

VERBINTENISSENRECHTMr. J.F.M. Heuvelmans, Bogaerts &
Groenen Advocaten, Tilburg***Samenloop tussen onrechtmatige daad en toerekenbare tekortkoming*** 15-135Geschreven door: mr. R.J. Boogers &
mr. drs. L.E.M.A. Vermeer, Bogaerts &
Groenen Advocaten, Boxtel

Het is soms verleidelijk – en onder omstandigheden ook verstandig – om je naast een beroep op een toerekenbare tekortkoming ook te beroepen op een onrechtmatige daad. Bijvoorbeeld in het geval waarin niet of niet correct in gebreke is gesteld of er problemen dreigen aangaande het verstrijken van de klachttermijn. In dit soort gevallen zou de vordering op grond van een toerekenbare tekortkoming zomaar afgewezen kunnen worden vanwege een dergelijk 'formeel gebrek' terwijl de vordering voor het overige wellicht voor toewijzing gereed ligt. Om dergelijke belemmeringen te voorkomen, wordt met regelmaat ook een beroep gedaan op een onrechtmatige daad. Dat dit slechts in uitzonderingsgevallen slaagt, blijkt onder meer uit de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 26 mei 2015.¹ In dit artikel zullen wij nader ingaan op deze samenloop en de kans van slagen van een beroep daarop.

Het leerstuk van de samenloop

Onder omstandigheden is een samenloop tussen een vordering uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst en een onrechtmatige daad mogelijk. Bij materieelrechtelijke samenloop van wanprestatie met onrechtmatige daad is van oudsher² de heersende leer dat de grondslag onrechtmatige daad slechts dan naast de grondslag wanprestatie in aanmerking komt: "wanneer het feit, dat de wanprestatie zou opleveren, op zichzelf, afgezien van de contractuele verplichting, een onrechtmatige daad in den zin der wet oplevert". Dat is het geval indien de tekortkoming niet enkel schending van de contractuele norm oplevert, maar tevens een inbreuk maakt op een subjectief recht van de andere contractspartij of een schending oplevert

van een algemene rechtsplicht of van een algemene zorgvuldigheidsnorm.³ Asser schrijft over de verhouding tussen de onrechtmatige daad en de toerekenbare tekortkoming niet zonder reden: *"Tussen een onrechtmatige daad en een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis bestaat een subtiel onderscheid. Voor zover de tekortkoming bestaat in de schending van een rechtsplicht is zij een species van het genus onrechtmatige daad."*⁴

Jurisprudentie samenloop

Een illustratief voorbeeld vormt het arrest van de Hoge Raad van 6 april 1990⁵ waarin een vervoerder een container met kostbare lading bloot had gesteld aan het risico van diefstal door deze zonder uitdrukkelijke opdracht op vrijdag op te halen en in het weekeind op zijn eigen onvoldoende bewaakte terrein had opgeslagen. Dat hij op grond van de vervoersovereenkomst de mogelijkheid had om de container op zijn eigen terrein op te slaan, doet niet af aan de onzorgvuldigheid van zijn gedraging jegens de eigenaar en afzender, die als gevolg van de diefstal schade leden. Ook zonder wanprestatie zou de gedraging van de vervoerder derhalve een onrechtmatige daad opleveren jegens de eigenaar en de afzender.

Een ander illustratief voorbeeld speelde in een zaak waarin de Rechtbank Rotterdam op 15 juli 2009 vonnis wees⁶. In die zaak betrof het een aannemer die onzorgvuldig werk had geleverd. De rechtbank oordeelde:

"het in een wand aanbrengen van schroeven, waardoor een deur vastloopt, moet naar het oordeel van de rechtbank in beginsel worden aangemerkt als een onzorgvuldige uitvoering van het werk. Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag verwacht worden dat hij het werk zorgvuldig uitvoert. Indien daarvan geen sprake is, geldt derhalve dat (tevens) onrechtmatig is gehandeld."

De indruk lijkt te ontstaan dat dergelijke tekortkomingen snel ook onrechtmatig zijn. Hoewel een wanprestatie onder omstandigheden dus een onrechtmatige daad kan opleveren, moeten wel voldoende omstan-

digheden worden aangevoerd die tot de conclusie leiden dat er (ook) sprake is van een onrechtmatige daad. Het enkele feit dat een opdrachtgever belang heeft bij een correcte uitvoering van de overeenkomst door opdrachtnemer is daartoe onvoldoende.⁷ Bovendien volgt uit de rechtspraak dat een handeling, die een toerekenbare tekortkoming oplevert, alleen in een uitzonderingsgeval tevens als onrechtmatige daad wordt aangemerkt.⁸ Er zal dus meer gesteld moeten worden dan enkel de schending van een contractuele norm.⁹ Zo overwoog bijvoorbeeld het Gerechtshof Amsterdam dat het uitgangspunt voor de beoordeling is dat in geval van een schending van een contractuele verplichting in beginsel niet de bepalingen van artikel 6:162 e.v. BW toepasselijk zijn, maar uitsluitend de regeling van artikel 6:74 e.v. BW. De gedaagde partijen hadden gegarandeerd dat de omzet op de door partijen overeengekomen wijze zou worden verantwoord in de jaarrekening. Deze gegarandeerde toestand bleek niet te bestaan. Het betreft daarmee een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die in beginsel niet tevens een rechtsplicht inhoudt.¹⁰ Het beroep van eisers op samenloop werd om die reden afgewezen.

Toch geldt over het algemeen bij beroepsfouten dat een toerekenbare tekortkoming eveneens een onrechtmatige daad inhoudt.¹¹ Hoewel schadevergoeding bij een toerekenbare tekortkoming en onrechtmatige daad op dezelfde wijze is geregeld (artikel 6:95 BW e.v.) kan het verstandig zijn om een beroep te doen op beide grondslagen. Bijvoorbeeld bestaat er verschil in aansprakelijkheid van personen van wie bij de uitvoering van de overeenkomst gebruik wordt gemaakt en bestaan er verschillen in het kader van de stelplicht en bewijslast.

Algemene voorwaarden en samenloop

In het algemeen zal in het geval van samenloop van een vordering uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming en een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad de aangesproken partij zich ook tegen de vordering uit hoofde van onrechtmatige daad kunnen verweren met een beroep op zijn algemene voorwaarden, mits deze uiteraard op de contractuele verhouding van toepassing zijn. In een recen-

te uitspraak van de Rechtbank Rotterdam beriep een partij zich op een vervalbeding in de algemene voorwaarden. Het onrechtmatig handelen van de partij werd op dezelfde feitelijke grondslag als de toerekenbare tekortkoming gebaseerd. Het vervalbeding bepaalde dat *“vorderingsrechten en andere bevoegdheden van opdrachtgever uit welke hoofde ook jegens opdrachtnemer in verband met het verrichten van werkzaamheden”* zijn onderworpen aan het beding. Dat omvat dus ook onrechtmatig handelen. Ook wat betreft de vordering gegrond op onrechtmatige daad is derhalve uitgangspunt dat het vorderingsrecht is vervallen.¹²

Zowel de vordering uit hoofde van onrechtmatige daad als de vordering uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming worden verworpen op basis van hetzelfde beding. Deze uitspraak laat zien dat een beroep op samenloop van weinig toegevoegde waarde is wanneer *“ieder vorderingsrecht”* contractueel is uitgesloten. Dit zou overigens ons inziens een kennelijk onredelijk beding kunnen zijn en voor vernietiging vatbaar.

Conclusie

Onder omstandigheden is samenloop tussen onrechtmatige daad en toerekenbare tekortkoming mogelijk. Op basis van de huidige jurisprudentie lijkt de grootste kans van slagen van een beroep hierop zich voor te doen in het geval van beroepsfouten. Door het niet nakomen van de contractuele norm, wordt immers ook in de regel inbreuk gemaakt op een subjectief recht van de andere contractspartij, dan wel wordt een algemene rechtsplicht of een algemene zorgvuldigheidnorm geschonden. Zeker in deze gevallen is dan ook, mede gelet op de (procedurele) verschillen tussen beide grondslagen, aan te bevelen om in een gerechtelijke procedure naast een beroep op wanprestatie eveneens een beroep te doen op onrechtmatige daad.

Daarnaast is het aan te bevelen om in de advisering en bij het opstellen van algemene voorwaarden en overeenkomsten aandacht te besteden aan de mogelijkheid tot contractuele uitsluiting van een beroep op onrechtmatige daad, toerekenbare tekortkoming en samenloop tussen beiden. Op

deze wijze kan een dergelijk beroep van de wederpartij hierop reeds op voorhand worden uitgesloten.

Noten

- 1 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 mei 2015, ECLI:NL: ECLI:NL:GHSHE:2015:1923.
- 2 HR 26 maart 1920, NJ 1920, 476 (Surinaamse postbode).
- 3 HR 19 december 1995, NJ 1956,1957 & HR 19 februari 1993, NJ 1994,290.
- 4 Asser/Hartkamp & Sieburgh, deel IV, Verbintenissenrecht, de verbintenis uit de wet, dertiende druk, Deventer 2011, aant. 9.
- 5 HR 5 april 1990, NJ 1991,689.
- 6 Rb. Rotterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ3768.
- 7 HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496.
- 8 Rb. Overijssel 25 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3607.
- 9 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1923.
- 10 Gerechtshof Amsterdam 27 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BW4117.
- 11 Zie conclusie A.G. Mok bij HR 12 juni 1987, NJ 1988, 58; Onrechtmatige daad oud (De Groot), III, 18a (nr. 14); O.a.: Assers/Hartkamp & Sieburgh, deel IV, Verbintenissenrecht, de verbintenis uit de wet, dertiende druk, Deventer 2011, aant. 67, GS Onrechtmatige daad VI.IA Onrechtmatige daad of wanprestatie (samenloop),
- 12 Rb. Rotterdam 12 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9371.