenigde Staten* aanvaardt men in theorie de samenloop in de meest ruime zin⁵⁵. *Prosser* resumeert de situatie als volgt: „In this country, then, the tort liability usually will turn upon whether the defendant has gone so far, in his performance of the contract, that his affirmative conduct has begun to affect the interests of the plaintiff, and an obligation of care arises which does not differ in its essential nature from the duty of an automobile driver who approaches a pedestrian crossing an intersection". Het lijkt wel of *Prosser* een schildering geeft van de consequenties van het door onze H.R. aangelegde criterium „onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen"!

V. DE VRAAG NAAR EEN ALGEMENE REGELING VAN DE SAMENLOOP

22. De relativiteit der vraag

De vraag of de wet algemene regelen behoort te bevatten omtrent de verhouding (samenloop) tussen vorderingen uit overeenkomst en vorderingen uit onrechtmatige daad, kan slechts met zin gesteld – en dan ook in principe beantwoord – worden, indien men onder „de wet" een *bepaald* verbintenissenrecht verstaat. Ook immers wanneer de wet (zoals bij ons) geen algemene regeling van de samenloop geeft, is de verhouding tussen de beide vormen van civielrechtelijke aansprakelijkheid volstrekt afhankelijk van de *structuur* van het (bepaalde) verbintenissenrecht, dat die aansprakelijkheid heeft geregeld. En zulks geldt zowel voor de vraag, of en in

⁵⁵ In de praktijk blijkt echter de Amerikaanse rechter – zulks volgens *Prosser* ten onrechte – nogal eens de mogelijkheid van samenloop te beperken. Enerzijds komt het oude actie-systeem om de hoek kijken, wanneer de rechter de eiser vastnagelt aan de actie welke hij blijkens de uitleg van zijn „complaint" heeft ingesteld. Anderzijds ontzegt men wel een de eiser het recht een keuze te doen, omdat de „gist of the action" (de wezenlijke aard van het schadeveroorzakende feit) hetzij de vordering uit contract hetzij die uit onrechtmatige daad zou uitsluiten.

hoeverre de bepaalde wet de samenloop toelaat, als voor de vraag wat daarvan voor de samenloopscrediteur de consequenties zijn.

Men kan dus alleen pro of contra de samenloop zijn binnen het kader van een bepaald verbintenissenrecht. Wanneer een verbintenissenrecht de aansprakelijkheid in dier voege heeft geregeld, dat de samenloop is uitgesloten, dan kan men alleen vóórstander van de samenloop zijn en een algemene regeling wensen, indien de beide vormen van aansprakelijkheid in bepaalde gevallen tot verschillende gevolgen leiden. Omgekeerd kan een verbintenissenrecht, dat de gevolgen van de beide aansprakelijkheden verschillend heeft geregeld, de samenloop steeds toelaten; men kan dan tegenstander van een dergelijke samenloop zijn en een algemene regeling wensen ter beperking of uitsluiting daarvan. Voorts kan het zijn – en dat is de situatie in ons huidige recht –, dat bij verschil in gevolgen het verbintenissenrecht de samenloop in beperkte mate toelaat. Dan kan men voor- of tegenstander van zodanige samenloop zijn. Ten slotte is het geval denkbaar dat het verbintenissenrecht de gevolgen van de beide aansprakelijkheidsvormen identiek geregeld heeft. Het heeft dan geen enkele zin om pro of contra de samenloop te zijn.

Het relatief karakter van het samenloopsbegrip brengt dus mede dat men bezwaarlijk over het pro en contra van de samenloop „an sich” kan discussiëren. Voor ons, prae-adviseurs, betekent dit dat wij ons bij de beantwoording van de gestelde vraag moeten beperken tot de samenloop binnen het kader van het *huidige* recht. Alleen het geldend recht bevat immers de voor de beantwoording van de gestelde vraag vereiste „feitelijke grondslag”, te weten de regeling van de beide vormen van civiele aansprakelijkheid en hun verhouding. Nu wij aan de vooravond van een nieuw B.W. staan, boet daardoor de ons gestelde vraag wel aan betekenis in.

23. *Uitsluiting van de samenloop?*

Voor ons recht is gegeven, dat de regeling van de beide vormen van aansprakelijkheid op bepaalde punten zodanige verschillen inhoudt, dat de crediteur er belang

bij kan hebben in plaats van *ex contractu* te ageren uit onrechtmatige daad. Voorts is gegeven, dat ons recht de samenloop in beperkte mate toelaat, en wel uitsluitend indien de schade (*primair*) is veroorzaakt aan een ander belang dan het zuivere contractsbelang van de crediteur.

Tegen deze samenloop naar ons geldend recht kan men *principieel* bezwaar hebben, omdat men oordeelt, dat binnen het kader van een overeenkomst uitsluitend de regeling van de contractuele aansprakelijkheid van toepassing dient te zijn. Dit typisch Franse standpunt, dat – ongeacht de bestaande verschillen tussen de beide vormen van aansprakelijkheid – op principiële gronden de vordering uit onrechtmatige daad wenst te elimineren, lijkt mij voor ons recht niet aanvaardbaar.

Voor zover mij bekend is dit standpunt in ons land nimmer verdedigd. Als enig argument van betekenis zou hiervoor een beroep gedaan kunnen worden op de „*force obligatoire des conventions*” of op het beginsel van art. 1374 B.W. dat de overeenkomst partijen tot wet strekt. Ongetwijfeld zou dit een krachtig argument zijn, indien wij ons verbintenissenrecht zouden hebben geïnterpreteerd zoals men dat in Frankrijk doet. Maar bij ons zijn de bepalingen van 1401 e.v. niet van openbare orde en bij ons kennen wij niet de zo veelvuldige toepassing van de zware risico-aansprakelijkheid voor zaken welke men onder zijn opzicht heeft. Voor ons recht bestaat dus niet de dringende noodzaak om de debiteur te beschermen tegen het „gevaar” van de samenloop. En daarom wint bij ons aan kracht het sterke tegenargument, dat de *voor een ieder* geldende verplichting zich van het plegen van onrechtmatige daden te onthouden, óók dient te gelden voor de debiteur, die bij de uitvoering van een contract deze verplichting schond en daartoe krachtens zijn contract niet gerechtigd was. Ook het „contractuele verkeer” maakt (een zelfs belangrijk) onderdeel uit van het maatschappelijk verkeer, waarin men zich jegens elkander betamelijk dient te gedragen.

Het standpunt dat van samenloop niets wil weten, lijkt mij bovendien te miskennen, dat in ons recht de samenloop beperkt is tot het geval van de positieve wanprestatie en dus van een wederrechtelijke handeling welke in wezen een „typische” onrechtmatige daad oplevert. Totdat in

1911 de Cour de Cassation in Frankrijk op de vervoerder van personen (uitsluitend om de bewijslevering van de debiteur te vergemakkelijken) een „obligation de sécurité” legde, kon men voordien wegens verwonding uitsluitend uit onrechtmatige daad ageren. Waarom zou – door de verruiming van de contractuele aansprakelijkheid van de vervoerder – dit toebrengen van lichamelijk letsel eensklaps zijn onrechtmatig karakter moeten verliezen? Ik zie er geen enkele grond voor, *zolang* de crediteur (in het geval van verwonding is dit met het oog op de vergoeding van ideële schade evident) er belang bij kan hebben een keuze te doen. De positieve wanprestatie is – en nu overdrijf ik wel enigszins – een „oneigenlijke” wanprestatie, maar een „echte” onrechtmatige daad.

In Frankrijk wordt door de bestrijders van de „cumul” nog al eens aangevoerd, dat de aanvaarding van de samenloop de wettelijke regeling van de contractuele aansprakelijkheid ten aanzien van bepaalde contracten buiten spel zou zetten. Het geijkte voorbeeld is de bewaarnemer om niet, die volgens art. 1927 C.c. (ons art. 1743) slechts de zorg behoeft aan te wenden, welke hij voor zijn eigen zaken aanwendt, doch krachtens art. 1382 C.c. (ons art. 1401) aan een strenger „schuld”-vereiste zou blootstaan. Dit argument houdt – althans voor ons recht – geen steek. Art. 1743 regelt niet de „schuld”, maar de omvang van de contractuele verplichtingen van de bewaarnemer om niet. Wanneer hij de hem ter bewaring gegeven zaak beschadigt zonder daarbij de hem door art. 1743 voorgeschreven zorgverplichting te schenden, pleegt hij dus geen wanprestatie. Maar hij is evenmin ex 1401 aansprakelijk, omdat bij de toepassing van het samenloopscriterium van de H.R. rekening dient te worden gehouden met het feit der overeenkomst, zulks mede om te kunnen beoordelen waartoe de debiteur gerechtigd was.

Mijn conclusie is, dat er – eenmaal gegeven de bestaande verschillen tussen de beide vormen van aansprakelijkheid – *geen enkele aanleiding* bestaat om de crediteur in het geval van positieve wanprestatie het recht te ontzeggen desgewenst zijn debiteur uit onrechtmatige daad aansprakelijk te stellen.

24. *Beperking van de samenloop?*

Wanneer men met mij van oordeel is, dat voor ons geldend recht de volstrekte uitsluiting van de samenloop niet wenselijk is, behoeft zulks niet te beletten, dat men hetzij in het algemeen hetzij incidenteel bezwaar heeft tegen de wijze waarop zich de samenloop in ons recht doet gelden. Voor zover deze bezwaren van incidentele aard zijn en/of verband houden met speciale wettelijke aansprakelijkheidsregelingen, ga ik er aan voorbij, omdat dergelijke bezwaren nimmer een *algemene regeling* van de samenloopverhouding kunnen wettigen.

Als enig bezwaar van algemene strekking kan worden aangevoerd, dat de door mij beschreven consequenties van de samenloop neerkomen op een ongewenste „*dooreenvloeiing*” van de aansprakelijkheid uit overeenkomst met die uit onrechtmatige daad en dat de samenloopscrediteur dus in „te veel” gevallen de keuze tussen beide voordeelingen heeft. Om deze dooreenvloeiing te vermijden, zou de samenloop dienen te worden beperkt tot de „aperte” gevallen, waarin het feit der wanprestatie een handeling oplevert welke „onder alle omstandigheden” als een onrechtmatige daad kan worden beschouwd. En men komt dan vanzelf in het (Franse) vaarwater van *Brun c.s.*, die de samenloop toelaten indien het feit der wanprestatie een *strafbaar feit* oplevert dan wel een onrechtmatige daad, waarbij *opzet* of *groeve schuld* in het spel is.

Aldus komt men tegemoet aan degenen die het liefst het (door de H.R. verworpen) criterium „los van de overeenkomst” zouden willen toepassen of die met *Wachter* in de illusie hebben geleefd, dat samenloop van vorderingen mogelijk is, wanneer door één feitelijk gebeuren twee naar inhoud verschillende verplichtingen worden geschonden. Over de onjuistheid van beide opvattingen heb ik het mijne gezegd. En ik zou hieraan nog willen toevoegen, dat samenloop *altijd* doorcenvloeiing van de beide vormen van aansprakelijkheid medebrengt en dat men dus dáárom de samenloop niet behoeft te beperken tot de z.g. aperte gevallen (waarin óók identieke verplichtingen worden geschonden)⁵⁶.

⁵⁶ *Larenz'* dogmatisch juiste constructie van de samenloop als „*Anspruchseinheit* bei Mehrheit der Anspruchsgrundlagen” demon-

Een en ander neemt niet weg, dat het systeem *Brun* op zichzelf een duidelijk criterium geeft en daarmee (evenals overigens „mijn” interpretatie van het criterium van de H.R.) een einde maakt aan de sfeer van problematiek waarin het vraagstuk van de samenloop pleegt te worden gehuld. Het systeem heeft daarenboven de verdienste dat het op een duidelijke ratio is gefundeerd, te weten de gedachte dat de debiteur die goedwillig zijn contractuele verplichtingen frustreert, zichzelf daarmee buiten het kader der overeenkomst heeft gesteld en niet langer aanspraak kan maken op zijn kwaliteit van contractant.

Het systeem *Brun* komt er op neer, dat de crediteur het recht van keuze zou verliezen in de grote meerderheid der gevallen waarin naar mijn opvatting samenloop aanwezig is. Alleen in uitzonderingsgevallen immers zal de crediteur in staat zijn opzet of grove schuld te bewijzen, zodat in alle andere gevallen de samenloop is uitgesloten. Praktisch verschilt de opvatting van *Brun* c.s. dus nauwelijks met de door mij in de vorige paragraaf bestreden opvatting die onder alle omstandigheden de samenloop wenst uit te sluiten.

Tegen *Brun*s criterium heb ik het bezwaar, dat het op een praemisse berust, welke niet met ons huidige recht strookt. Niet ten onrechte ziet men in Frankrijk in de regeling der delictuele aansprakelijkheid een „zwaarder” régime van civielrechtelijke „bestrafing” dan de regeling van de contractuele aansprakelijkheid. Voor ons recht, dat zijn eigen historische ontwikkeling heeft gehad, zal men zulks stellig niet mogen aannemen. En daarom bestaat er ook geen aanleiding om de debiteur, aan wiens „lichte” schuld de wanprestatie is te wijten, in „bescherming” te nemen tegen het régime der delictuele aansprakelijkheid.

Voor een zo drastische beperking van de samenloop als het systeem *Brun* zou meebrengen, bestaat ook geen enkel redelijk motief. Het is de crediteur, die door de wanprestatie schade lijdt, in beginsel immers *onverschillig* of streert de logische noodzaak der „dooreenvloeiing”. Dat bij de z.g. „aperte” gevallen deze dooreenvloeiing afwezig lijkt te zijn, berust op een soort van juridisch „optisch bedrog”. Ook daar wordt - en anders zou er van samenloop geen sprake zijn - door één feitelijk gebeuren aan één en hetzelfde belang van de crediteur wederrechtelijk een slechts éénmaal voor vergoeding in aanmerking komende schade toegebracht.

de geleden schade te wijten is aan opzet of grove schuld dan wel aan lichte schuld zijner wederpartij. In beide gevallen heeft de crediteur precies *hetzelfde belang*, namelijk om zijn keuze op de delictsactie te doen vallen, wanneer hem dat de meest passende schadevergoeding belooft te bieden. Wat met dit belang van de crediteur de – niet door art. 1401 onderscheiden – mate van verwijtbaarheid van de gedraging van de debiteur te maken heeft, is volstrekt onduidelijk. Het zou dus een slag in de lucht zijn, wanneer men de mogelijkheid van samenloop afhankelijk zou willen stellen van de *toevallige* omstandigheid dat aan de debiteur opzet of grove schuld (bewijsbaar) kan worden verweten.

Voor ons geldend recht – d.w.z. bij *behoud* van de bestaande verschillen tussen de twee vormen van aansprakelijkheid – ben ik derhalve van oordeel, dat niet alleen voor uitsluiting, maar ook voor beperking van de samenloop geen aanleiding kan bestaan. Of anders gezegd: voor ons huidig recht acht ik de regeling van de samenloop zoals deze uit de systematiek van het verbintenissenrecht voortvloeit, *relatief de meest bevredigende regeling*. En op de ons, praeadviseurs, voorgelegde vraag antwoord ik dus: *neen*.

25. *Neutralisatie van het samenloopsprobleem*

In de bestaande samenloopsverhouding kan men wijziging brengen door bij instandhouding van de regeling der civiele aansprakelijkheid die verhouding zelf nader te regelen. Over de wenselijkheid van een dergelijke (algemene) regeling gaat het in dit praeadvies; en de daarop betrekking hebbende vraag beantwoord ik *onthennend*. Men kan echter ook indirect de samenloop nader regelen door in de regeling der aansprakelijkheid een zodanige *wijziging* aan te brengen, dat zulks de gewenste oplossing van het samenloopsprobleem met zich mede brengt. Hoevel van ons, praeadviseurs, geen suggesties zijn gevraagd voor een wijziging van het verbintenissenrecht op het punt der civiele aansprakelijkheid, ga ik volledigheidshalve hierop nog even in.

Wanneer men – met mij – voor ons huidige recht van oordeel is, dat een algemene regeling van de samenloop

niet wenselijk is, betekent zulks geenszins, dat men daarom als een principiële voorstander van de samenloop moet worden beschouwd. Veeleer lijkt het mij zo te zijn, dat men dan uit twee kwaden het minste kiest. Men is immers slechts een voorstander van de samenloop, omdat onze wet nu eenmaal verschillende gevolgen aan de beide vormen van aansprakelijkheid heeft verbonden, doch niet omdat men dat verschil in regeling op zichzelf zo juist en doeltreffend acht.

Men kan het de ontwerpers van de Franse Code en van ons B.W. niet euvel duiden, dat zij bij de regeling van het verbintenissenrecht geen rekening hebben gehouden met de mogelijkheid van samenloop en dat zij zich evenmin hebben afgevraagd of en in hoeverre de contractuele aansprakelijkheid wel een andere regeling behoeft dan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dit neemt niet weg, dat in de loop des tijds doctrine en rechtspraak aan de hand der wet twee systemen van aansprakelijkheid hebben opgebouwd, die aanmerkelijke verschillen vertonen zonder dat daarvoor een duidelijke *ratio* aanwezig is.

Het ontbreken van iedere *ratio* om aan de vordering uit overeenkomst andere rechtsgevolgen (behoudens de kwestie van de bewijslast) te verbinden dan aan de vordering uit onrechtmatige daad, was voor *Meijers* (W.P.N.R. 2275) in zijn jonge jaren aanleiding er met klem op te wijzen, dat de contractuele aansprakelijkheid *iure constituendo* diende *op te gaan* in de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en dat dus 1401 bij uitsluiting ook het geval van wanprestatie behoorde te regelen⁵⁷. Het is duidelijk, dat dit voorstel het samenloopsprobleem radicaal oplost. Samenloop van vorderingen („Anspruchskonkurrenz”) of van wetsbepalingen („Gesetzeskonkurrenz”) is dan niet mogelijk, omdat er slechts van één

⁵⁷ *Meijers* schreef zijn artikel naar aanleiding van het gewijzigd ontwerp *Regout* (dat tot het befaamde arrest van 1919 heeft geleid), waarin als vierde lid van art. 1401 werd voorgesteld de bepaling: „Het niet nakomen van een verbintenis uit overeenkomst is ten aanzien van de wederpartij niet een onrechtmatige daad in den zin van dezen titel”. *Meijers* stelde nu voor het cursief gedrukte woordje „niet” te schrappen ten einde aldus te bereiken, dat de vordering uit 1401 zou worden gemaakt „tot een algemeene, toepasselijk op alle gevallen, waarin een rechtsplicht geschonden en daardoor schade veroorzaakt is”.

vordering en één wetsbepaling sprake kan zijn!

Mijn bestek veroorlooft mij niet nader op de *mérites* van *Meijers'* voorstel in te gaan. Dat *Meijers* in latere jaren daarop niet is teruggekomen, geeft wellicht steun aan mijn persoonlijke mening, dat dit voorstel te ver gaat. In ons toekomstig verbintenissenrecht zal een algemene behandeling van de gevolgen van de niet-nakoming van een verbintenis niet kunnen ontbreken; en alleen dáár wordt naar mijn oordeel de juiste plaats gevonden voor een moderne versie van onze huidige artt. 1272 t/m 1303 B.W. en dus ook voor de bepaling dat wanprestatie tot schadevergoeding verplicht, tenzij overmacht kan worden aangetoond.

Intussen, aan *Meijers'* juiste inzicht in de willekeur van onze huidige regeling kan ook op andere wijze recht worden gedaan. Wanneer wij het voorbeeld van Duitsland en Zwitserland zouden volgen en *één uniforme regeling van de schadevergoeding* zouden invoeren, zou het samenloopsprobleem zijn praktisch belang grotendeels hebben verloren. En het zou mij niet verwonderen, wanneer een dergelijke regeling – anders dan om het samenloopsprobleem tot een redelijke oplossing te brengen – het driemanschap, dat aan ons nieuw verbintenissenrecht werkt, reeds voor het geestesoog zweeft!

Wanneer onze wet zowel voor het geval van wanprestatie (of meer algemeen voor de niet-nakoming van een verbintenis) als voor dat van onrechtmatige daad één – in principe gelijklopende – regeling van de uit deze beide rechtsfeiten voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding zou bevatten, zou de samenloop als zodanig niet uitgebannen zijn. Maar het *belang* van de samenloopscrediteur om een keuze te kunnen doen zou – op de gronden welke voor *Von Thur-Siegbart* zelfs aanleiding waren om de afschaffing van de (overbodige) samenloop voor te stellen – grotendeels *geëlimineerd* zijn. En ik herhaal: alleen een dwaze crediteur zal dan nog uit onrechtmatige daad ageren, wanneer de contractsvordering hem een voordeliger bewijspositie verschaft.

Is men het over de wenselijkheid van de uniformering van het schadevergoedingsrecht eens, dan kan men uiteraard blijven debatteren over de vraag of met het oog op de *overblijvende* verschillen tussen de beide vormen van

aansprakelijkheid de samenloop moet worden gehandhaafd. Het heeft weinig zin op deze vraag nader in te gaan, zolang men niet precies weet waaruit die resterende verschillpunten bestaan. En ik volsta dan ook met de algemene opmerking, dat men eerst dan tot de afschaffing van een juridiek zo verantwoord verschijnsel als dat van de samenloop zou kunnen overgaan, indien die verschillpunten praktisch van belang zijn ontbloom.

Voor ons nieuwe Burgerlijk Wetboek zal het z.g. samenloopsprobleem zijn oplossing moeten vinden niet in een regeling van de samenloop zelf, maar in een *neutralisatie* van de samenloop. Men vangt dan twee vliegen in één klap: een betere regeling van de civiele aansprakelijkheid en de „oplossing” van het samenloopsprobleem!

26. *Conclusies*

Terugblikkend op de ietwat moeizame weg, welke ik bewandeld heb om voor ons geldend recht een inzicht in de draagwijdte van het samenloopsprobleem te verkrijgen, meen ik dat het navolgende résumé mijn gedachten-gang juist weergeeft:

1. Uit de systematiek van ons verbintenissenrecht volgt, dat aan de niet-nakoming van een verbintenis – en dus ook aan de wanprestatie als zodanig (als negatieve contractbreuk) – een vordering uit onrechtmatige daad niet kan worden ontleend. Dit betekent, dat het subjectieve recht van de crediteur op nakoming van de verbintenis (zijn bloot contractsbelang) door 1401 niet wordt beschermd.

2. De voor ons recht geldende regel, dat wanprestatie als zodanig geen onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 oplevert, impliceert, dat de samenloop uitgesloten is in het geval, dat de crediteur ten gevolge van het niet of niet tijdig nakomen van de verbintenis (negatieve wanprestatie) schade in zijn contractsbelang lijdt. De samenloop wordt hierdoor in beginsel beperkt tot het gebied van de z.g. positieve wanprestatie en dus tot het geval dat de debiteur bij de uitvoering van de overeenkomst schade veroorzaakt aan een ander belang van de crediteur dan zijn zuiver contractsbelang.

3. Rechtspraak en schrijvers aanvaarden de mogelijk-

heid van samenloop in het geval, dat het (positieve) wanprestatie opleverende feit „op zichzelf” als een onrechtmatige daad in de zin van 1401 kan worden beschouwd. Veelal heeft men dit criterium aldus opgevat, dat het feit der wanprestatie „los van de overeenkomst” een onrechtmatige daad moet opleveren. Deze opvatting lijkt niet wel houdbaar, omdat men bij toepassing daarvan voor irreële situaties komt te staan en omdat men zich aldus bovendien de gelegenheid ontnemt om bij de beoordeling van de onrechtmatigheidsvraag uit te gaan van hetgeen waar-toe de debiteur krachtens de overeenkomst gerèchtigd was.

4. In een arrest van 1955 heeft de H.R. het samenloopscriterium nader omschreven en er op gewezen, dat „onafhankelijk van de contractuele verhouding” betekent „onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen”. Bij het stellen van de onrechtmatigheidsvraag zal men dus rekening mogen – en vaak moeten – houden met het feit, dat er een overeenkomst bestond en dat het schadeveroorzakend feit plaats vond ter gelegenheid van de uitvoering van het contract. Dit brengt – binnen de sfeer der positieve wanprestatie – een verder gaande mogelijkheid van samenloop met zich mede dan men doorgaans meent. Het blijkt namelijk, dat de contractuele zorg- en diligentieverplichtingen een buitencontractuele oorsprong hebben. Het feit der overeenkomst versterkt en verruimt dus de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

5. Doordat onze wet de beide vormen van civiele aansprakelijkheid niet identiek geregeld heeft, kan de samenloopscrediteur er in bepaalde gevallen belang bij hebben zijn keuze te doen vallen op de vordering uit onrechtmatige daad. Indien er deze verschillen niet zouden zijn, zou het z.g. probleem van de samenloop voor de rechtspraktijk nauwelijks betekenis hebben.

6. De vraag naar de wenselijkheid van een algemene regeling van de samenloop is in beginsel afhankelijk van de wijze waarop in een bepaald verbintenissenrecht de beide vormen van aansprakelijkheid zijn geregeld. Nu wij aan de vooravond van een nieuw B.W. staan, heeft de aan de praeadviseurs voorgelegde vraag weinig actuele betekenis. Verwacht mag immers worden, dat in het nieuwe verbintenissenrecht de bestaande regeling der civiele aan-

sprakelijkheid niet ongewijzigd zal worden gehandhaafd.

7. Voor ons geldend recht valt er geen redelijk motief aan te voeren waarom het keuzerecht van de samenloopscrediteur zou moeten worden uitgesloten of beperkt. De algemene regel van 1401 geldt voor een ieder, en dus ook voor de debiteur, die zich aan positieve wanprestatie schuldig maakt en daarmee een door 1401 beschermd belang laedeert. Voor wijziging van de bestaande samenloopsverhouding is derhalve geen aanleiding.

8. De tussen de contractuele en delictuele aansprakelijkheid bestaande verschillen zijn onnodig en onwettelijk. Wanneer ons nieuwe B.W. — hetgeen te verwachten is — voor beide vormen van aansprakelijkheid één uniforme regeling van het schadevergoedingsrecht zou bevatten (uiteraard met behoud van de voordeliger bewijspositie van de contractscraditeur), dan zou daarmee de samenloop grotendeels zijn geneutraliseerd. Het heeft geen zin reeds thans te debatteren over de vraag, of met het oog op de overblijvende geschilpunten de samenloop al dan niet behouden moet blijven.

INHOUD

Praeadvies van Prof. Mr K. Wiersma

I. *Inleiding* Blz.

- | | |
|---|-----|
| 1. Strekking van de vraag | 224 |
| 2. Praktische betekenis | 225 |
| 3. Herkomst van de twee soorten aansprakelijkheid | 227 |

II. *Samenloop in het algemeen*

- | | |
|--|-----|
| 4. Terminologie en onderscheidingen | 229 |
| 5. Toepasselijkheid van verschillende wetsbepalingen. „Samenloop”? | 233 |
| 6. Nadere bepaling van de vraag: keus of uitsluiting | 235 |

III. *Gelijktijdige toepasbaarheid*

- | | |
|---|-----|
| 7. Heersende leer: enkele wanprestatie geen onrechtmatige daad | 238 |
| 8. Lex generalis en lex specialis? | 242 |
| 9. Gelijktijdige toepasbaarheid tussen dezelfde partijen | 242 |
| 10. Mogelijkheden van dubbele kwalificatie naar geldend recht | 245 |
| 11. Grensgeval: post-contractuele verplichtingen (H.R. 9 dec. 1955) | 251 |

IV. *Belang van gelijktijdige toepasbaarheid*

- | | |
|--|-----|
| 12. Verschillen naar geldend recht | 253 |
| 13. Balans der verschillen | 267 |

V. *Toepassingen in de praktijk*

- | | |
|---|-----|
| 14. Het criterium „los van de overeenkomst” in de rechtspraak van de H.R. | 269 |
| 15. Toepassing van dit criterium in de praktijk | 272 |
| 16. Oorzaken van tegenstrijdigheden | 275 |
| 17. Kritiek op het geldend recht | 277 |
| 18. Totale uitsluiting van art. 1401 tussen contractanten (Franse leer) | 280 |
| 19. Wenselijkheid van wetswijzigingen? | 282 |
| 20. Conclusies | 286 |

„Behoort de wet algemene regelen te bevatten omtrent de verhouding tussen de vordering uit onrechtmatige daad en die uit overeenkomst, en zo ja, welke?”

Praeadvies van Prof. Mr K. Wiersma

I. INLEIDING

1. Strekking van de vraag.

Such is the character of human language, that no word conveys to the mind, in all situations, one single definite idea. Met dit wijze woord van Chief-Justice Marshall¹ hebben de praeadviseurs zich aanvankelijk moeten troosten toen de strekking van de vraag, door het bestuur van onze vereniging aan de vergadering van 1960 voorgelegd, hen niet onmiddellijk helder voor ogen stond. Wat werd van hen verlangd? Een algemene vergelijking van de vorderingsrechten, welke enerzijds kunnen voortvloeien uit een overeenkomst en uit het niet nakomen daarvan, anderzijds uit een onrechtmatige daad en het niet vergoeden van de daardoor ontstane schade? Of een bespreking van mogelijkheid en wenselijkheid dat één feitelijk gebeuren zowel een vordering wegens wanprestatie als wegens onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 e.v. kan opleveren, het vraagstuk van de zg. samenloop?

Uit deze onzekerheid zijn wij gelukkig tijdig bevrijd door de verhelderende toelichting, dat een opvatting van de vraag in de eerstgenoemde betekenis weliswaar niet op verboden terrein zou voeren, maar toch niet zou mogen afleiden van een behandeling van het laatstgenoemde, centraal gedachte, vraagstuk.

Conform deze toelichting wordt hierna voornamelijk aandacht geschonken aan vragen betreffende de „samenloop” van vorderingsrechten voortvloeiende uit wanprestatie enerzijds en uit artt. 1401-1416d anderzijds. Onder „vorderingen uit overeenkomst” worden daarbij dus niet begrepen die tot vernietiging en schadevergoeding wegens

¹ Mc. Culloch vs. Maryland (1819); 4 Wheaton, 316.

wilsgebreken, onbekwaamheid of benadeling van crediteuren, al zal de vraag, welke de verhouding is tussen deze rechten en die, gebaseerd op art. 1401 e.v., misschien terloops eens ter sprake komen.

Verder wordt onder „samenloop” slechts verstaan die van de genoemde vorderingsrechten tussen dezelfde partijen of hun rechtsopvolgers. Buiten beschouwing blijven dus de gevallen, waarin een debiteur wegens eenzelfde handelen of nalaten zou kunnen worden aangesproken door zijn wederpartij o.g.v. wanprestatie en door een derde wegens onrechtmatige daad.

Kort samengevat komt de vraag dus hierop neer: is een nadere regeling gewenst van de mogelijkheid, dat de crediteur van een overeenkomst op grond van dezelfde feiten, die wanprestatie opleveren, een vordering uit hoofde van art. 1401 e.v. doet gelden? Klassieke voorbeelden: aansprakelijkheid van de huurder, die het gehuurde huis in brand steekt², van vervoerders of bewaarnemers, die het vervoerde of bewaarde goed met opzet of door grove schuld beschadigen enz.

2. *Praktische betekenis.*

Men kan niet zeggen dat de vraag, waar het hier om gaat, bij ons in het brandpunt van de belangstelling staat. In de rechtspraak doet zij zich slechts af en toe voor, in de literatuur is zij tot dusver enkele malen besproken³. Dit terwijl de mogelijkheid van gelijktijdige toepassing van de voorschriften over wanprestatie en onrechtmatige daad op eenzelfde feitelijk gebeuren op het eerste gezicht toch van fundamentele betekenis lijkt en zich in de praktijk ook herhaaldelijk moet voordoen.

De verklaring hiervoor zal men in de eerste plaats moeten zoeken in de omstandigheid dat, al mogen in vele ge-

² Daarover reeds D. IX.2.27, 11.

³ Meijers W.P.N.R. 2260-2261; Mulderije W.P.N.R. 2800-2801; Suyling II, 1, no. 11; Star Busmann, Hoofdstukken, no. 164; Wolfsbergen, Onrechtmatige Daad, p. 204 e.v.; Hofmann-Drion, p. 185 e.v.; Jansen op de Haar N.J.B. 1959, p. 725 e.v.; Wachter, De Beurtvaart, diss. Utrecht 1959, p. 279; voorts annotaties Rutten onder H.R. 9 dec. 1955, N.J. 1956, 157 en Hijmans van den Bergh onder H.R. 6 maart 1959, N.J. 349.

vallen beide regelingen⁴ gelijktijdig toepasbaar zijn, het voor eiser lang niet altijd van belang is zich in het bijzonder op een van beide te beroepen. Meestal leiden de voorschriften betreffende wanprestatie en onrechtmatige daad immers tot hetzelfde resultaat, vergoeding van geleden schade, zodat het niet ter zake doet of de toe- of afwijzing van de eis op een van beide dan wel op beide is gegrond. In die gevallen kan de vraag van de samenloop zich dus wel in theorie voordoen, maar heeft zij praktisch geen betekenis. In andere opzichten kan het echter wel degelijk verschil maken op welk van beide regelingen de crediteur zich beroept (zie no. 12). Vandaar het enigszins vreemde beeld van de werkelijkheid, dat slechts in bepaalde gevallen wordt gestreden over een situatie, die daarnaast ook herhaaldelijk voorkomt zonder tot enig geschil aanleiding te geven.

In de praktijk doet de vraag van de gelijktijdige toepasbaarheid van beide regelingen zich steeds voor in deze vorm dat de debiteur betwist dat een bepaald geval van wanprestatie tevens als onrechtmatige daad kan worden aangemerkt. Ook het omgekeerde komt wel eens voor, n.l. dat de debiteur betwist dat een bepaalde onrechtmatige daad tevens als wanprestatie kan worden opgevat. Maar dan is het punt van geschil niet de gelijktijdige toepasbaarheid van beide regelingen, maar de vraag of er wel wanprestatie is⁵. Niemand zal immers willen volhouden dat de regels van wanprestatie buiten werking moeten blijven wanneer de wanprestatie tevens een onrechtmatige daad oplevert. Daarentegen is het wel de vraag in hoeverre de omstandigheid, dat een bepaalde gedraging van een contractuele debiteur als wanprestatie moet worden aangemerkt, dwingt tot het buiten toepassing laten van de regels betreffende onrechtmatige daad.

Wat dit betreft heeft de heersende leer (zie hierna no. 7 en 14) zich geconsolideerd in de opvatting dat enkele niet-nakoming van een contract op zich zelf geen onrechtmatige daad oplevert, maar dat niettemin een gelijktijdige toepassing van art. 1401 e.v. mogelijk is wanneer de debi-

⁴ In het vervolg wordt gesproken over „beide regelingen” of „beide voorschriften” wanneer bedoeld worden art. 1279 e.v. en art. 1401 e.v.

⁵ H.R. 4 juni 1920, W. 10594, arrest a quo in W. 10507; 16 maart 1922, N.J. 504, W. 10917.

teur „los” of „onafhankelijk” van de overeenkomst een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Dit betekent dat men onderscheid moet maken tussen gevallen van „enkele” wanprestatie en van andere wanprestatie. In de rechtspraak leidt het trekken van die scheidslijn nogal eens tot tegengestelde resultaten, zoals hierna in no. 15 nog nader zal blijken.

3. *Herkomst van de twee soorten aansprakelijkheid.*

Voorzover de zich hierbij voordoende vragen problemen opleveren, zijn dat problemen van onze tijd. In de geschiedenis zal men vergeefs een oplossing daarvoor zoeken. Dit komt doordat de algemene regelingen van de gevolgen van niet nakomen van contracten en van het plegen van onrechtmatige daden, zoals wij die tegenwoordig kennen, van betrekkelijk jonge datum zijn. In het romeinse recht bestond het stelsel van *obligationes ex contractu* en *ex delicto* – eerst gevormd nadat het oorspronkelijk strafrechtelijk karakter van het niet-nakomen van verplichtingen *ex contractu* was uitgesloten en later aangevuld met de quasi-contracten en quasi-delicten – uit een aantal afzonderlijke verbintenissen. De gevolgen verbonden aan het niet-nakomen van deze verbintenissen waren geval voor geval geregeld. Komt men dus in de *Digesten* hier en daar een enkel geval tegen, waarbij de gevolgen van *concursus* van een contractsactie met een delictsactie worden geregeld, dan is ook die regeling van zuiver incidentele aard⁶.

Algemene begrippen worden wanprestatie en onrechtmatige daad eerst wanneer in later eeuwen aan de ene kant de graden van verwijtbare niet-nakoming bij de verschillende contracten worden gesystematiseerd (*dolus*, *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima*), aan de andere kant de delicten worden bevrijd van strafrechtelijke elementen en onder één noemer gebracht⁷. Bij Domat heeft die ontwikkeling zich voltrokken. Hier heeft de wanprestatie, intredend door uiteenlopende graden van verwijtbaarheid bij de verschillende contracten, haar alge-

⁶ Dig. IX, 2, 5, 3; IX, 2, 7, 11; XIX, 2, 13, 4; XLIV, 7, 34, 2.

⁷ Vgl. Meijers, *Handelingen N.J.V.* 1918, p. 114 e.v. Mazeaud-Tunc, *Responsabilité civile*, I, 5e druk, p. 44 e.v.

mene plaats gekregen onder de „engagemens qui suivent naturellement des conventions, quoiqu'ils n'y soient pas exprimez”⁸. Elders wordt deze aansprakelijkheid bij wanprestatie principieel gesteld tegenover die uit delict en andere onrechtmatige daden⁹. Hoe ruim deze laatste reeds door Domat wordt opgevat, blijkt uit de beroemde passage in section IV van dezelfde titel, welke zo'n grote invloed op de redactie van artt. 1382 en 1383 C.c. heeft uitgeoefend: „Toutes les pertes en tous les dommages, qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu.”

Bij de samenstelling van de Code civil heeft men nu, afgezien van andere afwijkingen van het systeem van Domat, de regeling van contractuele aansprakelijkheid naar de mate van verwijtbaarheid laten varen. In plaats daarvan kwamen de algemene voorschriften van artt. 1137 en 1147 C.c. (1271 en 1280 B.W.) en daarvan afwijkende speciale regelingen bij de bijzondere contracten. Overigens werden partijen en de rechter vrijgelaten in vaststelling en waardering van de contractuele aansprakelijkheid, waardoor deze dus losgemaakt werd van verwijtbaarheid. Anderzijds volgden de makers van de Code wel Domat door de aansprakelijkheid uit delicten samen te brengen in de onrechtmatige daad en deze te baseren op schuld, behoudens dan de uitzonderingen in de volgartikelen van art. 1382 C.c.

Deze wettelijke regeling van wanprestatie en onrechtmatige daad had tot gevolg dat een samenvallen van beide soorten aansprakelijkheid voortaan niet meer zou voort-

⁸ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Nouv. Edit. 1735, Boek I, Titel I, sectie III, vooral par. I, VII, IX en X.

⁹ Boek II, Titel VIII, Intr. On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelque dommage etc. Behalve op de verscheidenheid van beide soorten aansprakelijkheid wijst Domat elders echter ook op hun gemeenschappelijke rechtsgrond: vgl. Boek III, titel V, ook geciteerd bij Mazeaud-Tunc, p. 47: „C'est une suite naturelle de toutes les espèces d'engagemens particuliers et de l'engagemen général de ne faire tort à personne que ceux qui causent quelque dommage, soit pour avoir contrevu à quelque engagement ou pour y avoir manqué, sont obligés de réparer le tort qu'ils ont fait”.

vloeien uit de gelijktijdige toepasbaarheid van een bepaalde contractuele en een bepaalde delictuele regeling, maar uit die van beide algemene regelingen. In theorie deed de mogelijkheid daartoe zich reeds dadelijk voor in gevallen, waarin wanprestatie tevens als een inbreuk op de wet, dan wel op een subjectief recht van de schuldeiser kon worden opgevat. Dat men zich daarover bij de samenstelling van de nieuwe wetboeken ook maar een ogenblik zorgen heeft gemaakt blijkt echter uit niets.

II. SAMENLOOP IN HET ALGEMEEN

4. Terminologie en onderscheidingen¹⁰.

Hoewel wij het Romeinse actiesysteem niet meer kennen, wordt het geval waarvan hier sprake is meestal „samenloop” genoemd. Dat houdt helaas niet in, dat men onder de gegeven benaming steeds hetzelfde verstaat. Zo wordt de mogelijkheid van een keus tussen toepassing van art. 1279 e.v. en van art. 1401 e.v. nu eens aangeduid als een geval van „samenloop van wetsvoorschriften”, dan weer als „samenloop van rechtsvorderingen”, elders als „samenloop van vorderingsrechten”, terwijl er ook schrijvers zijn, die deze termen door elkaar gebruiken¹¹.

Voor een deel kunnen deze verschillen hierdoor verklaard worden, dat een aantal rechtsfiguren, onder „samenloop” begrepen, zich uit verschillende gezichtshoeken laat bezien: als een keus tussen rechten, als een keus tussen wettelijke bepalingen en c.q. als een cumulatie van rechtsvorderingen. Voor een ander deel is de terminologische verwarring duidelijk een gevolg daarvan, dat men eenzelfde benaming gebruikt voor verschillende groepen rechts-

¹⁰ Over samenloop in het burgerlijk recht in het algemeen Suyling II, 1, no. 10 e.v. en II, 2, no. 463 e.v.; Star Busmann, Hoofdst. no. 163 e.v.; Meijers, Alg. Begrippen, p. 157 e.v.; Rutten onder H.R. 28 juni 1957, N.J. 514; Veegens onder H.R. 16 nov. 1956, N.J. 1957, 619. Over samenloop van wetsvoorschriften v. Goudoever: Over samenloop en strijd van eigen wetten in het burgerlijk recht, Groningen 1917; Kamphuisen R.M. Themis 1942, p. 309; Friedrich Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, 2 delen, Leipzig 1912 en 1916, waarover Kamphuisen t.a.p.

¹¹ Vgl. voor deze verschillende benamingen Suyling, Star Busmann, Kamphuisen, Rutten en Veegens als in de vorige noot aangehaald. Over de terminologie bij Star Busmann i.h.b. Rutten, R.M. Themis 1956, p. 500 e.v.

figuren, resp. voor onderdelen daarvan. Ik beperk mij tot enkele opmerkingen verband houdende met mijn onderwerp.

In de eerste plaats lijkt het mij niet raadzaam te spreken van „samenloop van *rechtstvorderingen*” wanneer men eigenlijk het oog heeft op de materiële aspecten van bepaalde rechtsfiguren. Wel zal „samenloop” naar materieel recht in bepaalde gevallen processuele cumulatie meebrengen – hetzij in subjectieve, hetzij in objectieve zin – maar dat wil niet zeggen dat deze materiële en processuele figuren daarom altijd gezamenlijk optreden¹².

Ook zonder verband met de processuele aspecten wordt de term „samenloop” echter in zoveel verschillende betekenissen gebruikt, dat men vaak niet weet waar men aan toe is.

a) In de ruimste zin als een algemene omschrijving van allerlei ongelijksoortige rechtsfiguren, waarbij zich verschillende mogelijkheden voordoen (of zich slechts lijken voor te doen) m.b.t. de uitoefening van een recht of de toepassing van een wetsvoorschrift. Bezien uit het oogpunt van de uitoefening van een vorderingsrecht staan die mogelijkheden in verband met één of meer van de kenmerken, waardoor de rechtsbetrekking wordt geïndividualiseerd: de feiten waaruit zij ontstaat, de personen tussen wie zij geldt en de prestatie waarop de crediteur aanspraak kan maken¹³.

Aan de ene kant worden deze rechtsfiguren begrensd door de gevallen, waarin sprake is van een eenheid van

¹² Voor subjectieve cumulatie is slechts nodig een zekere processuele verknochtheid, voor objectieve cumulatie wordt zelfs die eis niet gesteld. De vragen die zich daarbij voordoen houden wel verband met de materiële verhouding maar hebben ook een eigen karakter. Vgl. Star Busmann no's 132–139 en 163–169; Meijers, Alg. Begr. p. 160; Cleveringa, Feestbundel J. C. v. Oven, p. 84 e.v.

¹³ T.a.v. de feiten doordat uit een bepaald feitelijk gebeuren verschillende rechtsfeiten kunnen worden gesubsumeerd (zie tekst onder c); t.a.v. de personen op grond van de wet (hoofdelijkheid), uit de overeenkomst (hoofdelijkheid en ondeelbaarheid) of door een zg. toevallige samenloop (blote solidariteit); t.a.v. de prestatie doordat op grond van hetzelfde rechtsfeit verschillende vorderingen kunnen worden ingesteld (art. 1543). Ook combinaties van deze mogelijkheden kunnen zich voordoen, zoals bv. bij de volgartikelen van art. 1401 of bij artt. 1401, 1403 en 31 W.V.W.; ook in het beroemde geval van de verzekerde fiets, bij de slordige bewaarnemer gestolen.

rechten en/of plichten, aan de andere kant door die, waarbij twee vorderingen, zelfs wanneer zij tegen dezelfde personen gericht zijn, door hun ontstaan en hun strekking geheel onafhankelijk van elkaar staan¹⁴. Binnen de groep, waarbij men van „samenloop” spreekt, kunnen verder allerlei onderscheidingen worden gemaakt, die hier kortheidshalve buiten beschouwing moeten blijven. Volstaan zij met op te merken, dat vele van de aldus te trekken scheidslijnen elkaar geheel of ten dele kruisen en dat de variatie van de praktijk ook hier weer tot gevolg heeft dat de grenzen tussen de verschillende groepen vloeiend zijn.

Wat nu de gebruikte terminologie betreft, het verdient geen aanbeveling in zo ruime zin van „samenloop” te spreken. Qui trop embrasse mal étreint. Het sterk uiteenlopende karakter van de rechtsfiguren die men zodoende samenbrengt, doet de noemer iedere reële betekenis verliezen. Bovendien is het in hoge mate verwarrend dat dezelfde naam telkens ook in engere betekenis wordt gebruikt, nl. om alleen die gevallen aan te duiden waarbij zich ook in werkelijkheid een keus voordoet.

b) In deze meer beperkte betekenis is van „samenloop” sprake in de term „*samenloop van vorderingsrechten*”. Meestal verstaat men hieronder wat in de Duitse doctrine „Anspruchskonkurrenz” wordt genoemd, in tegenstelling tot de hierna onder c ter sprake komende „Gesetzeskonkurrenz”. Onder de eerstgenoemde titel brengt men dan samen de gevallen, waarbij het in beginsel aan de crediteur is een keus te maken uit verschillende hem ter beschikking staande mogelijkheden¹⁵. Soms wordt die keus uitdrukkelijk door de wet geboden (art. 1303 en art. 1543); in andere gevallen wordt zij afgeleid uit het enkele

¹⁴ Een grensgeval is de situatie, waarin twee verschillende feiten voldoen aan de voorwaarden, gesteld in twee verschillende wetsbepalingen, die tot verschillende resultaten voeren, welke verschillende resultaten echter naast elkaar onbestaanbaar zijn. Voorbeeld: bedrog bij het aangaan van een wederkerige overeenkomst leidend tot vernietiging en wanprestatie bij de uitvoering leidend tot ontbinding. Vgl. Rutten onder H.R. 28 juni 1957, N.J. 514. Het gemeenschappelijk element met „samenloop” is hier de keus, noodzakelijk gemaakt door de onbestaanbaarheid van bepaalde rechtsgevolgen naast elkaar.

¹⁵ Suyling II, 1, no. 10 beperkt deze tot de gevallen, waarin dezelfde prestatie wordt gevorderd. Anders Star Busmann no. 165.

feit dat verschillende rechten naast elkaar mogelijk zijn zonder dat zij gezamenlijk kunnen worden uitgeoefend. Als hoofdregel geldt voor deze groep dat door de voldoening van één van deze vorderingsrechten de andere te niet gaat. Is dit niet het geval en hoeft de crediteur niet te kiezen, dan spreekt men van cumulatieve uitoefening van vorderingsrechten¹⁶.

c) In een derde betekenis wordt de term „samenloop” gebruikt wanneer men spreekt van „*samenloop van wetsvoorschriften*” (Gesetzeskonkurrenz). Hieronder worden veelal slechts begrepen de gevallen, waarin *tussen dezelfde partijen*, op grond van *eenzelfde feitelijk gebeuren*, een beroep op verschillende wetsbepalingen kan worden gedaan, resp. lijkt te kunnen worden gedaan. Wat het laatste betreft: bij ons wordt van „samenloop van wetsvoorschriften” meestal ook gesproken in gevallen, waarin op het eerste gezicht wel een keus tussen verschillende voorschriften mogelijk lijkt, maar deze niettemin niet mag worden gedaan, bv. doordat het ene voorschrift het andere uitsluit¹⁷. Ook in andere opzichten is de term rekbaar: men begrijpt daaronder ook wel mede de gevallen, waarin cumulatieve toepassing van twee voorschriften mogelijk is, zoals bij een combinatie van hoofd- en bijvorderingen, op verschillende artikelen gebaseerd. Doet zich een keus voor, dan is het verschil met de hierboven onder *b* genoemde gevallen, dat deze niet alleen gedaan kan worden door de rechthebbende maar ook door de rechter, nl. wanneer deze, indien de gestelde en bewezen feiten dat mogelijk maken, daaruit rechtsfeiten voor de ene of voor de andere norm subsumeert.

¹⁶ De vraag in hoeverre dan voordeelsaftrek kan plaatsvinden werd behandeld in de praeadvies van 1959 van Verdam en Koster. Over cumulatie bij ongevallenverzekering tevens de uitvoerig gedocumenteerde artikelenreeks van v. d. Heuvel in W.P.N.R. 4614 e.v.

¹⁷ Vgl. v. Goudoever, Suyling en Kamphuisen in hun hierboven p. 229, noot 11, genoemde geschriften; voorts Star Busmann no. 167. Anders de Duitse doctrine, die onder „Gesetzeskonkurrenz” veelal slechts begrijpt de gevallen, waarin de keus is uitgesloten, bv. doordat de *lex specialis* de *lex generalis* uitsluit. In tegengestelde zin Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil 1, par. 60 en 11, par. 228, p. 987.

5. Toepasselijkheid van verschillende wetsbepalingen. „Samenloop”?

In dit zeer globale overzicht van figuren, waarbij men van „samenloop” spreekt, kan de gelijktijdige toepasbaarheid van art. 1279 e.v. en art. 1401 e.v. op tweeërlei wijze worden ingepast: als een geval van samenloop van vorderingsrechten tussen dezelfde personen (zg. objectieve samenloop van vorderingsrechten) en als een geval van samenloop van wetsvoorschriften¹⁸. Zolang men aan die mogelijkheden van groepering geen gevolgen toekent doet het verschil in benaming, hoe verwarrend het vaak ook is, niet zo heel veel ter zake. Anders wordt het wanneer een dergelijke groepering wel consequenties zou meebrengen. Zo trekt het bv. de aandacht dat Suyling in dit geval spreekt van „samenloop van wetsvoorschriften”, terwijl Kamphuisen (onder verwijzing naar Suyling!) daarentegen meent dat hier sprake is van een geval van „samenloop van acties”¹⁹. Wanneer Kamphuisen, die zodoende de verhouding tussen beide artikelen elimineert van het terrein van zijn zo belangwekkende onderzoekingen naar de vraag wanneer bepaalde voorschriften toepassing van andere uitsluiten, daarmee te kennen heeft willen geven, dat die vraag zich t.a.v. art. 1279 e.v. en art. 1401 niet voordoet (en anders is zijn verwijzing naar de betreffende paragraaf van Suyling niet op te vatten), dan meen ik dat hij daarmee op een verkeerd spoor is²⁰. Ik zie geen enkele

¹⁸ Ook in de Duitse doctrine wordt in dit geval afwisselend gesproken van „Anspruchskonkurrenz” en „Gesetzeskonkurrenz”, hoewel het eerste overwegend is. Lent, I, p. 275—291 bespreekt de samenloop van Vertrags- und Deliktsansprüche als een geval van Gesetzeskonkurrenz.

¹⁹ Suylings rangschikking onder „samenloop van wetsvoorschriften” houdt verband met de door Kamphuisen blijkbaar over het hoofd geziene omstandigheid dat Suyling de „samenloop van vorderingsrechten” beperkt tot die, waarbij dezelfde prestatie wordt gevorderd.

²⁰ Kamphuisen p. 331 motiveert deze eliminering door er op te wijzen dat zich in dit geval twee „casusposities” zouden voordoen. Uit het door hem gegeven voorbeeld kan ik echter niet anders afleiden dan dat daarbij sprake is van één feitencomplex, waaruit verschillende *rechtsfeiten* kunnen worden afgeleid. Daarvan is bv. echter ook sprake in de door Kamphuisen in zijn onderzoek betrokken „ongelijksoortige concursus idealis” (p. 324 e.v.). Zie ook hierna p. 237, noot 25.

reden a priori aan te nemen, dat zich hier een geval van zg. „Ansprucks-konkurrenz” zou voordoen en daarmee voorop te stellen, dat de crediteur, zodra aan de feitelijke voorwaarden van beide artikelen maar is voldaan, steeds zou kunnen kiezen op welke van beide hij zijn vordering wil baseren. Niet minder dan bij de andere wettelijke bepalingen, welke Kamphuisen in zijn onderzoek betreft, is er bij artt. 1279 e.v. en 1401 e.v. alle reden het oordeel over keus of uitsluiting eerst vast te stellen aan de hand van een zorgvuldig onderzoek naar de verhouding tussen beide normen.

Een andere vraag is of de term „samenloop van vorderingsrechten” op zich zelf wel zo geschikt is een zuiver beeld te geven van de rechtsfiguren als hier in het geding zijn. Zie ik het goed, dan is deze naam in zoverre een atavisme dat men op het voetspoor van een eeuwenoude traditie een begrip gebruikt, dat voor deze figuren in het moderne recht niet meer past. „Samenloop van acties”, „samenloop vorderingsrechten” en „samenloop van rechtsvorderingen”, het zijn allemaal termen, die terug te voeren zijn op de Romeinse *concursum actionum*, maar die voor het moderne recht, dat niet meer een geheel van acties maar van regels is, eigenlijk niet meer deugen. Om dit te illustreren neem ik een standaardvoorbeeld van „samenloop”, waarbij het bestaan van de keus in confesso is: de borg die betaald heeft en uit dien hoofde zowel regres heeft ex art. 1876 als gesubrogeerd wordt ex art. 1877. Kan men nu zeggen, dat de borg dan twee vorderingen heeft, die naast elkaar staan? Naar mijn mening wordt die voorstelling van zaken nog steeds te veel beïnvloed door een begripsvorming, die uitgaat van het afzonderlijk bestaan van acties. Wat zich in ons recht in een dergelijk geval in werkelijkheid voordoet is dat de rechter op een bepaalde casuspositie twee wettelijke voorschriften kan toepassen. Dit betekent echter niet, dat daarom voorzover de bepalingen hetzelfde inhouden sprake zou zijn van meer dan één vorderingsrecht en van meer dan één betalingsplicht tussen dezelfde partijen. Rechtsbetrekkingen worden geïndividualiseerd door de feiten waaruit zij ontstaan, de personen tussen wie zij gelden en de inhoud welke zij hebben. Voor zover de artikelen tot hetzelfde resultaat leiden bestaat hier in alle drie opzichten iden-

titeit. Waarom zou men dan aannemen, dat er meer dan één vorderingsrecht bestaat?²¹ Hoogstens kan daartoe aanleiding zijn voorzover bij toepassing van één van de wetsvoorschriften het vorderingsrecht nog een extra inhoud heeft, maar dan is er juist geen „samenloop”²².

Als er in dergelijke gevallen al iets „samenloopt”, dan zijn het dus niet bepaalde rechten of rechtsvorderingen, maar hoogstens wettelijke bepalingen. Ook de term „samenloop van wetsvoorschriften” is naar wij zagen in zoverre echter verwarrend, dat zij in verschillende betekenissen gebruikt wordt, ruim en eng. Gezien al deze verwarring en onduidelijkheden en gezien ook de verkeerde suggesties, die er van de term „samenloop” kunnen uitgaan, komt het mij beter voor die in het hiernavolgende te vermijden. Waar het om gaat is de vraag of de bepalingen van art. 1279 e.v. en art. 1401 e.v. op eenzelfde gebeuren tegelijk van toepassing kunnen zijn, of dat de een de ander geheel of ten dele uitsluit. Beter dan met de verwarrende naam „samenloop” kan men die vraag aanduiden met het concrete alternatief van mogelijkheden, dat zich daarbij voordoet.

6. *Nadere bepaling van de vraag: keus of uitsluiting.*

Wat de feitelijke situatie betreft, wordt het geval, waarvan hier sprake is, nader bepaald door de eis van eenzelfde feitelijk gebeuren. Dat wil zeggen dat buiten beschouwing kunnen blijven gevallen, waarin de beide voorschriften cumulatief worden toegepast omdat een feitelijk gebeuren gesplitst kan worden in afzonderlijke concrete

²¹ Anders Suyling II, 1, p. 17 en 18, volgens wie een vorderingsrecht mede wordt geïndividualiseerd door het wetsvoorschrift, waaraan het zijn leven dankt. Als in de tekst uitvoerig K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 2e druk, II, p. 375, die tevens wijst op enkele onhoudbare consequenties, door de heersende Duitse leer getrokken uit de constructie van „Anspruchskonkurrenz”.

²² In de praktijk dient de vraag van de „samenloop” tussen vorderingen uit wanprestatie en uit onrechtmatige daad zich nog al eens aan in deze vorm dat toepassing van art. 1401, of een ander voorschrift omtrent onrechtmatige daad, wordt gevraagd nadat de contractactie niet meer kan worden ingesteld. Vgl. bv. H.R. 6 maart 1959, N.J. 349, m.o. H.B. In dergelijke gevallen gaat het dus eigenlijk om de vraag of er „samenloop” geweest is, n.l. of het bestaan van het contract de toepasbaarheid van art. 1401 (of van de aanvaringsvoorschriften) zowel gedurende als na het contract toeliet.

feiten, welke ieder op zichzelf de grondslag vormen voor een eis tot schadevergoeding²³.

Meestal levert het geen moeilijkheden op te constateren of een feitelijk gebeuren een eenheid vormt welke zich voor tweeërlei kwalificatie leent, of dat dit gebeuren gesplitst kan worden in feiten welke afzonderlijk van elkaar de rechtsfeiten voor verschillende voorschriften opleveren. Zo bv. wanneer de huurder niet alleen in gebreke blijft huur te betalen, maar bovendien de verhuurder beledigt. In dat geval is er sprake van cumulatie en niet van gelijktijdige toepasbaarheid van verschillende voorschriften op hetzelfde feitelijk gebeuren. Minder eenvoudig wordt het al wanneer bv. een taxi-chauffeur de passagier die naast hem zit na een woordenwisseling uit de auto zet, met als gevolg dat deze niet alleen niet op tijd zijn bestemming bereikt maar bovendien gewond wordt. Ook hier kan men echter nog onderscheiden tussen feiten welke de weigering tot verder vervoer opleveren en die welke als toebrengen van lichamelijk letsel in de zin van art. 1407 kunnen worden gekwalificeerd. Van eenheid van feiten is daarentegen sprake wanneer de chauffeur een ongeluk veroorzaakt waarbij de passagier gewond wordt. Hier kunnen uit het feitelijk gebeuren geen feiten worden afgesplitst welke afzonderlijk van elkaar een toepassing van beide voorschriften mogelijk maken.

Dat het in de praktijk niet altijd makkelijk zal zijn eenheid en splitsbaarheid van feitelijk gebeuren van elkaar te onderscheiden mag geen reden zijn deze over een kam te scheren²⁴. Alleen bij eenheid van feitelijk gebeuren in deze juridische zin doet zich de vraag voor in welke

²³ De mogelijkheid van cumulatieve toepassing bij eenzelfde feitelijk gebeuren, n.l. bij hoofd- en hulpnormen (artt. 1302 en 1303; 1482 en 1485 naast 1489) kan hier verder buiten beschouwing blijven omdat die verhouding zich niet voordoet tussen artt. 1279 e.v. en 1401. Vgl. Lent I, p. 78 e.v. en Meijers, Alg. Begr., p. 163.

²⁴ Opmerkelijk is dat in de Belgische doctrine, waar de verhouding tussen wanprestatie en onrechtmatige daad evenals bij de Franse schrijvers een veelbesproken onderwerp is, niet altijd voldoende onderscheiden wordt tussen cumulatie en gelijktijdige toepasbaarheid op grond van dezelfde feiten. Zie bv. het voortreffelijk overzicht over de stand van het vraagstuk in België in het recente werk van Dalq, *Les Nouvelles* V, 1 (1959) onder no. 125, waar in beide gevallen gesproken wordt van „option”. Vgl. ook de Page, *Traité élémentaire* II, no. 927.

verhouding verschillende tot hetzelfde resultaat leidende voorschriften tot elkaar staan. In het onderhavige geval is van een dergelijke situatie sprake voorzover beide voorschriften leiden tot vergoeding van de geleden schade. Wordt die schade eenmaal vergoed dan vervalt daarmee de feitelijke grond voor toepassing van het andere voorschrift. Dit betekent dat cumulatieve toepassing niet mogelijk is en dat men aangewezen is op het alternatief dat bij eenzelfde gebeuren hetzij een van beide voorschriften naar keuze kan worden toegepast, hetzij het ene voorschrift toepassing van het andere uitsluit²⁵.

Voor het antwoord op de vraag wanneer zich het een of het ander voordoet bestaan vrijwel geen algemene regels. Hoogstens kan men zeggen dat de keus vrijstaat tenzij uit een redelijke wetstoepassing volgt dat het ene voorschrift het andere uitsluit. Soms kan dat laatste worden afgeleid uit de verhouding tussen beide normen, nl. wanneer zij tot elkaar staan als *lex specialis* en *lex generalis*. Dit doet zich voor wanneer de bijzondere regel alle elementen van de algemene bevat plus nog een of meer andere²⁶. Maar ook dat laat zich niet altijd even eenvoudig vaststellen, omdat verschillend kan worden gedacht over de betekenis en inhoud van die „elementen”. Zelfs wanneer men het daarover eens is en van oordeel is dat zich de verhouding tussen *lex generalis* en *lex specialis* voordoet, dan is daarmee nog niet gezegd dat de bijzondere regel altijd toepassing van de algemene moet uitsluiten. De praktijk kent dan ook verschillende gevallen waarin ondanks aanwezigheid van die verhouding het bekende adagium *lex specialis derogat lege generali* niet opgaat²⁷.

²⁵ De z.g. ongelijksoortige concursus idealis, waarover Kamphuisen R. M. Themis 1942, p. 324 en Lent, I, p. 43 en 193, wordt hier niet afzonderlijk genoemd omdat zich ook daarbij steeds het alternatief keus of uitsluiting t.a.v. resp. gelijksoortige en ongelijksoortige bepalingen voordoet. Ook de andere, door Lent, I, p. 17 e.v. en 192 e.v. genoemde varianten van uitsluiting, „Konsumption” en „Subsidiarität” blijven hier verder buiten beschouwing.

²⁶ Kamphuisen, i.a.p. p. 326, die de werking van het adagium *lex specialis derogat lege generali* echter beperkt tot de gevallen, waarin de normen tot verschillend resultaat leiden.

²⁷ De regeling van artt. 1364 jo 1485 derogeert niet aan art. 1401 (H.R. 16 dec. 1932, N.J. 1933, 458 m.o. E.M.M.); art. 30 jo 43 Octrooiwet derogeren niet aan art. 1401 (H.R. 18 febr. 1949, N.J.

Is men het er daarentegen over eens dat zich tussen twee wetsbepalingen *niet* de verhouding van *lex specialis* tot *lex generalis* voordoet, dan is er omgekeerd geen reden a priori aan te nemen dat de beide voorschriften daarom steeds ter keuze toepasselijk zijn. Soms wordt die keus uitdrukkelijk door de wet toegestaan, zoals bij de hierboven reeds genoemde gevallen van art. 1303 en van art. 1543; soms kan zij duidelijk uit de historische afkomst en het verband tussen de betreffende artikelen worden afgeleid, zoals bijv. bij artt. 1876 en 1877. Het kan echter ook zijn dat uit de verhouding tussen beide voorschriften, uit hun plaats in het systeem der wet of uit hun historische afkomst moet worden afgeleid dat het ene voorschrift toepassing van het andere geheel of ten dele uitsluit²⁸.

III. GELIJKTIJDIGE TOEPASBAARHEID

7. *Heersende leer: enkele wanprestatie geen onrechtmatige daad.*

De vraag in hoeverre de crediteur van een contract zich ter zake van wanprestatie naar keuze kan beroepen op art. 1279 e.v. of op art. 1401 e.v., wordt, zoals hierboven in no. 2 al ter sprake kwam, door de heersende leer zo beantwoord dat *enkel* niet nakomen van een contract geen onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 is, maar dat de onrechtmatigheid van de wanprestatie kan voortvloeien uit de omstandigheid dat de debiteur ook „los” of „onafhankelijk” van de overeenkomst een algemene rechtsplicht heeft geschonden.

Dat enkele wanprestatie geen onrechtmatige daad is werd reeds spoedig na het tot standkomen van het B.W.

357, m.o. Ph.A.N.H., alwaar overzicht van eerdere rechtspraak en literatuur, w.o. de practadviezen van 1941 van Beerman en van Wageningen). Ook art. 1377, dat tot op zekere hoogte als een *lex specialis* van art. 1401 kan worden beschouwd, derogeert niet aan die laatste bepaling; (H.R. 28 juni 1957, N.J., 514, m.o. L.E.H.R. en A.A. VII, p. 80, m.o. J.H.B.).

²⁸ Wettelijke voorbeelden van uitsluiting zonder dat de verhouding van *lex specialis* tot *lex generalis* zich voordoet geven art. 1637 eerste en tweede lid. Voorts t.a.v. de verhouding tussen enerzijds art. 1302, anderzijds artt. 1684 en 1686 H.R. 3 dec. 1948, N.J. 1949, 358, m.o. Ph.A.N.H.; Kamphuisen t.a.p. p. 350.

door de H.R. geleerd²⁹ en is bij ons door de schrijvers, behoudens een enkele uitzondering, algemeen aanvaard³⁰. In theorie kan het niet nakomen van een verbintenis uit overeenkomst op verschillende wijzen als een onrechtmatige daad worden geconstrueerd: als inbreuk op een subjectief recht, als strijdig met des daders wettelijke rechtsplicht en last not least als onbehoorlijk. Al deze constructies moeten echter afstuiten op de werkelijkheid van het bestaande wettelijk systeem, waarin de aansprakelijkheid uit wanprestatie, in overeenstemming met een gevestigde traditie (zie no. 3)³¹, nu eenmaal geregeld wordt als een bijzondere verbintenis en niet als een onderdeel van de wettelijke onrechtmatige daad. Daaraan doet niet af dat de verplichting tot nakoming van verbintenissen uit overeenkomst, behalve op de bindende kracht van het gegeven woord, ook op de wet berust. Dat hoeft immers niet te betekenen dat schending van die wettelijke plicht ook een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 zou opleveren. Evenals bij andere verbintenissen uit de wet, zoals bv. zaakwaarneming en verschillende, buiten het verbintenissenrecht vallende, wettelijke rechtsplichten tot schadevergoeding of tot betaling van geldsommen, heeft de wet-

²⁹ H.R. 9 juni 1854, W. 1548; 23 mei 1856, W. 1852; 24 juni 1870, W. 3229; 31 maart 1876, W. 3978; 13 juni 1913, N.J. 787; 21 maart 1920, N.J. 476; 11 juni 1926 N.J. 1926, 1049. Zie ook de rechtspraak bij Meijers, W.P.N.R. 2260, noot 1, Verz. Werken III, p. 3, noot 1 en in Overzicht van H. de Jong in W. 11927 onder F; voorts in kaartenboekje N.J. bewerkt door R. J. Polak deel I onder 1 en la passim en hierna no. 15, p. 273. Aanvankelijk werd hieruit ten onrechte de conclusie getrokken dat een eis tot schadevergoeding enkel wegens verkeerde kwalificatie als onrechtmatige daad moest worden afgewezen. Vgl. de rechtspraak bij Meijers, W.P.N.R. 2260 en Verz. Werk. III, p. 9, noot 1. Anders H.R. 6 mei 1892, W. 6183. Sindsdien komen dergelijke niet-ontvankelijkheidsverklaringen in strijd met art. 48 Rv. hoe langer hoe minder voor.

³⁰ Opzoomer VI, p. 314 e.v.; Land-Lohman IV, p. 305; van Brakel I: p. 616; Molengraaff IV, 9e druk p. 921; Star Busmann, Hoofdstukken no. 164; Asser-Rutten, derde deel II, p. 480 en 547; Hofmann-van Opstall 8e druk p. 9; Hofmann-Drion p. 70 en 185; Pitlo, Verb. recht p. 224; Völlmar no. 772; Wolfisbergen p. 211; Meijers W.P.N.R. 2260 e.v.; Alg. Begr. p. 164 en 304 (anders de jure constituendo in W.P.N.R. 2275); Eggens W.P.N.R. 2784 e.v.; Mulderije W.P.N.R. 2800 e.v. Anders: De Beus, W.P.N.R. 3604-3607.

³¹ Meijers, Alg. Begr. p. 304, die er op wijst dat in bijkans ieder rechtsstelsel verschillende regels gelden voor de niet-nakoming van een verbintenis en voor de onrechtmatige daad in het algemeen.

gever bij wanprestatie een rechtstreekse betalingsplicht in het leven geroepen, welke buiten art. 1401 omgaat.

Het wettelijk systeem is niet alleen historisch verklaarbaar, maar doet ook recht aan het verschil in aard tussen beide soorten aansprakelijkheid³². Het is nu eenmaal iets anders of iemand ter verantwoording wordt geroepen wegens het niet nakomen van een rechtsplicht die hij door een wilsverklaring jegens een bepaalde persoon op zich heeft genomen, dan wegens het niet nakomen van een onafhankelijk van de wil bestaande algemene rechtsplicht. In het eerste geval moet de rechter bij het bepalen van de gevolgen der aansprakelijkheid steeds rekening houden met de in de overeenkomst neergelegde wil van partijen, in het tweede geval gelden die gevolgen onafhankelijk van de wil en kunnen zij alleen weer bij overkomst buiten werking worden gesteld. Hieraan doet in beginsel niet af dat contractuele en buitencontractuele verplichtingen voor een deel parallel kunnen lopen (zie no. 10). Evenmin dat de moderne ontwikkeling de beide soorten aansprakelijkheid naar inhoud in verschillende opzichten naar elkaar toe heeft doen groeien. Enerzijds doordat de uitvoering van contracten, behalve door de wil van partijen, mede wordt bepaald door de eis van maatschappelijke behoorlijkheid, welke ook de rechtsbron voor buitencontractuele verplichtingen kan zijn³³. Anderzijds doordat de verplichtingen, welke partijen door hun wil in het leven roepen, naar hun inhoud in vele gevallen worden beheerst

³² Anders Rutten bij Asser, Derde Deel, II, p. 480 en in W.P.N.R. 4311, volgens wie er tussen beide vormen van aansprakelijkheid „geen wezenlijk onderscheid bestaat”. Weinig juridische onderscheidingen zijn echter bestand tegen een onderzoek naar het „wezen” van de daarin opgesloten tegenstelling, zonder dat men die onderscheidingen daarom kan missen. Sprekt men over „onrechtmatigheid” van wanprestatie dan heeft men een ander, ruimer, begrip „onrechtmatig” op het oog dan dat van art. 1401, dat de wetgever krachtens art. 1269 tegenover wanprestatie heeft gesteld. Vgl. ook Asser-Losecaat Vermeer-Rutten, 2e druk, p. 59.

³³ Eggers W.P.N.R. 4159. Vgl. ook H.R. 15 januari 1960, N.J. 84, (stakingsarrest), volgens hetwelk een staking geen wanprestatie oplevert wanneer „bij het doel der actie algemene belangen of zedelijke beginselen in zodanige mate zijn betrokken en met het oog daarop die actie zo dringend is geboden, dat tegenover de werkgevers de doorbreking van het beginsel der contractuele gebondenheid daardoor kan worden gerechtvaardigd”. In dezelfde zin Concl. Adv. Gen. Loeff, N.J. 1960, p. 198 en 199.

door standaardvoorwaarden, groepsrecht e.d., met als gevolg dat zij door betrokkenen vaak meer als een algemene dan als een bijzondere rechtsplicht worden aan gevoeld. Dit alles neemt immers niet weg dat ook in die gevallen het ontstaan van de verbintenis nog berust op de wil van partijen, welke daarom mede bepalend blijft voor de omvang der verplichtingen³⁴.

Men zal dan ook moeten aannemen dat zowel het systeem der wet als de aard van beide verbintenissen zich ertegen verzetten dat bij iedere niet nakoming van een contractuele verbintenis een keus kan worden gedaan tussen de regels van wanprestatie en die van onrechtmatige daad. Dat systeem verzet zich echter niet tegen een dergelijke keus wanneer de debiteur tegelijk met de wanprestatie een algemene rechtsplicht heeft geschonden welke uit iets anders bestaat dan uit het enkel niet nakomen van het contract. In dat geval kan immers met evenveel recht op elk van beide regelingen een beroep worden gedaan. En waar de wetgever deze regelingen nu eenmaal naast elkaar gesteld heeft en met name art. 1401 niet uitgesloten heeft tussen contracterende partijen, moet men aannemen dat in beginsel die keus is toegestaan. Of daarmee ook in alle opzichten recht wordt gedaan aan de verschillende aard van beide soorten aansprakelijkheid is een tweede vraag. Enkel op grond daarvan zal men echter bezwaarlijk mogen aannemen dat naar geldend recht art. 1401 hetzij geheel hetzij ten dele tussen contracterende partijen buiten toepassing moet blijven. Voor hiervan afwijkende opvattingen verwijs ik naar no. 17 en 18.

Naar geldend recht moet de verhouding tussen art. 1279 e.v. en art. 1401 e.v. dan ook zo worden opgevat dat de regels over wanprestatie die over onrechtmatige daad ten dele uitsluiten, nl. voorzover de wanprestatie zich voordoet in de vorm van schending van een louter contractuele rechtsplicht. Zodra echter behalve van wanprestatie ook sprake is van schending van een algemene rechtsplicht, zijn de beide regelingen in beginsel naar keuze

³⁴ Een andere vraag is of in het stelsel der wet niet te veel betekenis toekomt aan het onderscheid tussen rechtsplichten die als verbintenissen worden beschouwd en rechtsplichten zonder meer. Zie daarover H. Drion, Aansprakelijkheid voor andermans fouten in verband met de inhoud der verplichtingen. Inaug. oratie Leiden 1958 en J. C. van Oven, N.J.B. 1958, p. 948.

toepasselijk. Kort samengevat komt het wettelijk systeem dus hierop neer dat het een beperkte keus tussen beide regelingen toestaat.

8. *Lex generalis en lex specialis?*

Hoewel men het bij ons hieromtrent over het algemeen wel eens is, denkt men toch niet gelijk over de onderlinge verhouding van beide wettelijke regelingen. Volgens sommige schrijvers staan de beide soorten aansprakelijkheid naast elkaar, volgens andere is hier sprake van de figuur dat een *lex specialis* (wanprestatie) de *lex generalis* (onrechtmatige daad) buiten werking stelt⁸⁵. Deze laatste constructie verdient n.m.m. geen aanbeveling. Verstaat men onder de verhouding tussen *lex generalis* en *lex specialis* immers die waarbij de bijzondere regel alle elementen van de algemene bevat plus nog enkele andere (hierboven no. 6), dan zou men daarmee langs een achterdeur toch weer de onrechtmatigheid van iedere wanprestatie binnenhalen. Bovendien zie ik niet goed hoe men de constructie van *lex specialis* in overeenstemming kan brengen met de opvatting dat art. 1279 e.v. wel derogeren voor het geval van enkele wanprestatie, niet voor dat waarin de handeling ook los van schending van een contractuele plicht een onrechtmatige daad oplevert. Indien immers alle wanprestatie een onrechtmatige daad zou zijn valt niet in te zien waarom de derogatie wel zou plaatsvinden voor sommige gevallen van wanprestatie maar niet voor andere.

9. *Gelijktijdige toepasbaarheid tussen dezelfde partijen.*

Gelijktijdige toepasbaarheid doet zich dus slechts voor in gevallen waarin tussen dezelfde partijen op grond van dezelfde feiten zowel een beroep op wanprestatie als op onrechtmatige daad kan worden gedaan. Dit betekent dat

⁸⁵ Nevenbeschikking van beide regelingen bij: Opzoomer VI, p. 314; Land-Lohman IV, p. 305; Star Busmann, Hoofdstukken no. 164; Pulo, p. 224; Meijers W.P.N.R. 2260; Verz. W. III, p. 3 en Mulderij W.P.N.R. 2800. De verhouding *lex generalis*—*lex specialis* wordt aangenomen door: Suyling I, no. 52 en 188, II, 1, no. 11; Asser-Rutten, derde deel, II, p. 480 en 547; Hofmann-Drion, p. 70 en 185; Wolfsbergen, p. 204; Meijers, Alg. Begr. p. 164 en 304; Rutten, W.P.N.R. 4311.

in diezelfde feiten de vereisten voor beide soorten aansprakelijkheid opgesloten moeten liggen. In dit kenmerk zal men dan ook het criterium moeten zoeken voor de afgrenzing van gedragingen van gedaagde welke alleen wanprestatie of alleen onrechtmatige daad opleveren en die welke zich voor een dubbele kwalificatie lenen.

In het kort komen die vereisten hierop neer dat er een geldige overeenkomst geweest moet zijn waarbij eiser partij was³⁶, dat uit die overeenkomst verplichtingen voortvloeiden welke gedaagde heeft overtreden en dat die overtreding tevens het karakter droeg van schending van een geschreven of een ongeschreven buitencontractuele norm. Op alle vragen die in verband met het al of niet aanwezig zijn van deze vereisten kunnen rijzen kan hier uiteraard niet worden ingegaan; ik volsta dan ook met het noemen van enkele dubia die zich daarbij kunnen voordoen.

Zo kan in sommige gevallen betwijfeld worden of een bepaalde verhouding of toestand tussen partijen wel als een contractuele verbintenis kan worden beschouwd en of de voorschriften betreffende wanprestatie daarop geheel of gedeeltelijk, rechtstreeks of analogisch, toepasselijk zijn. Men denke niet alleen aan praecontractuele verhoudingen, door de H.R. onlangs beschouwd als een door de goede trouw beheerste „rechtsverhouding”³⁷, maar ook aan door overheidsbeschikkingen tussen bijzondere personen in het leven geroepen betrekkingen³⁸ en voorts aan het verplicht gebruik van de diensten van bepaalde openbare ambtenaren als deurwaarders en nota-

³⁶ In uitzonderingsgevallen kan ook een derde een vordering aan de overeenkomst ontleenen zoals bv. krachtens artt. 1353, 1650 en 1840, derde lid. In dat geval doen zich tussen de derde en de debiteur dezelfde kwesties voor als in de tekst voor de crediteur die partij was worden besproken.

³⁷ H.R. 15 nov. 1957, N.J. 1958, 67, m.o. L.E.H.R., A.A. VII, p. 103 m.o. v. d. Grinten. Vgl. ook H.R. 5 april 1934, N.J. 1934, 929 en Rb. A'dam 6 juni 1939, N.J. 1940, 56; Telders W.P.N.R. 3536—3537; Wolfsbergen, Onr. daad, p. 212, 213.

³⁸ Art. 7 Woonruimtetwet en artt. 6 en 19 Wet Economische Mededinging. T.a.v. verbindend verklaring van ondernemersovereenkomsten wordt o.h.a. aangenomen dat de oorspronkelijke contractanten dubbel gebonden zijn. Bij onverbindend verklaring kan betwijfeld worden of na afloop van de termijn daarvan nog een overeenkomst blijft bestaan.

rissen³⁹. Voorzover in die gevallen een overeenkomst wordt aangenomen kan zich dus ook gelijktijdige toepasbaarheid van de voorschriften van wanprestatie en onrechtmatige daad voordoen.

Wordt de geldigheid van de overeenkomst aangetast wegens wilsgebreken, onbekwaamheid of benadeling van crediteuren dan kunnen zich eveneens vragen van gelijktijdige toepasbaarheid van verschillende voorschriften voordoen, maar deze betreffen dan niet de wettelijke regeling van wanprestatie⁴⁰.

Verder kan het vereiste dat eiser partij was bij de overeenkomst dienst doen om de vragen, waar het hier om gaat, te onderscheiden van die welke kunnen rijzen i.v.m. de aansprakelijkheid van contractanten jegens derden of van derden jegens contractanten. Meestal kunnen deze scheidslijnen getrokken worden met behulp van het criterium dat voor de vraag keus of uitsluiting sprake moet zijn van gelijktijdige toepasbaarheid van beide regelingen *tussen dezelfde partijen*. Dit is dus niet het geval wanneer A door zijn contractuele verplichtingen jegens B niet na te komen een redelijkerwijs te verwachten schade berokkent aan C, zodat A zowel jegens B uit hoofde van het contract als jegens C uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is⁴¹. Ook dan doen zich vragen van gelijktijdige toepasbaarheid van de voorschriften betreffende wanprestatie en onrechtmatige daad voor, maar deze zijn dan tevens van andere aard omdat zij zich tussen verschillende personen afspelen. Dit is eveneens het geval wanneer omgekeerd derden onzorgvuldig handelen door wanprestatie van de contractsdebiteur uit te lokken of te bevorderen, dan wel de nakoming van het contract geheel of gedeeltelijk onmogelijk maken of trachten te maken⁴².

Is daarentegen de derde, die de wanprestatie door zijn

³⁹ H.R. 15 mei 1959, N.J. 540, m.o. H.B. en daar onder 5 vermelde rechtspraak.

⁴⁰ Vgl. voor gelijktijdige toepasbaarheid van de regelingen betreffende bedrog en art. 1401 H.R. 16 dec. 1932, N.J. 1933, 458 m.o. E.M.M. en van artt. 1377 en 1401 H.R. 28 juni 1957, N.J. 514, m.o. L.E.H.R.; A.A. VII, p. 80, m.o. J.H.B.

⁴¹ H.R. 3 mei 1946, N.J. 323; Hofmann-Drion, p. 190 e.v. en de aldaar op p. 192, noot 1 genoemde rechtspraak en literatuur, i.h.b. de Beus W.P.N.R. 3604-3607.

⁴² Hofmann-Drion, p. 192.

onrechtmatig handelen veroorzaakte, iemand voor wiens onrechtmatige daden de debiteur krachtens de wet aansprakelijk is (meestal dus een ondergeschikte)⁴³, dan doet zich tegelijk een geval voor van „dubbele” aansprakelijkheid tussen dezelfde personen (wanprestatie en bv. art. 1403, derde lid) en een geval van „samenloop” (in de betekenis van een vordering tot dezelfde schadevergoeding tegen verschillende personen) nl. tegen de contractsdebiteur zowel ex art. 1279 e.v. als ex art. 1403, derde lid en tegen de ondergeschikte ex art. 1401⁴⁴.

Ik moet volstaan met het noemen van deze onderscheidingen zonder op de bijzondere vragen van al deze variaties in te kunnen gaan. Het verschil tussen de gevallen, waarin een derde jegens een van de contractanten of een van de contractanten jegens een derde wegens onrechtmatige daad aansprakelijk is en het geval dat ons hier bezig houdt, is dat bij dit laatste de aansprakelijkheid op grond van art. 1401 mede beïnvloed kan worden door het feit dat tussen crediteur en debiteur een contractuele rechtsband bestond.

10. *Mogelijkheden van dubbele kwalificatie naar geldend recht.*

Dit brengt op de vraag wanneer eenzelfde gedraging tegelijk als wanprestatie en als onrechtmatige daad mag worden beschouwd. Daarbij gaat het dus niet, als in no. 6, om een onderscheiding van feiten, maar om een verschil in kwalificatie van dezelfde feiten. In deze paragraaf geef ik eerst een overzicht van de mogelijkheden van dubbele kwalificatie. Hoe deze in de praktijk worden toegepast komt hierna in no. 14 e.v. aan de orde.

Of en wanneer een gedraging tegelijk kan worden aangemerkt als wanprestatie en als onrechtmatige daad hangt in de eerste plaats samen met de strekking welke beide verbintenissen plegen te hebben. Over het algemeen ligt het voor de hand dat de verplichtingen, waarvan een crediteur de nakoming van zijn debiteur *bedingt*, andere zijn dan die welke deze toch al krachtens algemene rechtsplichten moest nakomen. Vandaar dat contractuele verbintenissen meestal strekken tot een geven of een doen,

⁴³ Vgl. ook hierna 258.

⁴⁴ Vgl. H.R. 31 jan. 1958, N.J. 251, m.o. H. Kingma Boltjes.

en voorzover zij strekken tot een niet-doen veelal andere verplichtingen inhouden dan die, welke de debiteur toch al krachtens algemene normen moest nakomen. De algemene rechtsplichten daarentegen, geschrevene en ongeschrevene, strekken meestal tot een niet-doen, veel minder vaak tot een doen en hoogst zelden tot een geven⁴⁵. Van een samenval van beide soorten aansprakelijkheid zal over het algemeen dus slechts sprake kunnen zijn voor zover de overeenkomst behalve verplichtingen om te geven of te doen ook nog verplichtingen om niet te doen meebrengt, of voorzover er omgekeerd bepaalde verplichtingen om te doen bestaan welke behalve de contractant ook ieder ander in acht moet nemen⁴⁶.

Wat nu de contractuele verbintenissen betreft, noch bij prestatieplichten, welke de inhoud uitmaken van resultaatsverbintenissen of inspanningsverbintenissen, noch bij garantieplichten zullen het over het algemeen de hoofdverplichtingen zijn waarvan niet-nakoming tevens schending van een algemene rechtsplicht oplevert⁴⁷. Het zijn

⁴⁵ Zie over de strekking van verbintenissen uit overeenkomst en algemene rechtsplichten H. Drion, Aansprakelijkheid voor andermans fouten, Inaug. oratie Leiden 1958 en Hofmann-Drion, p. 71 en 91.

⁴⁶ Gevallen van samenval van contractuele en algemene rechtsplichten om te doen zal men vooral moeten zoeken bij de inspanningsverbintenissen, waarin op grond van billijkheid of gebruik bepaalde verplichtingen tot het in acht nemen van veiligheidsvoorschriften liggen opgesloten. Zo kan bv. het plaatsen van een licht of een omheining bij een kuil, gegraven op particulier terrein door een tuinman of een installateur, zowel verplicht zijn uit hoofde van het contract als op grond van algemene veiligheidsnormen. Een voorbeeld van te kort schieten in een dergelijke waarschuwingsplicht bij Rb. R'dam 23 nov. 1951, N.J. 1953, 175.

⁴⁷ Onder hoofdverplichtingen worden hier verstaan die welke tot inhoud hebben de rechtstreeks afdwingbare prestatie, dus bij resultaatsverbintenissen het toegezegde resultaat, bij inspanningsverbintenissen de toegezegde inspanning. Daarnaast heeft de contractuele debiteur zg. afgeleide verplichtingen die aangeven hoe hij „met het oog op een hoofdverplichting zich onder de verschillende bijzondere omstandigheden, die zich kunnen voordoen, moet gedragen; welke handelingen hij met het oog op de overtreding van een verbod moet nalaten; welke voorzorgsmaatregelen hij ter voorkoming van het ongeoorloofde gevolg moet treffen; welke handelingen hij moet verrichten opdat het van hem verlangde gevolg intrcedt, enz.”, aldus Meijers, Alg. Begr. p. 62. Zie ook Suyling II, 1, no. 141, die er op wijst dat nakoming alleen gevraagd kan worden voorzover de crediteur tot een *prestatie* gerechtigd is. Wanneer dit het geval is hangt af van de inhoud der contractuele en wettelijke voorschriften.

immers juist deze hoofdverplichtingen, om te geven of te doen, waarvan de crediteur de nakoming *bedongen* heeft omdat de debiteur op dat punt geen algemene rechtsplicht had. Ongeacht dus de wijze waarop de debiteur in dit opzicht te kort schiet, door opzet, grove schuld of enkele onachtzaamheid, zal de crediteur, die nakoming of schadevergoeding eist wegens schending van dergelijke zuiver contractuele verplichtingen, enkel een beroep kunnen doen op de voorschriften betreffende wanprestatie. Dit is zowel een gevolg van de omstandigheid dat voor het intreden van wanprestatie schuld in de zin van verwijtbaarheid nu eenmaal geen positieve eis is, als van de opvatting dat enkele niet-nakoming van een contract geen onrechtmatige daad is. Of dit in alle opzichten overeenstemt met het rechtsgevoel, bespreek ik hierna onder no. 17. Hier zij opgemerkt dat in de praktijk inderdaad de meeste vorderingen, waarbij een toepassing van art. 1401 bij wanprestatie wordt gevraagd, stranden op het feit dat de plicht tot nakoming van hoofdverplichtingen uitsluitend een relatief karakter draagt⁴⁸.

Daarentegen corresponderen de contractuele bijverplichtingen veelal wel met algemene rechtsplichten. Al kan van deze bijverplichtingen dan ook niet zelfstandig nakoming worden gevraagd, dat verhindert niet dat overtreding daarvan tevens als een tekortkoming in de hoofdverplichting en daarom als tot schadevergoeding verplichtende wanprestatie wordt beschouwd. Aan wanprestatie in deze vorm maken zich schuldig verkopers, vervoerders, bruikleners, huurders en anderen die door opzet of schuld schade toebrengen aan of onvoldoende zorgen voor de bewaking van zaken, die zij in ongeschonden toestand moeten afleveren; voorts vervoerders van personen die tekort schieten in zorg tot het voorkomen van lichamelijk letsel van passagiers; reparateurs die het te repareren voorwerp of andere tegelijk aan hun toezicht toevertrouwde voorwerpen beschadigen; leveranciers van ondeugdelijk materiaal die daarmee schade toebrengen aan persoon of goederen van hun afnemers e.t.q.

In vele van deze gevallen zal behalve de contractuele

⁴⁸ Aldus het merendeel van de uitspraken, geciteerd in het kaartenboekje N.J. artt. 1401 en 1402, bew. door R. J. Polak, onder I, 1, 1a. Zie ook hierna no. 15.

verplichting ook een algemene rechtsplicht zijn geschonden. Dit is het meest evident bij handelingen in strijd met geschreven voorschriften, niet alleen dienend tot bescherming van de maatschappijke orde maar ook van de bijzondere belangen van de crediteur. Zo bv. wanneer het opzettelijk of culpoos toebrengen van schade of letsel, of het plegen van inbreuk op de integriteit van een persoon uitdrukkelijk strafbaar is gesteld⁴⁹. Daarnaast kan de onrechtmatigheid ook voortvloeien uit opzettelijke of culpose inbreuk op een subjectief recht, of uit onzorgvuldigheid jegens eens anders persoon of goed. Wat tenslotte de ongeschreven normen betreft, zal men de mogelijkheden van samenval vooral moeten zoeken in de hoek van de (nog) niet wettelijk omschreven plichten tot het in acht nemen van andermans belangen⁵⁰ of tot het treffen van maatregelen tot veiligheid. Wat het laatste betreft denke men niet alleen aan de aansprakelijkheid wegens het in het verkeer brengen van zaken die een gebrek hebben en daarom gevaar veroorzaken (gevaarlijke stoffen, vergiftigde eetwaren e.d.) maar ook aan veronachtzaming van waarschuwingsplichten⁵¹. In de praktijk zullen het

⁴⁹ Zie bv. artt. 157, 158; 174, 175; 282, 283; 287, 300, 307; 352; 450 W. v. S.

⁵⁰ Het verschaffen van onjuiste inlichtingen over een mede-contractant kan zowel in strijd zijn met het contract als met een ongeschreven algemene rechtsplicht: Rb. Assen 9 april 1940, N.J. 1941, 136.

⁵¹ Vgl. H.R. 6 april 1933, N.J. 1933, 881, m.o. E.M.M. (acetyleen-cylinder); Hof Haag 14 oct. 1949, N.J. 1950, 106 (zg. brandvrije bouwplaten); Hof A'dam 27 juni 1957, N.J. 1958, 104 (assemblagefout in auto); Rb. Utrecht 6 juni 1934, N.J. 1935, 1407 (ladder van ondeugdelijk materiaal, verkoper jegens koper aansprakelijk wegens onrechtmatige daad); Rb. Groningen 29 juni 1954, N.J. 1955, 107 (breken van kabel van een kraan) Rb. R'dam 23 dec. 1955, V.R. 1956, 85 (trekhaak-constructie).

Een voorbeeld van een ongeschreven waarschuwingsplicht bij Rb. R'dam 23 nov. 1951, N.J. 1953, 175. In dit verband kan men zich ook afvragen in hoeverre spoorwegwachters en anderen, die contractueel verplicht zijn zekere veiligheidsmaatregelen voor het publiek te treffen, door het achterwege laten daarvan niet alleen wanprestatie plegen maar ook een algemene rechtsplicht schenden. Deze schending zou dan bestaan in het niet voldoen aan de verwachtingen welke bij het publiek zijn gewekt doordat normaliter de veiligheidsmaatregel in acht wordt genomen, zodat dit redelijkerwijs mag rekenen op een veilige situatie. In die zin Rb. Breda 5 nov. 1957, N.J. 1958, 268. Ook in België en Duitsland neigt de rechter vaak tot het aannemen van een dergelijke „Verkehrssicherungspflicht“.

over het algemeen derden zijn die in dergelijke gevallen een beroep doen op het algemeen karakter van de plichten welke de debiteur in acht had moeten nemen. Dit neemt niet weg dat wanneer eenmaal een algemene rechtsplicht wordt aangenomen ook de contractuele crediteur daarop een beroep zal kunnen doen.

Is het bestaan van dergelijke algemene rechtsplichten niet altijd zeker, aan de andere kant kan ook de vaststelling der contractuele verplichtingen interpretatieve dubia opleveren. Het gaat daarbij immers niet alleen om de strekking van wettelijke en contractuele voorschriften maar ook om verplichtingen welke voortvloeien uit uitvoering van de overeenkomst in overeenstemming met gebruik en billijkheid. Daaruit zal in bijzondere gevallen moeten worden afgeleid in hoeverre zaaksbeschadiging, diefstal, verduistering, persoonlijk letsel of belediging los van de overeenkomst staan of tevens als wanprestatie beschouwd moeten worden. Over het algemeen zal men de scheidslijn zo moeten trekken dat een onrechtmatige daad alleen wanprestatie oplevert wanneer daardoor stoornis intreedt bij de uitvoering van de overeenkomst. Dit zal bv. het geval zijn wanneer bewaarnemers, bruikleners, reparateurs of tuinlui zaken beschadigen, welke zij onder hun opzicht hebben of wanneer zij deze zaken verduisteren. Ook kan men nog in verband met art. 1639 d als wanprestatie beschouwen dat een werknemer misbruik maakt van de toegang die hij heeft tot gebouw of huis van de werkgever en daaruit zaken wegneemt. Omgekeerd zal diefstal door de werkgever van voorwerpen uit de kleding van de werknemer, bij hem in bewaring gegeven, in strijd zijn met art. 1638z⁵². Moeilijker wordt het wanneer de

⁵² Vgl. H.R. 4 juni 1920, W. 10594, arrest a quo in W. 10507 (diefstal tevens wanprestatie bij schoonmaakcontract); H.R. 21 dec. 1956, N.J. 1958, 102 m.o. Kingma Boltjes; A.A. VI, p. 157, m.o. D.M. (niet afdragen van winsten door de directeur van een n.v. tijdens dienstbetrekking op naam van de n.v. buiten haar doel gemaakt is een onrechtmatige daad); Hof den Bosch 28 juni 1921, W. 10789, cass. verw. H.R. 16 maart 1922, N.J. 1922, 504, W. 10917 (nalatigheid van verkoper om in overeenstemming met toezegging verkochte zaken verzekerd te houden wel onrechtmatige daad maar geen wanprestatie!); Hof Arnhem 7 oct. 1953, N.J. 1954, 231 (kortsluiting bij herstel van aansluitkabel wel onrechtmatige daad, geen wanprestatie). In sommige gevallen geeft de wet bij onrechtmatige daden een afzonderlijk middel om de contractuele verhouding te verbreken

onrechtmatige daad min of meer los staat van een overeenkomst welke overigens behoorlijk wordt uitgevoerd. Zo bv. wanneer een reparateur, loodgieter of behanger „rondom zijn werkzaamheden” een voorwerp steelt of beschadigt dat niet krachtens overeenkomst aan zijn toezicht was toevertrouwd. Meestal zal men dan moeten aannemen dat er wel een onrechtmatige daad maar geen wanprestatie was.

Samengevat komt het voorafgaande hierop neer dat de rechtsplichten, welke contractanten ten opzichte van elkaar in acht moeten nemen, naar hun ontstaan en gevolgen als volgt kunnen worden onderscheiden:

a) zuiver contractuele verplichtingen, welke hun bron uitsluitend vinden in de overeenkomst en welke de debiteur alleen jegens de crediteur in acht hoeft nemen;

b) verplichtingen die zowel contractueel als buitencontractueel genoemd kunnen worden;

c) zuiver buitencontractuele verplichtingen, die ieder jegens ieder in acht moet nemen en die uitsluitend hun sanctie vinden in toepassing van de voorschriften over onrechtmatige daad.

Dat de overeenkomst t.a.v. de buitencontractuele verplichtingen bovendien een opheffende werking heeft, komt hierna in no. 13 nog ter sprake.

Wat betreft de onder *b* genoemde verplichtingen, sub specie van de overeenkomst zijn dit, als gezegd, over het algemeen bijverplichtingen. D.w.z. verplichtingen waarvan geen zelfstandige nakoming kan worden gevorderd, maar waarvan niet-nakoming tot schadevergoeding verplichtende wanprestatie oplevert. Sub specie van de onrechtmatige daad kan die wanprestatie gepaard gaan met schending van een wettelijke rechtsplicht, met inbreuk op een subjectief recht of met schending van ongeschreven normen (zie verder no. 15). Of het geoorloofd is aan de overeenkomst tussen partijen een zodanige betekenis

zonder dat van wanprestatie hoeft te blijken. Vgl. artt. 1639 p en q en 1684. Anders dan in de tekst Jansen op de Haar, N.J.B. 1959, p. 725 e.v., die wanprestatie beperkt tot de gevallen waarin de handelingen van de debiteur gericht waren op de toestandkoming of instandhouding van de oorzaak der overeenkomst. Dit lijkt mij nogal ver af te wijken van de geldende opvattingen omtrent de omvang der contractuele verplichtingen, welke voor de debiteur, behalve uit de overeenkomst zelf, kunnen voortvloeien uit gebruik en billijkheid.

toe te kennen dat een inbreuk op deze verplichtingen hetzij geheel hetzij ten dele alleen als wanprestatie mag worden gekwalificeerd, bespreek ik hierna in no. 17.

11. *Grensgeval: post-contractuele verplichtingen* (H.R. 9 dec. 1955).

Een grensgeval van wanprestatie en onrechtmatige daad zijn de post-contractuele verplichtingen. Het bestaan daarvan wordt nogal eens aangenomen wanneer na afloop van contractuele werkzaamheden misbruik wordt gemaakt van een in de loop daarvan verkregen vertrouwenspositie, i.h.b. door concurrentie jegens de vroegere patroon of opdrachtgever. Moet men aannemen dat een eventuele verplichting zich daarvan te onthouden berust op de billijkheid, op een algemene rechtsplicht, of op beide? De rechtspraak is over het algemeen niet geneigd de overeenkomst als bron van dergelijke verbintenissen te beschouwen. Wel meent zij dat het contract een rol kan spelen als feitelijk element voor het aannemen van een ongeschreven zorgzuldigheidsnorm in dat geval. Zo keurde de H.R. bij het bekende uitspanningsarrest van 9 dec. 1955, N.J. 1956, m.o. L.E.H.R., goed dat in een dergelijk geval het feit van het bestaan hebben van de contractuele verhouding voor het Hof had medegewogen als een deel van de omstandigheden, waarnaar voor het gegeven geval een ongeschreven verplichting werd aangenomen. Naar het oordeel van het Hof bestond er in casu geen contractuele plicht tot het achterwege laten van post-contractuele concurrentie. Eiser in cassatie stelde nu dat ook geen toepassing van art. 1401 mogelijk was omdat dit slechts mogelijk zou zijn wanneer de onrechtmatigheid zich *onafhankelijk* van de overeenkomst zou voordoen, hetgeen in casu niet denkbaar zou zijn omdat de overeenkomst voor het aannemen van onrechtmatigheid niet kon worden weggedacht. In feite kwam deze stelling dus hierop neer, dat ook wanneer een gedraging jegens een medecontractant *geen* wanprestatie oplevert de onrechtmatigheid daarvan slechts kan komen vast te staan wanneer die gedraging ook „los” of „onafhankelijk” van de overeenkomst strijdig is met een algemene rechtsplicht. De H.R. had deze stelling reeds zo kunnen weerleggen dat het hem te ver ging

de eis van „onafhankelijk” van de overeenkomst ook te stellen voor onrechtmatigheid welke *niet* gepaard gaat met wanprestatie. In plaats daarvan werd echter een uitvoerige analyse gegeven van de constructie met behulp waarvan het Hof tot het aannemen van een buitencontractuele verplichting was gekomen. Bij de goedkeuring welke daarbij werd gehecht aan 's Hofs constructie gaf de H.R. a.h.w. terloops ook nog deze correctie van eisers betoog dat onder „onafhankelijk van een tussen pp. bestaande contractuele verhouding” moest worden verstaan „onafhankelijk van een schending van contractuele verplichtingen”. Daarmee werd dus te kennen gegeven dat voor het aannemen van onrechtmatigheid niet hoeft te worden uitgegaan van een toestand zonder overeenkomst, maar slechts hoeft te worden geabstraheerd van de vraag of een bepaalde gedraging ook als wanprestatie kan worden gekwalificeerd. Op de betekenis van die formulering, die verschilt van die van voorgaande arresten, kom ik hierna onder no. 14 nog terug.

In feite komt de beslissing intussen neer op een erkenning van verplichtingen voortvloeiend uit het aangaan van een contract in de vorm van algemene rechtsplichten. Naar mijn mening verdient een dergelijke constructie geen bijval. Wanneer men van oordeel is dat een contract ook na afloop van de duur daarvan nog bepaalde verplichtingen voor partijen meebrengt, kan men die beter stoeien op de goede trouw en de billijkheid dan op algemene rechtsplichten. Meer dan bij aansprakelijkheid op grond van art. 1401 kan bij toepassing van art. 1374, derde lid en 1375 immers rekening worden gehouden met het incidentele karakter van het gegeven geval. Of een contract bepaalde post-contractuele verplichtingen meebrengt, wat de omvang daarvan is en over welke duur zij zich uitstrekken, is, als ik het goed zie, een vraag welke meer in de contractssfeer thuis hoort dan in de sfeer der algemene maatschappelijke verplichtingen.

Verdiens de constructie van de H.R. dus reeds geen aanbeveling voor de post-contractuele verplichtingen, in ieder geval dient zij n.m.m. verworpen te worden voor zg. praeter-contractuele plichten. Men kan de correctie die de H.R. bij dit arrest terloops gaf, immers ook zo interpreteren (ik mag daarvoor verwijzen naar de uitvoerige be-

spreking van die beslissing door mijn mede-praeadviseur) dat de rechter steeds de vrijheid zou hebben op grond van het *bestaan* van de overeenkomst te concluderen tot het bestaan van buitencontractuele rechtsplichten, welke de ene contractant jegens de andere in acht zou moeten nemen. Een dergelijke interpretatie van een beslissing, die slechts betrekking had op een geval waarin geen contractuele verplichting werd aangenomen, gaat m.i. echter te ver. In de eerste plaats omdat men door een zo ruime opvatting van buitencontractuele normen in feite toch weer langs een achterdeur zou binnenhalen dat iedere wanprestatie op zich zelf een onrechtmatige daad is, *quod non* (vgl. no. 7). In de tweede plaats omdat men dan het gevaar schept van een totale vervaging van de grens tussen relatieve contractsplichten en algemene rechtsplichten⁶³.

IV. BELANG VAN GELIJKTIJDIGE TOEPASBAARHEID

12. *Verschillen naar geldend recht.*

Zoals in no. 2 reeds werd opgemerkt, hangt het belang van de samenval van beide soorten aansprakelijkheid nauw samen met de verschillen welke daartussen bestaan naar geldend recht. Hoe minder verschillen hoe minder belang de crediteur er bij heeft dat een bepaalde wanprestatie ook als onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd. Welke zijn deze verschillen?

A) *Bekwaamheid.*

Is een contract aangegaan door een onbekwame debiteur, dan kan deze zich aan zijn aansprakelijkheid onttrekken door de vernietiging van de verbintenis te vragen. Deze ontsnappingsmogelijkheid heeft de onbekwame niet bij onrechtmatige daad (art. 1483); hier is hij aansprakelijk wanneer hij maar toerekeningsvatbaar is.

⁶³ Evenzo Hofmann-Drion II, p. 187. Typerend is dat de H.R. hier sprak van een betamelijkheidsverplichting „voor het gegeven geval” daarmee het ad hoc karakter van de ongeschreven norm accentuerend. Vgl. voor andere gevallen van post-contractuele onrechtmatigheid: Rb. den Haag 9 mei 1941, N.J. 1942, 71; Rb. R'dam 20 mei 1953, N.J. 1955, 215; Hof den Haag 15 mei 1957, N.J. 670.

Allleen deze kans op aantasting van de contractuele verbintenis door de onbekwame debiteur kan voor crediteur een reden zijn zich op de voorschriften van onrechtmatige daad te beroepen. Komt de onbekwame niet tegen zijn verbintenis op, of kan hij daartegen niet meer opkomen, dan verschilt zijn aansprakelijkheid niet van anderen.

Vernietigbaarheid van de contractuele verbintenis staat niet in de weg aan aansprakelijkheid van de onbekwame ter zake van zijn gedragingen die aan het contract voorafgingen en waardoor hij bv. een zeker vertrouwen bij de mede-contractant heeft opgewekt⁵⁴. In dat geval is er echter geen sprake van gelijktijdige toepasbaarheid.

B) *Ingebreke stelling.*

Voor het ontstaan van wanprestatie is in den regel een ingebreke stelling nodig, voor het ontstaan van de vergoedingsplicht ex art. 1401 e.v. niet. Hoewel dit verschil op het eerste gezicht belangrijk lijkt, zal het in de praktijk niet vaak een rol spelen. Wanneer de gedragingen van de debiteur zich voor een dubbele kwalificatie lenen zal de wanprestatie immers meestal bestaan uit een niet-presteren waardoor reeds schade is veroorzaakt. In dat geval zal de vergoeding van die schade ook op grond van het contract zonder in gebreke stelling kunnen worden geëist.

C) *Schuld en overmacht*⁵⁵.

In hoeverre het veelomstreden schuldvereiste een rol speelt bij het ontstaan en de opheffing van beide soorten aansprakelijkheid hangt enerzijds nauw samen met aard en omvang van de contractuele verplichting, anderzijds met de betekenis welke men bij art. 1401 aan dit vereiste toekent.

Bij contracten is alleen bij inspanningsverbintenissen schuld in de vorm van het ontbreken van zorg een vereiste voor het ontstaan van aansprakelijkheid. In dat geval wordt die zorg, behoudens uitzonderingen bij de wet (art. 1838, tweede lid) of in het contract gemaakt, beoordeeld naar objectieve maatstaf, d.w.z. naar wat redelijkerwijs van een normaal debiteur kan worden verwacht. Aldus

⁵⁴ Wolfsbergen, *Onr. Daad*, p. 213.

⁵⁵ Vgl. Houwing, *W.P.N.R.* 4316—4324, i.h.b. 4324 sub XII.

bv. bij lastgeving, arbeidscontract en enkele diensten, voorzover de inspanning van de debiteur niet min of meer nauwkeurig is omschreven. Bij resultaatsverplichtingen en garantie kan de aansprakelijkheid daarentegen ontstaan zonder dat de debiteur enig verwijt ter zake treft, nl. op grond van het enkele feit dat het resultaat of de gegarandeerde toestand is uitgebleven. Voorbeelden: vervoer, huur, bruikleen, bewaargeving, de laatste drie voorzover verplichtend tot het geven van een bepaalde zaak.

Hetzelfde verschil doet zich voor m.b.t. de (eventueel tijdelijke) opheffing der aansprakelijkheid door overmacht of afwezigheid van schuld. Bij inspanningsverplichtingen kan de debiteur aanvoeren dat datgene, wat op het eerste gezicht een gebrek aan zorg of inspanning lijkt, in werkelijkheid niet aan zijn tekortkoming maar aan een andere oorzaak moet worden toegeschreven. Bij resultaatsverbindenissen zal de debiteur zich daarentegen slechts kunnen bevrijden met een beroep op verhindering wegens een vreemde oorzaak, welke hem niet kan worden toegerekend. Dit beroep gaat, als bekend, niet op bij enkele de schuldeiser persoonlijk betreffende omstandigheden, welke ook zonder schuld voor zijn rekening komen en waardoor zijn aansprakelijkheid dus voor een deel op risico berust (financieel onvermogen, inschakeling van anderen, gebruik van zaken). Ontbreken deze risicofactoren dan speelt de schuld in zoverre een negatieve rol t.a.v. de opheffing der aansprakelijkheid (hetgeen iets anders is dan een positieve rol bij het ontstaan daarvan) dat een gebrek aan zorg en voorzienbaarheid van de verhindering een beroep op overmacht onmogelijk maken.

Bij art. 1401 berust de aansprakelijkheid volgens de wet mede op schuld. Onverschillig nu of men dit element opvat als een afzonderlijk vereiste, dan wel onrechtmatigheid en schuld laat opgaan in de algemene eis van een in concreto laakbare gedraging, staat deze aansprakelijkheid ook naar materieel recht (dus afgezien van de bewijslast) het dichtst bij die van de naar verhouding niet zo heel veel voorkomende contractuele inspannings- of zorgverbindenissen. Van de aansprakelijkheid bij resultaatsverplichtingen en bij garantie verschilt zij doordat zij in beginsel geen risico's omvat voor wat een normaal en redelijk denkend mens niet kon voorzien. Dit is slechts anders

in de gevallen, waarin de wet in afwijking van art. 1401 risico-aansprakelijkheid schept (bijv. artt. 1403, derde lid en 1405 B.W.; 536 e.v. en 930 e.v. W.v.K. en 31 W.V.W.), of waarin zij de dader, zonder dat is gebleken van een in concreto laakbare gedraging, alleen aan aansprakelijkheid laat ontkomen wanneer hij overmacht of afwezigheid van schuld weet te bewijzen (bijv. artt. 1403, lid 2, 4 en 5; 1404 en 1416 a en c B.W. en 31 W.V.W. t.a.v. de eigenaar). In deze gevallen ligt de aansprakelijkheid dus dichterbij die van de resultaatsverplichtingen.

Afgezien van deze laatste gevallen, is er dus dit verschil dat bij resultaatsverbintenissen en garanties alle vereisten voor het ontstaan van de aansprakelijkheid opgaan in het uitblijven van de toegezegde of gegarandeerde toestand. Rechtvaardigingsgronden of schuldsluitingsgronden kunnen hier alleen een rol spelen voorzover zij een verhinderende wegens vreemde oorzaak opleveren. Praktisch komt dit hierop neer dat de crediteur van dergelijke contractuele verbintenissen als de keus hem vrijstaat wel zo verstandig zal zijn zich op het contract te beroepen. T.a.v. de hoofdverplichting kan de aansprakelijkheid hier immers zonder enige verwijtbaarheid komen vast te staan; t.a.v. de bijverplichtingen biedt art. 1401 geen enkel voordeel boven wanprestatie. Ook bij zorg- of inspanningsverbintenissen doet het, wat het schuldvereiste betreft, praktisch niet ter zake of de crediteur zich op het contract dan wel op art. 1401 beroept⁵⁶.

D) *Stellast en bewijsrisico.*

Deze verschillen naar de inhoud der contractuele verbintenissen zijn uiteraard ook van invloed op de stellast en het bewijsrisico. Bij contracten draagt volgens de heersende leer de crediteur het risico voor het bewijs dat een overeenkomst is aangegaan en dat de daaruit voortvloeien-

⁵⁶ Daar waar partijen tot elkaar staan in een bijzondere verhouding waardoor de aansprakelijkheid ex art. 1401 wordt verlicht, zal de rechter o.h.a. ook bij overeenkomst tot aanwezigheid van een dergelijke verlichte aansprakelijkheid concluderen. Vgl. voor kosteloos meerijden H.R. 20 dec. 1957, N.J. 1958, 68, m.o. L.E.H.R., *Ars Acqui* VII, p. 180 m.o. J.H.B.; V.R. 1958, no. 2, m.o. P. (art. 1401) en 11 april 1958, N.J. 467, m.o. L.E.H.R., V.R. 1958, p. 93, m.o. P. Voorts: H. Drion, *Verkeersrecht* 1958, p. 109 e.v. en *praeadvies* N.J.V. 1957, p. 185.

de verbintenis niet is nagekomen⁵⁷. De debiteur kan dan hetzij de bewering van wanprestatie ontzenuwen, hetzij bewijzen dat de niet-nakoming voortvloeit uit een vreemde oorzaak, welke hem niet kan worden toegerekend.

Bij art. 1401 daarentegen moet de crediteur naar de letter van de wet zowel de onrechtmatige daad als de schuld van de dader aantonen. Weliswaar hoeft hij daarbij niet het bestaan van de algemene rechtsplicht te bewijzen, maar wel het feit van de daarop gemaakte inbreuk.

Op het eerste gezicht lijkt dit verschil belangrijk en vroeger is het dan ook meer dan eens van fundamentele betekenis geacht⁵⁸. Door de onderscheiding van contracten naar de inhoud der verplichtingen en de praktijk der bewijsvoering bij art. 1401 speelt het echter vrijwel geen rol meer voor de vraag of de crediteur zich naast de contractsactie op art. 1401 kan beroepen⁵⁹. Houdt het contract resultaatsverplichtingen in dan zal de crediteur immers wel steeds volstaan met een beroep op de overeenkomst en het bewijs dat de daarbij toegezegde feitelijke toestand niet is ingetreden. Daarbij verkeert hij dus in een voordeliger positie dan bij een beroep op art. 1401, waar in ieder geval, hetzij in de vorm van onrechtmatigheid, hetzij in die van schuld, een zekere verwijtbaarheid van de debiteur moet komen vast te staan. Houdt het contract zorg- of inspanningsverplichtingen in, dan zal de crediteur moeten bewijzen dat de debiteur in gebreke is gebleven zich de toegezegde inspanning te getroosten. In de praktijk

⁵⁷ De wet regelt in art. 1280 alleen de bewijslast bij overmacht. Algemeen wordt echter aangenomen dat de crediteur wanneer hij nakoming eist de overeenkomst moet bewijzen en wanneer hij schadevergoeding eist de wanprestatie. Vgl. rechtspraak en literatuur bij Houwing, W.P.N.R. 4324, noot 95, 96 en 97.

⁵⁸ Vooral in Frankrijk en België heeft men veel gestreden over de bewijslast bij contract en bij onrechtmatige daad i.v.m. de aansprakelijkheid van werkgevers en vervoerders voor lichamelijk letsel overkomen aan werknemers en passagiers. Zie daarover R.M.J.M. Beguin, Overeenkomst of onrechtmatige daad, Diss. Leiden 1895 en daar aangehaalde literatuur.

⁵⁹ Aldus reeds Meijers W.P.N.R. 2261, Verz. Werken, III, p. 12 e.v.; vorts in W.P.N.R. 2812 onder H.R. 20 juni 1919, N.J. 1919, 811, W. 10470 en onder H.R. 9 jan. 1941; 935. Onder verwijzing naar deze passages merkt Houwing, W.P.N.R. 4324, p. 576, terecht op dat men met behulp van de objectiefrechtelijke theorie ook meestal tot een billijke verdeling van de bewijslast kan komen.

komt dit bewijs zo ongeveer overeen met dat wat de crediteur bij onrechtmatige daad moet leveren zodat ook wat dit betreft de keus geen voordelen biedt. Bij art. 1401 gaat het bewijs van de schuld immers meestal op in dat van de onrechtmatigheid, zodat de crediteur die het laatste weet te bewijzen zich geen zorgen hoeft te maken over het eerste. Voorzover de rechtspraak het bestaan van afzonderlijke schuldelementen eist, leidt zij de aanwezigheid daarvan in de regel af uit vermoedens, geput uit de feiten welke aan de gestelde onrechtmatigheid ten grondslag liggen, zelfs wanneer de schuld niet uitdrukkelijk in de dagvaarding is gesteld. Dit is slechts anders bij inbreuk op subjectieve rechten als veroorzaakt door zaaksbeschadiging, dood of letsel, in welke gevallen de handeling meestal op zich zelf reeds als onrechtmatig wordt beschouwd, zodat daarnaast nog behoefte bestaat aan de vaststelling dat de dader zijn daad ook kan worden toegerekend⁶⁰.

E) Aansprakelijkheid voor anderen.

Bij contract vloeit de aansprakelijkheid voor andere personen niet, als bij onrechtmatige daad, voort uit een algemene wettelijke regeling, maar, afgezien van enkele bijzondere voorschriften⁶¹, uit de omstandigheid dat tekortkomingen van personen, die de debiteur bij de uitvoering van een overeenkomst gebruikt, niet zonder meer als „vreemde oorzaak” in de zin van art. 1280 kunnen worden aangemerkt. Over het algemeen zal de contractuele debiteur dan ook aansprakelijk zijn voor degenen, die hij bij de uitvoering van de overeenkomst gebruikt. Dit is slechts anders wanneer ook de derde zich jegens de schuldenaar op overmacht kan beroepen en de oorzaak van het uitblijven van de prestatie ook in de verhouding tussen debiteur en crediteur als overmacht zou hebben gegolden. Had de debiteur op zich genomen de prestatie persoonlijk te verrichten, dan is hij uiteraard zonder enig pardon aansprakelijk voor wat hij niettemin door derden laat verrichten.

⁶⁰ Meijers, *Alg. Begrippen*, p. 301, Asser-Rutten, *Derde Deel II*, p. 511; Hofmann-Driou, p. 112 en daar aangehaalde literatuur. Zie ook hierna p. 272 e.v.

⁶¹ Artt. 1602, 1649, 1747 en 1840 B.W.; 89 en 321 W.v.K.

Uit de wet kan men daarentegen alleen aansprakelijk worden gesteld voor onrechtmatige daden van personen, die in een bepaalde, meer of minder ruim omschreven, betrekking tot de aangesprokene staan. Aldus de aansprakelijkheid voor ondergeschikten krachtens art. 1403, derde lid en voorts die krachtens enkele door de wetgeving heen verspreide bijzondere voorschriften⁶². Over het algemeen zal het de crediteur geen voordeel bieden zich op een van deze bepalingen in plaats van op de overeenkomst te beroepen, omdat hij dan immers zowel de ondergeschiktheid als de onrechtmatige daad van de ondergeschikte moet bewijzen.

F) *Aansprakelijkheid voor zaken.*

Ook de aansprakelijkheid voor zaken kan bij het ontbreken van een algemene risico-aansprakelijkheid daaromtrent slechts in incidentele gevallen verschil opleveren. Of dit verschil in het voordeel van de contractscrediteur is, hangt weer af van de aard van de overeenkomst. Bij resultaatsverbintenissen zal het voor de crediteur op zich zelf, dus afgezien van andere verschillen, nauwelijks voordeel opleveren zich in plaats van op het ontbreken van het resultaat te beroepen op een van de desbetreffende bepalingen als art. 1404, 1405, 536, 544a, 938 en 949 W.v.K. of 31 Wegenverkeerswet. In verschillende van deze gevallen kan de debiteur zich immers bevrijden door te bewijzen dat hem niets te verwijten valt. Slechts bij inspanningsverbintenissen zou dit anders kunnen zijn, maar de gevallen waarin zich een combinatie daarvan met een aansprakelijkheid uit hoofde van een van deze artikelen voordoet zullen zeldzaam zijn.

G) *Herstel en reële executie.*

Zoals bekend, acht de rechtspraak op de vergoedingsplicht van art. 1401 de bepalingen van art. 1280 en van 1282—1284 niet rechtstreeks van toepassing⁶³. Bovendien wordt aangenomen dat bij toepassing van art. 1401 de rechter ook de vrijheid heeft feitelijk herstel te gelasten.

⁶² Een overzicht daarvan bij Hofmann-Drion, p. 113 en 252 e.v.

⁶³ M.b.t. artt. 1282—1284: H.R. 28 dec. 1906, W. 8477 en 2 febr. 1912, W. 9319; m.b.t. art. 1280 en 1282—1284: H.R. 23 juni 1922, W. 10948.

Hier staat tegenover dat de crediteur van contractuele verbintenissen om te doen en niet te doen het recht heeft de nakoming reëel te executeren (art. 1276 en 1277).

Gelijktijdige toepasbaarheid van beide regelingen kan men zich eigenlijk alleen maar voorstellen bij verbintenissen om niet te doen. Het valt niet in te zien om welke redenen de crediteur dan de voorkeur zou geven aan het herstel ex art. 1401 boven reële executie van art. 1276, of omgekeerd.

H) *Voorzienbaarheid van schade ten tijde van overeenkomst en ten tijde van onrechtmatige daad.*

Belangrijker is dat de debiteur bij contractuele aansprakelijkheid, wanneer hij niet arglistig is in de zin van art. 1284, krachtens art. 1283 slechts die schade hoeft vergoeden, die bij het aangaan van het contract was te voorzien. Bij art. 1401 daarentegen moet hij alle schade vergoeden, die ten tijde van het plegen van de daad voorzienbaar was. Het is duidelijk dat dit verschil van belang kan zijn wanneer t.t.v. de wanprestatie, die tegelijk een onrechtmatige daad zou opleveren, meer schade voorzienbaar is dan bij het aangaan van het contract. Men denke aan prijsstijgingen, of verkeerde, later herstelde, taxaties e.d. Uit een algemeen oogpunt kan men daartegen het bezwaar maken dat een debiteur die zich uitdrukkelijk heeft verbonden, zodoende voor minder gevolgen aansprakelijk is dan iemand die geen voorafgaande contractuele rechtsplicht op zich heeft genomen⁶⁴.

I) *Voorzienbaarheid van de omvang der schade.*

Bij contractuele aansprakelijkheid omvat de vergoedingsplicht van de debiteur, naar tegenwoordig algemeen aanvaard wordt, alleen die schade waarvan niet alleen het ontstaan, maar ook de omvang voorzienbaar was. De meeste schrijvers beperken de eis van voorzienbaarheid t.a.v. de omvang der schade tot de in art. 1283 ge-

⁶⁴ Meijers W.P.N.R. 2275, p. 362, 363; Wolfsbergen, p. 206; zie ook: De omvang van de schadevergoeding bij wanprestatie en bij onrechtmatige daad, door C. D. van Boeschoten en A. R. Bloembergen; Bijl. Adv. Blad 15 okt. 1952. Is er „arglist” in de zin van art. 1284 dan is er in dit opzicht geen verschil omdat dan in beide gevallen slechts voorzienbaarheid op het ogenblik van de gedraging wordt geëist.

regelde niet-arglistige wanprestatie. Op dit punt kan dus verschil bestaan tussen aansprakelijkheid uit contract en uit onrechtmatige daad⁶⁵. Men kan zich afvragen of dit verschil niet wordt opgeheven doordat zowel bij art. 1284 als bij art. 1401 de eis van voorzienbaarheid van de omvang der schade uit het criterium van adaequate veroorzaking kan worden afgeleid⁶⁶. Neemt men echter aan dat de voorzienbaarheid in de zin van adaequate causaliteit alleen maar slaat op het ontstaan van de schade, niet op de omvang daarvan, dan moet die vraag ontkennend worden beantwoord en blijft er inderdaad verschil bestaan.

J) *Pluraliteit.*

Treden verschillende personen als schuldeisers of als schuldenaren tot een overeenkomst toe, dan zijn zij, wanneer het tegendeel niet voortvloeit uit de wet of uit hetgeen de overeenkomst naar inhoud, aard of strekking meebrengt, ieder voor een evenredig deel gerechtigd of gebonden. Bij onrechtmatige daad daarentegen zijn de plegers, behoudens wettelijke uitzonderingen⁶⁷, voor het geheel aansprakelijk, des dat de een betalende de ander bevrijdt. M.h.o. op dit verschil kan het voor de crediteur inderdaad van belang zijn of een bepaalde wanprestatie van verschillende personen tegelijk als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt.

K) *Internationaal privaatrecht.*

Bij conflicten tussen verschillende wetgevingen zal de aansprakelijkheid uit overeenkomst meestal bepaald worden naar het recht dat partijen binnen de grenzen der wet uitdrukkelijk of stilzwijgend voor hun rechtsverhouding hebben gekozen, of dat het meest aansluit bij de „rechtssfeer” waarin de overeenkomst ligt. Bij onrecht-

⁶⁵ Aldus b.v. Asser-Losecaat Vermcer-Rutten p. 225 en Hofmann-v. Opstall I, 8e dr., p. 95; Wolfsbergen p. 196 en 207.

⁶⁶ Aldus Hofmann-Drion, p. 118 en Hof Amsterdam 9 mei 1952, N.J. 1952, 638. Aan H.R. 28 mei 1909, W. 8876 kan, zoals Drion terecht opmerkt, in dit verband geen argument ontleend worden.

⁶⁷ Artt. 619 lid 2, 1416 d lid 1 B.W., artt. 536a en 939 W.v.K.

matige daad wordt de aansprakelijkheid naar heersende leer bepaald door de *lex loci delicti*⁶⁸.

L) *Bijzondere gevallen.*

Kunnen de bovenstaande verschillen tot op zekere hoogte als algemene worden beschouwd, daarnaast zijn er enkele die zich alleen bij bijzondere overeenkomsten of bij bijzondere onrechtmatige daden voordoen.

a) *Vergoeding van onstoffelijke schade.*

Zowel bij wanprestatie als bij onrechtmatige daad wordt alleen in uitzonderingsgevallen vergoeding toegekend voor schade, welke niet uit vermogensvermindering bestaat, zoals pijn, schrik, verdriet, ergernis of ander verminderd levensgenot. Bij slechts enkele contracten staat de wet een dergelijke vergoeding toe (art. 1637 w, art. 16 wet C.A.O. en art. 3, vierde lid wet verbindend verklaren C.A.O. 1937), terwijl zij in andere gevallen slechts bedongen kan worden in de vorm van een gefixeerde schadevergoeding. Bij onrechtmatige daad kent de wet een dergelijke vergoeding in art. 1408, terwijl de rechter die sinds 1943 ook pleegt toe te kennen bij art. 1407. In dat laatste geval kan het voor een crediteur, die tot de veroorzaker van lichamelijk letsel in een contractuele verhouding staat, dus in dit opzicht voordeliger zijn een beroep te doen op art. 1407 dan op een eventuele contractsactie wegens vervoer, kosteloos meerijden e.d.

b) *Dood en lichamelijk letsel.*

Bij een onrechtmatige daad, welke de dood van het slachtoffer tot gevolg heeft, kan men zich moeilijk een samenval van aansprakelijkheid naar contract en naar art. 1406 denken. Schade door de dood geleden door het slachtoffer zelf is immers geen schade van erfgenamen; schade van bepaalde nabestaanden wordt vergoed ex art. 1406 en schade vóór de dood geleden door het slachtoffer

⁶⁸ Vgl. v. Brakel, Grondslagen en beginselen van Nederlands internationaal privaatrecht, 3e druk 1953, p. 221 e.v. en 234 e.v. Zie ook de Fenvormige wet betreffende het internationaal privaatrecht (Beneluxontwerp) art. 17 en 19 (waarover v. Brakel, p. 242 e.v.) en 18 en 19 (v. Brakel, p. 224 en 225), waar het criterium gezocht wordt in de „rechtssfeer”.

kan hoogstens een actie ex art. 1407 doen overgaan op erfgenamen. Men kan zich slechts nog afvragen of *naast*, dus niet samenvallend met de aansprakelijkheid naar art. 1406, wellicht een contractsactie mogelijk is in één van de volgende gevallen:

1. Voor nabestaanden van een slachtoffer, wiens dood veroorzaakt is door een „enkele” wanprestatie, welke geen onrechtmatige daad in de zin van art. 1406 opleverde. Wettelijke voorbeelden daarvan zijn artt. 1638 x B.W., 522 en 920 W.v.K. en 24 en 39 Wet Luchtvervoer. Daarnaast laat zich een soortgelijke situatie denken bij levering van ondeugdelijke eetwaren, fouten van doktoren of verpleegsters, ondeugdelijke reparaties van auto's etc. In de literatuur is deze mogelijkheid zowel verdedigd als bestreden⁶⁹.

2. Voor anderen dan de personen genoemd in art. 1406 wanneer de dood veroorzaakt is door wanprestatie en schade oplevert voor een ander dan het slachtoffer. Voorbeeld: een werkgever heeft een chauffeur in dienst die met een autobus werknemers vervoert en die daarbij door onvoorzichtigheid de dood van een van deze werknemers veroorzaakt, waardoor de werkgever schade lijdt. Het is dan, dunkt mij, in beginsel niet uitgesloten dat de werkgever die schade met de vordering uit het contract op de chauffeur verhaalt.

Bij lichamelijk letsel zal de keus, welke het slachtoffer ook buiten de gevallen van de hierboven genoemde artt. 1638 x B.W., 522 en 920 W.v.K. en 24 en 39 Wet Luchtvervoer kan hebben tusschen een vordering uit de overeenkomst en uit art. 1407, veelal bepaald worden door overwegingen betreffende de bewijslast, vergoeding van immateriële schade en omvang der schade i.v.m. de beperkingen welke art. 1407 daarbij stelt. Is degeen die schade lijdt een ander dan het slachtoffer (de hierboven genoemde werkgever wiens werknemer gewond wordt, voorts een compagnon of de impressario van een artist) dan zal hij

⁶⁹ In verschillende zin o.m. Suyling II, 1, p. 19; Molengraaff, *Leidraad* IV, 9e dr., p. 935, 936, 937; de Jong H.N.J.V., 1940, p. 27; G. J. Scholten, R.M. Themis 1937 p. 172 e.v.; Jonckers Nieboer, *De schadevergoeding bij onrechtmatig lichamelijk letsel*, 1935, p. 18; J. Drion, *Praeadvies vereniging van de vergelijkende studie v. h. recht van België en Nederland*, p. 53.

zelfs alleen een beroep kunnen doen op de contractsactie en niet op art. 1407, dat volgens de H.R. immers alleen een vordering aan het slachtoffer toekent ⁷⁰.

Vaak zal de situatie bij lichamelijk letsel intussen beheerst worden door wettelijke of contractuele bepalingen omtrent de omvang der aansprakelijkheid, welke zowel voor contract als onrechtmatige daad gelden.

c) *Aansprakelijkheidsbeperkingen.*

Bij verschillende overeenkomsten is de aansprakelijkheid volgens de wet beperkt tot een zeker bedrag. Aldus bv. bij vervoer van goederen te land, in het zeerecht en in het binnenvaartrecht ⁷¹. De vraag is dan of dergelijke beperkingen ook gelden wanneer de gedragingen van de vervoerder behalve wanprestatie ook een onrechtmatige daad zouden opleveren. In een enkel geval heeft de wetgever de gelijktijdige aansprakelijkheid wegens vervoer en wegens onrechtmatige daad voorzien en geregeld, zoals in art. 33 Wet Luchtvervoer en bij aanvaring in art. 541, tweede lid K. ⁷².

In andere gevallen zal aan de hand van de betreffende voorschriften moeten worden uitgemaakt of zij alleen gelden voor verplichtingen die de vervoerder als zodanig op zich heeft genomen of ook voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Daarbij kan het van belang zijn hoe ruim de mogelijkheid van gelijktijdige toepasbaarheid wordt opgevat. Worden de voorschriften betreffende onrechtmatige daad bijv. alleen toepasselijk geacht bij opzet of grove schuld (zie no. 17) dan vervalt daarmee de grond voor beperking in dit geval. Acht men daarentegen in meer gevallen een vordering wegens onrechtmatige daad mogelijk, dan is er weer reden aansluiting te zoeken bij de beperkte aansprakelijkheid wegens overeenkomst ⁷³.

⁷⁰ H.R. 2 april 1936, N.J. 752, m.o. E.M.M. en 10 jan. 1958, N.J. 79, m.o. L.E.H.R.

⁷¹ Vgl. artt. 469, 472, 474, 816–818 en 932 W.v.K. en art. 30 Wet Luchtvervoer.

⁷² Bij art. 541 K. is de aansprakelijkheid zowel uit hoofde van vervoer als van de onrechtmatige daad wettelijk beperkt, zodat het voorschrift neerkomt op een gelijktijdig werken van twee wettelijke beperkingen voor dezelfde schade. Uit dien hoofde kan dus geen voorkeur van de ene vordering boven de andere bestaan.

⁷³ Wachter, De Beurtvaart, Diss. Utrecht, 1959, p. 283.

Berust de beperking van de aansprakelijkheid niet op de wet maar op een z.g. *exoneratieclausule*, dan zal het van de inhoud daarvan afhangen of zij ook geacht kan worden de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te beperken. In de praktijk heeft de beperking, resp. uitsluiting, soms uitdrukkelijk alleen betrekking op de omvang van schade bij wanprestatie of de mate van contractuele zorg, welke de debiteur moet aanwenden⁷⁴. In andere gevallen is de clausule ruimer gesteld en kan zij geacht worden ook de aansprakelijkheid voor eigen, resp. andermans onrechtmatige daden uit te sluiten. Bij vervoer wordt algemeen aangenomen dat de contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid mede die voor onrechtmatige daden omvat⁷⁵.

Ook bij andere overeenkomsten zal men, indien het tegendeel niet blijkt, door een uitleg van de overeenkomst vaak tot dezelfde conclusie moeten komen op grond van de overweging dat partijen beoogd hebben de exoneratie onder alle omstandigheden van kracht te doen zijn, ongeacht de grondslag van eventuele vorderingen.

In gevallen waarin t.a.v. eventuele onrechtmatige daden van de debiteur dezelfde beperkingen gelden als t.a.v. contractuele aansprakelijkheid heeft de crediteur er uit dien hoofde dus geen belang bij zich op art. 1401 te beroepen.

d) *Verjaring en verval*.

Soortgelijke problemen doen zich voor wanneer de contractsactie aan een korte verjaring, resp. aan verval onderworpen is⁷⁶. De vraag is dan of de vordering uit onrechtmatige daad wegens dezelfde feiten, die wanprestatie opleveren, eveneens aan die verjaring of dat verval onderworpen is. Men zal hier moeten onderscheiden tussen twee vragen. Enerzijds of gedurende de tijd, dat de verjarings- of de vervaltermijn nog niet is verstreken, naast

⁷⁴ Vgl. de praeadvies van L. Salomonson en H. Drion, H.N.J.V. 1957, passim en i.h.b. de overzichten op p. 144 e.v. en 205.

⁷⁵ Molengraaff, Leidraad IV, 9e dr., p. 922, alwaar rechtspraak en litt., waarbij te voegen: Mulderije W.P.N.R. 2801; Wolfsbergen, p. 209, en Wachter, t.a.p. p. 282.

⁷⁶ Vgl. b.v. art. 1547 B.W.; 93, 95, 468, lid 7, 741, 827, 952 W.v.K., 36 Wet Luchtvervoer. In het laatste geval geldt de verjaring krachtens art. 33 ook voor vorderingen uit onrechtmatige daad.

de contractsactie een vordering uit onrechtmatige daad kan worden ingesteld. Anderzijds of, gesteld dat die mogelijkheid bestaat, die vordering uit onrechtmatige daad aan dezelfde korte verjaring of verval onderworpen is als de contractsactie. Alleen wanneer en voorzover de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord komt de tweede aan de orde. Neemt men dus aan dat de verjarings- of vervaltermijn wel geldt of niet geldt voor onrechtmatige daden, dan aanvaardt men daarmee implicite de mogelijkheid van samenval van beide soorten aansprakelijkheid ⁷⁷.

Overigens zal de tweede vraag in de regel slechts incidenteel kunnen worden beantwoord, d.w.z. aan de hand van interpretatie van wat telkens moet worden verstaan onder vorderingen „ter zake van” of „uit hoofde van” bepaalde overeenkomsten. Wat betreft de vervoerovereenkomst neem ik aan dat de vervaltermijnen van artt. 93, 468, zevende lid en 827 K ook betrekking hebben op vorderingen ex art. 1401 ⁷⁸. Ook m.b.t. artt. 95 en 952 K sluit ik mij aan bij de opvatting dat onder de daar geregelde verjaringen tevens telkens die van de vorderingen uit onrechtmatige daad zijn begrepen ⁷⁹. Wat art. 952 K betreft echter uitgezonderd de speciaal geregelde onrechtmatige daad aanvaring, voor welke art. 953 K nu eenmaal een bijzondere verjaringstermijn geeft. Men zal immers moeten aannemen dat ook bij vervoerovereenkomst geldt wat de H.R. bij arrest van 6 maart 1959, N.J. 1959, 349, m.o. H.B. uitmaakte voor de sleepovereenkomst, nl. dat

⁷⁷ Voorzover op een van beide regelingen langer beroep gedaan kan worden dan op de ander is er dus geen samenval van aansprakelijkheid meer, maar is uitsluitend deze regeling toepasselijk. Zie ook hierboven p. 235, noot 22. Deze mogelijkheid om de vordering wegens onrechtmatige daad langer te kunnen doen gelden moet niet verward worden met het geval, waarin de post-contractuele verhouding mede feitelijke grond voor een onrechtmatige daad oplevert, welke dan noch qua verjaring, noch anderszins aan de contractuele voorschriften onderworpen is. Vgl. H.R. 9 dec. 1955, N.J. 1956, 157, m.o. L.E.H.R. en hierboven p. 251.

⁷⁸ Evenzo: Rb. A'dam 18 april 1951, N.J. 1952, 279 bekr. door Hof A'dam 9 april 1952, N.J. 1952, 695 t.a.v. de met art. 408, zevende lid overeenstemmende bepaling der Hague Rules. Anders: Wachter, De Beurtvaart, p. 329.

⁷⁹ Enzo Dorhout Mees, Kort Begrip, 2e dr. p. 469 en 683; Verhoeve, Het nieuwe binnenvaartrecht (1954), p. 308. Anders: Polak, Het Nederlandse Handelsrecht I, p. 51; Mulderije, W.P.N.R. 2801; Wachter, t.a.p., p. 283 en daar vermelde rechtspraak.

de enkele mogelijkheid dat een vordering tegelijk kan worden gebaseerd op een overeenkomst als op aanvaring niet meebrengt dat deze vordering aan de kortste van de twee verjaringsregelingen onderworpen is. Ruimer zal men dit arrest n.m.m. intussen niet mogen uitleggen, met name niet daaruit mogen concluderen dat iedere contractuele verjarings- of vervalttermijn tevens zou gelden voor vorderingen ex art. 1401 wegens dezelfde feiten, die ook wanprestatie opleveren⁸⁰.

e) *Rechterlijke bevoegdheid.*

Bij sommige contracten is een bijzondere rechter aangewezen, die kennis neemt van de geschillen betreffende die overeenkomst. Meestal is dit de kantonrechter, vgl. art. 39 R.O. sub 3c en 4e (arbeidsovereenkomst, agentuurovereenkomst, c.a.o., verbindend verklaarde bepalingen daarvan en huurkoop) en art. 27 Huurwet. Soms treedt ook een bijzondere rechter op zoals krachtens art. 128 Pachtwet. In deze gevallen komt de vraag van de keus dus aan de orde als een vraag van bevoegdheid, nl. in deze vorm of aan een eiser die uit onrechtmatige daad ageert kan worden tegengeworpen dat het geschil „betrekkelijk” is tot de betreffende overeenkomst⁸¹. Hier kan toepassing van de voorschriften over onrechtmatige daad dus uitsluitend nadeel, geen voordeel bieden.

13. *Balans der verschillen.*

Maakt men de balans van deze verschillen op, dan kan het voor de crediteur in een aantal gevallen inderdaad van belang zijn dat hij zich ter zake van wanprestatie ook kan beroepen op de voorschriften betreffende onrechtmatige daad. Ik noem de regelingen van onbekwaamheid, voorzienbaarheid van schade (art. 1283 tegenover art.

⁸⁰ Teminder aanleiding hiertoe bestaat nu de H.R. de beslissing t.a.v. de vordering wegens aanvaring nog hiermee motiveerde dat de wetgever op dit punt gebonden was door het Verdrag van 9 dec. 1930, goedgekeurd bij de Wet van 24 juni 1939, S. no. 24.

⁸¹ Vgl. m.b.t. arbeidsovereenkomst: H.R. 20 juni 1924, N.J. 1924, 1107; Rb. den Haag 20 jan. 1920, N.J. 1920, 299 en 11 dec. 1923, N.J. 1924, 929; Rb. Assen 9 april 1940, N.J. 1941, 136; Rb. Assen 20 jan. 1953, N.J. 1953, 683. Bij pacht maakt art. 129 f Pachtwet de pachtrechter tevens bevoegd voor de daarin genoemde onrechtmatige daad zodat zich daarbij geen verschil voordoet.

1401), pluraliteit, conflicten tussen rechtsstelsels en voorts de incidentele regelingen betreffende beperking van aansprakelijkheid, onstoffelijke schade, verjaring en vervaltermijnen⁸². Daar staat tegenover dat de contractuele positie de crediteur bewijsvoordelen biedt bij resultaatsverbintenissen en toegezegde garanties, terwijl ook de mogelijkheden van ontbinding, een boetebeding, of vergoeding van onstoffelijke schade bij arbeidscontract of c.a.o. gewicht in de schaal kunnen leggen.

Het is intussen de vraag in hoeverre de eerstgenoemde verschillen, welke een beroep op de onrechtmatige daad aantrekkelijk maken, van fundamentele aard zijn. Slechts bij een enkele daarvan, nl. onbekwaamheid, kan men zeggen dat de afwijkende regeling ten nauwste verbonden is met het elementaire verschil tussen het tot stand komen van verbintenissen uit overeenkomst en uit de wet (zie ook no. 19). Ook de verschillende regeling van de gevolgen van pluraliteit kan in dit verband worden genoemd. Voor het overige zijn de verschillen echter min of meer van toevallige en incidentele aard. Dit is in de eerste plaats het geval met de regelingen betreffende de beperking van aansprakelijkheid en de verjarings- en vervaltermijnen welke alle door een betrekkelijk eenvoudige aanvulling, of door een bepaalde interpretatie een zodanige inhoud zouden kunnen krijgen dat de beperkingen, welke zij opleggen, tevens gelden voor vorderingen uit onrechtmatige daad. Van meer ingrijpende aard zou een wetswijziging moeten zijn, waarbij de verschillen in de schaderegeling worden opgeheven, bv. doordat, evenals in het B.G.B. (§ 249 e.v.) en het Schw. Obl. R. (§ 99 e.v.), een uniforme regeling voor de gevolgen van niet nakomen van verbintenissen zou worden ingevoerd. Dat er weinig te zeggen is voor handhaving van het bestaande verschil tussen art. 1283 en art. 1401 kwam hierboven al ter sprake. Moeilijker zal het waarschijnlijk zijn in een dergelijke eenvormige regeling ook de vergoeding van

⁸² Voor de debiteur kan het ook in verband met een verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid van belang zijn of hij wegens wanprestatie dan wel wegens onrechtmatige daad wordt aangesproken. In de praktijk schijnt dit niet veel moeilijkheden op te leveren omdat de verzekeraars in twijfelgevallen aannemen dat er aansprakelijkheid op grond van een verbintenis uit de wet bestaat.

onstoffelijke schade te betrekken, gezien de op dit punt bestaande meningsverschillen.

Hiermee is intussen niet anders gezegd dan dat de bestaande verschillen grotendeels niet van essentiële aard zijn en met wijzigingen van meer of minder ingrijpende aard geëlimineerd kunnen worden. Zolang die wijzigingen intussen nog niet hebben plaatsgevonden blijft de mogelijkheid van samenval van beide soorten aansprakelijkheid voor de praktijk van betekenis.

V. TOEPASSINGEN IN DE PRAKTIJK

14. *Het criterium „los van de overeenkomst” in de rechtspraak van de H.R.*

Dat de crediteur bij wanprestatie ook een beroep kan doen op de voorschriften van onrechtmatige daad wanneer „los” of „onafhankelijk” van de overeenkomst een algemene rechtsplicht is geschonden, is door de H.R. aanvaard in een vijftal arresten. De formulering van de mogelijkheid van samenval is daarbij echter niet steeds dezelfde.

H.R. 6 mei 1892, W. 6193: „voor daden, die op zich zelf onafhankelijk van eenige tusschen partijen gesloten overeenkomst onrechtmatig waren”.

H.R. 21 maart 1920, N.J. 476, W. 10592 (Curjel-Suri-name): „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 jan. 1926, N.J. 1049, m.o. P.S. „dat eenzelfde handeling naast niet nakoming eener overeenkomst ook eene onrechtmatige daad oplevert, indien zij reeds op zich zelf en onafhankelijk van de gesloten overeenkomst als onrechtmatig is aan te merken”.

H.R. 9 dec. 1955, N.J. 1956, 157 m.o. L.E.H.R. (uitspanningsarrest): „indien zij” ... „onafhankelijk van een tussen pp. bestaande contractuele verhouding – hetgeen anders dan het middel aanneemt, wil zeggen onafhankelijk van een schending van contractuele verplichtingen – onrechtmatig is”.

H.R. 6 maart 1959, N.J. 349, m.o. H.B. (aanvaringsarrest) „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 aansprakelijkheden hij een rechtsvordering wil bouwen".

Het verschil tussen de formulering welke de H.R. in de eerste drie arresten gebruikte en die van het uitspannings-arrest van 1955 kwam hierboven in no. 12 al ter sprake, evenals het gevaar dat als gevolg van deze formulering schending van in wezen relatieve verplichtingen zou worden opgevat als een onrechtmatige daad.

In ander opzicht moet de correctie zonder twijfel als een verbetering van de formulering der arresten van 1892, 1920 en 1926 en van het daarmee overeenstemmende criterium van de lagere rechtspraak worden beschouwd⁸³. Door de eis dat een bepaalde gedraging „los" of „onafhankelijk" van de overeenkomst een onrechtmatige daad moet opleveren, abstraheert men immers verder van de feitelijke situatie dan met de werkelijkheid in overeenstemming is. Indien de overeenkomst helemaal wordt weggedacht, wordt ook de bijzondere verhouding geëlimineerd welke de overeenkomst juist met het oog op het in acht nemen van algemene rechtsplichten tussen partijen in het leven heeft geroepen. Dit blijkt het meest duidelijk bij gedragingen, welke los van de overeenkomst aan niemand zouden zijn toegestaan, maar die juist door het contract geoorloofd worden. Men denke aan bevoegdheden, welke huurders, vervoerders, werknemers, lasthebbers, bruikleners, bewaarnemers en degenen die enkele diensten verrichten aan het contract ontlenen. De een tot gebruik en verbruik van bepaalde zaken, de ander zelfs tot beschikking daarover. De huurder die een perceel bewoont of in een auto rijdt, de vervoerder die goederen verplaatst, de werknemers die machines en gereedschappen hanteren en bedienen, lasthebbers die zaken verkopen, aannemers, loodgieters, tuinlieden etc. zij allen verrichten handelingen, waartoe zij juist door contract gerechtigd worden

⁸³ Anders dan de H.R. ook Meijers W.P.N.R. 2260 „Een zodanige samenloop der beide rechtsvorderingen is daar aanwezig, waar met de *contractbreuk* (curs. K.W.) tevens een buiten de overeenkomst staande rechtsplicht van den schuldenaar geschonden wordt of een ander subjectief recht dan diens vorderingsrecht wordt aangetast". Evenzo Rb. Almelo 20 maart 1929, N.J. 1929, 718.

maar die „los van de overeenkomst” een ontoelaatbare inbreuk op andermans rechten zouden betekenen⁸⁴. Het verdient dus geen aanbeveling hun gedrag te beoordelen naar een situatie waarbij het bestaan van de overeenkomst geheel wordt weggedacht⁸⁵.

Het arrest van 1955 heft dit bezwaar in zoverre op dat het voor de beoordeling van de onrechtmatigheid der gedraging van de debiteur niet meer abstraheert van de overeenkomst zelf, maar van de omstandigheid dat die gedraging wanprestatie heeft opgeleverd. Dat betekent dus dat alleen deze kwalificatie, niet de contractuele verhouding als zodanig buiten beschouwing wordt gelaten. Daarmee wordt de eis van wanprestatie in het criterium voor de aanwezigheid van een onrechtmatige daad opgenomen: gelijktijdige toepasbaarheid is alleen maar mogelijk wanneer de feiten niet slechts in abstracto een onrechtmatige daad hebben opgeleverd, maar ook in concreto wanprestatie. Hierdoor wordt de abstractie van de contractuele verhouding verminderd, maar niet geheel opgeheven.

Een nog verder gaande uitleg van de formule, welke de H.R. in 1955 gebruikte, zou zijn de woorden „onafhankelijk van een schending van contractuele verplichtingen” zo op te vatten dat de onrechtmatigheid zich ook naar de feiten geheel afzonderlijk van de wanprestatie moet voordoen. Dat zou betekenen dat een onrechtmatigheid zich alleen dan zou kunnen voordoen indien *niet* tegelijk van wanprestatie zou kunnen worden gesproken, gelijk zich bij het uitspanningsarrest naar de door H.R. aanvaarde opvatting van het Hof in casu ook geen wanprestatie voordeed. Hiermee zou men dus aanvaarden dat van een gelijktijdige toepasbaarheid van beide voorschriften nooit sprake zou kunnen zijn, maar hoogstens van cumulatieve

⁸⁴ Een voorbeeld van een door het contract geoorloofde inbreuk op andermans rechten, welke aan derden niet zou zijn toegestaan, kwam ter sprake bij Hof A'dam 1 dec. 1919, N.J. 1920, 511. Men kan deze bevoegdheden zien als het pendant van verplichtingen, welke de debiteur door het contract t.o.v. derden kan krijgen: vgl. hierboven p. 244 en 248.

⁸⁵ Mulderije W.P.N.R. 2800 tracht deze moeilijkheid op te lossen door eerst de overeenkomst weg te denken en haar dan weer in te schakelen. Op die manier krijgt men echter te maken met tegengestelde feitelijke situaties.

toepassing terzake van verschillende feiten. Dat dit niet in de bedoeling van de H.R. heeft gelegen blijkt echter duidelijk uit het arrest van 6 maart 1959, waarbij wel degelijk samenval terzake van dezelfde feiten werd aanvaard.

15. *Toepassing van dit criterium in de praktijk.*

In de praktijk levert de beantwoording van de vraag wanneer nu precies onrechtmatigheid bij wanprestatie mag worden aangenomen meer moeilijkheden op dan men op grond van de eensgezinde aanvaarding van de leer van de H.R. zou vermoeden. Reeds vóór 1919 was dit het geval toen het nog slechts ging om de vraag of wanprestatie inbreuk op een geschreven norm of op een subjectief recht opleverde. Men vergelijkte de beslissingen in verschillende zin aangehaald door Meijers (W.P.N.R. 2260 en 2261)⁸⁶ en Mulderije (W.P.N.R. 2800 en 2801). Na 1919 zijn die moeilijkheden vergroot door de onzekerheid omtrent het bestaan van ongeschreven algemene rechtsplichten.

De minste moeilijkheden ondervindt de rechter vanzelfsprekend wanneer duidelijk is dat niet alleen wanprestatie is gepleegd maar bovendien een geschreven norm is geschonden. Aldus bv. bij wanprestatie welke gepaard gaat met diefstal of verduistering ten nadele van de crediteur, of met toebrengen van lichamelijk letsel⁸⁷. Als er in die gevallen al een moeilijkheid is, dan ligt die eerder in het vaststellen van de wanprestatie dan van de onrechtmatige daad. In andere gevallen, waarin de vaststelling van gelijktijdige toepasbaarheid niet minder eenvoudig lijkt omdat een subjectief recht is geschonden (zoals bij zaaksbeschadiging of bij storing in het genot van een zaak) komt

⁸⁶ Men zij er op verdacht dat Meijers hier nog de later door hem verlaten opvatting huldigt dat een norm alleen opzettelijk kan worden geschonden. Vgl. Verz. Werken III p. 6 en verwijzing aldaar naar p. 235, noot 2 (W.P.N.R. 3443).

⁸⁷ Diefstal: H.R. 26 maart 1920, N.J. 476; W. 10592 (Curiel-Suriname); 4 juni 1920, W. 10594. Verduistering: Rb. Groningen 8 juni 1928, N.J. 1929, 301. Lichamelijk letsel: H.R. 12 dec. 1924, N.J. 1925, 124; W. 11299; 7 nov. 1958, A.A. VIII, p. 98 m.o. Dorhout Mees; Hof A'dam 20 dec. 1912, W. 9497; Rb. Utrecht 5 maart 1924, W. 11346. Het betrekkelijk geringe aantal van dergelijke uitspraken zal moeten worden toegeschreven aan de voordeliger bewijspositie welke de overeenkomst de crediteur o.h.a. verschaft.

de rechtspraak nogal eens tot tegengestelde conclusies. Soms wordt aangenomen dat de debiteur door onvoldoende zorg te besteden aan het object hoogstens contractueel te kort geschoten kan zijn, in andere beslissingen daarentegen wordt juist op grond van de verwijtbaarheid van dit handelen een onrechtmatige daad aangenomen. Tenslotte wordt ook nog wel eens verschillend gedacht over de vraag of een debiteur die ernstig te kort geschoten is zich uitsluitend aan wanprestatie heeft schuldig gemaakt of bovendien ook nog buitencontractuele plichten heeft geschonden.

Enkele voorbeelden ter illustratie.

1. *Inbreuk op subjectieve rechten.*

a. *Zaaksbeschadiging.* Onrechtmatige daad aangenomen bij tijdens verbouwing door verhuurder aan eigendommen van huurder toegebrachte schade door H.R. 6 mei 1892, W. 6183; bij aanvaring door H.R. 6 maart 1959, N.J. 349, m.o. H.B. en Hof den Haag 20 dec. 1909 W. 8973; voorts bij vervoer: bij verkeerde belading door Rb. R'dam 28 april 1922, N.J. 1923, 243; bij ondanks waarschuwingen laden op een voor vervoer ongeschikte schuit door Hof A'dam 5 maart 1924, N.J. 1925, 1137; bij ernstige verkeersovertreding door Hof Leeuwarden 27 nov. 1940, N.J. 1941, 505.

Geen onrechtmatige daad maar alleen wanprestatie aangenomen bij schade bij lossing veroorzaakt aan een schip door Rb. R'dam 17 juni 1914, N.J. 1915, 562; bij brandschade aan lading bij reparatie van het schip door Rb. R'dam 29 juni 1923 W. 11101 en Hof den Haag 18 dec. 1924 W. 11307⁸⁸; bij schade aan vervoerd goed door gebruik van ondeugdelijke sleeptros en ontbreken van bemanning door Rb. Haag 24 maart 1925, W. 11537 en Hof Haag 15 febr. 1926, W. 11645, bij schade aan vervoerd goed zonder opzet of grove schuld Rb. R'dam 14 oct. 1927, W. 11827; bij letsel van een ter dekking gegeven koe door Hof v. Just. Suriname 3 juli 1931, N.J. 1526.

⁸⁸ Bij deze uitspraken werd door eiser eerst in cassatie een beroep gedaan op onrechtmatige daad. Noch de Rechtbank noch het Hof hadden echter termen aanwezig geacht tot ambtshalve toepassing van art. 1401. Volgens H.R. 26 juni 1925, N.J. 977 kon daarover in cassatie niet meer worden geklaagd.

b. *Storing in genot*. Onrechtmatige daad aangenomen bij ontruiming door verhuurder i.s.m. contractuele verplichting door Rb. R'dam 29 juni 1891, W. 6341 en Hof Leeuwarden 1 mei 1912, W. 9397; bij niet-ontruiming door huurder na afloop van de huurovereenkomst door Rb. Haarlem 6 dec. 1932, N.J. 1934, 757.

In hetzelfde geval geen onrechtmatige daad aangenomen door Hof Den Haag 15 jan. 1883, W. 4856; Rb. Utrecht 3 oct. 1906, W. 8498 en Rb. Arnhem 14 sept. 1911, W. 9357.

2. *Scheppen van of niet waarschuwen voor gevaar*. Onrechtmatige daad aangenomen bij levering van een ladder van ondeugdelijk materiaal door Rb. Utrecht 6 juni 1934, N.J. 1935, 1407; bij lichtvaardig afgeven van garantie van brandvrijheid door Rb. R'dam 19 mei 1948, N.J. 1949, 383⁵⁹, en bij onvoldoende waarschuwing voor een zich onder water bevindende paal door Rb. R'dam 23 nov. 1951, N.J. 1953, 175.

3. *Gebrek aan zorg voor andermans belangen*. Onrechtmatige daad aangenomen bij afgeven aan een ander dan de cognossemmentshouder door Rb. R'dam 4 mei 1922, N.J. 1923, 243.

Geen onrechtmatige daad maar enkel wanprestatie aangenomen bij grove tekortkoming in bewaking en daardoor blootstellen aan diefstal door Ktr. Utrecht 8 febr. 1944, N.J. 1946, 325; bij vervoer van goederen in een open slechts met zeildoek afgedekte wagen op een met het oog op diefstal gevaarlijk traject door Rb. Roermond 30 juni 1949, N.J. 1950, 484 en bij afgifte aan een ander dan de cognossemmenthouder door Rb. A'dam 23 okt. 1947, N.J. 1958, 532.

4. *Verzwijging van lasten en verzwaringen*. Onrechtmatige daad aangenomen bij verzwijging van lasten door Rb. den Haag 5 febr. 1920, N.J. 1921, 886; bij verhuur in strijd met de overeenkomst door Rb. R'dam 9 mei 1921, N.J. 1921, 1123; bij tweede verhuring van reeds verhuurd land door Rb. Breda 7 febr. 1928, N.J. 1929, 987 en bij verzwijging van dreigende onteigening door Hof den Haag 24 nov. 1930, N.J. 1931, 511.

⁵⁹ Het bestaan van een contractuele verhouding voor dit geval verworpen door Hof den Haag 14 okt. 1949, N.J. 1950, 106.

5. *Niet nakomen van toezeggingen, resp. garanties.* Onrechtmatige daad aangenomen bij niet sluiten van een toegezegde verzekering door H.R. 16 maart 1922, N.J. 504.

Geen onrechtmatige daad, maar enkel wanprestatie bij verzuim van verzekeringsagent t.a.v. inzending van ingediende aanvraag: Hof A'dam 17 febr. 1931, N.J. 1931, 524 en bij het doen van onjuiste en onware voorspiegelingen door Rb. R'dam 11 nov. 1930, N.J. 1931, 796.

6. *Oneerlijke concurrentie, resp. aftroggelen van cliëntele.* Onrechtmatige daad aangenomen bij „uitspanning” van verzekeringen na afloop van contractuele verhouding door H.R. 9 dec. 1955, N.J. 1956, 157 en bij aftroggelen van klanten na afloop van de contractuele verhouding door Hof den Haag 15 mei 1957, N.J. 1957, 670.

Alleen wanprestatie aangenomen bij: aftroggelen tijdens contract door Rb. den Haag 20 jan. 1920 N.J. 1920, 299; concurrentie na verkoop van een handelszaak „in strijd met goede trouw” geacht door Pres. Groningen 21 okt. 1955, N.J. 1956, 405⁹⁰. Vgl. ook Rb. Breda 22 febr. 1927, N.J. 1385.

16. *Oorzaken van tegenstrijdigheden.*

Bij een aantal van deze uitspraken ligt de verklaring voor de tegenstrijdigheid der beslissingen in de onzekerheid welke zich nu eenmaal in het algemeen voordoet m.b.t. het bestaan van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Zo bv. bij de onder 2 t/m 6 genoemde uitspraken, waarbij het telkens ging over de vraag of de debiteur behalve contractuele ook bepaalde buitencontractuele zorgverplichtingen, waarschuwingsplichten of plichten tot het ontzien van andermans belangen had. Van de gevallen, waarin die vraag in casu bevestigend werd beantwoord, acht ik alleen juist de onder 2 genoemde uitspraken betreffende het in het leven roepen van of niet waarschuwen voor gevaar. In andere gevallen werd n.m.m. ten onrechte een algemene rechtsplicht aangenomen, met name bij de onder 3 genoemde beslissing van de Rechtbank Rotterdam betreffende de afgifte van goederen aan een ander dan de

⁹⁰ Niet duidelijk is of de President hier alleen strijd met contractuele verplichtingen of ook schending van een algemene rechtsplicht aanwezig achtte.

cognossementshouder, de onder 4 genoemde verhuring ten nadele van een opvolger onder bijzondere titel en het niet nakomen van een toezegging als genoemd onder 5. Dat ook de verplichting zich te onthouden van post-contractuele concurrentie beter als een contractuele dan als een buiten-contractuele kan worden beschouwd kwam hierboven onder no. 11 reeds ter sprake.

Anders ligt het bij de onder 1 genoemde gevallen van inbreuk op een subjectief recht door zaaksbeschadiging of storing in het genot. In dergelijke gevallen bestaat immers, evenmin als bij inbreuk op de integriteit van lijf en leven, twijfel aan het onrechtmatige karakter van de handeling. De aansprakelijkheid wordt daarbij echter over het algemeen afgemeten naar de verwijtbaarheid van de dader⁹¹ en daarover zijn nu eenmaal verschillende opvattingen mogelijk. Aan dergelijke verschillen in subjectieve waardering zal dan ook voor een deel moeten worden toegeschreven dat bij zaaksbeschadiging door een vervoerder nu eens wel, dan weer niet wordt toegestaan de vordering op onrechtmatige daad te baseren⁹². Deze uiteenlopende waarderingen doen zich uiteraard in veel mindere mate, resp. geheel niet, voor wanneer de aansprakelijkheid niet op schuld in de zin van verwijtbaarheid, maar geheel of gedeeltelijk op risico is gebaseerd, zoals bv. bij aanvaring.

Voor een ander deel zal de verklaring voor de verschillende resultaten, waartoe de rechters in overeenstemmende feitelijke situaties komen, gezocht moeten worden in de omstandigheid dat de verhouding tussen wanprestatie en onrechtmatige daad hen niet altijd helder voor ogen staat. Met name is de rechter nogal eens geneigd toe te geven aan de verklaarbare neiging om enerzijds een bijzonder verwijtbare gedraging behalve als wanprestatie tevens als onrechtmatige daad te kwalificeren en anderzijds een minder verwijtbare gedraging, welke binnen een contract plaatsvindt, minder spoedig als onrechtmatige daad op te

⁹¹ Hofmann-Drion, p. 82, 83 en 101.

⁹² Opmerkelijk is in dit verband de beslissing van Hof A'dam 5 maart 1924, N.J. 1925, 1137, volgens welke de onrechtmatigheid bestond uit schending van de op ieder, afgescheiden van enige contractuele verplichting, rustende plicht om zich van een zo rockeloze behandeling van eens anders goed te onthouden. Eenvoudiger ware geweest aan te nemen dat hier culpose zaaksbeschadiging had plaatsgevonden.

vatten dan wanneer die door een buitenstaander zou zijn verricht. Aan de eerste neiging schrijf ik toe beslissingen als H.R. 16 maart 1922, N.J. 504 (niet nakomen van een toezegging); Rb. Zierikzee 25 april 1922, W. 10897 en Rb. R'dam 13 nov. 1922, N.J. 1923, 749 (verhuring ten nadele van de opvolger onder bijzondere titel); Rb. R'dam 4 mei 1922, N.J. 1923, 243 (afgeven aan een ander dan de cognossementshouder). Aan de neiging bij „normale” wanprestatie geen onrechtmatige daad aan te nemen kunnen aan de andere kant beslissingen, als telkens in de tweede plaats genoemd onder 1a en 1b, worden toegeschreven.

17. *Kritiek op het geldend recht.*

Ook bij de schrijvers valt hier en daar een streven te bespeuren vorderingen wegens onrechtmatige daad ter zake van feiten die ook wanprestatie opleveren te beperken tot de zg. ernstige gevallen van wanprestatie⁹³. De meest recente verdediging van deze opvatting over de verhouding tussen beide regelingen vindt men in het proefschrift van Wachter. Volgens hem is er voor een vordering o.g.v. art. 1401 geen plaats wanneer „de door art 1401 B.W. gewaarborgde verplichting dezelfde inhoud blijkt te hebben als de uit de overeenkomst voor een contractant voortvloeiende plicht”. Van samenvallende van beide soorten aansprakelijkheid zou daarentegen alleen sprake zijn wanneer de wederpartij zich schuldig maakt aan „een handelen, eventueel nalaten, waarvan hij zich te allen tijde had behoren te onthouden”, zodat „de schade dus een gevolg was van meer dan een tekort schieten in datgene, waartoe hij uitsluitend of reeds mede uit hoofde van de overeenkomst verplicht was”.

Met alle respect voor de oorspronkelijke poging hier ondernomen tot het trekken van een grens tussen de aansprakelijkheid uit overeenkomst en uit onrechtmatige

⁹³ Mulderij, W.P.N.R. 2801, p. 488; Star Busmann, Hoofdstukken, 2e dr., no. 164, p. 132; Wachter, De Beurtvaart, diss. Utrecht 1959, p. 279 e.v. Ook Pitlo, Verb. recht, 5e dr., p. 224 spreekt van een „daad, die zo abnormaal is dat men het geen uitvoering der overeenkomst meer kan noemen”. In een geheel andere richting poogt Jansen op de Haar een grens te trekken tussen wanprestatie en onrechtmatige daad. Zie hierboven p. 249 en 250, noot 52.

daad, geloof ik niet dat zij naar geldend recht tot het gewenste resultaat kan leiden. De tegenstelling, welke Wachter maakt tussen zuiver contractuele verplichtingen enerzijds en „dubbele” verplichtingen anderzijds, is immers in zoverre niet zuiver dat de criteria, waarnaar dit onderscheid wordt gemaakt, elkaar naar geldend recht niet uitsluiten. De omstandigheid dat een „door art. 1401 B.W. gewaarborgde verplichting dezelfde inhoud blijkt te hebben als de uit de overeenkomst voor een contractant voortvloeiende plicht” doet zich immers eveneens voor bij het handelen, eventueel nalaten, waarvan een debiteur „zich ten allen tijde had behoren te onthouden”. Zowel bij ernstige misdragingen van de debiteur (Wachter noemt: bewust handelen in strijd met het contract, de elementaire zorg uit het oog verliezen, zich aan een duidelijke misdaging schuldig maken) als bij niet-ernstige zal zich een situatie voordoen waarbij de verplichtingen uit overeenkomst en uit art. 1401 dezelfde inhoud hebben. Anders gezegd: zoals de wettelijke regeling van wanprestatie en onrechtmatige daad thans luidt, wordt het ontstaan van de aansprakelijkheid in beide gevallen niet bepaald door de mate van inbreuk welke de debiteur maakt op de rechten van de crediteur maar door die inbreuk zelf. Ernstig of niet-ernstig te kort schieten, steeds heeft een niet-nakoming aansprakelijkheid wegens wanprestatie tot gevolg en steeds leidt inbreuk op een subjectief recht of handelen in strijd met een geschreven of ongeschreven norm tot aansprakelijkheid ex art. 1401 (behoudens dan natuurlijk dat tevens aan de andere eisen moet zijn voldaan).

De pogingen van Wachter en van anderen, die – zij het minder duidelijk – op soortgelijke wijze naar een beperking van de mogelijkheden van samenvallende aansprakelijkheid streven, berusten kennelijk op deze gedachte: het stemt niet overeen met het rechtsgevoel art. 1401 klakkeloos toe te passen op alle gedragingen welke behalve wanprestatie toevallig ook een onrechtmatige daad opleveren. Gezien van de positie van de contractsdebiteur zou dat een willekeurige verdeling meebrengen van gedragingen, welke uitsluitend als wanprestatie worden beschouwd en die welke bovendien als onrechtmatig kunnen worden gekwalificeerd. In beide gevallen voelen partijen het zo aan dat er in strijd met de overeenkomst is gehandeld, aan een

algemene rechtsplicht denken zij eerst wanneer de schending ernstige vormen aan gaat nemen.

Hiertegen moet echter worden ingebracht dat men dan ten onrechte uitgaat van de premisse dat een toepassing van art. 1401 meer geëigend zou zijn bij opzet en grove schuld dan bij inbreuk op een algemene rechtsplicht door minder verwijtbaar tekort schieten in zorgvuldigheid. Ten onrechte omdat het moderne recht van de onrechtmatige daad voor een dergelijke onderscheiding noch ten aanzien van het ontstaan der aansprakelijkheid, noch t.a.v. de gevolgen daarvan meer plaats biedt. Om daaraan een rechtsgrond te verlenen zou men – nu de wet voor de toepassing van art. 1401 geen onderscheid maakt tussen contractanten en niet-contractanten – dan ook moeten aannemen dat uit iedere overeenkomst voortvloeit dat partijen daarmee stilzwijgend beogen art. 1401 ten dele buiten toepassing te laten. Dit gaat m.i. te ver: men mag partijen niet toedichten dat zij bij het in het leven roepen van een nieuwe, tussen hen geldende, rechtsverhouding tevens stilzwijgend bedoelen dat de nakoming van bepaalde rechtsplichten voortaan alleen door die overeenkomst wordt beheerst. Wat de overeenkomst meebrengt is dat inbreuk op een dergelijke rechtsplicht tevens als wanprestatie kan worden aangemerkt. Dit ontnemt aan die inbreuk echter nog niet het karakter van een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401, ook niet wanneer de wanprestatie zonder opzet of grove schuld geschiedt.

Men zal dan ook veeleer moeten aannemen dat de overeenkomst *naast* de bestaande algemene rechtsplicht een bijzondere verplichting in het leven roept, welke naar haar inhoud wel grotendeels daarmee overeenstemt, maar die niettemin van andere aard is en waarvan de gevolgen dan ook niet in alle opzichten overeenstemmen met die van onrechtmatige daad. Of er de *jure constituendo* wellicht aanleiding bestaat hierin verandering te brengen, hetzij door aan de overeenkomst wel een dergelijke algemene werking toe te kennen, hetzij door de verschillen tussen beide soorten aansprakelijkheid op te heffen, komt in no. 19 ter sprake.

18. *Totale uitsluiting van art. 1401 tussen contractanten* (Franse leer) ⁸⁴.

In dit verband verdient vermelding dat in Frankrijk tegenwoordig de opvatting steeds meer veld wint, volgens welke iedere toepassing van art. 1382 terzake van feiten die ook wanprestatie opleveren, uitgesloten moet worden geacht ⁸⁵. Ter verdediging van dit standpunt beroept men zich zowel op het systeem der wet (de tegenstelling tussen titel III en IV van boek III C.c.) als op de grote betekenis van de overeenkomst als autonome bron van verplichtingen. Niet voor niets, zegt men, heeft de wetgever afzonderlijke regelingen getroffen voor contracten en voor „engagements qui se forment sans convention”. Onder de regeling van contracten zijn verschillende voorschriften begrepen (beperking van aansprakelijkheid, verjaringstermijnen, vervaltermijnen) die hun betekenis zouden verliezen wanneer de crediteur zich in gevallen waarin zij toepasselijk zijn met evenveel recht op art. 1382 C.C. zou kunnen beroepen. Ook overigens zou men in strijd komen met het grote beginsel van de contractsvrijheid wanneer niet aan partijen zou worden toegestaan hun onderlinge verhouding uitputtend te regelen bij overeenkomst, zij het dan zonder in strijd te komen met de regels van openbare orde.

In dit laatste ligt voor een belangrijk deel de verklaring voor de franse leer opgesloten en tevens de reden waarom deze leer in België niet dezelfde krachtige verdediging heeft gevonden. Alleen in Frankrijk aanvaardt men immers

⁸⁴ Voor het buitenlands recht mag ik korthedshalve verwijzen naar het voortreffelijk overzicht daarvan door mijn mede-praeadviseur in hoofdstuk IV gegeven.

⁸⁵ In deze zin tegenwoordig Planiol-Ripert-Esmein, T. VI, 2e ed. 1953, no. 492 e.v.; Mazeaud-Tunc, 1957, I, no. 173–207; E. N. Martine, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, 1957, i.h.b. p. 48–57, alwaar ook andere literatuur. Zie voor de franse doctrine ook Dalq, *Les Nouvelles*, V, Vol. I, Brussel 1959, no. 143 e.v. Ook de Franse cassatierechter heeft deze opvatting in de laatste jaren meer dan eens aanvaard. Zie de rechtspraak, geciteerd bij Martine, p. 58 e.v. en Dalq, no. 143. De omstrede vraag in hoeverre de contractuele verhouding aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad uitsluit, hangt uiteraard ten nauwste samen met het vraagstuk van de exoneratieclausules. Zie daarover Martine, p. 165 en bij ons H. Drion, H.N.J.V. 1957, I, p. 239 e.v.

algemeen dat art. 1382 C.C. van openbare orde is. Laat men nu de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad interfereren op het contractuele terrein, dan betekent dit dat alle wettelijke en contractuele voorschriften, welke de aansprakelijkheid in zekere mate beperken (exoneratieclausules, vervaltermijnen, verjaringstermijnen), zouden moeten wijken voor het niet op zij te zetten beginsel dat iedereen voor zijn „faute” aansprakelijk is. Daarbij komt dat men dan ook de deur gaat openen voor een toepassing van de volgartikelen van art. 1382 op contractueel terrein, hetgeen met name verstrekkende gevolgen heeft voor de in art. 1384, eerste lid, geregelde aansprakelijkheid voor zaken welke in Frankrijk in algemene zin wordt opgevat.

Voor het belgisch recht, dat geen dwingend karakter toekent aan de voorschriften betreffende onrechtmatige daad, is eenzelfde opvatting, zij het met enkele uitzonderingen verdedigd door de Page en laatstelijk door Dalcq. De uitzonderingen die men maakt betreffen dan de gevallen waarin de wanprestatie „constitue une infraction pénale”. In die gevallen zou het ter keuze van de crediteur staan zich te beroepen op de voorschriften van wanprestatie of op die van onrechtmatige daad⁹⁶. Ook in België heeft de cassatierechter enkele malen deze opvatting aangevaard.

De moeilijkheid waarvoor deze frans-belgische leer zich in de praktijk gesteld ziet, is uit te maken wanneer nu precies een onrechtmatige daad tevens als wanprestatie kan worden beschouwd. Alleen in dat geval zijn immers de bepalingen betreffende onrechtmatige daad uitgesloten. Zolang de onrechtmatige daad zich geheel buiten het contract afspeelt en er dus eigenlijk hoogstens van cumulatie kan worden gesproken (zie hierboven no. 6) is het nog betrekkelijk gemakkelijk een scheidslijn te trekken. Moeilijk wordt het pas wanneer men moet uitmaken in hoeverre buitencontractuele rechtsplichten zijn omgezet in contractuele, zodat bij schending alleen sprake is van wan-

⁹⁶ De Page, *Traité élémentaire*, II (1934), no. 927; Dalcq, t.a.p., no. 176 e.v. Deze leer van „incompatibilité mitigée”, voor Frankrijk vooral verdedigd door A. Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, (1931), komt praktisch op hetzelfde neer als de in no. 17 besproken opvatting van Wachter.

prestatie (zie hierboven p. 236). De fraaie formules, daaromtrent in theorie opgesteld, hebben niet kunnen verhinderen dat de praktijk in Frankrijk en België nogal eens wisselvallige toepassingen oplevert.

Voor ons recht, waar de verhouding tussen contract en onrechtmatige daad anders wordt opgevat dan in Frankrijk en waar art. 1403 lid 1 voor zaken geen afzonderlijke aansprakelijkheid schept, bestaat er, als gezegd, geen reden aan de overeenkomst zoveel gewicht toe te kennen dat daardoor iedere toepassing van art. 1401 van het contractuele terrein zou worden verbannen. Vooral wanneer de debiteur door opzet of grove schuld inbreuk op zijn contractuele verplichtingen zou maken strijdt het tegen het rechtsgevoel de crediteur af te snijden van bepaalde voordelen, waarop hij bij toepassing van de voorschriften van onrechtmatige daad aanspraak zou kunnen maken. Blijft de vraag in hoeverre er aanleiding zou kunnen zijn de toepassing van art. 1401 de jure constituendo te beperken tot dergelijke gevallen van opzet en grove schuld.

19. *Wenselijkheid van wetswijzigingen?*

Dit brengt tenslotte tot een antwoord op de vraag boven dit praeadvies gesteld. Ik vat die vraag dan zo op dat men zich, gegeven de naar geldend recht bestaande verhouding tussen de regels van wanprestatie en van onrechtmatige daad, afvraagt of het gewenst is wijziging daarin te brengen waardoor de toepasbaarheid van art. 1401 tussen contractanten zou worden beperkt of uitgesloten. Over de wijze waarop en de vorm waarin die wijzigingen hun beslag zouden moeten krijgen maak ik mij verder niet te veel zorgen, gegeven de omstandigheid dat wij vermoedelijk toch zeer binnenkort een ontwerp voor een nieuw verbintenissenrecht kunnen tegemoet zien. Van de daarin te geven regeling van de verhouding tussen wanprestatie en onrechtmatige daad (aangenomen dat er afzonderlijke voorschriften zullen komen voor de verbintenissen uit overeenkomst) zal het voor een groot deel afhangen of bepaalde wijzigingen nog nodig dan wel overbodig zullen blijken.

Gaat men er intussen slechts van uit dat de thans bestaande toestand niet bevredigend is omdat de contractcrediteur daarbij in te veel gevallen een beroep kan doen

op de voorschriften van onrechtmatige daad, dan laat een wijziging daarvan zich in verschillende vormen denken: 1. Door invoering van een algemeen voorschrift betreffende de toepassing van art. 1401 tussen contractanten. Naar gelang men die toepassing in vergelijking met het bestaande systeem zou willen beperken, dan wel beperken zowel als uitbreiden, doen zich dan nog weer twee mogelijkheden voor:

a) Uitsluitend beperking door de bepalingen van onrechtmatige daad bij wanprestatie alleen toepasselijk te laten wanneer een buitencontractuele norm door opzet of schuld is overtreden. Men denke aan de toevoeging van een voorschrift aan de regeling van onrechtmatige daad van deze inhoud:

Het niet nakomen van een verbintenis is ten aanzien van degeen die op die nakoming aanspraak kan maken geen onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 dan alleen in het geval van opzet of grove schuld⁹⁷.

Bij verbintenissen uit overeenkomst is de toepassing van art. 1401 beperkt tot de niet nakoming door opzet of grove schuld van verplichtingen welke anders dan krachtens overeenkomst op de schuldenaar rusten.

b) Beperking zowel als uitbreiding t.o.v. het bestaande systeem door toevoeging van een voorschrift als hierboven, maar waarbij het tweede lid wordt weggelaten. In dat geval ligt de beperking in de uitsluitende toepassing bij opzet en grove schuld, de uitbreiding in de omstandigheid dat die toepassing ook zou kunnen plaatsvinden bij opzettelijke of grove veronachtzaming van plichten welke uitsluitend krachtens overeenkomst op de debiteur rusten. Als ik het goed heb begrepen is dat wat de schrijvers, hierboven in no. 17 genoemd, voor ogen staat.

2. Door de naar geldend recht tussen beide soorten aansprakelijkheid bestaande verschillen zoveel mogelijk op te heffen.

⁹⁷ Vgl. Ontwerp-Heemskerk (afgedrukt in W. 9459), art. 1401, vierde lid: „Het niet nakomen van een verbintenis uit overeenkomst is ten aanzien van de wederpartij niet een onrechtmatige daad in den zin van dezen titel”. De woorden „uit overeenkomst” kunnen echter beter achterwege blijven omdat ook de niet nakoming van andere verbintenissen uit de wet geen onrechtmatige daad is; evenzo Meijers W.P.N.R. 2275, p. 362, noot 1.

Het verschil tussen de onder 1 en 2 genoemde oplossingen is duidelijk. Bij de onder 1 genoemde wijzigingen gaat men uit van de min of meer principiële opvatting dat de regels van onrechtmatige daad zoveel mogelijk buiten de contractuele verhouding tussen partijen moeten worden gehouden. Zoveel mogelijk, n.l. tot de grens waartoe in het algemeen een beperking van aansprakelijkheid kan gaan. Die grens zal, in overeenstemming met de zowel door de wetgever als door de rechter meestal daaromtrent gehuldigde opvattingen, zo ongeveer moeten liggen bij opzet en grove schuld. Dat dit geen scherpe grens is laat ik nu maar verder buiten beschouwing.

Bij onder 2 genoemde oplossing laat men daarentegen de mogelijkheid van samenval in beginsel voor wat zij is, maar worden de praktische gevolgen daarvan incidenteel onder ogen gezien en zo mogelijk opgeheven.

Ook het verband tussen de verschillende oplossingen is duidelijk. Kiest men een van de onder 1 genoemde mogelijkheden dan doen de verschillen, voorzover zij blijven bestaan, alleen ter zake bij opzet en grove schuld. Kiest men voor 2 dan wordt een bepaling als genoemd onder 1 steeds minder noodzakelijk naar gelang meer verschillen worden opgeheven. Tenslotte is een combinatie van 1 en 2 denkbaar door een zover mogelijk gaande eliminering van verschillen en invoering van een algemeen voorschrift of van bijzondere regels voor gevallen, waarin de verschillen blijven bestaan.

Men kan het verschil tussen de onder 1 en 2 genoemde oplossingen ook illustreren aan het voorbeeld van het aanvaringsarrest H.R. 6 maart 1959, N.J. 349, m.o. H.B., dat over het algemeen met enige reserve is begroet⁹⁸. Vloeden de bezwaren, die men tegen toepassing van de aanvaringsvoorschriften in dit geval zou koesteren, voort uit het karakter van de gepleegde inbreuk, of uit het feit dat de vordering wegens aanvaring een jaar langer kon worden ingesteld? In het eerste geval zouden die bezwaren

⁹⁸ Hijmans van den Bergh in zijn annotatie sub 7; Jansen op de Haar, N.J.B. 1959, p. 725 e.v. Vgl. ook conclusie Proc. Gen. Lange-meijer, die voorzichtig opmerkt dat „in het onderhavig geval een beschouwingswijze, die daarin niet een onrechtmatige daad zou herkennen, welke zich als het ware van de wanprestatie zou laten isoleren, mij geenszins reeds aanstonds onaannemelijk (zou) voorkomen”.

– zij het voornamelijk theoretisch – ook gericht moeten zijn tegen toepassing van aanvaringsregels binnen de verjaringstermijn van de vordering wegens de sleepovereenkomst. In het tweede geval treffen zij slechts het verschil in verjaring, niet de mogelijkheid van samenvval zelf. Zie ik het goed, dan vinden bij ons de tegen gelijktijdige toepasbaarheid aangevoerde bezwaren over het algemeen meer hun oorsprong in de praktische gevolgen dan in theoretische overwegingen.

Wat nu de bestaande verschillen betreft, hierboven bleek reeds (no. 13) dat deze over het algemeen niet van fundamentele betekenis zijn. Wil men dus slechts streven naar een beperking van de gevallen waarin de crediteur zich in zijn voordeel op onrechtmatige daad zou kunnen beroepen, dan zal dit doel bv. reeds voor een aanzienlijk deel bereikt worden door het treffen van de volgende maatregelen⁹⁹:

- a) Opheffing van de verschillen tussen de schaderegeling van art. 1283 en van art. 1401.
- b) Invoering van een algemene regeling voor de vergoeding van onstoffelijke schade bij wanprestatie zowel als bij onrechtmatige daad.
- c) Toevoeging voorzover nodig aan de regelingen betreffende de korte verjaringstermijnen en de vervaltermijnen van een voorschrift inhoudende dat deze verjaring en dit verval gelden voor vorderingen op welke grond dan ook ingesteld ter zake van feiten die inbreuk op contractuele verplichtingen meebrengen.
- d) Aanpassing van de conflictenregelingen doordat vorderingen als genoemd onder c en d mede onder de „contractssfeer” worden begrepen.

Wat de overige verschillen betreft: de regeling van de gevolgen van onbekwaamheid levert geen grond op tot een verdere beperking van de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad. Heeft een onbekwame een overeenkomst aangegaan en zich vervolgens schuldig gemaakt aan wanprestatie die tegelijk een onrechtmatige daad zou opleveren, dan zie ik geen reden hem in dat geval alleen aansprakelijk te achten bij opzet of grove schuld. Over de vraag of ook de uiteenlopende regeling van de gevolgen van pluraliteit voor een wijziging in aanmerking komt

⁹⁹ In die zin reeds Meijers W.P.N.R. 2261, in fine.

kan men verschillend denken. In de eerste plaats zou er dan eerst een wettelijke regeling van de aansprakelijkheid van verschillende plegers van een onrechtmatige daad moeten komen, alvorens daarop weer een uitzondering zou kunnen worden gemaakt voor het geval waarin de onrechtmatige daad tevens wanprestatie oplevert. Daarbij zou men dan kunnen overwegen die uitzondering te beperken tot gevallen van opzet of grove schuld.

Van de hier beschreven mogelijkheden van wetswijziging gaat mijn voorkeur uit naar de onder 2 genoemde. Zij biedt het voordeel dat men daarbij geval voor geval onder ogen kan zien in hoeverre het gewenst is verschillen tussen de aansprakelijkheid wegens wanprestatie en wegens onrechtmatige daad in stand te houden. Tegen de oplossing genoemd onder 1b heb ik bovendien het bezwaar dat daardoor een aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad zou worden ingevoerd voor zuiver contractuele verplichtingen. Ik zie niet in dat daaraan naast de mogelijkheden welke de regeling van wanprestatie thans biedt behoefte bestaat.

Rest tenslotte de vraag of, afgezien van de omvang der praktische gevolgen, gelijktijdige toepasbaarheid van beide regelingen in beginsel mogelijk moet worden geacht of niet. Dit lijkt mij een zuiver academische vraag, die daarom misschien wel geschikt is om aan het collectief rechtsbewustzijn van de leden der Nederlandse Juristen Vereniging te worden voorgelegd. Mijn persoonlijke mening is dat het karakter van de verbintenis uit overeenkomst niet in de weg staat aan een dergelijke gelijktijdige toepasbaarheid.

20. *Conclusies.*

In het kort laat mijn betoog zich de volgende punten samenvatten:

1. In hoeverre art. 1279 e.v. en art. 1401 e.v. gelijktijdig van toepassing kunnen zijn op dezelfde feiten kan niet aan de hand van algemene regelingen worden vastgesteld maar slechts op grond van de verhouding, waarin deze regelingen in het wettelijk systeem tot elkaar staan.

Dit systeem brengt mee, dat van gelijktijdige toepasbaarheid niet kan worden gesproken voorzover de debiteur

nalatig is in de nakoming van verplichtingen die uitsluitend krachtens overeenkomst op hem rusten (hoofdverplichtingen).

2. Samenval van aansprakelijkheid kan zich voordoen wanneer de debiteur bij wanprestatie ten aanzien van de bijverplichtingen die het contract meebrengt tevens inbreuk maakt op een subjectief recht van de crediteur of handelt in strijd met geschreven of ongeschreven voorschriften, welke dienen ter bescherming van een ander belang van de crediteur dan zijn contractsbelang.

3. Het verdient geen aanbeveling de aanwezigheid van buitencontractuele verplichtingen tussen partijen of exportijen van een overeenkomst af te leiden uit feitelijke omstandigheden waarvan het bestaan of bestaan hebben van de overeenkomst zelf een deel uitmaakt.

4. Er bestaan naar geldend recht een aantal verschillen tussen aansprakelijkheid wegens wanprestatie en wegens onrechtmatige daad welke het voor de crediteur aantrekkelijk kunnen maken een toepassing van de voorschriften betreffende onrechtmatige daad in te roepen. Deze verschillen zijn niet van fundamentele aard en kunnen, waar dit door wetsinterpretatie reeds niet voor de hand ligt, door eenvoudige wijzigingen worden geëlimineerd.

5. In praktijk en in doctrine valt een streven waar te nemen de vordering wegens onrechtmatige daad alleen toepasselijk te achten wanneer sprake is van ernstige wanprestatie. Een dergelijk onderscheid is niet in overeenstemming met ons geldend recht, dat geen verschil kent tussen toepassing van art. 1401 t.a.v. contractanten en anderen.

6. Het verdient aanbeveling het merendeel van de onder 4 genoemde, naar geldend recht bestaande, verschillen tussen aansprakelijkheid wegens wanprestatie en wegens onrechtmatige daad op te heffen. Aan de overblijvende verschilpunten kunnen dan geen bezwaren meer worden ontleend tegen samenval van beide regelingen.