

**SAMENHANGENDE
OVEREENKOMSTEN EN
AANSPRAKELIJKHEID**

**SAMENHANGENDE
OVEREENKOMSTEN EN
AANSPRAKELIJKHEID**

**De quasi-immuniteit van
de uitvoeringsagent herbekeken**

IGNACE CLAEYS

Intersentia
Antwerpen – Groningen – Oxford

Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid
Ignace Claeys

© 2003 Intersentia
Antwerpen – Groningen – Oxford
<http://www.intersentia.be>

ISBN 90-5095-283-6
D/2003/7849/19
NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgevers.

INHOUDSTAFEL

VOORWOORD	xvii
DANKWOORD	xxi
INLEIDING	1
§ 1. Maatschappelijke realiteit	7
§ 2. Probleemstelling en afbakening	9
A. Wanprestatie bij samenhangende overeenkomsten	10
1. Wanprestatie	10
2. Samenhangende overeenkomsten	10
3. Andere samenwerkingsvormen	12
4. Andere niet-behandelde hypothesen	14
B. Externe werking: rechtstreekse aanspraken en doorwerking	19
§ 3. Plan	22
§ 4. Methode	24

DEEL I. JURIDISCH INSTRUMENTARIUM VAN DERDENWERKING

29

INLEIDING

31

HOOFDSTUK I. CONTRACTUELE EN BUITEN- CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

35

§ 1. Toepassingsvoorwaarden van contractuele aansprakelijkheid ..	36
§ 2. Toepassingsvoorwaarden van buitencontractuele (fout)aansprakelijkheid	41
A. Algemeen	41
B. Invloed van overeenkomst en contractuele aanspra- kelijkheid	42
C. Driepartijenverhoudingen en coëxistentie	43
1. Algemeen	44
2. Drie situaties van coëxistentie	46
D. Tweepartijenverhoudingen	50
1. Geen wanprestatie	51
2. Wanprestatie	55
I. Contra-samenloop	57
a. Beginsel	57
b. Uitzonderingen	61

i) Misdrijf	62
ii) Valse uitzonderingen	65
c. Doorwerking	67
II. Pro-samenloop	67
a. Beginsel	67
b. Doorwerking	71
III. Drie nuanceringen	73
IV. Besluit en verwijzing	75
§ 3. Op zoek naar een geschikte methode om het contractueel evenwicht te bewaren	75
A. Traditionele methodes: ingreep op de grens zelf tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid ...	76
1. Autonome regeling	76
2. Uitbreiding contractuele aansprakelijkheid	80
3. Beperking contractuele aansprakelijkheid	81
4. Ander onderscheid	82
B. Naar een andere methode: ingreep op de organisatie van de rechtsgevolgen	83
1. Verschillen in rechtsgevolgen	83
2. Vervaging van verschillen	88
3. Besluit	93
 HOOFDSTUK II. PARTIJ EN DERDE	97
§ 1. Traditioneel onderscheid	97
§ 2. Twee vernieuwingsmethodes	102
A. Differentiatie in derdenbegrip	102
B. Herverdeling van het onderscheid	104
C. Besluit	106
 HOOFDSTUK III. RELATIVITEIT EN UITZONDERINGEN	109
§ 1. Gemeenschappelijk beginselen Europese rechtsorde	109
§ 2. Vernieuwingsmethodes	111
§ 3. Besluit	113
 HOOFDSTUK IV. RELATIVITEIT EN TEGENSTELBAARHEID ..	115
§ 1. Algemeen: relativiteit of tegenstelbaarheid?	120
§ 2. Contractuele clauses: relativiteit of tegenstelbaarheid? ...	127
A. Principe	127
B. Voorbehoudloos cognossement en koopcontract	128
C. Minderheidsvordering en confidentialiteitsclausule ...	129
D. Verzekeringovereenkomst	129
E. Onherroepelijkheidsbeding	130

F.	Aansprakelijkheidsbeperkend of -uitsluitend beding	131
G.	Schadebegroting	133
H.	Risicoverdeling in bankreglementen	134
I.	Ondeelbaarheidsclausule	135
§ 3.	Besluit	137
BESLUIT DEEL I		139
 DEEL II. QUASI-IMMUNITEIT VAN UITVOERINGSAGENTEN		143
INLEIDING		145
HOOFDSTUK I. RECHTSONZEKERHEID		147
§ 1.	Rechtspositie uitvoeringsagent	148
A.	Hoedanigheid van partij bij onderovereenkomst	148
B.	Hoedanigheid van derde én niet-derde bij hoofd- overeenkomst	149
C.	Hoedanigheid van derde tegenover andere dan hoofdschuldeiser	151
D.	Principe: buitencontractuele fout en dito schade (verfijnings- en verdwijningsleer)	152
E.	Objectieve aansprakelijkheid en schending van een wettelijke verplichting	161
F.	Uitzondering op buitencontractuele immuniteit	163
§ 2.	Onzekerheid bestaan bijzonder statuut	166
§ 3.	Toepassingsgebied	169
A.	Relevante criteria	169
1.	Onderovereenkomst uitvoering van verbintenis uit hoofdovereenkomst	169
(a)	Precontractuele aansprakelijkheid	170
(b)	Ketting van opeenvolgende koop- overeenkomsten	171
(c)	Derdemedeplichtigheid	173
(d)	Tussenpersoon zonder enige vertegenwoor- digingsbevoegdheid	174
2.	Identiteit van verbintenissen of enkel materiële, noodzakelijke voorwaarde?	175
3.	Materiële handeling: lasthebber en onderlasthebber	179
(a)	Onderscheid tussen lasthebber en uitvoeringsagent	179
(b)	Combinatie van hoedanigheden van lastheb- ber en uitvoeringsagent	180

(c)	Rechtstreekse aansprakelijkheid van lasthebbers en organen	181
i)	Diverse stellingen in de rechtsleer	181
ii)	Houding van het Hof van Cassatie en interpretatie	185
(d)	Onderscheid tussen uitvoeringsagent en onderlasthebber	191
4.	Geen rechtstreekse contractuele relatie	191
5.	Eiser medecontractant van hoofdschuldenaar	191
6.	Aard van contractuele band	192
7.	Geen opgedrongen tussenkomst	197
B.	Niet-relevante criteria	200
1.	Aard hoofdovereenkomst	200
2.	Chronologie	201
3.	Omvang	202
4.	Tweede graad	203
5.	Samenhangende overeenkomst	204
C.	Personeel toepassingsgebied	204
1.	Aangestelde	204
2.	Orgaan van rechtspersoon	206
§ 4.	Verruimde contractuele aansprakelijkheid	207
HOOFDSTUK II. ONRECHTSZEKERHEID?		211
§ 1.	Logische onverenigbaarheid met derdenbegrip?	211
§ 2.	Te ruim toepassingsgebied van contractuele aansprakelijkheid?	212
§ 3.	Werkelijkheid van feitelijke vertegenwoordiging	213
§ 4.	Risicobeginsel	217
(a)	Inhoud en begin van kritiek	217
(b)	Juridisch-technische grondslag: doorbreking oorzakelijk verband of schade?	218
(c)	Verdere kritiek op risicobeginsel	220
§ 5.	Kettingstructuur	224
§ 6.	Preventieve functie van aansprakelijkheid	225
§ 7.	Compensatoire functie	226
§ 8.	Verzekering	226
§ 9.	Specifieke wettelijke bepalingen	228
§ 10.	Gelijkheidsbeginsel/coherentie	228
§ 11.	Gelijkheid van schuldeisers	231
§ 12.	Relativiteitsbeginsel	232
§ 13.	Rechtvaardigheid of billijkheid	235

BESLUIT DEEL II	237
DEEL III. SAMENHANGENDE OVEREENKOMSTEN EN CONTRACTUALISATIE	239
INLEIDING	241
HOOFDSTUK I. CASUÏSTISCHE CONTRACTMODELLEN	245
§ 1. Rechtstreekse contractband	245
§ 2. Contracttoetreding	247
A. Jurisprudentiële uitbreiding via objectivering	248
B. Contracttoetreding in plaats van andere technieken	250
1. In plaats van derdenbeding	250
2. In plaats van rechtstreekse vordering	251
C. Toepasselijke contractregeling	255
§ 3. Onmiddellijke vertegenwoordiging	257
A. Gemeenschappelijk beginsel	258
B. Algemeen: definitie en grondslag	259
1. Definities	259
2. Rechtshandeling versus materiële handeling	260
3. Grondslag	262
C. Vertegenwoordigingsbevoegdheid en aanneming	263
1. Casusposities	264
2. Criterium van contractinhoud	266
3. Realiteit	270
4. Aanwijzing van een bepaalde persoon	271
5. Onbekwaamheid	272
a. Algemeen criterium	272
b. Wettelijke onbekwaamheid	273
c. Onbekwaamheid ingevolge opleiding	275
6. Doorwerking en integratie van de verschillende rechtsverhoudingen	277
D. Vertegenwoordiging en onderlastgeving/plaatsvervanging	280
E. Vertegenwoordiging tegen andere theorieën in	281
1. Engeland: ongeldigheid van derdenbeding	282
2. België: quasi-immuniteit van uitvoeringsagent en hoedanigheid van gerechtsdeurwaarder	283
F. Besluit	284
§ 4. Derdenbeding	285
Inleiding: begrip, afbakening, overzicht	285

1.	Derdenbeding en vertegenwoordiging	286
2.	Derdenbeding en contracttoetreding	287
3.	Plan	289
A.	Derdenwerking: tweehoofdigheid van het derdenbeding?	290
1.	Belang van derde en bedinger	291
2.	Identiteit van derde	293
3.	Wil van bedinger en belover	293
I.	Algemeen	293
II.	Interpretatie: uitdrukkelijk, stilzwijgend en vermoed derdenbeding	296
III.	Objectieve uitbreidingen van derdenbeding – vermoed derdenbeding	298
a.	Stilzwijgend en vermoed derdenbeding	300
b.	Oorsprong: Franse rechtspraak	300
i)	Goederenvervoer: bestemming en vervoerder	301
ii)	Personenvervoer: nabestaanden en vervoerder	303
iii)	Besmet bloed: patiënt en bloeddistributiecentrum	305
iv)	Andere uiteenlopende gevallen	307
c.	Bezwaren	310
d.	Belgische receptie?	313
B.	Doorwerking: in welke mate?	314
1.	Principe	314
2.	Verzaking aan derdenbeding en toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid	316
3.	Twee soorten clausules?	317
a)	Frans, Nederlands en Engels recht	317
b)	Duits en Belgisch recht	322
c)	EEX-Verdrag	323
4.	Derdenbeding met last	324
HOOFDSTUK II. STRUCTURELE CONTRACTMODELLEN		327
§ 1.	Handelen in eigen naam en voor rekening van opdrachtgever	328
A.	Onmiddellijke vertegenwoordiging en doorverkoop	331
B.	Belgisch en Frans recht	333
1.	Lastgeving, commissie en naamlening	334
a.	Lastgeving versus naamlening en commissie	334
b.	Naamlening versus commissie	337

c.	Besluit	340
2.	Rechtstreekse verhouding tussen opdrachtgever en derde-medecontractant?	341
a.	Naamlening	342
b.	Commissie	345
i)	Rechtstreekse eigendomsoverdracht	345
ii)	Geen simulatie	346
iii)	Traditionele stelling	347
iv)	Leer van de rechtstreekse betrekkingen	353
c.	Een voorlopig internrechtelijk besluit	360
C.	Andere rechtsstelsels	361
1.	Duits recht	364
a.	Beginsel	364
b.	Uitzonderingen	365
2.	Common Law	366
3.	Nederlands recht	369
4.	Enkele andere rechtsstelsels	372
5.	Internationale/Europese bronnen	373
D.	Besluit	375
§ 2.	Rechtstreekse vordering	378
A.	Algemeen	379
B.	Doorwerking/ buitencontractuele aansprakelijkheid	382
C.	Rechtstreekse vorderingen bij samenhangende overeenkomsten	383
1.	Eigenaar tegen onderhuurder	384
2.	Onderaannemer tegen bouwheer	386
a.	Modaliteiten en beperkingen?	388
i)	Omvang	388
ii)	Opeenvolgende onderaanneming	390
iii)	Sectoren	391
iv)	Opeenvolging van aannemingovereenkomsten	391
v)	Toepasselijke verweermiddelen	392
b.	In twee richtingen?	393
c.	Andere rechtssystemen	396
3.	Lastgever tegen onderlasthebber	397
a.	Algemeen	397
b.	Restrictieve interpretatie – recente tendensen	401
i)	Franse versus Belgische cassatierechtspraak	402
ii)	Plaatsvervanger van commissionair-expediteur	405
iii)	Bankoverschrijvingen	407

	iv) Gerechtsdeurwaarders	409
	c. Doorwerking van overeenkomst en voorlopig besluit	412
	d. Andere rechtssystemen	413
§ 3.	Nauw met overgedragen zaak en hoedanigheid samenhangende verbintenis	414
A.	België en Frankrijk	415
1.	Grondslag	415
a.	Artikel 1122 B.W.	416
b.	Rechtstreekse vordering	419
c.	Wil van de betrokken partijen	420
d.	Accessoriumtheorie en kwalitatieve rechten; mate van behoud vordering rechtsvoorganger . .	421
2.	Reikwijdte	426
I.	Overdracht van rechten, niet van verplichtingen	426
II.	Aard van samenhang van overeenkomsten	427
a.	België	427
i)	Onbetwiste toepassingen	427
ii)	Betwiste toepassingen: aanspraak tegen onderaannemer en leverancier	430
b.	Frankrijk	435
3.	Optie voor buitencontractuele aansprakelijkheid . . .	439
4.	Doorwerking: een harmonieus evenwicht?	442
B.	Nederland	447
C.	Engeland	448
D.	Duitsland	450
E.	Internationale/Europese tendensen	452
1.	Internationale koop	452
2.	Hof van Justitie	453
a.	EEX-Verdrag/Verordening: algemeen	453
b.	EEX-Verdrag/Verordening: rechtstreekse aanspraak	456
3.	Europese wetgever	458
§ 4.	Contractgroepen	459
A.	Uitgangspunt: probleemstelling	461
B.	Andere methodes	462
C.	Geleidelijke ontwikkeling	463
D.	Bloeiperiode: Franse cassatierechtspraak	467
E.	Bezwaren en einde theorie	469
F.	Toch nog een heropleving?	473
G.	Receptie in andere rechtssystemen?	475
H.	Besluit: doorwerking!	477

BESLUIT DEEL III	479
DEEL IV. SAMENHANGENDE OVEREENKOMSTEN EN BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID	483
INLEIDING	485
HOOFDSTUK I. BELGISCH EN FRANS RECHT	487
§ 1. Voorwaarde: buitencontractuele fout	487
A. Principe: niet-zuiver contractuele fout/onafhankelijke delictuele fout	488
1. Belgisch recht	488
2. Frans recht	494
B. Assimilatie	495
§ 2. Samenhangende overeenkomsten in België	501
A. Algemeen en verwijzing	501
B. Samenhangende overeenkomsten zonder uitvoeringsband	503
1. Rechtstreekse aanspraak	504
2. Doorwerking	506
§ 3. Samenhangende overeenkomsten in Frankrijk	507
1. Rechtstreekse aanspraak	507
2. Doorwerking	510
HOOFDSTUK II. DUIJS RECHT	513
§ 1. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte	514
A. Drittschadensliquidation en derdenbeding: subjectief of objectief?	514
B. Oorspronkelijke functie: remedie voor gebrekkig Deliktsrecht	518
C. Toepassingsvoorwaarden en gevalsgroepen	520
1. Toepassingsvoorwaarden	520
2. Evoluties	522
3. Gevalsgroepen	524
D. Vsd en samenhangende overeenkomsten	525
E. Nieuwe functie: doorwerking van overeenkomst	529
§ 2. Buitencontractuele aansprakelijkheid en doorwerking	533
A. Doorwerking ten gunste van derden	534
B. Doorwerking ten nadele van derden	536
C. Doorwerking ten gunste én ten nadele van derden	538
§ 3. Besluit	539

HOOFDSTUK III. NEDERLANDS RECHT	541
§ 1. Voorwaarde: buitencontractuele fout	541
A. Concretisering in rechtsleer	541
B. Concretisering in rechtspraak	544
§ 2. Doorwerking van contractuele bedingen	549
A. Algemeen	550
B. Rechtspraak van de Hoge Raad	552
1. Zelfstandige overeenkomsten	553
2. Onzelfstandige overeenkomsten	555
C. Grondslag? Redelijkheid en billijkheid	559
D. Concretisering	561
E. Wettelijke regelingen	564
F. Nog verdergaande rechtsleer	566
G. Onderscheid naargelang soort clauses?	567
§ 3. Besluit	570
HOOFDSTUK IV. ENGELS RECHT	573
§ 1. Coëxistentie maar geen assimilatie	573
§ 2. Contractuele weg?	573
§ 3. Duty of care en zuivere vermogensschade	575
A. Algemeen	575
B. Historische evolutie	577
§ 4. <i>Duty of care</i> en samenhangende overeenkomsten	582
A. Aanspraak	583
1. Opeenvolgende koopovereenkomsten	584
2. Onderaanneming en -lastgeving	586
3. Andere samenhangende overeenkomsten	593
B. Contractuele structuur: risicobeginsel?	594
C. Doorwerking en Himalaya-clauses	599
1. <i>Vóór</i> Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999	600
2. Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999	606
D. Doorwerking in het algemeen	607
1. Doorwerking?	607
2. Hoofd- of onderovereenkomst?	609
3. Bailment	613
E. Appendix: Amerikaans recht	615
F. Besluit	617
BESLUIT DEEL IV.	619

DEEL V. EEN ALTERNATIEVE BENADERING	621
I. Verschillende benaderingswijzen. Een rechtsvergelijkende synthese	624
II. Gelijkheidsbeginsel. Een constitutioneel perspectief	627
A. Algemeen	627
B. Toegepast op derdenwerking	629
III. Contractueel evenwicht. Een legitiem doel	633
IV. Traditionele visie	635
V. Doorbreking van traditionele visie	637
A. De eerste schuchtere, maar moedige stappen	637
B. Twee filters	641
C. Fout en eerbied voor andermans gerechtvaardigde verwachtingen	642
1. Overzicht van diverse begripsomschrijvingen van foutbegrip	643
2. Eerbied voor andermans gerechtvaardigde verwachtingen	647
i) Principe van aanspraak	647
ii) Uitzondering via doorwerking van overeen- komst van verweerder	648
D. Schade en risicobeginsel	649
E. Evenwichtige doorwerking via combinatie van fout- en schadevereiste	651
F. Factoren	652
1. Belang van concretisering	652
2. Lijst van factoren	655
G. Een toepassing	661
H. Voordelen	662
I. Mogelijke bezwaren	664
1. Contractueel/buitencontractueel	664
2. Relativiteit van contracten	665
3. Fout en schade twee afzonderlijke voorwaarden	666
4. Moeilijker afwikkeling	666
5. Rechtszekerheid	667
6. Relativiteit van onrechtmatige daad	668
7. Traditie	669
8. Cassatietechniek	670
9. Risicobeginsel en contractenstructuur	671
Slot	672

BEKNOPTE SYNTHESE	675
LIJST VAN AFKORTINGEN	685
LIJST VAN VERKORT GECITEERDE WERKEN	691
TREFWOORDENLIJST	699

VOORWOORD

Een van de boeiendste vragen waarmee het contractenrecht, zowel bij ons als elders in Europa, worstelt, is die naar de aansprakelijkheid van contractspartijen ten aanzien van derden die zich in de invloedssfeer van de overeenkomst bevinden, bijvoorbeeld omdat zij een rechtstreeks belang hebben bij de goede uitvoering ervan. Voorliggend boek is de bewerkte uitgave van het proefschrift waarmee Ignace Claeys de titel van doctor in de rechten behaalde en dat geheel aan deze vraagstelling is gewijd.

Deze problematiek komt in de eerste plaats aan de orde bij samenhangende overeenkomsten. Te denken valt bijvoorbeeld aan contractketens zoals die frequent voorkomen in de bouwsector, bij vervoeroperaties of in de distributie. Wanneer door een contractuele wanprestatie in een van de schakels, verderop in de keten schade ontstaat, dan rijst de vraag wie voor die schade kan opkomen en op welke grondslag. Hoe moeten schadegevallen worden afgewikkeld in verhoudingen zoals die tussen opdrachtgever-aannemer-onderaannemer of inlader-zeevervoerder-stuwadoor? Sommige rechtstelsels zoals het Duitse recht of de Franse theorie der contractgroepen proberen die bescherming op een contractuele leest te schoeien door middel van het aannemen van een verregaande “derdenwerking” van de overeenkomst. Andere systemen, zoals het Belgische, houden vast aan een buitencontractuele benadering.

Ook buiten het gebied van dergelijke “contractgroepen” rijst de vraag welke bescherming moet worden geboden aan derden die in het blikveld van de contractspartijen aanwezig zijn. Een notaris krijgt de opdracht een testament op te maken. De notaris draalt met de uitvoering van die opdracht en door het voortijdig overlijden van de testator komt het testament niet tot stand. Kan de bedoelde legataris schadevergoeding vorderen van de notaris, en zo ja, op welke grondslag? In *White v Jones* besluit de House of Lords tot aansprakelijkheid en opteert na een grondig onderzoek van de Duitse doorwerkingstheorieën uiteindelijk voor een buitencontractuele benadering. Een buitencontractuele oplossing kan echter leiden tot een ongewenste uitdijing van de aansprakelijkheid van contractanten. Dit is zeker het geval gelet op het vervagen van het verschil tussen contractuele en buitencontractuele zorgvuldigheidsnormen en met een bepaling zoals ons artikel 1382 BW dat weinig grendels aanreikt. De Engelse rechter die meer rekening kan houden met beleidsargumenten is op dat stuk beter uitgerust. In een geval van aansprakelijkheid van een scheepsclassificatiemaatschappij bij een schipbreuk die door de Belgische hoven en rechtbanken zonder problemen zou worden aanvaard, oordeelde de House of Lords in *Marc Rich & Co Ltd. v Bishop Rock Marine & Co Ltd*

daarentegen dat aansprakelijkheid tegenover de ladingbelanghebbenden “would be unfair, unjust and unreasonable”.

De keuze van dit onderwerp verdient grote waardering. De behandeling ervan dwingt de auteur fundamentele kwesties aan de orde te stellen. De problematiek bevindt zich immers op de grote breuklijnen uit het verbintenissenrecht: tussen partij en derde, tussen de relativiteit van de overeenkomst en haar tegenwerpelijkheden en tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Het is dan ook vanuit een onderzoek van deze “koppelbegrippen” dat I. Claeys zijn thesis opbouwt. Hierbij gaat hij te werk met een bewonderenswaardige grondigheid: geen arrest dat aan zijn aandacht ontsnapt, geen stellingname in de rechtsleer die over het hoofd wordt gezien. Scherp analyserend, helder formulerend en steunend op een breed rechtsvergelijkend onderzoek. Het voorliggend boek verschaft de lezer niet enkel een werkelijke goudmijn aan informatie over samenhangende rechtsverhoudingen maar draagt wezenlijk bij tot een beter inzicht in de materie. Het is bovendien een échte thesis in die zin dat het gehele werk is opgebouwd ter verdediging van een duidelijke stellingname.

De door de auteur ontwikkelde stelling getuigt bovendien van stoutmoedigheid. Zoals bekend heeft het Hof van Cassatie met het arrest van 7 december 1973 een antwoord gegeven op de problematiek van de aansprakelijkheid binnen contractketens. Deze zgn. “stuwadoorsrecht-spraak” werd door het Hof sindsdien zonder verpinken gehandhaafd. Het is precies op deze bijna dertigjarige rechtspraak dat I. Claeys zijn scherpste pijlen richt.

Het *Müller-Thomson* - arrest geeft een nogal drastisch antwoord, nl. de quasi-immuniteit van uitvoeringsagenten en hulppersonen. De boodschap is duidelijk: een contractant heeft zich voor al wat de overeenkomst aangaat uitsluitend te richten tot de medecontractant. De uitvoeringsagenten (onderaannemers, hulppersonen e.d.) kunnen in de regel niet worden verontrust door de medecontractanten van hun opdrachtgevers.

Deze oplossing kan I. Claeys niet bekoren. Het is inderdaad zo dat deze oplossing in geen enkel ander Europees rechtstelsel is terug te vinden. Dit argument weegt echter niet zo zwaar. Dat het Duitse recht voor een contractualisering kiest, heeft immers alles te maken met de kenmerken van het eigen onrechtmatige daadsrecht dat aan contractueel betrokken derden slechts weinig soelaas kan bieden. Andere stelsels die voor buitencontractuele bescherming opteren, zoals het Engelse of het Nederlandse, zijn dan weer in staat sneller derdenwerking van bepaalde contractuele clausules te aanvaarden omdat bijvoorbeeld redelijkheid en billijkheid een grotere rol spelen of omdat minder gewicht wordt gehecht aan het “op naam” vereiste bij vertegenwoordiging.

Een tweede kritiek betreft de toepasbaarheid van de oplossing zelf. De cassatierechtspraak zou onvoldoende rechtszekerheid bieden. Blijft een aanspraak mogelijk indien de fout en de schade niet contractueel zijn of volstaat het hiervoor dat beide niet *louter* contractueel zijn? Wanneer liggen de samenhangende overeenkomsten voldoende in elkaars verlengde opdat de leer kan worden toegepast? Indien de “stuwadoorsrechtspraak” op deze punten niet loepzuiver zou zijn, dan dient het Hof een en ander bij te stellen.

Wat hem echter vooral stoort, is de draconische aard van de oplossing. Deze “alles of niets” benadering kan tot onbillijke resultaten leiden en is bovendien volledig vreemd aan de rechtsontwikkelingen in de ons omringende landen.

Nochtans kiest I. Claeys niet voor een algehele verwerping van de nalatenschap van het *Müller-Thomson*-arrest, maar eerder voor een aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving. De fundamentele uitgangspunten die aan deze rechtspraak ten grondslag liggen, zijn immers ook voor de auteur legitiem. Het gaat hierbij om de bescherming van het contractuele evenwicht en de gedachte dat een contractant in beginsel de risico's betreffende de deskundigheid en de solvabiliteit van de door hem gekozen contractpartner zelf dient te dragen en niet vermag af te wentelen op derden. Het ongebreideld toelaten van onrechtmatige daadsacties in contractketens vergt correcties teneinde het contractuele evenwicht binnen die ketens te handhaven. De grote verdienste van dit proefschrift is dat het zich niet beperkt tot de kritiek van de bestaande rechtspraak maar tevens een poging onderneemt voor een alternatieve oplossing. Voor zo'n meer genuanceerde benadering levert I. Claeys de bouwstenen. Eenieder die zich op dit terrein wenst te begeven, zal niet om zijn proefschrift heen kunnen.

Prof. dr. Eric DIRIX

DANKWOORD

Dit werk is de licht aangepaste handelseditie van het proefschrift dat op 4 juni 2002 onder de titel *“De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken. Een rechtsvergelijkend onderzoek van de doorwerking van samenhangende overeenkomsten”* openbaar werd verdedigd.

Mijn oprechte dank gaat uit naar die personen zonder wiens hulp en bijstand dit werk niet tot stand zou zijn gekomen. Ik denk hierbij in het bijzonder aan mijn promotor prof. emeritus W. van Gerven (KULeuven) van wie ik de niet aflatende drang voor het schrijven en het telkens herwerken van materialen tot bijna in het oneindige heb gezien en geleerd, aan mijn co-promotor prof. E. Dirix (KULeuven, tevens raadsheer bij het Hof van Cassatie) die gezien zijn expertise op het vlak van derdenwerking me in “moeilijke” tijden met daad en raad wist bij te staan, voor prof. C.E. du Perron (Universiteit van Amsterdam) die in Nederland nog recent een proefschrift over de derdenwerking van overeenkomsten heeft uitgebracht en voor prof. H. Bocken (UG) die zijn enthousiasme voor het vak als geen ander weet door te geven en in wiens vakgroep (Burgerlijk Recht) ik vanaf oktober 2002 als doctor-assistent werkzaam ben. Tevens wens ik prof. S. Stijns te bedanken in wiens instituut ik als wetenschappelijk medewerker actief kan zijn, alsook het F.W.O.-Vlaanderen dat me tijdens de doctoraatsstudie financieel ondersteunde.

Niet in het minst ben ik ook heel wat verschuldigd aan het recent opgerichte advocatenkantoor Eubelius, in het bijzonder aan prof. Ludo Cornelis en prof. Koen Geens, omwille van de me gegunde vrijheid voor het afwerken van de thesis.

Mijn dank gaat evenzeer uit naar dr. Rik Opsommer voor het grondig controleren van de voetnoten en naar Mter. Karien Loontjens voor het nalezen van het eerste en tweede deel van de finale tekst van het proefschrift.

Ten slotte ben ik ook mijn vrienden bijzonder dankbaar, omdat ze me aanspoorden om door te zetten, en in het bijzonder mijn ouders voor hun nooit aflatende steun en liefde. Bedankt.

Lo, 30 april 2002

INLEIDING

1. Het is een courante praktijk dat een contractant zich voor de uitvoering van zijn eigen contractueel aangegane verbintenissen laat vervangen door een ander persoon die in de juridische mond, naar de romanistische rechtskring, een uitvoeringsagent (*agent d'exécution*) of, naar de germanistische rechtskring, hulppersoon (*Hilfsperson*) wordt genoemd. De twee typevoorbeelden stammen uit de bouw- en zeevervoersector. Bij nagenoeg elk bouwgebeuren doet een hoofdaannemer een beroep op een onderaannemer om zo zijn eigen contractuele verbintenissen tegenover de bouwheer na te komen, terwijl in de zeevervoersector een vervoerder voor het laden en lossen van goederen in de haven de hulp van een stuwadoor inschakelt om zo zijn contractueel aangegane verbintenissen tegenover de ladingbelanghebbende uit te voeren.

Op die wijze ontstaan twee opeenvolgende overeenkomsten: enerzijds de hoofdovereenkomst (*contrat de base/ contrat principal*) tussen de hoofdopdrachtgever (of hoofdschuldeiser) en de hoofdschuldenaar en anderzijds de overeenkomst tussen de hoofdschuldenaar en de uitvoeringsagent (*contrat d'exécution/ contrat accessoire*).¹ Wanneer dan de uitvoeringsagent zijn overeenkomst met de hoofdschuldenaar niet op een behoorlijke wijze nakomt en de hoofdopdrachtgever als gevolg hiervan schade komt te lijden, zal de afwikkeling van dit schadegeval doorgaans volgens het contractuele ritme gebeuren, d.w.z. dat de schade eerst tussen de partijen bij de hoofdovereenkomst en vervolgens tussen de hoofdschuldenaar en de uitvoeringsagent zal worden afgewikkeld. Tussen de hoofdopdrachtgever en de uitvoeringsagent, zo wordt unaniem aanvaard, bestaat immers in principe geen contractuele band.² Zo de hoofdopdrachtgever tegenover de uitvoeringsagent geen rechtstreekse aanspraak op contractuele grondslag kan doen gelden, rees en rijst nog steeds de vraag of een dergelijke rechtstreekse aanspraak niet op een andere, nl. buitencontractuele, grondslag kan worden gestoeld.

Precies over die rechtsvraag deed het Belgische Hof van Cassatie op 7 december 1973³ een uitspraak, die onder juristen welbekend staat als het

¹ Andere *mogelijke* illustraties van een relatie hoofdopdrachtgever – hoofdschuldenaar – uitvoeringsagent zijn: klant die een overschrijvingsopdracht geeft – eerste bank – tweede bank; onderneming – revisor – buitenlandse revisor; cliënt – advocaat – gerechtsdeurwaarder; medecontractant – vennootschap – orgaan; onderneming – IT-onderneming – zelfstandige consultant.

² Cf. *infra*, deel II, nr. 22 en, voor de uitzonderingen, deel III, vooral nr. 253.

³ Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, concl. P. MAHAUX, *Pas.* 1974, I, 376, concl. P. MAHAUX, *R.W.* 1973-74, kol. 1597, noot J. HERBOTS, *Eur. Vervoer.* 1974, 54, noot M. FALLON, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9.317, noot J.-L. FAGNART, *J.T.* 1974, 443, *T.Ann.* 1975, 181,

“nalatige-stuwadoorsarrest” of het “Müller Thomson-arrest”. Een stuwadoor is een professioneel die zich met het laden en lossen van over zee of binnenwateren vervoerde goederen bezighoudt en waarop een hoofdschuldenaar, vaak een zeevervoerder, een beroep doet voor de uitvoering van zijn contractuele verbintenissen. Volgens het Hof van Cassatie is die stuwadoor, net zoals elke andere uitvoeringsagent, op buitencontractuele grondslag slechts rechtstreeks tegenover de hoofdpdrachtgever aansprakelijk “indien de hem ten laste gelegde fout een tekortkoming niet aan een contractuele verbintenis, maar aan de algemene zorgvuldigheidsverplichting oplevert en indien die fout een andere schade heeft veroorzaakt dan die welke voortvloeit uit de wanuitvoering van de overeenkomst.”⁴ Volgens de meerderheidsrechtsleer heeft dit mijlpaalarrest op die manier de zogenaamde “quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent (of hulppersoon)” in ons recht ingevoerd. Volgens dit leerstuk kan de contractuele hoofdschuldener die als gevolg van een contractuele niet-nakoming van de uitvoeringsagent schade lijdt, de uitvoeringsagent slechts onder uitzonderlijke omstandigheden rechtstreeks buiten overeenkomst aanspreken. De uitvoeringsagent geniet in zijn verhouding met de hoofdpdrachtgever van een quasi-immuniteit, omdat diens rechtstreekse aanspraken tegen een uitvoeringsagent bijna stevast op een *njet* stuiten.⁵

2. Die rechtspraak lokte bij de rechtsleer onmiddellijk vele, zowel positieve als negatieve, reacties uit. Ondanks herhaalde aanvallen, vooral aan Frans-talige maar ook aan Vlaamse zijde, houdt de leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent nu al bijna drie decennia stand en het ziet er niet naar uit dat het Hof van Cassatie zinnens is om op die zienswijze terug te komen.⁶ Critici vinden nog nauwelijks gehoor, niet zozeer omdat er over die materie al meer dan genoeg inkt zou zijn gevloeid, maar wel omdat het zinloos zou zijn om de vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie alsnog op haar merites te beoordelen. *Roma locuta est.*

Waar de meeste bijdragen over de rechtstreekse aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent zich tot het debat tussen de verdwijnings- en verfijningsleer beperken en die problematiek nauwelijks een rechtsvergelijkende blik gunnen, springen toch twee uitzonderingen in het oog die meteen

noot A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *R.C.J.B.* 1976, 15, noot R.O. DALCQ, F. GLANS-DORFF.

⁴ Zie de bewoordingen in Cass. 7 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *T.B.B.R.* 1998, 153, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1999, 730, noot V. SIMONART, *J.D.S.C.* 2000, 5, noot M. COIPEL. Cf. *infra*, deel II.

⁵ “Quasi” wordt in de onderhavige context doorgaans gebruikt in de oneigenlijke, Belgische betekenis van vrijwel, nagenoeg, zo goed als. Het kan ook worden begrepen in de eigenlijke zin van “schijnbaar, niet echt”, omdat de uitvoeringsagent doorgaans wel nog contractueel door de hoofdschuldenaar kan worden aangesproken (cf. *infra*, nr. 121 en 198).

⁶ Zie evenwel het recente cassatiearrest van 1 juni 2001, cf. *infra*, nr. 166-167.

ook in de afbakening van dit proefschrift meespeelden. In 1995 heeft C. Pauwels met zijn “*Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*” uitgebreid van de rechtsvergelijkende methode gebruik gemaakt, maar behandelt hij een ander aspect van de rechtspositie van de uitvoeringsagent: zijn studieobject blijft namelijk uitdrukkelijk beperkt tot de *contractuele aansprakelijkheid voor uitvoeringsagenten*, terwijl de huidige thesis enkel op de (contractuele of buitencontractuele) aansprakelijkheid *van* uitvoeringsagenten betrekking heeft.⁷ De tweede uitzondering die nog nauwer bij onderhavige thesis aansluit, “*Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*”, dateert van 1984 en is van de hand van de intussen tot raadsheer bij het Hof van Cassatie benoemde E. Dirix. Daarin werd de rechtsvergelijkende methode uitgebreid toegepast en kwamen de veelkleurige aspecten van de verhoudingen tussen contractanten en derden aan bod. Het is hier dan ook niet de bedoeling om opnieuw alle verhoudingen tussen contractanten en derden op een systematische manier de revue te laten passeren.⁸ Gelet op de massale oude literatuur in binnen- en buitenland over dit thema is de thesis van Dirix wel een soort uitgangspunt geworden, zodat de focus kon worden gericht op huidige tendensen, veeleer dan op de reeds eerder beschreven evoluties uit vervlogen tijden.

Als de stuwadoorsrechtspraak toch een vaststaand karakter heeft verkregen en er al heel wat literatuur over bestaat, waarom zou het leerstuk van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent dan toch nog de nodige aandacht van een doctorale scriptie verdienen? Wat de praktijkjurist betreft, heerst in de adviespraktijk (en in de geschillenbeslechting, zo blijkt althans uit de gepubliceerde rechtspraak) weliswaar niet zo veel twijfel over het bestaansrecht van die theorie (de cassatierechtspraak is er nu eenmaal), maar blijven nog steeds veel vragen bestaan over de *reikwijdte* ervan (waarover meer in het tweede deel). In de ogen van de meer wetenschappelijk gerichte jurist met een rechtsvergelijkende interesse is dan weer het *bestaan op zich* van dit leerstuk niet zo vanzelfsprekend. In buitenlandse studies wordt de Belgische stuwadoorsrechtspraak wel hier en daar opgemerkt, maar méér dan een vermelding als een *curiosum* krijgt ze niet. Trouwens, in schril contrast met de academische stilte in Belgische kringen krijgt de vraag naar rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten (waarvan het leerstuk van de uitvoeringsagent slechts een deel uitmaakt)⁹

⁷ C. PAUWELS, *Hulppersonen of uitvoeringsagenten*, p. 17, nr. 2 en p. 80, voetnoot 129. Voor een samenvatting van die thesis, zie C. PAUWELS, “Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten”, *Jura Falc.* 1994, 107-121.

⁸ Dit is de verdienste van het proefschrift van Dirix, dat nog steeds niet aan actualiteit heeft ingeboet en voor het Belgische recht veruit het enige basisinstrument terzake vormt. Getuige daarvan zijn onder meer de talloze verwijzingen naar dit werk in het recente Nederlandse proefschrift van C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*.

⁹ Cf. *infra*, nr. 9.

in de literatuur en rechtspraak van onze buurlanden een almaar groeiende belangstelling. De jongste jaren is het onderwerp in de ons omringende landen zo populair geworden dat de bijdragen en proefschriften (zij het met een relatief beperkte rechtsvergelijkende inbreng) zelfs nauwelijks bij te houden zijn. Zo ziet de Nederlandse emeritus Schoordijk de toekomst van academische discussie terzake uiterst rooskleurig in wanneer hij stelt “*dat de rechtspraak van de volgende eeuw als de voortekenen niet bedriegen veel meer dan in de huidige eeuw beheerst zal worden door verhoudingen waarbij derden betrokken zijn. Samenwerking is immers het wachtwoord, zowel op technische als economische gronden.*”¹⁰

3. In de Belgische rechtsleer blijft de kritiek op de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent onverkort voortbestaan zonder dat ze voldoende werd gecounterd. De toon van het debat wordt hoofdzakelijk gezet door de strijd tussen de aanhangers van de verfijningstheorie en de voorstanders van de verdwijningstheorie.¹¹ Alhoewel het Hof van Cassatie daartoe meermaals de kans heeft gekregen, heeft het in die discussie nauwelijks verheldering aangebracht, ook al heeft de verdwijningstheorie nu toch wel de bovenhand gehaald. Een andere strekking in de rechtsleer die de quasi-immuniteit niet louter juridisch aankijkt, ziet in het zogenaamde risicobeginsel een voldoende verantwoording voor dit leerstuk, maar in het tweede deel wordt verduidelijkt waarom die uitleg uiteindelijk niet overtuigend is.

De verklaring en benadering van het thema zal dan ook in die mate van de traditionele aanpak verschillen, dat ze erop gericht is de *context* uiteen te rafelen waarin de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent is te situeren.

Met de context bedoel ik hier niet alleen de Europese (alternatieve oplossingen in buurlanden)¹² of de rechtstheoretische context (rechtszekerheid versus individuele rechtvaardigheid). In de eerste plaats is bedoeld dat de onderhavige studie niet tot een analyse van het statuut van de uitvoeringsagent op zich beperkt blijft, maar ze vanuit het meer algemene kader van samenhangende overeenkomsten start, met name in welke mate samenhangende overeenkomsten naar derden toe kunnen doorwerken. Er zijn inderdaad nog andere situaties buiten de hypothese van de uitvoeringsagent waar overeenkomsten met elkaar samenhangen. Denken we voorlopig alleen nog maar aan de lastgeving en de onderlastgeving of aan de lastgeving en de in uitvoering hiervan gesloten overeenkomst. Verschillende hypothesen waarbij een overeenkomst met een andere samenhangt, zullen dan ook de revue passeren vanuit de centrale vraagstelling of een aanspraak iedere schakel van de ketting moet doorlopen dan wel of ook

¹⁰ H.C.F. SCHOORDIJK, “Samenwerking en samenwerkingsovereenkomst”, *W.P.N.R.* 1998, nr. 6320, p. 428, nr. 3.

¹¹ Cf. *infra*, nr. 47 en 125-130.

¹² Cf. *infra*, nr. 22.

tegen een verderstaande schakel van de ketting een rechtstreekse aanspraak mogelijk is, en, zo ja, hoe de doorwerking van de betrokken overeenkomsten dan wel wordt georganiseerd. Verschillende technieken van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid komen aan bod om de theorie van de quasi-immuniteit naar vergelijkbare situaties open te trekken onder de algemene noemer van samenhangende overeenkomsten. Vanuit methodisch perspectief zou het trouwens niet correct zijn een rechtsvergelijkende analyse te laten vertrekken vanuit de categorie van de uitvoeringsagent die potentieel alleen in het Belgische recht een specifieke behandeling krijgt.

Daarnaast dwingt ook de constitutionele context ertoe het statuut van de uitvoeringsagent niet enkel vanuit zichzelf, intern te benaderen, omdat het door het gelijkheidsbeginsel (art. 10-11 Gec. G.W.) nodig is een vergelijking met nauw verwante situaties te maken en de coherentie van de juridische positie van de uitvoeringsagent met de situatie bij andere samenhangende overeenkomsten na te gaan. Het is pas vrij recent dat privaatrechtelijke theorieën in de vuurlinie van de Grondwet komen te staan. Een eerste aanzet tot een constitutionele toetsing van privaatrechtelijke theorieën werd gegeven met de rechtspraak van het Arbitragehof over de discriminerende werking van de verjaringsregels met betrekking tot de burgerlijke vordering (art. 26 oud V.T.Sv.) ten opzichte van de gemeenrechtelijke dertigjarige verjaringstermijn die op aansprakelijkheidsvorderingen met betrekking tot niet-strafrechtelijk sanctioneerbare gedragingen van toepassing was (art. 2262 oud B.W.).¹³ Even fundamenteel was de rechtspraak van hetzelfde Hof over de constitutionele (on)verenigbaarheid van de regels inzake persoonlijke aansprakelijkheid van de statutair benoemde ambtenaren met de beperking van aansprakelijkheid van werknemers op grond van art. 18 W.A.O.¹⁴ Een verdere doorbraak van het constitutionele recht tot

¹³ Arbitragehof nr. 25/95, 21 maart 1995, *B.S.* 31 maart 1995, 8184, *A.A.* 1995, 377, *R.W.* 1994-95, 1324, noot P. TRAEST, *J.T.* 1995, 261, *T.R.D. & I.* 1995, noot A. WINANTS, *Verkeersrecht* 1995, 137-139, noot B. VEECKMANS, P. DEPUYDT, *T.Gez.* 1995-96, 51, noot J.-L. FAGNART, *A.J.T.* 1994-95, 418, noot L. ARNOU. Hierop volgde een wetgevende hervorming met de Wet 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *B.S.* 17 juli 1998, 23544. Zie hierover meer in H. BOCKEN, I. BOONE, B. CLAESSENS, D. COUNYE, E. DE KEZEL, P. DE SMEDT, *De herziening van de bevestigende verjaring door de Wet van 10 juni 1998. De gelijkheid hersteld?*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 172 p.; I. CLAEYS, "Een tweede blik op de nieuwe verjaringswet", in X, *CBR-Jaarboek 1998-99*, Antwerpen, Maklu, 1999, 201-239, met verdere referenties in voetnoot 3.

¹⁴ Arbitragehof nr. 77/96, 18 december 1996, *R.W.* 1996-97, 1252, noot P. POPELIER, *A.J.T.* 1996-97, 551, noot B. ELIAS, *J.L.M.B.* 1997, 265, noot P. HENRY, *R.C.J.B.* 1998, 222, noot P. COENRAETS (discriminatie inzake regresvordering tegen een statutair benoemd ambtenaar en een door een arbeidsovereenkomst verbonden werknemer); Arbitragehof nr. 20/99, 17 februari 1999, *R.W.* 1999-2000, 870, noot A. VAN OEVELEN (geen discriminatie inzake rechtstreekse aanspraak tegen een statutair benoemd ambtenaar en een door een arbeidsovereenkomst verbonden werknemer). Voor uitgebreide commentaren zie o.m. H. BOCKEN, "Gelijkheid in aansprakelijkheid – De rechtspraak van het Arbitragehof en de

in de kern van het aansprakelijkheidsrecht is onvermijdelijk. Via het gelijkheidsbeginsel is opnieuw een grotere mate van coherentie in het rechtssysteem afdwingbaar, ook ter controle van interpretaties van het Burgerlijk Wetboek door het Hof van Cassatie.

Daarom staat de studie mede in het teken van het spanningsveld tussen rechtszekerheid en flexibiliteit. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent munt op het eerste gezicht¹⁵ in rechtszekerheid uit, maar door haar radicaliteit boet ze noodzakelijkerwijze ook in aan flexibiliteit en dus ook aan de eisen van individuele rechtvaardigheid. Elke regel in een bepaald rechtssysteem is abstract en heeft tot doel om op de complexe werkelijkheid een greep te krijgen, maar telkens is de vraag dezelfde: *where to draw the line?* Weliswaar is het ideaal om één criterium uit te werken dat door zijn helderheid uitmunt, maar de feitelijke realiteit laat zich meestal niet zo eenvoudig tot een enkelvoudig criterium herleiden. In dat geval is het aangeven van een aantal relevante factoren (*guidelines of topoi*)¹⁶ de meest haalbare methode. Die werkwijze is volgens sommigen minder rechtszeker, maar ze houdt wel een hogere mate aan flexibiliteit in, d.w.z. dat ze meer aangepast is aan en kan inspelen op de verscheiden feitelijke situaties. Toegepast op de samenhangende overeenkomsten betekent dit dat, wanneer een samenwerking tussen verschillende personen tot één structuur wordt herleid, zoals in de Franse theorie van de contractgroepen gebeurt,¹⁷ een veelkleurige werkelijkheid al te zeer wordt herleid tot één kernbegrip dat niet in voldoende mate tot genuanceerde resultaten leidt. De vraag rijst of dezelfde kritiek niet opgaat voor de evenzeer radicale Belgische theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent.

Dit proefschrift zal dan ook van de klassieke benadering van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent verschillen, in de mate dat het vertrekt vanuit het bredere kader van samenhangende overeenkomsten, in het licht van het spanningsveld tussen rechtszekerheid en flexibiliteit of, zeg maar, individuele rechtvaardigheid/billijkheid alsook, zij het in beperktere mate en in een vragende vorm, met het oog op een toetsing ervan aan het gelijkheidsbeginsel.

4. Na die *tour d'horizon* past het bij wijze van inleiding om eerst dit algemene kader vanuit een maatschappelijke behoefte te verantwoorden (§1),

ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht”, in H. BOCKEN, I. BOONE, B. CLAESSENS, D. COUNYE, E. DE KEZEL, P. DE SMEDT, *o.c.*, p. 19-20, nr. 16-18; I. BOONE, I. GEERS, “Het Arbitragehof en het aansprakelijkheidsrecht”, in X, *Gandaius Actueel III*, Antwerpen, Kluwer, 1998, (25) 29-41; W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintissenrecht*, 230. Zie intussen het Wetsontwerp betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen, *Gedr. St. Kamer*, 2001-2002, nr. 1736.

¹⁵ Voor een sterke relativering hiervan, cf. *infra*, deel II, hfdst. I.

¹⁶ Cf. *infra*, deel V, nr. 625-627.

¹⁷ Cf. *infra*, deel III, nr. 461 et seq.

vervolgens de probleemstelling van dit proefschrift preciezer te definiëren en nader af te bakenen (§2), de werkwijze in de vorm van een plan weer te geven (§3) en ten slotte de gebruikte wetenschappelijke methode te omschrijven en te verantwoorden (§4).

§ 1. MAATSCHAPPELIJKE REALITEIT

5. Zoals een rechtssysteem in het algemeen op een maatschappelijk aanvaardbare en coherente wijze op structurele wijzigingen in de economische en sociale ordening van de samenleving moet aansluiten, zo kan ook de structuur van de rechtsverhouding tussen contractanten en derden niet ontsnappen aan een viertal economische en sociale ontwikkelingen die zich weliswaar reeds langer maar steeds intenser aftekenen: de toenemende specialisatie in de diverse economische sectoren, de versnelde circulatie van goederen en diensten, het noodzakelijke vertrouwen dat mensen in de handelingen en informatie van anderen moeten kunnen stellen en de socialisering van de maatschappelijke verhoudingen.

In de eerste plaats blijkt uit zowel wetenschappelijke discoursen als alledaagse gesprekken dat onze hedendaagse samenleving steeds complexer wordt:¹⁸ nieuwe ontwikkelingen stapelen zich op de meest diverse terreinen hoe langer hoe meer op. Ten gevolge van die groeiende complexiteit neemt ook de specialisatiegraad binnen onze samenleving toe. Een complexe en gespecialiseerde maatschappij vergt een nog meer doorgedreven en gestructureerde samenwerking.¹⁹ Elk lid van de samenleving is zowel in zijn privé-leven als in zijn professionele activiteiten meer en meer op samenwerking aangewezen. De meeste producten of diensten zijn het resultaat van een ketting met vele schakels. Iets van begin tot eind op zichzelf realiseren (zelfs in grote multinationals met duizenden werknemers) lijkt onbegonnen werk. Dat die ontwikkeling ook in het recht haar sporen nalaat, bewijst onder meer dat het Belgische Hof van Cassatie bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een architect er rekening mee houdt dat een architect als gevolg van de groeiende bouwkundig-technische kennis steeds vaker een beroep moet doen op specialisten zoals studie bureaus en adviserende ingenieurs.²⁰ Diensten worden niet langer door één contractant verricht, maar door een gans netwerk van dienstverleners.

¹⁸ Zie o.m. A.F.M. BRENNINKMEIJER, "De derde in het recht", *AA* 1997 (dossier – Derde in het recht), 277.

¹⁹ Zie ook W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 447, nr. 139.

²⁰ Cf. *infra*, nr. 149, 236 et seq. Zie vooral M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "L'aménagement du rôle et de la responsabilité des architectes en raison de l'intervention croissante des spécialistes dans la construction" (noot onder Cass. 3 maart 1978), *R.C.J.B.* 1982, p. 181-182, nr. 1 en p. 216-217, nr. 31.

In nauwe samenhang met die groeiende specialisatie kenmerkt onze economische ordening zich tegelijk door een toenemende circulatie van goederen, in de hand gewerkt door een goed uitgewerkt distributienetwerk: goederen wisselen in een vlugger tempo en in grotere mate van eigenaar. Die tendens wordt alleen maar versterkt door een grotere en gemakkelijkere toegankelijkheid van producten ten gevolge van de moderne e-economie: hoe gemakkelijker informatie doorstroomt, des te intensiever de ruilvaardigheid of -bereidheid is.

Ten gevolge van beide ontwikkelingen moeten de leden binnen onze samenleving steeds meer op elkaars handelingen of informatie kunnen vertrouwen. Een rechtssubject kan niet langer alles op zijn waarheid of perfectie controleren. Hij kan niet alle details van in den beginne nagaan. Voor de goede afloop van zo'n transactie moet hij op de kwaliteit van goederen en van (zowel materiële als intellectuele) diensten kunnen voortgaan. Dit is niet anders met de zogenaamde e-economie, waar transacties met het nodige vertrouwen van de "internaut" moet gepaard gaan.

Ten slotte gaan die economische ontwikkelingen gepaard met een continue evolutie op sociaal vlak: de vrijheid van een individu staat niet los van de vrijheid van een ander. Contractanten moeten steeds vaker met de belangen van anderen (of andermans vrijheid) rekening houden,²¹ wat juridisch o.m. tot uiting komt in het leerstuk van de tegenwerpelijkheid van overeenkomsten.²²

6. Juridisch vertaald komt het belang van die maatschappelijke ontwikkelingen in het bestek van huidig proefschrift hierop neer dat de werking van een overeenkomst in het algemeen verder reikt dan tot de contractpartijen alleen. Toch staat "*l'isolationisme contractuel*"²³ in het geïsoleerde, bipolaire contractensysteem van ons Burgerlijk Wetboek nog steeds in grote mate model: een overeenkomst tussen twee partijen staat centraal en de belangen van derden komen in het wetboek nauwelijks aan bod, het derdenbeding en enkele uitzonderingen met beperkte draagwijdte daargelaten.²⁴ Bij gebrek aan wetgevende ingrepen is het dan ook aan de rechtspraak om met de geschetste ontwikkelingen rekening te houden.

In ons markteconomisch systeem dat op een netwerk van contractuele relaties is gebouwd, is het weliswaar essentieel dat de verbindende kracht van een overeenkomst (art. 1134 eerste lid B.W.) tussen contractpartijen

²¹ Of noem het een "politieke" ontwikkeling, zoals in F.B. BAKELS, "Vloeiend verbintenisrecht", *RM Themis* 1996, 56.

²² Cf. *infra*, nr. 98 et seq.

²³ X. DIEUX, "Les chaînes et groupes de contrats", p. 118, nr. 5.

²⁴ Vgl. J.G.A. LINSSEN, "Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht", *N.J.B.* 1995, 1265-1266; M. ROHE, *Netzverträge*, 1 ("*bilateraler spot-Vertrag*").

onderling speelt, maar dit alleen volstaat niet.²⁵ Het belang van niet-contractpartijen bij de goede afloop van een overeenkomst rechtvaardigt evenzeer dat de kring van aanspraakgerechtigden bij een contractuele tekortkoming meer personen omvat dan enkel diegene die onmiddellijk bij het sluiten van die overeenkomst partij is (zijn) geweest (wat nog losstaat van de vraag of en in welke omstandigheden die aanspraak contractueel dan wel delictueel van aard is). In steeds meer situaties lijkt niet alleen de medecontractant bij de behoorlijke nakoming van een overeenkomst belang te hebben, maar ook een aantal andere personen die bij het sluiten van die overeenkomst niet rechtstreeks actief waren maar wiens belangen wel bij de uitvoering van de overeenkomst betrokken zijn.

§ 2. PROBLEEMSTELLING EN AFBAKENING

7. De zonet geschetste maatschappelijke ontwikkelingen alsook de verschillende contexten van waaruit de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent is te bestuderen, zouden de indruk kunnen wekken dat dit proefschrift de aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden in het algemeen zal behandelen. De opzet is evenwel beperkter. De probleemstelling wordt namelijk nader ingeperkt tot de aanspraakmogelijkheden van derden die zich via een andere overeenkomst met de niet-uitgevoerde overeenkomst verbonden weten. Ten aanzien van die categorie van derden rijzen immers meer specifieke problemen.

De centrale vraag waaruit de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent wordt beoordeeld, kan dan ook als volgt worden omschreven: *in welke mate moet een contractant bij het nakomen van een overeenkomst rekening houden met de belangen van (en is hij bij niet-behoorlijke nakoming van zijn overeenkomst aansprakelijk tegenover) een persoon die weliswaar niet aan het sluiten van die overeenkomst heeft meegewerkt maar die via één of meer samenhangende overeenkomst(en) met een medecontractant van de aangesproken contractant verbonden is?* Om de lezer niet in zijn verwachtingen te ontgoochelen, wordt die vraagstelling hierna in haar verschillende componenten uiteengerafeld en zo afgebakend tegenover de aspecten die niet aan bod zullen komen. De afbakening kunnen we rond een tweetal kernbegrippen groeperen: wanprestatie bij samenhangende overeenkomsten (A) en externe werking (B).

²⁵ De Franse rechtsleer leidt de tegenstelbaarheid van een overeenkomst precies uit art. 1134 C. Civ. (*force obligatoire*) af, cf. *infra*, nr. 102.

A. Wanprestatie bij samenhangende overeenkomsten

1. Wanprestatie

8. Het feitelijke uitgangspunt en zo ook het eerste afbakeningselement is het voorhanden zijn van een wanprestatie, tekortkoming of toerekenbare niet-nakoming van de aangesprokene.

Om die reden valt de hypothese van de derdemedeplichtigheid buiten het bestek van dit proefschrift, alhoewel er feitelijk ook dan doorgaans sprake is van twee overeenkomsten die met elkaar samenhangen. In dat geval pleegt de aangesprokene derde immers geen wanprestatie, maar is hij medeplichtig aan de tekortkoming van andermans contract. De fout van de aansprakelijke bestaat niet uit een tekortkoming aan zijn eigen overeenkomst, maar wel uit het sluiten van een overeenkomst met een partij die daarmee tegelijk tegenover zijn medecontractant zelf een wanprestatie pleegt.²⁶

2. Samenhangende overeenkomsten

9. In dit proefschrift komen, zoals gezegd, niet alle hypothesen aan bod waarbij een contractant tegenover een derde aansprakelijk kan zijn.²⁷ Voor een overzicht van alle hypothesen van derdenwerking is naar de klassieke

²⁶ Om dezelfde reden komt evenmin aan bod onder welke omstandigheden het opnemen van bepaalde clausules in een contract (versus wanprestatie) een delictuele fout uitmaakt. Zie voor een Franse illustratie Cass. fr. (soc.) 5 juni 1996, *Bull. civ.* 1996, V, nr. 230, *D.* 1997, Somm., 25, noot P. DELEBECQUE (aanspraak tot schadevergoeding van een ex-werknemer tegen zijn voormalige werkgever, op grond van het verbod dat de werkgever aan zijn klanten oplegt om zijn werknemers ooit aan te werven, als gevolg waarvan de werknemer in die sector geen werk meer kan vinden; vaststelling van een “faute caractérisée” vereist). Zie ook M. BILLIAU, in “Chronique. Droit des obligations”, *J.C.P.* 1997, nr. 4002, p. 89-90, nr. 7-10.

²⁷ Bij nader toezien heeft het weinig zin om het probleem te plaatsen in de sleutel van de aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden dan wel in die van de aansprakelijkheid van derden tegenover contractanten (cf. *infra*, nr. 18). In de context van samenhangende overeenkomsten is de aangesprokene immers per definitie zowel contractpartij als derde: de eerste hoedanigheid bekleedt hij bij het ene contract, de tweede hoedanigheid bij het andere contract. Vgl. C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 134, nr. 148: “het gaat niet zozeer om de plicht van A om als derde het verbintenisrechtelijke belang van partij C te respecteren, maar om de vraag of A, als partij bij de overeenkomst met B, rekening moet houden met de belangen van een derde (C).” Zie ook E. DIRIX (*Obligatoire verhoudingen*), die de problematiek van de uitvoeringsagent logischerwijze zowel in het hoofdstuk van de aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden als van derden tegenover contractanten behandelt. Toch mag de beperking van de studie tot samenhangende overeenkomsten niet uit het oog doen verliezen dat vele juridische constructies die in de thesis aan bod komen (zoals b.v. de kwalitatieve rechten), niet alleen in de context van samenhangende overeenkomsten in aanmerking komen. Alleen worden ze hier enkel in die context besproken.

(hand)boeken te verwijzen.²⁸ Onze aandacht blijft beperkt tot de context van twee of meer overeenkomsten die in het kader van persoonlijke samenwerking of circulatie van goederen en diensten onderling samenhangen, (aaneen)geschakeld of verbonden zijn (*groupes de contrats/ contrats liés/juxtaposés, nexus of contracts/linked contracts, korrelierte Verträge/Vertragsketten und Vertragsnetzen*). In de bouwsector kan een bouwheer er, bij wijze van voorbeeld, voor opteren om een beroep te doen op een aannemer die op zijn beurt vele onderaannemers inschakelt, ofwel om zelf verschillende nevenaannemingovereenkomsten te sluiten. Een ander typevoorbeeld biedt de sector van de vrije beroepen waar een advocaat ter behartiging van een zaak van zijn cliënt op een gerechtsdeurwaarder een beroep doet.²⁹

De Nederlandse auteur Vranken maakt het onderscheid tussen derden die in een horizontale dan wel in een verticale verhouding tot de contractpartijen staan: bij een horizontale verhouding graviteren wel een aantal overeenkomsten rond de overeenkomst, maar hebben ze alle een andere prestatie tot voorwerp, terwijl het bij een verticale verhouding gaat om overeenkomsten die alle betrekking hebben op dezelfde prestatie omdat ze “juist allemaal samen hetzij een bijdrage leveren aan het totstandbrengen van dezelfde prestatie, hetzij bij de deugdelijkheid van de prestatie belang hebben.”³⁰

Samenhangende overeenkomsten zijn overeenkomsten die op hetzelfde voorwerp betrekking hebben of een bepaald gemeenschappelijk doel nastreven, waarbij elke partij voor het bereiken van dit doel haar zelfstandigheid behoudt. Het gaat om een reeks overeenkomsten waarbij iemands belang in een nader te bepalen mate het voorwerp uitmaakt van een overeenkomst tussen diens eigen wederpartij en een derde. Het gaat om aanspraken van personen wiens overeenkomst met een andere door hun medecontractant gesloten overeenkomst zo is verbonden dat beide overeenkomsten een specifieke objectieve band met elkaar vertonen.

Er is sprake van een groep van samenhangende overeenkomsten, wanneer twee (of meer) op zich staande overeenkomsten met elkaar zo nauw verbonden zijn, hetzij door een gemeenschappelijk voorwerp, hetzij door een gemeenschappelijk doel, dat de afwikkeling van de ene overeenkomst noodzakelijkerwijze ook voor de afwikkeling van de andere overeen-

²⁸ Zie o.m. L. CORNELIS, *Algemene theorie*, p. 345-395, nr. 281-318; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*; H. DE PAGE, *Traité*, II, 640-720; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, “Overzicht”, *T.P.R.* 1994, p. 537-564, nr. 235-261; W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbindenissenrecht*, 135-157.

²⁹ ASSER-VAN DER GRINTEN, p. 2, nr. 2.

³⁰ Zie J.B.M. VRANKEN, “De derde in het overeenkomstenrecht”, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6289, p. 735, nr. 24. Vgl. het enigszins verschillend Amerikaans onderscheid tussen *vertical non-privity plaintiffs* (*in the chain of distribution*) en *horizontal non-privity plaintiffs* (zoals familieleden, werknemers of bystanders) (C.L. KNAPP, N.M. CRYSTAL, *Problems in Contract Law. Cases and Materials*, Boston, Little, 1993, 1148-1149).

komst(en) gevolgen heeft. Economisch gezien en vanuit de zorg om het contractuele evenwicht niet te verstoren, is het dan ook niet zinvol om nauw aan elkaar verwante overeenkomsten afzonderlijk te analyseren.³¹

3. Andere samenwerkingsvormen

10. Een economisch systeem dat per definitie op door de markt en dus door vraag en aanbod gestuurde samenwerking berust, kent verschillende samenwerkingsstructuren.

Het systeem van samenhangende zelfstandige overeenkomsten is daar slechts één van en wordt erdoor gekenmerkt dat de samenwerking niet op een in een vennootschapstructuur of ondergeschiktheidsverhouding ingebouwde wijze gebeurt.

De meest doorgedreven samenwerkingsvorm geschiedt inderdaad via de oprichting van een vennootschap die door aanhangers van de *Law and Economics*-beweging ook wel eens als een “*nexus of contracts*” wordt opgevat.³²

De andere vorm van duurzame samenwerking kan worden georganiseerd via een arbeidsovereenkomst, waarbij één partij, de werknemer, een sterke bescherming geniet via het arbeidsrecht dat door zogenaamde heteronome (d.w.z. niet op de autonomie van de betrokken partijen gebaseerde) beschermingsvoorschriften wordt gekenmerkt.³³

11. In elk van die samenwerkingsvormen rijst de vraag naar de aansprakelijkheid van contractanten tegenover niet-contractpartijen op een eigen manier.

Wanneer een bepaald economisch proces zich van begin tot eind binnen één vennootschap zou afspelen en zich aldus tot één actor zou

³¹ Vgl. Rb. Brussel 17 oktober 1996, *Res Jur. Imm.* 1996, 247: wanneer een bouwlustige met een bouwpromotor niet alleen een overeenkomst sluit tot oprichting van een villa maar hij, samen met een (qua aandeelhouderschap en bestuur) nauw verwante onderneming, ook het voor de bouw bedoelde perceel grond koopt, kan de koper/opdrachtgever niet tegelijk de eerstgenoemde overeenkomst willen vernietigen en de koopovereenkomst behouden, aangezien een koper/opdrachtgever zich niet ten nadele van de verkoper of opdrachtnemer kan verrijken door alleen dat gedeelte van een contractuele relatie te behouden waar hij voordeel uit haalt.

³² Zie voor het begrip en verdere referenties: M.M. BLAIR, L.A. STOUT, “A Team Production Theory of Corporate Law”, *Virginia Law Review* 1999, (247) p. 319, noot 189. Zie vooral in deze zin F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Londen, Harvard U., 1991, 12 en 14-15. Zie voor een algemeen kader (waaronder de contractuele versus institutionele visie op de rechtsaard van een vennootschap) A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht. Inhoud en grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 43-125, vooral 87-92. Voor het Nederlandse recht dat voor de institutionele visie lijkt te kiezen, zie ASSER-MAEIJER, *De Naamloze en de besloten vennootschap*, in *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, p. 14-16, nr. 7-8.

³³ M. ROHE, *Netzverträge*, 492.

beperken, dan nog rijst de voor de praktijk zeer belangrijke vraag of de uiteindelijke bestemming van een economische prestatie niet alleen haar medecontractant-vennootschap kan aanspreken maar ook de actoren die binnen die economische eenheid optreden, zoals de vennootschapsbestuurders die met de vennootschap in een contractuele relatie staan.

Wanneer de samenwerking via een arbeidsovereenkomst is georganiseerd, rijst de vraag of de werknemer bij een tekortkoming aan zijn contractuele verplichtingen niet alleen tegenover zijn werkgever, maar ook tegenover de medecontractanten van zijn werkgever aansprakelijk kan zijn.

In beide situaties kunnen twee wanprestaties elkaar opvolgen: enerzijds van de vennootschapsbestuurder/werknemer tegenover de vennootschap/werkgever en anderzijds van de vennootschap/werkgever tegenover de medecontractant.

Hoe groter de opdeling van het economisch proces wordt, des te meer personen erin betrokken raken, zeker bij consumptiegoederen waar grote groepen relatieve buitenstaanders aanspraken doen gelden.

Hoe interessant ook, de algemene vraag naar de omvang van de aanspreekmogelijkheden binnen die andere samenwerkingsvormen behoren niet tot het eigenlijke thema van dit proefschrift, al komen die bij gelegenheid wel ter sprake voorzover ze op de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent een helder licht kunnen werpen. De vragen bij de aansprakelijkheid van een bestuurder of een werknemer tegenover derden hebben immers vele eigen accenten, die enkel voor de samenwerking in vennootschapsverband³⁴ of in ondergeschikt verband³⁵ kenmerkend zijn.

In dit proefschrift zijn de schijnwerpers dan ook in hoofdzaak gericht op de hypothese waarbij het economische proces via zelfstandige overeen-

³⁴ Aansprakelijkheidsvorderingen van aandeelhouders en schuldeisers van de vennootschap tegen bestuurders kunnen volgens de rechtsleer en de meerderheid in de rechtspraak vooral stuiten op de restrictieve invulling van het vereiste dat de schade *persoonlijk* moet zijn (zie recent nog Cass. fr. (crim.) 13 december 2000, D. 2001, 926, noot M. BOIZARD, “Irrecevabilité de l’action civile des associés en cas de délit d’abus de pouvoirs commis par le dirigeant”). Voor verdere verwijzingen en een interessante alternatieve visie die de beperking van die aansprakelijkheid eerder via het *onzekere* karakter van de schade verklaart, L. CORNELIS, “Persoonlijk: over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator”, in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 61-78.

³⁵ Zie over de aansprakelijkheid van werknemers, A. VAN OEVELEN, “De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, *R.W.* 1987-88, 1168-1205. Voor een toepassing van de algemene beginselen op twee specifieke functies in een onderneming (de bedrijfsjurist en de interne auditor), zie L. CORNELIS, I. CLAEYS, “La responsabilité civile de l’entreprise – De burgerlijke aansprakelijkheid van de onderneming”, in Instituut voor Bedrijfsjuristen, *Le juriste, (é)veilleur. Les responsabilités de l’entreprise. Het “legal management” van het ondernemingsrisico*, Brussel, Bruylant, 2001, 1-54 (studiedag 28 november 2001); S. DE MEUTER, *De aansprakelijkheid van de interne auditor*, Antwerpen, Maklu, 1999, 366 p.

komsten wordt opgedeeld, waarbij de vraag rijst of alleen de rechtstreekse medecontractant dan wel ook verderstaande actoren tegenover de bestemming van een economische prestatie aansprakelijk kunnen zijn.

4. Andere niet-behandelde hypothesen

12. Buiten de context van samenhangende overeenkomsten doen zich nog andere situaties voor, waar bij de afwikkeling van een overeenkomst meer belanghebbenden dan de contractpartijen zelf betrokken zijn.

Die andere hypothesen van aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden spelen zich vooral af in het domein van de professionele aansprakelijkheid (*responsabilité professionnelle, professional liability, Berufshaftung*).³⁶ Zo rijst in elk rechtsstelsel de vraag in welke mate een huidig of toekomstig belegger erop moet kunnen vertrouwen dat een accountant op straffe van aansprakelijkheid zorgvuldig de situatie van de gecontroleerde onderneming heeft nagegaan.³⁷ Wanneer een notaris of een advocaat (naargelang van het toepasselijke rechtssysteem) van een testator de opdracht heeft gekregen om diens testament op te stellen of te wijzigen, heeft niet alleen de opdrachtgevende testator maar ook de voorziene begunstigde legataris een aantoonbaar belang bij het correct uitvoeren van die opdracht.³⁸ Wanneer een e-contractant met een certificatieoverlener of certificatieautoriteit (CA) een overeenkomst heeft gesloten opdat die

³⁶ Zie in rechtsvergelijkend perspectief vooral W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*, 215 et seq.; C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, 502 et seq. Voor de medische context: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, p. 445-446, nr. 626. Voor de common law: JACKSON & POWELL, *Professional Negligence* (per beroepsgroep een afzonderlijke bespreking van "Duties to third parties"). Voor de common law en Duitsland: G.W. DECKU, *Zwischen Vertrag und Delikt. Grenzfälle vertraglicher und deliktischer Haftung, dargestellt am Beispiel der Berufs- und Expertenhaftung zum Schutze des Vermögens Dritter im deutschen und englischen Recht*, Frankfurt a/Main, Peter Lang, 1998, 175 p.

³⁷ Zie onder meer *Caparo Industries v. Dickman*, (1990) 2 A.C., 605 (H.L.); BGH 5 december 1972, *N.J.W.* 1973, 321, noot (beide geen aansprakelijkheid).

³⁸ Dit betreft de befaamde testamentgevallen of gevallen van ontgoochelde legatarissen (*will cases/disappointed beneficiaries cases, Testamentfälle*). In Engeland: *Ross v. Caunters*, (1980) 1 Ch., 297 (Ch.; foutief opgesteld testament); *White v. Jones*, (1995) 2 A.C., 207 (H.L.; testament helemaal niet opgesteld). In de Verenigde Staten: *Biakanja v. Irving*, 320 P. 2d 16 (Westlaw). In Duitsland: BGH 6 juli 1965, *J.Z.* 1966, 141, noot W. LORENZ (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*). In Frankrijk: Cass. fr. 31 maart 1885, *D.* 1885, 406 (onbekwame getuige, gelet op art. 975 B.W.). In België: Brussel 12 juli 1948, *Pas.* 1948, II, 107 (nietig testament wegens vormgebrek ex art. 973 B.W.; in casu geen causaal verband). In Nederland: Amsterdam 31 januari 1985, *N.J.* 1985, nr. 740 (becommentarieerd door W.G. DE VRIES, "Hoe snel moet een testament gemaakt worden?", *W.P.N.R.* 1985, nr. 5760, p. 736-737). Zie onder de talloze commentaren: E. DIRIX, noot onder *White v. Jones*, *Eur. Rev. Priv. Law* 1996, 354-361; B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 305-312. Een rechtsvergelijkend overzicht o.m. in E.J.H. SCHRAGE, "Overeenkomst of onrechtmatige daad. De aansprakelijkheid van de notaris tegenover "lieden met testamentaire bevoordelingsverwachtingen"", *W.P.N.R.* 1998, nr. 6333-6334.

CA hem een certificaat of een elektronische identiteitskaart zou verlenen, moet een derde die met de e-contractant een overeenkomst sluit, op de geldigheid van die identiteitskaart kunnen voortgaan.

Daarnaast kunnen ook personen die met één van de contractpartijen een nauwe (familiale) band hebben, een belang vertonen bij de behoorlijke uitvoering van een contractuele prestatie (het typevoorbeeld van de zgn. schade door weerkaatsing of terugval, onrechtstreekse schade of reflectieschade).³⁹ Zo kan een arts ten aanzien van zijn patiënt een contractuele, professionele fout hebben begaan, die een negatieve invloed heeft op de vermogenssituatie van andere personen die bijvoorbeeld ten aanzien van de patiënt tot onderhoudsgeld gerechtigd zijn of die op een contractuele prestatie van bijvoorbeeld een patiënt-voetballer of -operazanger(es) rekenen.

13. Traditioneel worden de rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten samen met die andere hypothesen van aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden behandeld, maar dit ruimer perspectief doet uit het oog verliezen dat de problemen telkens van een andere aard zijn zodat het enigszins kunstmatig wordt om beide hypothesen samen te behandelen. De verschillen zijn op een drietal vlakken aan te wijzen.

(a) In de andere hypothesen dan die van de samenhangende overeenkomsten is in de eerste plaats het primaire probleem de vrees voor excessieve of onvoorzienbare aansprakelijkheid (*open-ended liability* of *uferlose Haftung*) en zo ook een belangrijke kwestie van (on)verzekerbaarheid van de aansprakelijke: de kring van aanspraakgerechtigde derden moet controleerbaar zijn.⁴⁰ In één van de meest geciteerde uitspraken drukte de New Yorkse rechter Cardozo die bekommernis uit, als zou aansprakelijkheid voor door onzorgvuldig gedrag veroorzaakte zuivere vermogensschade van derden neerkomen op een “*liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class*”.⁴¹

³⁹ Die hypothesen worden op verschillende wijzen geïnclassificeerd. Zo onderscheidt Viney onder meer de slachtoffers door weerkaatsing van de slachtoffers van een gebrek in de zaak en de slachtoffers van een gebrekkige dienstverlening (G. VINEY, *Introduction*, p. 389-393, nr. 210-212). Espagnon maakt dan weer een onderscheid tussen hen die toevallig met een overeenkomst in aanraking komen, de slachtoffers door weerkaatsing en de derden-begunstigden (zoals de familieleden van een huurder) (*J. Cl. Civ.*, tw. Art. 1146 à 1155, Fasc. 176-2, nr. 31-34). Ten slotte is het ook mogelijk om te classificeren aan de hand van de sector waarin een aansprakelijke professioneel actief is (zie JACKSON & POWELL, *Professional Negligence*).

⁴⁰ BGH 15 februari 1978, *B.G.H.Z.* 70, (327) 330; BGH 2 november 1983, *N.J.W.* 1984, (355) 356; BGH 26 november 1986, *N.J.W.* 1987, (1758) 1760.

⁴¹ *Ultramares Corp. v. Touch*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931; *negligent misrepresentation* – accountant geen *duty of care* tegenover schuldeiser). Dezelfde bekommernis speelt ook mee bij de beoordeling van het bestaan van een stilzwijgend derdenbeding in Frankrijk en van de reikwijdte van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* in Duitsland.

In de meer specifieke context van samenhangende overeenkomsten daarentegen is de kring van betrokken personen doorgaans beperkt te noemen, zodat de aansprakelijkheid bij het toelaten van een rechtstreekse aanspraak in die zin wel beheersbaar blijft. De afbakening van de kring van betrokken derden (*le cercle, ambit, der Kreis der Ersatzberechtigten*) is niet zo moeilijk, wat ook meer structurering mogelijk zou maken.⁴²

14. (b) Een tweede onderscheid met de andere hypothesen van aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden ligt hierin dat een “derde”-benadeelde in de context van samenhangende overeenkomsten op grond van zijn eigen overeenkomst in principe⁴³ reeds over een alternatieve aanspraak tegen zijn eigen contractant beschikt. Het belang van het slachtoffer om zijn schade vergoed te zien, stuit mogelijkerwijze op tegenargumenten van economische aard. Doordat het slachtoffer voor dezelfde schade twee kanalen kan aanspreken, bestaat het gevaar dat die cumulatie van aansprakelijkheid tot oververzekering (nl. dubbele verzekering) leidt en zo minder efficiënt is dan een centralisatie (*canalisation*) van aansprakelijkheid.⁴⁴ In die optiek rijst dan ook de vraag of, en zo ja, wanneer een “*dubbele (of meervoudige) aanspraak bij dubbele overeenkomsten*” mogelijk is en/of moet zijn.

Buiten de context van samenhangende overeenkomsten ligt een andere feitelijkheid voor. Indien het rechtssysteem zich ook in die gevallen tegen een aanspraak tegen een verderstaande contractant verzet, zou de derde zijn schade doorgaans helemaal niet op een ander kunnen verhalen. Zo kan de ontgoochelde testamentair begunstigde moeilijk een grondslag aanwijzen om tegen de testator zelf of zijn rechtsopvolgers een aanspraak op herstel te maken. Een aandeelhouder kan zijn vennootschap soms niet aanspreken, omdat enkel de kredietverlener een fout heeft begaan die tot de vermindering van de waarde van zijn aandelen heeft geleid. Evenmin kan een slachtoffer door weerkaatsing (*victime par ricochet/ médiate/ indirecte, secondary victim, mittelbar Verletzter/ Geschädigter/ Betroffene*) een aanspraak doen gelden tegen het onmiddellijk of rechtstreeks benadeeld slachtoffer (*victime immédiate/ directe, primary victim, unmittelbar Verletzter*).⁴⁵

15. (c) Ten slotte blijkt de aansprakelijkheid zich in die andere hypothesen in ons rechtssysteem nooit als dusdanig als een werkelijke rechtskwestie

⁴² J.B.M.VRANKEN, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6289, p. 739, nr. 41.

⁴³ Tenzij zijn aanspraak op b.v. een geldig exoneratiebeding of een afgelopen verjaringstermijn zou stuiten.

⁴⁴ Zie o.m. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, p. 678, nr. 714; R. TJJITES, “Centralisering van aansprakelijkheden”, *N.J.B.* 1995, 274-282.

⁴⁵ Bovendien speelt schade door weerkaatsing zich af in een ruimere context dan die van de aansprakelijkheid van een *contractant* tegenover een derde. De oorspronkelijke schadelijder kan met de aansprakelijke evenzeer in een buitencontractuele verhouding staan.

aan het Hof van Cassatie te presenteren. Zodra de fout, schade en oorzakelijk verband vaststaan, is de schadeverwekker tot vergoeding van de schade van de benadeelde gehouden.⁴⁶ Buiten die drie voorwaarden, kent het Belgische gemeenrechtelijke systeem van buitencontractuele aansprakelijkheid,⁴⁷ zoals ook het Franse, geen andere, *a priori* beperking van de kring van aanspraakgerechtigden. Dergelijke beperkingen van de buitencontractuele schadevergoedingsplicht kennen het Nederlandse, Engelse en Duitse recht daarentegen wel. De belangrijkste beperkingen zijn de relativiteit van de onrechtmatige daad (aquiliane relativiteit/ betrekkelijkheidsleer/ normleer/ normbestemmingsleer, *duty of care*, *Schutzzwecklehre*/*Normzwecklehre*, in het Frans meestal weergegeven als *la relativité aquilienne/la faute relative*)⁴⁸ en de wettelijke beperkingen inzake schade door weerkaatsing (reflexschade/reflectieschade, *dommage par ricochet/dommage réfléchi, derivative claim/ action of liability*).⁴⁹ De aquiliane relativiteit duidt op een bijkomende aansprakelijkheidsvoorwaarde die naar het bestemmingsbereik (*Schutzbereich*) van een geschonden norm peilt. De relativiteit kan zowel personeel als materieel van aard zijn, in de zin dat de door de norm beoogde bescherming tot respectievelijk een bepaalde groep van personen of tot een bepaald belang beperkt kan zijn. Al zijn de verschillen terzake tussen de twee groepen rechtssystemen theoretisch vrij groot, toch zouden

⁴⁶ Alhoewel het foutbegrip een wettelijk begrip is, kan het Hof van Cassatie de beoordeling van een feitenrechter slechts toetsen, in zoverre “*geen normaal voorzichtige en redelijke rechter, op grond van de in de bestreden beslissing vermelde feiten, tot eenzelfde besluit zou zijn gekomen*” (L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 56, nr. 37).

⁴⁷ Zie J.H. HERBOTS, “Quasi-delictuele aansprakelijkheid en overeenkomsten”, *T.P.R.* 1980, p. 1082, nr. 46 over het middel terzake in het eerste EBES-arrest.

⁴⁸ Duitsland: § 823 tweede lid BGB (onzeker met betrekking tot de toepassing ervan op de eerste basisbepaling inzake onrechtmatige daad: § 823 eerste lid BGB). Nederland: art. 6:162 § 1 en 6:163 N.N.B.W (zowel voor een inbreuk op de zorgvuldigheidsnorm als voor een wetschending). Zie onder meer ASSER-HARTKAMP, III, 97-113, nr. 95-115; J. SPIER, “Wrongfulness in the Dutch context”, in H. KOZIOL (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, Den Haag, Kluwer, 1998, 90 (*duty of care* in Duits als *Schutznorm* vertaald).

⁴⁹ Schade die een slachtoffer ten persoonlijke titel lijdt (te onderscheiden van de schade *ex haerede, jure successionis* of *ex persona defuncti*, in de hoedanigheid van rechtsopvolger, *action successorale*). Het gaat hier wel om schade die *naast en bovenop* de schade van de rechtstreeks benadeelde bestaat (zie ook H. McGREGOR, “Personal Injury and Death”, in A. TUNC (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI/9, *Torts*, Tübingen, Mohr, 1972, p. 70, nr. 181 (“*loss which is additional to the loss of the physically injured person*”). Engeland: niet bij overleven, alleen bij overlijden en slechts enkele specifiek genoemde verwanten en forfait (*Fatal Accidents Act 1976*). Duitsland: § 844-845 BGB (*naher Angehöriger*). Nederland: art. 6:108 N.N.B.W. Zwitserland: art. 41-47 OR.

Het begrip “schade door weerkaatsing” wordt in de context van faillissements- en vennootschapsrecht in een nog bredere zin aangewend: J. VANANROYE, “Vorderingsrechten van curator en individuele schuldeisers voor schade aan het vermogen van de gefailleerde”, *T.R.V.* 1998, (268) 277; zie ook het ruime begrip van L. CORNELIS, “L’apparence trompeuse du dommage par répercussion”, in X, *L’indemnisation du préjudice corporel*, Luik, JBL, 1996, 149-188.

de resultaten in concreto vrij gelijklopend zijn. In het Belgische en Franse recht zou de beperking van de aansprakelijkheid zich eerder afspelen op het niveau van het oorzakelijk verband, niet omdat de causaliteitstest voor de schadeverwekker minder streng zou zijn (de equivalentie-leer is juist strenger dan bijvoorbeeld de leer van de adequate causaliteit⁵⁰), maar wel omdat de feitenrechters bij de vaststelling van de causaliteit over een grote mate van vrijheid beschikken.⁵¹ Het verschil met het Engelse recht lijkt eveneens groter dan het in werkelijkheid is, omdat dit systeem eerst afzonderlijk de kwestie van de *duty of care* (een rechtsvraag) behandelt vooraleer aan de causaliteit toe te komen; een rechter veronderstelt eerst een aantal feiten om dan te beslissen of er al dan niet een *valid cause of action* voorligt (*trial for failure to state a valid cause of action*). Vele gevallen van professionele aansprakelijkheid waar een *duty of care* wordt aanvaard, kunnen eerst dan nog op feitelijke bewijsproblemen inzake causaliteit sneuvelen.

Zoals we in de loop van het proefschrift zullen zien, is het rechtsgehalte van de vraag naar rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten veel groter, wat onder meer uit de vele cassatiearresten met betrekking tot de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent blijkt.

16. Om al de vorengenoemde redenen zijn het verschil in probleemstelling tussen samenhangende overeenkomsten en de andere hypothesen van aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden, alsook de verscheidenheid in aanpak voldoende groot om te verantwoorden dat een rechtsvergelijkende studie van die andere hypothesen – althans op het eerste gezicht en toch zeker vanuit een Belgisch perspectief – minder zinvol lijkt.

Als er buiten de hypothesen van de samenhangende overeenkomsten dan al een probleem was waarmee alle rechtssystemen werden geconfronteerd, dan was dat wel de ongelijkheid in juridische positie tussen de contractant en de derde, wat vooral in oudere studies werd gehekelde.⁵² Het duidelijkst kwam die ongelijkheid bij de productaansprakelijkheid naar voren: ten aanzien van de schade aan de fysieke integriteit of aan zaken andere dan het product zelf was de rechtspositie van de schadelijdende contractant, de verderstaande contractant en de volledige buitenstaander (*by-stander*) vaak ongelijk. Die kritiek is intussen evenwel verstomd als gevolg van de omzetting van de Europese richtlijn op de productaansprakelijkheid in de lidstaten van de Europese Unie. De positieve weerslag van die richtlijn is meteen een bijkomende reden waarom niet de algemene problematiek

⁵⁰ Zie voor een vergelijking van de verschillende causaliteitstheorieën, W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*, 452-466.

⁵¹ Zie W.V.H. ROGERS, J. SPIER, G. VINEY, "Preliminary observations", in J. SPIER (ed.), *The Limits of Liability. Keeping the Floodgates Shut*, Den Haag, Kluwer, 1996, 5.

⁵² Zie o.m. H. COUSY, *Problemen van productaansprakelijkheid*.

van aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden wordt onderzocht.

Bij een bespreking van de aansprakelijkheid bij samenhangende overeenkomsten is het niet de vraag of de schadelijdende contractant en de schadelijdende derde ten onrechte ongelijk worden behandeld, maar wel of het contractuele evenwicht door het bestaan van een aanspraak tussen de uiteinden van een ketting bewaard blijft dan wel verstoord wordt en hoe de verschillende rechtssystemen daartegen aankijken.

B. Externe werking: rechtstreekse aanspraken en doorwerking

17. Met het voorgaande is nog niet gezegd dat in de huidige thesis de rechtsgevolgen van samenhangende rechtsverhoudingen *in globo* aan bod komen. Het blijft namelijk onbesproken in welke mate de afwikkeling van de overeenkomst *tussen contractpartijen zelf* door een gebeurtenis bij een samenhangende overeenkomst wordt beïnvloed. Dit proefschrift heeft geen betrekking op de verhouding tussen contractpartijen zelf, maar enkel op die tussen contractanten en derden. De aandacht gaat uitsluitend naar de externe werking van samenhangende overeenkomsten (*effets externes, Drittberechtigung/Drittbegünstigung/Dritterweiterung von Haftungsverhältnissen/übergreifende Vertragsansprüche/Aussenwirkung*⁵³). De interne werking van samenhangende overeenkomsten (*effets internes, Binnenwirkung*) blijft onbesproken.⁵⁴

⁵³ M. ROHE, *Netzverträge*, 9.

⁵⁴ Zie o.m. P.-H. DELVAUX, “Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 360, nr. 1; G. VINEY, “Groupes de contrats et responsabilité du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 334, nr. 1. Voor een toepassing zie Cass. 8 september 1995, *Pas.* 1995, I, 785 (exclusieve verkoop en concessie). Op dit vlak spelen begrippen zoals oorzaak en ondeelbaarheid een belangrijke rol. Zie voor een verdere bespreking van de interne werking naar Belgisch recht X. DIEUX, “Les chaînes et groupes de contrats”, p. 118-123, nr. 5. Zie voor twee interessante Nederlandse gevallen inzake huurkoop HR 23 januari 1998 (Jans/Fiat Credit Nederland), *N.J.* 1999, nr. 97, concl. adv.-gen. A. HARTKAMP, noot J.B.M. VRANKEN (“Samenhangende rechtsverhoudingen I”); met commentaren terzake van E.H. HONDIUS, “Kan huurkoper van auto terzake van gebrekkige levering behalve de koopovereenkomst met de dealer ook de financieringsovereenkomst met de bank ontbinden?”, *N.T.B.R.* 1998, 194-196; F.W.J. MEIJER, “Samenhangende rechtsverhoudingen”, *W.P.N.R.* 1998, nr. 6329-6330; HR 14 januari 2000, *N.J.* 2000, nr. 307, noot J.B.M. VRANKEN (“Samenhangende rechtsverhoudingen III”) (ondeugdelijke keuken; samenhang geldt niet alleen m.b.t. ontbinding maar ook m.b.t. opschortingsrecht, dat vaak de inleiding tot de ontbinding vormt). In België werd geen *Binnenwirkung* aanvaard (tussen overeenkomsten kan een band alleen via de inlassing van voorwaarden ontstaan) in Brussel 6 februari 1985, *J.T.* 1985, 390 (koop niet afhankelijk van voortbestaan van aanneming). Wel een poging daartoe in Rb. Brussel 17 oktober 1996, *T. Aann.* 2000, 244 (onlosmakelijke band tussen bouw- en grondverkoopovereenkomst; nietigheid van de ene kan maar als ook de andere wordt vernietigd, zoniet wordt het contractuele evenwicht verstoord), hervormd door Brussel 9 december 1997, *T. Aann.* 2000, 244 (de prijs werd

De belangstelling gaat niet zozeer uit naar de aansprakelijkheid van een wanpresterende contractant tegenover zijn rechtstreekse medecontractant (*contractant immédiat, immediate contracting party, unmittelbarer Kontrahent*), als wel tegenover verderstaande “derden” (*tiers victimes, third parties, Dritte*) die met de wanpresterende contractant – althans op het eerste gezicht – niet in een contractuele band staan, maar die bij nader toezien bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst toch wel een belang hebben. De focus ligt dus op de aansprakelijkheid van contractanten tegenover “derden” (*responsabilité vis-à-vis des tiers, third party liability/ liability to third parties, Dritthaftung*).

18. Centraal staat de persoonlijke werkingssfeer (*personnalité des obligations, personelle Komplexität*⁵⁵) van overeenkomsten en de wisselwerking met de onrechtmatige daad op dit vlak, in het bijzonder wanneer die overeenkomst nauw met andere overeenkomsten samenhangt. Hiermee worden twee thema’s bijeengebracht die vaak afzonderlijk worden besproken maar niettemin nauw met elkaar verband houden: de derdenwerking van een overeenkomst (*Drittwirkung*) en de aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden (*Dritthaftung*).

In beide leerstukken is dit begrip “derde” misleidend, enerzijds omdat bij samenhangende overeenkomsten de aansprakelijke en aangesprokene beide tegelijk (maar telkens vanuit het perspectief van een andere overeenkomst) derde en contractpartij zijn, en anderzijds omdat het begrip “derde” in ons rechtsbestel onmiddellijk de connotatie van buitencontractuele aansprakelijkheid in zich draagt: een derde wordt immers vaak als een niet-contractpartij gedefinieerd.

Het derdenbegrip is evenwel niet neutraal. Daarom zou het de voorkeur verdienen om een minder geladen begrip en meteen ook een concept zonder *a priori* betekenis te gebruiken, zoals de bij een contract betrokkene. Een contractueel betrokkene is “*iemand die geen partij is geweest bij het sluiten van de overeenkomst en daarmee vervolgens te maken krijgt*”.⁵⁶ Dit feitelijk concept heeft als voordeel dat het niet onmiddellijk de contractuele of buitencontractuele weg doet inslaan. Het staat neutraal tegenover de contractuele of buitencontractuele kwalificatie. Waar dit begrip in de Nederlandse rechtsliteratuur wel algemeen gangbaar is, is het in de Belgische rechtstaal evenwel niet ingeburgerd, zodat we het ook zoveel mogelijk vermijden.

afzonderlijk voor de grond en het gebouw, zij het op hetzelfde moment, bedongen, zodat de twee overeenkomsten los van elkaar staan; de bouwovereenkomst kan worden vernietigd zonder tegelijk de grondverkoop te vernietigen). Zie voor voorbeelden in het Franse recht J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 829, nr. 771.

⁵⁵ M. ROHE, *Netzverträge*, 2-3.

⁵⁶ De definitie van derde in ASSER-HARTKAMP, II, p. 378, nr. 380.

19. Eens de vraag beantwoord of bij een groep van samenhangende overeenkomsten een rechtstreekse aanspraak (*Direktanspruch*) voorhanden is, is te onderzoeken in welke mate de twee overeenkomsten die aanspraak moduleren. In welke mate werken de clausules van de samenhangende overeenkomsten door? Verschillende alternatieve antwoorden zijn denkbaar: het ene óf het andere contract krijgt de bovenhand, de clausules van beide contracten moeten op één of andere manier worden gecombineerd, of er is helemaal geen sprake van doorwerking.

De begrippen “derdenwerking” en “doorwerking” (*Durchgriff, extension*) hangen met elkaar samen, maar de wijze van samenhang is niet altijd even duidelijk. Meestal worden ze door elkaar gebruikt, soms evenwel worden ze onderscheiden. Derdenwerking wordt steeds aangewend in de zin van de werking of de gevolgen (rechten en plichten) van een overeenkomst ten aanzien van derden. Doorwerking wordt dan als een deelaspect van de derdenwerking behandeld: een contractuele regeling heeft in principe slechts voor de contractpartijen gevolgen, maar ze kan ook ten aanzien van *derden* doorwerken: doorwerking is dan synoniem van het zogenaamde *spill-over* effect van een overeenkomst, naar het beeld van het glas dat lichtjes overloopt met de ondertoon dat het overlopen de uitzondering dient te blijven. Derdenwerking heeft betrekking op de – meer algemene – vraag ten aanzien van *wie* een overeenkomst zoal gevolgen kan hebben, terwijl doorwerking peilt naar de *mate* waarin een overeenkomst voor de aanspraak van een derde bepalend is.⁵⁷

20. Een beschrijving van de derden- en doorwerking van een overeenkomst bevat verschillende luiken. In de eerste plaats is doorwerking bepalend voor de vraag of een contractant in principe, d.w.z. los van de toepasselijke contractuele aansprakelijkheidsbeperkende of –uitsluitende clausules, tegenover een bepaalde derde aansprakelijk kan zijn. Dit aspect kunnen we de *positieve* (of actieve) derdenwerking van een overeenkomst noemen: de derdenwerking is positief vanuit het perspectief van de derde.

Vervolgens kan de doorwerking van een overeenkomst ook ten nadele van een derde werken, in de zin dat ze de aanspraak van een derde beperkt of zelfs doet verdwijnen (via een exoneratiebeding) of in hoofde van de

⁵⁷ Getuige daarvan zijn onder andere ASSER-HARTKAMP, II, 375 et seq. (derdenwerking in het algemeen) en 425 (doorwerking); W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 135 et seq. (derdenwerking) en 153 (doorwerking). In buitenlandse rechtssystemen kan doorwerking van een overeenkomst ook buiten de context van derden ter sprake komen, met name bij een buitencontractuele aanspraak van een contractpartij tegen haar medecontractant. Daarbij rijst dan de vraag of de contractuele regeling ook op die buitencontractuele aanspraak van toepassing is, dan wel alleen op de contractuele aanspraak. Die betekenis van doorwerking is in België en Frankrijk nauwelijks bekend, daar beide systemen in beginsel het samenloopverbod aanhangen (cf. *infra*, nr. 52).

derde bijkomende plichten doet ontstaan (accessoir aan de rechten die hij aan de overeenkomst ontleent). Dit aspect noemen we dan de *negatieve* (of *passieve*) doorwerking.⁵⁸

Ten slotte zou de doorwerking van bepaalde clausules, zoals arbitrage- of schadebedingen, betekenen dat ze naargelang van de concrete omstandigheden van een individueel geval zowel in het voordeel als in het nadeel van een derde kunnen uitvallen. Dit zouden we dan de *neutrale* doorwerking kunnen noemen.⁵⁹

§ 3. PLAN

21. Bij wanprestatie beschikt een contractpartij tegenover haar medecontractant over een rechtstreekse aanspraak omdat de nauwe band tussen beide voldoet aan de criteria voor het bestaan van een contractuele verhouding, waarbij de wil de hoofdrol en, althans volgens sommigen, het vertrouwen een subsidiaire rol speelt. Maar in welke gevallen is de band tussen twee samenhangende overeenkomsten zo nauw, dat ook de contractant bij de samenhangende overeenkomst een rechtstreekse aanspraak tegen de wanpresterende contractpartij kan laten gelden en welke criteria of factoren zijn rechtens relevant opdat een band als voldoende nauw zou worden beschouwd dat er inderdaad van een rechtstreekse aanspraak sprake kan zijn? Het betoog dat een antwoord op die vragen wil bieden, wordt gradueel in een vijftal delen opgebouwd.

Het eerste deel trekt eerst de problematiek open naar de algemene context van derdenwerking. Er wordt uiteengezet op welke wijze de bestudeerde rechtssystemen aan de hand van vier koppelbegrippen de derdenwerking van een overeenkomst organiseren en hoe rechtspraak en rechtsleer met die begrippen aan de eisen van een dynamische rechtsontwikkeling kunnen tegemoetkomen: contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, partij en derde, relativiteit en uitzonderingen hierop en relativiteit en tegenstelbaarheid. Hierin tekenen zich de contouren af voor het

⁵⁸ Let wel, het begrip van negatieve doorwerking of derdenwerking kan ook op een zelfstandige basis worden gehanteerd, zoals in het typegeval van derdenmedeplichtigheid, aansprakelijkheid van derden tegenover contractanten. De doorwerking is dan zo negatief voor een derde dat deze zelfs een aanspraak tegen zich moet laten gelden (zie in die zin J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6288, p. 719, nr. 20).

⁵⁹ Een ander mogelijk onderscheid is dat tussen doorwerking van primaire en secundaire plichten. Het primaire niveau heeft betrekking op die clausules die de inhoud van een contractuele prestatie precies omschrijven, terwijl het secundaire niveau eerder slaat op de clausules die bepalen wat de gevolgen zijn in geval van niet-nakoming van de primaire plichten. Op het secundaire niveau denken we dan aan exoneratie- en andere aansprakelijkheidsbedingen, bevoegdheids-, arbitrage- en schadebedingen.

verdere onderzoek en tevens wordt het beperkte belang of nut van een aantal discussies aangetoond.

In het tweede deel volgt een uitgebreide analyse van de Belgische rechtspraak en rechtsleer met betrekking tot de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent. Vooral het toepassingsgebied van dit leerstuk krijgt de nodige aandacht alsook de toetsing ervan aan de kwaliteitsvereisten van rechtszekerheid en rechtvaardigheid waaraan elke regel in een rechtssysteem uiteindelijk wordt (of althans zou moeten worden) getoetst.

In het derde en vierde deel volgt dan de kern van de rechtsvergelijkende analyse van de werking van een overeenkomst tegenover derden bij samenhangende overeenkomsten. De houding van de verschillende rechtssystemen terzake, zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer, is vrij divers. Om een duidelijk beeld te schetsen, onderscheiden we daarom de verschillende modellen van derden- en doorwerking aan de hand van het traditionele onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Aanvankelijk lag het in mijn bedoeling om een andere presentatie te geven dan op basis van dit traditionele onderscheid, maar bij nader toezien lijkt elke andere voorstelling weinig marginaal nut op te leveren en heeft de traditionele voorstellingswijze voor de lezer het voordeel van de grootste toegankelijkheid. Een helder beeld geven van de materie buiten het bestaande begrippenapparaat zou het begrip ervan niet bevorderen.

Met betrekking tot de *contractuele* modellen (deel III) komen in de eerste plaats de gevallen aan de beurt waarbij een aanspraak van een derde op een eerder *casuïstische* en daarom ook moeilijk na te speuren wijze aan een klassieke en gemeenrechtelijke rechtsfiguur wordt gekoppeld, zoals het derdenbeding, de vertegenwoordiging en de contracttoetreding. De wil van een partij om aan een derde een aanspraak te verlenen, steunt vaak niet op vastgestelde feiten maar veeleer op een fictie. Daarnaast zijn er de – wat men zou kunnen noemen – *structurele* modellen die de nauwe band tussen bepaalde overeenkomsten van de wil loskoppelen en op een objectieve wijze nader specificeren. Bij de middellijke vertegenwoordiging blijft de vraag naar de rechtstreekse aanspraak tussen de vertegenwoordigde en de derde-medcontractant actueel. Bepaalde rechtsfiguren zijn in hun toepassingsgebied, ondanks de continue uitbreiding ervan, nog steeds beperkt en worden daarom af en toe op hun coherentie bekritiseerd. Zo is bepaalde rechtsleer en rechtspraak voorstander van een veralgemening van de rechtstreekse vordering of minstens een uitbreiding van de bestaande rechtstreekse vorderingen. Een andere weg is de overdracht van schuldvorderingen *propter rem*, die in Frankrijk steeds meer uitbreiding kende. In het Duitse recht staat het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* centraal, maar dit vervult eigenlijk een functie die eerder in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht thuishoort en daarom in het vierde deel ter sprake komt.

Recent werd in Duitsland de aantrekkelijke theorie van *Netzverträge* voorgesteld, naar het voorbeeld van de Franse leer van de *groupes de contrats*. Bij de bespreking van elk van die figuren zal naar voren komen dat de aanvaardbaarheid ervan vaak in functie staat van de gewenste graad van doorwerking van het ene en/of andere contract.

Waar de voorstelling van de contractuele wegen in het derde deel model per model gebeurt, met rechtsvergelijkende notities waar nuttig, hebben we ervoor gekozen om de *buitencontractuele* modellen in het vierde deel land per land weer te geven. Al zijn de buitencontractuele modellen in het algemeen voor het toekennen van een rechtstreekse aanspraak bij samenhangende overeenkomsten meer succesvol, toch leiden ze tot niet minder toepassingsproblemen. Hierbij wordt nagegaan in welke mate andere rechtssystemen het radicale model van het Belgische recht volgen waarin voor buitencontractuele (evenmin als voor contractuele) aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever, behoudens eerder uitzonderlijke omstandigheden, geen plaats is.

In een vijfde en laatste deel volgt in het licht van de voor- en nadelen van de verschillende modellen een poging om tot een alternatieve benadering terzake te komen, met speciale aandacht voor de vragen of de gelijkheid tussen de contractueel betrokkenen in ere wordt gehouden, in welke mate rechtssystemen tussen voldoende flexibiliteit en een afdoende mate aan rechtszekerheid afwegen, welke theorie het meest aan de werkelijkheid beantwoordt en of de Belgische leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent wel nog langer houdbaar is. Weliswaar kan een rechtssysteem de belangen van derden op de meest verscheiden manieren behartigen, maar tegelijk mogen ook de belangen van de contractpartijen niet uit het oog worden verloren. Het vijfde deel is dus een synthese van de analytische resultaten uit de twee voorgaande delen, het trekken van besluiten is immers het afsluiten van of het echte rechtsvergelijkende werk.⁶⁰

§ 4. METHODE

22. Dit onderzoek leent zich bijzonder voor een rechtsvergelijkende methode. Omwille van de representativiteit van de onderzoeksresultaten en de toegankelijkheid van de rechtsbronnen bestrijkt deze microvergelijking naast het Belgische recht voornamelijk het Duitse, Engelse, Franse en Nederlandse recht. Een vergelijking met het Franse systeem is bijna vanzelfsprekend, niet alleen omdat het vaak – althans bij een eerste blik – op het Belgische lijkt, maar ook en vooral omdat de Belgische auteurs

⁶⁰ Vgl. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 43.

nog steeds in grote mate hun mosterd uit het Franse recht halen.⁶¹ Het Duitse en Engelse systeem zijn – omwille van hun grootte en invloed in en buiten de Europese Unie – toonaangevend en hun rechtsbronnen zijn ook het meest toegankelijk. Het Nederlandse recht is voornamelijk interessant omwille van de jongste codificatie⁶² en omwille van de innovatieve wegen die de Hoge Raad wel eens durft in te slaan. Bij Europese ontwikkelingen wordt eveneens stilgestaan en wordt ook af en toe aandacht besteed aan de *Principles of European Contract Law*, een niet-bindend maar mogelijks invloedrijk document dat sommige auteurs met de Amerikaanse *Restatements* vergelijken.⁶³ Ten slotte kunnen bij gelegenheid (en niet systematisch) nog andere systemen, waaronder vooral het Amerikaanse, aan bod komen voorzover ze een originele bijdrage tot de studie vormen.

Rechtsvergelijking wordt steeds belangrijker⁶⁴ en kan op vele manieren worden beoefend, maar uiteindelijk steken de resultaten van één weg er torenhoog boven uit, met name de functionele rechtsvergelijking. Het vertrekpunt dat de basis voor vergelijking vormt, is dan ook niet zozeer een juridisch concept maar wel een concrete, feitelijke vraag.⁶⁵ In dit proefschrift is de aanleiding weliswaar een bijna iedere jurist tenminste van naam bekende Belgische theorie (quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent), maar de focus is gericht op het meer feitelijke verschijnsel van samenhangende overeenkomsten. Die feitelijke aard maakt ook dat niet alle mogelijke samenhangende overeenkomsten aan bod kunnen komen en dat slechts een selectie eruit wordt gepresenteerd.

Zoals bij elke rechtsvergelijkende studie, is de grootste uitdaging het ontdekken van systeem-specifieke elementen. Die benadering vergt dan ook een onderzoek van een breed scala aan concepten en van de structuur van elk van de bestudeerde rechtssystemen, waarna pas dan het uiteindelijke resultaat van elk van de systemen kan worden beoordeeld.

⁶¹ J. GHESTIN, "Introduction", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 40, nr. 2.

⁶² Al blijkt het gras opnieuw bij de burens groener te zijn, zoals blijkt uit de twijfel of de codificatie wel nuttig is geweest (J.M. BARENDRECHT, "De geest van de *hoogleraar* van toen", *N.J.B.* 2000, (79) 81).

⁶³ Zie o.m. A. HARTKAMP, "Indirect Representation According to the Principles of European Contract Law, the Unidroit Agency Convention and the Dutch Civil Code", in J. BASEDOW (ed.), *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1998, 45.

⁶⁴ Zie K. SCHADBACH, "The Benefits of Comparative Law: a Continental European View", *16 Boston University International Law Journal* 1998, (331) 422.

⁶⁵ G. BOURGEOIS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 13 (*factual or problemsolving approach*); W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, U. Pers, 1998, p. 85, nr. 92. Zie ook J.M. BARENDRECHT, "De geest van de *hoogleraar* van toen", *N.J.B.* 2000, (79) 84; H. KÖTZ, "The Doctrine of Privity of Contract in the Context of Contracts Protecting the Interests of Third Parties", (1990) *10 Tel Aviv University Studies*, 195.

Deze externe rechtsvergelijking in de zin van een vergelijking tussen verschillende rechtssystemen is slechts vruchtbaar wanneer ze gepaard gaat met een zogenaamde interne rechtsvergelijking, een methode die vooral de Nederlandse auteur Bloembergen in de zeventiger jaren heeft uitgewerkt.⁶⁶ Interne rechtsvergelijking gaat er in de eerste plaats van uit dat eenzelfde vraag afhankelijk van het rechtssysteem nu eens in het ene rechtsgebied (zoals onrechtmatige daad) en dan eens in een ander (zoals contract) een antwoord krijgt.⁶⁷ Waar de rechtsleer die methode vooral heeft aangewend voor een vergelijking tussen functionele rechtsgebieden en voor de doorwerking van privaatsrecht in publiek recht (en *vice versa*), is de methode ook geschikt voor vergelijking binnen één rechtsgebied of zelfs een onderdeel hiervan wanneer de coherentie binnen dat gebied niet onmiddellijk voor de hand ligt. In die zin spreekt Bloembergen van een “*intern rechtsvergelijkend bijzonder deel*”.⁶⁸ Meer concreet betekent dit dat doorheen het proefschrift een interne rechtsvergelijking inzake doorwerking van overeenkomsten bij allerlei samenhangende overeenkomsten zoals onderlastgeving, onderaanneming en opeenvolgende kopen wordt gemaakt. Wanneer verschillen optreden die in de externe rechtsvergelijking hun gelijke niet vinden, dan behoeven die zeker een nadere rechtvaardiging.

Iedere vorm van rechtsvergelijking is tegelijk selectief van aard: rechtsvergelijking is slechts nodig daar waar nuttige resultaten zijn te verwachten. Nuttige resultaten betekenen evenwel niet, al is dit in de wereld van de methodiek een betwiste stellingname, dat de rechtsvergelijkende methode nutteloos zou zijn indien uiteindelijk geen keuze wordt gemaakt of de systemen niet worden geëvalueerd. Hét beste systeem bestaat niet. Hoogstens kan het besluit worden verwacht dat het ene systeem de belangenafweging meer in de ene dan in de andere richting doet uitgaan, maar daarmee is nog niet gezegd dat het ene beter is dan het andere. Zo is mijn primaire bedoeling ertoe beperkt via de rechtsvergelijkende methode een verklaring te vinden voor de quasi-immuniteit waarvan een uitvoeringsagent in België

⁶⁶ Zie o.m. A.R. BLOEMBERGEN, “Interne rechtsvergelijking, een comparatieve kijk op privaatrecht, administratief recht en bouwrecht”, *Bouwrecht* 1977, 125-141 (ook verschenen in *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, 353-385); ASSER-VRANKEN, *Algemeen Deel*, 1995, p. 124-129, nr. 191-197; J.B.M. VRANKEN, “De redactie privaatsrecht. Interne rechtsvergelijking”, *T.P.R.* 1995, 401-404. Voor twee mooie toepassingen op het privaatrecht en het publiekrecht, zie H.C.F. SCHOORDIJK, “Privaatrecht en publiekrecht. Een interne rechtsvergelijking”, in *Verspreid werk van Prof. mr. H.C.F. Schoordijk*, Deventer, Kluwer, 1990, 468-499; W. VAN GERVEN, “Wederzijdse doordringing van publiek- en privaatrecht op nationaal en supranationaal niveau: van doorwerking gesproken!”, in X, *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 182-202.

⁶⁷ A.R. BLOEMBERGEN, *o.c.*, *Bouwrecht* 1977, 128.

⁶⁸ A.R. BLOEMBERGEN, *o.c.*, *Bouwrecht* 1977, 127.

geniet. Waar je het niet kunt verwachten, kun je het wel hopen dat het ene systeem duidelijk beter is dan het andere, maar dit is stof voor het slot. Daarbij is het ook de bedoeling te peilen naar de eenheid van ons rechtssysteem, nl. of ons rechtssysteem voldoende coherent is en het gelijkheidsbeginsel in ere houdt.

Niettemin treedt de vraag naar het naar elkaar toegroeien van het recht van de nationale Lidstaten van de Europese Unie steeds meer op de voorgrond. Met de opkomst van de zogenaamde informatiemaatschappij en vooral van het internet met zijn talloze toepassingsmogelijkheden voor internationale transacties wordt onze samenleving nog internationaler dan voorheen. Er bestaat daarom een toenemende behoefte aan een zoektocht naar de algemene beginselen die onze Europese rechtscultuur al dan niet doordringen.⁶⁹

Voor het gemak van de lezer die slechts zijn eerste rechtsvergelijkende stappen op het vlak van derdenwerking van overeenkomsten zet, heb ik in de tekst voor drie redactionele hulpmiddelen geopteerd. Daar waar zowat alle oudere en ook nog vele hedendaagse auteurs tussen haakjes het Latijnse equivalent van een begrip weergeven, heb ik ervoor geopteerd om zoveel mogelijk de equivalenten in het Frans, Engels en Duits (in die volgorde) weer te geven. De begrippen die het systeem van de common law niet eens kent maar waarvan toch een Engelse vertaling bestaat, zijn zoveel mogelijk van een asterisk voorzien. Daarnaast worden de belangrijkste arresten ook van een naam met een knipoog naar de concrete feiten voorzien, wat het gemakkelijker maakt om niet alleen het abstracte principe maar ook de ermee onlosmakelijke feiten in het achterhoofd te houden (zoals het Besse-arrest of het “loodgietersarrest”). Wat de referenties naar verdere literatuur betreft, is een afzonderlijke bibliografie, gelet op het marginaal nut ervan, niet toegevoegd. Wel is een lijst van vaak en daarom verkort geciteerde werken opgenomen. Voor tijdschriftartikelen wordt niet de titel, maar de vindplaats telkens herhaald.

Ten slotte wil ik nog rekening houden met de mogelijks verschillende interesses van waaruit een lezer dit proefschrift benadert. De praktijkjurist die wil weten hoe de in dit proefschrift behandelde rechtsfiguren positief-rechtelijk zijn geregeld, zal voornamelijk in de eerste drie delen aan de bak

⁶⁹ Zie op het vlak van de buitencontractuele aansprakelijkheid vooral C. VON BAR, *The Common European Law of Torts* en W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*. Het debat over de harmonisatie van het verbintenissenrecht in de Europese Lidstaten werd recent nog door de Europese Commissie aangewakkerd (zie Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, *PB.C.* 13 september 2001, afl. 255, 12 p. met bijlagen). Op het vlak van overeenkomsten zie H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart, 2002, 993 p.

komen. De rechtsvergelijker zal vooral in het vierde deel maar ook in verscheidene stukken van het eerste en derde deel geïnteresseerd zijn. Diegene die belangstelling heeft voor de alhier uitgeoefende kritiek op de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, nodig ik uit om het ganse proefschrift met bijzondere aandacht voor het vierde en vijfde deel te lezen.

**DEEL I. JURIDISCH INSTRUMENTARIUM
VAN DERDENWERKING**

INLEIDING

23. De juridische positie van een uitvoeringsagent tegenover de hoofdpdrachtgever of de meer omvattende vraag naar rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten is slechts begrijpelijk tegen de bredere achtergrond van de essentiële begrippen die de derdenwerking van overeenkomsten beheersen. Het juridisch instrumentarium inzake derdenwerking is aldus de eerste context waartegen de leer van de quasi-immuniteit in het licht wordt gehouden. Dit maakt het mogelijk om te verklaren op welke meer fundamentele basisregels van ons rechtssysteem de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent rust.

Die werkwijze moet trouwens ook de eerste stap geweest zijn die het Hof van Cassatie zette toen het aan het begin van de zeventiger jaren de rechtsvraag naar de rechtspositie van de uitvoeringsagent kreeg te beantwoorden. Die rechtsvraag moest ook toen in een ruimer kader worden geplaatst. Bij de oplossing van een vraagstuk geeft de context immers steeds aan, met welke elementen of bouwstenen rekening moet worden gehouden en waar de grenslijnen tussen die verschillende elementen liggen. Wanneer een jurist dan plots voor een nieuw probleem staat, dan is de kennis van elk van die elementen vereist, ook wanneer hij voornemens is op een creatieve of zelfs innovatieve wijze het probleem aan te pakken.

Een nieuw probleem rijst altijd binnen een bestaand kader dat niet zomaar aan de kant kan worden geschoven, al sluit dit niet uit dat normen veranderlijk zijn. Die veranderlijkheid sluit ook de mogelijkheid in dat de ingeslagen weg van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent misschien niet de enig mogelijk begaanbare was. Die alternatieven kunnen we slechts bevattelijk maken door eerst de ruimere context te schetsen.

24. De bredere context van de derdenwerking van overeenkomsten kan rond een achttal begrippen worden versleuteld. Die kunnen we opsplitsen in vier paren van begrippen die elkaars tegengestelde zijn en elkaar zo ook wederzijds definiëren. Die vier koppelbegrippen zijn: (1) contractuele/buitencontractuele aansprakelijkheid, (2) partij/derde, (3) relativiteit/uitzonderingen en (4) relativiteit/tegenstelbaarheid.

In dit eerste deel is het dan ook in de eerste plaats de bedoeling om te analyseren hoe die begrippen vandaag de dag, hier en elders, in het algemeen hun invulling krijgen. Dit algemeen kader geldt voor alle bestudeerde rechtssystemen, al dekken de begrippen niet steeds dezelfde lading en ook al blijkt het laatstgenoemde koppelbegrip – althans terminologisch – tot het Belgische en het Franse rechtssysteem beperkt te blijven.

Maar er is meer: de betekenis van die juridische concepten staat, zowel in de tijd als in de ruimte, niet onveranderlijk vast. Niet alleen verschilt de inhoud van dit begrippenarsenaal naargelang van het toepasselijke rechtssysteem, maar ook binnen één rechtssysteem is de betekenis ervan doorheen de tijd aan veranderingen onderhevig.

Die veranderlijkheid geeft aan dat juridische begrippen uiteindelijk slechts een middel zijn om een bepaald doel of resultaat te bereiken. Juridische begrippen zijn niet conceptueel, in de zin dat de inhoud ervan uit zichzelf volgt, maar veeleer functioneel, in de zin dat de betekenis ervan voortvloeit uit de functie die het begrip in een bepaald systeem vervult. Die functie wordt juist geconcretiseerd in het rechtsgevolg dat aan een begrip vasthangt of eraan wordt vastgehangen. Wanneer dan een traditioneel begrip ten gevolge van bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen niet meer aan zijn functie voldoet of niet meer tot de maatschappelijk gewenste uitkomst leidt, dan dringt een begripwijziging zich op. Toegepast op de derdenwerking van overeenkomsten betekent dit dat een maatschappelijke ontwikkeling kan leiden tot een ingreep in één van de genoemde koppelbegrippen.

25. Een wijziging in de verhouding tussen de elementen van een begrippenpaar kan zich op drie verschillende wijzen voordoen, waardoor aldus op bepaalde evoluties in het sociale weefsel of het economische systeem kan worden ingespeeld.

In de eerste plaats kunnen de begrippen zelf een andere inhoud toegemeten krijgen, wat in het kader van de derdenwerking erop neerkomt dat de grenzen tussen bijvoorbeeld de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid verschuiven of dat een persoon niet langer een derde is maar een contractpartij wordt. Op die manier valt een bepaalde groep van gevallen voortaan onder een andere categorie omdat daaraan een ander, maatschappelijk wel wenselijk geacht rechtsgevolg vasthangt.

De tweede ingreep om een gewenst resultaat te bereiken, bestaat erin niet zozeer de toepassingsvoorwaarden of de inhoud van een begrippenpaar zelf als wel de eraan vastgeknoopte rechtsgevolgen aan te passen.

Ten slotte is het nog mogelijk om naast het bestaande begrippenpaar een nieuwe categorie met eigen specifieke rechtsgevolgen te ontwerpen. Zo ontstond in de context van de productaansprakelijkheid een derde categorie die van de contractuele of buitencontractuele aard van de aansprakelijkheid losstaat.

Schematisch kunnen die drie ingrepen in een rechtssysteem als volgt worden weergegeven:

Begrip A \Rightarrow rechtsgevolg A
 Begrip B \Rightarrow rechtsgevolg B

Methode 1: begrip A of B wijzigen

Methode 2: rechtsgevolg A of B wijzigen

Methode 3: bijkomend begrip C (met eigen rechtsgevolg C)

26. Eenzelfde resultaat kan dus vaak via verschillende methodes worden bereikt. Die dynamische ontwikkeling van een rechtssysteem mag evenwel niet de indruk wekken dat de veranderlijkheid van juridische categorieën onbegrensd is. Daarbij spelen hoofdzakelijk twee elementen mee.

Eenzijds worden innovaties beperkt door de kracht van de traditie of de dogmatiek (in de neutrale zin van het woord), zeker waar een verandering heel wat onverwachte of minder gewenste gevolgen met zich mee kan brengen.⁷⁰

Anderzijds hangen de grenzen van innovatie ook af van de machtsverdeling tussen de wetgevende en de rechterlijke macht. Met name rijst de vraag in welke mate een innovatie in de vorm van één van de drie genoemde ingrepen door “de” rechter, dan wel alleen door de wetgever kan worden doorgevoerd.

Het antwoord hierop hangt af van de visie op de reikwijdte van het beleid van de rechter (rechterlijke voortvarendheid of *judicial activism* versus rechterlijke terughoudendheid of *judicial restraint*).

Het is hier niet de plaats om rechtstheoretische beschouwingen te voeren⁷¹ – daarin is een rechtstheoreticus meer onderlegd –, maar dergelijke bespiegelingen zullen in de praktijk wel meespelen bij het thema van rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten. Uit de rechtsvergelijkende analyse van de vier koppelbegrippen zal blijken dat er in de loop der tijden op het vlak van derdenwerking van overeenkomsten reeds heel wat innovatieve wegen zijn ingeslagen, niet alleen door de wetgever maar ook door bepaalde – intussen constante – rechtspraak. Ook vandaag de dag doet bepaalde rechtsleer en bij gelegenheid ook bepaalde

⁷⁰ Een wetgever beperkt zich vaak tot vrij specifieke wijzigingen en durft het meestal niet aan om een algemene wijziging in een materie aan te brengen, omdat hij vreest voor de onverwachte gevolgen die een verandering met zich meebrengt, zoals bij de jongste verjaringswet van 10 juni 1998 waarbij de wetgever uitdrukkelijk verdere rechtspraak van het Arbitragehof afwacht alvorens de hele verjaringsregeling aan een herziening te onderwerpen (*Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1087/7, 2).

⁷¹ Zie daarvoor W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Brussel, Story, 1973, 167 p.; W. VAN GERVEN, “Creatieve rechtspraak”, *R.W.* 1997-98, 209-223.

rechtspraak vernieuwende voorstellen om in de traditionele verhoudingen tussen de genoemde koppelbegrippen in te grijpen.

De hierna volgende analyse is slechts de aanzet tot de studie (in het tweede deel) van de reikwijdte van een belangrijke Belgische innovatie, de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, en tot de verdere vraag (in het derde en vierde deel) welke (respectievelijk contractuele en buitencontractuele) sporen in een rechtsvergelijkend perspectief zoal kunnen worden gevolgd om rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten mogelijk te maken en in welke mate de traditie en de verhouding tussen rechter en wetgever die mogelijkheden begrenzen alsook in welke mate het gelijkheidsbeginsel een bijkomende stimulans tot aanpassing inhoudt.

HOOFDSTUK I. CONTRACTUELE EN BUITEN- CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

27. Het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele⁷² aansprakelijkheid is het eerste koppelbegrip dat voor het vraagstuk van rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten relevant is.

Een persoon die niet onmiddellijk bij de totstandkoming van een overeenkomst aanwezig is (of diens raadsman), moet in een gegeven feiten-situatie onmiddellijk de reflex hebben om over de beide toegangspoorten van aansprakelijkheid – overeenkomst én onrechtmatige daad – heen te kijken en niet automatisch de poort van de buitencontractuele aansprakelijkheid te openen.

Terwijl sommige auteurs ooit de dood van de overeenkomst hebben voorspeld,⁷³ lijkt de overeenkomst nu meer dan ooit te herleven. Het onderscheid tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid en tussen de overeenkomst en de onrechtmatige daad is en blijft nog steeds, ook in rechtsvergelijkend perspectief, de *summa divisio* binnen het verbintenissenrecht, zij het dat de categorie van *restitution* meer en meer rechtsvergelijkende belangstelling krijgt.⁷⁴ Uitspraken als *Tort and contract*

⁷² Terminologisch is *buitencontractuele* aansprakelijkheid het meest gangbaar geworden, waarbij de “kopjes” in de meeste tijdschriften, met inbegrip van de “Arresten van het Hof van Cassatie”, zich hebben aangesloten. De buitencontractuele aansprakelijkheid is een meer algemene term dan de *delictuele* aansprakelijkheid, de *aquiliaanse* aansprakelijkheid (naar de Lex Aquilia) of de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De term buitencontractuele aansprakelijkheid verdient de voorkeur daar waar het om meer dan alleen maar de aansprakelijkheid op grond van fout gaat (zie o.m. B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations*, II, *Contrat*, Parijs, Litec, 1993, p. 735, nr. 1752). Bovendien is het begrip buitencontractuele aansprakelijkheid niet neutraal voor het vraagstuk van samenloop van beide aansprakelijkheidsregelingen tussen twee contractpartijen. Per definitie lijkt het in een contractuele context niet toepasselijk, hetgeen zoals verder zal blijken niet in alle rechtssystemen het geval is. In rechtssystemen die de samenloop genegen zijn, gaat dan ook nog steeds in grote mate de voorkeur naar *Deliktsrecht* of *tortious liability*, in de andere systemen naar *la responsabilité extracontractuelle* (*extra-contractual liability*, *ausservertragliche Haftung*). Wellicht verdient het toch aanbeveling om te spreken van buitencontractuele aansprakelijkheid wanneer zowel foutloze aansprakelijkheid als buitencontractuele *foutaansprakelijkheid* worden bedoeld, zonder dat daarmee impliciet stelling omtrent de samenloopproblematiek wordt ingenomen. Zie ook W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 13, vooral voetnoot 2.

⁷³ Zie de provocerende titel van G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State U. Press, 1995 (herdruk), 182 p. (oorspronkelijke versie dateert van 1974). Zie een reactie erop in het licht van het Belgische recht, R. KRUITHOF, “Leven en dood van het contract”, *R.W.* 1985-86, 2731-2768 (ook apart gepubliceerd, Antwerpen, Maklu, 1987).

⁷⁴ Zie over het begrip van *restitution* in een Belgische context: P. VAN OMMESLAGHE, “La notion de restitution, le fait générateur, les fondements légaux et contractuels de l’obligation de restitution”, in *De restitutieverbintenissen van de bankier*, Brussel, Bruylant, 1998, 5-27. De categorie van “quasi-contract” komt in deze thesis niet aan de orde, alhoewel ze in bepaalde

*are like peaches and nectarines, different but similar*⁷⁵ en *Tort and Contract are like cheese and biscuits: different, but complementary*⁷⁶ suggereren dat tussen beide bronnen wel heel wat raakpunten bestaan.

In de huidige rechtsvergelijkende studie is een voorafgaande algemene schets van het onderscheid en de verhouding tussen beide aansprakelijkheidsregelingen noodzakelijk, omdat de verschillende rechtssystemen tegenover het onderscheid – hoe essentieel ook in elk verbintenissenrecht – geen identieke houding aannemen.

28. Dit onderscheid heeft vooral ten aanzien van de doorwerking van samenhangende overeenkomsten belangrijke repercussies en, zoals we verder zullen verdedigen, nog meer vice versa, in de zin dat de wijze van doorwerking van overeenkomsten in beide regelingen bepaalt hoe het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid moet worden ingevuld.⁷⁷

Voor de invulling van het onderscheid gaan we hierna eerst op zoek naar de algemene toepassingsvoorwaarden voor de contractuele aansprakelijkheid (los van maar toch al rekening houdend met de specifieke contractuele figuren die in het derde deel aan bod komen, zoals vertegenwoordiging of kwalitatieve rechten) (§ 1) en vervolgens naar die van de buitencontractuele aansprakelijkheid met daarbij een ruime aandacht voor de theorieën inzake samenloop en coëxistentie tussen beide aansprakelijkheidsregelingen (§ 2). Ten slotte peilt de laatste paragraaf naar de diverse methodes waarmee rechtsleer en rechtspraak pogen om het genoemde onderscheid in bepaalde opzichten te wijzigen (§ 3).

§ 1. TOEPASSINGSVOORWAARDEN VAN CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

29. Het is gebruikelijk om eerst de toepassingsvoorwaarden van de contractuele aansprakelijkheid te omschrijven, aangezien de verhouding tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid traditioneel als één

rechtsleer wel eens heropleeft (H. CHANTELOU, *Les quasi-contrats en droit international privé*, Parijs, L.G.D.J., 1998, 359 p., die in de onderfiguren van het quasi-contract geen gemeenschappelijke grondslag aantreft maar enkel de aan art. 1371 B.W. ontleende gemeenschappelijke structuur, met name geoorloofde rechtsfeiten met rechtsgevolgen van het contractuele type). De categorie “quasi-contract” is als “allegaartje” toch niet veelzeggend en vanuit de gedachte van Europese harmonisatie is het niet aanbevelenswaardig haar nog uit te breiden aangezien het Duitse en het Engelse recht haar niet eens kennen.

⁷⁵ G.H.L. FRIDMAN, “The interaction of tort and contract”, (1977) 93 *LQR*, (422) 448.

⁷⁶ J. HOLYOAK, “Tort and Contract after *Junior Books*”, (1983) 99 *LQR*, (591) 604.

⁷⁷ Cf. *infra*, nr. 83, 478 en 611.

tussen een bijzondere (*lex specialis*) en een gemeenrechtelijke regeling (*lex generalis*) wordt omschreven.⁷⁸

De contractuele aansprakelijkheid onderscheidt zich met name op materieel, temporeel en personeel vlak.

30. Volgens de *materiële* voorwaarde die in elk van de bestudeerde rechtssystemen geldt,⁷⁹ moet een partij schade hebben geleden die in oorzakelijk verband staat met een tekortkoming (toerekenbare niet-nakoming) aan een (hoofd- of accessoire) verplichting die uit een geldige overeenkomst of de eruit voortvloeiende verhouding⁸⁰ (verbintenis) volgt.

Hoe eenvoudig die voorwaarde er op het eerste gezicht ook mag uitzien, de realiteit is dat terzake twee fundamentele, nog lang niet tot een eindpunt gebrachte twistpunten bestaan.

Aan de ene kant woelt één van de meest fundamentele en hardnekkige discussies m.b.t. de vraag op grond waarvan een overeenkomst tot stand komt (zonder het vaststellen van het bestaan van een overeenkomst is van contractuele aansprakelijkheid geen sprake). Waar traditioneel enkel op grond van de wilsovereenstemming tussen twee of meer personen tot het bestaan van een overeenkomst wordt besloten, rijst de vraag of in bepaalde gevallen het gerechtvaardigde of rechtmatige vertrouwen van een persoon op andermans wilsverklaring evenzeer een overeenkomst doet ontstaan of zelfs, volgens een nog verdergaande stellingname, of dit vertrouwen de uiteindelijk enige grondslag vormt voor het bestaan van een overeenkomst en zo volledig de plaats van de wilsleer inneemt. De meerderheid in de Belgische leer lijkt alvast de vertrouwensleer niet te willen veralgemenen (wil óf vertrouwen) maar aanziet het vertrouwen enkel als een correctie op de wilsleer (wil én vertrouwen).⁸¹

⁷⁸ Zie o.m. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 62, nr. 75.

⁷⁹ Zie o.m. J.H. HERBOTS, "Quasi-delictuele aansprakelijkheid en overeenkomsten", *T.P.R.* 1980, p. 1065-1068, nr. 23-29; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 84-120, nr. 236-340; L. LETURMY, "La responsabilité délictuelle du contractant", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1998, 839-840.

⁸⁰ Voor een recente studie van het overeenkomstenbegrip in de zin van een relatie tussen partijen en in een internationale context, zie N. NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited. A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, 297 p. Voor een bekritisceerbaar voorbeeld waarbij geen overeenkomst zou voorliggen in het geval waarbij een bank aan haar cliënt *gratis* advies verstrekt en daarom de buitencontractuele aansprakelijkheid zou gelden, Antwerpen 16 september 1997, *T.B.H.* 1998, 843, noot J. BUYLE, M. DELIERNEUX.

⁸¹ Pleiten voor de wilsleer met de vertrouwensleer als correctie o.m. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 22-23, nr. 4; W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 66-67. Zie ook H. BOCKEN, *Algemeen verbintenissenrecht*, Gent, syllabus, 1999, A48-A49. Het Belgische Hof van Cassatie is de vertrouwensleer, althans tussen partijen, niet goed gezind: Cass. 26 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 928 (geen algemeen rechtsbeginsel); I. VEROUGSTRAETE, "Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten", *T.P.R.* 1990, 1163-1196.

Aan de andere kant wordt vaak gesteld dat de bron van de primaire verplichting waaraan is tekortgekomen, bepalend is voor de toepassing van de contractuele dan wel de buitencontractuele aansprakelijkheid. Op buitencontractueel vlak zou het gaan om een door het objectieve recht gecreëerde verplichting, op contractueel vlak om een uit de overeenkomst voortvloeiende verplichting.⁸²

Tegen die stelling wordt relativerend voorgehouden dat dit verschil niet meer essentieel is, omdat het uiteindelijk telkens om onrechtmatig handelen gaat,⁸³ omdat tal van contractuele verplichtingen hun oorsprong in de wet vinden en omdat het uiteindelijk ook de wet (het objectieve recht) is die de verbindende kracht van de overeenkomst oplegt. Ondanks die relativeringen van de materiële voorwaarde gaan de meesten er toch nog terecht van uit dat de aard van de voorafbestaande verbintenis belangrijk is: de overeenkomst is determinerend voor de draagwijdte van de eventuele contractuele aansprakelijkheid.⁸⁴

Die schijnbare tegenstelling tussen die twee stellingen wordt opgeheven, indien het onderscheid tussen verplichting en verbintenis (in het Frans voor beide *obligation*) beter tot uiting wordt gebracht. Ons verbintennisrecht is niet gebaseerd op het onderscheid tussen een uit een wet of overeenkomst voortvloeiende *verplichting*, maar wel op het onderscheid in de aard van de rechtsverhouding of de *verbintenis* die tussen twee of meerdere personen bestaat. In een contractuele verbintenis is op die manier ook plaats voor wettelijk opgelegde verplichtingen, waarvan de schending tot een *contractuele* aansprakelijkheid leidt. Om die reden ook leidt een inbreuk op de zgn. objectieve goede trouw in een contractuele rechtsverhouding tot contractuele aansprakelijkheid.⁸⁵ De verhoudingen die tussen twee personen buiten een contractueel kader om ontstaan, nemen de vorm van een wettelijke verbintenis aan, wanneer de ene aan de andere op fou-

Vooraf in Nederland (zie art. 3:35 N.N.B.W.) bestaat een karrevracht aan literatuur over het zgn. vertrouwensbeginsel (zie vooral ASSER-HARTKAMP, II, p. 89-105, nr. 97-113; J.H. NIEWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 164 p.; J.M. SMITS, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 363 p.; J.M. VAN DUNNE, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1971, 478 p.).

⁸² Dit lijkt, in de context van uitvoeringsagenten bij bemiddeling bij financiële transacties, ook de opvatting te zijn van L. CORNELIS, J. PEETERS, "Gedragsregels van bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten, getoetst aan het aansprakelijkheidsrecht", in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 683, nr. 7 ("T.a.v. wettelijke verplichtingen bestaan er geen uitvoeringsagenten").

⁸³ Zie o.m. W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 32-33.

⁸⁴ Zie o.m. B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations*, II, *Contrat*, Parijs, Litec, 1993, p. 735, nr. 1752; G. VINEY, *Introduction*, p. 275-280, nr. 161-164 (*dualité* versus *unité* van de twee aansprakelijkheidsvormen).

⁸⁵ Zie voor een andersluidende opvatting L. CORNELIS, *Algemene theorie*, p. 327, nr. 268 (buitencontractueel want de regel vindt zijn oorsprong niet in de wilsuiting).

tieve wijze schade heeft veroorzaakt waardoor hij tot het betalen van een schadevergoeding wordt verplicht.

31. Met betrekking tot de *temporele* toepassingsvoorwaarde van de contractuele aansprakelijkheid bestaat (of bestond) er betwisting over of de contractuele aansprakelijkheid zich beperkt tot wat zich binnen de duur van de overeenkomst afspeelt dan wel of ze zich ook verder in de tijd uitstrekt. Die vraag betreft de problematiek van vooral de precontractuele maar ook de postcontractuele aansprakelijkheid.

De precontractuele aansprakelijkheid behoort in de meeste rechtssystemen thuis in het buitencontractuele domein;⁸⁶ ook in België is dit vaststaande rechtspraak.⁸⁷ Het Duitse recht neemt evenwel een andere houding aan door de precontractuele aansprakelijkheid als contractueel van aard te bestempelen, wat op de laat-negentiende-eeuwse theorie van de *culpa in contrahendo* van von Jhering teruggaat.⁸⁸

Over de postcontractuele aansprakelijkheid werd minder strijd gevoerd; meer nog, het begrip is voor de meeste juristen wellicht niets- tot weinigzeggend, zodat het nut ervan betwifelbaar is.⁸⁹ Het feit dat een fout zich in dan wel na de contractuele periode voordoet, is niet bepalend voor de aard van de aansprakelijkheid, maar wel de bron waaruit de gebeurlijke geschonden verbintenis voortspuit (een inbreuk op een niet-concurrentiebeding in de periode na het einde van het contract leidt tot contractuele aansprakelijkheid, voorzover de inbreuk zich voordoet in de periode waarin het beding nog geldt).

⁸⁶ C. VON BAR, *The Common European Law of Tort*, p. 494-497, nr. 475-476.

⁸⁷ Vgl. Cass. 10 december 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, (502) 504, kol. 1, *R.C.J.B.* 1986, 5, noot E. WYMEERSCH.

⁸⁸ A.T. VON MEHREN, "The Formation of Contracts", in *Contracts in general, International Encyclopedia of Comparative Law*, VII/9, Tübingen, Mohr, 1992, p. 15-23, nr. 19-29 en p. 64-74, nr. 114-128. In het BGB n.F. is uitdrukkelijk de volgende bepaling ingevoegd: "Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. Die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte" (§ 311 (2)).

⁸⁹ Zie over dit begrip: G. CARLE, "Les obligations postcontractuelles", in *La fin du contrat. De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1993, 257-285; M. FONTAINE, "Les obligations 'survivant au contrat' dans les contrats internationaux", *D.P.C.I.* 1984, 7-27; C. LE STANC, "Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle?", *J.Cl.Pér. (Comm. et Ind.)* 1978, nr. 12735, p. 289-300; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 98-100, nr. 276-280 (ex-werknemer met al dan niet een niet-concurrentiebeding). Van Quickenborne definieert het als volgt: « cet ordre de contestations qui, naissant après la cessation normale du contrat, n'ont de raison d'être que parce qu'il y a eu un contrat entre les colitigants, sans que leurs prétentions concernent l'exécution ou la violation de leurs obligations contractuelles » (*R.C.J.B.* 1988, p. 359, nr. 22).

32. De *personele* voorwaarde ten slotte staat voor de toepassing van de contractuele aansprakelijkheid doorgaans niet ter discussie: contractuele aansprakelijkheid is in principe slechts van toepassing tussen contractpartijen niet ten aanzien van derden.⁹⁰ Die toepassingsvoorwaarde is juist een gevolg van de relativiteit van de contractwerking.

Hoe onbetwist die stelling ook is, toch mag hieruit niet worden afgeleid dat het omgekeerde, nl. dat de buitencontractuele aansprakelijkheid slechts tussen derden van toepassing is, *ipso facto* als voorwaarde voor de buitencontractuele aansprakelijkheid geldt, zoals ook verder bij de bespreking van de uiteenlopende samenlooptheorieën zal blijken.

Die stelling valt ook te algemeen uit, omdat de aanspraak van derden die – om maar één voorbeeld te noemen – door een beding ten behoeve van derden worden bevoordeeld, ook contractueel van aard is.⁹¹ Een derdebegunstigde is weliswaar geen contractpartij, maar hij beschikt wel over een contractuele aanspraak, *id est* een aanspraak die op de niet-nakoming van een overeenkomst gegrond is.

Bij de toepasselijkheid van de contractuele aansprakelijkheid mag wel worden afgeleid dat de *verweerder* op een contractuele aanspraak een contractpartij is, aangezien volgens een algemeen erkend beginsel een overeenkomst nooit rechtstreeks tot verplichtingen in hoofde van een derde aanleiding kan geven (tenzij eventueel wanneer ze op accessoire wijze aan een contractueel recht van die derde vastkleven⁹²).

Met andere woorden, een contractuele aanspraak van een contractant *tegen* een derde zonder meer kan niet, een contractuele aanspraak *van* een derde tegen een contractant behoort binnen welbepaalde grenzen wel tot de mogelijkheden.⁹³

⁹⁰ Zie o.m. J.H. HERBOTS, *o.c.*, T.P.R. 1980, p. 1067, nr. 27; L. LETURMY, “La responsabilité délictuelle du contractant”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1998, 839-840; P. LE TOURNEAU, L. CADIEU, *Responsabilité*, p. 109-116, nr. 298-327.

⁹¹ Cf. *infra*, nr. 287.

⁹² Cf. *infra*, nr. 303 et seq.

⁹³ Dezelfde beschouwing geldt ook voor een systeem als het Nederlandse dat een derdebegunstigde niet langer als een derde maar als een contractpartij door toetreding beschouwt. Zo kan een derde op grond van nog andere constructies zoals de leer van de kwalitatieve rechten een aanspraak tegen een contractpartij geldend maken. Die aanspraak hangt wel vast aan de hoedanigheid (*qualité*) van rechtsopvolger, maar zou bij gebrek aan een contract van de rechtsvoorganger met de aansprakelijke onmogelijk zijn. Daarom wordt die aanspraak terecht contractueel genoemd. Zo'n kwalitatief recht kan contractueel bedongen zijn (zoals een concurrentiebeding), maar een dergelijk recht kan evenzeer krachtens de wet (of ruimer, het objectieve recht) aan de derde toekomen, zij het opnieuw op *grond* van een niet-nakoming van een overeenkomst. Op die manier onderscheidt een kwalitatief recht zich van een recht uit onrechtmatige daad (zie ASSER-HARTKAMP, II, p. 396, nr. 398).

§ 2. TOEPASSINGSVOORWAARDEN VAN BUITEN- CONTRACTUELE (FOUT)AANSPRAKELIJKHEID

A. Algemeen⁹⁴

33. Terwijl de toepassingsvoorwaarden voor de contractuele aansprakelijkheid in Europees perspectief vrij eenvormig zijn, is de structuur van de voorwaarden voor de buitencontractuele (fout)aansprakelijkheid heel divers.⁹⁵ Opnieuw is een beknopt overzicht op zijn plaats, omdat die voorwaarden ook een invloed hebben op de wijze waarop de derdenwerking *sensu lato* in een bepaald systeem wordt georganiseerd.

In de systemen die het Franse model volgen zoals het Belgische en het Luxemburgse,⁹⁶ is het genoegzaam bekend dat een fout (toerekenbare inbreuk op een specifieke wettelijke verplichting of op een algemene zorgvuldigheidsplicht), schade en oorzakelijk verband tussen beide vereist zijn, opdat er van buitencontractuele foutaansprakelijkheid sprake zou zijn (art. 1382-1383 B.W./C. Civ.). In rechtsvergelijkende studies wordt die bepaling gecatalogeerd als een *principe général de responsabilité* of een *general clause*, naar de Duitse term *Generalklausel* of *allgemeine Deliktsklausel*: naast de drie genoemde aansprakelijkheidsvoorwaarden bestaan geen bijkomende beperkingen.⁹⁷

Hoe vanzelfsprekend ook die voorwaarden in de oren van een Belgische jurist klinken, toch zijn de voorwaarden in andere rechtssystemen lichtjes of zelfs fundamenteel anders georganiseerd, wat nog niet wil zeggen dat het uiteindelijke resultaat in een concreet geval evenzeer verschilt. Zo bevat het Nederlandse recht evenzeer een algemene bepaling (art. 6:162.1 N.N.B.W.) die evenwel in een drietal (in plaats van twee) categorieën is opgedeeld: een inbreuk op een subjectief recht (“rechtsinbreuk”),⁹⁸ een

⁹⁴ Dit overzicht blijft beperkt tot wat hoogstnoodzakelijk is voor een begrip van de problematiek van rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten. Voor meer bijzonderheden is (buiten de klassieke handboeken van elk systeem afzonderlijk) vooral te verwijzen naar het algemene overzicht in W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*, 13-74.

⁹⁵ Over de structuur van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Lidstaten en de Gemeenschap volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie, zie W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*, 889-930.

⁹⁶ C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, p. 23, nr. 15.

⁹⁷ Zie G. VINEY, “Avantages et inconvénients d’un principe général de responsabilité. Le point de vue d’un juriste français”, *Judicial Remedies at the Crossroads between Community and National Laws* (congresnota’s), Brussel, 16 april 1999, 22 p.; C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, p. 23, nr. 14.

⁹⁸ Ook in de Belgische rechtsleer herleeft, onder invloed van het Nederlandse recht, de vraag naar het bestaan van de rechtsinbreuk als derde categorie van het foutbegrip (zie H. BOCKEN, “Nog iets over inbreuk op recht?”, in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 183-202).

handeling in strijd met een wettelijke plicht en een inbreuk op een algemene zorgvuldigheidsnorm (art. 6:162.2 N.N.B.W.). In tegenstelling tot het Belgische en het Franse recht, heeft het Nederlandse recht wel een bijkomende aansprakelijkheidsbeperking ingevoerd door de theorie van de relativiteit van de onrechtmatige daad uitdrukkelijk in het N.N.B.W. (art. 6:163) op te nemen.

Het *Deliktsrecht* van het Duitse BGB kent geen met het Franse recht vergelijkbare algemene bepaling, maar vertrekt van drie specifieke delictuele normen met elk een eigen toepassingsgebied. In de eerste plaats is er sprake van een onrechtmatige daad, indien de schadeverwekker op een onrechtmatige en schuldige wijze één van de in § 823, I BGB opgesomde rechten of rechtsgoederen heeft geschonden (*Enumerationsprinzip*). Daarnaast levert ook een schending van een *Schutzgesetz* een onrechtmatige daad op (§ 823, II BGB): niet elke schending van een wettelijk voorschrift levert een onrechtmatige daad op, maar alleen wanneer het voorschrift berekend is op de bescherming van het belang of de persoon van de schadelijder, wat opnieuw neerkomt op een wettelijk neergelegde relativiteit van de onrechtmatige daad. Ten slotte kan een Duitse onrechtmatige daad ook bestaan uit een opzettelijke inbreuk op de goede zeden (§ 826 BGB). Het belangrijkste kenmerk dat de eerste delictuele norm van de twee laatste onderscheidt, is de niet-vergoedbaarheid van zuiver economische schade of zuivere vermogensschade, wat mede verklaart waarom de contractuele aansprakelijkheid in het Duitse recht verder reikt dan in de overige rechtssystemen.⁹⁹

Het Engelse recht ten slotte kent nóg meer afzonderlijke *torts* zodat er geen sprake is van een *law of tort* (in het enkelvoud) maar van een *law of torts* (in het meervoud). Toch is de *tort of negligence* zo uitgegroeid dat ze vandaag de dag wel als een algemene categorie boven de andere uitstijgt.¹⁰⁰ Naast de ons vertrouwde aansprakelijkheidsvoorwaarden van *damage, breach of duty* en *causation* kenmerkt die *tort* zich ook nog door de in ons recht ongekende *duty of care* die zo ook in het Engelse recht een vorm van relativiteit van de onrechtmatige daad incorporeert.¹⁰¹

B. Invloed van overeenkomst en contractuele aansprakelijkheid

34. Wanneer een geval met zekerheid tot contractuele aansprakelijkheid aanleiding geeft, rijst de vraag of voor de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid voldoende is dat haar materiële toepassingsvoorwaarden zijn vervuld, dan wel aan bijkomende voorwaarden moet zijn vol-

⁹⁹ Cf. *infra*, nr. 508.

¹⁰⁰ W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 44.

¹⁰¹ Cf. *infra*, nr. 562 et seq.

daan. De verleiding is groot (maar niet zo vanzelfsprekend) om de toepassingsvoorwaarden voor contractuele aansprakelijkheid meteen ook als criterium ter onderscheid met de buitencontractuele aansprakelijkheid aan te wenden. Is de contractuele aansprakelijkheid van toepassing, dan is de buitencontractuele aansprakelijkheid niet van toepassing. Alleen die systemen die zich aan die verleiding blootstellen, maken een strikt onderscheid tussen twee- en driepartijenverhoudingen: het personele criterium voor de toepasselijkheid van de contractuele aansprakelijkheid beïnvloedt die van de buitencontractuele aansprakelijkheid, in de zin dat een contractant door zijn medecontractant in principe enkel contractueel en niet buitencontractueel kan worden aangesproken. Zo wijst de Belgische rechtsleer er telkens weer op dat samenloop (twee partijen) en coëxistentie (drie partijen) twee verschillende problemen betreffen¹⁰² (al getuigt bepaalde rechtspraak nog steeds van enige verwarring¹⁰³), terwijl in de Nederlandse, Duitse of Engelse rechtsleer de beide problemen vaak door elkaar worden behandeld.¹⁰⁴

Voor een rechtsvergelijkend onderzoek is het daarom methodologisch ook zaak om bij de studie van het coëxistentievraagstuk (hierna sub C en deel IV) tegelijk ook de samenloopliteratuur te betrekken en, omgekeerd, om bij een studie van werkelijke samenloopproblemen (hierna sub D) extra oplettend te zijn in rechtssystemen die beide problemen door elkaar behandelen.

C. Driepartijenverhoudingen en coëxistentie

35. In driepartijenverhoudingen is de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid afhankelijk van het antwoord op twee afzonderlijke vragen.

De eerste vraag, de *coëxistentievraag*, is in alle rechtssystemen gelijkvormig beantwoord: de buitencontractuele aansprakelijkheid van een contractant tegenover een derde is niet uitgesloten door de enkele omstandigheid dat

¹⁰² Zie o.m. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 179-180, nr. 243; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, "Overzicht", *T.P.R.* 1980, p. 1463, nr. 243; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, "Overzicht", *T.P.R.* 1987, p. 1608, nr. 208.

¹⁰³ Ook uit de Belgische rechtspraak blijkt dat advocaten nog steeds het samenloopverbod willen inroepen in zuiver buitencontractuele verhoudingen, zoals bij derdenmedeplichtigheid: zie recent nog Gent 7 oktober 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 179 (verkoop van een vrachtwagen zonder het eventueel bestaan van een voorrecht van een niet-betaalde verkoper na te gaan).

¹⁰⁴ Zie o.m. M. VAN ROSSUM, "Concurrency of contractual and delictual liability in a European perspective", *Eur. Rev. Priv. L.* 1995, 539-559 (ondanks haar waarschuwing in voetnoot 1 dat ze enkel tweepartijenverhoudingen zal behandelen). Uitzonderingen daarop vormen C.E. DU PERRON die het onderscheid maakt tussen eigenlijke en oneigenlijke samenloop (*Overeenkomst en derden*, p. 256, nr. 287) en C. VON BAR (*The Common European Law of Torts*, p. 443, nr. 425: *concorso proprio* en *concorso improprio*).

de materiële voorwaarde voor contractuele aansprakelijkheid (wanprestatie) vervuld zou zijn.

De tweede vraag, de *assimilatievraag*, luidt of de buitencontractuele aansprakelijkheid van toepassing is zodra de materiële voorwaarde voor contractuele aansprakelijkheid is vervuld. Met andere woorden, is een buitencontractuele fout voorhanden, zodra de contractant een wanprestatie heeft begaan? Ook hier is het antwoord van alle rechtssystemen unaniem (negatief): voor de toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid is alleen relevant of de voorwaarden voor buitencontractuele aansprakelijkheid zijn vervuld. Al wordt dit assimilatieverbod ook in het Franse recht als beginsel aanvaard, hebben toch heel wat auteurs erop gewezen dat een wanprestatie in de praktijk al te vaak automatisch als een buitencontractuele fout wordt beschouwd. Volgens een aantal auteurs zou hetzelfde fenomeen zich ook in België voordoen (cf. *infra*, deel IV).

Voorlopig gaan we hier alleen even in op het unanieme antwoord op de eerste (coëxistentie)vraag, het antwoord op de tweede (assimilatie)vraag blijft voor het vierde deel gereserveerd.

1. Algemeen

36. Vandaag de dag rijst er geen twijfel meer over dat de kwalificatie van een feit als wanprestatie tussen twee contractpartijen op zich niet de buitencontractuele aansprakelijkheid van de wanpresterende contractant tegenover derden uitsluit. In de Belgische rechtsleer maakt dit deel uit van het bredere beginsel dat onder het trefwoord “coëxistentie” bekend staat: een zelfde feit kan tegelijk een wanprestatie tegenover een contractant én een onrechtmatige daad tegenover een derde uitmaken.¹⁰⁵

Bij het uitvoeren van een overeenkomst moet een contractant rekening houden met de gerechtvaardigde belangen niet alleen van zijn medecontractant, maar evenzeer van een aantal derden wiens belangen met de overeenkomst verbonden zijn. Het bewijs dat een verweerder met de eiser geen overeenkomst heeft gesloten, betekent niet dat er geen rechtsband tussen beide kan bestaan, zoals een verbintenis uit onrechtmatige daad.¹⁰⁶ Het feit dat een wanprestatie tegelijk een onrechtmatige daad tegenover een derde inhoudt, vormt geen inbreuk op het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten indien de verweten tekortkoming niet enkel uit een wanprestatie maar ook uit een inbreuk op een algemene zorgvuldigheidsnorm bestaat.

¹⁰⁵ L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 118-119, nr. 69; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, *o.c.*, *T.P.R.* 1995, p. 1527, nr. 200; W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 206-208.

¹⁰⁶ Cass. 14 december 1916, *Pas.* 1917, I, 344.

Zo begaat een feitenrechter geen inbreuk op art. 1165 B.W. door vast te stellen dat een aangestelde een onrechtmatige daad begaat wanneer deze als bewaarder van een gevaarlijke bouwwerf er de aanwezigheid van een kind toelaat en zich niet bekommert om wat het kind daarna doet (dat zo het slachtoffer wordt van een ongeval).¹⁰⁷ Of nog, een technisch controleorganisme dat, tegen zijn contract in, de beslissingsbevoegdheid (tot ontkisting van beton) heeft overgenomen (en daardoor de inzakking van het gebouw heeft veroorzaakt), begaat niet alleen een contractuele fout ten aanzien van de bouwheer, maar ook een delictuele fout tegenover de architect.¹⁰⁸

37. Ook in het Franse recht wordt sinds lang bevestigd dat een contractuele fout tegenover derden tegelijk een (quasi-)delictuele fout kan uitmaken.¹⁰⁹ Hetzelfde beginsel geldt tevens voor het Duitse en het Nederlandse recht.¹¹⁰ In het Engels-Amerikaanse recht raakte het beginsel van coëxistentie ingeburgerd als een reactie tegen wat men noemt de (*privity of*) *contract fallacy* of de valstrik van *no privity, no liability*.¹¹¹ In het Engelse basisarrest, *Donoghue v. Stevenson*, had een man voor zijn vriendin een biertje besteld, maar de slak die in het donkerkleurige bierflesje verborgen zat en die pas werd opgemerkt toen het flesje bijna leeg gedronken was, veroorzaakte bij de vriendin naar haar zeggen schade waarvoor deze tegen de fabrikant van het bier een buitencontractuele vordering op grond van *negligence* instelde. In die principiëbeslissing, die weliswaar een Schots geval betreft maar evengoed het Engelse recht weergeeft en die zowel essentieel is voor de *tort of negligence* in het algemeen als voor de productaansprakelijkheid in het bijzonder,¹¹² kon de *House of Lords* voor de eerste keer

¹⁰⁷ Cass. 15 januari 1953, *Pas.* 1953, I, 331.

¹⁰⁸ Brussel 29 mei 1991, *T. Aann.* 1994, 231, noot A. CAEYMAEX (met verwarrende kopjes).

¹⁰⁹ Zie o.m. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 179, nr. 242; H. LALOU, "1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers", *D.* 1928, Chron., (69) 72; A. WEILL, *La relativité*, p. 490, nr. 275. Voor relevante rechtspraak zie o.m. Cass. fr. (req.) 23 februari 1897, S. 1898, I, 65, noot A. ESMEIN (bruikleen gebouw – toeschouwer vertoning gewond – aansprakelijkheid eigenaar op grond van art. 1386 C. Civ.); Cass. fr. (req.) 20 mei 1930, S. 1930, I, 309 (bruikleen auto met gebrekkige remmen – art. 1382 C. Civ.); Cass. fr. (com.) 16 januari 1973, *Bull. civ.* 1973, IV, nr. 28; Cass. fr. (civ. I) 15 december 1998, *Bull. civ.* 1998, I, nr. 368 (brand gebouw tijdens werken van afbraak en renovatie van interieur).

¹¹⁰ ASSER-HARTKAMP, III, p. 12, nr. 11.

¹¹¹ Voor die term zie o.m. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 179, nr. 242 (met verwijzing naar de negentiende-eeuwse case *Winterbottom v. Wright*); P. CANE, "Contract, tort and economic loss", in M. FURMSTON (ed.), *The Law of Tort. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Londen, Duckworth, 1986, 113; *Clerk & Lindsell*, nr. 1-09, p. 10; J. STAPLETON, *Economic Loss: A Wider Agenda*, 250.

¹¹² Zie o.m. R.A. EPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, Boston, Little, Brown and Co., 1995, 740-741 ("broad rule" of "neighbour rule" en "narrow rule").

beslissen dat een contractuele fout tegelijk een buitencontractuele fout kan uitmaken. De woorden van Lord Atkin blijven memorabel: “*The fact that there is a contractual relationship between the parties which may give rise to an action for breach of contract, does not exclude the co-existence of a right of action founded on negligence as between the same parties, independently of the contract, though arising out of the relationship in fact brought about by the contract (...) And there is no reason why the same set of facts should not give one person a right of action in contract and another person a right of action in tort*”.¹¹³

In de Verenigde Staten gaf de befaamde New Yorkse rechter Cardozo, bijna twee decennia vroeger dan *Donoghue v. Stevenson*, gestalte aan hetzelfde beginsel in een al even beroemd geworden principesarrest, *MacPherson v. Buick Motor Co.* Een verkochte auto was als gevolg van het gebrekkige karakter van de houten wielen in mekaar gezakt, zodat de bestuurder er werd uitgeslingerd. Die bestuurder, in een ketting van koopcontracten de uiteindelijke koper, verweet aan de autofabrikant de door een andere fabrikant geproduceerde wielen niet voldoende te hebben nagezien. Cardozo achtte de autofabrikant aansprakelijk, omdat die er “*irrespective of contract*” of “*independent of his contract*” als fabrikant toe gehouden was om een gevaarlijke zaak op zorgvuldige wijze te produceren.¹¹⁴

2. Drie situaties van coëxistentie

38. De mate waarin een overeenkomst en de tekortkoming aan die overeenkomst voor het succes van een aanspraak van een derde mee bepalend is, hangt af van situatie tot situatie.¹¹⁵ Richtinggevend zijn vooral de classificaties van die situaties in de beknopte maar fundamentele bijdrage van Limpens en meer recent daarop voortbordurend in de bijdragen van Dirix, Cornelis en du Perron. Allen maken het basisonderscheid tussen de wanprestatie als een louter toevallig dan wel als een essentieel element in de foutbeoordeling, of nog, om de woorden van du Perron te gebruiken, tussen een feitelijk dan wel een normatief of juridisch verband tussen de overeenkomst en de fout.

In bepaalde gevallen is het bestaan van een contractuele wanprestatie bij de beoordeling van de delictuele aansprakelijkheid niet relevant. Dit is zeker het geval wanneer de onrechtmatige daad slechts in een louter toevallig verband staat met het contract, zoals wanneer een goederenvervoerder door onzorgvuldig rijgedrag niet alleen aan de vervoerde goederen

¹¹³ *Donoghue v. Stevenson* (1932) A.C., 609-610 (H.L.). Zie ook W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 50 et seq.

¹¹⁴ *MacPherson v. Buick Motor Co.* (N.Y. 1916), in R.A. EPSTEIN, *o.c.*, 733.

¹¹⁵ Vgl. ook *infra*, nr. 481 et seq., waarbij ook het probleem van samenloop tot zijn ware proporties moet worden herleid.

maar ook aan een derde schade veroorzaakt. In dit geval zou er tussen contractpartijen trouwens evenmin een geval van samenloop voorhanden zijn omdat er ook geen wanprestatie voorligt.¹¹⁶ Zodoende gaat het niet eens om een echte situatie van coëxistentie tussen een wanprestatie en een onrechtmatige daad.¹¹⁷

Daarnaast kan de schade wel het gevolg zijn van de wanprestatie, maar het gevolg blijft nog steeds toevallig. De eventuele wanprestatie maakt dan, in de woorden van Limpens, een louter toevallig element (*élément purement advice*) uit:¹¹⁸ alleen het toeval verklaart dat een bepaald feit tegelijkertijd in een contractuele situatie is ontstaan of dat een fout tegelijkertijd een wanprestatie uitmaakt. Opnieuw zou de handeling ook los van enig verband met de overeenkomst foutief zijn. Zo is een inlichtingenkantoor tegenover een derde over wie het aan een medecontractant verkeerde informatie heeft verstrekt (b.v. stelt dat iemand insolvent is, terwijl dit niet het geval is), op vergelijkbare wijze aansprakelijk, als wanneer het dergelijke informatie zou hebben verstrekt zonder dat een contractuele band met de bestemming van de informatie voorligt.¹¹⁹ De derde heeft schade geleden doordat er tegelijkertijd een wanprestatie voorligt, zoals bij productaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders, aannemers en architecten.¹²⁰ “*Iedere professionele fout levert haast ipso facto een onrechtmatige daad op jegens derden benadeelden. De uitoefening van een bepaald beroep roept bepaalde zorgvuldigheidsplichten in het leven t.a.v. het publiek. Dit moet er immers op kunnen vertrouwen dat de “vakman” zijn vak beheerst*”.¹²¹ In tegenstelling tot de eerste categorie zouden die gevallen van professionele aansprakelijkheid¹²² wel

¹¹⁶ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 180-181, nr. 245.

¹¹⁷ Daarnaast is het mogelijk dat de “ontmoeting” van de derde met het contract ook wel voorzien kan zijn, maar het contract nog steeds geen normatief verband met het onrechtmatigheidsoordeel vertoont (C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 62, nr. 86. Zie ook zijn onderscheid in *Overeenkomsten en derden*, p. 257-259, nr. 288-292 (toevallige ontmoeting; voorziene ontmoeting maar geen normatief verband; voorziene ontmoeting en normatief verband)).

¹¹⁸ J. LIMPENS, “Responsabilité du contractant envers les tiers”, p. 100, nr. 5-6. Zie ook R.O. DALCQ, *Les Nouvelles, Droit civil*, V, p. 209-210, nr. 402. Voor specifieke toepassingen zie E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 461-462, nr. 222.

¹¹⁹ Zie R.M. BOSSUYT, “De aansprakelijkheid van banken en inlichtingenkantoren voor onjuiste, misleidende informatie”, *Bank Fin.* 1989, 541-542. Zie ook reeds J. VAN RYN, noot onder Brussel, *B.J.* 1930, kol. 560.

¹²⁰ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 181-182, nr. 246.

¹²¹ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 182, nr. 247.

¹²² Dirix hanteert een lichtjes andere indeling door van de gevallen van professionele aansprakelijkheid (toevallig gevolg van wanprestatie) een (iets ruimere) restgroep te onderscheiden die slaat op “*de personen (...) die belang hebben bij de uitvoering van de overeenkomst of die met A en/of B in een bijzondere relatie staan (bijv. familiaal, contractueel ...)*” of de zogenaamde contractueel betrokken derden (*tiers intéressés, contractually involved third parties*). Het gaat om derden die feitelijk een andere positie innemen dan de zgn. *penitus extranei*, waardoor de vraag rijst of ze ook juridisch een andere positie innemen (E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p.

onder het samenloopverbod vallen wanneer de betwisting tussen contractpartijen zou rijzen.

In andere gevallen maakt de overeenkomst en de tekortkoming aan die overeenkomst een essentieel element (*élément essentiel/intrinsèque*) uit voor de buitencontractuele aanspraak van de derde, of, om de woorden van du Perron te gebruiken, bestaat er een normatief verband tussen de wanprestatie en de (buitencontractuele) foutbeoordeling. Indien de derde zich niet in bepaalde mate op de overeenkomst kon beroepen, zou hij in zijn vordering ook niet kunnen slagen. Zonder overeenkomst op grond waarvan de aangesprokene tot een bepaalde verplichting is gehouden, zou er ook geen sprake zijn van een delictuele fout.¹²³ In het typevoorbeeld spreekt een slachtoffer van een liftongeval de firma aan die zich tegenover de eigenaars van het gebouw heeft verbonden om de lift te onderhouden, maar zich van die onderhoudstaak niet voldoende heeft gekweten. Of nog, wanneer een koper van een onroerend goed een rechtstreekse (delictuele) aanspraak wil laten gelden tegen de landmeter die enkel met de verkoper van het te meten stuk grond in een contractuele band staat en die de oppervlakte van het onroerend goed verkeerdelijk (te groot) heeft weergegeven, dan kan die aanspraak maar succesvol zijn als de koper zich op de overeenkomst tussen verkoper en landmeter kan beroepen. Wanneer Limpens met anderen zich afvraagt of “*N'est-ce pas là forcer le cercle contractuel?*”¹²⁴, dan antwoordt hij onmiddellijk in negatieve zin: “*le contrat peut avoir pour effet d'élargir le devoir général de prudence du contractant; le contrat peut ajouter des régions nouvelles au domaine de la responsabilité délictuelle*”.¹²⁵

Onmiddellijk voegt Limpens er, bewust van het gevaar van een dergelijk algemeen beginsel, evenwel een belangrijke beperking aan toe: in algemene regel, zo stelt hij nogal bruusk, zal een tweede overeenkomst het oorzakelijk verband verbreken. Dat contract doet een situatie ontstaan

183-184, nr. 249; idem, “Onderaanneming”, *T. Aann.* 1991, p. 35, nr. 11). Volgens Cornelis is dit onderscheid enigszins artificieel omdat de voorbeelden die Dirix van de derde categorie geeft, gevallen van beroepsaansprakelijkheid zijn die juist onder de tweede categorie vallen (L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 121, noot 218). Die kritiek is niet zo belangrijk zolang, zoals in hun opzicht gebeurt, weinig gevolgen aan dit onderscheid kleven. Dit onderscheid kan wel feitelijk van belang zijn wanneer een doorwerking van een overeenkomst op buitencontractueel vlak voor mogelijk wordt gehouden, wat nader in het vierde deel aan bod komt.

¹²³ J. LIMPENS, “Responsabilité du contractant envers les tiers”, p. 100-101, nr. 7. Zie ook R.O. DALCQ, *Les Nouvelles, Droit civil*, V, p. 210, nr. 403.

¹²⁴ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 171-172, nr. 231; J. LIMPENS, “Responsabilité du contractant envers les tiers”, p. 101, nr. 9, naar de woorden van H. en L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Parijs, Montchrestien, I, 1965, p. 179, nr. 144-3 (“*Se prétendre créancier d'une obligation prise entre les parties, c'est forcer le cercle du contrat*”).

¹²⁵ J. LIMPENS, “Responsabilité du contractant envers les tiers”, p. 102, nr. 9.

waaromtrent de oorspronkelijke contractant zich niet hoeft te kommeren. Een uitzondering op die uitzondering geldt dan weer, maar alleen dan, wanneer “*la violation de l'un devait nécessairement entraîner des perturbations dans l'exécution de l'autre et que les parties contractantes étaient conscientes de cette interférence*”.¹²⁶ Sinds het artikel van Limpens is die uitzondering vaak uit het oog verloren, zodat de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent de proporties heeft kunnen aannemen die ze nu heeft.

Alleen wanneer er een normatief verband bestaat tussen een contractuitvoering en een belang van een derde, m.a.w. wanneer een wanprestatie een essentieel element is bij de beoordeling van het foutieve karakter van gedrag, staat de relativiteit van de overeenkomst (of van de “*contractswerking*”, zoals du Perron het noemt) ook bij de fase van het uitvoeren van een overeenkomst centraal.¹²⁷ Alleen dan rijst de vraag of en wanneer er aan de overeenkomst reflexwerking kan worden toegekend.¹²⁸ Wanneer in die gevallen aansprakelijkheid van een contractant tegenover een derde wordt aanvaard (zoals in het Atiba-arrest¹²⁹), is er nog geen sprake van een echte uitzondering op de relativiteit, maar gaat het eerder om een vorm van *indirecte doorwerking* van de overeenkomst.¹³⁰ Doorwerking van de overeen-

¹²⁶ J. LIMPENS, “Responsabilité du contractant envers les tiers”, p. 103, nr. 12. Zie ook R.O. DALCQ, *Les Nouvelles, Droit civil*, V, p. 210-211, nr. 405 (“*lorsque les deux contrats sont si intimement associés que la violation de l'un devait fatalement entraîner l'inexécution du second*”), in navolging van H. DE PAGE, “La relation causale en matière de responsabilité civile” (noot onder Cass. 5 maart 1953 en Brussel 22 januari 1955), *R.C.J.B.* 1955, 192-201 (p. 199: “*l'interposition d'un contrat coupe toujours la relation causale, et il n'y aurait d'exception que si le tiers avait participé, concouru sciemment au fait de non-exécution ou de mauvaise exécution du contrat qui laisse l'autre contractant en perte.*”). Zie ook J. VAN RYN, *o.c.*, *B.J.* 1930, 561 (“*Ce droit (indirect à l'exécution des contrats que, par le moyen de l'article 1382, la jurisprudence reconnaît à des tiers, malgré l'article 1165) existe lorsque le contrat devait en fait profiter au tiers et que le débiteur le savait*”).

¹²⁷ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 256, nr. 287 en p. 304, nr. 355.

¹²⁸ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 305, nr. 356.

¹²⁹ Cf. *infra*, nr. 531.

¹³⁰ J.K. FRANX, concl. onder HR 30 juni 1978, *N.J.* 1978, nr. 694, p. 2286, kol. 2. Soms wordt een geval ten onrechte als een toepassing van de doorwerking van een wanprestatie beschouwd. Getuige daarvan een arrest van de Hoge Raad van 8 november 1996. In een overeenkomst tussen een zelfregulerend orgaan in de vleeskalversector en de erbij aangesloten kalverslachterijen was bedongen dat uitsluitend aangesloten kalvermesters op de diensten van de slachterijen mochten rekenen. Tegelijk was in die overeenkomst terwille van de niet-aangesloten kalvermesters een zogenaamd ontheffingsbeding voorzien, waarbij het orgaan de bevoegdheid had om aan een bij hem aangesloten slachterij ontheffing te verlenen van de verplichting om alleen kalveren van aangesloten leveranciers af te nemen. Het orgaan stond op het standpunt aan zijn medecontractant-slachterij De Boer voor kalvermester Boskovee van die verplichting geen ontheffing te verlenen. De Kalvermester stelt tegen het zelfregulerend orgaan een vordering tot schadevergoeding in op grond van onrechtmatige daad. Volgens de feitenrechter heeft het orgaan door zijn weigering misbruik gemaakt van zijn bevoegdheid om al dan niet een ontheffing te verlenen en zo tegenover Boskovee ook een onrechtmatige daad begaan. De Hoge Raad verwerpt de opgeworpen grief doordat “*het weigeren gebruik te maken van een jegens een contractuele wederpartij gegeven bevoegdheid*”

komst is slechts “*gerechtvaardigd door de wijze waarop het belang bij de uitvoering van de overeenkomst betrokken is geraakt*” en niet alleen al door de verbondenheid met een derdenbelang op zich.¹³¹

De situatie van het normatief verband zal zich vooral bij zuivere vermogensschade voordoen. Persoons- en zaakschade worden immers meestal reeds los van met de overeenkomst verbonden zorgplichten beschermd.¹³² De illustratie van du Perron is terzake treffend. Wanneer een onderneming een centraleverwarmingsketel installeert in een pand dat daarna wordt verkocht, dan kan de koper de installateur slechts aanspreken voorzover de ketel tegelijk niet voldoet aan de overeenkomst tussen de installateur en de verkoper van het pand (b.v. geen overmacht). Wanneer de ketel daarentegen een veiligheidsgebrek vertoont en brand veroorzaakt, waardoor de koper schade lijdt, dan is het voor de onrechtmatigheid niet vereist dat er een wanprestatie voorligt; ook als het contract dan nietig zou zijn, is het voldoende dat de installateur onzorgvuldig heeft geïnstalleerd.

39. Zelfs al is op een eenvoudige wijze uit te maken onder welke situatie een concreet geval moet worden geklasseerd, moet men, om te weten of een derde tegen een contractant al dan niet een aanspraak kan richten, eerst onderzoeken welk antwoord een rechtssysteem op de assimilatievraag geeft, wat in het vierde deel uitvoerig aan bod komt.

D. Tweepartijenverhoudingen

40. Het probleem van de verhouding tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid komt het scherpst tot uiting in tweepartijenverhoudingen, met de vraag in welke mate de buitencontractuele aansprakelijkheid ook tussen contractpartijen van toepassing kan zijn. Het antwoord is verschillend naargelang er al dan niet tegelijk een wanprestatie voorligt.

onder omstandigheden een onrechtmatige daad jegens een derde kan opleveren.” (HR 8 november 1996, N.J. 1997, nr. 136, concl. adv.-gen. J.B.M. VRANKEN). Ook al is het ontheffingsbeding geen derdenbeding, toch is het ook in het belang van de kalvermesters bedongen, zij het onrechtstreeks. Du Perron becommentarieert terecht: “*Aldus was de uitleg van het ontheffingsbeding als een mede in het belang van Boskovee geschreven bepaling naar mijn opvatting in deze zaak niets meer dan een kortere weg naar hetgeen ook bij gebreke van die uitleg in het licht van de normen van maatschappelijke betamelijkheid en redelijkheid en billijkheid zou hebben gegolden op grond van een waardering van de belangen van alle betrokkenen*” (C.E. DU PERRON, “Misbruik contractuele bevoegdheid onrechtmatig jegens derde”, N.T.B.R. 1997, (153) 156).

¹³¹ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 258, nr. 290. “*De Franse poging het vraagstuk op te lossen door de aansprakelijkheid van partijen jegens derden in het algemeen te contractualiseren, is mede hierop stukgelopen.*”

¹³² C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 259, nr. 292.

1. Geen wanprestatie

41. Als niet aan de materiële voorwaarde voor contractuele aansprakelijkheid is voldaan, m.a.w. als er geen wanprestatie voorligt, dan is het in tweepartijenverhoudingen in beginsel onbetwist dat de buitencontractuele aansprakelijkheid kan spelen. “*Uit de enkele omstandigheid dat er tussen hem die de schade heeft veroorzaakt en het slachtoffer ervan een overeenkomst bestaat, (volgt niet) dat een extra-contractuele aansprakelijkheid uitgesloten is*”.¹³³ Een naast elkaar bestaan (*juxtaposition* of *superposition*) van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen is mogelijk.¹³⁴ Zodra buiten het contractuele veld wordt getreden, kan de buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen van toepassing zijn.¹³⁵

Toch is de toepassing van dit beginsel niet altijd even duidelijk. Het al dan niet bestaan van een wanprestatie is immers afhankelijk van de reikwijdte zowel van de verplichtingen uit overeenkomst als van de contractuele aansprakelijkheid.¹³⁶

Wat de verplichtingen uit overeenkomst betreft, biedt het Franse debat inzake contractuele veiligheidsverplichtingen (*obligations de sécurité*)¹³⁷ een mooie illustratie. Dergelijke verplichtingen worden meer en meer (nu eens als middelen- dan weer als resultaatsverbintenissen)¹³⁸ in de meest diverse overeenkomsten gelezen, maar eigenlijk gaat het om een contractuele opname van wat reeds tot de algemene zorgvuldigheidsplicht behoort.¹³⁹

¹³³ Zie Cass. 7 november 1969, *Arr. Cass.* 1970, I, 241, *Pas.* 1970, I, 215 (art. 1385 B.W. ingeroepen door een door runddier verwonde veearts toen die wettelijk verplichte inenting kwam verrichten). Zie o.m. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, p. 1454, nr. 238 die het onderscheid maken tussen een fout naar aanleiding of ter gelegenheid van het contract enerzijds en een fout in de uitvoering van het contract anderzijds. Soms wordt het arrest ten onrechte geciteerd als daterend van de periode van voor het samenloopverbod alsof het arrest nu anders zou luiden, *quod non* (zie o.m. V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes de droit privé” (noot onder Cass. 7 november 1997), *R.C.J.B.* 1999, 737, nr. 8, voetnoot 11).

¹³⁴ Voor een toepassing zie Rb. Brussel 21 april 1936, *R.G.A.R.* 1936, nr. 2.150 (huur – liftongeval).

¹³⁵ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 903 en 908, nr. 927.

¹³⁶ “*Une grande partie des discussions trouve dès lors son origine dans des différences d’interprétation au sujet du contenu même du contrat*” (R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, “Responsabilité aquilienne et contrats” (noot onder Cass. 7 december 1973), *R.C.J.B.* 1976, p. 22, nr. 2).

¹³⁷ Te vergelijken met de Duitse constructie van *positive Vertragsverletzung* (C. VON BAR, opmerking in E. LORENZ, *Einbeziehung Dritter in den Vertrag* (Karsruher Forum 1998), Karlsruhe, Versicherungswirtschaft, 1999, 109).

¹³⁸ Voor een overzicht zie G. VINEY, *Conditions*, p. 398-412, nr. 499-501 en p. 476-487, nr. 550-554.

¹³⁹ H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 161, nr. 3; F. DE LY, “De aansprakelijkheid van aangestelden en uitvoeringsagenten tegenover de medecontractant van de aansteller – Contractuele en quasi extra-contractuele immuniteit”, in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, nr. 3, p. 12.

Wat de reikwijdte van de contractuele aansprakelijkheid betreft, was het in het Duitse recht ooit een twistpunt in welke mate contractuele aansprakelijkheid zich niet alleen uitstrekt tot de wettelijk geregelde gevallen van toerekenbare niet-nakoming van een overeenkomst (*zu vertretende Unmöglichkeit*)¹⁴⁰ of van laattijdige niet-nakoming (*Verzug*),¹⁴¹ maar ook tot zogenaamde *positive Forderungs(Vertrags)verletzungen*, d.w.z. in geval van een gebrekkige nakoming (*Schlechtleistung*) of in geval van een schending van een accessoire verplichting (*Verletzung von Nebenpflichten*).¹⁴²

42. Als het al lukt om de zeer verspreide rechtspraak terzake op te sporen, lijkt het een haast onmogelijke opgave om in de Belgische rechtspraak terzake een lijn te trekken.

De illustraties spreken voor zich. Zo is enkel de regeling van de buitencontractuele aansprakelijkheid mogelijks van toepassing, wanneer in het kader van aannemingswerken aan een gebouw op een perceel, op een ander perceel schade wordt berokkend, ook al horen beide percelen aan dezelfde eigenaar toe.¹⁴³ Een stap verder gaat het als een eigenaar van een gebouw zich rechtstreeks ten aanzien van een uitvoeringsagent van de hoofdaannemer op art. 1382 B.W. kan beroepen, wanneer de contractueel overeengekomen werken aan een plat dak met roofing ten gevolge van brand tot schade aan een strodak leiden, ook al gaat het om hetzelfde gebouw en ook al is de eigenaar ervan tevens de opdrachtgever.¹⁴⁴ Voor de Franstalige auteur Rasir is de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid vanzelfsprekend wanneer een aannemer van dakwerken bij het passeren door de hall van zijn opdrachtgever een schilderij beschadigt.¹⁴⁵ Of nog, wanneer een gebrekkig warmwatertoestel in een garage ontploft en daardoor schade wordt veroorzaakt aan de wagen die ter herstelling in de garage staat, kan de eigenaar van de wagen voor de eraan

¹⁴⁰ § 280, 324, 325 BGB.

¹⁴¹ § 284 et seq. BGB.

¹⁴² Een typisch voorbeeld is de dood van dieren die door vergiftigd veevoeder wordt veroorzaakt (*Palandt*, § 276, nr. 104 et seq.). Voor een uiteenzetting in het Nederlands zie P. SMITS, A.H.F.M. WIJERS, *Duits verbintenissenrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 161 et seq. Voortaan staat in § 280 BGB n.F. evenwel het begrip "*Pflichtverletzung*" centraal.

¹⁴³ Gent 18 april 1997, *A.J.T.* 1999-2000, (41) 42, kol. 2. Zie ook Cass. fr. (civ. I) 2 november 1978, *Bull. civ.* 1978, I, nr. 327.

¹⁴⁴ Rb. Antwerpen 17 oktober 1979, *R.W.* 1980-81, 1479, door sommigen als een toepassing van de verfijningsleer beschouwd (zie C. PAUWELS, "Over metaalslakken en vergiftigde koeien: een geval van samenloop?" (noot onder Antwerpen 23 januari 1986), *R.W.* 1986-87, kol. 331, nr. 3). Dit vonnis toont aan dat de theoretische grens tussen de hypothesen van wanprestatie, waarin van de samenloopleer toepassing wordt gemaakt, en die waarin geen wanprestatie voorligt, in de praktijk zeer dun is.

¹⁴⁵ R. RASIR, "Cumul de la responsabilité contractuelle et aquilienne", *J.T.* 1976, 165.

toegebrachte schade een vordering op grond van art. 1384 eerste lid B.W. tegen de garagist instellen.¹⁴⁶

Twee andere illustraties opteren dan weer voor de contractuele aansprakelijkheid, hoewel de scheidingslijn met de voorgaande gevallen niet duidelijk is. Wanneer aldus de bij schilderwerken gebezigde stellingen omvallen op de bussen die in hetzelfde gebouw staan, is de aannemer volgens de Tongerse Rechtbank van Koophandel contractueel aansprakelijk: “*dat de omstandigheid dat men een goed van de opdrachtgever beschadigt met een van de werktuigen waarmee men zijn taak moet vervullen, onbetwistbaar een contractuele tekortkoming is*”.¹⁴⁷ In het andere geval waar voor contractuele aansprakelijkheid werd geopteerd, had een aannemer ter gelegenheid van de afbraak van een bepaalde fabrieksinstallatie schade berokkend aan de gevel van het achterliggende gebouw en aan de elektriciteitsinstallatie van het gebouw waarin de installatie stond opgesteld.¹⁴⁸

Uit die voorbeelden blijkt dat de toepassing van de buitencontractuele of de contractuele aansprakelijkheid niet zo vanzelfsprekend is als Rasir respectievelijk de Tongerse rechtbank het laten uitschijnen.

43. Waar dit overzicht van de Belgische rechtspraak de indruk wekt dat het om feitenkwesaties gaat waarover het Hof van Cassatie weinig controle kan uitoefenen, gaat de Franse rechtspraak verder. Zo vernietigde het Franse Hof van Cassatie een arrest dat een aannemer van dakwerken op grond van art. 1382 C. civ. aansprakelijk achtte nadat deze een brand had veroorzaakt waardoor het ganse gebouw van de bouwheer was afgebrand: het ganse goed was immers aan de aannemer toevertrouwd en de oorzaak van de brand lag in een object dat voor het dak werd gebruikt.¹⁴⁹ Art. 1384 eerste lid C. civ. is evenmin van toepassing wanneer ter gelegenheid van werken aan de centrale verwarming bij het gebruik van een acetyleenfles de auto van de opdrachtgever door brand wordt vernield.¹⁵⁰

Volgens de kritiek van Jourdain lag hier toch wel een geval van delictuele aansprakelijkheid voor, omdat de schade in casu volledig vreemd is

¹⁴⁶ Gent 16 juni 1980, *R.W.* 1980-81, 2005.

¹⁴⁷ Kh. Tongeren 22 juni 1979, *Limb. Rechtsl.* 1979, 196 (bij schilderwerken gebruikte stellingen vallen op bussen).

¹⁴⁸ Bergen 16 januari 1997, *T.B.H.* 1997, 694, *R.R.D.* 1997, 189 (het is slechts een “*jurisprudence isolée selon laquelle la démolition par un entrepreneur d’une partie du bâtiment étrangère au contrat d’entreprise relève du manquement général au devoir de prudence qui s’impose à tous*”; het criterium is of de verbintenis om na te gaan of een bepaald deel van een goed betrokken is, “*est indissociable de la bonne exécution du contrat d’entreprise*”).

¹⁴⁹ Cass. fr. (civ. III) 9 oktober 1991, *R.C.A.* 1991, nr. 409 becommentarieerd door P. JOURDAIN, “La nature de la responsabilité de l’entrepreneur de couverture pour l’incendie l’immeuble du maître de l’ouvrage”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1992, 107.

¹⁵⁰ Cass. fr. (civ. II) 26 mei 1992 (Aubert/Rigoley), *R.C.A.* 1992, Comm., nr. 346, fel bekritiseerd door G. VINEY, “Chronique. Responsabilité civile”, *J.C.P.* 1992, nr. 3625, p. 503-504, nr. 17.

aan het contract.¹⁵¹ In die lijn gaf de schade die een stuwadoor veroorzaakte aan het schip waaruit hij een pak granietblokken moest uitladen, wel aanleiding tot toepassing van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid tegenover de zeevervoerder: dergelijke schade is vreemd aan het stuwadoorscontract “*comme ne reposant pas sur la violation d’une obligation née de cette convention*”. Om de fout te karakteriseren, was het daarbij voldoende dat “*le dommage avait sa source dans une manipulation défectueuse de ces blocs*”.¹⁵² Recent nog paste het Franse Hof van Cassatie de contractuele aansprakelijkheid exclusief toe, toen een huurder zijn verhuurder had aangesproken voor de hinder die de verhuurder als eigenaar van een *naburig* gebouw had aangericht.¹⁵³

In een poging om in die rechtspraak een lijn te trekken, doen de Franse auteurs uiteenlopende voorstellen. Volgens een eerste visie zou er voor de toepassing van contractuele aansprakelijkheid een oorzakelijk verband moeten bestaan tussen de overeenkomst en de geleden schade.

Een tweede stelling vereist voor een toepassing van de contractuele aansprakelijkheid dat de schade moet betrekking hebben op goederen van de contractant waarop het contract wordt uitgevoerd.¹⁵⁴

Ten slotte stellen Le Tourneau en Cadiet de volgende test voor: “*Lorsqu’une partie subit un préjudice à l’occasion de la convention, mais dans des conditions de fait où pourrait se trouver identiquement un tiers*”, dan speelt de buitencontractuele aansprakelijkheid, tenzij de schade wordt veroorzaakt door een zaak die het voorwerp van de contractuele prestatie uitmaakt.¹⁵⁵ In hun visie moet er met andere woorden voor een toepassing van de contractuele aansprakelijkheid een voldoende nauwe band bestaan tussen het voorwerp van de overeenkomst en het schaderisico.

44. In dergelijke gevallen bestaat een spanning tussen twee problemen.

Ofwel wordt de contractuele aansprakelijkheid zodanig uitgebreid dat een contractant er meestal mee kan volstaan de contractuele aansprakelijkheid in te roepen, maar op die manier ontstaat een discrepantie in de rechtspositie van een contractant en een derde wanneer ze beide het slachtoffer zijn van dezelfde feiten.¹⁵⁶

¹⁵¹ P. JOURDAIN, “Le contrat d’entreprise et le domaine de la responsabilité contractuelle entre parties contractantes” (noot onder Cass. fr. (civ. I) 26 mei 1992), *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1992, 767-768.

¹⁵² Cass. fr. (com.) 19 maart 1991, *Bull. civ.* 1991, nr. 116.

¹⁵³ Cass. fr. (civ. III) 10 november 1998, *D.* 1999, Somm., 260, noot P. JOURDAIN.

¹⁵⁴ Zie het overzicht van P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, Parijs, Cujas, 1993, p. 499, nr. 876-877.

¹⁵⁵ P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 119, nr. 337-338.

¹⁵⁶ Zie o.m. E. SAVAUX, “La fin de la responsabilité contractuelle?”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1999, p. 10, nr. 14.

Ofwel wordt het domein van de contractuele aansprakelijkheid beperkt, in de zin dat het onderscheid meer gericht is op de aard van de schade (zoals de laatstgenoemde visie in de Franse rechtsleer) waardoor niet langer een onderscheid tussen contractanten en derden ontstaat. Aan dit alternatief hangt dan weer het nadeel vast dat er wel een groter aantal gevallen ontstaan waarbij éénzelfde contractpartij tegelijk de contractuele en de delictuele aansprakelijkheid (afhankelijk van het soort schade) moet inroepen.¹⁵⁷

Uiteindelijk blijft die scheidingslijn in grote mate een feitenkwestie,¹⁵⁸ waarbij de feitenrechter vrij kan beslissen tot waar de inhoud van een overeenkomst strekt (een vrijheid die beperkt is door de in cassatie controleerbare denaturatie van een eventuele akte).¹⁵⁹

2. Wanprestatie

45. Een geheel andere vraag¹⁶⁰ is het in welke mate de buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen voor een door een bepaald feit veroorzaakte schade nog van toepassing kan zijn, wanneer met dit feit de materiële voorwaarde voor contractuele aansprakelijkheid (wanprestatie) wél met zekerheid is vervuld. Zuiver logisch gezien zijn hierbij vier alternatieven denkbaar.¹⁶¹

In de eerste plaats zou een wanprestatie *ipso facto* als een onrechtmatige daad kunnen worden beschouwd. In die redenering vormt een wanprestatie een inbreuk op een wettelijke verplichting, met name de verbindende kracht van de overeenkomst die de basis van het contractenrecht in alle bestudeerde rechtssystemen vormt, en bijgevolg een onrechtmatige daad. Hoe logisch die redenering ook zou mogen zijn, geen enkel bestudeerd rechtssysteem blijkt die visie genegen te zijn.

In de tweede plaats kan een rechtssysteem ervoor opteren dat de buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen werkt, zodra de alge-

¹⁵⁷ Zie E. SAVAUX, *o.c.*, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1999, p. 21, nr. 34; G. VINEY, "De l'utilité ou de l'inutilité de la responsabilité contractuelle", *J.C.P.* 1999, I, nr. 147/2, nr. 6.

¹⁵⁸ Zie over de band met de al dan niet toepasselijke dekking van schade door een aansprakelijkheidsverzekering (P.-H. DELVAUX, "Le champ d'application matériel de l'assurance de la responsabilité civile «exploitation», *R.G.A.R.* 1989, nr. 11512, nr. 20. Schade aan een aan de aansprakelijke medecontractant toevertrouwd goed wordt door aansprakelijkheidsverzekeringen doorgaans uitgesloten).

¹⁵⁹ Zie G. DURRY, noot onder Cass. fr. (civ. II) 3 maart 1977, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1977, 557 (schoonmaakbedrijf).

¹⁶⁰ Ook al is de grens tussen beide situaties in de praktijk niet altijd even duidelijk (cf. *supra*, nr. 42).

¹⁶¹ Ongeacht het scenario rijst als eerste vraag wanneer eenzelfde feit tegelijk een wanprestatie en een onrechtmatige daad uitmaakt, en meer specifiek wanneer een wanprestatie tegelijk een inbreuk uitmaakt op een algemene zorgvuldigheidsplicht of wanneer een contractuele verplichting eigenlijk niets anders is dan een contractualisering van een algemene zorgvuldigheidsplicht. Op die problematiek komen we in het vierde deel uitgebreid terug.

mene toepassingsvoorwaarden ervan zijn vervuld. In die visie worden voor de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen geen bijkomende voorwaarden gesteld. In die visie zijn de voorwaarden dan ook identiek, of het nu gaat om twee- dan wel om driepartijenverhoudingen, zodat een onderscheid tussen samenloop en coëxistentie niet zinvol is.

Volgens een derde stelling kan de buitencontractuele aansprakelijkheid alleen tussen contractpartijen spelen, voorzover aan bijkomende voorwaarden is voldaan.

Ten slotte kan een rechtssysteem ervoor opteren dat samenloop tussen beide aansprakelijkheidsregelingen tussen twee contractpartijen (én tussen een contractpartij en die derden die met behulp van één of andere contractuele techniek, zoals een derdenbeding, hun aanspraak op de overeenkomst kunnen gronden)¹⁶² in principe niet mogelijk is. Dit laatste scenario komt neer op een omzetting van de personele toepassingsvoorwaarde voor contractuele aansprakelijkheid in een personeel onderscheidingscriterium tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheidsregelingen.

Een samenloopleer wil het antwoord bieden op de volgende vraag: wanneer een contractant een wanprestatie heeft begaan en met dit feit tegelijkertijd de voorwaarden voor de buitencontractuele aansprakelijkheid zijn voldaan, kan zijn medecontractant dan kiezen of hij op de regeling van de contractuele dan wel op die van de buitencontractuele aansprakelijkheid een beroep doet?

Over dit vraagstuk van samenloop (*concours/option/* (vroeger) *cumul, concurrence of actions, Anspruchs(normen)konkurrenz*)¹⁶³ bestaat in het Europese landschap geen eensgezindheid. In grote lijnen bestaan er twee groepen van systemen, enerzijds zij die de samenloop eerder genegen zijn (I. prosamenloop) en anderzijds zij die er eerder vijandig tegenover staan (II. contra-samenloop), al moet het onderscheid tussen beide niet worden overdreven (III).

Vooraf is nog op te merken dat de lezer misschien verwonderd is dat er in het kader van een studie over derdenwerking aan de samenloop tussen contractpartijen aandacht wordt besteed, maar dit is om verschillende redenen nuttig en zelfs noodzakelijk. In de eerste plaats wordt de Belgische leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent door de samenloopleer geïnspireerd: om te vermijden dat de samenloopleer in de context van welbepaalde samenhangende overeenkomsten zou worden omzeild, geniet de uitvoeringsagent mee van het voordeel dat uit het samenloopver-

¹⁶² Zie de opmerkingen i.v.m. de personele toepassingsvoorwaarde, cf. *supra*, nr. 32 en *infra*, nr. 292 et seq.

¹⁶³ In het algemeen betreft het de vraag van samenloop van wetsbepalingen die beide op één geval kunnen worden toegepast maar niet tot dezelfde resultaten leiden.

bod voortvloeit. Daarom ook zal dieper worden ingegaan op de samenloop leer in België en zijn inspirator Frankrijk dan deze in andere systemen. Bovendien maken de meeste rechtssystemen, zoals eerder gezegd, niet steeds even goed het onderscheid tussen twee- en driepartijenverhoudingen. Ten slotte is het wellicht mogelijk om in de rechtspraak van systemen die de samenloop genegen zijn, te vinden wat voor de doorwerking van een overeenkomst op een buitencontractuele aanspraak tegen een medecontractant bepalend is, wat ook in het kader van doorwerking van overeenkomsten in verhoudingen met derden kan meespelen. Doorwerking van een overeenkomst op een buitencontractuele aanspraak wordt met name aanvaard, in de mate dat de aansprekende contractpartij op een ongerechtvaardigde wijze aan haar contractuele bepalingen zou kunnen ontsnappen.

I. Contra-samenloop

a. Beginsel

46. Reeds sinds het einde van de negentiende eeuw is het Franse recht het samenloopverbod genegen,¹⁶⁴ ook al klonken er nu en dan ook kritische stemmen.¹⁶⁵ Ook systemen als Québec¹⁶⁶ en Luxemburg huldigen het samenloopverbod.

¹⁶⁴ Het basisarrest terzake is Cass. fr. (civ.) 11 januari 1922, in *Les grands arrêts*, Parijs, Dalloz, 1994, p. 456-457, nr. 107 (vaststellingsovereenkomst). Recentere toepassingen in Cass. fr. (civ. I) 23 november 1966, *D.* 1967, Jur., 313, noot M. CABRILLAC (stierengevecht); Cass. fr. (civ. II) 9 april 1970, *J.C.P.* 1970, IV, 136 (lening); Cass. fr. (civ. I) 11 mei 1982, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1983, 145-146, noot G. DURRY (loodgieterij); Cass. fr. (com.) 26 februari 1985, *Bull. civ.* 1985, IV, nr. 78 (verzekering); Cass. fr. (civ. I) 4 november 1992, *Bull. civ.* 1992, I, nr. 276; Cass. fr. (civ. I) 27 januari 1993, *Gaz. Pal.* 1993, 434, noot F. CHABAS (vrijwillige bijstand); Cass. fr. (civ. II) 9 juni 1993, *Bull. civ.* 1993, II, nr. 204, *J.C.P.* 1993, IV, nr. 2028, *J.C.P.* 1994, II, nr. 22264, noot F. ROUSSEL (aanneming); Cass. fr. (soc.) 11 oktober 1994, *J.C.P.* 1994, IV, nr. 2501 (arbeidsovereenkomst en art. 1384 eerste lid C. Civ.).

Voor rechtsleer zie o.m. P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 122, nr. 345-346; H. en L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 385, nr. 404, B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, II, Contrat*, Parijs, Litec, 1995, p. 762, nr. 1837-1838.

¹⁶⁵ Zie G. VINEY, *Introduction*, vooral p. 436-437, nr. 239-1. In "Chronique. Responsabilité civile", *J.C.P.* 1993, I, nr. 3727, p. 540, nr. 5 pleit ze ervoor "plutôt que de poser une règle aussi générale et abstraite... se contenter de dire qu'on ne peut jamais, en recourant à des règles extra-contractuelles, porter atteinte, directement ou indirectement, aux stipulations du contrat?"

¹⁶⁶ In Quebec werd een wetsbepaling ingevoerd die tegen een vroegere beslissing van de Supreme Court inging (*Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.* (1981) 1 S.C.R. 578, in *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1983, 223). Art. 1458: "Every person has a duty to honour his contractual undertakings. Where he fails in his duty, he is liable for any bodily, moral or material injury he causes to the other contracting party and is liable to reparation for the injury; neither he nor the other party may in such a case avoid the rules governing contractual liability by opting for rules that would be more favourable to them".

Het samenloopverbod zou in de eerste plaats door de wil van de contractpartijen zijn ingegeven. De economie van de overeenkomst of het contractuele evenwicht vereist dat enkel de contractuele regels van toepassing zijn.¹⁶⁷

Daarnaast zou het samenloopverbod ook door de wil van de wetgever zijn geïnspireerd, doordat die naargelang van de aard van aansprakelijkheid in andere rechtsgevolgen heeft voorzien en zonder samenloopverbod dit verschil in regeling anders zinloos zou zijn geweest.¹⁶⁸ Hiermee hangt nauw samen dat het samenloopverbod ook uit de systematiek van ons verbintenissenrecht zou voortvloeien: het contractenrecht is een *lex specialis* en geniet in een verhouding tussen contractpartijen de voorkeur boven de (gemeenrechtelijke regeling van) onrechtmatige daad, de ongerechtvaardigde verrijking en de verbintenis uit eenzijdige wilsuiting.¹⁶⁹

Volgens een bepaalde strekking in de rechtsleer zou het samenloopverbod ten slotte ook verband houden met het openbare-orde-karakter van art. 1382 C. Civ.¹⁷⁰ dat exonerationclausules op buitencontractueel vlak onmogelijk maakt.¹⁷¹ Indien dan contractpartijen zich op de delictuele aansprakelijkheid konden beroepen, dan zouden contractuele exonerationbedingen geen betekenis meer hebben, zou voor de contractpartijen bovendien voor de ordening van hun rechtsverhouding weinig ruimte open blijven¹⁷² en zou het contractuele evenwicht ten slotte ernstig bedreigd zijn.¹⁷³ Dit bijkomend argument vindt vandaag de dag steeds minder steun in de rechtsleer die art. 1382 C. Civ. niet langer van openbare orde acht.¹⁷⁴

47. In België waar art. 1382 B.W. in ieder geval niet van openbare orde is, twist de rechtsleer al van bij het begin van de twintigste eeuw over de vraag of het Hof van Cassatie al dan niet het Franse voorbeeld volgt.

¹⁶⁷ Zie als voorbeeld van een uitgebreide motivering Kh. Brussel 10 mei 1949, *R.G.A.R.* 1951, nr. 4753: “*si le contractant pouvait, en dépit du contrat, invoquer la responsabilité aquilienne, ce serait empêcher le contrat de sortir ses effets, nier que la responsabilité puisse être laissée à l’appréciation des contractants; Attendu, au surplus, que le contractant ne peut substituer la responsabilité aquilienne à la responsabilité contractuelle dans le dessein de tirer parti du régime plus favorable qui lui conférerait la première; que cette solution est unanimement admise*”.

¹⁶⁸ Zie Rb. Kortrijk 20 mei 1954, *R.G.A.R.* 1955, nr. 5588.

¹⁶⁹ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 62, nr. 75, p. 183, nr. 248.

¹⁷⁰ Zie o.m. C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 49, nr. 68.

¹⁷¹ Zie P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 158-159, nr. 470-472 en p. 174, nr. 532; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, II, Contrat*, Parijs, Litec, 1995, p. 728, nr. 1764; D. VEAUX, *J.Cl.Civ.*, tw. *Art. 1146 à 1155, Fasc. 15*, nr. 54.

¹⁷² Zie P. SCHLECHTRIEM, “Vertragliche und ausservertragliche Haftung”, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, II*, Bundesanzeiger, 1981, 1599: “*Nur wenn die ausservertragliche Haftung freizeichnungsfest wäre, würden Konkurrenzprobleme entstehen*”.

¹⁷³ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 255, nr. 285.

¹⁷⁴ Zie o.m. H. en L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 778, nr. 638.

Sinds de zeventiger jaren slaat de inzet van de discussie op de twee volgende formules die het Hof van Cassatie in zijn traditionele stijl hanteert, al kwam de tweede – en daarom fel betwiste – formule slechts in één arrest voor: “*dat een contractspartij, wegens een bij de uitvoering van de overeenkomst begane fout, slechts dan extracontractueel aansprakelijk kan worden gesteld, indien de haar ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt, niet aan de contractuele verbintenis, doch aan de algemene zorgvuldigheidsplicht en indien die fout andere dan aan de slechte uitvoering van de overeenkomst te wijten schade heeft veroorzaakt*”¹⁷⁵ en “*dat het (arrest) niet vaststelt dat de (...) fout en de door die fout veroorzaakte schade vreemd zijn aan de uitvoering van het (...)contract*”.¹⁷⁶

Over het cumulatief karakter van de twee genoemde voorwaarden bestaat geen twijfel.¹⁷⁷ Wil een feitenrechter voortaan de buitencontractuele aansprakelijkheid op een rechtsverhouding tussen contractanten toepassen, dan is hij er op straffe van cassatie toe gehouden vast te stellen dat de fout én de schade niet (zuiver) contractueel zijn.¹⁷⁸

Over de invulling van beide voorwaarden bestond en bestaat nog steeds veel betwisting. De twee interpretaties van die formules zijn gemeenzaam bekend onder de verdwijnings- en verfiijningsleer.

Geïnspireerd door één van de meest notoire tegenstanders van de samenloop, H. De Page, verdedigt een meerderheid van Belgische auteurs de verdwijningsleer, die contractanten in principe geen optie laat tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, zodat een principiële samenloopverbod ons recht beheerst.¹⁷⁹ Volgens die leer bestaan er

¹⁷⁵ Formule zoals letterlijk gebruikt in Cass. 14 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 179. Zie ook Cass. 8 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 934, *Pas.* 1983, I, 834, *R.W.* 1983-84, kol. 163, noot J. HERBOTS (nalatige antiquair).

¹⁷⁶ Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, *R.W.* 1973-74, 1597, noot J. HERBOTS (met eigen weglatingen en bijvoeging). Een fout kan in feite vreemd zijn aan de overeenkomst in welk geval geen samenloop mogelijk is maar kan ook in rechte er vreemd aan zijn (R. RASIR, “Cumul de la responsabilité contractuelle et aquilienne”, *J.T.* 1976, 164-165).

¹⁷⁷ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, p. 1457, nr. 239; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, “Overzicht”, *T.P.R.* 1987, p. 1599, nr. 205.

¹⁷⁸ Zie Cass. 28 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, 827 (inlader van goederen berokkent schade aan oplegger); Cass. 7 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *T.B.B.R.* 1998, 153, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1999, 730, noot V. SIMONART, *J.D.S.C.* 2000, 5, noot M. COIPEL. Zie reeds o.m. J. HERBOTS, “De nalatige stuwadoor” (noot onder Cass. 7 december 1973), *R.W.* 1973-74, kol. 1604.

¹⁷⁹ Zie Cass. 4 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971, 989, *Pas.* 1971, I, 940, *R.W.* 1971-72, 371, *R.C.J.B.* 1976, 92 (eerste EBES-arrest); Cass. 14 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 179, *Pas.* 1986, I, 155, *R.C.J.B.* 1988, 341, noot M. VAN QUICKENBORNE, *J.T.* 1986, 600, *R.G.A.R.* 1987, nr. 11217, *Turnh. Rechtsl.* 1987, 150 (deegwarenfabrikant; verbreking van Rb. Turnhout 25 november 1982, *Turnh. Rechtsl.* 1987, 149); Cass. 28 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, 827 (fout bij inladen goederen); Cass. 23 mei 1997, *Arr. Cass.* 1997, 563, *Bull.* 1997, 583, *R.W.* 1998-99, 681, verwijzende noot (gasontploffing).

alleen contractuele fouten en buitencontractuele fouten en geen gemengde (contractueel-buitencontractueel) fouten. Als de fout contractueel is, kan ze niet buitencontractueel zijn.

Volgens de door enkele auteurs verdedigde verfijningsleer zouden gemengde fouten dan weer wel bestaan. In dit opzicht is toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid mogelijk, voorzover aan twee bijkomende voorwaarden is voldaan: niet alleen moet het gaan om een niet-zuiver contractuele fout (per hypothese gaat het om een gemengde fout), maar bovendien moet het slachtoffer niet-zuiver contractuele schade geleden hebben.

Zoals in het tweede deel nog uitgebreid aan bod komt, lijkt het pleit vandaag de dag evenwel definitief voor de verdwijningsleer te zijn gewonnen.¹⁸⁰

De leer van het samenloopverbod of de leer die aan de samenloop bijkomende restrictieve voorwaarden stelt, geldt niet alleen voor de toepassing van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid (art. 1382-1383 B.W.), maar ook bijvoorbeeld voor de objectieve aansprakelijkheid van de bewaarder voor de gebrekkige, onder zijn bewaring staande zaken (art. 1384

Voordien stond de rechtspraak van het Hof van Cassatie eerder positief tegenover samenloop, zij het dat de arresten op uiteenlopende wijze werden geïnterpreteerd: zie Cass. 28 maart 1889, *Pas.* 1889, I, 161 (gekwetste werknemer); Cass. 16 oktober 1902, *Pas.* 1902, I, 350 (art. 1385 B.W.; huisbediende gewond bij verzorging van paard van werkgever); Cass. 2 maart 1922, *Pas.* 1922, I, 183 (jacht); Cass. 13 februari 1930, *Pas.* 1930, I, 115, *R.G.A.R.* 1930, nr. 590, noot J. VAN RYN (vervoer); Cass. 14 maart 1939, *Pas.* 1939, I, 140, noot R.H. Voor een bespreking van die oudere arresten, zie o.m. R.O. DALCQ, "Le problème du "concours" des responsabilités contractuelle et délictuelle et la jurisprudence récente", *R.G.A.R.* 1955, nr. 5480; P. DE HARVEN, "A propos du concours des responsabilités contractuelle et quasi délictuelle", *R.G.A.R.* 1932, nr. 899; M. JACQUEMET, "Quelques remarques à propos de l'étude de M.A. Deville sur les responsabilités contractuelles et délictuelles", *R.G.A.R.* 1933, nr. 1.148; J. VAN RYN, "Quelques remarques à propos des arrêts de la Cour de cassation relatifs au concours des responsabilités contractuelle et délictuelle", *R.G.A.R.* 1932, nr. 1012. Recenter in M. FALLON, "Le concours des actions en responsabilité: tâtonnements et certitudes de la Cour de Cassation de Belgique" (noot onder Cass. 7 december 1973), *Eur. Vervoerr.* 1974, p. 548 et seq., nr. 10 et seq.; W.G., noot onder Cass. 16 mei 1974, *Pas.* 1974, I, 971-973.

¹⁸⁰ Zie o.m. G. HERBOTS, "De onzichtbare man. Over de vraag of de bouwheer de onderaannemer kan aanspreken", *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 54, nr. 2; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, "Overzicht", *T.P.R.* 1995, p. 1514-1527, nr. 195-198; A. VAN OEVELEN, "Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake de sancties bij contractuele wanprestatie", in X, *Overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Kluwer, XXVIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000, p. 179-180, nr. 244. Let wel, als een cassatiearrest betrekking heeft op de toetsing van de toepassing van art. 1382 B.W. tussen contractpartijen, kan het zijn dat de middelen het samenloopverbod niet eens hebben ingeroepen (b.v. Cass. 11 april 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 967, *Pas.* 1979, I, 965).

eerste lid B.W.),¹⁸¹ van de aansteller voor de fouten van zijn aangestelden (art. 1384 derde lid B.W.),¹⁸² de eigenaar of de gebruiker voor zijn dieren (art. 1385 B.W.)¹⁸³ en de eigenaar voor zijn gebouwen (art. 1386 B.W.).¹⁸⁴ Bij dergelijke objectieve, foutloze aansprakelijkheidsregelingen speelt de eerste voorwaarde per hypothese een minder beperkende rol,¹⁸⁵ maar wel de tweede voorwaarde, wat een motief kan zijn voor het stellen van de tweede voorwaarde van de niet-(zuiver)contractuele schade.¹⁸⁶

b. Uitzonderingen

48. In de Franse en Belgische rechtsleer en rechtspraak duiken nu en dan – al dan niet succesvolle – pogingen op om een – al dan niet vermeende – uitzondering op het samenloopverbod te creëren.¹⁸⁷

¹⁸¹ Zie o.m. (nu eens wel, dan weer geen toepassing van art. 1384 eerste lid B.W.) Rb. Brussel 21 april 1936, *R.G.A.R.* 1936, nr. 2150 (huur); Kh. Doornik 11 oktober 1962, *R.G.A.R.* 1963, nr. 7027 (aanneming); Luik 28 april 1977, *Jur. Liège* 1977-78, 57 (verkoop); Gent 16 juni 1980, *R.W.* 1980-81, 2005; Rb. Hasselt 3 januari 1983, *R.W.* 1986-87, kol. 682 (stomerij met zelfbediening); Antwerpen 23 januari 1986, *R.W.* 1986-87, 324, noot C. PAUWELS (gemengd contract); Antwerpen 9 december 1987, *T.B.B.R.* 1990, 444, noot R. DE WIT (vervoer); Rb. Leuven 29 april 1988, *T.B.B.R.* 1990, 428, noot D. DELI (bruikleen); Brussel 22 november 1991, *R.G.A.R.* 1993, nr. 12237 (verkoop); Gent 20 mei 1992, *T.B.B.R.* 1993, 451 (elektriciteitsdistributie); Luik 25 november 1998, *T.B.B.R.* 2000, 297, noot S. HEERINCKX (huur). Zie voor Frankrijk: Cass. fr. (civ. II) 26 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, II, nr. 154 (schade aan wagen door brand bij herstel centrale verwarming); Cass. fr. (civ. I) 9 maart 1970, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1971, 139, noot G. DURRY (restaurant); Cass. fr. (civ. I) 30 oktober 1962, *D.* 1963, Jur., 57, noot P. ESMEIN (medisch); Cass. fr. (civ. I) 7 december 1955, *D.* 1956, Jur., 136 (ontploffing tijdens vullen gascylinder). Recent was in twee vergelijkbare gevallen (rooien van aardappelen op een veld waar een steen leidt tot schade van de aannemer) tot een verschillend resultaat gekomen, waarvan het eerste inefficiënt werd beslist: Rb. Brugge 21 mei 1999, *R.W.* 2000-2001, 204 (buitencontractuele aansprakelijkheid); Gent 16 november 1999, *R.W.* 2000-2001, 200 (geen buitencontractuele en ook geen contractuele aansprakelijkheid).

¹⁸² Cass. 23 mei 1997, *Arr. Cass.* 1997, 563, *Bull.* 1997, 583, *R.W.* 1998-99, 681, verwijzende noot (gasontploffing); Bergen 29 juni 1993, *J.L.M.B.* 1994, 61, noot M. VANDERMERSCH (geen betwisting over band van ondergeschiktheid in het kader van contractuele aansprakelijkheid). Voor Frankrijk zie Cass. fr. (civ. I) 11 januari 1989, *J.C.P.* 1989, II, 21326, noot C. LARROUMET (verzekering).

¹⁸³ Zie o.m. de in noot fel bekritiseerde Brussel 15 mei 1975, *R.G.A.R.* 1977, nr. 9693-9694.

¹⁸⁴ Zie o.m. Brussel 29 mei 1948, *R.G.A.R.* 1948, nr. 4301 (huur).

¹⁸⁵ Tenzij de “inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsplicht”, zoals de eerste voorwaarde voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent door het Hof van Cassatie wordt genoemd, in de context van artikel 1384, eerste lid B.W. moet worden geïnterpreteerd als de inbreuk op de plicht om geen schade te veroorzaken door een gebrekkige zaak te bewaren (zie H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 182, nr. 22; cf. *infra*, nr. 131). Zie reeds de benaming van die vereiste door H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 907, nr. 927: “un DEVOIR *extracontractuel*”.

¹⁸⁶ Cf. *infra*, nr. 131.

¹⁸⁷ Volgens een bepaalde strekking in de rechtsleer is ook het beginsel dat overeenkomsten te goede trouw moeten worden uitgevoerd, niets anders dan een buitencontractuele gedragsnorm die in het contractuele veld wordt binnengeloodst (L. CORNELIS, “Aansprake-

i) *Misdrijf*

49. Wanneer het feit dat een wanprestatie uitmaakt tegelijk voldoet aan de constitutieve voorwaarden van een misdrijf, dan aanvaardt een unanieme Belgische rechtspraak een uitzondering op het samenloopverbod.¹⁸⁸

Wanneer bijvoorbeeld een misdrijf van onopzettelijke doodslag of slagen en verwondingen (art. 418-420 Sw.) voorligt, dan brengt volgens het Hof van Cassatie het bestaan van een contractuele veiligheidsverplichting¹⁸⁹ niet met zich mee, dat alleen de contractuele aansprakelijkheid van toepassing zou zijn aangezien “*de omstandigheid dat een strafbaar feit wordt gepleegd bij de uitvoering van een overeenkomst, aan de toepassing van de strafwet of van de regels van de uit een misdrijf voortvloeiende burgerrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel niet in de weg staat*”. Wel lijkt het Hof een aan het misdrijf inherente schade te vereisen,¹⁹⁰ maar dit is niet meer dan een toepassing van de specifieke voorwaarde voor een burgerlijke vordering voor de strafrechter dat tussen het misdrijf en de schade een voldoende nauw verband moet bestaan.¹⁹¹

De buitencontractuele aansprakelijkheid wordt tussen contractpartijen ook bij andere misdrijven dan bij de reeds genoemde onopzettelijke doodslag of slagen en verwondingen (vaak bij een medische behandeling)¹⁹² toegepast. Voorbeelden uit de rechtspraak hebben betrekking op

lijkheid in de ban van de goede trouw?”, in X, *Recht Halen uit Aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 23, nr. 18). Die visie steunt evenwel op het axioma dat alleen de normen die uit de wil voortvloeien, contractueel van aard zijn.

¹⁸⁸ Zie reeds C. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Brussel, Bruylant, 1884, p. 35-36, nr. 25. Meer recent zie R. ANDRÉ, *Les responsabilités*, Brussel, Bureau d'études R. André, 1981, p. 26, nr. 20; G. HERBOTS, o.c., *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 57, nr. 5; W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 203.

¹⁸⁹ Zelfs al wordt een veiligheidsverplichting in het contractuele veld gesleept, toch blijft de buitencontractuele aansprakelijkheid van toepassing: Brussel 27 juni 1996, *Res Jur. Imm.* 1996, (112) 119; P. WÉRY, “Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente”, *T.B.B.R.* 1998, 92.

¹⁹⁰ Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 244, *Bull.* 1991, 216, *R.C.J.B.* 1992, 497, noot R.O. DALCQ (uitvoeringsagent; dronken kinderen in vakantieverblijf). Impliciet reeds eerder in Cass. 1 juni 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, p. 1291, nr. 562, *Pas.* 1984, I, 1202, *J.T.* 1985, 256 (metaalschaar) en Cass. 1 juni 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, p. 1293, nr. 563, *Pas.* 1984, I, 1204 (vrachtwagen met defecte remmen).

¹⁹¹ R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 152-153, nr. 297; Cass. 15 mei 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, p. 919, nr. 475 (i.v.m. een vordering tot terugbetaling van de kosten voor het wegslepen van een voertuig).

¹⁹² Rb. Turnhout 24 februari 1981, *R.G.A.R.* 1982, nr. 10480, noot; Brussel 22 april 1981, *R.W.* 1982-83, 313 (personenvervoer); Bergen 24 maart 1987, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11458, noot (medisch); Brussel 1 juni 1988, *R.W.* 1989-90, 1401 (voetbal); Luik 10 januari 1995, *T. Gez.* 1995-96, 217, noot (medisch-uitvoeringsagent). Een misdrijf is nochtans niet steeds aanwezig bij fouten ter gelegenheid van een medische behandeling, zoals bijvoorbeeld in het kader van plastische chirurgie: Antwerpen 1 maart 1995, *T.Gez.* 1995-96, 221, noot N. JEGER (tampon in borst achtergelaten).

een valsheid in geschrifte,¹⁹³ dronkenschap aan het stuur,¹⁹⁴ oplichting,¹⁹⁵ niet-betaling van aanvullend vakantiegeld,¹⁹⁶ niet-betaling van loon,¹⁹⁷ verkeersmisdrijf¹⁹⁸ of aanvaring op zee,¹⁹⁹ brandstichting,²⁰⁰ bouw­misdrijf of niet-naleving van het verbod om een caravan zonder gelijkvormigheidsat­test te leveren.²⁰¹

De uitzondering gaat ook vrij ver, omdat ze niet alleen wordt aangenomen wanneer de wanprestatie op zich een misdrijf vormt. Ook wanneer de contractuele wanprestatie (die op zich geen misdrijf uitmaakt) het gevolg is van een strafrechtelijk gesanctioneerde handeling, lijkt de uitzondering van toepassing te zijn. Samenloop wordt m.a.w. mogelijk geacht wanneer een causaal verband bestaat tussen de schade (b.v. schade aan vervoerd goed) en het misdrijf (inbreuk op verkeersreglementering).²⁰²

50. Waar het bestaan van die uitzondering zonder meer vaststaat, kan niet hetzelfde gezegd van de grondslag ervan.²⁰³ Sommigen beweren dat de grondslag in procesrechtelijke regels is te zien: een strafgerecht zou met name niet bevoegd zijn om van een contractuele vordering kennis te nemen,²⁰⁴ terwijl het toch wenselijk is om een strafgerecht van rechtsvor­deringen tot schadevergoeding op grond van strafrechtelijk gesanctioneerde wanprestaties kennis te laten nemen.²⁰⁵ In die optiek laat de Franse recht­spraak die uitzondering op het samenloopverbod tussen contractpartijen traditioneel dan ook alleen toe voor de strafrechtbank, maar niet voor de

¹⁹³ Antwerpen 25 april 1995, *Eur. Vervoer.* 1995, 503 (vervalste datum op cognossement).

¹⁹⁴ Arbrb. Gent 29 april 1985, *J.T.T.* 1986, 383 (arbeidsovereenkomst).

¹⁹⁵ Rb. Bergen 26 maart 1985, *R.G.A.R.* 1987, nr. 11201 (uitvoeringsagent, niet bewezen).

¹⁹⁶ Arbh. Brussel 27 november 1980, *R.W.* 1980-81, 1477.

¹⁹⁷ Cass. 12 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 1419; Arbh. Antwerpen 17 januari 1978, *R.W.* 1978-79, 1722. Zie evenwel Arbh. Antwerpen 23 april 1980, *J.T.T.* 1981, 360 (verjaringstermijn uit arbeidsovereenkomstenwet ook voor delictuele vordering).

¹⁹⁸ Rb. Hasselt 27 april 1959, *R.G.A.R.* 1963, nr. 7093; Corr. Leuven 20 maart 1964, *R.W.* 1963-64, 1616 (vervoerovereenkomst).

¹⁹⁹ Brussel 26 november 1971, *R.H.A.* 1972, 105 (huur).

²⁰⁰ Zie voor de feiten, al wordt de samenloop er zelfs in principe aanvaard: Kh. Doornik 11 oktober 1962, *R.G.A.R.* 1963, nr. 7027; Bergen 15 oktober 1997, *R.G.A.R.* 1999, nr. 13166 (brand bij werken centrale verwarming).

²⁰¹ Voor het bouw­misdrijf, zie Rb. Brussel 28 juni 1977, *R.G.A.R.* 1978, nr. 9909. Voor de caravan zonder gelijkvormigheidsattest, zie Gent 26 april 1995, *A.J.T.* 1995-96, 302, noot P. LEFRANC. Meer gedetailleerd, met voorbeelden: K. BERNAUW, "De rechtstreekse vordering tegen de ondervoerder", in X, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 11-12.

²⁰³ Zie nuanceringen in J.H. HERBOTS, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, p. 1078-1079, voetnoot 34.

²⁰⁴ H. DE PAGE, *Traité*, II, nr. 927, p. 910; W.G., noot onder Cass. 16 mei 1974, *Pas.* 1974, I, 973. Wellicht ook de interpretatie van E. DIRIX, A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.* 1980-81, nr. 49.

²⁰⁵ Cass. 7 oktober 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 130, *Pas.* 1981, I, 148 (bij de wanbetaling van een loon, die tegelijk een misdrijf uitmaakt, kan een benadeelde betaling vorderen, ofwel voor een burgerlijk gerecht, ofwel voor een strafgerecht); R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1990, p. 79, nr. 81.

burgerlijke rechtbank.²⁰⁶ In de recente Franse rechtsleer bij monde van vooral Viney die zich door recente cassatierechtspraak gesteund voelt, is het evenwel hoe langer hoe meer betwist dat het nog langer onmogelijk zou zijn om een contractuele vordering voor de strafrechtbank in te stellen.²⁰⁷ Ook in de Belgische rechtsleer is kritiek op die stelling te horen: zo stelt een auteur dat “rien n’interdit au juge répressif de connaître d’une action contractuelle”.²⁰⁸

In België ziet de meerderheid de grondslag van de uitzondering eerder in de – weliswaar, om andere redenen, betwiste²⁰⁹ – eenheid van de burgerrechtelijke en strafrechtelijke fout: aangezien elke strafrechtelijk gesanctioneerde fout *ipso facto* ook een burgerrechtelijke fout in de zin van art. 1382 B.W. is, moet ook een strafrechtelijk gesanctioneerde contractuele fout een burgerrechtelijke fout vormen. Nauw hiermee samenhangend verklaart een enkele auteur de uitzondering op basis van het openbare-orde karakter van het strafrecht: het bestaan van een overeenkomst kan de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid die samenvalt met strafrechtelijke aansprakelijkheid, niet verhinderen.²¹⁰

Beleidsmatig vindt de uitzondering vooral haar verklaring in de wens aan een slachtoffer een meer uitgebreide bescherming te bieden in geval van een tegen deze gepleegd misdrijf. Dit zou ook de wil van de wetgever

²⁰⁶ M. ESPAGNON, “Droit à réparation”, *J.Cl.Civ.*, tw. Art. 1146 à 1155, nr. 66; H. en L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 386, nr. 404. Zie in de context van medische aansprakelijkheid, P. JOURDAIN, “Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin”, in *La responsabilité du médecin*, R.C.A. 1999, (4) 5.

²⁰⁷ Zie het overzicht in L. LETURMY, “La responsabilité délictuelle du contractant”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1998, 849-851. Zie P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 122-123, nr. 347; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, II, Contrat*, Parijs, Litec, 1995, p. 764, nr. 1843; G. VINEY, *Introduction*, p. 412-413; G. VINEY, “Chronique. Responsabilité civile”, *J.C.P.* 1994, I, nr. 3773, nr. 3 en *J.C.P.* 1996, I, nr. 3985, nr. 22.

²⁰⁸ M. FALLON, *o.c.*, *Eur. Vervoer*. 1974, p. 557, nr. 16. Zie ook de opmerkingen van H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 180, nr. 20; I. MOREAU-MARGRÈVE, C. BIQUET-MATHIEU, A. GOSSELIN, “Grands arrêts récents en matière d’obligations”, *Act. Dr.* 1997, 43, noot 114. H. VANDENBERGHE ziet een bijkomend bezwaar van mogelijke onverenigbaarheid met artikel 6.2 E.V.R.M. en het erin vervatte vermoeden van onschuld, wanneer de vordering voor de burgerlijke rechter wordt ingeleid (*o.c.*, in *Themis. Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2000-2001, bijlage 1, p. 3, nr. 4).

²⁰⁹ De (meer restrictieve) eigenheid van het strafrecht wordt miskend. Recent werd nog eens voorgesteld om een nieuw art. 1383bis B.W. in te voegen: “De nalatigheid en de onvoorzichtigheid worden beoordeeld volgens eigen normen, die losstaan van de kenmerken van de schuld waaruit de strafrechtelijke aansprakelijkheid is ontstaan. De beslissing waarbij de rechter verklaart dat de strafrechtelijke schuld niet is bewezen, houdt geen uitspraak in over het vraagpunt van de schuld waaruit de burgerrechtelijke aansprakelijkheid is ontstaan.” (Wetsvoorstel J. Milquet tot invoeging van een artikel 1383bis in het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 363/1). Voor verdere referenties zie G. SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d’un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1998, p. 965 et seq. vooral p. 987 et seq.

²¹⁰ G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 57, nr. 5 (zonder verdere verwijzingen).

zijn die voor misdrijven een dubbele sanctie, niet alleen een strafrechtelijke maar ook een burgerrechtelijke, passend acht.²¹¹

Nog overtuigender is mijns inziens de volgende verklaring: waar het principe van het samenloopverbod is ingegeven door de bekommernis om het contractuele evenwicht te behouden, is de ruimte voor doorwerking van de overeenkomst bij strafrechtelijk gesanctioneerde daden, gezien het openbare-orde karakter van het strafrecht en de ermee samenhangende beperking van aansprakelijkheidsbevrijdingen, niet in dezelfde mate voorhanden.²¹²

ii) *Valse uitzonderingen*

51. Andere pogingen om het samenloopverbod te ontwijken, worden doorgaans afgewezen.²¹³

Zoals in het tweede deel nader aan bod komt, ontkent het Belgische Hof van Cassatie dat de indirecte aard van de schade op zich tot de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid leidt.²¹⁴ Evenmin wordt aanvaard dat het zware karakter van een fout²¹⁵ of de professionele aard ervan²¹⁶ een uitzondering op het samenloopverbod zou uitmaken.

In nog een andere poging houden – voornamelijk Franse – auteurs voor dat bedrog bij de uitvoering van een overeenkomst de toepassing van

²¹¹ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 909, nr. 927 (naast procedure-motief). Zie ook H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 179, voetnoot 55.

²¹² Cf. *infra*, nr. 133.

²¹³ Zo stelt één auteur het voor alsof de inbreuk op een wetsbepaling van openbare orde een uitzondering op het samenloopverbod verantwoordt (J.-P. VERGAUWE, “Action directe dans le droit de la construction”, *T. Aann.* 1998, 208). Het is evenwel niet te verwachten dat het Hof van Cassatie b.v. bij een inbreuk op art. 1792 B.W. (tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten) de buitencontractuele aansprakelijkheid zou toepassen. Terwijl die bepaling van openbare orde wordt geacht, wordt ze (ook volgens de cassatierechtspraak) door de contractuele aansprakelijkheidsregelen beheerst. Bovendien is niet elke regel van openbare orde door de strafwet gesanctioneerd, zodat niet elke schending van een wet van openbare orde een uitzondering op het samenloopverbod openlaat. Omgekeerd is niet elke door een strafwet gesanctioneerde wettelijke plicht van openbare orde (zie Cass. 10 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 852 i.v.m. de Loonbeschermingswet; R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, “Overzicht”, *T.P.R.* 1994, p. 384-385, nr. 146).

²¹⁴ Cass. 14 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 179, *Bull.* 1986, 155, *R.C.J.B.* 1988, 341, noot M. VAN QUICKENBORNE.

²¹⁵ Cass. 4 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971, 989, *Pas.* 1971, I, 940 (eerste EBES-arrest); Cass. 15 september 1977, *Arr. Cass.* 1978, 62, *Pas.* 1978, I, 57, *R.W.* 1978-79, 326, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1978, 426, noot R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, *R.G.A.R.* 1979, nr. 10041, verwijzende noot, *R.P.S.* 1979, 32 (verloren pand).

²¹⁶ Kh. Antwerpen 22 mei 1978, *R.W.* 1978-79, 678, noot J.H. HERBOTS.

buitencontractuele aansprakelijkheid mogelijk maakt,²¹⁷ wat ook de basis van de redenering in een oud Belgisch cassatiearrest vormde.²¹⁸ De schaarse (gepubliceerde) Belgische rechtspraak geeft niet echt uitsluitsel. Alleen het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat de aangesproken scheepsagent, in een subsidiaire motivering voor het geval dat een scheepsagent toch als een uitvoeringsagent zou zijn te kwalificeren (*quod non*), buitencontractueel sowieso kan worden aangesproken omdat een bedrieglijke handeling niet als louter contractueel kan worden beschouwd en de schade die eruit voortvloeit evenmin louter contractueel is.²¹⁹ Dit arrest dat de verfijningstheorie toepast, wordt niet alleen door de aanhangers van de verdwijningstheorie bekritiseerd, maar stuit ook op verzet omdat een uitzondering op het samenloopverbod terwille van een strengere aanpak van bedrog niet nodig is in de mate dat er in geval van bedrog ook al op contractueel vlak strengere regels van toepassing zijn,²²⁰ zoals de regel dat bij bedrog ook de niet-voorzienbare schade vergoedbaar is (art. 1150 B.W.) of de moratoire interest voor sommenschulden de wettelijke interest te boven kan gaan (art. 1153 vierde lid B.W.).

Wanneer ten slotte aannemers aan derden, zoals de burenen van een bouwheer, schade veroorzaken en die bouwheer zelf die derden (bijvoorbeeld op grond van foutieve burenhinder) heeft moeten vergoeden, beschikt de regresnemende bouwheer tegen de aannemer naar Frans én Belgisch recht sinds lang niet alleen over een regresvordering op grond van de contractuele aansprakelijkheid van de aannemer, maar ook over een vordering op grond van diens delictuele aansprakelijkheid.²²¹ Dit betekent onder meer dat de aannemers als verweer tegen hun aansprakelijkheid niet de tienjarige termijn ex art. 1792/2270 B.W. kunnen opwerpen.²²² Die rechtspraak wordt als een (valse) uitzondering op het samenloopverbod beschouwd en vormt veeleer een toepassing van en vindt zijn

²¹⁷ Zie reeds C. SAINCTELETTE, *o.c.*, p. 35, nr. 24; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, noot 70 (“*dol et infraction pénale*”); J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, p. 180-189, nr. 130-136. Zie overzicht in L. LETURMY, “La responsabilité délictuelle du contractant”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1998, 848-849. Veel kritiek terzake o.m. in G. VINEY, *Introduction*, p. 411-412, nr. 222.

²¹⁸ Cass. 25 november 1943, *Pas.* 1944, I, 72 (“*du caractère de délit civil que ces actes revêtaient en raison du dol dont s’accompagnaient ces violations du contrat*”).

²¹⁹ Met andere woorden de verfijningstheorie hanterend Antwerpen 25 april 1995, *Eur. Vervoer.* 1995, 503 (antidatering van cognossement). Zie ook Gent 20 oktober 1995, *A.J.T.* 1995-96, 567, noot J. VANBELLE (bedrog met kilometerteller van tweedehandsvoertuig). Onduidelijk in Kh. Antwerpen 16 april 1991, *R.H.A.* 1991, 134.

²²⁰ M. ESPAGNON, “Droit à réparation”, *J.Cl.Civ.*, tw. *Art. 1146 à 1155*, nr. 64; H. en L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 385-386, nr. 404; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 1996, p. 440, nr. 540 en p. 682, nr. 835.

²²¹ Voorzover natuurlijk aan alle voorwaarden van de respectieve regelingen is voldaan.

²²² Cass. 5 februari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 632, *Pas.* 1981, I, 613.

grondslag in de subrogatie van de bouwheer in de rechten van de derde.²²³ Die grondslag verklaart dat de vordering van de bouwheer tegen zijn aannemer enkel contractueel van aard kan zijn, zolang de bouwheer zelf nog niet heeft betaald; immers, zonder betaling, geen subrogatie.²²⁴

c. Doorwerking

52. Aangezien het Belgische noch het Franse recht tussen contractpartijen de contractuele aansprakelijkheid met de buitencontractuele aansprakelijkheid laten samenlopen, worden ze niet geconfronteerd met de vraag of een wettelijke bepaling of een contractuele clause die in het kader van de contractuele aansprakelijkheid in ieder geval geldt, ook op een buitencontractuele aanspraak tussen die contractpartijen zou moeten worden toegepast.

Uit de huidige Belgische en Franse rechtspraak met betrekking tot de buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen zijn dan ook niet veel lessen te trekken met betrekking tot de vraag in welke mate contractuele clauses tegenover derden bij samenhangende overeenkomsten zouden kunnen doorwerken.²²⁵

II. Pro-samenloop

a. Beginsel

53. De samenloopleer zoals die bij ons en in Frankrijk geldt, wordt door een rechtsvergelijkende analyse niet bevestigd. In beginsel is samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid met name niet verboden in Engeland, Duitsland en Nederland en evenmin in landen als

²²³ Cass. 18 mei 1961, *Pas.* 1961, I, 1006 (de oplevering bevrijdt de aannemer niet van zijn aansprakelijkheid voor de zaakschade van derden, ook niet tegenover de bouwheer); Cass. 5 februari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 632, *Pas.* 1981, I, 613 (eigenaar onroerend goed tegen architect). Voor het Franse recht: Cass. fr. (civ. III) 10 januari 1984, *Bull. civ.* 1984, III, nr. 5 (ingestorte trap verwondt huurder); Cass. fr. (civ. III) 31 oktober 1989, *Bull. civ.* 1989, III, nr. 199, *R.C.A.* 1990, Commentaires, nr. 184 (terreinverschuiving beschadigt bureu); Cass. fr. (civ. III) 13 juni 1990, *J.C.P.* 1990, IV, p. 307, kol. 1; Cass. fr. (civ. III) 29 januari 1992, *J.C.P.* 1992, nr. 946. Zie G. DURRY, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Montréal, 1986, p. 166-167, nr. 203; M. ESPAGNON, "Droit à réparation", *J. Cl. Civ.*, tw. *Art. 1146 à 1155*, nr. 67; P. JOURDAIN, "Le particularisme des recours dans la responsabilité des constructeurs", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1990, 498-501; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 106, nr. 348; L. LETURMY, "La responsabilité délictuelle du contractant", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1998, 845-847; P. MALAURIE, L. AYNES, *Cours de droit civil*, VI, *Les obligations*, Parijs, Cujas, 1996, p. 520-521, nr. 882.

²²⁴ Zie Ph. M., "Chroniques", *RD Imm.* 1999, p. 656, nr. VII.

²²⁵ Cf. *infra*, deel IV.

Zwitserland²²⁶ en Italië²²⁷ alsook in Griekenland, Denemarken en Portugal.²²⁸

54. Nochtans stond het Engelse recht aanvankelijk negatief tegenover de samenloop van beide aansprakelijkheidsregelingen tussen contractpartijen. In de verhouding tussen een advocaat en zijn cliënt wees de Court of appeal in *Groom v. Crocker* de toepassing van delictuele aansprakelijkheid af.²²⁹

Een paar decennia later wou rechter Diplock in *Bagot v. Stevens* evenmin van een toepassing van de delictuele aansprakelijkheid weten in de relatie tussen een architect en een bouwheer, met een belangrijke verwijzing naar de volgende passage: “*The distinction in the modern view, for this purpose, between contract and tort may be put thus: where the breach of duty alleged arises out of a liability independently of the personal obligation undertaken by contract, it is tort, and it may be tort even though there may happen to be a contract between the parties, if the duty in fact arises independently of that contract. Breach of contract occurs where that which is complained of is a breach of duty arising out of the obligations undertaken by the contract.*”²³⁰

Het was wachten tot de beslissing van rechter Oliver in *Midland Bank* in 1977 dat voor het eerst van het samenloopverbod werd afgeweken. In casu had een advocaat nagelaten om een optie voor de koop van een boerderij binnen een redelijke termijn te registreren, waardoor het optierecht tegenover derden niet langer werd beschermd. Omdat een contractuele vordering tegen de nalatige advocaat op de verjaring zou stuiten, stelt de cliënt met succes een delictuele vordering tegen hem in.²³¹

Wat later doet zich nog een andere toepassing van samenloop voor in *Esso Petroleum*.²³² Een petroleummaatschappij had het in de onderhandelingen met een toekomstig exploitant van een pompstation zo voorgesteld dat dit pompstation tot wel 200.000 gallons per jaar als omzet zou bereiken, maar dit bleek veel lager uit te vallen. De *Court of Appeal* (met op kop Lord Denning) vond dat de petroleummaatschappij daarom zowel op basis van

²²⁶ Zie I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli, 1998, p. 31, nr. 5.03.

²²⁷ Zie F. DE LY, o.c., in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, nr. 1, p. 11; C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, p. 425, nr. 425. De positie van het Spaanse recht zou eerder onduidelijk zijn (C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, p. 437, nr. 436).

²²⁸ C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, p. 423-424, nr. 423.

²²⁹ *Groom v. Crocker* (1939) 1 K.B. 194 (C.A.; *solicitor*-cliënt): “*It was by virtue of that relationship that the duty arose, and it had no existence apart from that relationship.*” (p. 205).

²³⁰ *Bagot v. Stevens Scanlan & Co. Ltd.* (1966) 1 Q.B. (197) 204 (Q.B., judge Diplock). Met “*for this purpose*” wordt bedoeld op de *County Courts Act 1919* (rechterlijke bevoegdheid is verschillend, naargelang de vordering essentieel op *contract* dan wel op *tort* is gebaseerd).

²³¹ *Midland Bank v. Hett, Stubbs & Kemp* (1979) 1 Ch. (384) 410 (Judge Oliver; advocaat-client).

²³² *Esso Petroleum v. Mardon* (1976) 1 Q.B. 801 (C.A.).

een *collateral contract*, als buitencontractueel wegens een *negligent misrepresentation* aansprakelijk was.

Ten slotte werd die houding in *Henderson* door de House of Lords bevestigd. De toepasselijkheid van de buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen is niet onbepaald en is met name niet denkbaar als een buitencontractuele aanspraak is “*so inconsistent with the applicable contract that (...) the parties must be taken to have agreed that the tortious remedy is to be limited or excluded.*”²³³

De ommezwaai van de Engelse rechtspraak houdt voornamelijk verband met de opening die de House of Lords vanaf de zestiger jaren, ingezet met *Hedley Byrne*, ten aanzien van de vergoedbaarheid van zuivere vermogensschade heeft gelaten.²³⁴ Voordien was het Engelse rechtssysteem de samenloop reeds genegen, maar waren er zo goed als geen toepassingsgevallen aangezien dit rechtstelsel zuiver economische schade (het soort schade dat doorgaans tussen contractpartijen ter sprake komt) op buitencontractueel vlak nauwelijks voor vergoeding in aanmerking nam. Aan dit laatste beginsel heeft de House of Lords met *Hedley Byrne* en een reeks van daaropvolgende beslissingen zodanig getornd, dat de mogelijkheid van samenloop vaker werd benut en bijgevolg ook tot meer discussie aanleiding gaf. Wanneer een relatie van die aard is dat een *duty of care* zoals onder het principe van *Hedley Byrne* mogelijk is, dan is er tussen contractpartijen mogelijkerwijze sprake van delictuele aansprakelijkheid. Zoals eerder gezegd, maakt het Engelse recht niet zo'n strikt onderscheid tussen situaties van samenloop en coëxistentie als het Belgische of het Franse recht, wat onder meer hieruit blijkt dat in de samenloop situaties dezelfde lijn wordt doorgetrokken als in de rechtsverhoudingen met derden.²³⁵

55. In het Duitse rechtssysteem wordt samenloop eveneens aanvaard, wat het Bundesgerichtshof als volgt uitdrukt: “*Erfüllt ein Vorgang sowohl den Tatbestand des Vertragsrechts als auch den des Deliktsrechts, so ergibt sich aus jedem*

²³³ *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.* (1995) 2 A.C., (145) 194 (H.L.; verzekering). Zie ook *Clerk & Linsell on Torts*, 17de ed., p. 10, nr. 1-08. Negatiever tegenover de samenloop: *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.* (1986) 1 W.L.R. 392 (P.C. Lord Scarman; bank). *Forsikringaktiesilke Vest v. Butcher* (1988) 3 W.L.R. (565) 571, sub F-G: “*a clearly established principle that where under the general law a person owes a duty to another to exercise reasonable care and skill in some activity, a breach of that duty gives rise to a claim in tort notwithstanding the fact that the activity is the subject matter of a contract between them*” (aansprakelijkheid van een verzekeringsmakelaar na schade door verlies van een Noorse visboerderij na een storm). Zie ook W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*, 37-43.

²³⁴ Cf. *infra*, nr. 564.

²³⁵ In een andere context, met name voor doeleinden van het EEX-Verdrag – nu Verordening – (cf. *infra*, nr. 456 et seq.), wordt samenloop, uit angst voor een “*split jurisdiction*”, niet zo gemakkelijk aanvaard (*Source Ltd. v. T.U.V. Rheinland Holdings* (1997) 3 W.L.R. 365 (C.A.), geciteerd door W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 10).

*Gesetz ein Schadensersatzanspruch.*²³⁶ Waar traditioneel twee theorieën werden onderscheiden, enerzijds de *Anspruchskonkurrenz* volgens welke twee verplichtingen van een verschillende aard bestaan en de *Anspruchsnormenkonkurrenz* volgens welke slechts één verplichting bestaat maar deze op twee mogelijke grondslagen is gebaseerd,²³⁷ is dit onderscheid vandaag de dag onder meer door zijn sterk dogmatisch karakter niet langer gangbaar.

De samenloopleer betekent nog niet dat elke contractuele wanprestatie tevens een inbreuk op een algemene rechtsplicht uitmaakt. Zo bestaat er geen algemene rechtsplicht om andermans eigendom tegen risico's te beschermen en tegen diefstal of beschadiging te hoeden, maar een bijzondere zorgvuldigheid kan worden vereist van alle personen die beroepsmatig met de opslag en het vervoer van zaken bezig zijn.²³⁸

56. In Nederland lijkt het gehanteerde criterium samenloop in ruime mate mogelijk te maken, namelijk zodra een bepaalde handeling ook onafhankelijk van de overeenkomst of van de wanprestatie als onrechtmatig handelen is te kwalificeren,²³⁹ maar volgens de rechtsleer zou samenloop eerder uitzonderlijk toegelaten zijn.²⁴⁰

Uiteindelijk moet er worden nagegaan of de strekking van specifieke wetsbepalingen zich niet tegen een vordering uit onrechtmatige daad verzet.

²³⁶ BGH 24 mei 1976, *B.G.H.Z.* 66, 315, *N.J.W.* 1976, 1505 (anti-vriesproduct voor vrachtwagen). Voor een algemeen overzicht van samenloop van verschillende verbintenissenrechtelijke vorderingen, zie B.S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, *The German Law of Contracts and Restitution*, 43-45.

²³⁷ Zie o.m. D. MEDICUS, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, München, Beck, 1993, 167-168.

²³⁸ BGH 28 april 1953, *B.G.H.Z.* 9, (301) 307 (“*Ein Unternehmer kann jedoch schon durch die Ausübung eines Gewerbebetriebes, ohne dass Vertragsbeziehungen vorzuliegen brauchen, verpflichtet sein, fremdes Eigentum, das im Rahmen des Gewerbebetriebes in seine Obhut gelangt ist, sorgfältig zu behandeln*”).

²³⁹ Zie o.m. HR 26 maart 1920 (Curiel/Kolonie Suriname), *N.J.* 1920, 476 (Surinaamse postbode); HR 11 juni 1926 (Cremers/Otten), *N.J.* 1926, 1049, noot P.S. (in pand gegeven wijnflessen); HR 9 december 1955 (Boogaard/Vesta), *N.J.* 1956, nr. 157, concl. adv.-gen. LOEFF, noot L.E.H.R. (verzekerden bij Vesta proberen te overhalen zich bij andere verzekeraar – Boogaard's nieuwe werkgever – te verzekeren); HR 6 april 1990 (Van Gend & Loos/Vitesse), *N.J.* 1991, nr. 689, concl. adv.-gen. BIEGMAN-HARTOGH, noot C.J.H. BRUNNER (vervoerovereenkomst); HR 6 december 1996 (Fortes/Smits), *N.J.* 1997, nr. 398.

²⁴⁰ ASSER-HARTKAMP, III, p. 9, nr. 9; C.J.H. BRUNNER, *Beginselen van samenloop*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, 43-46; W. SNIJDERS, “Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W.”, in *Speculum Langemeijer. 31 Rechtsgeleerde Opstellen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1973, (453) 463-471; J.A.M. STRENS-MEULEMEESTER, “Samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid”, in *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, (273) 277. Een andere, met name met het Franse recht vergelijkbare opvatting werd verdedigd door C.A. BOUKEMA, *Samenloop*, Deventer, Kluwer, 1992, 62-64 (zie commentaar van C.J.H. BRUNNER, noot onder HR 6 april 1990, *N.J.* 1991, nr. 689).

Zo verzette de strekking van art. 1790 oud B.W. volgens welke een uitlener bij een gebrek in de uitgeleende zaak alleen aansprakelijk was als hij het gebrek kende en de gebruiker hiervan in het ongewisse liet, zich ertegen dat bepalingen inzake onrechtmatige daad toepasselijk zijn voorzover die uitgaan van een verdergaande aansprakelijkheid voor gebreken van een zaak.²⁴¹

b. Doorwerking

57. In tegenstelling tot de rechtssystemen die tegenover de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen en vijandig staan, rijst hier wel de vraag in welke mate de contractuele regeling ook op een buitencontractuele aanspraak van een medecontractant doorwerkt.²⁴² In een rechtssysteem dat samenloop toestaat, kan de vraag rijzen of een contractuele exoneratieclausule of zelfs een wettelijk voorzien rechtsgevolg uit het domein van de contractuele aansprakelijkheid (zoals een verjaringstermijn) tussen contractpartijen al dan niet doorwerkt met betrekking tot de buitencontractuele aansprakelijkheid.

Dit kan van belang zijn voor een studie van derdenwerking, omdat die mogelijkheid van doorwerking van contractuele clausules op een buitencontractuele aanspraak tussen contractpartijen wellicht ook minder verzet zou oproepen tegen de doorwerking van contractuele clausules op een buitencontractuele aanspraak tussen derden bij samenhangende overeenkomsten.

In Nederland kunnen contractuele of wettelijke bepalingen die op de contractuele aansprakelijkheid van toepassing zijn, ook naar de buitencontractuele aansprakelijkheid toe doorwerken.²⁴³ Zo wordt alvast het arrest van de Hoge Raad van 22 november 1996 geïnterpreteerd, waarin de wettelijke beperking van de aansprakelijkheid in geval een verborgen gebrek bij het uitlenen van een zaak zich ook tot de buitencontractuele aanspraak uitstrekt.²⁴⁴

In Engeland is in ieder geval algemeen aangenomen dat via *tort* niet een strengere standaard kan worden opgelegd dan via de uitdrukkelijke of

²⁴¹ HR 22 november 1996 (Bos/Erven Althuisius), *N.J.* 1998, nr. 567, noot C.J.H. BRUNNER (ladder aan loodgieter).

²⁴² Zelfs los van het samenloopverbod, zou doorwerking in ieder geval niet mogelijk zijn in de opvatting waarin het recht inzake onrechtmatige daad van openbare orde is.

²⁴³ Hof Leeuwarden 27 november 1940, *N.J.* 1941, nr. 505 (vervoercontract met doorwerking van een exoneratiebeding op onrechtmatige daad); Hof Arnhem 7 oktober 1953, *N.J.* 1954, nr. 231 (in principe doorwerking maar in casu niet onder toepassingsgebied; aansluiting van installatie is niet levering van elektrische stroom); HR 6 april 1990, *N.J.* 1991, nr. 689, noot C.J.H. BRUNNER (doorwerking wettelijke aansprakelijkheidsbeperking wegvervoer).

²⁴⁴ C.J. BRUNNER, noot onder HR 22 november 1996, *N.J.* 1997, nr. 398, nr. 2.

stilzwijgende contractuele bedingen.²⁴⁵ Wat *contractuele bedingen* betreft, moet worden nagegaan of de contractpartijen de bedoeling hadden om met bijvoorbeeld een exoneratiebeding ook de buitencontractuele aansprakelijkheid te treffen.²⁴⁶ De doorwerking van *wettelijke* beperkingen van de contractuele aansprakelijkheid naar de buitencontractuele aansprakelijkheid toe hangt af van de bedoeling die de wetgever met die beperkingen had.²⁴⁷ In de regel zal de regeling die aan de buitencontractuele aansprakelijkheid vasthangt zoals de voorziene verjaringstermijnen, gelden, zodat er van doorwerking geen sprake zal zijn.²⁴⁸

In Duitsland wordt de doorwerkingsvraag afhankelijk gesteld van de zin en het doel van een bijzondere contractuele regel. In principe geldt dat iedere aanspraak zijn eigen verjaringstermijn volgt, zodat bijvoorbeeld een verjaringstermijn ingeval van een expeditie-, bewaarnemings- of vervoerovereenkomst niet naar de buitencontractuele aanspraak toe doorwerkt (opdat de contractuele verjaringstermijn niet zomaar zinloos wordt, b.v. wegens vertraging van aflevering is er van buitencontractuele aansprakelijkheid alleen bij opzet (§ 826 BGB) sprake).²⁴⁹ Maar reeds in de tijd van het Reichsgericht werden er ook uitzonderingen gemaakt: zo is de verkorte verjaringstermijn in geval van huur of bruikleen wel op een buitencontractuele aanspraak van toepassing, niet alleen omdat de woorden van de wet daartoe inspiratie geven maar ook omdat de bijzondere contractuele verjaringstermijn anders zinloos zou zijn (een verhuurder of uitlener is enkel voor de onzorgvuldige of opzettelijke beschadiging aansprakelijk, niet voor de toevallige verslechtering van een zaak).²⁵⁰ Een wisselwerking tussen de contractuele en buitencontractuele regeling is dus geenszins uitgesloten.²⁵¹

Ten slotte wordt ook in Zwitserland in welbepaalde gevalgroepen een doorwerking (*Einwirkung*) van contractuele regels op de buitencontractuele aansprakelijkheid aangenomen, zoals aansprakelijkheidsbeperkingen voor bepaalde contracttypes. Voor contractuele exoneratieclausules is het een vraag van uitleg of interpretatie of ze ook gelden voor een samenlopende

²⁴⁵ Zie *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.* (1986) 1 W.L.R. 392.

²⁴⁶ Zie *Chitty on Contracts*, p. 52, nr. 1-061.

²⁴⁷ Zie *Chitty on Contracts*, p. 54, nr. 1-062.

²⁴⁸ Zie *Chitty on Contracts*, p. 67, nr. 1-070.

²⁴⁹ BGH 28 april 1953, *B.G.H.Z.* 9, 301.

²⁵⁰ RG 8 oktober 1907, *R.G.Z.* 66, 363 (i.v.m. § 558/606 BGB).

²⁵¹ Geen wisselwerking in BGH 24 mei 1976, *B.G.H.Z.* 66, 315, *N.J.W.* 1976, 1505 (koop), zoals weergegeven in W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*, 38-40. Wel doorwerking in BGH 7 november 1985, *N.J.W.* 1986, 922 (aanneming). Andere voorbeelden van doorwerking van een contractregeling op de buitencontractuele aanspraak zijn BGH 4 juni 1975, *B.G.H.Z.* 64, 355 (schade uitbater kippenboerderij door uitval elektriciteit – doorwerking exoneratie uit *Verordnung*); BGH 7 februari 1979, *N.J.W.* 1979, 2148, verwijzende noot (doorwerking exoneratiebeding).

delictuele aanspraak. De specifieke kortere verjaringstermijnen werken evenwel niet door.²⁵²

III. Drie nuanceringen

58. Nog even los van het belang van de verschillen inzake rechtsgevolgen tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid, is het onderscheid tussen de rechtssystemen pro en die contra samenloop om een drietal redenen toch ook niet te overschatten.

In de eerste plaats komt het zelfs in de systemen pro-samenloop niet zo vaak voor dat contractpartijen zich in geval van wanprestatie tegelijk op de delictuele aansprakelijkheid kunnen beroepen aangezien de reikwijdte van de delictuele aansprakelijkheid er, zoals eerder gezegd, niet altijd even groot is als in het Franse prototype. In het Engelse en vooral het Duitse systeem is met name zuivere vermogensschade op buitencontractueel vlak niet zo gemakkelijk vergoedbaar.²⁵³ De algemeenheid van de delictuele norm in het Belgische en Franse recht (art. 1382-1383 B.W.) is dan ook één van de redenen waarom die systemen tegenover de samenloop vijandig staan. Of, zoals von Bar het kernachtig uitdrukt: “*the French principle of non-cumul des responsabilités (...) exists in German law under the definition of a protective law.*”²⁵⁴

In de tweede plaats bestaat er ook in de systemen contra-samenloop door de aldaar erkende uitzonderingen op het samenloopverbod ruimte voor de toepassing van delictuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen. Gezien de steeds sterkere uitbreiding van het strafrecht vormt die uitzondering misschien de belangrijkste verklaring waarom recente geschriften in België aan het samenloopverbod niet zoveel commentaren wijden en er zich aldus niet zoveel schrijnende gevallen kunnen voordoen. Door die wisselwerking tussen principe en uitzondering wordt het met andere woorden minder relevant of de samenloop nu het principe dan wel de uitzondering vormt.²⁵⁵

Ten slotte rijst het samenloopprobleem slechts wanneer een contractant een gemengde fout heeft begaan, dit wil zeggen een fout die tegelijkertijd contractueel en delictueel van aard is. Het probleem ontstaat met andere

²⁵² Zie I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, p. 32, nr. 5.05.

²⁵³ In dergelijke gevallen is immers alleen de contractuele weg mogelijk en rijst het samenloopprobleem niet eens (zie P. SCHLECHTRIEM, “Vertragliche und ausservertragliche Haftung” in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, II, Bundesanzeiger, 1981, p. 1606, noot 38). Zie ook S. WHITTAKER, “French Experience”, 334.

²⁵⁴ C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, p. 421, nr. 420.

²⁵⁵ Dit wordt alleen dan anders wanneer, zoals in België, de samenlooptheorie ook op de persoonlijke aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent wordt toegepast (cf. *infra*, deel II).

woorden slechts wanneer de toepassingsvoorwaarden van beide aansprakelijkheidsregelingen vervuld zijn.²⁵⁶

Eenzijds houdt dit in dat een bepaald feitencomplex maar een onrechtmatige daad kan opleveren als het ook los van de wanprestatie als foutief is te kwalificeren. In het Duitse recht komt het erop neer dat de loutere wanprestatie (of de enkele inbreuk op een recht uit verbintenis) niet tot de opgesomde rechtsgoederen van § 823, I BGB behoort en evenmin een *sonstiges Recht* is.²⁵⁷ In het Nederlandse recht wordt een ander spoor gevolgd: de wettelijke regeling inzake niet-nakoming van verbintenissen is *exclusief* geregeld in art. 6:74 N.N.B.W.²⁵⁸ In België is er in geval van zuiver of louter contractuele fouten en zuiver delictuele fouten ook in ieder geval geen sprake van samenloop. Alleen blijft de vraag wanneer een zuiver contractuele fout voorligt. Zo lijken sommige auteurs in het eerste (Belgische) EBES-arrest geen stellingname van het Hof van Cassatie over de gewenste samenloopleer te lezen, aangezien de niet-nakoming van de contractuele verbintenis tot levering van elektriciteit enkel een louter contractuele fout uitmaakt, zodat men in het geval niet eens aan de samenloopvraag toekomt.²⁵⁹

Anderzijds betekent het samenloopverbod evenmin dat elke delictuele vordering tussen contractanten is uitgesloten: niet het tegelijkertijd bestaan van een contract op zich, maar wel dat van een contractuele verplichting sluit de buitencontractuele aansprakelijkheid uit. Bijgevolg komt het er in de eerste plaats op aan om te bepalen welke verplichtingen uit de overeenkomst voortvloeien, met andere woorden om het toepassingsgebied van beide vormen van aansprakelijkheid te bepalen.²⁶⁰ Alleen staat het onderscheid, zoals eerder gezegd,²⁶¹ op materieel vlak niet zo vast.

²⁵⁶ H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 161, nr. 3; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1988, p. 347, nr. 6; P. WÉRY, "Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne", in *Droit de la responsabilité*, Luik, CUP, 1996, p. 26-27, nr. 3; idem, "Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente", *T.B.B.R.* 1998, 84.

²⁵⁷ Cf. *supra*, nr. 33.

²⁵⁸ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 254-255, nr. 285.

²⁵⁹ Zie H. BOCKEN, "Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden" (boekbespreking), *R.W.* 1986-87, kol. 137; R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, "Responsabilité aquilienne et contrats" (noot onder Cass. 7 december 1973), *R.C.J.B.* 1976, p. 25, nr. 5.

²⁶⁰ Zo oordeelde het Franse Hof van Cassatie dat uit de overeenkomst van een patiënt met een medische instelling wel een veiligheidsverbintenis voortvloeit met betrekking tot de consultatie en de verstrekte zorgen maar niet met betrekking tot de onthaalruimte: zie Cass. fr. (civ. II) 10 januari 1990, *R.C.A.* 1990, nr. 102 (met commentaar van P. JOURDAIN, "Les centres médicaux ne sont pas tenus d'une obligation contractuelle de sécurité à l'égard de leurs clients", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1990, 481-484).

²⁶¹ Cf. *supra*, nr. 42.

IV. Besluit en verwijzing

59. De voorgaande nuanceringsen mogen niet de indruk wekken dat het bij de samenloopvraag er alleen op aankomt een duidelijke suppletieve regel (*default rule*), hetzij pro, hetzij contra samenloop in te voeren.

Ten gevolge van een samenloopverbod kan het immers gebeuren dat een derde bij toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid beter wordt behandeld dan een contractpartij die van haar kant, al heeft zij wel een wederprestatie geleverd, zich alleen op de contractuele aansprakelijkheid kan beroepen. De kwaliteit van een samenlooptheorie mag dus niet enkel worden getoetst aan de hand van het beginsel van de rechtszekerheid, maar ook aan het elementaire rechtvaardigheidsbeginsel dat personen die zich in een vergelijkbare positie bevinden een gelijke behandeling verdienen.

Indien de positie van een derde vergelijkbaar is met die van een contractpartij, dan rijst de vraag via welk model de gelijke behandeling van beide het best is te bereiken.

Wanneer beide zich op een techniek van de contractuele aansprakelijkheid kunnen beroepen, dan zijn de contractuele aansprakelijkheidsregelingen ook volledig op beide van toepassing.

Bij toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid is een gelijke behandeling enkel bereikbaar, indien een methode kan worden ontwikkeld die de economie²⁶² of het evenwicht van de overeenkomst ook ten aanzien van de aanspraakgerechtigde derde behoudt. Wanneer aldus een exoneraatieclausule de aanspraak van een contractpartij in ieder geval zou verhinderen, rijst de vraag hoe een dergelijke en andere clausules ook kunnen doorwerken tegenover een derde wiens positie vergelijkbaar is met die van een contractant.

Die vraag naar de mogelijke toepassing van contractuele modellen en naar de doorwerking van contractuele clausules op buitencontractueel vlak is precies het object van respectievelijk het derde en vierde deel.

Andere denkbare methodes om het contractueel evenwicht te bewaren, testen we nu op hun eventuele (on)bruikbaarheid voor onze verdere analyse van rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten.

§ 3. OP ZOEK NAAR EEN GESCHIKTE METHODE OM HET CONTRACTUEEL EVENWICHT TE BEWAREN

60. In het verleden werden een contractant en een derde, ondanks de vergelijkbare situatie waarin ze zich konden bevinden, meermaals op een

²⁶² Zie over dit in het Franse recht opkomend autonoom begrip, A. ZELCIVIC-DUHAMEL, "La notion d'économie du contrat en droit privé", *J.C.P.* 2001, I, nr. 300.

ongelijke wijze behandeld ten gevolge van de wijze waarop de derdenwerking van overeenkomsten was georganiseerd en, meer specifiek, ten gevolge van de scheidingslijn tussen contractuele en delictuele aansprakelijkheid. Om dit probleem van ongelijke behandeling het hoofd te bieden, hanteerden de wetgever, rechter en rechtswetenschapper diverse methodes om het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid op een andere wijze te organiseren en de grenzen tussen beide te weerleggen.

Van die methodes volgt hierna een beknopt overzicht met nadere illustraties (A). Daarna gaan we na of het niet veel efficiënter zou zijn om in plaats van de grenzen tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid, de rechtsgevolgen in verband met de doorwerking van overeenkomsten in beide aansprakelijkheidsregelingen naar elkaar te laten toegroeien (B).

A. Traditionele methodes: ingreep op de grens zelf tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid

61. In het verleden stuitte het traditionele onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, zoals gezegd, voornamelijk op het bezwaar dat het leidt tot een ongelijke behandeling van contractanten en derden in situaties waar beide zich nochtans in een vergelijkbare positie bevinden.

Ter afwending van dit probleem hebben rechtspraak en rechtsleer in binnen- en buitenland verschillende wijzigingen van dit onderscheid voorgesteld, die systematisch onder een viertal methodes kunnen worden ondergebracht. Volgens de eerste methode wordt als het ware een bijkomende bron van verbintenissen ingevoerd, terwijl de tweede en de derde methode de grenzen van de bestaande bronnen doen verschuiven.²⁶³ De vierde methode die nu en dan eens en op heel voorzichtige wijze wordt geopperd, is de meest radicale door het systeem van het verbintenissenrecht niet langer rond de bronnen van verbintenissen op te hangen.

1. Autonome regeling

62. Volgens een eerste methode wordt een specifieke groep van gevallen van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid afgezonderd om er een afzonderlijke, autonome regeling (al dan niet mogelijk in

²⁶³ Vgl. het Nederlandse proefschrift J.M. SMITS, *Het vertrouwensbeginsel*, volgens wie twee wegen bewandelbaar zijn om het systeem van de bronnen van verbintenissen te hervormen: enerzijds een bijkomende bron invoeren en dus opteren voor een open systeem, anderzijds het systeem gesloten houden maar de inhoud van de bronnen wijzigen.

combinatie met de contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid) op toe te passen, een *tertium* dat losstaat van de hoedanigheid van de benadeelde (contractant of niet).

63. Het meest bekende voorbeeld is het Europese initiatief inzake productaansprakelijkheid. Deze autonome aansprakelijkheidsgrond is samen met de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent trouwens de belangrijkste reden waarom de Belgische rechtsleer aan het probleem van de derdenwerking *sensu lato* van overeenkomsten nog slechts weinig aandacht schenkt.

Terwijl de productaansprakelijkheid in het gemeen recht van de verschillende Europese rechtssystemen nu eens op een contractuele dan weer op een buitencontractuele leest is geschoeid (naargelang het gaat om een contractant, een verder in de ketting staande persoon dan wel om een volledige buitenstaander (*bystander*) zonder enige voorafbestaande rechtsband),²⁶⁴ heeft de Europese richtlijn een uniforme regeling terzake tot stand gebracht waarin het bestaan van een contractuele relatie er niet meer toe doet en de aansprakelijkheid evenmin door een contractuele relatie wordt gestoord of doorkruist. De Belgische wet ter uitvoering van de richtlijn²⁶⁵ stelt namelijk in haar algemeenheid: “*De producent is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn produkt*” (art. 1). Dit geldt zowel ten aanzien van een rechtstreekse medecontractant, een gebruiker als een derde.²⁶⁶

Die specifieke regeling sluit niet uit dat de gemeenrechtelijke regels van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid in verschillende opzichten relevant blijven, of zoals art. 13 van de wet stelt: “*Deze wet laat de rechten die het slachtoffer ontleent aan het recht inzake contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid onverlet.*” Op die wijze blijft er dus niet één uniforme regeling over, maar ontstaat er een bijkomende, een derde.²⁶⁷

Het belang van die richtlijn mag dan ook weer niet worden overschat, in de eerste plaats doordat de schade aan het product zelf alsook de bedrijfsschade niet onder die specifieke regeling vallen: productaansprakelijkheid *sensu stricto* betreft enkel de lichamelijke schade of de schade aan goederen die door het product wordt veroorzaakt. Bovendien zijn in vergelijking met de productaansprakelijkheid in de Verenigde Staten de

²⁶⁴ Daarover uitgebreid in H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, 15-367; W. VAN GERVEN, “Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door produkten”, *S.E.W.* 1970, 271-302.

²⁶⁵ Wet 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, *B.S.* 22 maart 1991.

²⁶⁶ Zie ook R.O. DALCQ, “Les actions directes”, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 312-313, nr. 12.

²⁶⁷ Zie E. SAVAUX, “La fin de la responsabilité contractuelle?”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1999, p. 14, nr. 21, voetnoot 63.

schadevergoedingsbedragen in de Europese context veel kleiner en gaan de meeste Europese rechtssystemen niet zover in het bundelen van verschillende individuele belangen tot één collectief belang als in de Verenigde Staten (*class actions*).²⁶⁸ Ten slotte gaat de aandacht ingevolge een reeks complementaire Europese richtlijnen meer en meer uit naar preventie terzake.²⁶⁹

Vóór de uiterst laattijdige wetgevende omzetting van de richtlijn m.b.t. de productaansprakelijkheid heeft het Franse Hof van Cassatie in 1995 een dogmatisch verregaande uitspraak gedaan. Via een interpretatie van art. 1147 en 1384 eerste lid B.W. in het licht van de genoemde richtlijn zou een producent *contractueel* gehouden zijn tot een veiligheidsverbintenis, niet alleen tegenover zijn eigen medecontractant maar ook tegenover derden.²⁷⁰

Met de uiteindelijke omzetting van de richtlijn in het Franse recht²⁷¹ is voortaan uitdrukkelijk in de *Code civil* voorzien dat de situatie van de contractant gelijk is aan die van de derde: “*Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu’il soit ou non lié par un contrat avec la victime.*” (art. 1386-1 C. Civ.).

Met die omzetting van de richtlijn rijst de vraag of, en zo ja, in welke mate de jurisprudentiële uitbreiding van de contractuele aansprakelijkheid over de grens van de contractpartijen heen behouden zal blijven. Sommige auteurs bekritisieren die rechtspraak, in de zin dat in die gevallen ook tussen contractpartijen niet van contractuele maar van delictuele aansprakelijkheid sprake zou mogen zijn.²⁷² In ieder geval gaat die rechtspraak niet zo ver dat slachtoffers bij weerkaatsing ten gevolge van een tekortkoming aan een toezichtverplichting van een gezondheidsinstelling een contractue-

²⁶⁸ W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 265-268.

²⁶⁹ Zie Wet 9 februari 1994 betreffende de veiligheid van de consumenten, *B.S.* 1 april 1994.

²⁷⁰ Cass. fr. (civ. I) 17 januari 1995 (Société Planet Watthom), *D.* 1995, Jur., 350, noot P. JOURDAIN (“*le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens; qu’il en est responsable tant à l’égard des tiers que de son acquéreur*”); Cass. fr. (civ. I) 28 april 1998, *Bull. civ.* 1998, nr. 158 (moeder/echtgenote seropositief door bloedtransfusie; contractuele aansprakelijkheid van leverancier van plasma). Reeds in het begin van de jaren negentig is de regeling van verborgen gebreken (met inbegrip van de korte termijn) beperkt tot het verminderde economische nut dat een koper van zijn contract kon verwachten, terwijl de gemeenrechtelijke contractuele aansprakelijkheid zich tot de veiligheid uitstrekte (zie G. VINEY, “Responsabilité contractuelle de droit commun et garantie des vices dans la vente”, *J.C.P.* 1992, I, nr. 3572, p. 158-159). Zie ook W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 624-628.

²⁷¹ Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *D.* 1998, Lég., 184-186. Zie de commentaar van P. MALINVAUD, “La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction”, *D.* 1999, Chron., 85-97 en aldaar in eerste nummer geciteerde literatuur.

²⁷² L. LETURMY, “La responsabilité délictuelle du contractant”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1998, 869-870.

le aanspraak zouden kunnen doen gelden: hun aanspraak is en blijft noodzakelijkerwijs delictueel van aard.²⁷³

64. Het tweede meest bekende voorbeeld van een autonome regeling is de Franse regeling voor aansprakelijkheid voor wegverkeersongevallen in de *Loi Badinter*: zowel derden als personen die met een aansprakelijke personenvervoerder in een contractuele band staan, kunnen op die autonome regeling een beroep doen.²⁷⁴

65. Eenzelfde uniforme regeling tegenover contractanten én derden zou volgens een belangrijk deel van de Franse rechtsleer ook met betrekking tot de professionele aansprakelijkheid in het algemeen aangewezen zijn,²⁷⁵ te meer daar het verschil tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid meer en meer aan het afkalven is.²⁷⁶ Bepaalde professionele verplichtingen zijn immers eerder met de uitoefening van een beroep verbonden, dan met het sluiten van een overeenkomst.²⁷⁷

Al heeft het Europese initiatief in het kader van dienstenaansprakelijkheid (met de omkering van bewijslast in het voordeel van de consument) onderweg schipbreuk geleden,²⁷⁸ toch lijkt men meer en meer te pleiten voor de toepassing van een algemeen rechtsbeginsel ten aanzien van contractanten én derden, met name dat van de eerbied voor de rechtmatige verwachtingen (*legitime Erwartungen*).²⁷⁹ Ook de wetgever schaarft zich steeds meer achter dit beginsel, zoals blijkt uit de wet op de reiscontracten,

²⁷³ Cass. fr. (civ. I) 18 juli 2000, *Bull. civ.* 2000, I, nr. 221.

²⁷⁴ Art. 1 Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, *D.* 1985, Lég. (371) 374 ("même lorsqu'elles (les victimes) sont transportées en vertu d'un contrat"); W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*, 587-592.

²⁷⁵ Zie vooral P. SERLOOTEN, "Vers une responsabilité professionnelle?", in X, *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, 805-821 (pleidooi voor een afzonderlijke regeling van professionele aansprakelijkheid); A. TUNC, *Encycl. Dalloz*, tw. *Responsabilité (en général)*, 1991, nr. 161 en 169; G. VINEY, *Introduction*, 1995, p. 448, nr. 244; G. VINEY, "Les chaînes de contrats et la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle", *J.C.P.* 1994, I, nr. 3664, p. 145, nr. 7-8. Cass. fr. (civ. I) 16 december 1992, *J.C.P.* 1993, IV, 505 (vastgoedmakelaar voor professionele fout contractueel aansprakelijk tegenover zijn cliënt en delictueel tegenover andere partijen die bij de transactie betrokken zijn).

²⁷⁶ Zie A. DE BOECK, "Het voorstel van E.G.-richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor gebrekkige diensten", *R.W.* 1993-94, p. 596, nr. 44.

²⁷⁷ Zie E. SAVAUX, "La fin de la responsabilité contractuelle?", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1999, p. 22, nr. 37.

²⁷⁸ Voor de tekst van het voorstel zie "Proposition de directive du Conseil sur la responsabilité du prestataire de services", in *La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé*, 265-272.

²⁷⁹ X. DIEUX, D. WILLERMAIN, "La responsabilité civile du prestataire de services à l'égard des tiers", in *Les contrats de service*, Brussel, JBB, 1994, p. 230-231, nr. 9. Zie ook H. ROTH, "EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht", *J.Z.* 1999, 534.

volgens welke de reorganisator of –bemiddelaar gehouden is tot “*de goede uitvoering van het contract, overeenkomstig de verwachtingen die de reiziger op grond van bepalingen van het contract tot reorganisatie (respectievelijk reisbemiddeling) redelijkerwijs mag hebben*”.²⁸⁰

Met de richtlijn inzake productaansprakelijkheid werd het probleem van de gelijkheid tussen contractanten en derden voor een groot deel opgelost, aangezien beide in die regeling op dezelfde wijze worden behandeld. Al blijkt een gelijkaardige richtlijn op het vlak van de diensten-aansprakelijkheid voorsnog niet welkom te zijn, toch volgt uit het succes van de productaansprakelijkheidsrichtlijn dat het ontstaan van een nieuwe regeling soms gemakkelijker is en minder wordt betwist dan het verleggen van de grenzen in het gemeen recht.

66. Aan die werkwijze zijn evenwel twee belangrijke nauw samenhangende nadelen verbonden: enerzijds vereist die methode een wetgevende ingreep wat een werk van lange adem kan zijn,²⁸¹ en anderzijds doet ze meer en meer bijzondere regelingen²⁸² ontstaan wat leidt tot een uitholling van het gemeen recht en een “verkokering”²⁸³ van het burgerlijk recht.

2. Uitbreiding contractuele aansprakelijkheid

67. De tweede methode bestaat erin het toepassingsgebied van de contractuele aansprakelijkheid naar derden toe uit te breiden, met uitsluiting van de buitencontractuele aansprakelijkheid.

Aan dit scenario is het voordeel verbonden dat een wettelijke ingreep niet noodzakelijk is,²⁸⁴ maar het veronderstelt wel mogelijks een wijziging in bepaalde fundamentele en wettelijk verankerde beginselen, waaronder vooral het relativiteitsbeginsel en het beginsel van de wilsautonomie.

In het Franse recht is de uitbreiding van het bestaan van veiligheidsverplichtingen (*obligations de sécurité*) hiervan een goed voorbeeld (cf. *supra*, nr. 63), al kan de buitencontractuele aansprakelijkheid in geval van een misdrijf dan wel nog van toepassing zijn.

²⁸⁰ Wet 16 februari 1994 tot regeling van het contract tot reorganisatie en reisbemiddeling, B.S. 1 april 1994 (art. 17 voor reorganisator en art. 27 voor reisbemiddelaar). Voor een commentaar zie P. THIERY, “Reiscontract”, in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, art. 17, nr. 4.

²⁸¹ Zie ook M. ESPAGNON, noot onder Cass. fr. (civ. II) 8 juni 1979, *D.* 1980, Jur., 564-565.

²⁸² Een belangrijk verschil tussen het gemeen recht en de bijzondere regelingen ligt in het Belgische rechtssysteem hierin dat bijzondere regelingen vaker op grond van de aard van de geleden schade differentiëren.

²⁸³ Naar de woorden van W. VAN GERVEN, “De redactie privaot. Verkokering van het privaatrecht”, *T.P.R.* 1991, 1021-1023.

²⁸⁴ Zie ook M. ESPAGNON, noot onder Cass. fr. (civ. II) 8 juni 1979, *D.* 1980, Jur., 564-565.

Het Duitse *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* is evenzeer een goede illustratie van een dergelijke uitbreiding van het contractuele domein,²⁸⁵ zoals ook de Franse leer van de *groupes de contrats*.

Beide illustraties stuiten echter op heftige kritiek: in het Duitse recht blijkt de genoemde rechtsfiguur vooral op afgrenzingsproblemen te stuiten en pleiten sommige auteurs ervoor om veeleer in te werken op de rechtsgevolgen van de buitencontractuele aansprakelijkheid,²⁸⁶ terwijl de techniek van de contractgroepen evenmin de ideale weg blijkt te zijn om in het kader van samenhangende overeenkomsten doorwerkingsproblemen op te lossen.²⁸⁷

3. Beperking contractuele aansprakelijkheid

68. In andere situaties werd er dan weer voor geopteerd om de contractuele aansprakelijkheid in te perken. In die zin pleit een recente strekking in de Franse rechtsleer ervoor om de uitvoering bij equivalent (*exécution par équivalent*) als exclusieve functie van de contractuele aansprakelijkheid te beschouwen. De functie van schadevergoeding (*réparer*) zou dan wegvallen en aan de delictuele aansprakelijkheid voorbehouden blijven.²⁸⁸ Die

²⁸⁵ Een *Ausdehnung der Vertragshaftung*, zoals betiteld door T. PROBST, "Schweizerische Anmerkung BGH, Urteil vom 2. Juli 1996 BGH – Zur Reichweite des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter", *E.R.P.L.* 1999, 112. Volgens bepaalde rechtsleer is die autonome rechtsfiguur veeleer een voorbeeld van een "dritte Spur (...) die vom Gedanken einer vertragsähnlichen Vertrauensbeziehung beherrscht werde." (H. STOLL, "Deutsche Anmerkung BGH, Urteil vom 2. Juli 1996, BGH – Zur Reichweite des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritte", *E.R.P.L.* 1999, 106 met verdere referenties in noot 15).

²⁸⁶ Zie ook de overweging van T. PROBST, "Schweizerische Anmerkung BGH, Urteil vom 2. Juli 1996 BGH – Zur Reichweite des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter", *E.R.P.L.* 1999, 113, noot 34. Kötz ziet daarentegen meer heil in de contractuele weg omwille van de doorwerkingsproblemen: "This [doorwerking] is easily achieved if the third party's claim is based on the contract or derived from it, if his claim is laid in tort it may be more difficult to qualify it by reference to provisions in a contract to which he himself was not a party." (H. KÖTZ (vertaling T. WEIR), *Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, in H. KÖTZ, A. FLESSNER, *European Contract Law*, I, Oxford, Clarendon, 1997, 254).

²⁸⁷ Cf. *infra*, nr. 461 et seq. (*groupes de contrats*) en nr. 503 et seq. (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*).

²⁸⁸ De schadevergoeding bij niet-uitvoering van een overeenkomst is een gevolg van de contractueel aangegane verbintenissen en vervult dus de functie van uitvoering bij equivalent. Zie o.m. C. LAPOYADE DESCHAMPS, "Le Mythe de la Responsabilité Contractuelle en Droit Français", in F.D. ROSE (ed.), *Failure of contracts. Contractual, Restitutionary and Property Consequences*, 175-194; M. CLARKE, "The Myth of Contractual Liability – A Comment", in F.D. ROSE (ed.), *Failure of contracts. Contractual, Restitutionary and Property Consequences*, 195-197; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 79-81, nr. 222-225; L. LETURMY, "La responsabilité délictuelle du contractant", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1998, 839-872; P. REMY, "La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1997, 323-355; E. SAVAUX, "La fin de la responsabilité contractuelle?", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1999, 1-26; D. TALLON, "L'inexécution du contrat: pour une autre présentation", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1994,

voorstellen gaan in de richting van een groter dualisme tussen het contractuele en het buitencontractuele domein,²⁸⁹ vergelijkbaar met een tendens die aan het eind van de vorige eeuw opdook.²⁹⁰ In die optiek passen sommigen de specifieke regeling van productaansprakelijkheid niet zozeer in als een derde categorie maar wel als een echte vorm van delictuele aansprakelijkheid, terwijl de contractuele aansprakelijkheid op dit domein slechts haar werkelijke functie van uitvoering van contractuele verplichtingen heropneemt.²⁹¹

4. Ander onderscheid

69. Het meest verregaand zijn die auteurs die voor een afschaffing van de bronnen van verbintenissen pleiten. In plaats van het systeem van verbintenissenrecht te laten steunen op de bron waaruit een verbintenis voortspuit, stellen zij voor het onderscheid op een andere basis te laten steunen.

Zo stelt de Duitse auteur von Bar recent: “*Whether the European legal systems are right to continue to organize themselves according to a distinction between contract and tort is an issue to be discussed at some length.*”²⁹² Volgens hem moet het criterium van onderscheid liggen in de *Anspruchsziele* (*remedies for the claims*), maar jammer genoeg werkt hij dit voorstel niet verder uit.

Een vergelijkbaar idee brengt de Engelse rechter Oliver naar voren wanneer hij bij de samenloopvraag in een relatie tussen advocaat en cliënt overweegt: “*The inquiry upon which the court is to embark is “what is the relationship between plaintiff and defendant?” not “how did the relationship, if any, arise?”*”²⁹³

In dezelfde richting liggen de Europese voorstellen om de verjaringstermijnen niet langer aan de bron van verbintenissen, maar aan de aard van de schade vast te hangen.²⁹⁴

223-238. Voor een beknopte kritiek zie o.m. G. VINEY, “De l’utilité ou de l’inutilité de la responsabilité contractuelle”, *J.C.P.* 1999, I, nr. 147/2, nr. 4-6.

²⁸⁹ Zie de kritiek van G. VINEY, “Chronique. Responsabilité civile”, *J.C.P.* 1999, nr. 147, p. 1184-1185, nr. 6.

²⁹⁰ G. VINEY, *Introduction*, p. 276, nr. 162 (met verwijzing naar het debat Saintelette versus Grandmoulin).

²⁹¹ L. LETURMY, “La responsabilité délictuelle du contractant”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1998, 871-872, vooral noot 117.

²⁹² C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, p. 498, nr. 497 (vgl. de Duitse tekst in C. VON BAR, *Europäisches Deliktsrecht*, p. 497, nr. 497: “*Die Frage, ob die europäischen Schuldrechtssysteme noch richtig organisiert sind, wenn sie weiterhin darauf beharren, den Entstehungsgrund von Pflichten zum massgeblichen Ordnungskriterium zu erheben, wird zum Thema werden müssen*”).

²⁹³ *Midland Bank v. Hett, Stubbs & Kemp* (1979) 1 Ch. 384 (Judge Oliver).

²⁹⁴ Zie I. CLAEYS, “De nieuwe verjaringswet: een inleidende verkenning”, *R.W.* 1998-99, p. 378, nr. 4.

B. Naar een andere methode: ingreep op de organisatie van de rechtsgevolgen

70. Geen van de zo-even beschreven ingrepen in het onderscheid tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid is de geschikte methode om in geval van een rechtstreekse aanspraak bij samenhangende overeenkomsten het contractuele evenwicht te bewaren.

De inspiratie voor een andere methode (3) putten we uit de ontwikkelingen in de verschillen qua rechtsgevolgen tussen beide aansprakelijkheidsregelingen: er bestaan weliswaar heel wat verschillen²⁹⁵ (1), maar er lijkt een tendens aan de gang waarin die verschillen geleidelijk aan vervagen, zelfs verdwijnen of toch minstens aan vervanging toe zijn (2).

1. Verschillen in rechtsgevolgen

71. In elk van de bestudeerde rechtssystemen verschillen de rechtsgevolgen van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid in min of meerdere mate van elkaar.²⁹⁶ De verschillen kunnen uit zowel een contractuele als een wettelijke regeling voortvloeien.²⁹⁷ De *conventionele* verschillen ontstaan ten gevolge van clausules die enkel op een contractuele aanspraak bedacht zijn zoals exoneratieclausules,²⁹⁸ schadebedingen, arbitragebedingen²⁹⁹ en conventionele verjaringstermijnen.³⁰⁰ Het verschil kan ook uit het bestaan van een verzekeringsovereenkomst voortvloeien, zoals een verzekering burgerlijke-aansprakelijkheid-uitbating, die de verzekeringsdekking tot de buitencontractuele aansprakelijkheid van de verzekerde beperkt.³⁰¹

²⁹⁵ Vandaar het belang van de kwalificatie van de aansprakelijkheid: zie Cass. 13 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 339, *Pas.* 1990, I, 298, *R.W.* 1990-91, 234, *J.T.T.* 1990, 371, verwijzende noot.

²⁹⁶ Voor een rechtsvergelijkend overzicht zie o.m. M.M. LOUBSER, "Concurrence of contract and tort", in R. BLANPAIN (ed.), *Law in Motion*, Dordrecht, Kluwer, 1997, (411) 428-441; M. VAN ROSSUM, "Concurrency of contractual and delictual liability in a European perspective", *E.R.P.L.* 1995, 539-560; T. WEIR, "Complex Liabilities", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI/12, *Torts*, Tübingen, Mohr, 1976, 3-24.

²⁹⁷ W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintissenrecht*, 201-202.

²⁹⁸ Zie o.m. Kh. Brussel 10 mei 1949, *R.G.A.R.* 1951, nr. 4753 (post); Brussel 26 november 1971, *R.H.A.* 1972, 105 (huur); Antwerpen 23 januari 1986, *R.W.* 1986-87, 324, noot C. PAUWELS (gratis aanvulling afbraakmaterialen op terrein); Gent 20 mei 1992, *T.B.B.R.* 1993, 451, verwijzende noot.

²⁹⁹ Gent 19 maart 1993, *R.W.* 1993-94, 159. Zie ook H.v.J. nr. C-330/88, 3 maart 1991 (Grifoni/Euratom), *Jur. H.v.J.* 1991, I, 1045, concl. G. TESAURO (ongerechtvaardigde verrijking geen contractuele grondslag).

³⁰⁰ Zie o.m. Kh. Kortrijk 23 maart 1992, *Pas.* 1992, III, 70.

³⁰¹ Zie b.v. Cass. 7 mei 1998, website www.cass.be, nr. C.95.0325.N (plastisch chirurg – in borstprothese achtergelaten tampon die tot acute ontsteking leidt – beroepsaansprakelijkheidsverzekering alleen buitencontractuele aansprakelijkheid); Gent 18 april 1997, *A.J.T.*

De *wettelijke* verschillen tussen de rechtsgevolgen van beide aansprakelijkheidsregelingen zijn afhankelijk van het toepasselijke rechtssysteem. Een exhaustief rechtsvergelijkend overzicht hiervan zou evenwel weinig bijdragen tot een beter inzicht in de eigen rechtsorde; in ieder rechtssysteem bevatten de handboeken wel een opsomming van de verschillen³⁰² en wanneer welbepaalde verschilpunten essentieel zijn voor het begrip van een aspect van derdenwerking in een bepaald rechtssysteem zoals bij de Duitse *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*,³⁰³ dan worden ze in dit proefschrift ter plekke besproken. Op deze plaats volstaat het dan ook om bij wijze van illustratie een geactualiseerd overzicht voor het Belgische recht weer te geven.

72. In de eerste plaats is op contractueel vlak geen (volledig) equivalent voorzien voor een aantal aansprakelijkheidsverwekkende feiten, zoals de objectieve aansprakelijkheidsgronden van art. 1384-1386 B.W. (aansprakelijkheid voor andermans daad alsook voor zaken, dieren en gebouwen), die alleen op buitencontractueel vlak een rol spelen.

Voor bepaalde bijzondere overeenkomsten is de maatstaf van aansprakelijkheid ook minder stringent dan op buitencontractueel vlak.³⁰⁴ Zo kan een huurder overeenkomstig art. 1732 B.W. het tegenbewijs leveren dat hij geen enkele fout heeft begaan, zodat de aan de gehuurde goederen toegebrachte schade hem niet toerekenbaar is. Mocht art. 1384 eerste lid B.W. van toepassing zijn, dan zou dit tegenbewijs hem niet zijn gegund daar

1999-2000, 41 (in casu wel gedekt want buitencontractuele aansprakelijkheid). Zie ook *Wilmington Liquid Bulk Terminals Inc. v. Somerset Marine Inc.*, 53 Cal.App. 4th 186 (Californian Court of Appeal, 1997). Omgekeerd kan een verzekering die de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten dekt, de buitencontractuele aansprakelijkheid uitsluiten (illustratie in Cass. fr. (civ. III) 10 januari 1984, *Bull. civ.* 1984, III, nr. 5 (ingestorte trap)). Zie ook P.-H. DELVAUX, "Responsabilité et assurances de l'entreprise", *R.G.A.R.* 2000, nr. 13255; V. SIMONART, "La quasi-immunité des organes de droit privé" (noot onder Cass. 7 november 1997), *R.C.J.B.* 1999, 737.

³⁰² Voor Frankrijk o.m. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, 13-116; D. VEAUX, "Droit à réparation – Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle – Différences", in *J.Cl.Civ.*, tw. *Responsabilité civile*, Fasc. 175. Voor Engeland zie o.m. B.S. MARKESINIS, "Doctrinal Clarity in Tort Litigation: A Comparative Lawyer's Viewpoint", (1991) 25 *The International Lawyer*, (953) 957-959. Voor Nederland: ASSER-HARTKAMP, III, p. 10, nr. 9.

³⁰³ Cf. *infra*, nr. 508.

³⁰⁴ Zie o.m. Brussel 8 februari 1936, *R.G.A.R.* 1936, nr. 2094; Kh. Doornik 11 oktober 1962, *R.G.A.R.* 1963, nr. 7027 (aanneming – art. 1789 versus 1384 eerste lid B.W.); Kh. Dendermonde 27 januari 1995, *R.H.A.* 1995, 455 (bewaargeving – art. 1927 versus 1382 B.W.). Zie ook i.v.m. lastgeving art. 1992, tweede lid B.W.

die aansprakelijkheidsgrond geen vermoeden van fout inhoudt maar een objectieve aansprakelijkheid waaraan elke foutdiscussie vreemd is.³⁰⁵

73. Op het vlak van de sancties (**remedies*) is het arsenaal in het contractenrecht uitgebreider dan op buitencontractueel vlak: zo zijn er naast het schadeherstel (in natura of bij wijze van equivalent) ook nog de sancties van de ontbinding en de nietigheid van een overeenkomst. Een rechtsvordering tot nakoming is niet dezelfde als die tot schadevergoeding, want “*de vordering tot nakoming ontleent men niet aan de wanprestatie, maar aan de primaire verbintenis.*”³⁰⁶

Wat de vergoedbare schade betreft, komt bij buitencontractuele aansprakelijkheid zowel de voorzienbare als de onvoorzienbare schade voor vergoeding in aanmerking,³⁰⁷ terwijl art. 1150 B.W. de vergoedbare schade bij contractuele aansprakelijkheid, behoudens in geval van opzet, beperkt tot deze die op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar is.³⁰⁸ Opdat de schade op het vlak van de contractuele aansprakelijkheid vergoedbaar zou zijn, is het wel niet vereist dat bij het sluiten van de overeenkomst de omvang (*l'étendue*) van de schade voorzienbaar is, maar is het voldoende dat het ontstaan of de oorzaak (*le principe*) ervan voorzienbaar is.³⁰⁹

³⁰⁵ L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 507, nr. 310. Luik 25 november 1998, *T.B.B.R.* 2000, 297, noot S. HEERINCKX.

³⁰⁶ A.L. CROES, *Enkele dubbelfiguren en driepartijenverhoudingen in het Nederlands privaatrecht*, Groningen, Tjeenk Willink, 1976, 173.

³⁰⁷ Cass. 17 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 908, *R.G.A.R.* 1975, nr. 9520; *Arbh.* Brussel 27 maart 1990, *Rechtspr. Arb. Br.* 1990, 339.

³⁰⁸ W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 118-119. Zie voor een kritische bespreking, L. CORNELIS, “Le sort imprévisible du dommage prévisible” (noot onder Cass. 11 april 1986), *R.C.J.B.* 1990, 81-105. Niet voorzienbaar in Cass. 20 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 193, *Pas.* 1984, I, 182 (onzorgvuldig lassen door aangestelde van onderaannemer niet voorzienbaar voor hoofdaannemer; zie C. PAUWELS, “Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten”, *Jura Falc.* 1995-96, (107) 117). Meestal wel voorzienbaar, zoals in Rb. Antwerpen 17 februari 1972, *R.H.A.* 1972, 228 (ingestorte kraan op scheepswerf schade aan goederen in omgeving en uitgebruikname van tweede kraan in zelfde conceptie en uitvoering); Luik 24 mei 1983, *Jur. Liège* 1984, 437 (water in stookolie bij scheepsvervoer); Gent 26 maart 1997, *R.W.* 1999-2000, 745 (gerechtshuurwaarder). Zie vooral Cass. 28 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, 830, *R.W.* 1995-96, 924 (vernietiging van beslissing volgens welke muntontwaarding niet voorzienbaar is). Voor Franse voorbeelden Parijs 27 september 1991, *D.* 1992, *Somm.*, 271, noot (uitzonderlijk koude omstandigheden); Cass. fr. (civ. III) 13 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, III, nr. 151, *D.* 1994, *Somm.*, 153, nr. 17, noot (samenvatting; andere technische uitvoeringsoptie niet voorzienbaar).

³⁰⁹ Cass. 23 februari 1928, *Pas.* 1928, I, 85, noot (geen invloed van onvoorziene omstandigheden die de prijzen uitzonderlijk hebben doen stijgen); Cass. 20 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 193, *Pas.* 1984, I, 182 (bekritiseerd op motivering door P.-H. DELVAUX, “La responsabilité contractuelle et l’arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation”, *J.T.* 1987, p. 420, nr. 19); Cass. 11 april 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1091, *R.W.* 1986-87, 1963, *R.C.J.B.* 1990, 79, noot L. CORNELIS; Cass. 23 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 228, *Pas.* 1988, I, 212, *R.W.*

Voor een buitencontractuele aanspraak is een ingebrekestelling niet vereist en geldt het in art. 1146 B.W. opgenomen algemeen rechtsbeginsel³¹⁰ enkel voor de contractuele aansprakelijkheid.³¹¹

De reglementering met de restrictieve voorwaarden inzake anatocisme (art. 1154 B.W.) en de beperking van de schadevergoeding bij vertraging in uitvoering van sommenschulden tot de wettelijke interesten (art. 1153 B.W.) zijn op (quasi-) delictuele verbintenissen niet van toepassing.³¹²

74. Wat de verjaringsregelingen betreft, is de verjaringstermijn voor rechtsoverdrachten op grond van een aantal bijzondere overeenkomsten korter dan voor die op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid.³¹³ De in de praktijk meest gekende beperking in de tijd is wel deze die toepasselijk is op een rechtsoverdracht op grond van verborgen gebreken van een verkochte zaak ex art. 1648 B.W. (*vices cachés*, *hidden defects): die vordering moet binnen een korte termijn worden ingesteld.³¹⁴ Een ander voorbeeld is de aansprakelijkheid van een aannemer of een architect voor zware verborgen gebreken in een gebouw of een groot werk. Waar een vordering van de bouwheer op die grondslag aan een vervaltermijn van tien jaar is onderworpen (art. 1792 en 2270 B.W.), is een gelijkaardige vordering tot schadevergoeding van de door dat verborgen gebrek veroorzaakte schade die uitgaat van een derde, aan de gemeenrechtelijke termijnen voor de schadevergoedingsvordering op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid onderworpen.

Met de verjaringswet van 10 juni 1998 is, in navolging van vele van onze buurlanden, het verschil in verjaringstermijn voor rechtsoverdrachten op

1987-88, 949. Zie verder o.m. Gent 9 maart 1950, *R.G.A.R.* 1950, nr. 4679 (tramongeval); Kh. Antwerpen 12 december 1972, *Jur. Comm. Brux.* 1973, 166; Bergen 29 juni 1993, *J.L.M.B.* 1994, 61, noot M. VANDERMERSCH (voorzienbaar, zelfs bedrog in casu).

³¹⁰ Cass. 9 april 1976, *Pas.* 1976, I, 887.

³¹¹ Cass. 26 september 1996, *Arr. Cass.* 1996, 810, *R.W.* 1996-97, 1030. Zie o.m. P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 81-84, nr. 227-235.

³¹² Cass. 24 april 1941, *Pas.* 1941, I, 155; Cass. 29 oktober 1956, *Arr. Verbr.* 1957, 128, *Pas.* 1957, I, 202; Cass. 7 november 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 329, *Pas.* 1987, I, 304, *J.T.* 1987, 422; Cass. 27 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 238, *Pas.* 1989, I, 215, *R.W.* 1989-90, 163, verwijzende noot; Luik 23 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, (589) 596; Rb. Brussel 22 april 1994, *T.B.B.R.* 1995, 250 (formalisme niet toepasselijk); Rb. Brussel 30 september 1994, *De Verz.* 1996, 326, noot V. BUSSCHAERT (geen kapitalisatie). Zie C. VERBRAEKEN, A. DE SCHOUTHEETE "L'anatocisme", *J.T.* 1989, p. 101, nr. 3.

³¹³ Zie o.m. Brussel 24 december 1935, *R.G.A.R.* 1936, nr. 2066 (vervoer); Brussel 7 december 1949, *R.G.A.R.* 1952, nr. 5048 (vervoer); Brussel 22 april 1981, *R.W.* 1982-83, 313 (vervoer).

³¹⁴ Zie o.m. Rb. Namen 14 mei 1935, *R.G.A.R.* 1935, nr. 1855, noot; Luik 28 april 1977, *Jur. Liège* 1977-78, 57; Brussel 13 november 1987, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11485; Luik 26 mei 1992, *J.L.M.B.* 1995, 251, noot P. HENRY. Voor een nuancering van het grote verschil met de verjaring van een vordering op grond van niet-conforme levering, zie A. BENABENT, "Conformité et vices cachés dans la vente: l'éclaircie", *D.* 1994, p. 115, nr. 5.

grond van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid zelfs veralgemeend. Voortaan verjaart een contractuele aanspraak, voorzover geen specifieke termijn van toepassing is, na tien jaar. Een rechtsvordering tot schadevergoeding op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid is onderworpen aan een dubbele verjaringstermijn: vijf jaar vanaf het ogenblik waarop de schadelijder van de schade en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon kennis krijgt, en in ieder geval, behoudens stuiting of schorsing, twintig jaar vanaf het schadeverwekkende feit.³¹⁵

75. Wanneer een zaak waarover een geding wordt ingeleid, met meer dan één staat een aanknopingspunt heeft, zijn de criteria voor het toepasselijke recht³¹⁶ en de rechterlijke bevoegdheid³¹⁷ evenzeer verschillend.

Daarnaast kan het onderscheid tussen beide aansprakelijkheidsregelingen ook in bepaalde feitelijke omstandigheden nog om redenen van bewijslast belangrijk zijn.³¹⁸

76. Ten slotte is het onderscheid tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid ook procedureel gezien van belang. Zo verwerpt het Hof van Cassatie elk cassatiemiddel dat de schending van een regel

³¹⁵ Art. 2262bis B.W. Zie over die wet o.m. H. BOCKEN, I. BOONE, B. CLAESSENS, D. COUNYE, E. DE KEZEL, P. DE SMEDT, "De herziening van de bevrijdende verjaring door de Wet van 10 juni 1998. De gelijkheid hersteld?", Antwerpen, Kluwer, 1999, 172 p.; I. CLAEYS, "De nieuwe verjaringswet: een inleidende verkenning", *R.W.* 1998-99, 377-403; -, "Een tweede blik op de nieuwe verjaringswet", in X, *CBR-Jaarboek 1998-99*, Antwerpen, Maklu, 1999, 201-239; A. JACOBS, "La loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription", *T.B.B.R.* 1999, 10-35; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, R.O. DALCQ, "La loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription", *J.T.* 1998, 705-709.

³¹⁶ Voor contractuele verbintenissen, zie vooral Verdrag van 19 juni 1980 te Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Voor buitencontractuele verbintenissen: zie het recente voorstel voor een Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen buiten overeenkomst (M. FALLON, "Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles", *E.R.P.L.* 1999, 45-68).

³¹⁷ Zie vooral (vroeger) EEX-Verdrag of (nu) EEX-Verordening art. 5, sub 1 en 3. Cf. *infra*, nr. 456 et seq. Een aantal oudere toepassingen: Rb. Doornik 10 november 1948, *R.G.A.R.* 1948, nr. 4335 (arbitrageclausule); Rb. Hasselt 27 april 1959, *R.G.A.R.* 1963, nr. 7093 en Corr. Brussel 31 januari 1962, *R.G.A.R.* 1962, nr. 6904 (beide i.v.m. vroegere Werkrechtscraad). In een interne context kunnen evenzeer betwistingen rijzen met betrekking tot de *materiële* rechterlijke bevoegdheid: zo is de rechtbank van eerste aanleg en niet de arbeidsrechtbank voor vorderingen op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid bevoegd (Arbrb. Gent 29 april 1985, *J.T.T.* 1986, 383; zie vroeger reeds Rb. Hasselt 27 april 1959, *R.G.A.R.* 1963, nr. 7.093).

³¹⁸ Brussel 30 oktober 1957, *J.T.* 1958, 222, noot R.O. DALCQ (een uitbater van een graanmolen die gehouden is tot een restitutieverbintenis moet met betrekking tot het door brand verloren gegane graan (voorwerp van het contract) het bestaan van overmacht zelf bewijzen, terwijl voor de overige schade het aan de schadelijder toekomt om de fout te bewijzen).

inzake buitencontractuele aansprakelijkheid inroept indien een feitenrechter enkel de regeling van de contractuele aansprakelijkheid heeft toegepast,³¹⁹ en omgekeerd.³²⁰ Wanneer aldus in een geval met betrekking tot misbruik van contractuele rechten art. 1382-1383 B.W. als cassatiemiddel wordt aangewezen, is het middel onontvankelijk.³²¹

In andere procedures kan het voor de eiser faliekant aflopen wanneer zijn dagvaarding tegen een contractpartij of een uitvoeringsagent verkeerdelijk op de buitencontractuele aansprakelijkheid wordt gegrond.³²²

2. Vervaging van verschillen

77. Ondanks die waslijst aan verschillen verbindt het Belgische recht op het vlak van de grondslag voor aansprakelijkheid, de schade, het oorzakelijk verband tussen beide en de schadevergoedingsplicht toch minder en minder gevolg aan het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.

Met betrekking tot de grondslag wordt bij de foutaansprakelijkheid als maatstaf voor aansprakelijkheid niet langer het onderscheid gemaakt tussen de *culpa levissima* (lichtste fout) voor de (quasi-)delictuele aansprakelijkheid en de *culpa levis* (lichte fout) voor de contractuele aansprakelijkheid. Voortaan geldt gelijkelijk het criterium van de zorgvuldige goede huisvader (*bonus pater familias*).³²³

Nog met betrekking tot het foutvereiste is lange tijd volgehouden dat de fout alleen de grondslag van de (quasi-)delictuele aansprakelijkheid vormde, maar ook op het domein van de contractuele aansprakelijkheid heeft de fout een rol te spelen. In beide regelingen is het namelijk zinvol een onderscheid te maken tussen inspannings- (of middelen-) en resultaats-

³¹⁹ Cass. 16 september 1977, *Arr. Cass.* 1978, 72, *Pas.* 1978, I, 66 (verzekering); Cass. 9 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 315, *Pas.* 1988, I, 296 (koop appartement); Cass. 7 december 2001, *J.T.* 2002, 265 (verlies van een kans op buitencontractueel vlak).

³²⁰ Cass. 14 mei 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1069, *Pas.* 1981, I, 1069 (lastgevingsbepalingen maar quasi-delictuele aansprakelijkheid gerechtsdeurwaarder).

³²¹ Cass. 1 februari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 139.

³²² Zie b.v. Brussel 16 oktober 1989, *J.L.M.B.* 1990, 618, noot P. DENIS-M. (levering stookolie – verkeerdelijk gesubrogeerde buitencontractuele vordering in plaats van contractuele vordering van hoofdschuldenaar tegen uitvoeringsagent); Kh. Kortrijk 23 maart 1992, *Pas.* 1992, III, 70.

³²³ Zie o.m. W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 103-104; P. VAN OMMESLAGHE, "La sanction de l'inexécution du contrat", in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune Barreau, 1984, p. 242-243, nr. 46ter. Wel nog van belang in b.v. Kh. Brussel 27 januari 1937, *R.G.A.R.* 1937, nr. 2411 ("si la faute la plus légère devait être retenue à l'occasion de l'exécution d'un contrat, l'activité serait paralysée et la naissance des obligations contractuelles serait sérieusement entravée").

(of uitslag-) verbintenissen: de fout is enkel bij inspanningsverbintenissen door het slachtoffer te bewijzen.³²⁴ Bij de buitencontractuele foutaansprakelijkheid moet de schadelijder volgens de traditionele rechtsleer bewijzen dat de schadeverwekker een inbreuk op een algemene zorgvuldigheidsplicht heeft gepleegd. Dit bewijs hoeft hij dan weer niet te leveren, wanneer een overtreding van een wettelijke bepaling met een specifieke inhoud voorligt.³²⁵ Bij de contractuele aansprakelijkheid, waar het onderscheid tussen beide soorten verbintenissen oorspronkelijk vandaan komt, hoeft het slachtoffer van een inbreuk op een resultaatsverbintenis enkel te bewijzen dat de medecontractant het beloofde resultaat niet heeft bereikt, terwijl het slachtoffer van een inspanningsverbintenis moet bewijzen dat de medecontractant een fout heeft begaan.³²⁶

78. Met betrekking tot de aansprakelijkheid voor zaken lijkt er eveneens, althans in Frankrijk, een toenadering te zijn tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid. Zo aanvaardde het Franse Hof van Cassatie een contractuele objectieve aansprakelijkheid voor de zaken die een contractant bij de nakoming van een overeenkomst aanwendt.³²⁷

³²⁴ H. VANDENBERGHE, "De grondslag van de contractuele en extracontractuele aansprakelijkheid voor eigen daad", *T.P.R.* 1984, 127-154.

³²⁵ Cass. 22 september 1988 (De Federale Verzekeringen/Darrousez), *Arr. Cass.* 1988-89, 94 (ARAB-overtreding geen veiligheidsgordel): "dat de materiële overtreding van een wettelijke of verordeningbepaling op zichzelf een fout is die leidt tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de pleger, mits die overtreding willens en wetens is begaan". Maar als een bestuurder niet wist of niet behoorde te weten dat de faillissementsvoorwaarden waren vervuld, dan is hij niet persoonlijk aansprakelijk voor de door de laattijdige faillissementsaangifte geleden schade (Cass. 22 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 91, *Pas.* 1989, 80, *R.C.J.B.* 1990, 203, afkeurende noot R.-O. DALCQ ("Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée"); Cass. 18 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1197, *Pas.* 1990, 1069 (samenvatting); Cass. 7 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 18, *T.R.V.* 1991, 86, noot M.W.). Zie voor verdere verwijzingen G. SCHAMPS, "La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne" (noot onder Brussel 28 april 1992), *J.L.M.B.* 1994, 45-48. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, "Overzicht", *T.P.R.* 2000, p. 1563-1582, nr. 5-9. De bepaling m.b.t. de aangifte van faillissement binnen een zekere termijn is evenwel niet aan de bestuurder gericht (K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS, J. VANANROYE, "Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1992-1998", *T.P.R.* 2000, p. 319, nr. 286).

³²⁶ P. VAN OMMESLAGHE, "La sanction de l'inexécution du contrat", in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune Barreau, 1984, p. 243, nr. 46ter.

³²⁷ Cass. fr. (civ. I) 17 januari 1995, *D.* 1995, Jur., 350, noot P. JOURDAIN (meisje gekwetst door hoepel van onderwijsinstelling). Zie ook P. JOURDAIN, "Le cerceau qui se brise ...", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1995, 631-635. Voor een poging tot afbakening zie F. LEDUC, "La spécificité de la responsabilité contractuelle", *D.* 1996, Chron., 164-168. Voor een kritische blik P. JOURDAIN, "Responsabilité contractuelle du fait des choses: la Cour de cassation aurait-elle des regrets?", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1996, 632-636. Zie ook voor een overzicht van latere daartegen ingaande ontwikkelingen G. VINEY, *Chronique. Responsabilité civile, J.C.P.* 1996, nr. 3944, p. 264-266, nr. 6-12.

Toch is die analogische toepassing van art. 1384 eerste lid B.W. al te zeer op een doorgedreven vergelijking tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid geïnspireerd: het is niet zozeer omwille van die zaak dat een contractant aansprakelijk is, maar wel omwille van de inhoud van zijn overeenkomst.³²⁸ Om dezelfde reden zal die rechtspraak wellicht niet zo vlug in het Belgische recht worden overgenomen.³²⁹

Een vergelijking met de aansprakelijkheid voor door een verborgen gebrek veroorzaakte schade laat trouwens nog andere verschillen aan de oppervlakte komen: terwijl een bewaarder van een gebrekkige zaak zich alleen kan bevrijden door een vreemde oorzaak die bovendien ook nog vreemd is aan die zaak (zodat onoverwinnelijke onwetendheid voor de bewaarder geen grond van bevrijding vormt), kan een aannemer aan zijn tienjarige aansprakelijkheid ex art. 1792/2270 B.W. en een professionele verkoper aan zijn wettelijke vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken wel ontsnappen door zijn onoverwinnelijke onwetendheid aan te tonen.³³⁰

79. Voor het oorzakelijk verband is de test voor beide aansprakelijkheidsregelingen eveneens dezelfde. Inzake contractuele aansprakelijkheid bepaalt art. 1151 B.W. wel dat de schadevergoeding alleen kan “*omvatten hetgeen een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van het niet-uitvoeren van de overeenkomst*”, maar naar het voorbeeld van de causaliteitstest inzake onrechtmatige daad heeft het Hof van Cassatie die wetsbepaling zo geïnterpreteerd dat om voor vergoeding in aanmerking te komen de schade enkel een noodzakelijk gevolg van de contractuele tekortkoming moet zijn en bijgevolg wel onrechtstreeks kan zijn.³³¹

³²⁸ Zie D. TALLON, “L’inexécution du contrat: pour une autre présentation”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1994, (223) 229.

³²⁹ Zie de negatieve houding tegenover die afgezonderde vorm van contractuele aansprakelijkheid: B. DUBUISSON, “Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle”, in *La théorie générale des obligations*, CUP, 1998, 159-166. Zie voor Nederland reeds art. 6:77 N.N.B.W.

³³⁰ Zie de schitterende en in vraag stellende commentaar van A. LAGASSE, “Problèmes de responsabilité au cas de dommage causé par une chose affectée d’un vice caché. Le gardien, l’entrepreneur, le vendeur” (noot onder Cass. 6 oktober 1961), *R.C.J.B.* 1963, 11-41. Zie ook Cass. 6 oktober 1961, *Pas.* 1962, I, 152. Over de wettelijke vrijwaring door de verkoper, zie recent V. PIRSON, “Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente”, *T.B.B.R.* 20001, 416-441, vooral 426.

³³¹ Zie o.m. W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 118-119; P. VAN OMMESLAGHE, “La sanction de l’inexécution du contrat”, in *Les obligations contractuelles*, Brussel, JBB, 1984, p. 243, nr. 46quarter. Zie Cass. 24 juni 1977, *Arr. Cass.* 1977, 1101, *Pas.* 1977, I, 1087; Cass. 9 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1223, *R.W.* 1986-87, 2699.

80. Ten slotte geldt voor beide regelingen telkens het beginsel dat een aansprakelijke de door hem berokkende schade volledig moet herstellen.³³²

Met betrekking tot de omvang van de schadevergoeding worden beide regelingen vaak als volgt vergeleken: contractuele aansprakelijkheid heeft tot doel de schuldeiser te plaatsen in de toestand waarin die zich zou hebben bevonden indien de schuldenaar zijn verbintenis wel zou zijn nagekomen³³³ (bescherming van positief belang, *loss of bargain/ loss of profit/ performance/ expectation interest, Erfüllungsinteresse/ positives Interesse/ Schadensersatz wegen Nichterfüllung*), terwijl (quasi-)delictuele aansprakelijkheid tot doel heeft om de benadeelde terug te plaatsen in de toestand alsof de aansprakelijke *niet* foutief had gehandeld (negatief belang, *reliance/ status quo interest, Vertrauensinteresse/ negatives Interesse*).³³⁴

Het belang bij contractuele aansprakelijkheid kan evenwel ook op een negatieve wijze geformuleerd worden: de schuldeiser moet worden geplaatst in dezelfde toestand als wanneer geen contractuele fout of wanprestatie zich had voorgedaan. De perceptie van het verschil tussen beide aansprakelijkheidsregelingen is dus nog kleiner wanneer de vergelijking, wat de contractuele aansprakelijkheid betreft, eerder start vanuit de wanprestatie zelf dan vanuit de overeenkomst.³³⁵

Wat artikel 1150 B.W. betreft, is het belang ervan gezien de restrictieve invulling ervan door het Hof van Cassatie in de praktijk eerder beperkt.³³⁶

81. Het geringer belang van het onderscheid tussen beide aansprakelijkheidsregelingen blijkt ook op procedureel vlak. In de meeste gevallen is er tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid nauwelijks een onderscheid, zodat het – zelfs in cassatie – niet wordt opgeworpen dat een feitenrechter de delictuele aansprakelijkheid in een contractuele verhouding heeft toegepast,³³⁷ of zodat een rechterlijke uit-

³³² W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 291; P. VAN OMMESLAGHE, “La sanction de l’inexécution du contrat”, in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune Barreau, 1984, p. 243-244, nr. 47. Cass. 8 mei 1952, *Arr. Verbr.* 1952, 499, *Pas.* 1952, I, 570, concl. proc.-gen. HAYOIT DE TERMICOURT (buitencontractueel); Cass. 17 oktober 1968, *Pas.* 1969, I, 181 (contractueel); Cass. 27 juni 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1222, *Pas.* 1974, I, 1128, Cass. 6 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 640, *Pas.* 1975, I, 581.

³³³ Cass. 28 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, 830, *R.W.* 1995-96, 924.

³³⁴ Zie o.m. B.S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMAN, *The German Law of Contracts and Restitution*, p. 630 et seq. *Clerk & Lindsell on Torts*, nr. 1-07, p. 6; W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 118.

³³⁵ Vgl. ook S. WHITTAKER, “Privity of Contract and the Tort of Negligence”, 207-208.

³³⁶ Cf. *supra*, voetnoot 310.

³³⁷ Zie b.v. Cass. 16 mei 1974, *Pas.* 1974, I, noot W.G.; Cass. 11 april 1979, *Pas.* 1979, I, 965 (handelshuur).

spraak niet eens vermeldt welke aansprakelijkheidsregeling toepasselijk is.³³⁸

Het samenloopverbod is bovendien niet van openbare orde, zodat de verweerder zelf de eventuele niet-toepasselijkheid van de buitencontractuele aansprakelijkheid moet inroepen.³³⁹

Wanneer een rechter, op eigen houtje en zonder de partijen daarin te kennen, als oorzaak van een eis in de plaats van een delictuele fout een contractuele fout aanwijst, miskent hij het algemene rechtsbeginsel dat hem verbiedt om zich over niet-gevorderde zaken uit te spreken (beschikingsbeginsel) en dat hem oplegt de rechten van verdediging te eerbiedigen.³⁴⁰ Wat de aanduiding van de toepasselijke rechtsregel betreft, is een rechter er wel toe gehouden om zelf de juiste rechtsregel op de hem voorgelegde feiten toe te passen voorzover hij op die manier niet het voorwerp of de oorzaak van de eis wijzigt (*Da mihi factum, dabo tibi ius; Jura novit curia*). Alleen moet hij daarbij de rechten van de verdediging eerbiedigen: als een vordering aldus op een contractuele fout is gebaseerd, dan moet de rechter die art. 1382 B.W. wil toepassen, de procespartijen de gelegenheid geven om hun middelen met betrekking tot die nieuwe kwalificatie naar voren te brengen.³⁴¹

³³⁸ Zie P. SERLOOTEN, “Vers une responsabilité professionnelle”, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 809, nr. 6 (voetnoot 19bis: wegens de “économie de moyens”).

³³⁹ E. DIRIX, A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)”, *R.W.* 1992-93, (1209) 1227; P. WÉRY, “Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente”, *T.B.B.R.* 1998, 91. Impliciet in Rb. Doornik 15 april 1987, *J.L.M.B.* 1987, 938 (bij levering verkochte goederen inzakking vrachtwagen; geen heropening van debatten); Cass. 18 februari 1993, *Pas.* 1993, I, 187.

³⁴⁰ Cass. 22 december 1983, *Pas.* 1984, I, 454 (verhuurder tegen onderhuurder op grond van art. 1382 B.W.); Cass. 12 maart 1987, *R.W.* 1987-88, 1344 (waterlevering; delictuele fout i.p.v. contractuele fout).

³⁴¹ Cass. 13 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 339, *Bull.* 1990, 298, *R.W.* 1990-91, 234, *J.T.T.* 1990, 371, verwijzende noot. Cass. 25 mei 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1242, *R.W.* 1984-85, 1169, verwijzende noot (andere feiten). Voor een toepassing zie Brussel 11 februari 1992, *J.L.M.B.* 1994, 542 (rechter acht delictuele aansprakelijkheid niet toepasselijk, maar mogelijks wel tienjarige aansprakelijkheid die van openbare orde is, daarom beveelt hij de heropening van de debatten). A. VAN OEVELEN, E. DIRIX, “Naschrift – De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problematiek van de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid”, *R.W.* 1985-86, 903-910. Over het recht van verdediging zie o.m. E. KRINGS, “Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding”, *R.W.* 1983-84, (337) 361-362; H. VANDENBERGHE, “Samenloop en coëxistentie contractuele en delictuele aansprakelijkheid”, in *Themis. Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2000-2001, bijlage, I, nr. 2; W. RAUWS, “Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgrond en de autonomie van de partijen” (noot onder Cass. 10 mei 1985), *R.W.* 1985-86, 2215-2224. Zie evenwel Rb. Doornik 15 april 1987, *J.L.M.B.* 1987, 938 (bij levering van verkochte goederen inzakking vrachtwagen; contractuele i.p.v. delictuele aansprakelijkheid zonder heropening van de debatten); Cass. 18 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 202, *Pas.* 1993, 187 (fout bij aanbesteding; contractuele i.p.v. delictuele aansprakelijkheid).

Nog bij andere rechtsvragen moet de rechtspraak bij gelegenheid bevestigen dat er met betrekking tot een bepaald punt tussen de regeling inzake contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid geen onderscheid bestaat. Zo is een exoneratieclausule bij kwade trouw in beide regelingen niet werkzaam.³⁴²

3. Besluit

82. De kritiek op de verschillen en de toenadering tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid zijn niet eigen aan de Belgische rechtskring.

De meeste vooraanstaande auteurs noemen de verschillen tussen beide aansprakelijkheidsregelingen bijkomstige³⁴³ of “*slechts technische*”³⁴⁴ verschillen. Zo noemde de Franse auteur Tunc de verschillen zelfs “*more or less absurd*” wanneer eenzelfde activiteit of feit tegenover twee verschillende personen aansprakelijkheid doet ontstaan.³⁴⁵

Sommige hedendaagse critici gaan zelfs zover dat ze tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid geen enkel verschil meer willen zien.³⁴⁶ Die stelling menen ze in het Europees gemeenschapsrecht en met name in de richtlijn inzake productaansprakelijkheid bevestigd te zien.

Waar wel kan worden ingestemd met de stelling dat de verschillen tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid tot het noodzakelijke minimum moeten worden beperkt,³⁴⁷ is het voorstel van volledige gelijkenschakeling toch te radicaal en een te grote veralgemening. De onderbouw van hun redenering, het gemeenschapsrecht, biedt immers evengoed tegenargumenten: met name de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot het EEX-Verdrag (nu Verordening), alsook de richtlijn van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de

³⁴² Zie o.m. Cass. 3 april 1959, *Arr. Verbr.* 1959, 592, *Pas.* 1959, I, 773, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1960, noot G. VAN HECKE.

³⁴³ In Frankrijk: G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, II/1, *Les obligations*, Parijs, Sirey, 1962, p. 333-334, nr. 365; H. en L. MAZEAUD en A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Parijs, Montchrestien, 1965, I, p. 103, nr. 97. In Nederland: ASSER-HARTKAMP, III, 1994, p. 9, nr. 9; M. VAN ROSSUM, o.c., *E.R.P.L.* 1995, p. 55, nr. 4.1 (“differences of detail”).

³⁴⁴ J.H. HERBOTS, “Quasi-delictuele aansprakelijkheid en overeenkomsten”, *T.P.R.* 1980, nr. 2.

³⁴⁵ A. TUNC, “Introduction”, in A. TUNC (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, *Torts*, chapter 1, p. 25, nr. 44, kol. 2.

³⁴⁶ R.O. DALCQ, “Restrictions à l’immunité de responsabilité de l’agent d’exécution” (noot onder Cass. 25 en 26 oktober 1990), *R.C.J.B.* 1992, 507-508, -weliswaar in vragende vorm- gevolgd door P. RIGAUX, “Les groupes de contrats: jurisprudences belge et française”, *J.T.* 1993, p. 472, kol. 3.

³⁴⁷ Zie b.v. G. VINEY, *Introduction*, p. 452, nr. 245.

garanties voor consumptiegoederen (*directive on consumer goods guarantees, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*)³⁴⁸ wijzen eerder op een meer rigide houding.³⁴⁹

Uit de rechtspraak van het Arbitragehof met betrekking tot de toetsing van verjaringstermijnen aan het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel volgt eveneens dat een verschil tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid juist wenselijk kan zijn: waar het Arbitragehof geen graten ziet in een kortere verjaringstermijn voor een rechtsvordering op grond van de contractuele aansprakelijkheid tegen de overheid, oordeelt het dat de kortere (vijfjarige) verjaringstermijn in de Wet Rijkscomptabiliteit voor een rechtsvordering op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid of burenhinder tegen de overheid in geval van schade aan onroerende goederen discriminerend kan werken waar een langere (toen dertigjarige) termijn geldt voor een vergelijkbare aansprakelijkheidsvordering tegen een particulier,³⁵⁰ althans in die gevallen waar het nadeel “*pas aan de oppervlakte kan komen talrijke jaren nadat de werken werden uitgevoerd.*”³⁵¹

In de Duitse voorstellen tot hervorming van het BGB werd onder andere de wens geuit dat een aantal specifieke regels voor buitencontractuele aansprakelijkheid die tot het ontstaan van de jurisprudentiële figuur van de *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte* hebben geleid, beter uit het BGB zouden verdwijnen.³⁵² In de recent ingevoerde hervorming (in werking getreden op 1 januari 2002) is de gemeenrechtelijke verjaringstermijn op 3 jaar teruggebracht (§ 195 BGB neue Fassung).

De wijd verbreide kritiek op de verschillen in rechtsgevolgen heeft ook weerklank gevonden in de jongste Nederlandse codificatie. De Nederlandse wetgever heeft met name gepoogd om de rechtsgevolgen voor beide aansprakelijkheidsregelingen zoveel mogelijk op dezelfde lijn te stellen. Zo wordt de verplichting tot schadevergoeding in éénzelfde afdeling voor de contractuele én de buitencontractuele aansprakelijkheid geregeld.³⁵³ De poging is weliswaar voor een goed deel geslaagd maar niet volledig. Zo zijn de rechtsgevolgen wel voor het overgrote deel gelijkgeschakeld maar zijn de rechtsgronden nog steeds verschillend en ook voor bijzondere overeenkomsten bestaan nog heel wat bijzondere regelingen zoals bijzondere verjaringstermijnen.

³⁴⁸ Richtl. nr. 1999/44, *PB. L.* 7 juli 1999, afl. 171, 12.

³⁴⁹ Cf. *infra*, nr. 460.

³⁵⁰ Arbitragehof nr. 32/96, 15 mei 1996, *B.S.* 20 juni 1996 (buitencontractueel); Arbitragehof nr. 75/97, 17 december 1997, *B.S.* 14 februari 1998 (contractueel); Arbitragehof nr. 5/99, 20 januari 1999, *B.S.* 29 april 1999 (statutair).

³⁵¹ Overweging B.17 van Arbitragehof nr. 32/96 (vorige voetnoot). Zie de latere rechtspraak besproken in I. CLAEYS, “Het gelijkheidsbeginsel en de bijzondere verjaringsregeling voor de beroepsaansprakelijkheid van advocaten” (noot onder Arbitragehof 30 oktober 2001), *R.W.* 2001-02, p. 1500, nr. 3.

³⁵² Cf. *infra*, nr. 508.

³⁵³ Afdeling 6.1.10 N.N.B.W.

Ten slotte luidt dezelfde klok ook in het Engelse recht. Zo pleit Lord Goff in het eerder al genoemde *Henderson* ervoor “to rephrase such incidental rules as have to remain in terms of the nature of the harm suffered rather than the nature of the liability asserted”. Maar zijn scepticisme ten aanzien van de slaagkansen van dit project is duidelijk wanneer hij stelt: “this is crying for the moon”.³⁵⁴

Markesinis en Deakin zijn dan weer optimistischer door in de aanvaardende houding van de rechtspraak ten aanzien van de samenloop een toenadering tussen beide regelingen te zien. “The recent tendency of allowing plaintiffs a choice between the contractual or tortious remedies must be seen as a move towards attenuating the difference between contract and tort.”³⁵⁵

83. Dit verhaal over het in de tijd en de ruimte veranderlijke onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid had voornamelijk tot doel aan te tonen dat, wanneer een wenselijk geacht resultaat door de positiefrechtelijke organisatie van dit onderscheid wordt belemmerd, verschillende methodes denkbaar zijn om dat resultaat alsnog te bereiken. Om aan de eisen van het rechtsverkeer recht te doen, is het namelijk niet altijd noodzakelijk om de scheidingslijn tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid te verleggen,³⁵⁶ maar is het ook mogelijk om het onderscheid qua rechtsgevolgen te doen verdwijnen of minstens te verleggen.³⁵⁷

Er zijn evenwel nog andere methodes om op het vlak van de derdenwerking een wenselijk geachte wijziging aan te brengen.

³⁵⁴ Lord Goff in *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*, (1995) 2 A.C., 186 (H.L.)

³⁵⁵ B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 11.

³⁵⁶ Voor die methodes, cf. *supra*, sub A.

³⁵⁷ Cf. *supra*, sub B.

HOOFDSTUK II. PARTIJ EN DERDE

84. Uit het vorige hoofdstuk is reeds gebleken hoe nauw het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid verwant is aan de discussie of een persoon tegenover een bepaalde overeenkomst als contractpartij dan wel als derde staat.³⁵⁸ De rechtsleer is in het verleden al uitgebreid op de traditionele invulling van de begrippen contractpartij en derde ingegaan, zodat we ermee kunnen volstaan dit onderscheid beknopt weer te geven (§ 1). Opnieuw staan die noties niet onveranderlijk vast en worden een tweetal methodes aangegrepen om het onderscheid tussen contractpartijen en derden en zo de derden- en doorwerking van een overeenkomst te heroriënteren (§ 2). Zoals bij elke vernieuwingsdrang moet er ook hier mee rekening worden gehouden dat aan elke innovatie toch ook grenzen zijn verbonden, of om de sprekende woorden van Ghestin te gebruiken: “*La loi ne peut pas faire n’importe quoi et notamment (...) faire d’un homme une femme, ou d’un tiers une partie.*”³⁵⁹

§ 1. TRADITIONEEL ONDERSCHIED

85. Meermaals hebben auteurs erop gewezen dat het partij- en het derdebegrip relatieve, evolutieve en complementair-exclusieve begrippen zijn.

In het kader van samenhangende overeenkomsten zijn die concepten in de eerste plaats relatief of dubbelzinnig in de zin dat één persoon tegelijk partij én derde kan zijn, afhankelijk van de overeenkomst die centraal wordt gesteld.³⁶⁰ Zo is een onderaannemer weliswaar een derde ten aanzien van de hoofdaannemingsovereenkomst, maar is hij een partij bij de onderaannemingsovereenkomst: “*derden zijn altijd derden voor derden*”.³⁶¹ Om

³⁵⁸ Zie voor een overzicht van het derdenbegrip vanuit een meer algemeen en tegelijk filosofisch perspectief, A.F.M. BRENNINKMEIJER, “De derde in het recht”, A.A. 1997 (dossier – Derde in het recht), 267-278.

³⁵⁹ J. GHESTIN, “Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1994, p. 787, nr. 8.

³⁶⁰ Zie o.m. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 21, nr. 1; J. GHESTIN, “Introduction”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 19, nr. 12; P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, Parijs, Cujas, 1997, p. 375, nr. 655. Daarnaast noemt Dirix het ook nog een *meerdere* begrip (*Obligatoire verhoudingen*, p. 21, nr. 1). Wij behandelen het begrip derde enkel vanuit art. 1165 B.W., omdat er al voldoende over de verhouding van het begrip in art. 1165 B.W. met het begrip uit andere wetsbepalingen is neergepend (zie E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 38-46, nr. 33-46). Ten slotte verduidelijkt Dirix het derdenbegrip door het partijbegrip nader te ontleden (E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 22-38, nr. 3-32).

³⁶¹ C.P. AUBEL, *En passant de tweede hand, over beperking van aansprakelijkheid tegenover derden*, Deventer, Kluwer, 1972, 10.

die reden is het ook sprekend om bij samenhangende overeenkomsten van de *tiers contractant* te spreken.³⁶²

Daarnaast zijn de concepten van contractpartij en derde niet statisch, maar evolutief of veranderlijk in de tijd. Zo kan een contractpartij derde worden ten gevolge van een contractoverdracht of kan een derde contractpartij worden als gevolg van een contracttoetreding.³⁶³

Ten slotte zijn de twee koppelbegrippen ook complementair en exclusief,³⁶⁴ in de zin dat wie geen derde is, partij is en wie geen partij is, derde is. Zoals het vertrekpunt bij een beschrijving van het onderscheid tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid steeds uit een beschrijving van de voorwaarden van de contractuele aansprakelijkheid bestaat en de gevallen die daaraan niet beantwoorden onder de buitencontractuele aansprakelijkheid vallen, vormt het vertrekpunt hier steeds het partijbegrip en is het derdebegrip de restcategorie. Een exhaustieve opsomming van de groep van derden wordt doorgaans onmogelijk geacht. Tot die groep behoren in ieder geval de zogenaamde *penitus extranei*, de volstrekt derden,³⁶⁵ zij die geen enkele band met de betrokken overeenkomst vertonen.³⁶⁶ Verderop zal blijken dat bepaalde rechtsleer voor een grotere differentiatie in het derdenbegrip pleit.³⁶⁷

86. Door de verschillende rechtssystemen heen bestaat er een eensgezindheid om aan bepaalde categorieën de hoedanigheid van contractpartij verlenen.

Partij op het ogenblik van de totstandkoming van een overeenkomst zijn vanzelfsprekend zij die zich tegenover elkaar tot de nakoming van die

³⁶² B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations*, II, *Contrat*, Parijs, Litec, 1995, p. 748, nr. 1808-1909.

³⁶³ Zie o.m. C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 46, nr. 41; J. GHESTIN, "Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1994, p. 796, nr. 24; P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, Parijs, Cujas, 1997, p. 376, nr. 657.

³⁶⁴ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 21, nr. 1 ("antinomisch").

³⁶⁵ Zie o.m. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 21, nr. 2. Vroeger werd de term *penitus extranei* gebruikt om ze te onderscheiden van de rechtsopvolgers (zie in die zin P. JOURDAIN, "Le recul de la responsabilité contractuelle directe dans les groupes de contrats", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1991, 751).

³⁶⁶ Zie o.m. J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, p. 23, nr. 11; J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, p. 441, nr. 475; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations*, II, *Contrat*, 1995, Parijs, Litec, p. 376, nr. 892 ("le tiers qui n'a aucune relation juridique antérieure avec les parties"), p. 529-530, nr. 1265 ("les tiers vraiment tiers"), p. 758, nr. 1800 ("tiers absolu"); P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, Parijs, Cujas, 1997, p. 375, nr. 656.

³⁶⁷ Cf. *infra*, nr. 89

overeenkomst hebben verbonden, met andere woorden zij die daartoe rechtstreeks met elkaar hebben gehandeld.³⁶⁸

Maar partij zijn ook zij aan wie een overeenkomst krachtens vertegenwoordiging wordt toegerekend: al heeft de vertegenwoordigde niet zelf met de wederpartij gehandeld, toch is hij partij. Al bestaat terzake geen twijfel bij onmiddellijke (volmaakte, directe of rechtstreekse) vertegenwoordiging, toch blijft er betwisting bestaan over de vraag naar een rechtstreekse band bij de middellijke (onvolmaakte, indirecte of onrechtstreekse) vertegenwoordiging³⁶⁹ en naar de reikwijdte van de schijnvertegenwoordiging.³⁷⁰

³⁶⁸ De invulling ervan wordt evenwel meer betwist. Het is intussen een klassieke discussie geworden of de wil dan wel het vertrouwen de grondslag van een overeenkomst vormt (cf. *supra*, nr. 21 en 30).

³⁶⁹ Cf. *infra*, nr. 306 et seq.

³⁷⁰ Op dit terrein wordt vooral betwist of de schijn aan de schijnvertegenwoordigde toerekenbaar (*imputable*) moet zijn of door hem moet zijn opgewekt. Moet die pseudolastgever de schijn geschapen (*créé*) of minstens gedoogd (*toléré*) hebben? In een recent principiearrest heeft het Hof van Cassatie terzake aan de discussie een eind willen maken door de overweging dat “*een persoon ten aanzien van een derde kan verbonden zijn door daden gesteld door iemand die, wat die daden betreft, de schijn wekt de lasthebber te zijn van die persoon, in zoverre die schijn aan laatstgenoemde kan worden toegerekend*” (Cass. 20 januari 2000, *T.B.H.* 2000, 483, (zeer lezenswaardige) noot P.A. FORIERS; vgl. de kritische bespreking van S. STIJNS, I. CLAEYS, “Het algemeen regime van de verbintenis”, in S. STIJNS, H. VANDENBERGHE, *Verbintennisrecht*, Brugge, Die Keure, 2000-2001, p. 18-20, nr. 24-28). Daarmee sluit het Hof van Cassatie zich aan bij de meerderheid in de Belgische rechtsleer volgens welke de schijnvertegenwoordigde aan de gewekte schijn niet vreemd mag zijn (I. CORBISIER, “*Les apparences dans le cadre d’une action intentée contre les membres d’une association de fait: de la manière de les sauver ou, au contraire, de l’invitation à s’en méfier? Ou de l’incidence des mystères en droit*”, *Rev. Prat. Soc.* 1994, nr. 6636, p. 157; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 24, nr. 6; R. KRUITHOF, “La théorie de l’apparence dans une nouvelle phase”, *R.C.J.B.* 1991, p. 69-71, nr. 17-18; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 224-225, nr. 83 en p. 499, nr. 152; A. VAN OEVELEN, “De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandaat” (noot onder Cass. 20 juni 1988), *R.W.* 1989-90, p. 1430, nr. 8; I. VEROUGSTRAETE, *l.c.*, p. 1192, nr. 31, sub e. Zie vooral het vurige pleidooi terzake van P.A. FORIERS, “L’apparence, source autonome d’obligations, ou application du principe général de l’exécution de bonne foi”, *J.T.* 1989, 541-546. Vgl. ook F. DERRIDA, J. MESTRE, “Apparence”, in *Encycl. Dalloz*, 1986, nr. 50). Het is de billijkheid die de toerekenbaarheid vereist (W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 223-225, nr. 83). In Nederland spreekt men doorgaans van het zogenaamde “toedoen-beginsel”, in Duitsland van *Veranlassung* (R. KRUITHOF, “La théorie de l’apparence dans une nouvelle phase”, *R.C.J.B.* 1991, p. 70, nr. 18; J.H. NIEUWENHUIS, “Toerekening van vertrouwen”, *W.P.N.R.* 1988, 491-494). Toch bekritiseert een minderheid in de rechtsleer die voorwaarde en lijkt ze zich vooral hierop te steunen dat het Hof van Cassatie tot voor kort die voorwaarde niet (expliciet) stelde: in het arrest van 20 juni 1988 had de schijn immers moeten toerekenbaar zijn aan alle individuele leden van de vakbond, wat “*zowat ondenkbaar is*” (P. CALLENS, S. STIJNS, “Schijnvertegenwoordiging: een keerpunt!”, *T.R.V.* 1989, p. 544, nr. 7. In dezelfde zin ook J. VANANROYE, “De vertegenwoordigingsmacht van een werknemer van een vennootschap”, *T.R.V.* 1998, p. 117, kol. 1 (met uitzondering van vervalst bewijs van vertegenwoordigingsbevoegdheid)). Wel betwisten zij niet de voorwaarde dat er “*objectieve, feitelijke omstandigheden voorhanden zijn, die verwijzen naar de schijnvertegenwoordigde*”, maar dit

Ook ná het ontstaan van een overeenkomst kan een persoon de hoedanigheid van contractpartij verwerven.³⁷¹ Aan de ene kant kan een persoon tot een bestaande overeenkomst toetreden, voorzover die overeenkomst daarop berekend is. Vanaf de toetredingshandeling wordt hij dan partij bij een meerpartijenovereenkomst. Aan de andere kant kan een persoon ook contractpartij worden door overname van een overeenkomst, waarbij hij in zowel de rechten als de verplichtingen van de overdrager (die zelf uit de rechtsverhouding verdwijnt) treedt.

Het antwoord op de vraag of een persoon al dan niet een contractpartij is, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval en is bijgevolg in grote mate een feitenkwestie waarover de lagere rechter zich ten gronde moet uitspreken en een soevereine beoordelingsbevoegdheid terzake beschikt.³⁷² In het derde deel wordt het belang hiervan extra in de verf gezet.³⁷³

zou al in de andere toepassingsvereisten besloten liggen (S. STIJNS, P. CALLENS, “Over tijdelijke vennootschappen en (schijn-)vertegenwoordiging” (noot onder Kh. Kortrijk 19 januari 1988), *T.R.V.* 1989, p. 74, nr. 19. In dezelfde zin ook P. VAN OMMESLAGHE, “L'apparence comme source autonome d'obligations et le droit belge”, *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.* 1983, p. 154-155, nr. IV). Als argument voor hun zienswijze wijzen zij vooral op de lege inhoud van die voorwaarde en de moeilijke, zometer onmogelijke afbakening van de foutvoorwaarde. Daarnaast halen zij ook de wettelijke toepassingen van de vertrouwensleer aan, waarbij die voorwaarde niet wordt gesteld (art. 2279 B.W., art. 1240 B.W. en dwaling), alsook een arrest van het Franse Hof van Cassatie (S. STIJNS, P. CALLENS, *o.c.*, *T.R.V.* 1989, p. 75, nr. 20-21). Evenwel lijkt ook het Franse hof voor die voorwaarde gewonnen (Cass. fr. (com.) 27 mei 1974, *D.* 1977, Jur., 421, noot J.-P. ARRIGHI; in de vorm van een uitzondering gegoten in J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, p. 1155-1156, nr. 31220; slechts twee voorwaarden in P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Contrats spéciaux*, p. 351-352, nr. 578-579). De discussie lijkt me evenwel een gevecht met windmolens: of het nu gaat om een afzonderlijke voorwaarde dan wel de vereiste reeds in andere voorwaarden besloten ligt, het komt op hetzelfde neer (in die richting ook I. VEROUGSTRAETE, *l.c.*, p. 1192, nr. 31, sub e; zie evenwel bepaalde Franse auteurs die de voorwaarde helemaal niet stellen; zie verwijzingen bij Foriers). Voor de klaarheid van de situatie lijkt een afzonderlijke voorwaarde dan ook eerder geboden. Kruihof wijst er nog op dat in geval van vervalsers (*faussaires*) de twee overige voorwaarden voldaan kunnen zijn, zonder dat er van toerekenbaarheid sprake was (R. KRUIHOF, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1991, p. 71, nr. 18).

³⁷¹ Zie b.v. het onderscheid van C.E. DU PERRON tussen ontstaanspartijen (en hun rechtsopvolgers) en toetredingspartijen (*Overeenkomst en derden*, p. 37-45, nr. 31-39).

³⁷² Zie C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 40-41, nr. 34.

³⁷³ Voor de volledigheid, zij het niet zo relevant voor de problematiek van de samenhangende overeenkomsten, wijzen we erop dat ook de algemene rechtverkrijgenden of rechtsopvolgers onder algemene titel (*ayants cause/ayants droit/successeurs à titre universel, Gesamtrechtsnachfolger/Universalsukzessionar, *universal successors*) vanaf het ogenblik van hun rechtsopvolging in de positie van hun rechtsvoorganger (*l'auteur, Rechtsvoorgänger*) als contractpartij worden beschouwd en soms de “geassimileerde partijen” genoemd worden (art. 1122 B.W., enkel inzoverre “bedingen” (*stipuler*) als contracteren (*contracter*) en “rechtverkrijgenden” (*ayants cause*) als rechtverkrijgenden onder algemene titel moet worden begrepen, zoals nu door een meerderheid in de Franse rechtsleer aanvaard, cf. *infra*, nr. 416 et seq.). “Rechthebbenden” is een eerder ongelukkige (want te brede) woordkeuze en een letterlijke overname van

87. Voor een aantal categorieën is het meer betwist of ze als derde dan wel als contractpartij ten aanzien van een overeenkomst staan, al lijkt het nut van die betwistingen niet altijd even groot. Een eerste twistpunt heeft betrekking op de persoon die door middel van een derdenbeding wordt begunstigd. In het Belgische, Franse, Duitse en Engelse recht³⁷⁴ wordt de derdebegunstigde geen partij bij de overeenkomst, ook al is voor de werking van dit derdenbeding telkens een aanvaarding door de derde vereist. Met de jongste codificatie wijkt het Nederlandse recht van dit beginsel af: vanaf de aanvaarding van het derdenbeding door de derde ontstaat een meerpartijenovereenkomst waartoe de derde toetreedt en zo contractpartij wordt.³⁷⁵ Aan alle systemen is het wel gemeenschappelijk dat een derdenbeding nooit tegen de wil van een derde in kan worden opgedrongen.

Evenzeer betwist is de hoedanigheid van de rechtsopvolgers onder bijzondere titel in de mate dat ze, naargelang van het rechtssysteem,³⁷⁶ op de leer van de kwalitatieve rechten of op de accessoriumleer een beroep doen. Zo catalogeren Dirix en in zijn navolging ook Corbisier die rechtsopvolgers onder de groep van contractpartijen,³⁷⁷ terwijl dan weer de Nederlandse auteur du Perron met die kwalificatie niet akkoord gaat

het Franse “*ayants droit*”: een persoon kan ook op een niet-afgeleide, oorspronkelijke wijze een recht hebben. Voor het Engelse recht zie B. NICHOLAS, *The French Law of Contract*, Oxford, Clarendon, 1992, 172: “*although English law does not have the concept of universal succession, we have no difficulty in accepting that in general a dead man’s rights and, to the extent of his assets, his liabilities pass to his personal representatives*”). Volgens ASSER-HARTKAMP mist de vergelijkbare Nederlandse bepaling (art. 6:249 N.N.B.W) “zelfstandige betekenis” en vloeit de inhoud ervan veeleer uit het erfrecht (of vennootschapsrecht) voort (II, p. 389, nr. 390). Voor Frankrijk zie o.m. P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Les Obligations*, Parijs, Cujas, 1997, p. 377, nr. 658; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, II, Contrat*, Parijs, Litec, 1995, p. 521, nr. 1258. Voor de meer genuanceerde houding van het Engelse recht zie G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 1995, 615-620). Zo zijn naar Belgisch recht als rechtsopvolger onder algemene titel te noemen: terzake des doods de erfgenamen (art. 724, 873 B.W.), de legatarissen onder algemene titel (art. 1012 B.W.) en de algemene legatarissen (art. 1009 B.W.) en, onder de levenden (naast de rechtsovergang als gevolg van nationalisatie of overname door de overheid: zie W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1999-2000, 157) enkel voor rechtspersonen, de verkrijgende vennootschap bij fusie door overneming, de nieuwe vennootschap bij fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap en de verkrijgende vennootschap bij splitsing door overneming of door oprichting van nieuwe vennootschappen (art. 682 Wb.Venn.) of bij inbreng van een algemeenheid of bedrijfstak (art. 763 Wb.Venn.).

³⁷⁴ In Engeland blijft de derde derde (zie LAW COMMISSION, *Privity*, p. 98, nr. 8.11, p. 118, nr. 10.9 (“*the third party is not simply stepping into the shoes of the promisee*”, hoewel “*the third party’s right derives from the contract*”), p. 149, nr. 13.2).

³⁷⁵ Art. 6:254 eerste lid N.N.B.W.

³⁷⁶ Cf. *infra*, nr. 420 et seq.

³⁷⁷ I. CORBISIER, “Les différents tiers au contrat”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 105, nr. 12 (“*celui qui a voulu l’être ou à qui une telle volonté peut être attribuée en vertu de la doctrine de la confiance, l’ayant cause à titre universel et l’ayant cause à titre particulier pour les droits qualitatifs afférents à la chose transmise*”); E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, 38.

aangezien die rechtsopvolgers niet over alle contractuele bevoegdheden van een contractpartij beschikken.³⁷⁸

Dezelfde vraag rijst ten aanzien van anderen die een partij opvolgen in alleen diens rechten of alleen diens plichten, zoals een overnemer (cessionaris) van een schuldvordering (*cession, assignment, Abtretung*),³⁷⁹ een overnemer van een schuld en een betaler van een schuldvordering die zo in de positie van de oorspronkelijke schuldeiser wordt gesubrogeerd. Terwijl de meesten het erover eens zijn dat die opvolgers alle derden zijn, noemt du Perron hen “partijen bij verbintenissen uit een overeenkomst”, te onderscheiden van hen die bij een overeenkomst op zich partij zijn.³⁸⁰

De discussie of middellijk vertegenwoordigden contractpartijen zijn, komt in het derde deel uitgebreider aan bod.

§ 2. TWEE VERNIEUWINGSMETHODES

88. De rechtsleer en bij wijlen ook de rechtspraak pogen die indeling contractpartij/derde op twee wijzen te heroriënteren. Enerzijds tonen illustraties uit de Franse, Belgische en Nederlandse rechtspraak aan dat er aan de bestaande tweedeling nog een derde categorie wordt toegevoegd. Anderzijds komt het ook voor dat de bestaande begrippen van contractpartij en derde op nog een andere wijze worden ingevuld. De gemakkelijkste manier om aan de relativiteit van een overeenkomst te ontsnappen, bestaat er immers in een persoon die op het eerste gezicht een derde is, het statuut van contractpartij toe te kennen. Voor die “vernieuwingsmethode” komt de inspiratie namelijk uit de recente Franse rechtsleer.

A. Differentiatie in derdenbegrip

89. Zoals gezegd, bestaat de eerste methode erin het derdenbegrip te differentiëren of een derde categorie (een *tertium*) in te voeren: de contractueel betrokkenen (*contractants médiats/tiers intéressés, Drittbeteiligte*).

Vooral de Franse rechtsleer kent een constante geschiedenis in het zoeken naar wijzen waarop bepaalde derden bij een bepaalde samenhangende overeenkomst kunnen worden betrokken. Zo zonderde een strekking in de zeventiger jaren met de theorie van de *groupes de contrats* een afzonderlijke categorie van “*ceux qui ont un lien avec le contrat initial*” af.³⁸¹ Volgens de aanhangers van die leer beschikken die betrokken derden over

³⁷⁸ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 45-46, nr. 40.

³⁷⁹ Treitel noemt een cessie een uitzondering op *privity* (G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 577).

³⁸⁰ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 45, nr. 40. Cf. *infra*, nr. 91.

³⁸¹ P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 110, nr. 305.

een contractuele aansprakelijkheidsvordering tegen een persoon waarmee zij nochtans niet rechtstreeks in een contractuele band staan. Die leer werd evenwel door het Franse Hof van Cassatie in het *Besse*-arrest afgeketst.³⁸² Meer nog, in de rechtsleer komt nu zelfs een omgekeerde stroming sterk opzetten die de delictuele aansprakelijkheid binnen de relaties van contractanten zelf uitbreidt.³⁸³ Aan de verruimde toepassing van de delictuele aansprakelijkheid hangt dan weer het gevaar vast dat de economie van de overeenkomst wordt doorbroken.³⁸⁴ Om die reden wil Viney opnieuw een tussenoplossing bewandelen. Volgens haar is de contractueel betrokkene noch contractpartij noch volledig derde, zodat op dit tertium een aparte regeling van toepassing moet zijn. Een derde tussencategorie is volgens haar wellicht nodig om met de specifieke situatie van de contractueel betrokkene rekening te houden: eerbied voor het contract is vereist, maar het kan niet dat bepaalde contractclausules de vordering van een derde volledig lamleggen.³⁸⁵

In feite heeft ook het Belgische Hof van Cassatie een soortgelijke tussencategorie ingevoerd door aan de uitvoeringsagent een zogenaamde quasi-immuniteit te verlenen. Volgens de innovatieve maar tegelijk radicale rechtspraak van het Hof is een uitvoeringsagent tegenover de medecontractant van zijn opdrachtgever in beginsel niet buitencontractueel aansprakelijk, omdat hij ten aanzien van het uitvoeren van de hoofdovereenkomst geen derde is. Met de “niet-derde bij het uitvoeren van de overeenkomst” creëert het Hof een derde tussencategorie. Op die manier hanteert het eigenlijk twee koppelbegrippen: aan de ene kant de contractpartij versus de derde bij het sluiten van de overeenkomst en aan de andere kant de uitvoeringsagent versus de derde bij het uitvoeren van de overeenkomst. Een uitvoeringsagent is dus tegelijk een derde en geen derde; het hangt ervan af of het perspectief het sluiten dan wel het uitvoeren van de overeenkomst is.³⁸⁶

In twee specifieke casusposities³⁸⁷ heeft het begrip van contractueel betrokkene ook in de Nederlandse rechtsleer en rechtspraak succes gekend, ten eerste wanneer een eigenaar van een zaak (X) een aanspraak doet gelden tegen een schadeveroorzakende derde terwijl hij de zaak vrijwillig aan een ander had gegeven die op zijn beurt met die derde heeft gecontracteerd, en ten tweede wanneer een derde een zaak aan bijvoorbeeld een aannemer heeft verkocht waardoor de medecontractant (X) van de

³⁸² Zie meer uitgebreid over die theorie, cf. *infra*, nr. 473 et seq.

³⁸³ Cf. *supra*, nr. 68.

³⁸⁴ Zie o.m. P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, Parijs, Cujas, 1993, p. 394, nr. 700.

³⁸⁵ Zie G. VINEY, *Introduction*, nr. 189-4, p. 347 en nr. 240-1, p. 439.

³⁸⁶ Meer uitgebreid, cf. *infra*, nr. 122-123.

³⁸⁷ Deze komen in het derde en vierde deel uitgebreid aan bod.

aannemer door die zaak schade heeft geleden. Voorlopig is er enkel op te wijzen dat bepaalde Nederlandse rechtsleer voor een doorwerking van contractuele rechten en plichten (voornamelijk van exoneratiebedingen) tegen de contractueel betrokken derde (X) plaats vrijmaakt “voor zover de redelijke afwikkeling van de overeenkomst dit vereist”.³⁸⁸ Die contractueel betrokken derde was voor sommigen in het ene opzicht een partij, in het andere een derde. Voor zowel de Hoge Raad als de wetgever (in zijn jongste codificatie) blijft het gaan om een derde,³⁸⁹ al kan er tegenover die derde een uitzondering op het relativiteitsbeginsel worden toegepast.³⁹⁰

Het begrip “contractueel betrokken derde” is trouwens voor verschillende betekenissen vatbaar. In zijn louter beschrijvende zin gaat het om elke derde die bij de afwikkeling van een overeenkomst belang heeft, om elke belanghebbende derde. In die zin identificeert het belang zich met betrokkenheid, maar heeft het concept geen verklarende betekenis: niet elke belanghebbende is betrokken in de zin dat er voor doorwerking van de overeenkomst voldoende rechtvaardiging bestaat. In de verklarende betekenis is betrokkenheid “*kortschrift voor de aanwezigheid van factoren die doorwerking rechtvaardigen.*”³⁹¹

B. Herverdeling van het onderscheid

90. In plaats van de invoering van een *tertium* is een heroriëntering van het onderscheid tussen de begrippen van contractpartij en derde ook mogelijk door de wijziging van het criterium om een contractpartij van een derde te onderscheiden.

Zo ontstond in de recente Franse rechtsleer woord en wederwoord in een poging om aan die koppelbegrippen een vernieuwde inhoud te geven.³⁹² Kort samengevat is de ontknoping van het debat uiteindelijk door

³⁸⁸ J.L. CAHEN, “Het omslagpunt bij de middellijke vertegenwoordiging”, in X, *Op de grenzen van het komend recht. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.H. Beekhuis*, Deventer, Kluwer, 1969, (67) 69. Bemerkt dat bij die indirecte doorwerking van exoneratieclausules in de visie van Cahen de derde nog geen contractuele positie werd toegekend (zie S.C.J.J. KORTMANN, “De werking van exoneratie-bedingen tegen “derden”. Bespiegelingen naar aanleiding van het Securicor-arrest”, *T.P.R.* 1986, p. 846, nr. 26, noot 38).

³⁸⁹ Een aantal auteurs waaronder Kortmann, Schoordijk en Van Schifgaarde hebben geprobeerd om de principaal van een middellijke vertegenwoordiger als een partij te beschouwen, maar die poging is gezien het Kribbijter-arrest en het N.N.B.W. afgeketst (zie daarover uitgebreid C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 49-70, nr. 46-72 en vooral p. 51, voetnoot 116 voor verdere verwijzingen naar die andersluidende opvattingen).

³⁹⁰ Cf. *infra*, nr. 351 et seq. Zie o.m. ASSER-HARTKAMP, II, p. 379, nr. 381.

³⁹¹ C.E. DU PERRON, “De contractueel betrokken derde: tweeëndertig jaar later”, *l.c.*, 240.

³⁹² In chronologische volgorde: J. GHESTIN, “La distinction entre les parties et les tiers au contrat”, *J.C.P.* 1992, I, nr. 3628 (eerste nieuw voorstel); J.-L. AUBERT, “A propos d’une distinction renouvelée des parties et des tiers”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1993, 263-278 (“conservatieve” stelling); C. GUELFUCCI-THIBIERGE, “De l’élargissement de la notion de partie au

Ghestin als volgt geformuleerd. Ter onderscheiding van de ontstaanswijze van de overige verbintenissen is de wilsovereenstemming (*l'accord des volontés*) nog steeds de procedure voor het ontstaan van een overeenkomst (*la procédure contractuelle*), maar in tegenstelling tot het eerste voorstel van Ghestin volstaat de wilsovereenstemming niet langer om te bepalen wie partij is. Nog andere personen dan zij die bij het ontstaan van de overeenkomst hun wilsovereenstemming hebben geuit, zijn contractpartij. Een persoon is met name contractant zodra hij de bevoegdheid heeft om in aanspraak met de wederpartij via de *procédure contractuelle*, nl. via een wilsovereenstemming, de overeenkomst te wijzigen of te beëindigen.

Naast de personen die bij het sluiten van de overeenkomst een wilsovereenstemming hebben bereikt, behoren tot de groep van contractpartij (*partie contractante*), bij wijze van uitzondering, ook zij die krachtens andermans wil tot een overeenkomst verbonden zijn: de conventioneel en de wettelijk vertegenwoordigden.³⁹³ Daarnaast worden een aantal personen slechts in de loop van de uitvoering van de overeenkomst partij (*partie liée par le contrat*): de middellijk vertegenwoordigden zodra het contractuele voordeel is overgedragen, zij die tot een collectieve overeenkomst of tot een rechtspersoon toetreden en ten slotte de personen aan wie de volledige contractuele situatie (wettelijk of conventioneel) wordt overgedragen.

Onder de derden vallen alle overige. In principe is de overeenkomst hen slechts tegenstelbaar, maar Ghestin onderscheidt ook een categorie die uitzonderlijk wel schuldenaar of schuldeiser van de overeenkomst is (of wordt): de derdebegunstigde³⁹⁴ en de begunstigde van een rechtstreekse vordering. Onder die uitzonderingen vallen eveneens die gevallen waarbij de hoedanigheid van schuldenaar of schuldeiser de noodzakelijke voorwaarde is voor de tegenstelbaarheid van de overeenkomst, zoals het geval is voor de schuldenaar bij een cessie van schuldvordering.

contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1994, 275-285 (nieuw voorstel); J. GHESTIN, "Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1994, 777-800; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 402-415; J. GHESTIN, "Introduction", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, 18-39 (herwerkt nieuw voorstel).

³⁹³ Voor die laatsten is de contractuele gebondenheid een gevolg van de wet en is de hoedanigheid van contractpartij vanuit sociaal oogpunt noodzakelijk (zodat een wilsfictie ook niet langer noodzakelijk is).

³⁹⁴ Wat de derden-begunstigden betreft, was Ghestin in zijn oorspronkelijk voorstel (naar huidig Nederlands voorbeeld) van mening dat de derde-begunstigde vanaf het ogenblik van de aanvaarding van het derdenbeding contractpartij wordt. Uiteindelijk heeft hij zich, behalve voor een derdenbeding met last, neergelegd bij de traditionele visie waarvan ook het Franse Hof van Cassatie aanhanger is (Cass. fr. (civ. I) 22 mei 1984, *Bull. civ.* 1984, I, nr. 166 (levensverzekering). J. GHESTIN, "Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1994, p. 797, nr. 29; voor de kwalificatie als partij zie ook al R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, I, Parijs, L.G.D.J., 1951, p. 183, nr. 139.

Nog steeds volgens Ghestin ligt het onderscheidingscriterium tussen partij en derde dus niet in de verbindende kracht en de tegenstelbaarheid van een overeenkomst (zoals in de traditionele visie steeds weer wordt voorgesteld), maar wel in de bevoegdheid voor contractpartijen om hun overeenkomst met akkoord van hun wederpartij te wijzigen of te beëindigen. In de context van samenhangende overeenkomsten betekent dit dat de betrokkene bij een overeenkomst in een *groupe de contrats* geen partij is, omdat hij enkel een rechtstreekse aansprakelijkheidsvordering kan doen gelden en dus niet de bevoegdheid krijgt om de overeenkomst te wijzigen of te beëindigen. De verbindende kracht wordt dan ook niet langer afgeleid uit het beginsel van de wilsautonomie, maar staat in functie van het sociaal nut van de overeenkomst.

Die herclassificatie brengt evenwel weinig baat bij, omdat ditzelfde besluit ook voor het traditionele onderscheid geldt.³⁹⁵ De Franse auteur Aubert is dan ook van oordeel dat het beter is alles bij het oude te laten en is ook voorstander van de tussencategorie van de *tiers intéressés* (ook *faux tiers* genaamd). Volgens Ghestin verbiedt de logica in de traditionele visie dat er een derde categorie bestaat: zij die geen contractpartij zijn, zijn derde en vice versa.

91. Ook de Nederlandse auteur du Perron presenteert een andere indeling. Met name differentieert hij het partijbegrip met behulp van het onderscheid tussen verbintenis en overeenkomst. Van de partijen bij een overeenkomst, d.w.z. de personen die de traditionele leer als partijen bestempelt, onderscheidt hij de partijen bij een verbintenis: al degenen die niet volledig partij zijn maar wel aan één of meerdere verbintenissen uit die overeenkomst rechten of verplichtingen ontleen, zoals een cessionaris of een gesubrogeerde schuldeiser. Eigen aan die “partijen” is dat zij niet alle bevoegdheden van een contractpartij krijgen, maar dat de doorwerkende overeenkomst voor hun positie wel medebepalend is.³⁹⁶

C. Besluit

92. De beschreven voorstellen tot hervorming van het onderscheid tussen de concepten van contractpartij en derde stuiten telkens weer op veel

³⁹⁵ J.-L. AUBERT, *l.c.*, p. 271, nr. 35.

³⁹⁶ Zie C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 45-46, nr. 40. In een vroeger artikel maakt dezelfde auteur het onderscheid tussen twee soorten partijen: enerzijds zij die bij de totstandkoming van de overeenkomst partij zijn en anderzijds zij die aan de overeenkomst gebonden zijn. Hijzelf geeft de voorkeur het begrip tot de eerste categorie te beperken om zo het begrip partij nog een verantwoordingsfunctie te laten behouden voor de gebondenheid van een persoon (zie E. DU PERRON, “Hadden wij dan iets afgesproken? Ik ken u niet’. Rechtsbeginselen en de derdenwerking van overeenkomsten”, *A.A.* 1991, p. 850-851, nr. 2.2).

kritiek, omdat het nut ervan vaak onduidelijk is en het eventuele doel via andere wellicht meer adequate middelen evengoed realiseerbaar is.

Het partij- of het derde-zijn heeft trouwens geen verklarende betekenis op zich. Uit dit onderscheid volgt niet welke regeling van toepassing is.³⁹⁷ Dat iemand partij is bij een overeenkomst, verklaart nog niet de gebondenheid van die persoon, geeft nog niet de norm aan.³⁹⁸ Het verdient dan ook aanbeveling het debat veeleer te voeren op het vlak van de rechtspositie zelf (of de rechtsgevolgen: relativiteit, uitzonderingen, tegenstelbaarheid, doorwerking). Zoals onder andere uit de figuren van het derdenbeding en de rechtstreekse vordering blijkt, garandeert de hoedanigheid van derde niet dat deze niet de hoedanigheid van schuldeiser of (zij het in heel beperkte mate) schuldenaar heeft.

Die relativering van het onderscheid betekent niet dat het helemaal niet nuttig zou zijn om op de verschillende nuances van het partij- en derdebegrip een goed zicht te hebben. Zo weerlegt Ghestin met de volgende woorden terecht de kritiek dat zijn classificatie weinig nut heeft: “*l'utilité de la qualification n'est qu'accessoirement de faciliter la détermination du domaine de l'effet obligatoire et celui de l'opposabilité du contrat: elle est surtout de dénommer de la même façon, c'est-à-dire de qualifier, les personnes possédant en commun un certain statut et spécialement (...) certaines prérogatives essentielles à l'égard du contrat.*”³⁹⁹

Daarnaast moet de bespreking van de twee voorgaande koppelbegrippen reeds duidelijk maken dat een *contractuele* aanspraak van een derde zonder rechtstreekse contractuele band met de aansprakelijke ook in het huidige systeem mogelijk is. Om een theorie zoals die van de *groupes de contrats* waarin een aansprakelijkheidsvordering maar geen vordering tot uitvoering mogelijk is, te verwerpen, is dan ook meer nodig dan alleen het conceptuele bezwaar als zou een contractuele aanspraak zonder rechtstreekse contractuele band niet mogelijk zijn.⁴⁰⁰

³⁹⁷ J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, p. 26, nr. 19.

³⁹⁸ W.A.M. VAN SCHENDEL, “Toerekening, doorwerking, partij”, *W.P.N.R.* 1981, nr. 5555, p. 219, noot 57 en p. 220, noot 62 (i.v.m. middellijke vertegenwoordiging).

³⁹⁹ J. GHESTIN, *o.c.*, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1994, p. 781, nr. 5.

⁴⁰⁰ Zie als illustratie van een dergelijk bezwaar o.m. P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, Parijs, Cujas, 1993, p. 394, nr. 700.

HOOFDSTUK III. RELATIVITEIT EN UITZONDERINGEN

93. Het onderscheid tussen relativiteit en tegenstelbaarheid hangt nauw samen met het vorige. Overeenkomstig het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten (art. 1165 B.W.) zijn de (interne) gevolgen van een overeenkomst tot de contractpartijen beperkt. De inhoudelijke elementen van het beginsel kunnen op verschillende wijzen worden ingevuld, zodat van een open beginsel kan worden gewaagd.

In de eerste plaats laat een beginsel steeds in min of meerdere mate ruimte voor uitzonderingen open. Deze openlijke, rechtstreekse wijziging van de inhoud van het relativiteitsbeginsel maakt het voorwerp van dit hoofdstuk uit.

Daarnaast bestaan er nog twee onrechtstreekse heroriënteringswijzen. Eerder wezen we reeds op de omvang van het partijbegrip. Een verbreding van het draagvlak van dit begrip leidt er ook toe dat de werking van een overeenkomst wordt uitgebreid.⁴⁰¹

Ten slotte hangt de omvang van het relativiteitsbeginsel af van de aard van gevolgen waarop dit beginsel betrekking heeft. Het relativiteitsbeginsel wordt in ons recht namelijk tot de interne gevolgen van een overeenkomst beperkt, terwijl de externe gevolgen van een overeenkomst zich op grond van het beginsel van tegenstelbaarheid ook naar een derde toe uitstrekken.⁴⁰²

Hierna volgt een korte situering van het relativiteitsbeginsel in een rechtsvergelijkend kader (§ 1), alsook een analyse van de methodes waarmee dit onderscheid op een rechtstreekse wijze wordt geheroriënteerd (§ 2).

§ 1. GEMEENSCHAPPELIJK BEGINSELEN EUROPESE RECHTSORDE

94. Het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst (*l'effet relatif, *relative effect of agreements/ privity of contract, Relativität der Schuldverhältnisse*) is een zo vanzelfsprekend beginsel,⁴⁰³ dat het in sommige van de Europees-continentalen codificaties niet eens (en precies daarom) uitdrukkelijk is ingeschreven. In ons Napoleontisch Burgerlijk Wetboek staat het beginsel weliswaar ingeschreven (art. 1165 B.W.), maar in de parlementaire voor-

⁴⁰¹ Cf. *supra*, hfdst. II.

⁴⁰² Cf. *infra*, nr. 98 et seq.

⁴⁰³ Zie B. KORTMANN, D. FABER, "Contract and Third Parties", in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 237-265.

bereiding werd er nauwelijks een woord over gerept omdat de relativiteit van overeenkomsten als een evidentie werd (en wordt) beschouwd.

Het Duitse recht kent de *Relativitätsgrundsatz* die per analogie of a contrario uit het BGB zelf wordt afgeleid.⁴⁰⁴

In Nederland zit het relativiteitsbeginsel niet in het N.N.B.W. vervat, niet alleen omdat het zo evident is, maar ook omdat het de ontwikkeling van jurisprudentiële uitzonderingen op het beginsel niet in de weg zou staan.⁴⁰⁵ De Nederlandse wetgever heeft namelijk met de rechtspraak van de Hoge Raad in verband met de derdenwerking van exoneratieclausules rekening willen houden.⁴⁰⁶

Dat het relativiteitsbeginsel niet noodzakelijk in een wetboek hoeft te zijn opgenomen, daarvan getuigt ook het Engelse stelsel dat op een zeer strikte wijze aan het beginsel van de *privity of contract* vasthoudt, tot voor kort zelfs zonder ruimte te laten voor een derdenbeding. Er wordt blijkbaar van uitgegaan dat wanneer de relativiteit niet in een wet wordt weergegeven, het beter tot uiting komt “dat het om een beginsel en niet om een regel gaat”.⁴⁰⁷

95. Het relativiteitsbeginsel is vereist omdat op die manier de contractueel aangegane verplichtingen overzienbaar en berekenbaar blijven. Met andere woorden, het is ingegeven door de noodzakelijke rechtszekerheid.⁴⁰⁸ Het staat evenwel niet alleen en elk rechtssysteem kent er wel zijn uitzonderingen op.⁴⁰⁹ Een uitzondering op de relativiteit ligt voor wanneer de overeen-

⁴⁰⁴ J. NEUNER, “Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen”, *J.Z.* 1999, p. 126, kol. 2. Zie § 305 (“zwischen den Beteiligten”) en § 241 BGB. Zie over de relativering van het beginsel, I. CORBISIER, “A la recherche d’une “action directe” en droit allemand des obligations et des assurances”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 326, nr. 2. Zie H.E. HENKE, *Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses*, in *Schriften zum Bürgerlichen Recht*, Band 121, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 98 p.

⁴⁰⁵ Goedkeurend: E. DU PERRON, “‘Hadden wij dan iets afgesproken? Ik ken u niet’. Rechtsbeginselen en de derdenwerking van overeenkomsten”, *A.A.* 1991, p. 849, nr. 2.1. In het oude N.B.W. art. 1351 en 1376 (zie voor de weergave ervan C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 11, nr. 3). Zie ook S.C.C.J. KORTMANN, “Res inter alios acta, alii neque nocere, neque prodesse potest”, in M.E. FRANKE e.a. (eds.), *Beginselen van vermogensrecht. BW-krant jaarboek 1993*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, p. 137, nr. 1.

⁴⁰⁶ Cf. *infra*, nr. 535 et seq.

⁴⁰⁷ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 13, nr. 4.

⁴⁰⁸ H.-E. HENKE, *Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, o.c.*, 11.

⁴⁰⁹ Het relativiteitsbeginsel op zich reflecteert ook het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten: zakelijke rechten werken *erga omnes*, persoonlijke rechten zijn beperkt tot een welbepaalde kring van personen, zodat derdenwerking eigenlijk een typisch element voor zakelijke rechten vormt (J.B.M. VRANKEN, “De derde in het overeenkomstenrecht”, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6288, p. 718, nr. 17). Vgl. W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 97-101, nr. 35 en daarop voortbouwend M.E. STORME, “De drievoudige gelaagdheid van schuldvorderingen en hun bescherming”, in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 329-342.

komst op het actief of het passief van het vermogen van een derde een directe invloed heeft.⁴¹⁰

De belangrijkste openlijk erkende uitzondering op dit beginsel is het derdenbeding. Terwijl alle continentale rechtssystemen het derdenbeding kennen,⁴¹¹ verhinderden de strikte *privity of contract* en de *consideration-rule* tot voor kort het bestaan van een geldig derdenbeding in de Engelse common law. In navolging van een rapport van de Britse Law Commission, een orgaan dat wetgevende veranderingen voorstelt,⁴¹² heeft de Britse wetgever, na vele oproepen tot hervorming,⁴¹³ een wet aangenomen tot invoering van het derdenbeding.⁴¹⁴ De uitgebreide wettelijke regeling heeft de bedoeling om tussen de vrijheid van de contractpartijen en de redelijke verwachtingen van een derde en de effectiviteit van diens rechten een evenwicht te bereiken.⁴¹⁵ Door die ontwikkeling kan het derdenbeding evenzeer tot een gemeenschappelijk beginsel van de Europese rechtsorde uitgroeien. Onder de Europese rechtssystemen is het derdenbeding nu alleen nog in Ierland een onbekende.⁴¹⁶

§ 2. VERNIEUWINGSMETHODES

96. Het gelaat van het relativiteitsbeginsel blijft in de verschillende rechtssystemen doorheen de tijd niet ongewijzigd. Hier willen we enkel kort op twee wijzigingsmethodes wijzen die verder ten gepaste tijde nog uitgebreid aan bod komen.

⁴¹⁰ I. MARCHESSAUX, "L'opposabilité du contrat aux tiers", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 92, nr. 30.

⁴¹¹ Zie onder meer art. 1121 B.W. (België), art. 1121 C. Civ. (Frankrijk), art. 1353 oud N.B.W. en art. 6:253 N.N.B.W. (Nederland), § 328 BGB (Duitsland), art. 112 OR (Zwitserland 1881), § 881 ABGB (Oostenrijk), art. 1411-1413 Codice Civile (Italië 1942), art. 443-451 (Portugal 1977).

⁴¹² LAW COMMISSION, *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*, Londen, Stationery Office, 1996, 194 p. Zie over het verslag van de Law Commission o.m. J.N. ADAMS, D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, "Privity of Contract – the Benefit and the Burdens of Law Reform", (1997) 60 *Mod. L.R.*, 238-264; S.D. GIRVIN, "The Law Commission's Draft Contracts (Rights of Third Parties) Bill and the carriage of goods by sea", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1997, 541-549.

⁴¹³ Zie voor een overzicht LAW COMMISSION, *Privity*, p. 35-38, nr. 2.63-2.69.

⁴¹⁴ Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 (H.L. introduced on 3rd december 1998); zie <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldbills.htm>>. Zie de eerste commentaren op de wet H. BEALE, "Stipulations for Third Parties in English Law", in X, *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Parijs, L.G.D.J., 2001, 45-63; P. KINCAID, "Privity Reform in England", 116 *L.Q.R.* 2000, 43-47; C. MACMILLAN, "A Birthday Present for Lord Denning: The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999", *Mod.L.R.* 2000, 721-738.

⁴¹⁵ Zie LAW COMMISSION, *Privity*, 101, nr. 9-1, 103, nr. 9.8.

⁴¹⁶ Zie het overzicht in LAW COMMISSION, *Privity*, p. 42, nr. 3.8.

Aan de ene kant worden behalve het derdenbeding nog andere uitzonderingen op het relativiteitsbeginsel gecreëerd die evenwel niet in elk rechtssysteem in gelijke mate worden aanvaard en die een Europese harmonisatie in de weg staan.⁴¹⁷ In het Duitse en Oostenrijkse recht is de belangrijkste jurisprudentiële uitzondering het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, waar het aanvankelijk nog aan het derdenbeding werd gekoppeld, is het geleidelijk tot een autonome rechtsfiguur uitgegroeid.⁴¹⁸

De rechtstreekse vordering is dan weer eigen aan het Belgische en Franse recht: ze is weliswaar een creatie van de wetgever, maar verder zal blijken dat meer en meer pogingen tot uitbreiding of zelfs veralgemening ervan worden ondernomen.

In diezelfde systemen is de belangrijkste jurisprudentiële uitzondering de accessoriumleer, die nauw verwant is aan de Nederlandse leer van de kwalitatieve rechten die aldaar expliciet door de wetgever is erkend.

Aan de andere kant kan ook de inhoud van het relativiteitsbeginsel zelf gewijzigd, *id est* beperkt, worden. Zo kijken nog slechts weinigen verbaasd op van de stelling dat vertegenwoordiging in nagenoeg alle rechtssystemen niet als een uitzondering maar precies als een toepassing van de relativiteit van een overeenkomst wordt beschouwd: de interne gevolgen strekken zich niet enkel uit tot de zelf handelende partijen maar ook tot de vertegenwoordig-de partijen.⁴¹⁹

Nog verder gaat de Nederlandse wetgever door de belangrijkste uitzondering op het relativiteitsbeginsel, het derdenbeding, als een toepassing van dit beginsel te beschouwen.⁴²⁰

Beide verschijnselen – vertegenwoordiging en derdenbeding – getuigen van een minder strikte visie op het relativiteitsbeginsel: zodra een persoon niet tegen zijn wil in gebonden is, is er geen uitzondering op het relativiteitsbeginsel.⁴²¹

In de Franse rechtsleer worden dan weer pogingen ondernomen om het relativiteitsbeginsel zodanig aan te passen dat er voor de leer van de *groupes de contrats* plaats zou zijn.⁴²²

⁴¹⁷ Zie art. 10 Richtl. nr. 1999/44, 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (richtl. 1999/44, *PB. L.* 7 juli 1999, afl. 171, 12). De vraag of consumenten een rechtstreekse vordering kunnen laten gelden, wordt in die richtlijn niet beslecht, cf. *infra*, nr. 461.

⁴¹⁸ Cf. *infra*, nr. 506.

⁴¹⁹ In Engeland wordt vertegenwoordiging nu eens wel als een uitzondering op het beginsel van de *privity* beschouwd, dan weer als een toepassing ervan (zie G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 576). Zie ook P. MALAURIE, L. AYNES, *Cours de droit civil*, VIII, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Parijs, Cujas, 1995, p. 287, nr. 532.

⁴²⁰ Cf. *supra*, 87 en *infra*, nr. 258.

⁴²¹ Vgl. het autonomiebeginsel van C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, 15-17. Zie eerder al J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 163-165.

⁴²² Cf. *infra*, nr. 462 et seq.

§ 3. BESLUIT

97. De drie voorgaande koppelbegrippen (contractueel/buitencontractueel, partij/derde, relativiteit/uitzonderingen) staan niet los van elkaar, maar zijn door elkaar geweven. Omwille van de transparantie van het debat is het op het eerste gezicht nochtans beter de discussie niet op alle genoemde terreinen tegelijk te laten afspelen. Ofwel is een contractueel betrokkene niet langer derde maar partij, ofwel is een contractueel betrokkene wel nog derde maar geldt ten aanzien van hem een uitzondering op de relativiteit. Zo verkiest de Nederlandse auteur Hartkamp het om eerder de weg van een uitzondering op de relativiteit van de overeenkomst te bewandelen, dan een contractueel betrokkene als “partij” te beschouwen.⁴²³ Zowel de Hoge Raad als de Nederlandse wetgever hebben ervoor geopteerd om bij middellijke vertegenwoordiging de vertegenwoordigde niet als een partij te beschouwen bij de met de derde-medecontractant gesloten overeenkomst, maar veeleer om een uitzondering op de relativiteit te creëren. In dezelfde lijn acht de Belgische auteur Corbisier het resultaat van de discussie partij/derde slechts mager en acht zij het nut ervan slechts heel beperkt; wat telt, is een beter inzicht te krijgen in “*la distribution des effets internes et externes du contrat dans un cadre social*”.⁴²⁴

⁴²³ ASSER-HARTKAMP, II, p. 379, nr. 381.

⁴²⁴ I. CORBISIER, “Les différents tiers au contrat”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 105, nr. 13.

HOOFDSTUK IV. RELATIVITEIT EN TEGENSTELBAARHEID

98. Lange tijd was het niet zo vanzelfsprekend dat een derde zich op het bestaan van een overeenkomst kon beroepen, zodat in de verhouding tussen een contractpartij en een derde voor de toepassing van art. 1382 B.W. nog weinig ruimte overbleef. De opstellers van de Code Napoléon alsook de dominante rechtsleer aan het begin van de negentiende eeuw waren nog aanhangers van een enge conceptie van het relativiteitsbeginsel en interpreteerden het eerste zinsdeel van art. 1165 B.W. – “Overeenkomsten brengen alleen gevolgen teweeg tussen de contracterende partijen” – zo dat overeenkomsten ten aanzien van derden geen enkel gevolg konden hebben. Het was de tijd dat een contractant tegen een aanspraak van een derde nog kon repliceren: “Hadden wij dan iets afgesproken? Ik ken u niet.”⁴²⁵

Die enge opvatting van het relativiteitsbeginsel werd omwille van praktische noodwendigheden⁴²⁶ verlaten en de overeenkomst kreeg meer en meer een sociaal gezicht. De volgende woorden van Cornelis kunnen de idee niet kernachtiger uitdrukken: “Vermits de uitvoering van de overeenkomst zich meestal niet beperkt tot de besloten ruimte tussen de contractpartijen maar zich integendeel tot het veel ruimere kader van de gemeenschap uitstrekt, is aan te nemen dat een normaal voorzichtige en redelijke mens, hoewel bezig met de uitvoering van een overeenkomst jegens de medecontractant, tevens acht slaat op de belangen van derden, waarvan hij weet dat zij met het bestaan en de gebruikelijke inhoud van die overeenkomst rekening kunnen houden.”⁴²⁷

⁴²⁵ Naar de titel van E. DU PERRON, “Hadden wij dan iets afgesproken? Ik ken u niet. Rechtsbeginselen en de derdenwerking van overeenkomsten”, A.A. 1991, 848-858. Het tweede zinsdeel van art. 1165 B.W. – “zij brengen aan derden geen nadeel toe en strekken hun slechts tot voordeel in het geval voorzien bij artikel 1121” – is trouwens rechtstreeks geïnspireerd op het adagium *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* (of verkort, *nec nocet nec prodest*; over de historische oorsprong van het adagium zie R. VERSTEGEN, “Res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest”, in J.E. SPRUIT, M. VAN DE VRUGT (eds.), *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh. 22 studies over oude rechtsspreuken*, Deventer, Kluwer, 1987, 117-122. Zie ook C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 11, nr. 2).

⁴²⁶ A. WEILL, *La relativité*, p. 402-403, nr. 228.

⁴²⁷ L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 120, nr. 70. Zie o.m. F. BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, p. 350, nr. 216; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 182, nr. 247; H. LALOU, “1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un tiers à l'égard des tiers”, *D.* 1928, Chron., 69 (“la conception égoïste du contrat, telle qu'elle paraît résulter de l'art. 1165, ne peut-elle pas être corrigée par une conception de portée plus sociale?”); J.-P. MASSON, “La relativité des actes juridiques: vérité d'évidence ou prétendue règle?” (noot onder Cass. 10 december 1971), *R.C.J.B.* 1973, (288) 301, nr. 11; J. VAN RYN, “Zijn contracteuele fout en verantwoordelijkheid tegenover derden uitgesloten?”, *R.W.* 1934-35, 164-165; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 375-376, nr. 120; A. WEILL, *La relativité*, p. 402, nr. 228 en p. 483, nr. 272 (“leurs conventions ont un côté social, elles sont susceptibles d'intéresser les tiers”).

99. Die maatschappelijke ontwikkeling kreeg haar juridische vertaling in een meer beperkte draagwijdte van art. 1165 B.W. Zo ruimden het Belgische en het Franse recht plaats in voor een nieuw begrippenpaar, de relativiteit en de tegenstelbaarheid (*opposabilité*). Omdat de grens tussen beide begrippen niet zo gemakkelijk is te begrijpen, wordt het onderscheid op verschillende wijzen uitgelegd. De relativiteit van (de verbindende kracht van) een overeenkomst heeft enkel betrekking op de interne gevolgen (*effets internes*) van een overeenkomst of, anders gezegd, op de rechten en plichten die rechtstreeks uit de overeenkomst voortvloeien. De tegenstelbaarheid of externe werking van (het bestaan van) een overeenkomst heeft betrekking op de externe gevolgen van een overeenkomst (*effets externes*⁴²⁸), op de overeenkomst als feit, op de juridische situatie zoals die uit de overeenkomst voortvloeit.⁴²⁹ In economische termen uitgedrukt, betekent het relativiteitsbeginsel dat een overeenkomst op het actief of het passief van het vermogen van derden geen rechtstreekse invloed heeft.⁴³⁰

De relativiteit ziet enkel op de verbintenissen die *rechtstreeks* uit een overeenkomst voortvloeien: alleen partijen kunnen rechtstreeks op grond van een overeenkomst schuldeiser of schuldenaar zijn. De begrippen “nadeel” en “voordeel” in het tweede zinsdeel van art. 1165 B.W. moeten dan ook als *obligier* respectievelijk *créer un droit* worden gelezen.⁴³¹

De tegenstelbaarheid betreft dan weer de onrechtstreekse gevolgen van een overeenkomst. Door de tegenstelbaarheid van een overeenkomst straalt een overeenkomst ook uit naar derden toe (“*rayonnement externe du contrat*”). Het sluiten van een overeenkomst leidt met name tot een verruiming van de algemene zorgvuldigheidsverplichting.⁴³²

⁴²⁸ Die Franstalige term wordt alleen in België gebruikt: M. FONTAINE, “Les effets “internes” et les effets “externes” des contrats”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 42, nr. 6. Sommigen proberen de tegenstelbaarheid aanschouwelijker te maken door een onderscheid voor te stellen tussen verschillende soorten van tegenstelbaarheid. Toch is die werkwijze vaak artificieel. Zo maken sommige Franse auteurs een onderscheid tussen bewijsrechtelijke en materiële tegenstelbaarheid (*opposabilité probatoire/substantielle*). De tegenstelbaarheid betreft evenwel meer dan alleen maar de akte (*instrumentum*) en heeft evenzeer betrekking op de rechtshandeling ten gronde (*negotium*). De Belgische auteur Fontaine maakt een ander evenzeer artificieel onderscheid – hij geeft het zelf toe – tussen de tegenstelbaarheid van feitelijke en juridische elementen. Meer relevant lijkt me het onderscheid tussen de tegenstelbaarheid ten gunste en ten laste van derden.

⁴²⁹ J. GHESTIN, “Introduction”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 12-13, nr. 7.

⁴³⁰ I. MARCHESSAUX, “L’opposabilité du contrat aux tiers”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 76, nr. 11.

⁴³¹ I. MARCHESSAUX, “L’opposabilité du contrat aux tiers”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 75, nr. 11.

⁴³² W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 396, nr. 126; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, p. 445-446, nr. 625-626.

100. Een andere manier om het onderscheid tussen relativiteit en tegenstelbaarheid te verduidelijken, hangt nauw samen met het onderscheid tussen een rechtshandeling en een rechtsfeit *sensu stricto*. De relativiteit heeft betrekking op de overeenkomst als rechtshandeling (*contrat-acte juridique*), de tegenstelbaarheid op de overeenkomst als (rechts)feit (*contrat-fait social*).⁴³³ Behoudens een rechtens erkende uitzondering, geldt een overeenkomst als rechtshandeling alleen tussen contractpartijen (*inter partes*), als (rechts)feit tegenover iedereen (*erga omnes*).

Nog een andere manier om de tegenstelbaarheid begrijpelijk te maken, bestaat erin het spectrum open te trekken. Het beginsel van tegenstelbaarheid is immers niet eigen aan overeenkomsten, maar is van toepassing op het ruimere kader van subjectieve rechten in het algemeen.⁴³⁴ Traditioneel wordt het onderscheid zo uitgelegd dat enkel de interne gevolgen een doen kunnen impliceren, terwijl de tegenstelbaarheid enkel een onthoudingsplicht zou kunnen opleggen. Ghestin nuanceert dit evenwel terecht aangezien een overeenkomst bij zgn. “zakelijke verbintenissen”,⁴³⁵ bij een cessie van schuldvordering of bij subrogatie ook een aanspraak op een doen tegenover een derde doet ontstaan.⁴³⁶

101. Als uitgewerkte theorie heeft de tegenstelbaarheid in de Franse rechtsleer pas kort vóór de tweede wereldoorlog definitief doorgang gevonden.⁴³⁷ De eerste sporen van de tegenstelbaarheid liggen reeds in een arrest van het Franse Hof van Cassatie van 1864: die beslissing had weliswaar betrekking op de tegenstelbaarheid van het eigendomsrecht, maar de motivering was zo algemeen dat ze ook op persoonlijke rechten van toepassing zou zijn.⁴³⁸ Een Frans principiësarrest uit 1892⁴³⁹ gebruikt de tegenstel-

⁴³³ I. MARCHESSAUX, “L’opposabilité du contrat aux tiers”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 77, nr. 12.

⁴³⁴ J. GHESTIN, “Introduction”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 15-16, nr. 9.

⁴³⁵ Een verbintenis die vasthangt aan de hoedanigheid van eigenaar van het goed waarop die verbintenis weegt (W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 117, nr. 80).

⁴³⁶ J. GHESTIN, “Introduction”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, nr. 9, p. 17.

⁴³⁷ Voornamelijk dank zij de thesissen van Weill (1938) en Calastreng (1939) (I. MARCHESSAUX, “L’opposabilité du contrat aux tiers”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 75, nr. 10). Het recente karakter van de tegenstelbaarheid van een overeenkomst mag evenwel niet worden overdreven. Al had het Romeinse recht de tegenstelbaarheid als theorie nog niet als dusdanig uitgewerkt, dat betekent nog niet dat ze er volledig onbestaande was. Een auteur kon dan ook het volgende stellen: “*Le droit romain reconnaissait ainsi – implicitement, car l’opposabilité des contrats aux tiers ne faisait l’objet d’aucune théorie d’ensemble – ‘l’aspect social des droits’ issus d’une convention*” (I. MARCHESSAUX, “L’opposabilité du contrat aux tiers”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 70, nr. 4).

⁴³⁸ I. MARCHESSAUX, “L’opposabilité du contrat aux tiers”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 73-74, nr. 9.

⁴³⁹ Cass. fr. 15 juni 1892, *D.* 1892, I (verkoper meststoffen tegen verpachter).

baarheid voor het eerst als grondslag voor de leer van de ongerechtvaardigde verrijking (*actio de in rem verso*).⁴⁴⁰

In België wordt dan weer steevast het boswachtersarrest van 1909⁴⁴¹ als het eerste principiële arrest met de leer van de tegenstelbaarheid vermeld.⁴⁴² De vordering van een arts tegen de verzekeraar van de door hem behandelde boswachter op grond van ongerechtvaardigde verrijking werd afgewezen, omdat de clausule die de medische kosten van de verzekeringsdekking uitsloot, aan de arts tegenstelbaar werd geacht. Sindsdien, zoals verder zal blijken, past het Hof van Cassatie die beginselen van relativiteit en tegenstelbaarheid herhaaldelijk toe.

102. Traditioneel koppelt het Hof van Cassatie de tegenstelbaarheid aan art. 1165 B.W.⁴⁴³ Meer en meer wordt de tegenstelbaarheid van een overeenkomst als één van de aspecten van de verbindende kracht van overeenkomsten aangezien en vloeit ze eigenlijk eerder voort uit art. 1134 dan uit art. 1165 B.W. Dank zij de tegenstelbaarheid wordt het gegeven woord immers nog meer kracht bijgezet.⁴⁴⁴ De verbindende kracht in de traditionele zin van het woord en de tegenstelbaarheid zijn inderdaad twee onderscheiden beginselen die door hun identieke functie nauw met elkaar samenhangen. Beide zijn er inderdaad op gericht om de efficiëntie van overeenkomsten te verhogen, de eerste tegenover de contractpartijen, de tweede tegenover derden. Beide beginselen zijn complementair aan elkaar,⁴⁴⁵ aangezien precies door het naast elkaar bestaan van relativiteit en tegenstelbaarheid een belangenevenwicht ontstaat.

⁴⁴⁰ I. MARCHESSAUX, "L'opposabilité du contrat aux tiers", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 85, nr. 21.

⁴⁴¹ Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, 272, concl. adv.-gen. TERLINDEN.

⁴⁴² Zie o.m. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, 17; M. FONTAINE, "Les effets" internes" et les effets "externes" des contrats", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 44-45, nr. 9.

⁴⁴³ Volgens sommigen is art. 1119 B.W. niet een loutere herhaling van art. 1165 B.W.: het verbod om in eigen naam anders dan voor zichzelf te contracteren, zou alleen tot de contractpartijen zelf gericht zijn en niet tot de derden (zie o.m. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 83-85, nr. 113-115; I. MARCHESSAUX, "L'opposabilité du contrat aux tiers", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 77, nr. 11). Voor een toepassing van art. 1119 B.W.: Cass. 2 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 704 (de door een Amerikaanse vennootschap gedane belofte tot het geven van een gouden horloge en een premie verplicht niet een Belgische vennootschap met afzonderlijke rechtspersoonlijkheid).

⁴⁴⁴ Zie o.m. M. BILLIAU, "Le principe de l'effet relatif du contrat", *J.C.P.* 1992, I, nr. 3570 (Chronique. Droit des obligations), p. 149. Het voorstel om de regel van de tegenstelbaarheid van een overeenkomst nu nog tot een algemeen rechtsbeginsel te verheffen (J. KIRKPATRICK, "L'opposabilité au fisc des conventions illicites non simulées. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 1999", *J.T.* 2000, (193) 194, voetnoot 3), lijkt me evenwel niet veel bijkomende tastbare resultaten op te leveren.

⁴⁴⁵ J. GHESTIN, "Introduction", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 15, nr. 9; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 378-379, nr. 327, p. 417-418, nr. 366.

103. Terwijl het onderscheid tussen relativiteit en tegenstelbaarheid in alle Belgische en Franse handboeken als een fundamenteel onderscheid inzake derdenwerking wordt voorgesteld, is het begrip van tegenstelbaarheid in andere rechtsstelsels niet op een systematische wijze ingebed.⁴⁴⁶ Zo zou er in Duitsland geen vergelijkbaar concept bestaan, waar men enkel de relativiteit en de uitzonderingen erop kent, maar geen middenweg;⁴⁴⁷ een wanprestatie leidt immers niet tot delictuele aansprakelijkheid tegenover een derde.⁴⁴⁸

Toch is het voor alle rechtssystemen een beginsel dat een overeenkomst op een onrechtstreekse wijze de rechten van derden kan beïnvloeden.⁴⁴⁹ Zo oordeelt Treitel met betrekking tot het Engelse recht in de context van een tussen verkoper en vervoerder gesloten vervoerovereenkomst dat een overeenkomst ten aanzien van de bestemmeling-koper “*would be relevant in defining what the carrier was to do*”, maar dat dit zich niet uitstrekt uit tot exonaties en verjaringstermijnen aangezien zij niet bepalen waartoe de vervoerder is gehouden maar “*they specify the legal consequences of failing to do it.*”⁴⁵⁰ Alleen in de Nederlandse rechtsleer begint het begrip zelf van tegenstelbaarheid doorgang te vinden: elkeen moet eenieders rechten eerbiedigen, niet alleen zakelijke rechten maar ook persoonlijke rechten.⁴⁵¹

104. Nu de begrippen van relativiteit en tegenstelbaarheid tegen een beknopte historische en rechtsvergelijkende achtergrond zijn geplaatst, is het de verdere bedoeling om de principes van relativiteit en tegenstelbaarheid van overeenkomsten levendig te maken via praktische toepassingen uit het positieve recht, zoals die in de veelvuldige cassatierechtspraak voorkomen. Dit algemeen kader is nodig om in de verdere delen van dit proefschrift die beginselen op de specifieke context van de samenhangende overeenkomsten toe te passen.

⁴⁴⁶ M. FONTAINE, “Les effets “internes” et les effets “externes” des contrats”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 62-65, nr. 49-54; J. GHESTIN, “Introduction”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 18, nr. 9; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 381, nr. 328.

⁴⁴⁷ I. CORBISIER, “A la recherche d’une “action directe” en droit allemand des obligations et des assurances”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 331, nr. 7.

⁴⁴⁸ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 372, nr. 322.

⁴⁴⁹ Zie E. DU PERRON, “‘Hadden wij dan iets afgesproken? Ik ken u niet’. Rechtsbeginselen en de derdenwerking van overeenkomsten”, *A.A.* 1991, p. 851, nr. 3.2 (term “*van Belgische oorsprong*”); B. KORTMANN, D. FABER, “Contract and Third Parties”, in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 238-239. Zie ook G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 551.

⁴⁵⁰ G.H. TREITEL, “Bills of lading and third parties”, (1986) *L.M.C.L.Q.* (294) 303.

⁴⁵¹ Zie o.m. S.C.J.J. KORTMANN, “Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesset”, in *Beginselen van vermogensrecht. BW-krant jaarboek 1993*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, p. 138-139, nr. 2.

Bij de delictuele aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden is de grenslijn tussen beide beginselen in de grensgevallen niet zo eenvoudig te maken⁴⁵² en volgt ze niet zozeer uit de concepten zelf of uit hun aard, maar uit het wenselijk geachte resultaat.⁴⁵³

Wanneer een overeenkomst voor de delictuele aanspraak van een derde tegen een contractant essentieel is, dan moet die derde zich naar Belgisch en Frans recht op de tegenstelbaarheid van de overeenkomst kunnen steunen, zoniet stuit zijn aanspraak al op het relativiteitsbeginsel. Op die manier kan de aanspraak aan de derde al ontvallen omdat hij aan de kant van de relativiteit van overeenkomsten valt (§ 1). De toepassing van die principes zijn in het kader van specifieke contractuele clausules evenwel niet zo eenvoudig te maken (§ 2).

§ 1. ALGEMEEN: RELATIVITEIT OF TEGENSTELBAARHEID?

105. De principes inzake relativiteit en tegenstelbaarheid zijn zo ingeburgerd dat ze telkens opnieuw in zowel de arresten van het Hof van Cassatie en de conclusies van het O.M. als in de cassatiemiddelen in quasi-sacramentale formules worden gegoten. Waar een feitenrechter de formule van relativiteit toepast, roept de eiser in cassatie de formule van tegenstelbaarheid in, en *vice versa*.

Behalve wanneer een overeenkomst een derdenbeding bevat of de wet aan een derde een rechtstreekse vordering toekent,⁴⁵⁴ kan een overeenkomst krachtens het relativiteitsbeginsel in het algemeen slechts ten aanzien van de contractpartijen rechten en plichten doen ontstaan.⁴⁵⁵

Eenzijds houdt dit in dat een derde de tenuitvoerlegging van verbintenissen⁴⁵⁶ die uit een overeenkomst voortvloeien, niet in zijn voordeel kan

⁴⁵² J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, p. 42, nr. 44.

⁴⁵³ "Er is immers slechts een *gradueel*, geen *principieel* verschil tussen mijn *rechtsplicht* het bestaan van een overeenkomst tussen twee partijen op bepaalde wijze te eerbiedigen (...) en mijn *gebondenheid* aan de inhoud van die overeenkomst." (C.P. AUBEL, *En passant de tweede hand, over beperking van aansprakelijkheid tegenover derden*, Deventer, Kluwer, 1972, p. 62, nr. 143).

⁴⁵⁴ Cass. 27 september 1974, *Arr. Cass.* 1975, 125, *Pas.* 1975, I, 113, *R.W.* 1974-75, 944 (landmetersarrest); Cass. 14 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 705, *Pas.* 1980, I, 692; positief in Cass. 21 november 1975, *Arr. Cass.* 1976, 375, *Pas.* 1976, I, 371.

⁴⁵⁵ Soms werd gepoogd aan de relativiteit te ontsnappen door aan een beding een zakelijke werking te verlenen, zoals aan het solidariteitsbeding in een basisakte waardoor een latere koper van een appartement mede tot de schulden tegenover de vereniging van mede-eigenaars gehouden zou zijn (zie hierover voor en na de nieuwe wet op mede-eigendom Rb. Brussel 22 mei 1990, *T.B.B.R.* 1992, 525; Rb. Antwerpen 4 februari 1992, *R.W.* 1993-94, 512; Antwerpen 13 maart 1996, *R.W.* 1996-97, 131, noot K. DELESIE; Beslagr. Nijvel 10 juli 1996, *T. Not.* 1997, 119, noot C.-A. LEUNEN).

⁴⁵⁶ In zijn recente arresten hanteert het Hof van Cassatie een correcter terminologie door de begrippen verbintenis en overeenkomst beter te onderscheiden.

vorderen.⁴⁵⁷ Overeenkomsten strekken derden niet tot voordeel en maken van derden geen schuldeiser van de contractuele verbintenissen.⁴⁵⁸ Zo ontstaan voor een derde geen rechten uit een overeenkomst van coöperatieve vennootschap die volgens de feitenrechter geen derdenbeding bevat, zodat die derde de vennootschap niet tot schadevergoeding kan aanspreken wanneer hij het lidmaatschap van die vennootschap wordt geweigerd, al voldoet hij wel aan de statutaire lidmaatschapsvoorwaarden.⁴⁵⁹ Op grond van hetzelfde principe dat een overeenkomst niet tot voordeel van een derde strekt, kan deze evenmin een overeenkomst waarbij hij geen partij is, als bindend inroepen om zijn plichten ten aanzien van één van de contractanten te beperken. Wanneer bijvoorbeeld een slachtoffer van een verkeersongeval van het werk naar huis met zijn arbeidsongevallenverzekeraar een minnelijke expertiseovereenkomst heeft aanvaard met het beding dat het resultaat ervan onherroepelijk wordt aanvaard, dan kan de derde-aansprakelijke of diens aansprakelijkheidsverzekeraar zich niet op dit beding beroepen om aan zijn eigen schadevergoedingsplicht te ontkomen.⁴⁶⁰ Of nog, wanneer een aannemer zich tegenover zijn opdrachtgever heeft verbonden tot het leggen van een plaveisel in cementtegels en de opdrachtgever daarop niet tegen de aannemer maar tegen de architect op schadevergoeding aanspraak maakt omdat het plaveisel niet aan zijn verwachtingen voldoet, dan staat het de feitenrechter vrij om als schadevergoeding de kosten van een (duurder) plaveisel in monolithisch beton in plaats van een plaveisel in cementtegels toe te passen wanneer de overeenkomst met de aannemer geen enkel beding ten voordele van de architect bevat.⁴⁶¹

Anderzijds heeft het relativiteitsbeginsel tot gevolg dat de overeenkomst een derde niet kan verplichten tot naleving van de verbintenissen die ze doet ontstaan;⁴⁶² een overeenkomst brengt alleen gevolgen tussen de con-

⁴⁵⁷ Cass. 9 juli 1953, *Arr. Verbr.* 1953, 792, *Pas.* 1953, I, 911, *R.W.* 1953-54, 935 (Een verzekeringsovereenkomst die geen derdenbeding bevat (en toen in de verzekeringswetgeving nog geen veralgemeende rechtstreekse vordering bestond), baat derden evenmin. Zo kan de hersteller van een auto geen aanspraak maken op de verzekeringsuitkering gedaan aan de verweerders die de auto in dienst hadden van de eigenaar ervan (en waarbij ze in casu ook de som al doorgegeven hadden aan de eigenaar, zodat ook een vordering op grond van art. 1166 B.W. niet meer mogelijk was); Cass. 30 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, 701, *Pas.* 1995, I, 723; Cass. 9 september 1999, *Bull.* 1999, 1114. Zie ook adv.-gen. DUMON, concl. onder Cass. 17 juni 1960, *Arr. Verbr.* 1960, (933) 937.

⁴⁵⁸ Cass. 22 april 1955, *Arr. Verbr.* 1955, 696, *Pas.* 1955, I, 910 (derdenbeding); Cass. 22 oktober 1999, *Bull.* 1999, 1379.

⁴⁵⁹ Cass. 5 maart 1953, *Pas.* 1953, I, 519.

⁴⁶⁰ Cass. 9 september 1999, *Bull.* 1999, 1113.

⁴⁶¹ Cass. 17 oktober 1968, *Arr. Cass.* 1969, 188.

⁴⁶² Cass. 9 maart 1950, *Arr. Verbr.* 1950, 461, *Pas.* 1950, I, 491, *R.W.* 1949-50, 1499, *R.C.J.B.* 1952, 5, noot J. DABIN; Cass. 27 april 1953, *Arr. Verbr.* 1953, 580, *Pas.* 1953, I, 654, *R.W.* 1953-54, 571. Zie ook adv.-gen. DUMON, concl. onder Cass. 17 juni 1960, *Arr. Verbr.* 1960, (933) 937 en idem, concl. onder Cass. 3 november 1961, *Pas.* 1962, I, (252) 254.

tracterende partijen teweeg en brengt geen nadeel aan derden toe.⁴⁶³ Overeenkomsten kunnen ten laste van derden geen verbintenissen opleggen.⁴⁶⁴ Een contractpartij mag een aanspraak of een recht tegen een derde niet op een overeenkomst laten steunen.⁴⁶⁵ Zo is een sponsoringovereenkomst tussen een sportclub en een sponsor niet verbindend ten aanzien van de individuele leden van die sportclub, tenzij de overeenkomst tussen elk lid en de sportclub een beding ten gunste van de sponsor bevat.⁴⁶⁶

106. Toch is een overeenkomst in zekere mate ook aan derden tegenstelbaar, voorzover contractanten geen pauliaans bedrog plegen dan wel een bijzondere regel of een algemeen beginsel die tegenstelbaarheid niet lamlegt.⁴⁶⁷ Derden zijn niet alleen verplicht het *bestaan* van overeenkomsten te erkennen en er rekening mee te houden,⁴⁶⁸ maar zij moeten, vanaf het ogenblik dat de uit een overeenkomst voortvloeiende rechtstoestand tot stand is gekomen, ook de *gevolgen* die een overeenkomst tussen de contrac-

⁴⁶³ Cass. 18 april 1997, *Arr. Cass.* 1997, 458, *Bull.* 1997, 475, *Eur. Vervoerr.* 1998, 359; Cass. 22 oktober 1999, *Bull.* 1999, 1379.

⁴⁶⁴ Cass. 18 april 1997, *Arr. Cass.* 1997, 458, *Bull.* 1997, 475, *Eur. Vervoerr.* 1998, 359. Zie ook Gent 17 november 1997, *T.W.V.R.* 1998, 66 (overeenkomst voorafgaand aan echtscheiding met onderlinge toestemming niet ten nadele van kinderen).

⁴⁶⁵ Cass. 22 januari 1990 (enkel samenvatting in kopje), *Arr. Cass.* 1989-90, 666, *Pas.* 1990, I, 598. Zie ook adv.-gen. DUMON, concl. onder Cass. 17 juni 1960, *Arr. Verbr.* 1960, (933) 937.

⁴⁶⁶ Zie X, "Zijn individuele leden van een gesponsorde sportclub gebonden door de verbintenissen van die sportclub die voortvloeien uit de sportsponsoringovereenkomst?", *Sport & Recht* 1999, 396-397.

⁴⁶⁷ Onderhavige analyse gaat niet in op de beperkingen van de tegenstelbaarheid maar enkel op de grenslijn tussen relativiteit en tegenstelbaarheid van overeenkomsten. De tegenstelbaarheid van een contract wordt inderdaad op verschillende wijzen beperkt. Zo stelt de wetgever bijkomende voorwaarden voor de tegenstelbaarheid van bepaalde overeenkomsten, zoals van een cessie van schuldvordering of van bepaalde overeenkomsten met betrekking tot een onroerend goed. Een tweede categorie beperkingen is van een meer algemene aard en staat los van de aard van de overeenkomst. Zo mogen overeenkomsten niet bedrieglijk ten nadele van derden zijn aangegaan (pauliaanse vordering). Bij faillissement gelden een aantal bijzondere, bijkomende regels voor de tegenstelbaarheid van een overeenkomst. Ten slotte kunnen ook algemene beginselen van vermogensrecht, zoals de *numerus clausus* van zakelijke rechten (in het bijzonder voorrechten), de gelijkheid van schuldeisers alsook de eenheid van het vermogen, de tegenstelbaarheid van een overeenkomst die tegen de genoemde beginselen indruist, lamleggen (cf. *infra*, nr. 116). Zie ook D. DEVOS, *o.c.*, in *Het kontrakt en de derden. De externe gevolgen. De derden medeplichtigheid*, Brussel, 1995, p. 222-227, nr. 22-26.

⁴⁶⁸ Cass. 31 mei 1957, *Arr. Verbr.* 1957, 825, *Pas.* 1957, I, 1176, concl. proc.-gen. HAYOIT DE TERMICOURT, *R.C.J.B.* 1958, 283, noot P. VAN OMMESLAGHE (makelarij invoer terwijl vennootschapsstatuten beperkt zijn tot uitvoer); Cass. 23 mei 1960, *Arr. Verbr.* 1960, 850, *Pas.* 1960, I, 1094; Cass. 28 oktober 1963, *Pas.* 1964, I, 213; Cass. 14 november 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 357, *Pas.* 1987, I, 331. Voor lagere rechtspraak zie o.m. Brussel 11 juni 1971, *T. Not.* 1972, 205 (ontbinding vennootschap); Bergen 27 januari 1981, *Pas.* 1981, II, 57 (tegenstelbaarheid cessie cliënteel bij vordering tot staking); Antwerpen 28 april 1986, *Rec. Gén. Enr. Not.* 1988, nr. 23577, verwijzende noot (koop tegenstelbaar in voordeel van makelaar voor commissieloon).

terende partijen teweegbrengt, erkennen. Zo kan een taxiuitbater zich als verweer tegen een aanspraak van een derde beroepen op de tussen de uitbater en de chauffeur gesloten overeenkomst, om aldus het verband van ondergeschiktheid tussen beide en zo zijn objectieve aansprakelijkheid op grond van art. 1384 derde lid B.W. uit te sluiten.⁴⁶⁹ Wanneer een huurovereenkomst met betrekking tot een (tijdens de tweede wereldoorlog) fel beschadigd huis bepaalt dat de huurder in ruil voor twee jaar gratis huur een aantal herstellingswerken moet laten uitvoeren, dan kan de door de huurder aangenomen aannemer zich voor de betaling van die werken niet tot de eigenaar richten met een aanspraak op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Om te bewijzen dat de verrijking van de eigenaar haar gerechtvaardigde oorzaak vindt in de huurovereenkomst (zodat de vordering van de aannemer ongegrond is), kan de eigenaar zich immers tegenover de aannemer beroepen op het bestaan en de gevolgen van de huurovereenkomst.⁴⁷⁰ Wanneer een onderhuurder in zijn overeenkomst met de hoofdhuurder erkent dat die laatste (en niet de onderhuurder zelf) het eigendomsrecht van de handelszaak heeft, dan moet de verhuurder daarmee rekening houden in de zin dat hij bij weigering van huurhernieuwing een uitzettingsvergoeding zal moeten betalen.⁴⁷¹

Omgekeerd moeten derden zich ook op de overeenkomst en op de gevolgen die een overeenkomst tussen de contracterende partijen teweegbrengt, kunnen beroepen,⁴⁷² hetzij ter verantwoording van een rechtsvordering die zij tegen een van de partijen instellen,⁴⁷³ hetzij als verweermiddel

⁴⁶⁹ Cass. 27 april 1953, *Arr. Verbr.* 1953, 580, *Pas.* 1953, I, 654, *R.W.* 1953-54, 571.

⁴⁷⁰ Cass. 9 maart 1950, *Arr. Verbr.* 1950, 461, *Pas.* 1950, I, 491, *R.W.* 1949-50, 1499, *R.C.J.B.* 1952, 5, noot J. DABIN. Dit arrest is te onderscheiden van het boswachtersarrest dat enkel op de invloed van een contract op het *bestaan* van ongerechtvaardigde verrijking betrekking had. Hier betreft het de vraag of een contract een *oorzaak* uitmaakt die een verrijking zonder oorzaak verhindert (zie J. DABIN, "L'enrichissement sans cause" (noot onder Cass. 9 maart 1950), *R.C.J.B.* 1952, (8) 19-20).

⁴⁷¹ Cass. 14 november 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 357, *Pas.* 1987, I, 331 (wanneer de handelszaak eigendom ware van de onderhuurder, dan had de verhuurder bij weigering van huurhernieuwing geen uitzettingsvergoeding moeten betalen).

⁴⁷² Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, 272, concl. adv.-gen. TERLINDEN; Cass. 9 maart 1950, *Arr. Verbr.* 1950, 461, *Pas.* 1950, I, 491, *R.W.* 1949-50, 1499, *R.C.J.B.* 1952, 5, noot J. DABIN; Cass. 27 april 1953, *Arr. Verbr.* 1953, 580, *Pas.* 1953, I, 654, *R.W.* 1953-54, 571; Cass. 28 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 887, *Pas.* 1985, I, 795, *R.W.* 1985-86, 997, noot E. DIRIX, *T.B.H.* 1985, 377, verwijzende noot, *J.T.* 1986, 578, noot F. T'KINT, *R.C.J.B.* 1987, 571, noot A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS.

⁴⁷³ Zo kan het beginsel ook in het kader van een strafvordering spelen. Als gevolg van het beginsel van tegenstelbaarheid kan gestraft worden "*le faux, commis dans un acte avec intention frauduleuse ou dessein de nuire*" ... "*lorsque ... ledit acte ... peut léser un intérêt public ou privé*". Het relativiteitsbeginsel is geen belemmering terzake. In casu hadden de partijen bij een verkoopovereenkomst een bepaalde prijs ingevoegd, terwijl in werkelijkheid geen of slechts een lagere prijs werd betaald (inbreng in natura in vennootschap) (Cass. 28 oktober 1963, *Pas.* 1964, I, 213).

tegen een rechtsovereenkomst⁴⁷⁴ die één van die partijen tegen hen zou instellen.⁴⁷⁵ Zo kan een vergoedingsplichtige zich bij wijze van verweer tegen een aanspraak van een slachtoffer tot algehele toekenning van de schadevergoeding beroepen op de subrogatieovereenkomst waarbij het O.C.M.W. in de plaats van het slachtoffer wordt gesteld.⁴⁷⁶ Een ander recent voorbeeld deed zich voor toen een overdrager en een overnemer van een handelszaak een dading hadden gesloten over de handelsschade die het gevolg was van metrowerken waartoe de overheid was overgegaan. De overheid kon zich als verweer tegen de aansprakelijkheidsvordering op grond van burenhinder beroepen op de dading die de schade in feite al volledig had vergoed.⁴⁷⁷ Of nog, wanneer een werknemer werkonbekwaam is ten gevolge van een door een derde veroorzaakt ongeval maar hij zijn wedde wel behoudt, dan kan die derde het arbeidscontract invoeren om eruit af te leiden dat de waardering van de schade door het slachtoffer niet gegrond is.⁴⁷⁸ Bij twee opeenvolgende overeenkomsten van een verkoper met betrekking tot hetzelfde goed kan een rechter er niet mee volstaan te antwoorden dat de eerste koper een derde is ten aanzien van de tweede koop om zo het argument van de eerste koper af te wimpelen dat de verkoper aan de eerste koop verzaakt heeft. De eerste koper kan dan ook een beroep doen op het bestaan van de tweede overeenkomst om zo de verzaking van de verkoper aan de eerste koop af te leiden.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ In één arrest is sprake van “aanspraak” in plaats van “rechtsovereenkomst”, zie Cass. 7 september 1972, *Arr. Cass.* 1973, 24.

⁴⁷⁵ In het algemeen Cass. 29 mei 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1072, *Pas.* 1974, I, 998 (lastgeving; bewijs door derde niet aan art. 1341 B.W. onderworpen); Cass. 22 april 1977, *Arr. Cass.* 1977, 868; Cass. 18 mei 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1099, *Pas.* 1989, I, 990, *R.W.* 1989-90, 711 (vereffenaars van een vennootschap beroepen zich op een afstand van hypothecaire inschrijving door een schuldeiser van de failliete vennootschap); adv.-gen. DUMON, concl. onder Cass. 17 juni 1960, *Arr. Verbr.* 1960, (933) 937 en idem, concl. onder Cass. 3 november 1961, *Pas.* 1962, I, (252) 254. Als verweermiddel: Cass. 7 september 1972, *Arr. Cass.* 1973, 24; Cass. 3 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 308, *Pas.* 1990, I, 272, *R.W.* 1989-90, 1256, *T.B.H.* 1990, 216, verwijzende noot; Cass. 17 februari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 572, *Pas.* 1992, I, 540.

⁴⁷⁶ Cass. 17 februari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 572, *Pas.* 1992, I, 540 (beroepsvoetballer). Bij het bepalen van het bedrag van schadevergoeding kan een aansprakelijke invoeren dat het slachtoffer reeds gedeeltelijk door zijn verzekeraar vergoed is (ook als de verzekeraar aan zijn subrogatierecht op grond van art. 22 oude verzekeringswet verzaakt). Op die manier wordt de aansprakelijke niet begunstigd door een contract waaraan hij vreemd is, maar beperkt hij er zich toe “à invoquer les effets produits par cette convention” ten gunste van de slachtoffers en “à réduire de là une atténuation du montant du dommage” (Cass. 11 april 1929, *Pas.* 1929, I, 156. Zie ook Cass. 3 juli 1950, *Pas.* 1950, I, 801).

⁴⁷⁷ Cass. 27 januari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 109. Zie meer gedetailleerd in B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON, K. LOONTJENS, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Story, 2000, p. 483-484, nr. 1011.

⁴⁷⁸ Cass. 23 mei 1960, *Arr. Verbr.* 1960, 850, *Pas.* 1960, I, 1094.

⁴⁷⁹ Cass. 10 december 1971, *Arr. Cass.* 1972, 360, *R.C.J.B.* 1973, 288, noot J.-P. MASSON.

Een derde kan niet alleen het bestaan maar ook het niet-bestaan, het einde,⁴⁸⁰ de uitvoering en de niet-uitvoering van het contract inroepen. Wanneer een overeenkomst niet meer bestaat en de erin geregelde toestand verdwenen is, kan een derde er zich niet meer op beroepen.⁴⁸¹ Wanneer bijvoorbeeld een bedrijf een beroep doet op een concessieovereenkomst waarin de eigenaar van een merk dit bedrijf een exclusief recht verleent om aldus een vordering tot staken van het gebruik van die merknaam te staven, dan kan het verwerende bedrijf inroepen dat die concessieovereenkomst niet langer bestaat en de toelating tot gebruik van de merknaam werd ingetrokken, zodat de vordering tot staken moet worden afgewezen.⁴⁸² Wanneer de partijen hun overeenkomst zelf helemaal niet zijn nagekomen, dan moeten derden, zoals de fiscus bij inkomstenbelastingen, evenmin met die overeenkomst rekening houden.⁴⁸³ In geval van simulatie kan de derde evenzeer inroepen dat de schijnbare overeenkomst eigenlijk niet bestaat, maar wel een andere overeenkomst de toestand tussen de partijen beheerst (toepassing van tegenstelbaarheid van de situatie die de partijen beheerst), al staat art. 1321 B.W. een derde wel toe zich op de geveinsde overeenkomst te beroepen en op de schijn af te gaan (in die zin een uitzondering op de tegenstelbaarheid wegens de vertrouwensleer).

107. Uit het voorgaande overzicht is gebleken dat de tegenstelbaarheid van een overeenkomst meestal als één van de elementen voor het oplossen van een andere rechtsvraag vereist is.⁴⁸⁴ Daarvan getuigt ook de “slogan” dat een overeenkomst als *feit* tegenstelbaar is: een feit waaraan een derde op zich geen rechten kan ontlenen maar dat één van de toepassingsvoorwaarden kan vervullen van een andere rechtsregel.

In de eerste plaats kan de tegenstelbaarheid van een overeenkomst in meerdere opzichten van betekenis zijn voor een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking: op grond van de tegenstelbaarheid van een overeenkomst kan een verrijking gerechtvaardigd zijn of kan een verrijking zelfs helemaal afwezig zijn. Daarnaast kan de rechterlijke begroting van

⁴⁸⁰ Voor een Frans voorbeeld van de tegenstelbaarheid van de nietigheid van een koop wegens bedrog: M. BILLIAU, “La nullité d’un contrat peut être invoquée comme moyen de défense contre un tiers qui l’invoque à son profit”, *J.C.P.* 1995, I, nr. 3867, p. 346-347, nr. 9-12.

⁴⁸¹ Cass. 19 juni 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1114 (i.v.m. een overeenkomst tussen een verkavelaar en de gemeente Ottignies ten aanzien van een derde (eiser in cassatie) m.b.t. een verhaalbelasting voor wegeniswerken die door de gemeente zelf werden uitgevoerd, terwijl het reglement gestemd was op een ogenblik dat die overeenkomst niet meer bestond).

⁴⁸² Cass. 3 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 308, *Pas.* 1990, I, 272, *R.W.* 1989-90, 1256, *T.B.H.* 1990, 216, verwijzende noot.

⁴⁸³ Cass. 7 oktober 1955, *Arr. Verbr.* 1956, 83 (overdracht van verzekeringsportefeuille aan zoon tegen lijfrente).

⁴⁸⁴ Onder meer maar niet enkel in de context van aansprakelijkheid, zie het onderscheid van J. GHESTIN, noot onder Cass. fr. (com.) 22 oktober 1991, *D.* 1993, Jur., 181-184.

de te vergoeden schade afhangen van de tegenstelbaarheid van een contract of van een contractuele clausule. De tegenstelbaarheid van een contract kan eveneens, zij het niet altijd met succes, als een grond van overmacht worden ingeroepen. Zo mag het bestaan zelf van een onderhuur waarmee de oorspronkelijke verhuurder niets te maken heeft, dan wel tegenstelbaar zijn, een tekortkoming van de onderhuurder maakt voor de hoofdhuurder nog geen overmacht uit in zijn relatie met de hoofdverhuurder, voorzover de hoofdhuurder krachtens de oorspronkelijke huur verplicht bleef tot de exploitatie en het onderhoud van het gehuurde goed.⁴⁸⁵ Op het vlak van de objectieve aansprakelijkheid van een aansteller voor de daden van zijn aangestelde kan de vereiste van het bestaan van een ondergeschiktheidsrelatie worden bewezen dank zij de tegenstelbaarheid van een arbeidsovereenkomst. Ook het lot van een strafvordering kan afhangen van de grenslijn tussen de relativiteit en de tegenstelbaarheid. Een overeenkomst kan ook een dergelijke invloed uitoefenen, in de zin dat het gewenste rechtsgevolg reeds op een andere wijze is vervuld. Zo kan een aansprakelijkheidsvordering mislukken, omdat het slachtoffer bij wijze van dading al volledig is vergoed.

Een derde mag zich dan wel op de tegenstelbaarheid van het bestaan van een overeenkomst kunnen beroepen, daarom heeft hij nog geen bijkomend recht. Voor het slagen van een bepaalde aanspraak (eis of verweer) is de tegenstelbaarheid een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde en kan de eis of het verweer alsnog op andere elementen afketsen. Zo vereist de aansprakelijkheid op grond van derdemedeplichtigheid dat het contract tegenstelbaar is, maar er zijn nog andere elementen vereist vooraleer een derde als de medeplichtige aan een contractbreuk kan worden beschouwd. De tegenstelbaarheid van een overeenkomst mag immers niet tot gevolg hebben dat derden in alle omstandigheden worden verbonden en dat de vrijheid van derden om met om het even wie handel te drijven (vrijheid van handel) wordt beperkt. Het invoeren en kopen van goederen in het buitenland (in casu Duitsland) ondanks een contractueel aan een ander toegekend invoer- en verkoopmonopolie leidt op zich – omwille van de tegenstelbaarheid van de overeenkomst – niet tot aansprakelijkheid. De feitenrechter moet naast de kennis van het monopolie bijkomende vaststellingen doen, zoals derdemedeplichtigheid aan contractbreuk door de verkopende firma of een andere fout van de derde zoals bedrog, oneerlijke praktijken of professionele fouten.⁴⁸⁶ Voor de aansprake-

⁴⁸⁵ Cass. 8 januari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 499 (ontbinding huurovereenkomst ten laste van hoofdhuurder).

⁴⁸⁶ Cass. 17 juni 1960, *Arr. Verbr.* 1960, 933, concl. F. DUMON (exclusief recht eierenverpakking). Zie ook Cass. 3 november 1961, *Pas.* 1962, I, 252, concl. F. DUMON (Amerikaans product). Zie de bespreking in W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 385-398, nr.123-126.

lijkheid uit onrechtmatige daad kan de tegenstelbaarheid van een overeenkomst een belangrijke rol spelen, maar daarmee is het bewijs van een delictuele fout nog niet geleverd.

Uit het voorgaande volgt dat een beleidsmatige beoordeling, zoals bijvoorbeeld een economische analyse, van de theorie van tegenstelbaarheid *in abstracto* geen zin heeft, maar slechts van context tot context zinnig is. Voor het oordeel aan welke kant van de grenslijn tussen relativiteit en tegenstelbaarheid een geval zich bevindt, is de economische realiteit van elke context relevant of, zoals van Gerven stelt, komt het op een waardeoordeel aan.⁴⁸⁷ Dit is vooral voor een rechtsvergelijkende analyse van belang: de relativiteit en tegenstelbaarheid staan in functie van de context waarin een probleem zich afspeelt.

§ 2. CONTRACTUELE CLAUSULES: RELATIVITEIT OF TEGENSTELBAARHEID?

A. *Principe*

108. Binnen de sfeer van de tegenwerpelijkheid van een overeenkomst zijn alle contractuele clausules aan derden tegenwerpelijk.⁴⁸⁸ Een overeenkomst is in haar geheel tegenstelbaar, met alle specifieke contractuele clausules die erin vervat zitten. Een overeenkomst kan niet zomaar in tegenstelbare en niet-tegenstelbare clausules worden opgesplitst. Maar het is precies in verband met specifieke contractuele clausules dat de grenslijn tussen de relativiteit en de tegenstelbaarheid het moeilijkst is te trekken.⁴⁸⁹

Centraal staat de overweging van het reeds vernoemde principiële boswachtersarrest van 27 mei 1909.⁴⁹⁰ Een door een jachtongeval verwonde boswachter wordt verzorgd door een arts die zich voor de kosten van die medische verzorging met een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking tegen de verzekeraar van de boswachter keert. Volgens het Hof verhindert de relativiteit van de verzekeringsovereenkomst niet dat “*ceux qui y sont demeurés étrangers constatent l’existence de conventions avouées ou légalement prouvées et tirent argument du fait de cette existence non pour réclamer à leur profit l’exécution des obligations qu’elles stipulent, mais pour en déduire, eu égard aux liens et aux droits qui en découlent, les conséquences favorables ou défavorables pour les parties que les événements ou les agissements des tiers ont*

⁴⁸⁷ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 393, nr. 125.

⁴⁸⁸ Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, 272, concl. adv.-gen. TERLINDEN (boswachter Troch en arts Myncke).

⁴⁸⁹ Omwille van de veelheid van toepassingen beperken we ons hierna hoofdzakelijk tot de gevallen waarover het Hof van Cassatie te oordelen kreeg.

⁴⁹⁰ Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, 272. Zie ook *supra*, nr. 101.

entraînées pour elles". De arts riep in casu in dat de verzekeraar zich heeft verrijkt, in de mate dat de verzorgingen de schade van de boswachter hebben verminderd (slechts een beperkte werkonbekwaamheid). De tegenstelbaarheid van een overeenkomst veronderstelt evenwel dat de overeenkomst in haar geheel moet worden genomen: "*qu'il n'appartenait pas, dès lors, au juge de scinder l'acte dont il faisait la base de sa décision, d'avoir égard à certaines de ses stipulations et d'en rejeter d'autres*" (...) "*le juge devait envisager la convention sous tous les aspects, ne pouvait se soustraire à l'examen de la clause qui imposait la charge des soins médicaux à l'assuré*". Door de overeenkomst zo in tegenstelbare en niet-tegenstelbare clausules op te splitsen, maakt de feitenrechter dan ook een inbreuk op de verbindende kracht van een overeenkomst. Rechten en plichten hangen aan elkaar samen, in casu de premie en de uitsluitingen van verzekeringsdekking. Een verrijking is maar zonder oorzaak, zo zegt de advocaat-generaal, indien er geen feit voorligt dat de verrijking rechtvaardigt. Het beding in kwestie maakt nu precies een dergelijk feit uit.⁴⁹¹

B. Voorbehoudloos cognossement en koopcontract

109. De grens tussen relativiteit en tegenstelbaarheid staat centraal in de relatie tussen de clausules van een koopovereenkomst en een cognossement dat wordt uitgegeven bij het vervoer van de verkochte goederen. Wanneer een scheepskapitein een cognossement zonder enig voorbehoud uitgeeft, dan kan een derde-houder op dit cognossement alleen voortgaan wanneer hij te goeder trouw is.⁴⁹² Wanneer de derde-cognossementshouder er daarentegen van op de hoogte is dat de goederen bij inscheping niet overeenstemmen met de wijze waarop ze in het cognossement beschreven staan, dan kan de vervoerder alsnog dit tegenbewijs leveren om zo zijn aansprakelijkheid te ontlopen. Welnu, voor het Hof van Cassatie probeerde een derde-houder te kwader trouw (koper-bestemming) een beding uit zijn koopcontract in te roepen waarin hij had aanvaard een voorbehoudloos cognossement niet te kunnen weigeren (wat hij bij gebrek aan die clausule wel had kunnen doen). Was het cognossement wel van een voorbehoud voorzien, zo luidt zijn argument, dan had de derde-houder het cognossement wel kunnen weigeren en had hij zo ook de koopprijs niet moeten betalen. Dit argument verwerpt het Hof van Cassatie op grond van de relativiteit van de koopovereenkomst en de contractuele verplichting van de koper, zodat de vervoerder in staat blijft om alsnog het

⁴⁹¹ Bermerk dat het kopje boven het arrest verkeerdelijk de indruk wekt dat de clausule in kwestie juist die rechtvaardiging van de verrijking ontnemt.

⁴⁹² Art. 91, § 3, 4° Zeewet.

tegenbewijs te leveren. Als derde moet de zeevervoerder zich van die afspraak niets aantrekken.⁴⁹³

C. *Minderheidsvordering en confidentialiteitsclausule*

110. Dezelfde vraag rijst in de context van een vordering van minderheidsaandeelhouders (minderheidsvordering) tegen hun vennootschap. De lastgevingsovereenkomst tussen de vertegenwoordiger in rechte en de minderheidsaandeelhouders die onbekend wensen te blijven, bevat vaak een confidentialiteitsclausule. Welnu, volgens de Antwerpse Rechtbank van Koophandel moet die vennootschap de gevolgen van de confidentialiteitsclausule erkennen, zeker wanneer het mandaat via de vrijwillige tussenkomst van enkele andere minderheidsaandeelhouders wordt bewezen.⁴⁹⁴

D. *Verzekeringsovereenkomst*

111. Een andere toepassing van de scheidingslijn tussen relativiteit en tegenstelbaarheid doet zich voor wanneer een derde zich op een verzekeringsovereenkomst wil beroepen om te bewijzen dat de verzekeraar aan het slachtoffer onterecht een uitkering heeft betaald. Of een derde de afwezigheid van een verbintenis van de verzekeraar tot betaling van een uitkering nu inroept als een intern dan wel als een extern gevolg van de overeenkomst, is afhankelijk van de rechtsregel waarop de derde zich beroept.⁴⁹⁵ Zo zou een derde zich niet kunnen beroepen op de afwezigheid van de verbintenis van een verzekeraar op grond van een verval, opschorting of relatieve nietigheid van de verzekeringsovereenkomst of op grond van de verjaring van de contractuele rechtsvordering. Bij elk van deze sancties zou de werking immers afhankelijk zijn van de wil van de verzekeraar om er zich op te beroepen.⁴⁹⁶ De verzekeraar heeft het recht of, beter, de bevoegdheid, maar niet de verplichting om er zich op te beroepen. Op

⁴⁹³ Cass. 18 april 1997, *Arr. Cass.* 1997, 458, *Bull.* 1997, 475, *Eur. Vervoerr.* 1998, 359 (cognossement m.b.t. goederen met abnormaal percentage breuk en stof). Een bevoegdheidsbeding in een *booking note* is evenmin tegenstelbaar aan de derde-cognossementshouder of aan diegene die in diens rechten opvolgt (w.o. de afzender) (Kh. Antwerpen 10 mei 1995, *R.H.A.* 1996, 43).

⁴⁹⁴ Kort Ged. Kh. Antwerpen 2 december 1996, *T.R.V.* 1997, 44.

⁴⁹⁵ Zie over dit alles J.-L. FAGNART, "La subrogation de l'assureur ayant payé un sinistre non couvert" (noot onder Cass. 31 oktober 1991), *R.C.J.B.* 1993, (575) 577-581, nr. 6-15. In het geannoteerde arrest zelf gaat het Hof van Cassatie echter niet in op het middel dat betrekking heeft op de scheidingslijn tussen relativiteit en tegenstelbaarheid. Fagnart doet dit wel in zijn annotatie bij het arrest.

⁴⁹⁶ Wel is het zo dat degene wiens toestemming door geweld gebrekkig is, die nietigheid kan inroepen tegen om het even wie die zich op de overeenkomst beroept, ook al is die nietigheid nog niet gerechtelijk erkend (Cass. 27 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1038).

die clausules kan een derde geen beroep doen, omdat hij zich in een vreemde contractuele relatie niet mag inmengen⁴⁹⁷ en evenmin mag nagaan of de verzekeraar al dan niet terecht heeft betaald. Een derde kan zich er dan weer wel op beroepen dat de overeenkomst was opgezegd⁴⁹⁸ of dat de contractuele termijn al was afgelopen. Een derde kan er zich inderdaad op beroepen dat het contract is verdwenen, niet heeft bestaan, of niet een bepaald geval omsluit.⁴⁹⁹ Wanneer een derde, zoals in de feiten van een cassatiearrest, een auto van een verzekerde eigenaar in staat van dronkenschap heeft bestuurd en daardoor schade heeft veroorzaakt, dan kan de aansprakelijkheidsverzekeraar die het slachtoffer heeft vergoed, tegen de bestuurder een subrogatoire regresvordering instellen. Onder de oude verzekeringswet maakte het besturen in dronkenschap een grove fout uit en werd het automatisch als een uitgesloten risico beschouwd,⁵⁰⁰ m.a.w. een “afwezigheid van recht”⁵⁰¹ en daarom ook als een extern gevolg tegenstelbaar.⁵⁰²

E. Onherroepelijkheidsbeding

112. In een recent cassatiearrest staat dan weer de relativiteit van een onherroepelijkheidsbeding centraal. Op de weg van zijn werk naar huis wordt een werknemer het slachtoffer van een verkeersongeval. In een eerste fase sluit hij een minnelijke medische expertise-overeenkomst met de arbeidsongevallenverzekeraar Axa, waarin de partijen de vaststelling van de schade als definitief en onherroepelijk aanvaarden. Na de expertise blijkt de schade toch hoger uit te vallen dan verwacht. Het slachtoffer probeert die bijkomende schade te verhalen op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de derde die het ongeval heeft veroorzaakt. Bij wijze van verweer beroept die aansprakelijkheidsverzekeraar zich op de onherroepelijkheidsclausule uit de expertise-overeenkomst om eruit af te leiden dat hij niet langer tot enige schadevergoeding is gehouden. Volgens het Hof van Cassatie gebiedt de relativiteit van de overeenkomst “*dat een derde een*

⁴⁹⁷ Tenzij in geval van een inbreuk op de openbare orde of de goede zeden; voor een toepassing bij overheidsopdrachten en absolute nietigheid zie Luik 7 oktober 1996, *T. Aann.* 1997, (327) 329-330, *T.B.P.* 1997, 122, noot J. STEVENS (Waalse bussen; in casu verhindert de wetgever dat een derde de absolute nietigheid kan invoeren).

⁴⁹⁸ Zie Brussel 4 december 1992, *Verkeersrecht* 1993, 100.

⁴⁹⁹ Cf. *supra*, nr. 106.

⁵⁰⁰ Zie daarover meer in het bijzonder M. FONTAINE, *Verzekeringsrecht*, Brussel, Larcier, 1999, p. 150-151, nr. 311-316 (art. 16 oude verzekeringswet).

⁵⁰¹ Tegenover een “ontneming van recht” wanneer er sprake is van een vervalsanctie zoals misschien nu onder art. 8 Verzekeringswet het geval is (zie M. FONTAINE, *o.c.*, p. 140, nr. 289).

⁵⁰² Wel kan de verzekeraar opnieuw aan de uitsluiting van het risico verzaken met een wijziging van het verzekeringscontract als gevolg.

overeenkomst waarbij hij geen partij is, niet als bindend kan invoeren om zijn plichten ten aanzien van één van de contractanten te beperken". De doorwerking van het onherroepelijkheidsbeding ten voordele van de aansprakelijkheidsverzekeraar zou immers betekenen dat een derde de uitvoering van een overeenkomst kan vorderen.⁵⁰³ In zijn verhouding met de ene schuldenaar (arbeidsongevallenverzekeraar) heeft het slachtoffer weliswaar aanvaard een risico op zich te nemen, maar daarmee heeft het nog niet hetzelfde risico op zich genomen in zijn verhouding met een andere schuldenaar (aansprakelijkheidsverzekeraar). De contractuele aanvaarding van een risico tegenover één schuldenaar komt niet automatisch en tegelijk neer op de aanvaarding van een risico tegenover de andere schuldenaar. Eenzelfde opmerking zal trouwens centraal staan bij de beoordeling van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent.⁵⁰⁴

F. Aansprakelijkheidsbeperkend of -uitsluitend beding

113. Het hevigst draait het debat rond de relativiteit/tegenstelbaarheid van aansprakelijkheidsbeperkende of -uitsluitende clausules. Volgens het Hof van Cassatie kan ook een dergelijke clause slechts in geval van een derdenbeding (of rechtstreekse vordering) een recht ten voordele van derden doen ontstaan en wordt een derdenbeding niet vermoed. In het bekende landmetersarrest had een verkoper van een stuk grond voor de berekening van de oppervlakte ervan een landmeter ingeschakeld en had hij zich in zijn verhouding met de koper voor een eventuele verkeerde oppervlakteberekening van zijn aansprakelijkheid bevrijd. Toen de oppervlakte inderdaad kleiner bleek uit te vallen dan wat de landmeter had berekend, vorderde de koper vergoeding van zijn schade tegen de landmeter met wie hij niet in een contractuele band stond. Volgens het Hof van Cassatie kan de landmeter zich niet beroepen op het exoneratiebeding uit de koopovereenkomst, omdat dit beding niet als een derdenbeding is bedoeld en bijgevolg de doorwerking van het beding ten voordele van de landmeter op de relativiteit van de koopovereenkomst zou stuiten.⁵⁰⁵

Uit dit arrest mag evenwel niet worden afgeleid dat een exoneratiebeding nooit enige werking tegenover derden kan hebben. Wanneer een schadelijgende contractant tegen zijn schadeveroorzakende medecontractant een vordering tot vrijwaring instelt, dan kan deze zich bij wijze van verweer beroepen op de aansprakelijkheidsbeperkende bedingen uit de andere overeenkomst op grond waarvan de schadelijgende contractant

⁵⁰³ Cass. 9 september 1999 (P&V Verzekeringen/Axa Belgium en Willy Gorts), *Bull.* 1999, 1114.

⁵⁰⁴ Cf. *infra*, nr. 189 et seq. en deel IV-V.

⁵⁰⁵ Cass. 27 september 1974, *Arr. Cass.* 1975, 125, *Pas.* 1975, I, 113, *R. W.* 1974-75, 944 (landmetersarrest).

voordien was aangesproken en heeft betaald. Zo hadden een aantal gespecialiseerde bouwondernemers die voor de muurbekleding van een woning de diensten van een stukadoor hadden ingeroepen, in de overeenkomst van verkoop van de woning een exoneratiebeding ingelast. Toen een stuk muurbekleding van de woning was afgevallen, kon de stukadoor bij wijze van verweer tegen de vordering tot vrijwaring van de bouwondernemers het exoneratiebeding uit de koop inroepen.⁵⁰⁶ Een vergelijkbaar geval doet zich voor wanneer een stuwadoor tijdens het stuwen een goed beschadigt, zijn opdrachtgever de belanghebbende daarvoor vergoedt en de stuwadoor als verweer tegen de vrijwaringsvordering van de vervoerder de aansprakelijkheidsbeperking uit de cognossementsbedingen van de vervoerovereenkomst inroept.⁵⁰⁷

Verder gaat het Hof van Beroep te Antwerpen in een geval waarbij een huurder van een appartement ten gevolge van een gebrekkige vuilwaterafloop van het bovenliggende appartement schade lijdt. Wanneer de eigenaar van de bovenste verdieping op grond van art. 1384 eerste lid B.W. door de (verzekeraar van de) huurder van de onderste verdieping wordt aangesproken, verweert hij zich door een beroep te doen op de afstand van verhaal dat de huurder met zijn eigenaar is overeengekomen door te verwijzen naar de onderlinge afstand van verhaal tussen eigenaars en gebruikers van hun kavels dat in de basisakte was opgenomen. Volgens het Hof van Beroep te Antwerpen kan de eigenaar van het bovenste verdiep zich als derde bij dit contract inderdaad op de gevolgen van de huurovereenkomst en dus ook op het afstand van verhaal beroepen.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ Cass. 22 april 1977, *Arr. Cass.* 1977, 868. Het middel ten aanzien van het exoneratiebeding was in casu wel ontvankelijk, maar het geval viel niet onder het toepassingsgebied van de clausule.

⁵⁰⁷ Cass. 9 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1226. In casu had de stuwadoor tijdens het stuwen een vervoerde transformator beschadigd, zodat de reder zelf de nutteloze reeds gedane vervoerkosten alsook de kosten van terugzending naar de plaats van herkomst moest dragen (om de transformator terug naar de constructeur te zenden). Volgens de feitenrechter was het exoneratiebeding evenwel enkel op de schade aan de transformator en niet op de schade door het vruchteloze vervoer en terugzending van toepassing. In het cassatiemiddel riep de stuwadoor in dat hij zich op het bestaan en de uiterlijke gevolgen van de overeenkomst als een feit kan beroepen en dus het exoneratiebeding kan inroepen. Het Hof van Cassatie verwerpt dit middel, omdat het door de feitenrechter gemaakte onderscheid tussen de twee soorten schade mogelijk is en de cognossementsbedingen ten aanzien van de tweede soort schade niet gelden.

⁵⁰⁸ Antwerpen 23 januari 1985, *R.W.* 1986-87, 608, verwijzende noot. Waar het hof de indruk wekt een toepassing te maken van de tegenstelbaarheid van een overeenkomst, lijkt de rechtsleer te suggereren dat het veeleer om een toepassing gaat van de theorie van het doorbreken van het oorzakelijk verband, ook al gewaagt het hof niet van die theorie (zie H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, "Overzicht", *T.P.R.* 1995, 1241, nr. 36).

G. Schadebegroting

114. Een gelijkaardige evenwichtige verhouding tussen relativiteit en tegenstelbaarheid dringt zich op bij de schadebegroting. Wanneer een contractpartij haar medecontractant op grond van een strafbeding heeft vergoed, dan kan zij dit strafbeding inroepen ter ondersteuning van haar vordering tot vrijwaring tegen de uiteindelijke schadeveroorzaker. Wanneer bijvoorbeeld een hoofdaannemer door een tekortkoming van de onderaannemer ten aanzien van zijn opdrachtgever tot de uitvoering van een strafbeding is gehouden, dan verbiedt de relativiteit van de overeenkomst het volgens een cassatiearrest van 23 oktober 1987 aan een rechter niet om in het kader van een vordering tot vrijwaring van de hoofdaannemer tegen de onderaannemer voor de begroting van de schade van de hoofdaannemer rekening te houden met de feitelijke weerslag die de tekortkoming van de onderaannemer op de tussen hoofdaannemer en diens opdrachtgever gesloten overeenkomst heeft.⁵⁰⁹ Die rechtspraak betekent dan weer niet dat een derdemedeplachtige aan een contractbreuk zich op het strafbeding uit het miskende contract kan beroepen om zo minder dan de werkelijke schadevergoeding te moeten betalen.⁵¹⁰

Een rechter is evenmin zomaar gebonden aan de begroting van schadevergoeding die uit de andere overeenkomst voortvloeit. Een illustratie werkt opnieuw verduidelijkend. Na het sluiten van een koopovereenkomst geeft een verkoper aan een aannemer de opdracht om bij de levering op de verkochte goederen stalen te nemen en tot tegenverzegeling over te gaan. Daarbij begaat de aannemer evenwel de fout enkel op de laatste vrachtwagen stalen te nemen, waardoor de geleverde goederen als veel onzuiverder worden aangezien dan wat contractueel tussen koper en verkoper was overeengekomen. Alhoewel een arbitraal college de verkoper tegenover de koper tot schadevergoeding van ongeveer 600.000 fr. had veroordeeld, werd de vordering tot vrijwaring van de verkoper tegen de aannemer beperkt tot ongeveer 250.000 fr., daar de rechter met de commerciële restwaarde van de goederen rekening hield. In zijn cassatievoorziening roept de verkoper de overweging van het Hof van Cassatie van 23 oktober 1987 (feitelijke weerslag van een fout op de overeenkomst tussen koper en verkoper) in, maar vangt hij bot. Uit de relativiteit van een overeenkomst volgt dat de rechter bij de begroting van schadevergoeding die een aannemer wegens wanprestatie jegens zijn opdrachtgever (verkoper) verschuldigd is, niet gebonden is aan de schadevergoedingsbegroting die deze opdrachtgever en de koper in de koopovereenkomst hebben bedongen. De feitenrechters konden dan ook soeverein oordelen dat de

⁵⁰⁹ Cass. 23 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 228.

⁵¹⁰ Luik 13 april 1977, *J.L.* 1977-78, 65.

schade van de verkoper met betrekking tot de restwaarde van het “afval” voortvloeit uit de uitvoering door de verkoper van de overeenkomst met de koper, maar niet het gevolg is van een fout van de aannemer (of dat de schade van de verkoper gedeeltelijk niet het gevolg is van de tekortkoming van de aannemer, wat neerkomt op een causaliteitsbeoordeling overeenkomstig art. 1151 B.W.).⁵¹¹

Uit een combinatie van die twee cassatiearresten volgt dan ook dat de relativiteit van een overeenkomst de rechter niet verbiedt bij de begroting van de schade van de hoofdaannemer rekening te houden met de feitelijke weerslag die een tekortkoming van de onderaannemer op de tussen hoofdaannemer en zijn opdrachtgever gesloten overeenkomst heeft (Cass. 23 oktober 1987), maar dat diezelfde relativiteit ook inhoudt dat de rechter bij de begroting van de schadevergoeding die een aannemer wegens wanprestatie jegens zijn opdrachtgever (verkoper) verschuldigd is, niet gebonden is aan de begroting van schadevergoeding wegens wanprestatie die in de koopovereenkomst tussen opdrachtgever en koper werd bedongen (Cass. 20 december 1991).

H. Risicoverdeling in bankreglementen

115. De grenslijn tussen relativiteit en tegenstelbaarheid is evenzeer betwist ten aanzien van risicoverdelende clausules in bankreglementen. Met betrekking tot geautomatiseerde betalingssystemen of banktransacties zoals overschrijvingen en cheques sluiten banken onder elkaar overeenkomsten om het geldverkeer via zogenaamde verrekeningskamers (*chambres de compensation, clearing offices*) vlotter en gemakkelijker te laten verlopen.

Voor Belgische interne bankoverschrijvingen spraken banken onderling het systeem C.E.C.⁵¹² af met de volgende risicoverdeling: voor overschrijvingen beneden of gelijk aan 100.000 fr. is de opdrachtgevende bank steeds aansprakelijk voor de haar toerekenbare foutieve opgave van het rekeningnummer van de bestemming (en moet de bank van de begunstigde de overschrijving niet op de conformiteit van de identiteit van de te begunstigen persoon en de identiteit van de houder van het rekeningnummer controleren), terwijl voor de overige bankoverschrijvingen de begunstigde bank voor de niet-overeenstemming tussen de naam van de begunstigde en het rekeningnummer aansprakelijk is. De vraag rees of dit beding tegenstelbaar is aan cliënten die niet tot die overeenkomst zijn toegetreden. Volgens een recent vonnis van de Brusselse Rechtbank van Koophandel kan de bank van de bestemming zich, om aan haar aansprakelijkheid te ontsnappen, niet ten nadele van de opdrachtgever op het reglement

⁵¹¹ Cass. 20 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 375 (Turkse wikken).

⁵¹² Centre d’Echange d’Opérations à Compenser de système financier belge.

beroepen: de verplichting om de conformiteit van de gegevens na te kijken, blijft in die verhouding op die bank wegen. De risicoverdelingsclausule is enkel een vrijwaringsverplichting tussen twee contractpartijen.⁵¹³

Met betrekking tot cheques aanvaardde het Bergense Hof van Beroep een grotere mate van tegenstelbaarheid van het reglement inzake de overeenkomst-eurocheque, zelfs al is de eurokaarthouder niet persoonlijk tot dit reglement toegetreden.⁵¹⁴ Toch lijkt de werkelijke vraag hier van een andere orde te zijn en gaat het hier veeleer om te weten of de bank van de begunstigde zich al dan niet zorgvuldig heeft gedragen, rekening houdende met de rationele vereisten van het elektronische rechtsverkeer. Zo komen we niet eens meer aan de vraag naar de tegenstelbaarheid van een exoneratie (op secundair vlak), omdat er van in den beginne al (op primair vlak) van aansprakelijkheid geen sprake meer is. In die visie zou de vraag naar de tegenstelbaarheid van de exoneratieclausule eerder een valse vraag zijn. De tweede bank zou op grond van economische overwegingen niet langer tot een verplichting gehouden zijn. Het systeem van het elektronische rechtsverkeer vereist een kanalisatie van aansprakelijkheid. Die laatste visie is dan wel niet verzoenbaar met de opvatting als zou de tweede bank een onderlasthebber zijn, met de aan die hoedanigheid gekoppelde rechtstreekse vordering.⁵¹⁵

Hetzelfde kernprobleem ligt ook hier weer voor. Door de afgesproken clausule hoeft de tweede bank het risico weliswaar in zijn verhouding met de eerste bank niet langer op zich te nemen, maar die vaststelling leidt niet tot een noodzakelijke besluittrekking ten aanzien van het risico dat de tweede bank in zijn verhouding met de derde (cliënt van eerste bank) heeft te dragen. Het verlies van risico van A tegenover B betekent nog niet het verlies van risico tegenover C.

I. **Ondeelbaarheidsclausule**

116. Ten slotte rees er ook betwisting rond het lot van een (vaak in de financiële wereld toegepaste) ondeelbaarheidsclausule, een beding dat het

⁵¹³ Kh. Brussel 2 september 1998, *T.B.H.* 1999, 691, verwijzende noot. In het kader van de rechtstreekse vordering wordt hetzelfde resultaat bereikt, omdat de opdrachtgever evenmin gebonden is door de clausules uit de onderlastgeving (cf. *infra*, nr. 407: Cass. 16 december 1977, *Arr. Cass.* 1978, 472, *Pas.* 1978, I, 444, *R.W.* 1977-78, 2514, *R.C.J.B.* 1981, 465, noot P.A. FORIERS): in dit geval is het tussen de twee banken afgesproken risicoverdelingsbeding niet tegenstelbaar aan de hoofdopdrachtgever (lastgever).

⁵¹⁴ Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162 (gestolen cheque).

⁵¹⁵ Cf. *infra*, nr. 402.

mogelijk maakt om tussen wederzijdse schulden en schuldvorderingen schuldvergelijking of compensatie te doen ontstaan.⁵¹⁶

In het veel besproken arrest van 28 februari 1985 ging het om een overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging (die geen afgezonderd vermogen kent) tussen C.E.I. en Socol, opgericht met het oog op de uitvoering van bepaalde wegenwerken. Die overeenkomst bevatte een beding van ondeelbaarheid van de rekeningen met betrekking tot de schulden en de schuldvorderingen van de vennootschap (ten aanzien van leveranciers en onderaannemers respectievelijk bouwheer). Ná het faillissement van Socol had de opdrachtgever 50 miljoen betaald voor de vóór het faillissement uitgevoerde werken, zodat de vraag rees of dit bedrag tussen beide vennoten moest worden verdeeld (naar de overeengekomen verdeelsleutel) dan wel of de kosten en lasten vooraf moesten worden afgetrokken, zodat het pandrecht van de samenlopende schuldeisers in het laatste geval enkel op het aandeel in het bedrag na aftrek van de kosten en lasten kon worden uitgeoefend.

Volgens het Hof van Cassatie is dit ondeelbaarheidsbeding tegenstelbaar aan derden (dus ook aan de curator van de failliete samenwerkingspartner) die de gevolgen ervan tussen partijen moeten erkennen, voorzover het niet bedrieglijk van aard is én door een objectieve, niet-kunstmatige band wordt gekenmerkt.⁵¹⁷ Volgens Limpens-Meinertzhagen beantwoordt dit arrest aan de economische werkelijkheid, maar is de motivering eerder gebrekkig: niet zozeer de schuldvergelijking (die enkel kan tussen wederzijdse rechten en plichten), maar wel de nauwe samenhang (*connexité*) is de reden voor de tegenstelbaarheid van de clause. Zij ontwikkelt een theorie van *connexité* die verschillende rechtsfiguren zoals enac., retentierecht en schuldvergelijking na faillissement uitlegt en die bij een tijdelijke vereniging en dus een gemeenschappelijke onderneming een natuurlijke vorm van *connexité* is “*qui sous-tend la clause d’indivisibilité prévue au contrat*

⁵¹⁶ Zie ook Cass. 7 december 1961, *Pas.* 1962, I, 440 (aanneming – faillissement bouwheer – aansprakelijkheidsvordering bouwheer en schuldvordering aannemer eenheid van rekening): in casu niet ondeelbaar omwille van beding, maar ondeelbaar omdat de schulden en schuldvorderingen hun oorzaak in hetzelfde wederzijdse (aannemings)contract vinden.

⁵¹⁷ Cass. 28 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 887, *R.W.* 1985-86, 997, noot E. DIRIX, *J.T.* 1986, noot F. T’KINT, *R.C.J.B.* 1987, 571, noot A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS. Zie ook E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in R. DILLEMANS, W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XII, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 322-323, nr. 532; J.-M. NELISSEN GRADE, “Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen”, in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story, 1986, 287-306. Zie eerder reeds over overeenkomsten van eenheid van rekening en compensatieovereenkomsten J.M. NELISSEN, *De rekening courant*, Antwerpen, Kluwer, 1976, p. 376-390, nr. 168-169. Sinds de invoering van het stil pandrecht op schuldvorderingen (art. 2075 B.W.) staat die discussie minder centraal (E. DIRIX, “De vormvrije cessie”, *R.W.* 1994-95, p. 138, nr. 5).

d'association".⁵¹⁸ De conventionele samenhang wordt aanvaard, zodra ze conform is aan de aard en de kenmerken van hun contractuele relatie, zo stelt T'Kint. Het voorwerp van de ondeelbaarheidsclausule is de continuïteit van de onderneming ook na faillissement van één te garanderen, al is het gevolg wel dat een voorrecht in feite wordt gecreëerd.⁵¹⁹ Ook voor T'Kint is schuldvergelijking niet voldoende als verklaring, omdat de ondeelbaarheid ruimer is. Het gaat hier ook niet om wederzijdse schulden en schuldvorderingen (wat het geval is bij schuldvergelijking), maar wel om een samenhang van eigen kosten en uitgaven, niet ten aanzien van een schuld tegenover zijn partner maar wel van een gemeenschappelijke schuldvordering van de twee partners ten aanzien van de bouwheer.⁵²⁰ Dirix acht de oplossing problematisch in het licht van het risicobeginsel: het risico van insolventie van de wederpartij mag een contractant niet op derden afschuiven, al wijst hij op het objectieve karakter van de samenhang in casu en op de mogelijke uitleg via de figuur van de rekening-courant.⁵²¹

§ 3. BESLUIT

117. Verderop in het vierde deel zal de subtiliteit van het onderscheid tussen relativiteit en tegenstelbaarheid nog duidelijker naar voren komen in verband met de assimilatie van delictuele met contractuele fouten (of de relativiteit van contractuele fouten). Een klassiek voorbeeld is het geval waarbij een derde zich op een garantieverplichting van een fabrikant beroept maar tegelijk diens buitencontractuele aansprakelijkheid inroept om zo aan de contractuele beperkingen van die verplichting te ontsnappen.⁵²²

Het voorgaande overzicht van de cassatierechtspraak over de grenslijn relativiteit/tegenstelbaarheid is vooral bedoeld als inleiding tot de problematiek van de eventuele doorwerking van contractuele clausules tegen de buitencontractuele aanspraak van een derde bij samenhangende overeenkomsten. Vanuit buitenlandse, o.m. Nederlandse, hoek waait heel wat kritiek op de beperkte draagwijdte die het Belgische Hof van Cassatie aan de tegenstelbaarheid verleent, doordat te veel wordt benadrukt "*dat de aanspraken van de derde rechtens niet zijn gegrond op de overeenkomst, maar op de tegenwerpelijheid van deze overeenkomst in het kader van de algemene zorgvul-*

⁵¹⁸ A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "Réflexions sur la compensation, l'indivisibilité, la connexité et le privilège dans le cadre de la faillite d'un associé momentané" (noot onder Cass. 28 februari 1985), *R.C.J.B.* 1987, p. 599, nr. 23.

⁵¹⁹ F. T'KINT, noot onder Cass. 28 februari 1985, *J.T.* 1986, p. 582, nr. 16.

⁵²⁰ F. T'KINT, *o.c.*, p. 582, nr. 18 ("*compensation triangulaire*").

⁵²¹ E. DIRIX, "De tegenwerpelijheid van een tijdelijke handelsvereniging aan derden" (noot onder Cass. 28 februari 1985), *R.W.* 1985-86, kol. 1007-1008, nr. 3.

⁵²² J. GHESTIN, "Introduction", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 13, nr. 7.

*digheidsnorm. Dat kan echter niet afdoen aan de conclusie dat het contractuele regime toepassing verdient waar de zorgvuldigheidsnorm in wezen niet meer is dan: gij zult uw overeenkomst behoorlijk nakomen.*⁵²³ Vooral bij zogenaamde zuivere vermogensschade ziet de Nederlandse auteur du Perron een doorwerking van de contractuele regeling onder omstandigheden gerechtvaardigd, omwille van de nauwe verwevenheid met de contractuele norm.⁵²⁴ De omstandigheid dat de schade feitelijk gezien aan de overeenkomst niet vreemd is, kan “*van belang zijn in het kader van de vraag of de derde op andere gronden dan het karakter van de geschonden norm aan de contractuele regeling is gebonden.*”⁵²⁵ Het rechtsvergelijkend onderzoek in het vierde deel heeft tot doel op die kritiek nader in te gaan.

Hoe dan ook, ondanks het subtiele karakter van het onderscheid relativiteit/tegenstelbaarheid is de kracht ervan niet te onderschatten. Dit blijkt niet alleen uit de standvastigheid van die beginselen in zowel het Franse als het Belgische recht, maar ook uit de geleidelijke receptie ervan in het Nederlandse recht, althans in de Nederlandse rechtsleer.

⁵²³ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 64, voetnoot 189.

⁵²⁴ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 69, nr. 96.

⁵²⁵ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 69, nr. 97.

BESLUIT DEEL I

118. Uit het scala aan methodes waarmee de derdenwerking in het algemeen wordt bepaald, is op te maken dat de bestudeerde rechtssystemen een grote mate aan creativiteit en flexibiliteit aan de dag leggen.⁵²⁶ Afhankelijk van het ogenblik waarop en het rechtssysteem waarin een probleem wordt voorgelegd, kan eenzelfde persoon contractpartij dan wel derde heten, kan hij contractueel dan wel buitencontractueel aansprakelijk zijn, kan zijn aanspraak op de relativiteit van een overeenkomst stuiten of wordt ze via een uitgebreide invulling van bijvoorbeeld het derdenbeding toch toegekend en berust het onderscheid tussen relativiteit en tegenstelbaarheid in grote mate op een waardeoordeel en een belangenafweging. Voor de oplossing van eenzelfde probleemgeval staat een rechter ook soms voor de keuze om in het ene dan wel in het andere begrippenpaar in te grijpen. Op die wijze kan het abstracte begrippenarsenaal in de praktijk op een gediversifieerde wijze worden ingevuld om zo aan de diversiteit van de feitelijkheid recht te kunnen doen. De begrippen kunnen afwisselend worden aangewend als instrument om de derdenwerking van overeenkomsten die vorm te geven die tot het wenselijk geachte resultaat leidt. In een bepaald geval is het dus, binnen redelijke grenzen van wat in een rechtssysteem haalbaar is, niet zozeer de inhoud van het abstracte begrippenpaar die de doorwerking bepaalt, maar wel de wenselijk geachte doorwerking die de inhoud van het begrippenpaar bepaalt.

Toch moet met die begrippen ook voorzichtig worden omgesprongen. Die flexibiliteit heeft namelijk ook haar prijs. Allereerst berust elk rechtssysteem op een zekere traditie die voor de nodige rechtszekerheid moet zorgen, maar die door te veel flexibiliteit in het gedrang komt. Bovendien leidt die flexibiliteit tot een grote verscheidenheid tussen de verschillende rechtssystemen, wat ingaat tegen de huidige harmonisatietendens in Europa.

Dezelfde creativiteit komt ook tot uiting in de – meer beperkte – context van samenhangende overeenkomsten, waarbij telkens de bekommernis centraal staat om het broze en soms moeizaam bereikte evenwicht van de verschillende betrokken overeenkomsten te bewaren.

Dit wenselijk geachte resultaat wordt vandaag de dag op verschillende wijzen bereikt. Bepaalde rechtsleer en bij gelegenheid zelfs bepaalde (Franse, Duitse, Belgische én Engelse) rechtspraak proberen ingewikkelde of onorthodoxe constructies uit, waardoor ze op het onderscheid zelf tussen beide aansprakelijkheidsregelingen ingrijpen. Aan de ene kant is

⁵²⁶ Creativiteit heeft altijd haar prijs, in de zin dat er steeds op de traditie wordt ingeboet, al kan die zich met het ene voorstel al beter verzoenen dan met het andere.

er de methode van de contractualisering van de rechtsverhouding tussen twee partijen die op het eerste gezicht toch niet in een contractuele band met elkaar staan (deel III), al staat men gezien het recente wedervaren van de theorie van de contractgroepen tegenover die methode terecht huiverachtiger dan in het verleden. Aan de andere kant zijn er ook pogingen om het bereik van de buitencontractuele aansprakelijkheid te verengen. Het belangrijkste voorbeeld is wel dat van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, waarvan we moeten nagaan waar de grenzen van die theorie liggen en of die theorie vanuit een beleidsmatig oogpunt is te rechtvaardigen (deel II).

Aangezien de wijziging in de onderlinge verhoudingen binnen een bepaald koppelbegrip incoherenties en rechtsonzekerheid met zich meebrengt, rijst de vraag waarom men niet veeleer probeert het contractuele evenwicht bij samenhangende overeenkomsten te bewaren door een wijziging aan te brengen in de wijze waarop een overeenkomst en haar clausules op de buitencontractuele aansprakelijkheid kan inwerken. In plaats van op de onderlinge verhouding binnen een bepaald koppelbegrip in te grijpen, kan evengoed het verschil in rechtsgevolgen, in casu de quasi-afwezige doorwerking op buitencontractueel vlak, worden gewijzigd.

Uit de ordening van de derdenwerking in het algemeen volgt trouwens dat de rechtsgevolgen van de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheidsregeling op vele vlakken naar elkaar zijn toegegroeid.⁵²⁷ Waarom dan zou op dezelfde manier ook één van de verschillen tussen beide aansprakelijkheidsregelingen, nl. het gebrek aan doorwerking van clausules uit samenhangende overeenkomsten op een buitencontractuele aanspraak, niet kunnen worden gerelativeerd? Een voorstel, vooralsnog in vragende vorm, wordt geopperd om niet zozeer de grenzen van het toepassingsgebied van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid te verleggen, maar veeleer de rechtsgevolgen in verband met doorwerking van overeenkomsten naar elkaar te laten toegroeien.⁵²⁸ Op die manier zou een rechtstreekse, buitencontractuele aanspraak (binnen verder te bespreken grenzen) tegen een uitvoeringsagent mogelijk worden,

⁵²⁷ Cf. *supra*, nr. 77 et seq. “the debate about whether to allow a plaintiff both forms of protection (and hence a choice between them) then hinges on whether the incidental differences of the two forms should be removed or whether the (accidental?) advantages of the tort route provide a convincing reason for granting the plaintiff what is otherwise a duplicate of the protection it has in contract” (J. STAPLETON, *o.c.*, *L.Q.R.* 1995, vol. 111, 322).

⁵²⁸ Een dergelijk voorstel kan geenszins neerkomen op een pleidooi om de doorwerking op contractueel en buitencontractueel vlak *volledig* gelijk te schakelen. Het kan hoogstens betekenen dat de doorwerking bij buitencontractuele aansprakelijkheid in de context van samenhangende overeenkomsten aan de hand van een aantal bijkomende criteria soepeler wordt, zodat het onderscheid met de doorwerking bij contractuele aansprakelijkheid in bepaalde (eerder uitzonderlijke) omstandigheden minder groot wordt maar niettemin blijft bestaan.

omdat het evenwicht van de samenhangende overeenkomsten door middel van de nodige doorwerking kan bewaard blijven.

In dit deel is reeds gebleken dat het samenloopverbod geen doodsteek voor dit voorstel hoeft te zijn, aangezien het in de meeste rechtssystemen als dusdanig geen enkele steun vindt en het bovendien alleen in de verhouding tussen twee contractpartijen hoeft te spelen. Meer problematisch is de huidige inrichting van het onderscheid tussen relativiteit en tegenstelbaarheid. In dit kader zal een Belgische lezer over dit voorstel eerder verwonderd zijn en zal hij niet goed begrijpen wat het precies inhoudt. Daarom zullen we eerst op een rechtsvergelijkende wijze nagaan of dit voorstel wel zo uit de lucht is gegrepen als wat velen zullen denken (deel IV), vooraleer het voorstel nader uit te werken (deel V).

DEEL II. QUASI-IMMUNITEIT VAN UITVOERINGSAGENTEN ⁵²⁹

⁵²⁹

De rechtsleer terzake (buiten de klassieke handboeken) is overvloedig: H. BOCKEN, "Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden" (boekbespreking), *R.W.* 1986-87, 136-141; H. BOCKEN, "De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen", in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht* (Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998/1999), Gent, Mys & Breesch, 1999, 489-520; I. BOONE en S. MOSSELMANS, "Het incidenteel hoger beroep van degene die gedaagd wordt door een andere gedaagde in hoger beroep. De aansprakelijkheid van de stuwadoor voor het verlies van de door hem toevertrouwde goederen" (noot onder Cass. 1 juni 2001), *A.J.T.* 2001-2002, 362-370; B. CLAESSENS, "Samenloop en coëxistentie van de contractuele en extracontractuele aansprakelijkheid", in J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 225-227; I. CLAEYS, "Het bestuursorgaan als uitvoeringsagent: een verregaande beperking van aansprakelijkheid?" (noot onder Cass. 7 november 1997), *T.R.V.* 1998, 285-289; I. CORBISIER, "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connu le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *R.P.S.* 1994, nr. 6634, (5) 23-31; H. COUSY, "Het verbod van samenloop tussen contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid en zijn weerslag", *T.P.R.* 1984, 155-196; R.O. DALCQ, "Restrictions à l'immunité de responsabilité de l'agent d'exécution" (noot onder Cass. 25 en 26 oktober 1990), *R.C.J.B.* 1992, 503-508; R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, "Responsabilité aquilienne et contrats" (noot onder Cass. 7 december 1973), *R.C.J.B.* 1976, 20-33; idem, "Prohibition du concours des responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution" (noot onder Cass. 15 september 1977), *R.C.J.B.* 1978, 431-439; F. DE LY, "De aansprakelijkheid van aangestelden en uitvoeringsagenten tegenover de medecontractant van de aansteller – Contractuele en quasi extra-contractuele immuniteit", in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 9-34; I. DE WEERDT, "Samenloop en coëxistentie van contractuele en quasi-delictuele aansprakelijkheid in het maritiem recht", *Eur. Vervoer.* 1989, 523-561; X. DIEUX, "Le contrat: instrument et objet de dirigisme?", in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune Barreau, 1984, 253-364; -, "Les

chaînes et groupes de contrats en droit belge – Pour un retour aux sources!”, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Brussel, ULB, 1994, 109-151; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 45, nr. 45, p. 205-207, nr. 277-281, p. 229, nr. 304; idem, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, 341-356; idem, “Meer-partijen-overeenkomsten”, *R.W.* 1981-82, 1585-1610; idem, noot onder White v. Jones, *E.R.P.L.* 1996, 354-361; J.-L. FAGNART, “La responsabilité personnelle de l’agent d’exécution” (noot onder Cass. 7 december 1973), *R.G.A.R.* 1974, nr. 9317; M. FALLON, “Le concours des actions en responsabilité: tâtonnements et certitudes de la Cour de Cassation de Belgique” (noot onder Cass. 7 december 1973), *Eur. Vervoer.* 1974, 541-562; G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, 49-71; J. HERBOTS, “De nalatige stuwadoor” (noot onder Cass. 7 december 1973), *R.W.* 1973-74, 1600-1604; idem, “De bemande hijskraan” (noot onder Brussel 10 oktober 1974), *R.W.* 1975-76, 1244-1249; idem, “Samenloop contractuele en delictuele aansprakelijkheid”, in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 133-158; idem, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, 1055-1099 (twee laatste artikelen hebben grotendeels dezelfde inhoud); idem, “If liability in contract, then no liability in tort?”, in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story, 1991, 169-187; idem, “De nalatige antiquairs” (noot onder Cass. 8 april 1983), *R.W.* 1983-84, kol. 166-169; A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, noot onder Cass. 7 december 1973, *T. Aann.* 1975, 183-202; M. PITTIE, “Le principe de l’effet relatif des contrats à la lumière des législations récentes en matière d’obligations conventionnelles”, *Ann. Dr. Louv.* 1997, 325-358; R. RASIR, “Cumul de la responsabilité contractuelle et aquilienne”, *J.T.* 1976, 164-165; P. RIGAUX, “Les groupes de contrats: jurisprudences belge et française”, *J.T.* 1993, 471-472; J. RUTSAERT, A. MEEUS, “La responsabilité civile contractuelle du prestataire de services en droit privé” (colloquium Venetië), *De Verz.* 1977, 227-229; V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes de droit privé” (noot onder Cass. 7 november 1997), *R.C.J.B.* 1999, 732-774; H. VANDENBERGHE, “Samenloop en coëxistentie contractuele en delictuele aansprakelijkheid”, in S. STIJNS, H. VANDENBERGHE (eds.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2000-2001, aparte bijlage, 7 p.; A. VAN OEVELEN, “Over de samenloop tussen quasi-delictuele en contractuele aansprakelijkheid” (noot onder Cass. 3 december 1976), *R.W.* 1977-78, kol. 1305-1309; -, “Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake de sancties bij contractuele wanprestatie”, in *Overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Kluwer, XXVIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000, 179-182; P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution des contrats de services par autrui”; M. VAN QUICKENBORNE, “Réflexions sur le dommage purement contractuel” (noot onder Cass. 14 oktober 1985), *R.C.J.B.* 1988, 344-370; J. VAN RYN, “Responsabilité aquilienne et contrats”, *J.T.* 1975, 505-506; W.G., noot onder Cass. 16 mei 1974, *Pas.* 1974, I, 973; F. WALSCHOT, “Onderovereenkomsten”, in *L’interdépendance des contrats – Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1997, 67-100; P. WÉRY, “Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente”, *T.B.B.R.* 1998, 81-108; -, “Questions actuelles du droit de la responsabilité”, in X, *Droit de la responsabilité*, Luik, CUP, 1996, 5-58. Zie ook P. MAHAUX, concl. onder Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 396-401. In overzichten van rechtspraak werd er eveneens de nodige aandacht aan besteed: zie E. DIRIX, A. VAN OEVELEN, “Kroniek, Verbintenissenrecht, Gerechtelijke jaren 1978-1979 en 1979 en 1980”, *R.W.* 1980-81, 2454-2461; J.-L. FAGNART, “Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile 1968-1975”, *J.T.* 1976, (569) 571-573; J.-L. FAGNART, M. DENÈVE, “La responsabilité civile (1976-1984)”, *J.T.* 1985, 453-457; M.-A. FLAMME, P. FLAMME, “Le contrat d’entreprise (1966-1975)”, *J.T.* 1976, 358-359; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, 1445-1475; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, “Overzicht”, *T.P.R.* 1987, 1608-1615; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, “Overzicht”, *T.P.R.* 1995, 1514-1534.

INLEIDING

119. In het algemeen maken de beginselen inzake coëxistentie ruimte vrij voor de buitencontractuele foutaansprakelijkheid van een contractant tegenover een derde, zodra een van de contractuele fout afzonderlijke delictuele fout te onderscheiden is. Soms wordt die ene voorwaarde in de praktijk zelfs vrij permissief toegepast.⁵³⁰ Naar Belgisch recht gelden evenwel veel restrictievere voorwaarden, wanneer de aangesproken contractant een uitvoeringsagent is.

Een uitvoeringsagent is een persoon die van zijn eigen medecontractant (hierna de hoofdschuldenaar) de opdracht krijgt om één, enkele of het geheel van diens contractuele verplichtingen na te komen die hij tegenover zijn eigen medecontractant (hierna de hoofdopdrachtgever of hoofdschuldeiser) heeft uit te voeren.⁵³¹ De twee “prototypische” toepassingen doen zich voor in de wereld van de bouw en het zeevervoer. Terwijl bouwondernemers meestal verschillende onderaannemers inschakelen om bepaalde werken zoals de uitvoering van dak-, schilder-, vloerbedekking-, elektriciteit- of sanitaire werken uit te voeren,⁵³² doen vervoerders vaak een beroep op de diensten van stuwadoors om de goederen te laden en te lossen.⁵³³ Maar ook andere voorbeelden doen zich voor in tal van commerciële diensten, zoals bij de herverzekering (vervanging van de ene verzekeraar door een andere),⁵³⁴ in de traditionele vrije beroepen (vervanging van een advocaat door een confrater of inschakeling van een gerechtsdeurwaarder) of in de financieringswereld (vervanging van de ene bank door een andere).

Hierna wordt de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent nader uitgediept vanuit twee vereisten waaraan de kwaliteit van elke juridische

⁵³⁰ Cf. *supra*, nr. 35 en *infra*, nr. 465, 490 et seq.

⁵³¹ Zie o.m. de definities van L. CORNELIS, *Principes*, p. 129, nr. 71; C. PAUWELS, *Hulpverleners of uitvoeringsagenten*, p. 117, nr. 94; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, “Overzicht”, *T.P.R.* 1995, p. 1529-1530, nr. 201.

⁵³² Zie voor gespecialiseerde werken terzake, M.-A. FLAMME, P. FLAMME, *Le droit des constructeurs*, T.Aann., 1984, p. 177-190, nr. 196-208; P. FLAMME, M.-A. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Brussel, Larcier, 1991, p. 94-103, nr. 118-128.

⁵³³ Voor een overzicht van de bij zeevervoer betrokken personen (vanuit Antwerps perspectief) zie I. DE WEERDT (ed.), *Zeerecht. Grondbeginselen van het Belgisch Privaatrechtelijk Zeerecht*, I, Antwerpen, ETL, 1998, p. 43-31, nr. 45-274. Voor de betrokkenen bij transport in het algemeen: L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, III, Brussel, Bruylant, 1980, 171-441; D. NOELS, *De tussenpersonen in het transportrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 366 p.; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, p. 590-600, nr. 728-738. Zie ook nog vanuit Rotterdams perspectief K.F. HAAK, R. ZWITSER, *Opdracht aan hulpverleners*, 563 p.

⁵³⁴ Zie X. DIEUX, “Les chaînes et groupes de contrats”, p. 113, noot 11.

regeling moet worden getoetst, met name de rechtszekerheid (Hfdst. I) en de rechtvaardigheid (Hfdst. II).⁵³⁵ De *pros* en *cons* van die quasi-immuniteit worden tegen elkaar afgewogen, alternatieven worden nader onderzocht. In de daarop volgende delen wordt die analyse dan vanuit een rechtsvergelijkend perspectief aangevuld.

⁵³⁵ Zie voor een diepgaande analyse van het rechtszekerheidsbeginsel o.m. P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 663 p.

HOOFDSTUK I. RECHTSONZEKERHEID

120. Door aan een uitvoeringsagent quasi-immuniteit te verlenen, beoefent het Belgische Hof van Cassatie zijn rechtsprekende functie op een tegelijk innovatieve én functionele wijze. *Innovatief*, omdat het met die leer ingaat tegen de vroeger algemeen aanvaarde visie waarin meer ruimte openstond voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent, en omdat geen van de overige bestudeerde rechtssystemen een vergelijkbare theorie kent. *Functioneel*, omdat de theorie niet louter uit bestaande concepten is af te leiden en veeleer op beleidsmatige wijze moet worden verklaard. Een juridische vernieuwing vergt per definitie nadere uitleg, zeker als ze met de nodige mate van rechtszekerheid wil gepaard gaan, maar in de gangbare stijl van de arresten van het Belgische (en zeker van het Franse) Hof van Cassatie is dit niet altijd het geval.⁵³⁶ Toch houdt de theorie van de quasi-immuniteit al nagenoeg drie decennia stand. Verscheidene auteurs zien de sterkte van de theorie van de quasi-immuniteit van uitvoeringsagenten zelfs in haar rechtszekerheid,⁵³⁷ terwijl de alternatieven voor die theorie juist omwille van hun rechtsonzekerheid bekritiseerbaar zouden zijn.⁵³⁸

De rechtszekerheid die uit de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent zou voortvloeien, is evenwel geringer dan wat op het eerste gezicht lijkt.⁵³⁹ In de eerste plaats heerst onzekerheid over de draagwijdte van de quasi-immuniteit of, met andere woorden, over de rechtspositie van een uitvoeringsagent, wat onder meer tot uiting komt in de – soms polemische – strijd tussen de verfijnings- en de verdwijningsleer alsook, daarmee nauw samenhangend, in de soms onduidelijke reikwijdte van de uitzonderingen op het principe van de immuniteit (§ 1). Bovendien zou het Hof van Cassatie, althans in de optiek van bepaalde gezaghebbende Franstalige auteurs, die

⁵³⁶ Zie in het algemeen de kritiek van W. VAN GERVEN, “Creatieve rechtspraak”, *R.W.* 1997-98, 209-223 en de repliek van I. VEROUGSTRAETE, “Een nieuw soort rechters”, in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 77-95. Vgl. R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1976, p. 20, nr. 1. Volgens anderen is die taak juist voor de rechtsleer weggelegd (zie J.L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9317, nr. III).

⁵³⁷ E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 356, nr. 18; G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, 62. Rechtszekerheid is tevens een belangrijk argument voor het samenloopverbod: H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 196, nr. 32; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, “Overzicht”, *T.P.R.* 1987, p. 1615, nr. 212; H. VANDENBERGHE, in *Themis. Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2000-2001, bijlage 1, p. 7, nr. 9 (“*de Assepoester van de rechtswetenschap*”).

⁵³⁸ E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 356, nr. 18; G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, 62.

⁵³⁹ Zie ook I. CORBISIER, *o.c.*, *R.P.S.* 1994, nr. 6.634, 27; R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1976, p. 28, nr. 9 (“*source de controverses et de difficultés, donc d’insécurité*”).

theorie niet langer hanteren (§ 2). Het meest problematisch voor de rechtspraktijk (vooral voor de adviesverlening) is wel het toepassingsgebied van die theorie, al besteedt de bestaande rechtsleer precies daaraan nauwelijks aandacht en is er op dit vlak recente cassatierechtspraak die voor een restrictieve interpretatie van de quasi-immuniteit vatbaar is (§ 3). Doordat een aantal auteurs en zelfs bepaalde rechtspraak op soms nogal ingenieuze wijze de contractuele weg bewandelen om zo aan de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent te ontsnappen, ontstaat dan weer rechtsonzekerheid over de grenzen van de contractuele aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent (§ 4).

Vooraf is op te merken dat de theorie van de quasi-immuniteit een jurisprudentiële constructie is. Een wettelijke bepaling kan, in het algemeen of in specifieke gevallen, aan die theorie een afbreuk doen. Uit een wettelijke aansprakelijkheidsbepaling zal evenwel lang niet altijd duidelijk voortvloeien of de wetgever van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent wou afwijken. Zo moeten vastgoedmakelaars weliswaar persoonlijk de verantwoordelijkheid voor *elke* bij de uitoefening van hun beroep gestelde daad dragen (art. 6, § 1, 2° van het K.B. tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar), maar het is niet zeker of de wetgever hiermee wou dat de foutief handelende vastgoedmakelaar die een ander vastgoedmakelaar vervangt, tegenover de medecontractant van zijn eigen contractpartij rechtstreeks aansprakelijk moet zijn.

§ 1. RECHTSPOSITIE UITVOERINGSAGENT

A. Hoedanigheid van partij bij onderovereenkomst

121. Als een uitvoeringsagent zijn overeenkomst niet of onbehoorlijk nakomt, wordt zijn rechtstreekse medecontractant – de hoofdschuldenaar – contractueel aansprakelijk tegenover de hoofdopdrachtgever.⁵⁴⁰ De daad van een uitvoeringsagent vormt voor de hoofdschuldenaar immers geen daad van een derde en maakt voor hem aldus geen vreemde oorzaak uit die zijn contractuele niet-nakoming ontoerekenbaar zou maken.

⁵⁴⁰ Over de (grenzen van de) contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad zie o.m. C. PAUWELS, *Hulpverleners of uitvoeringsagenten*, 482 p. Naar Frans recht o.m. G. VINEY, "Sous-contrat et responsabilité civile", in *Mélanges Roger O. Dalq. Responsabilité et assurances*, Brussel, Larcier, 1994, p. 611-622, nr. 14 (bij een resultaatsverbintenis is geen persoonlijke fout van uitvoeringsagent te bewijzen, wel bij een inspanningsverbintenis). Zie voor een alternatieve en restrictieve visie op de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad (wel voor resultaats-, maar niet voor inspanningsverbintenissen), L. CORNELIS, *Algemene theorie*, p. 583-586, nr. 463-465.

In dit scenario kan de hoofdschuldenaar vanzelfsprekend steeds op contractuele grondslag een vordering tot vrijwaring tegen de uitvoeringsagent instellen,⁵⁴¹ waarbij de uitvoeringsagent enkel rekening moet houden met wat hij op grond van zijn eigen overeenkomst moest verrichten.

Hetzelfde resultaat ligt voor wanneer de hoofdopdrachtgever de uitvoeringsagent met behulp van een zijdelingse vordering aanspreekt.⁵⁴² Ook hier moet de uitvoeringsagent in beginsel enkel rekening houden met de onderovereenkomst en niet met de hoofdovereenkomst⁵⁴³ en kan hij enkel binnen de perken van tegenstelbaarheidsprincipes een beroep doen op de bedingen uit de hoofdovereenkomst.⁵⁴⁴

Wanneer van de uitvoeringsagent wordt gezegd dat hij van een *quasi*-immunitieit geniet, betekent dit in de eigenlijke zin van het woord dat die immunitieit slechts *schijn* is, aangezien hij weliswaar niet rechtstreeks door de hoofdschuldeiser kan worden aangesproken maar wel door zijn eigen medecontractant, de hoofdschuldenaar.

B. Hoedanigheid van derde én niet-derde bij hoofdovereenkomst

122. Vanuit een procedurele optiek (zogenaamde “economie van procedure”, “proceseconomie” of procedurele efficiëntie) zou het nog efficiënter zijn wanneer een hoofdopdrachtgever de uitvoeringsagent rechtstreeks kan aanspreken. Ondanks (of precies omwille van) de nauwe band van zijn overeenkomst met de hoofdovereenkomst geniet een uitvoeringsagent in zijn verhouding tot de hoofdopdrachtgever evenwel van een dubbele quasi-immunitieit, zowel contractueel als buitencontractueel.

Hier betreft het de *quasi*-immunitieit in de oneigenlijke zin van het woord, in de zin dat de uitvoeringsagent *nagenoeg* volledig immuun is (d.w.z. dat er slechts beperkte uitzonderingen op dit principe bestaan).⁵⁴⁵

Aan de ene kant is hij immuun voor een *contractuele* aansprakelijkheidsvordering van de hoofdopdrachtgever, zij het onder voorbehoud van de mogelijke toepassing van contractuele technieken zoals het derdenbeding⁵⁴⁶ en de vertegenwoordiging.⁵⁴⁷ Het zou trouwens onrealistisch zijn

⁵⁴¹ Antwerpen 25 juni 1975, *R.H.A.* 1975-76, 203; Antwerpen 30 juni 1975, *R.H.A.* 1975-76, 12.

⁵⁴² Zie Rb. Luik 25 oktober 1973, *J.L.* 1973-74, 219 (onderaanneming). Zie ook P. WERY, *o.c.*, in *Le droit de la responsabilité*, Luik, CUP, 1996, p. 38, nr. 12.

⁵⁴³ F. DE LY, *o.c.*, in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 27, nr. 28; G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, 67.

⁵⁴⁴ Cf. *supra*, nr. 108 et seq.

⁵⁴⁵ Het is ook in die betekenis dat het begrip doorgaans wordt aangewend (zie recent nog, A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, XXVIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Antwerpen, Kluwer, p. 181, nr. 245).

⁵⁴⁶ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, p. 1470, nr. 246. Zie Rb. Luik 25 oktober 1973, *J.L.* 1973-74, 219 (niet in casu).

⁵⁴⁷ Cf. *infra*, nr. 229 et seq..

uit te gaan van het vermoeden dat een uitvoeringsagent tot de hoofdovereenkomst is toegetreden.⁵⁴⁸ Twee afzonderlijke overeenkomsten volgen elkaar op, die tussen de hoofdopdrachtgever en de hoofdschuldenaar en die tussen de hoofdschuldenaar en de uitvoeringsagent. In zijn relatie tot de hoofdopdrachtgever is de uitvoeringsagent geen contractpartij maar een derde, zodat de hoofdopdrachtgever ten aanzien van de uitvoeringsagent van zijn rechtstreekse medecontractant geen rechtstreekse contractuele aanspraak kan doen gelden. De uitvoeringsagent is immers bij het sluiten van de hoofdovereenkomst een derde. Met die zienswijze heeft het Belgische Hof van Cassatie, zoals uiteindelijk ook het Franse Hof van Cassatie,⁵⁴⁹ zich niet achter de leer van de contractgroepen geschaard en heeft het de relativiteit van de overeenkomst in haar traditionele betekenis bevestigd.⁵⁵⁰

Aan de andere kant is het precies de innovatie van het intussen algemeen bekende stuwadoorsarrest dat een uitvoeringsagent in principe evenmin zonder meer door de hoofdopdrachtgever rechtstreeks op een *buitencontractuele* grondslag kan worden aangesproken.⁵⁵¹ Volgens de for

⁵⁴⁸ Zie P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1981, p. 482-483, nr. 10.

⁵⁴⁹ Cf. *infra*, nr. 473.

⁵⁵⁰ Cass. 15 september 1977, *Pas.* 1978, I, 57, *R.W.* 1978-79, 325, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1978, 423, noot F. GLANSDORFF, R.O. DALCQ, *R.G.A.R.* 1979, nr. 10.074, verwijzende noot, *R.P.S.* 1979, 32 (verloren pand); Cass. 13 april 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1083, *Pas.* 1984, I, 1022, *R.W.* 1984-85, 1643, noot (ziekmakende container). Zie ook P.-H. DELVAUX, "Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 368, nr. 12; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, "Overzicht", *T.P.R.* 1980, p. 1470, nr. 246; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, "Overzicht", *T.P.R.* 1995, p. 1533, nr. 202. Slechts één auteur houdt er een andere interpretatie op na: het eerstgenoemde arrest zou alleen inhouden dat de aansprakelijkheid van de aangestelde en dus van de uitvoeringsagent niet in het licht van het hoofdcontract maar wel enkel in dat van het ondercontract mag worden beoordeeld (P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte, o.c.*, p. 360, nr. 377).

⁵⁵¹ Cass. 7 december 1973 (Müller-Thomson), *Arr. Cass.* 1974, 395, concl. P. MAHAUX, *Pas.* 1974, I, 376, concl. P. MAHAUX, *R.W.* 1973-74, kol. 1597, noot J. HERBOTS, *Eur. Vervoer.* 1974, 534, noot M. FALLON, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9.317, noot J.-L. FAGNART, *J.T.* 1974, 443, *T. Aann.* 1975, 181, noot A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *R.C.J.B.* 1976, 15, noot R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF (nalatige stuwadoor). Sindsdien meermaals door het Hof van Cassatie bevestigd: Cass. 3 december 1975, *Pas.* 1976, I, 412 (arbeidsovereenkomst); Cass. 3 december 1976, *R.W.* 1977-78, kol. 1303, noot A. VAN OEVELEN, *R.C.J.B.* 1978, 426, noot R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, *R.G.A.R.* 1978, nr. 9.908 (tweede EBES-arrest; niet in *Arr. Cass.* gepubliceerd); Cass. 8 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 934, *Pas.* 1983, I, 834, *R.W.* 1983-84, kol. 163, noot J. HERBOTS (nalatige antiquair); Cass. 7 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *T.B.B.R.* 1998, 153, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1999, 730, noot V. SIMONART. Ook in de lagere rechtspraak, zie b.v. Rb. Brugge 18 maart 1980, *Res Jur. Imm.* 1980, 215; Brussel 28 oktober 1987, *J.T.* 1988, 665, noot F. GLANSDORFF; Kh. Brussel 17 februari 1993, *T. Aann.* 1997, 247 (onderaannemer-studiebureau); Bergen 30 juni 1995, *J.L.M.B.* 1997, 372, noot B. LOUVEAUX; Gent 25 oktober 1995, *R.W.* 1996-97, 53 (verkoper tegen zeevervoerder als uitvoeringsagent van koper); Antwerpen 19 maart 1996,

mule van het Hof van Cassatie is, zoals reeds gezegd,⁵⁵² de uitvoeringsagent weliswaar een derde bij het sluiten van de hoofdovereenkomst maar niet bij het *uitvoeren* van deze overeenkomst.

123. Wat discussie werd gevoerd over de secundaire vraag⁵⁵³ of een rechtstreekse aanspraak tegen een uitvoeringsagent als onontvankelijk dan wel als ongegrond moet worden afgewezen.⁵⁵⁴ Een compromis tussen beide zienswijzen bereikt de Dendermondse Rechtbank van Eerste Aanleg door een rechtsvordering tegen een onderaannemer onontvankelijk te verklaren wanneer de bouwheer alleen om proceseconomische redenen alle partijen betreft door wiens toedoen het gebouw gebrekkig is, ook al heeft hij met de onderaannemer geen enkele rechtsband. Als de bouwheer niet eens een buitencontractuele fout *vooropstelt*, dan vertoont hij niet het vereiste belang of, beter, de vereiste hoedanigheid.⁵⁵⁵

C. Hoedanigheid van derde tegenover andere dan hoofdschuldeiser

124. Waar een uitvoeringsagent dus ten opzichte van de hoofdopdrachtgever met betrekking tot het sluiten van de hoofdovereenkomst geen partij is, mist hij met betrekking tot het uitvoeren van de hoofdovereenkomst de

R.H.A. 1996, 135 (geen uitvoeringsagent); Bergen 16 januari 1997, *T.B.H.* 1997, 694, noot J.L. FAGNART, *R.R.D.* 1997, 189. Aanvankelijk waren er nog een aantal uitspraken die tegen deze leer ingingen: zie het overzicht van A. VAN OEVELEN, "Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen", *R.W.* 1994-95, p. 800, nr. 14.

⁵⁵² Cf. *supra*, nr. 89.

⁵⁵³ Recent lijken sommigen de opvatting genegen dat het principe van de relativiteit tot gevolg heeft dat in principe alleen de partijen (en hun rechtsopvolgers) de hoedanigheid bezitten om contractuele vorderingen in te stellen (b.v. *Encycl. Dalloz*, tw. *Action*, nr. 117 (F. BUSSY), behalve b.v. bij de zijdelingse, pauliaanse of rechtstreekse vordering). Het lijkt evenwel juist om de relativiteit van een overeenkomst als een gegrondheidseis eerder dan als een ontvankelijkheidsvoorwaarde te beschouwen (recent nog Kh. Antwerpen 19 maart 1999, *R.H.A.* 1999, 422; Kh. Antwerpen 17 december 1999, *R.H.A.* 1999, 448). Ook de tegenstelbaarheid van een contract kan er toe leiden dat een contractant een bepaalde hoedanigheid (J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, p. 37, nr. 36) of belang verliest (J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 420, nr. 367: een door verzekeraar vergoed slachtoffer tegenover de aansprakelijke).

⁵⁵⁴ Zie o.m. H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 170-171, nr. 10; J.L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9317, voetnoot 2.

⁵⁵⁵ Rb. Dendermonde 25 februari 1993, *R.W.* 1993-94, 1369. De zgn. onontvankelijkheid van die vordering leidt vaak tot procedurele problemen, waardoor de procesgang vertraging oploopt. Zie i.v.m. een rechtstreekse aanspraak van een committent: Cass. 9 december 1999, *T.B.H.* 2000, 366 (geen hoedanigheid).

hoedanigheid van derde ten opzichte van de hoofdopdrachtgever, maar dan ook ten opzichte van hem alléén.

Ten aanzien van andere personen die mogelijkwijze door een tekortkoming van de uitvoeringsagent schade lijden, is een uitvoeringsagent nog steeds een derde, zodat hij bij foutief handelen met toepassing van de algemene coëxistentieregel nog steeds buitencontractueel kan worden aangesproken.⁵⁵⁶

Voor die derden brengt de relativiteit van de overeenkomst niet met zich mee dat de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent aan de restrictieve voorwaarden van de leer van de quasi-immuniteit is onderworpen.

Wanneer aldus een uitvoeringsagent van een brandstofproducent bij één van diens klanten op een onzorgvuldige wijze brandstof levert waardoor de visvijver van een buur van die klant vervuild raakt, zal het arrest dat art. 1382-1383 B.W. op de vordering van de buur tegen de uitvoeringsagent toepast, niet op cassatie stuiten om de enkele reden dat die uitvoeringsagent is.⁵⁵⁷

D. Principe: buitencontractuele fout en dito schade (verfijnings- en verdwijningsleer)

125. Volgens de in een formule gegoten bewoordingen van het Hof van Cassatie is een buitencontractuele aanspraak van een hoofdopdrachtgever tegen een uitvoeringsagent slechts mogelijk, “*indien de hem ten laste gelegde fout een tekortkoming niet aan een contractuele verbintenis, maar aan de algemene zorgvuldigheidsverplichting oplevert en indien die fout een andere schade heeft veroorzaakt dan die welke voortvloeit uit de wanuitvoering van de overeenkomst*”.⁵⁵⁸

Die voorwaarden worden meestal verkort in de vorm van een “short-cut” weergegeven, zoals het bestaan van een buitencontractuele fout en dito

⁵⁵⁶ Zie o.m. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, “Overzicht”, *T.P.R.* 1995, p. 1534, nr. 202.

⁵⁵⁷ Cass. 25 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 237, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11.990, *R.C.J.B.* 1992, 493, noot R.O. DALCQ (vervuilde visvijver). Voor een gelijkaardig geval maar ditmaal met schade voor de klant zelf (aan diens wijnkelder en speelzaal): Brussel 16 oktober 1989, *J.L.M.B.* 1990, 618, noot P. DENIS-M. (levering stookolie).

⁵⁵⁸ Cass. 7 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *T.B.B.R.* 1998, 153, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1999, 730, noot V. SIMONART. Een frisse oppoetsing van het archaïsche taalgebruik in Cass. 8 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 934, *Pas.* 1983, I, 834, *R.W.* 1983-84, kol. 163, noot J. HERBOTS (nalatige antiquair): “*indien de hem ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt, niet aan de contractuele verbintenis, doch aan de algemene zorgvuldigheidsplicht, en indien deze fout andere dan aan de slechte uitvoering van het contract te wijten schade heeft veroorzaakt*”.

schade. Dit is nuttig zolang men de beperkingen van die afkortingen blijft beseffen.⁵⁵⁹

Die bewoordingen zijn gemakkelijk toe te passen wanneer de door een zelfstandige uitvoeringsagent begane fout (en de door hem aan de hoofdopdrachtgever toegebrachte schade) *zuiver buitencontractueel* van aard zijn. In dat geval is enkel de uitvoeringsagent zelf buitencontractueel aansprakelijk. De hoofdschuldenaar is dan ten aanzien van de hoofdopdrachtgever niet *contractueel* aansprakelijk, omdat het risico niet in de contractuele sfeer ligt, zodat er ook geen reden is voor bezorgdheid om het bewaren van het contractuele evenwicht. Daarnaast is de hoofdschuldenaar voor de daad van een zelfstandig uitvoeringsagent (die niet in een ondergeschikte verhouding staat) evenmin *buitencontractueel* aansprakelijk.⁵⁶⁰ Art. 1384 derde lid B.W. is immers enkel van toepassing, indien de hulppersoon tegenover de hoofdschuldenaar in een band van ondergeschiktheid staat.⁵⁶¹

Wanneer de fout van de uitvoeringsagent *zuiver contractueel* is, dan is het evenmin mogelijk dat die tegenover de hoofdopdrachtgever buitencontractueel aansprakelijk zou zijn.

Beide beweringen zijn evenwel niet zo gemakkelijk toe te passen, als op het eerste gezicht eruit zou voortvloeien.

Wat de zgn. zuiver buitencontractuele fout betreft, moet eerst worden uitgemaakt hoe ver de contractuele verbintenissen strekken en of de algemene zorgvuldigheidsplicht niet, b.v. op impliciete wijze, van de contractuele verplichtingen (b.v. via het bestaan van een veiligheidsverbintenis) deel uitmaakt.

Wat de zgn. zuiver contractuele fout betreft, zijn de concrete omstandigheden van elk individueel geval steeds bepalend om uit te maken of een feit tegelijk aan het vereiste van een buitencontractuele fout voldoet, waarbij moet worden onderzocht of en in welke mate een contractant bij het uitvoeren van zijn contractuele verplichtingen ook met de belangen van derden diende rekening te houden.

126. De grootste (intussen blijikbaar – moe – gestreden) strijd betreft dan ook de vraag of en, zo ja, in welke omstandigheden een hoofdopdrachtgever een uitvoeringsagent *überhaupt* nog op een buitencontractuele grondslag kan aanspreken, terwijl hij tegelijk de hoofdschuldenaar op contractuele basis kan aanspreken. In de rechtsleer staat die strijd algemeen bekend

⁵⁵⁹ Cf. *infra*, nr. 131 (i.v.m. objectieve aansprakelijkheid) en nr. 132 (wettelijke verplichting).

⁵⁶⁰ G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 56, nr. 4.

⁵⁶¹ L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 363-364, nr. 219; W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 254-255.

als die tussen de aanhangers van de zogenaamde verfijnings⁵⁶² en verdwijningsleer.⁵⁶³

Volgens de eerstgenoemde visie is een coëxistentie van contractuele aansprakelijkheid van de hoofdschuldenaar met de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent nog steeds mogelijk, zij het dat de voorwaarden ervan sinds het stuwadoorsarrest verfijnd zijn. De keuze voor de toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid bestaat voortaan

⁵⁶² Aanhangers zijn: L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 121, nr. 71; H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 156; X. DIEUX, "Le contrat: instrument et objet de dirigisme?", in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune Barreau, 1984, p. 310-311, nr. 17; X. DIEUX, D. WILLERMAIN, "La responsabilité civile du prestataire de services à l'égard des tiers", in *Les contrats de service*, Brussel, JBB, 1994, p. 218-219, noot 28; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 44-45, nr. 44, p. 205, nr. 277; E. DIRIX, "Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen", p. 347, nr. 7; J.-L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9.317, nr. XII; J. HERBOTS, "De nalatige stuwadoor" (noot onder Cass. 7 december 1973), *R.W.* 1973-74, kol. 1603, nr. 5; J.H. HERBOTS, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, p. 1083, nr. 47; R. KRUITHOF, C. PAULUS, H. MOONS, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen", *T.P.R.* 1975, p. 509-511, nr. 71-72; C. PAUWELS, "Over metaalslakken en vergiftigde koeien: een geval van samenloop?" (noot onder Antwerpen 23 januari 1986), *R.W.* 1986-87, kol. 331; V. SIMONART, "La quasi-immunité des organes de droit privé" (noot onder Cass. 7 november 1997), *R.C.J.B.* 1999, 739, nr. 8 ("Pour conserver un sens à la jurisprudence précitée, il faut donc l'interpréter en ce sens que la victime peut exercer une action aquilienne contre son débiteur dès que la faute constitue un manquement à l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous, soit à une obligation qui existerait même en l'absence du contrat"); J. VAN RYN, "Responsabilité aquilienne et contrats", *J.T.* 1975, 505-506; misschien in die zin P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations", *R.C.J.B.* 1986, (33) 210.

⁵⁶³ R.O. DALCQ, "Examen", *R.C.J.B.* 1980, 355-356; R.O. DALCQ, F. GLANSBORFF, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1978, 431-439; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 183, nr. 248 (contra passages vermeld in vorige voetnoot); M. FALLON, *o.c.*, *Eur. Verwoerr.* 1974, p. 558-559, nr. 17-18; R. KRUITHOF, "Overzicht", *T.P.R.* 1983, p. 610, nr. 106; A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 201 nr. 38; P. MAHAUX, concl. onder Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 400; I. MOREAU-MARGRÈVE, C. BIQUET-MATHIEU, A. GOSSELIN, "Grands arrêts récents en matière d'obligations", *Act. Dr.* 1997, 42-43; R. RASIR, *o.c.*, *J.T.* 1976, 164-165; J. RUTSAERT, A. MEEUS, "La responsabilité civile contractuelle du prestataire de services en droit privé" (colloquium Venetië), *De Verz.* 1977, 225; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, "Overzicht", *T.P.R.* 1980, p. 1459-1460, nr. 240; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, "Overzicht", *T.P.R.* 1995, p. 1519, nr. 196; W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 202-203; M. VAN QUICKENBORNE, "Réflexions sur le dommage purement contractuel" (noot onder Cass. 14 oktober 1985), *R.C.J.B.* 1988, 344-345; A. VAN OEVELEN, "Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen", *R.W.* 1994-95, p. 799-800, nr. 13-14; P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, 88; P. WÉRY, *o.c.*, in *Droit de la responsabilité*, Luik, CUP, 1996, p. 31, nr. 5; W.G., noot onder Cass. 16 mei 1974, *Pas.* 1974, I, 973.

Naast de verfijnings- en verdwijningsleer bestaat er nog een variëteit van die laatste theorie volgens welke het probleem van de samenloop gewoon niet bestaat omdat een verbintenis ofwel contractueel ofwel buitencontractueel van aard is en onmogelijk onder beide categorieën valt (zie overzicht van H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 158, nr. 2). Maar bewijst de coëxistentieleer niet dat eenzelfde feitencomplex juist een schending van twee soorten verbintenissen – contractueel en buitencontractueel – kan inhouden?

enkel indien niet alleen de fout maar ook de schade een gemengd karakter heeft, d.w.z. niet zuiver of intrinsiek contractueel is.

Wat de fout betreft, herhaalt het Hof van Cassatie volgens van Ryn gewoon de voorwaarden voor de toepassing van de delictuele aansprakelijkheid en voegt het er geen aan toe voor de toepassing ervan in een contractuele context.⁵⁶⁴ Die buitencontractuele-fout-voorwaarde is zelfs vanzelfsprekend, omdat er zonder dergelijke fout anders helemaal geen probleem van samenloop of coëxistentie voorligt.⁵⁶⁵ Het is trouwens een vaak gehoord argument tegen de visie van de verdwijningsleer dat aan alle ter zake beslechte cassatiearresten eigenlijk alleen maar een contractuele fout ten grondslag ligt;⁵⁶⁶ en als er dan al tegelijk een buitencontractuele fout voorligt, wordt de samenloop er aanvaard omdat er tegelijk een misdrijf voorligt.

Wat de schade betreft, beroepen de aanhangers van de verfijningsleer zich in de eerste plaats op de vergelijkbare positie die eerder al was ingenomen door van Ryn, die trouwens als cassatieadvocaat in de zaak van de nalatige stuwadoor betrokken was en op wiens theorie de bewoordingen van het Hof heel sterk gelijken.

Naast dit – minder essentieel – exegetisch argument⁵⁶⁷ is er vooral het argument dat de voorwaarde met betrekking tot de schade in een andere interpretatie geen zin zou hebben. Als de fout, zoals in de verdwijningsleer wordt voorgestaan, volledig niet-contractueel moet zijn, dan vloeit daaruit automatisch voort dat ook de schade sowieso niet-contractueel zal zijn. Die laatste voorwaarde zou dan ook overbodig zijn,⁵⁶⁸ terwijl men van het Hof van Cassatie toch geen overbodige voorwaarden mag verwachten. Door de dubbele voorwaarde wordt de indruk gewekt dat er door een wanprestatie tegenover een medecontractant nog andere schade kan worden veroorzaakt dan deze die voortvloeit uit de slechte uitvoering van het contract.⁵⁶⁹ Daarom wordt naar het begrip van zuiver contractuele schade gegrepen. Op de vraag wat dan onder zuiver contractuele schade moet worden begrepen, antwoordt Herbots in vragende zin: “*wat mocht het slachtoffer van de wanprestatie rechtmatig verwachten van de belofte van zijn medecontractant?*”

⁵⁶⁴ J. VAN RYN, “Responsabilité aquilienne et contrats”, *J.T.* 1975, p. 50, nr. IV, kol. 2.

⁵⁶⁵ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 183, nr. 248.

⁵⁶⁶ Zie o.m. R.O. DALCQ, F. GLANSBORFF, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1976, p. 30, nr. 11; J. VAN RYN, *o.c.*, *J.T.* 1975, p. 50, nr. IV, kol. 1.

⁵⁶⁷ Een ander argument luidt dat een loutere schending van de algemene zorgvuldigheid die tot een contractuele schade aanleiding geeft, bij de verdwijningsleer tot een totaal gebrek aan aansprakelijkheid leidt, maar dit lijkt een puur theoretische mogelijkheid (P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, 90).

⁵⁶⁸ H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 176, nr. 16; J.L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. IX; J.H. HERBOTS, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, p. 1093, nr. 55.

⁵⁶⁹ Zie het duidelijkst bij M. FALLON, *o.c.*, *Eur. Vervoerr.* 1974, p. 560-561, nr. 18.

*Waarin werd hij ontgoocheld? Lag dit in het gezichtsveld van de contractanten?*⁵⁷⁰ Het komt neer op “het verlies van een voordeel dat uitsluitend door het contract kon verschaft worden”.⁵⁷¹ Aangezien elke, directe én indirecte, schade die door een contractuele fout wordt veroorzaakt, noodzakelijkerwijze uit de onbehoorlijke uitvoering van een contract voortvloeit, bestaan er twee soorten contractuele schade: zuiver contractuele schade en andere. Volgens die interpretatie bedoelde het Hof van Cassatie de buitencontractuele aansprakelijkheid dan ook enkel uit te sluiten voor het verlies van het *voordeel* dat een contractant van zijn overeenkomst kan verwachten,⁵⁷² m.a.w. op de schade die het positief contractbelang vertegenwoordigt.

Volgens de tweede strekking die als de verdwijningsleer bekend staat, gaat de uitsluiting van de buitencontractuele aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent verder.⁵⁷³ Daarbij mogen de fout en de schade in het geheel niet contractueel zijn of, anders gezegd, moeten fout en schade vreemd zijn aan het contract.⁵⁷⁴ In die visie is de schadevoorwaarde veel ruimer, omdat ze betrekking heeft op het klassieke begrip van contractuele schade ex art. 1149 B.W.,⁵⁷⁵ dat zowel op het positief als op het negatief contractbelang kan slaan.

127. Doorslaggevend in de betwisting tussen de verfijnings- en verdwijningsleer is het cassatiearrest van 14 oktober 1985. Het betrof een geschil tussen een deegwarenfabrikant en een elektriciteitsdistributeur, nadat een stroomonderbreking tot een verlies aan deeg, productieverlies en bijkomende personeelskosten had geleid.⁵⁷⁶ Volgens het Hof van Cassatie is een

⁵⁷⁰ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, p. 1084, voetnoot 41.

⁵⁷¹ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, p. 1088, nr. 49. Zie ook J. VAN RYN, “Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle”, *R.C.J.B.* 1957, (297) 308-309; J. VAN RYN, *o.c.*, *J.T.* 1975, 505-506, vooral nr. III; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, I, Parijs, L.G.D.J., 1951, p. 197-198, nr. 152; V. SIMONART, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1999, p. 740, nr. 9.

⁵⁷² P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.512, noot 22.

⁵⁷³ Die verdwijningsleer mag ook niet strenger worden ingevuld dan nodig is. Nuttig is daarbij de aanwijzing dat, wanneer een willekeurige derde zich op precies dezelfde wijze in de situatie zou kunnen bevinden, de aansprakelijkheid niet contractueel is (zie H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, “Overzicht”, *T.P.R.* 1987, p. 1410, nr. 80).

⁵⁷⁴ Dit zijn ook de bewoordingen die het Hof van Cassatie in het stuwadoorsarrest gebruikt. Daarbij wijst Rasir nog op een dubbele interpretatie hiervan: de fout en schade kunnen aan de overeenkomst vreemd zijn, hetzij in feite, hetzij in rechte (R. RASIR, *o.c.*, *J.T.* 1976, 164-165).

⁵⁷⁵ Zie o.m. J.H. HERBOTS, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, p. 1092, nr. 54; R. KRUIITHOF, “Overzicht”, *T.P.R.* 1983, p. 610-611, nr. 106; R. KRUIITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, “Overzicht”, *T.P.R.* 1994, p. 489, nr. 202; E. DIRIX, A. VAN OEVELEN, “Kroniek, Verbintenisrecht, Gerechtelijke jaren 1978-1979 en 1980”, *R.W.* 1980-81, kol. 2457; P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, 89.

⁵⁷⁶ Een uitspraak over de toepasselijkheid van de buitencontractuele aansprakelijkheid in een verhouding tussen twee contractpartijen is ook voor de verhouding tussen een hoofdopdrachtgever en een uitvoeringsagent van belang.

contractuele fout geen onrechtmatige daad, enkel en alleen omdat de schade indirect is; ook die schade is onder de contractuele aansprakelijkheid vergoedbaar.⁵⁷⁷

Met die uitspraak kan het schadevereiste uit de stuwadoorsrechtspraak niet langer in de zin van de verfijningstheorie worden geïnterpreteerd. Zowel het positieve als het negatieve contractbelang zijn bij contractuele aansprakelijkheid vergoedbaar en sluiten de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid uit. Vandaag de dag zijn de meeste auteurs er dan ook van overtuigd dat de verdwijningsleer het heeft gehaald.⁵⁷⁸ Het Hof van Cassatie zelf heeft trouwens nooit het begrip zuiver contractuele schade in de mond genomen. Het heeft het enkel over een “*louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade*” en niet over het meer specifieke begrip van het verlies van het voordeel dat partijen enkel van het contract kunnen verwachten. Het schadebegrip uit de stuwadoorsrechtspraak slaat veeleer op het ruimere begrip van art. 1149 B.W. (elke vorm van contractuele schade).⁵⁷⁹ Vooral de onmogelijkheid om aan de begrippen zuiver contractuele fout en zuiver contractuele schade een precieze inhoud te geven, lijkt de verdwijningsleer in de hand te hebben gewerkt.

128. Toch blijft de lagere rechtspraak voorzichtiger, althans in haar bewoordingen. Al nemen de feitenrechtters in ieder geval de formulering van het Hof van Cassatie over⁵⁸⁰ en al wijst een overgrote meerderheid van de gevallen de buitencontractuele aansprakelijkheid af,⁵⁸¹ toch getuigen

⁵⁷⁷ Cass. 14 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 179, *Pas.* 1986, I, 155, *Turnh. Rechtsl.* 1987, 150, *R.G.A.R.* 1987, nr. 11.217, *R.C.J.B.* 1988, 341, noot M. VANQUICKENBORNE.

⁵⁷⁸ Zie o.m. G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 54, nr. 2; H. VANDENBERGHE, M. VANQUICKENBORNE, L. WYNANT, “Overzicht”, *T.P.R.* 1995, p. 1514-1527, nr. 195-198.

⁵⁷⁹ Zie ook H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 165, voetnoot 26.

⁵⁸⁰ Zie o.m. Kh. Antwerpen 18 februari 1971, *R.W.* 1975-76, 1266 (in beroep: Antwerpen 10 oktober 1974, *R.W.* 1975-76, 1242, noot J. HERBOTS); Kh. Antwerpen 25 juni 1974, *R.H.A.* 1975-76, 59 (stuwadoor); Kh. Antwerpen 28 november 1974, *R.H.A.* 1975-76, 80 (stuwadoor); Antwerpen 28 februari 1975, *R.H.A.* 1975-76, 9 (stuwadoor); Gent 16 juni 1975, *R.G.A.R.* 1977, nr. 9.726 (afbraakwerken); Antwerpen 25 juni 1975, *R.H.A.* 1975-76, 203 (stuwadoor); Antwerpen 30 juni 1975, *R.H.A.* 1975-76, 13 (gezonken schip door foutieve lossing); Antwerpen 30 juni 1975, *R.H.A.* 1975-76, 209 (gestolen goederen bij bewaarnemer); Antwerpen 28 april 1976, *R.H.A.* 155 (stuwadoor); Kh. Tongeren 22 juni 1979, *Limb. Rechtsl.* 1979, 196 (beschadigde bus bij schilderwerken); Rb. Bergen 26 maart 1985, *R.G.A.R.* 1987, nr. 11.201 (een uitzonderlijk uitgebreid gemotiveerd vonnis); Bergen 16 januari 1997, *T.B.H.* 1997, 694, noot J.L. FAGNART, *R.R.D.* 1997, 189 (onderaannemer afbraakwerken).

⁵⁸¹ Toepassingen waar de buitencontractuele aansprakelijkheid niet wordt aanvaard: Brussel 30 oktober 1957, *R.G.A.R.* 1958, 222, noot R.O. DALCQ (aanneming – dorsen van tarwe leidt tot brand); Brussel 26 september 1974, *R.G.A.R.* 1975, nr. 9.375 (aanneming); Gent 16 juni 1975, *R.G.A.R.* 1977, nr. 9.726, noot en 9.731 (afbraakwerken); Luik 28 april 1977, *Jur. Liège* 1977-78, 57 (koop); Vred. St.-Gillis 13 juli 1978, *T.Vred.* 1979, 82 (huur – tijdschakelaar buiten werking); Gent 24 november 1978, *R.W.* 1978-79, 2183 (verkoop deels nog op te richten appartement); Kh. Tongeren 22 juni 1979, *Limb. Rechtsl.* 1979, 196 (bij schilderwerken).

bepaalde rechters tegelijk van de verfijningsleer door hun beslissing te gronden op de vaststelling dat de fout en/of schade *zuiver* contractueel van aard zijn. Daarmee lijken de feitenrechters nog niet helemaal van de overwinning van de verdwijningstheorie overtuigd, maar overhaaste conclusies zijn niet nodig. Die rechtspraak getuigt wellicht alleen van de houding van een feitenrechter die voor de controle door het Hof van Cassatie bedachtzaam is: indien een rechter de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid met toepassing van de verfijningsleer afwijst, dan zou een dergelijke afwijzing *a fortiori* bij toepassing van de verdwijningsleer voorliggen.⁵⁸²

Toch wordt in sommige gevallen de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent terecht toegepast, zoals toen ten gevolge van een foutieve uitvoering van dakwerken een gebouw afbrandde en de buitencontractuele aanspraak van de bouwheer tegen de onderaannemer gegrond werd geacht omdat de omvang van de schade aan het gebouw veel

gebruikte stellingen vallen op bussen); Arbh. Antwerpen 28 juni 1982, *R.W.* 1983-84, 297, verwijzende noot (arbeidsovereenkomst); *Scheidsr.* Antwerpen 6 februari 1987, *De Verz.* 1988, 114, noot J.R. (baggerwerken); Luik 19 januari 1989, *R.G.A.R.* 1992, nr. 12.065 (elektriciteitslevering); Vred. Zele 6 september 1989, *T.Vred.* 1991, 142 (koop tweedehandsvoertuig); Luik 12 april 1991, *J.L.M.B.* 1991, 835 (aanneming); Kh. Antwerpen 16 april 1991, *R.H.A.* 1991, 134 (vervoer); Kh. Gent 16 september 1991, *T.Not.* 1993, 367 (lening); Brussel 22 november 1991, *R.G.A.R.* 1993, nr. 12.237 (ontplofte fles spuitwater); Kh. Kortrijk 23 maart 1992, *Pas.* 1992, III, 70 (verzekeringsmakelaar); Gent 20 mei 1992, *T.B.B.R.* 1993, 451, noot (elektriciteitslevering); Vred. Gent 20 april 1993, *T.G.R.* 1994, 5 (huur – bevroren waterleiding); Antwerpen 14 december 1993, *Pas.* 1993, II, 33 (verzekeringsmakelaar); Antwerpen 13 april 1994, *R.W.* 1995-96, 397 (gat in waterleiding bij leggen van vast tapijt); Vred. Torhout 6 september 1994, *T.Agr.R.* 1995, 190 (integratieovereenkomst); Kh. Dendermonde 27 januari 1995, *R.H.A.* 1995, 455 (bewaargeving); Rb. Gent 13 september 1996, *T.G.R.* 1996, 178 (accountant); Arbh. Antwerpen 17 december 1997, *Soc. Kron.* 1999, 22 (arbeidsovereenkomst). Wel buitencontractuele aansprakelijkheid in Rb. Gent 9 oktober 1996, *T.G.R.* 1997, 6 (krediet – vervalste rentevoet door ontslagen zelfstandig agent); Brussel 30 september 1999, *R.G.A.R.* 2000, nr. 13290 (levering stookolie door onderaannemer).

Zie evenwel Bergen 16 mei 1979, *R.P.S.* 1979, nr. 6.023 (UNAC – bestuurscontract; om andere redenen vernietigd in Cass. 12 februari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 662); Arbh. Brussel 27 maart 1990, *Rechtspr. Arb. Br.* 1990, 339 (arbeidscontract); Brussel 1 juni 1995, *Huurrecht* 1996, 90, noot P. DE SMEDT (huur; alleen gebrekkige motivering want wel misdrijf voorhanden).

⁵⁸² In de zin van de verfijningsleer: Brussel 13 november 1987, *J.L.M.B.* 1987, 1460, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.485; Rb. Antwerpen 21 september 1988, *T.Aann.* 1990, 48, noot; Luik 19 januari 1989, *R.G.A.R.* 1992, nr. 12.065; Antwerpen 25 april 1995, *Eur. Vervoer.* 1995, 503 (antidatering van cognossement); Kh. Antwerpen 9 februari 1996, *R.H.A.* 1996, 164; Gent 30 januari 1997, *R.H.A.* 1997, 389 (onzorgvuldige lossing); Antwerpen 5 december 1996, *A.J.T.* 1997-98, 78, noot B. CLAESSENS.

In de zin van de verdwijningsleer: Luik 24 mei 1983, *J.L.* 1984, 437, noot M. DOUTREWE; Arbh. Brussel 7 november 1986, *J.T.T. Brux.* 1987, 189; Bergen 7 januari 1987, *J.L.M.B.* 1987, 730; Brussel 16 oktober 1989, *J.L.M.B.* 1990, 618, noot D.-M. PHILIPPE; Antwerpen 13 april 1994, *R.W.* 1995-96, 397; Rb. Leuven 29 april 1988, *T.B.B.R.* 1990, 428, noot D. DELI; Rb. Namen 8 april 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1457; Rb. Mechelen 19 april 1994, *T.B.B.R.* 1995, 337; Rb. Leuven 9 april 1996, *R.H.A.* 1996, 271 (binnenlands vervoer over de weg; ladingschade).

hoger was dan de enkele herstellingen van het dak en de schade aldus “*largement le cadre de la mauvaise exécution du contrat*” overschreed.⁵⁸³ Een recente toepassing plaatst het schadevereiste nog meer in perspectief. Wanneer een lasser, een aangestelde van een onderaannemer, de opdracht kreeg om een stalen cel te verlengen en hij daarbij onvoldoende voorzorgsmaatregelen nam (door met name na te laten de bijzonder brandbare houten wanden weg te nemen), dan kan hij voor de als gevolg hiervan vernielde lokalen tegenover de hoofdpdrachtgever buitencontractueel aansprakelijk worden gesteld. Het schadegeval is immers extern aan het contractuele veld, wat trouwens ook de contractuele aansprakelijkheid van de hoofdaannemer zou hebben uitgesloten.⁵⁸⁴ De situatie zou alleen anders geweest zijn waardoor de schadevoorwaarde namelijk niet langer vervuld zou zijn, indien de enige beschadigde goederen precies de te lassen goederen waren die precies het voorwerp van het contract uitmaakten.⁵⁸⁵

Wanneer de schade een aantasting inhoudt van het eigendomsrecht van een goed waarop de overeenkomst geen betrekking heeft, dan zijn de voorwaarden voor de quasi-immuniteit niet vervuld, omdat het dan “*om de krenking van rechten c.q. belangen gaat die geheel vreemd zijn aan de aard en de strekking van de door partijen gesloten overeenkomsten*”. Het gaat om schade die “*enkel maar naar aanleiding van de uitvoering van die overeenkomst is ontstaan*”.⁵⁸⁶

129. Eens de verdwijningsleer aanvaard, blijft de vraag welk nut voor de afzonderlijke schadevereiste overblijft.

Volgens sommigen maakt die leer de tweede voorwaarde zinloos.⁵⁸⁷ Zo zou het schadevereiste volgens Van Quickenborne alleen begrijpelijk zijn, indien de relativiteit van de contractuele fout zou zijn aanvaard. Deze relativiteit zou inhouden dat niet elk rechtmatig belang maar slechts bepaalde belangen door de contractuele aansprakelijkheid worden beschermd, dat niet elke vorm van schade in het kader van de contractuele aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking zou komen. In die opvatting komt voor contractuele aansprakelijkheid de zuivere of intrinsieke contractuele schade in aanmerking, terwijl de andere schade dan wel

⁵⁸³ Luik 20 juni 1996, *J.L.M.B.* 1997, 382.

⁵⁸⁴ Dit zijn de feiten (van een arrest van het Brusselse Hof van Beroep), die op andere rechtspunten hebben geleid tot het arrest van Cass. 20 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 193, *Pas.* 1984, I, 182.

⁵⁸⁵ P.-H. DELVAUX, “La responsabilité contractuelle pour autrui et l’arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation”, *J.T.* 1987, p. 420, nr. 18-19.

⁵⁸⁶ Antwerpen 7 april 1997, *R.W.* 1997-98, 854, *Eur. Vervoerr.* 1997, 595 (in casu schade aan een duwbak).

⁵⁸⁷ Zie o.m. J.L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9.317; M. FALLON, *o.c.*, *Eur. Vervoerr.* 1974, p. 560-561, nr. 18; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1988, 344-370.

eventueel voor buitencontractuele aansprakelijkheid in aanmerking komt. Dan nog blijft het voor betwisting vatbaar wat precies onder zuiver contractuele schade moet worden begrepen. Bovendien maakt die opvatting in het Belgische recht weinig kans omdat elke relativiteit van zowel contractuele als delictuele fouten steeds werd afgewezen.⁵⁸⁸ Alle schade, voorzover de contractuele fout een *conditio sine qua non* van die schade uitmaakt, is op basis van de contractuele aansprakelijkheid vergoedbaar. Daarenboven zou die opvatting ertoe leiden dat er voor de andere dan de zuiver contractuele schade per hypothese geen schadevergoeding mogelijk zou zijn: de fout is immers per hypothese gemengd, waardoor volgens de verdwijningsleer buitencontractuele aansprakelijkheid opnieuw is uitgesloten.⁵⁸⁹

130. Samenvattend zijn de voorwaarden voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent (en *a fortiori* van een contractpartij) in ieder geval duidelijk strenger dan de voorwaarden voor coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid: voor de rechtstreekse aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent moeten de fout en de schade niet alleen buitencontractueel zijn, maar mogen ze ook niet contractueel zijn, terwijl de fout in het kader van de algemene coëxistentie enkel buitencontractueel moet zijn (maar tegelijk contractueel kan zijn).⁵⁹⁰ Bij een gemengde fout is een uitvoeringsagent ten aanzien van de hoofdopdrachtgever niet buitencontractueel aansprakelijk, terwijl hetzelfde feitencomplex in de coëxistentietheorie volstaat voor de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid.

⁵⁸⁸ Zie evenwel L. CORNELIS, *Algemene theorie*, p. 580-581, nr. 462.

⁵⁸⁹ Het begrip van zuiver contractuele schade heeft volgens M. VAN QUICKENBORNE alleen zin wanneer een derde schade lijdt ten gevolge van een fout bij de uitvoering van een overeenkomst waarbij hij geen contractpartij is. Als derde moet hij namelijk rekening houden met de relativiteit van het contract, ditmaal niet met betrekking tot de beschermde belangen maar wel met betrekking tot de beschermde personen. Een derde kan niet zomaar de uitvoering van een overeenkomst eisen, omdat dit zou neerkomen op het vorderen van vergoeding van zuiver contractuele schade in de zin van het voordeel dat een contractpartij van de uitvoering van het contract verwacht. Voor andere dan zuiver contractuele schade kan een derde wel vergoeding eisen, voorzover hij de schending van een algemene zorgvuldigheidsplicht kan aantonen (M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1988, p. 365, nr. 31).

⁵⁹⁰ Bovendien geldt bij de coëxistentieregel geen bijkomende schadevoorwaarde zoals bij de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent (M. COIPEL, noot onder Cass. 7 november 1997, *J.D.S.C.* 2000, 8).

E. **Objectieve aansprakelijkheid en schending van een wettelijke verplichting**

131. De stuwadoorsrechtspraak stelt dus als eerste voorwaarde voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van de stuwadoor dat de hem ten laste gelegde fout niet een tekortkoming aan een contractuele verbintenis, maar aan de *algemene zorgvuldigheidsplicht* (art. 1382-1383 B.W.) oplevert, wat in de rechtsleer doorgaans als het vereiste van de niet-contractuele fout wordt aangeduid.

Die formulering doet twee vragen rijzen: wat is de relevantie van die rechtspraak (1) wanneer niet zozeer een buitencontractuele fout voorligt maar wel een schadeverwekkend feit dat tot een buitencontractuele *objectieve* aansprakelijkheid aanleiding geeft?, of (2) wanneer niet zozeer de algemene zorgvuldigheidsplicht als wel een wettelijke verplichting met een welbepaald gebod of verbod wordt geschonden?

In de rechtspraak en de rechtsleer bestaat een vrij grote eensgezindheid om de stuwadoorsrechtspraak ook op de objectieve aansprakelijkheidsgronden toe te passen.⁵⁹¹ Dit betekent dat een schadelijgende hoofdopdrachtgever die op grond van art. 1384, eerste lid B.W. een uitvoeringsagent rechtstreeks wil aanspreken, zal moeten bewijzen dat de uitvoeringsagent niet is tekortgekomen aan een contractuele verbintenis, maar aan de verplichting om als bewaarder van een zaak geen schade ten gevolge van een gebrek in die zaak te veroorzaken, én dat die tekortkoming andere schade heeft veroorzaakt dan deze die aan de wanprestatie is te wijten.

132. In diezelfde geest staat de vraag of de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent al dan niet op de inbreuk op een wettelijke verplichting (wat naast de schending van een algemene zorgvuldigheidsplicht de tweede verschijningsvorm van de buitencontractuele fout uitmaakt) van toepassing is. Denken we maar aan de financiële bemiddelaars of de bedrijfsrevisoren, die op grond van de op hen toepasselijke wetgeving aan een reeks min of meer specifieke wettelijke verplichtingen zijn onderworpen en die zich voor de uitvoering van hun taak door een uitvoeringsagent laten vervangen.⁵⁹² Volgens bepaalde rechtsleer is de stuwadoorsrechtspraak niet op wettelijke verplichtingen van toepassing, zodat de uitvoeringsagent voor een schen-

⁵⁹¹ Zie H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 182, nr. 22. Nog op vragende wijze, F. DE LY, *o.c.*, in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 22, nr. 20.

⁵⁹² Wet Secundaire markten respectievelijk Wet 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der bedrijfsrevisoren en K.B. 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren. Vgl. met wat in deel III over de vervanging van een advocaat door een gerechtsdeurwaarder wordt gesteld (cf. *infra*, nr. 236 et seq.). Alleen wanneer een ingeschakelde derde een wettelijke verplichting uitvoert die tot zijn monopolie behoort, kan hij niet als een uitvoeringsagent worden beschouwd, met alle gevolgen vandien.

ding hiervan wel rechtstreeks kan worden aangesproken.⁵⁹³ De verklaring hiervoor ligt niet voor de hand. Wellicht baseren die auteurs zich op de bewoordingen van het Hof van Cassatie, volgens welke voor de aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent onder meer een tekortkoming niet aan de contractuele verbintenis maar aan de *algemene zorgvuldigheidsplicht* moet worden aangetoond. Wanneer een inbreuk op een wettelijke verplichting kan worden aangetoond, meent men daarom niet langer onder het toepassingsgebied van de stuwadoorsrechtspraak te vallen.

Nochtans is de ratio van de theorie in geval van een inbreuk op een wettelijke verplichting niet minder van toepassing en is daarom ook nog aan de vereiste van niet-contractuele schade te voldoen, net zoals de buitencontractuele objectieve aansprakelijkheidsgronden ook niet tegen een uitvoeringsagent kunnen worden ingeroepen, zolang aan de voorwaarde van de niet-contractuele schade niet is voldaan.

In het stuwadoorsarrest was trouwens sprake van “*een eenieder opgelegde verplichting*” (“*une obligation qui s'impose à tous*”). Het latere gebruik van de bewoordingen “*tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsplicht*” lijkt niet te zijn bedoeld om de quasi-immuniteit in geval van een inbreuk op een specifieke wettelijke plicht uit te sluiten.⁵⁹⁴ Mocht dit toch het geval zijn, dan had het Hof van Cassatie de uitzondering op de quasi-immuniteit niet tot het geval van een misdrijf beperkt. Ten slotte zou de inbreuk op een wettelijke verplichting (b.v. van een bedrijfsrevisor) in een verhouding tussen contractpartijen evenmin tot de buitencontractuele aansprakelijkheid leiden, zodat dit, gezien de kwalificatie van de uitvoeringsagent als het *alter ego* van de contractuele hoofdschuldenaar, evenzeer ten aanzien van de uitvoeringsagent zal gelden.

Het voorgaande moet m.i. wel worden genuanceerd, in de zin dat de theorie van de quasi-immuniteit niet verhindert dat personen die een wettelijke verplichting opgedragen kregen (zoals b.v. bedrijfsrevisoren) voor de niet-nakoming van die verplichting aansprakelijk kunnen worden gesteld, wanneer zij bij de uitoefening van hun opdracht (die zij op basis van een overeenkomst hebben gekregen) een fout hebben begaan bij de

⁵⁹³ J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, p. 189-190, nr. 137. Zie recent nog L. CORNELIS, J. PEETERS, “Gedragsregels van bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten, getoetst aan het aansprakelijkheidsrecht”, in E. WYMEERSCH, *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, p. 683, nr. 7 (“*T.a.v. wettelijke verplichtingen bestaan er geen uitvoeringsagenten.*”, een toepassing op artikel 36 § 1 Wet Secundaire Markten 6 april 1990); J.L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9317, nr. XII (m.b.t. professionele fouten in ‘t algemeen). In die visie wordt de reikwijdte van de contractuele aansprakelijkheid fel beperkt.

⁵⁹⁴ Zie trouwens de bewoordingen “*la violation d'un DEVOIR extra-contractuel*” van een belangrijke inspirator voor de samenloopleer van het Hof van Cassatie (H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 907, nr. 927. Impliciet in H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, “Overzicht”, *T.P.R.* 2000, p. 1563, nr. 5.

uitvoering van een wettelijke verplichting indien die verplichting precies tot bescherming van de schadelijdende derde is opgelegd. In die gevallen zou het ook niet met de wil van de wetgever overeenstemmen dat de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent nog langer speelt (cf. *supra*, nr. 120).

F. Uitzondering op buitencontractuele immuniteit

133. Van bij het begin waren de auteurs er quasi-unaniem over eens dat een buitencontractuele aanspraak van een hoofdopdrachtgever tegen een uitvoeringsagent mogelijk moet zijn wanneer de fout die een uitvoeringsagent heeft begaan tevens strafrechtelijk wordt gesanctioneerd,⁵⁹⁵ net zoals de strafrechtelijke kwalificatie van een contractuele fout ook tussen contractpartijen zelf een uitzondering op het beginsel van het samenloopverbod rechtvaardigt.⁵⁹⁶

In een arrest van 26 oktober 1990 heeft het Hof van Cassatie zich daarbij aangesloten. In casu hadden monitoren – als uitvoeringsagenten van de uitbaatster van een kindervakantieverblijf – op de kinderen in het verblijf onvoldoende toezicht uitgeoefend. De kinderen hadden met name, naast enkele bierflesjes, een fles drank met een hoog alcoholgehalte bijna volledig uitgedronken, maar de monitoren hadden er zich toe beperkt de zo goed als lege fles af te nemen. Wat later raakt één van de kinderen ernstig gewond door van een balkon van zeveneneenhalve meter hoog te vallen. Welnu, het bestaan van een contractuele veiligheidsverplichting sluit niet uit dat de monitoren tegenover het kind delictueel aansprakelijk zijn, ook al traden ze als uitvoeringsagent op.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 244, *R.C.J.B.* 1992, 497, noot R.O. DALCQ (dronken kinderen in vakantieverblijf); impliciet reeds eerder in Cass. 1 juni 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, p. 1291, nr. 562, *Pas.* 1984, I, 1202, *J.T.* 1985, 256 (metaalschaar) en Cass. 1 juni 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, p. 1293, nr. 563 (vrachtwagen met defecte remmen). Zie o.m. R. ANDRÉ, *Les responsabilités*, Brussel, Bureau d'études R. André, 1981, p. 26, nr. 20; G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 57, nr. 5; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, "Overzicht", *T.P.R.* 1995, p. 1523-1527, nr. 198.

⁵⁹⁶ Cf. *supra*, nr. 49-50.

⁵⁹⁷ Een contractant die een misdrijf begaat, is buitencontractueel aansprakelijk tegenover zijn medecontractant. Een uitvoeringsagent die een misdrijf begaat, is buitencontractueel aansprakelijk tegenover de hoofdopdrachtgever. Dit betekent evenwel nog niet per se dat de hoofdschuldenaar ook buitencontractueel aansprakelijk is, wanneer de uitvoeringsagent een misdrijf heeft gepleegd. Voor de aansprakelijkheid van de hoofdschuldenaar in dit geval moeten de toepassingsvoorwaarden van, naargelang van het geval, de contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad zijn vervuld (zie o.m. H. BOCKEN, *o.c.*, in *Rechtspersonenrecht*, p. 491, nr. 2; C. PAUWELS, *Hulpverleners of uitvoeringsagenten*, p. 270 et seq., nr. 217 et seq.; W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 253-257). Ten aanzien van rechtspersonen is de juridische situatie sinds de invoering van hun strafrechtelijke aansprakelijkheid evenwel gewijzigd, in de zin dat een misdrijf van een natuurlijke persoon tegelijk of enkel (afhankelijk van de al dan niet opzettelijke aard van

Traditioneel vindt die uitzondering haar verklaring in de onbevoegdheid van de strafrechter om van contractuele vorderingen kennis te nemen.⁵⁹⁸ Vruchtbaarder dan die juridisch-technische of andere dogmatische verklaringen is een functionele benadering. In geval van een misdrijf valt de functie van quasi-immuniteit namelijk weg. Bij misdrijven speelt het probleem van het contractuele evenwicht en de gewenste doorwerking van exoneratieclausules niet,⁵⁹⁹ aangezien dergelijke bedingen ten aanzien van inbreuken op wetten die minstens van dwingend recht (en mogelijks van openbare orde) zijn, per hypothese niet geldig zijn.⁶⁰⁰

Gezien de steeds sterkere uitbreiding van het strafrecht⁶⁰¹ vormt die uitzondering misschien de belangrijkste verklaring waarom recente geschriften aan het samenloopverbod en de eruit voortvloeiende quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent niet zoveel commentaren wijden. Op die manier doen zich niet zoveel schrijvende gevallen voor.

134. Wanneer de uitzondering op de quasi-immuniteit nog ruimer wordt voorgesteld dan de strafrechtelijk gesanctioneerde contractuele fout, ontstaat opnieuw rechtsonzekerheid. De auteurs kunnen namelijk de draagwijdte van de uitzondering ruimer maken en hoe verder de uitzondering strekt, des te kleiner het belang van de algemene regel wordt. Zo stellen bepaalde auteurs – wellicht onbewust – de uitzondering voor als de schending van een bepaling van openbare orde.⁶⁰² Mocht het al waar zijn dat alle strafrechtelijk gesanctioneerde bepalingen van openbare orde

de fout) tot de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon kan leiden (art. 5 Sw.), in welk geval de buitencontractuele fout van de rechtspersoon vaststaat.

⁵⁹⁸ Cf. *supra*, nr. 50.

⁵⁹⁹ Cf. *infra*, nr. 629.

⁶⁰⁰ Bedingen die de maat van de schadevergoeding bepalen, kunnen ook voor de strafrechter wel tegenwerpelijk zijn (cf. Cass. 14 maart 1939, *Pas.* 1939, I, 140, noot R.H. (volgens de annotator moet het strafbepaling dan wel aan twee voorwaarden voldoen: “*qu’elle ne constitue pas une clause déguisée d’exonération et qu’il soit certain que les parties ont ainsi entendu déterminer non point, ou non point seulement, la réparation du dommage causé par la violation d’une obligation contractuelle, mais encore, ou exclusivement, celle du dommage causé par la violation d’une disposition de la loi pénale*”); H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 179, nr. 19; H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 910-911, nr. 927; J.H. HERBOTS, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, p. 1078-1079, voetnoot 34; J. RUTSAERT, A. MEEUS, “La responsabilité civile contractuelle du prestataire de services en droit privé”, *De Verz.* 1977, 225-226).

⁶⁰¹ B.v. recent nog het misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen (art. 492bis Sw.; P. ERNST, “Misbruik van vennootschapsgoederen. Enkele bedenkingen vanuit het vennootschapsrecht bij de introductie van een nieuw misdrijf in het rechtspersonenrecht”, in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 339-392 met verdere referenties in voetnoot 7).

⁶⁰² J.-P. VERGAUWE, “Action directe dans le droit de la construction”, *T. Aann.* 1998, 242-243. Zie ook G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 57, nr. 5.

zijn,⁶⁰³ dan nog is niet elke bepaling van openbare orde strafrechtelijk gesanctioneerd. De verwarring vloeit wellicht hieruit voort dat het wel in strijd met de openbare orde wordt geacht, “dat het bestaan van een contractuele vordering de bevoegdheid van de strafrechter schaakmat zou zetten om de civiele vordering die uit het misdrijf is ontstaan te berechten”.⁶⁰⁴

135. De uitzonderingen mogen in ieder geval niet al te ruim worden ingevuld. Zo heeft het Hof van Cassatie tot tweemaal toe moeten stellen dat het grove karakter van de fout niet voldoende is om op het samenloopverbod en dus ook op de immuniteit van de uitvoeringsagent een uitzondering aan te nemen.⁶⁰⁵ Dit is al evenmin het geval met de indirecte aard van de schade.⁶⁰⁶

Wat de invulling van de foutvoorwaarde betreft, getuigt een recent arrest van 9 december 1999 ervan dat veel aan de vrije appreciatie van de feitenrechter wordt overgelaten en dat, wanneer een schadelijder dan al meent een buitencontractuele fout van de uitvoeringsagent te kunnen aanwijzen, het niet zo gemakkelijk is om een anders oordelende uitspraak bij het Hof van Cassatie aan te vechten. In casu was de eiser in cassatie ervan uitgegaan dat een aanrijding van een stuwadoor een tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsnorm uitmaakt, maar om dit uit te maken moeten volgens het Hof eerst de concrete gegevens van het geval worden onderzocht, aangezien een aanrijding niet noodzakelijk en altijd een dergelijke tekortkoming uitmaakt,⁶⁰⁷ wat juist een beoordeling is die tot de soevereine appreciatiebevoegdheid van de feitenrechter behoort waarover het Hof van Cassatie niet kan oordelen.

⁶⁰³ De ont koppeling van de strafwet (van openbare orde) en de strafrechtelijk gesanctioneerde bepaling (van dwingend recht) vloeit reeds voort uit Cass. 10 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 852 in verband met de Loonbeschermingswet (zie R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, *T.P.R.* 1994, p. 384-385, nr. 146).

⁶⁰⁴ J. HERBOTS, “Samenloop contractuele en delictuele aansprakelijkheid”, in H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 142; R. RASIR, *o.c.*, *J.T.* 1976, p. 164, nr. 3; W.G., noot onder Cass. 16 mei 1974, *Pas.* 1974, I, 973.

⁶⁰⁵ Cass. 4 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971, 989, *Pas.* 1971, I, 940, *R.W.* 1971-72, 371, *R.C.J.B.* 1976, 92; Cass. 15 september 1977, *Pas.* 1978, I, 57, *R.W.* 1978-79, 325, verwijzende noot, *R.G.A.R.* 1979, nr. 10.074, *R.C.J.B.* 1978, 423, noot R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF (verloren pand).

⁶⁰⁶ Cass. 14 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 179, *Pas.* 1986, I, 155, *Turnh. Rechtsl.* 1987, 150, *R.G.A.R.* 1987, nr. 11.217, *R.C.J.B.* 1988, 341, noot M. VANQUICKENBORNE. Zie o.m. P. WERY, *o.c.*, in *Le droit de la responsabilité*, p. 34-35, nr. 9.

⁶⁰⁷ Cass. 9 december 1999, *Bull.* 1999, p. 1669, nr. 672, *Eur. Vervoerr.* 2000, 273 (schade aan container). Fout en schade zijn twee afzonderlijke voorwaarden; uit de schade vloeit nog niet het bestaan van een fout voort.

§ 2. ONZEKERHEID BESTAAN BIJZONDER STATUUT

136. In de lagere rechtspraak volgt een meerderheid nauwgezet de theorie van het Hof van Cassatie en zijn er slechts enkele dissidente stemmen te horen die de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent terzijde schuiven.⁶⁰⁸ Er zijn evenwel méér auteurs die hun ontevredenheid met die rechtspraak uiten door te zoeken naar wegen om die rechtspraak van het Hof van Cassatie te slopen.⁶⁰⁹

Daartoe wordt vooral het arrest van het Hof van Cassatie van 14 december 1990 (Wegenfondsarrest) aangegrepen.⁶¹⁰ In het kader van een overheidsopdracht met betrekking tot welbepaalde terreinen waarvan een aantal nog niet waren onteigend, had een publiekrechtelijke opdrachtgever (het Wegenfonds) onder andere de opdracht gegeven om bomen te verwijderen en had hij tegenover de hoofdaannemer de accessoire verplichting op zich genomen om ervoor te zorgen dat de opdrachtnemer de opbrengsten van de bomen voor zich mocht houden. Een deel van die werken had de opdrachtnemer onder dezelfde accessoire verplichting in onderaanneming doorgegeven. Slechts naderhand bleek dat de publiekrechtelijke opdrachtgever die verplichting op zich had genomen, nog vóór hij de betroffen percelen had onteigend.

Bij de uiteindelijke onteigeningsvoorwaarden kwam met betrekking tot die percelen vast te staan dat de onteigenden zelf de opbrengsten van de bomen voor zich mochten houden, zodat die opbrengsten ten gevolge van het onzorgvuldige gedrag van de opdrachtgever niet in handen van de onderaannemer kwam.

Tegen de beslissing van de feitenrechter riep de eiser in cassatie (Wegenfonds) in dat de feitenrechter de hoofdopdrachtgever tegenover de onderaannemer niet buitencontractueel aansprakelijk kon achten, zonder tegelijk vast te stellen dat aan de restrictieve voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent was voldaan.⁶¹¹

Het Hof verwierp dit middel, onder verwijzing naar de algemene coëxistentieleer, namelijk dat voor de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid niet alleen een tekortkoming aan een contractuele verbintenis maar tezelfdertijd en los van de overeenkomst ook een tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsplicht moet voorliggen. Met betrekking tot de genoemde accessoire verplichting is de hoofdopdrachtge-

⁶⁰⁸ Zie ook H. BOCKEN, *De buitencontractuele aansprakelijkheid*, Gent, RUG, 1999-2000, 15. Zie vooral Luik 28 juni 1984, *J.L.* 1984, 509, noot M. DOUTREWE (dakwerken).

⁶⁰⁹ Niet besproken is de opvatting van Fagnart als zou het stuwadoorsarrest als een “*arrêt d’espèce*” te beschouwen zijn (J.L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9317, nr. XIV).

⁶¹⁰ Cass. 14 december 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 425.

⁶¹¹ In het cassatiemiddel werd niet betwist dat het Wegenfonds *überhaupt* een buitencontractuele fout had begaan.

ver met andere woorden geen uitvoeringsagent van de hoofdaannemer. In die verhouding is niet de (restrictievere) rechtspraak met betrekking tot de uitvoeringsagent, maar wel de algemene (soepeler) coëxistentieregel van toepassing.

137. Waar de doorsneegevallen van de leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent de aansprakelijkheid van een onderaannemer tegenover een bouwheer betreffen, gaat het hier om de aansprakelijkheid in de omgekeerde richting, die van een bouwheer tegenover een onderaannemer.

Alhoewel een bouwheer volgens een meerderheid in de rechtsleer niet als de uitvoeringsagent van een hoofdaannemer kan worden beschouwd,⁶¹² zijn er toch, om uiteenlopende redenen, een aantal opvallende andersluidende stemmen te horen.

Bepaalde auteurs geven niet zozeer aanstoot aan de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent op zich, maar beperken zich ertoe de combinatie van die leer met het arrest van 14 december 1990 als een inbreuk op het constitutionele gelijkheidsbeginsel te bekritisieren, omdat die combinatie tot een ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen de positie van de bouwheer en die van de onderaannemer leidt. Om die discriminatie weg te werken, stelt Walschot voor de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent uit te breiden, zodat die theorie niet alleen geldt voor een aanspraak van een bouwheer tegenover een onderaannemer maar ook voor een aanspraak van een onderaannemer tegenover een bouwheer.⁶¹³

Meer verregaande kritiek en een diametraal tegenovergestelde oplossing geeft Dieux, daarin gevolgd door andere Franstalige collega's zoals Van Ommeslaghe, Wéry en (gedeeltelijk) Montero. Op basis van een fel betwistbare interpretatie van het cassatiearrest van 14 december 1990 concludeert Dieux namelijk dat dit arrest aan de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent de doodsteek geeft en dat het Hof van Cassatie die theorie zou hebben verlaten.⁶¹⁴ In hun redenering mag de quasi-immuniteit van

⁶¹² Zie J.H. HERBOTS, C. PAUWELS, E. DEGROOTE, "Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten (1988-1994)", *T.P.R.* 1997, p. 1102-1103, nr. 755 ("de opdrachtgever is niet iemand die door de hoofdaannemer geheel of gedeeltelijk wordt belast met de uitvoering van diens contractuele verbintenissen tegenover de onderaannemer"); G. HERBOTS, o.c., *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 54, noot 18.

⁶¹³ F. WALSCHOT, "Onderovereenkomsten", in *L'interdépendance des contrats – Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1997, 82.

⁶¹⁴ X. DIEUX, "Les chaînes et groupes de contrats", p. 140-141, nr. 9 (hij argumenteert dezelfde stelling op basis van twee andere arresten die hier elders aan bod komen (Cass. 25 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 237, *R.C.J.B.* 1992, 493, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11990, noot J.-L. FAGNART; Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 244, *R.C.J.B.* 1992, 497, noot R.O. DALCQ) maar hij lijkt zelf niet overtuigd te zijn van de argumentatieve waarde ervan, zodat we die beschouwingen terzijde kunnen laten); P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution des contrats de services par autrui", 273 ("ce qui paraît bien entre ouvrir la porte à un retour à la

de uitvoeringsagent, als die theorie wordt aanvaardt, niet tot haar paradigma (aansprakelijkheid van een onderaannemer tegenover een bouwheer) beperkt blijven, maar moet ze evengoed in de omgekeerde richting van aansprakelijkheid van een bouwheer tegenover een onderaannemer gelden. Aangezien de theorie met dit cassatiearrest nu in die – omgekeerde – richting wordt afgewezen, moet eruit worden afgeleid dat ze ook niet langer in de oorspronkelijke richting kan gelden. Die stellingname mag dan wel van enige analytische moed getuigen, toch is ze positiefrechtelijk onhoudbaar, zeker nu het Hof van Cassatie ook in zijn rechtspraak van ná 14 december 1990 de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent heeft bevestigd.⁶¹⁵

Tegenover die visie stelt Corbisier het cassatietechnische argument dat de eiser niet zozeer de schending van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent als cassatiemiddel heeft ingeroepen (dat de hoofdopdrachtgever als uitvoeringsagent voor een buitencontractuele aansprakelijkheidsverdering van de onderaannemer immuun is), maar dat hij als enige grief heeft opgeworpen dat de schade van de onderaannemer haar enige oorzaak vindt in diens overeenkomst met de hoofdaannemer, zodat de verwerping van die grief enkel een bevestiging van de equivalentieleer inhoudt.⁶¹⁶

Toch lijkt het, gelet op de overwegingen van het Hof van Cassatie, de bedoeling geweest te zijn om in dit geval de algemene coëxistentieleer toe te passen. Die interpretatie wordt bevestigd door de (weliswaar door het parket toegevoegde⁶¹⁷) voetnoten bij het arrest, die alle verwijzen naar de vroegere cassatierechtspraak inzake algemene coëxistentie.⁶¹⁸ De vraag is

doctrine ancienne relative au concours des responsabilités contractuelle et aquilienne dans les rapports avec les tiers). Met verwijzing naar de argumentatie van genoemde auteurs lijkt P. WÉRY zich daarbij zonder meer aan te sluiten (*o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, p. 97, nr. 15; *o.c.*, in *Le droit de la responsabilité*, p. 43, nr. 15). Met enige twijfel lijkt ook Montero zich hierbij aan te sluiten: E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 456, nr. 219 (al gaat het er mijns inziens niet om dat “*L'utilisateur n'apparaît pas comme un agent d'exécution du producteur*”, maar veeleer om de vraag of de distributeur van in casu een databank een uitvoeringsagent is van de producent in zijn relatie met de gebruiker). Zie kritiek van I. CORBISIER, *o.c.*, *R.P.S.* 1994, nr. 6.634, 30-31.

⁶¹⁵ Zie Cass. 7 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *T.B.B.R.* 1998, 153, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1999, 730, noot V. SIMONART; Cass. 1 juni 2001, www.cass.be, nr. C980540N

⁶¹⁶ I. CORBISIER, “*Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale*”, *R.P.S.* 1994, nr. 6634, p. 30.

⁶¹⁷ Weliswaar mogen de woorden van het parket niet in de mond van de raadsheren van het Hof worden gelegd, maar de nauwe feitelijke band tussen de twee kan niet worden geloochend, temeer daar de conclusie van het Openbaar Ministerie wordt opgesteld met kennis van het ontwerparrest van de rapporterende raadsheer (I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 94). Zie ook het vernieuwde art. 1107 eerste lid eerste zin Ger.W. (“*Na het verslag geeft het openbaar ministerie zijn conclusie.*”).

⁶¹⁸ Dat geeft ook I. CORBISIER toe (zie vorige verwijzing).

of het Hof van Cassatie zich ook in de toekomst achter de inhoud van dit arrest zal scharen.

§ 3. TOEPASSINGSGEBIED

138. Buiten de net genoemde dissidenten durven de meeste auteurs het niet langer aan om de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent op zich aan te vechten. Wat baat het als het Hof van Cassatie die theorie tóch herhaalde malen heeft bevestigd, zo klinkt het. In de plaats daarvan proberen sommigen het toepassingsgebied ervan te beperken, hetzij door de theorie terecht tot haar wezen te beperken, hetzij door haar via een “onwezenlijke” ontsnappingsmogelijkheid te beperken. Een systematische analyse van de grenzen van die theorie is hier dan ook op haar plaats. Hierna volgt dan ook een bespreking van zowel relevante (A) als niet-relevante criteria (B) voor het bepalen van het toepassingsgebied van de theorie alsook van de personele werkingssfeer ervan (C).

A. *Relevante criteria*

1. **Onderovereenkomst uitvoering van verbintenis uit hoofdovereenkomst**

139. Niet elke rechtstreekse aanspraak bij samenhangende overeenkomsten wordt door de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent beheerst. Voor de toepassing van die theorie moet er tussen de samenhangende overeenkomsten een bijzondere band bestaan. Om van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent te genieten, moet een persoon in de eerste plaats met de hoofdschuldenaar een overeenkomst hebben gesloten die tot de uitvoering van een verbintenis uit een hoofdovereenkomst strekt.⁶¹⁹ In de cassatiebewoordingen heet het dat een schuldenaar een beroep doet op een uitvoeringsagent, “*wanneer een contractspartij (...) zich heeft laten vervangen om een contractuele verbintenis uit te voeren*”.⁶²⁰

⁶¹⁹ Op grond hiervan kan een door een curator ingeschakelde hulppersoon zich niet op de quasi-immuniteit beroepen. De curator handelt immers niet ter uitvoering van een contractuele verbintenis, maar enkel in functie van een gerechtelijke opdracht. Daarenboven lijkt evenmin voldaan aan de voorwaarde dat een medecontractant van de curator de hulppersoon aanspreekt. Wel is het zo dat de curator zelf buitencontractueel aansprakelijk kan zijn voor de fouten die door zijn hulppersonen worden begaan (P. COPPENS, F. ‘T KINT, “Examen de jurisprudence (1991 à 1996). Les faillites, les concordats et les privilèges”, *R.C.J.B.* 1997, (149) 173, nr. 12; Luik 12 december 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1239 over de buitencontractuele aansprakelijkheid van de curator tegenover een eigenaar van een aan de failliete huurder verhuurd goed).

⁶²⁰ Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 244, *R.C.J.B.* 1992, 497, noot R.O. DALCQ. Het formule-taalgebruik is zowel in het Frans als in het Nederlands enigszins aangepast: waar een medecontractant van een uitvoeringsagent vroeger “in de plaats gesteld” werd (*se*

Het praktische belang van dit afbakeningscriterium uit zich op verschillende wijzen.

Vooraf is nog op te merken dat er in principe geen onderscheid bestaat, naargelang de uitvoeringsagent in hoofdzaak aan de actiefzijde dan wel aan de passiefzijde van de overeenkomst wordt ingeschakeld. In het merendeel van de gevallen treedt een uitvoeringsagent aan de passiefzijde op, zoals de onderaannemer die de verplichtingen van de hoofdaannemer jegens de bouwheer dient uit te voeren. Bij gelegenheid kan hij nochtans ook aan de actiefzijde zijn ingeschakeld, zoals wanneer een onderhuurder delen van de gehuurde woning beschadigt.⁶²¹ Ook in dit laatste geval is de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent van toepassing.

(a) Precontractuele aansprakelijkheid

140. Ten eerste valt een door een tussenpersoon begane precontractuele fout, die naar Belgisch recht per definitie buitencontractueel van aard is,⁶²² niet onder de hakbijl van de quasi-immuniteit zoals die uit de stuwadoorsrechtspraak voortvloeit.⁶²³ Indien een ingeschakelde tussenpersoon omwille van onzorgvuldig gedrag vóór of bij het sluiten van een overeenkomst wordt aangesproken, dan is hij niet immuun enkel omdat hij als uitvoeringsagent van de quasi-immuniteit zou genieten.

Concreet is die inperking vooral van belang voor tussenpersonen, die voor hun opdrachtgever niet alleen overeenkomsten onderhandelen en sluiten, maar ze ook nog uitvoeren. Voordat een overeenkomst tot stand komt, heeft die overeenkomst met het hoofdcontract nog geen band, aangezien het te sluiten contract per hypothese nog niet bestaat. Wanneer aldus een overeenkomst via een tussenpersoon is totstandgekomen en die tussenpersoon zowel bij het sluiten als bij het uitvoeren van een overeenkomst een fout heeft begaan, kan de derde-medcontractant alleen voor de tweede categorie van fouten als gevolg van de stuwadoorsrechtspraak de uitvoeringsagent niet aanspreken.

De rol van een tussenpersoon is verschillend naargelang hij optreedt bij het sluiten dan wel bij het uitvoeren van een overeenkomst. Bij het sluiten van een overeenkomst voert hij gewoon zijn eigen overeenkomst

substituer), wordt hij nu "vervangen" (*se faire remplacer*). Zie met betrekking tot het taalgebruik voor de contractuele aansprakelijkheid voor uitvoeringsagenten, Cass. 21 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1268, *Pas.* 1979, I, 1226; Cass. 5 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 125, *Pas.* 1991, I, 115 ("laten vervangen").

⁶²¹ Zie in een andere context, C. PAUWELS, *Hulppersonen of uitvoeringsagenten*, p. 16, nr. 1.

⁶²² Cf. *supra*, nr. 31. Hierbij abstractie makend van een eventuele voorovereenkomst (*avant-contrat*), waarvan de schending met de contractuele aansprakelijkheid wordt gesanctioneerd.

⁶²³ Zie ook K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS, J. VANANROYE, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998", *T.P.R.* 2000, p. 309-310, nr. 273.

uit, zonder dat er sprake is van een hoofdovereenkomst. Bij het uitvoeren van de door hem gesloten overeenkomst is de tussenpersoon dan weer wel uitvoeringsagent.

141. Het voorgaande betekent evenwel niet, zo blijkt uit het recente cassatiearrest van 16 februari 2001, dat de hulppersoon door de derde-medecontractant voor zijn precontractuele fout kan worden aangesproken. Net zoals het orgaan van een vennootschap, geniet hij namelijk van een immuniteit op een andere grondslag, met name de vertegenwoordiging in de juridische zin van het woord. Het Hof van Cassatie overwoog namelijk dat “*als een orgaan van een vennootschap of een lasthebber in de uitvoering van zijn mandaat bij besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid een fout begaat die geen misdrijf uitmaakt, die fout niet de bestuurder of de mandataris tot vergoeding verplicht, maar wel de vennootschap of de lastgever*”.⁶²⁴

(b) Ketting van opeenvolgende koopovereenkomsten

142. In de context van een ketting van opeenvolgende koopovereenkomsten rijst de vraag in welke mate de oorspronkelijke verkoper (de producent) tegenover de uiteindelijke koper (niet noodzakelijk een consument) buitencontractueel aansprakelijk kan zijn en of hij zich hierbij niet op de hoedanigheid van uitvoeringsagent kan beroepen.

Het belang van dit vraagstuk is wel afgenomen met de specifieke wetgeving inzake productaansprakelijkheid⁶²⁵ en de rechtstreekse contractuele aanspraak op grond van de jurisprudentiële accessoriumtheorie,⁶²⁶ maar het blijft bestaan wanneer een professionele koper van een niet-professionele of niet-gespecialiseerde verkoper zijn productschade wil vergoed zien,⁶²⁷ respectievelijk wanneer de uiteindelijke koper voor de vergoeding van zijn transactieschade de doorwerking van de oorspronkelijke koopovereenkomst wil omzeilen.⁶²⁸

⁶²⁴ Cf. *infra*, nr. 158 voor een meer uitgebreide bespreking. Cass. 16 februari 2001, www.cass.be (nr. C.990477.N). Die rechtspraak lijkt tot het eigenaardige resultaat te leiden dat een tussenpersoon die niet de bevoegdheid tot het sluiten van een overeenkomst in naam en voor rekening van zijn opdrachtgever heeft en dus geen lasthebber is, zich voor de door hem begane precontractuele fout op de vertegenwoordiging noch op de stuwadoorsrechtspraak kan beroepen (cf. *infra*, nr. 233 voor het voorstel van Ghestin tot uitbreiding van de vertegenwoordigingsfiguur in die zin).

⁶²⁵ P. HENRY, “La nature de l’action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire” (noot onder Luik 26 mei 1992), *J.L.M.B.* 1995, 257-258.

⁶²⁶ Cf. *infra*, nr. 410 et seq..

⁶²⁷ Krachtens de specifieke wetgeving inzake productaansprakelijkheid is de zaakschade slechts vergoedbaar “*indien de goederen gewoonlijk bestemd zijn voor gebruik of verbruik in de privésfeer en door het slachtoffer hoofdzakelijk zijn gebruikt voor gebruik of verbruik in de privésfeer*” (art. 11 § 2 Wet 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken).

⁶²⁸ Over de doorwerking bij de accessoriumtheorie, cf. *infra*, nr. 442.

Op een moment dat het Franse Hof van Cassatie de verhouding tussen de opdrachtgever van een aannemer en diens leverancier nog niet had gecontractualiseerd,⁶²⁹ kon een bouwheer-opdrachtgever naar Frans recht probleemloos de leverancier van zijn aannemer op delictuele basis aanspreken.⁶³⁰

Naar Belgisch recht wordt de buitencontractuele aansprakelijkheid van de oorspronkelijke verkoper in ieder geval niet door de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent beperkt,⁶³¹ omdat de oorspronkelijke verkoper niet als de uitvoeringsagent van de tussenverkoper kan worden beschouwd.⁶³² Wanneer bijvoorbeeld een leverancier goederen aan een aannemer verkoopt, dan bestaat zijn opdracht niet uit het uitvoeren van de verplichtingen van zijn opdrachtgevende aannemer. Weliswaar zijn de verbintenissen van de leverancier en die van de aannemer met elkaar vergelijkbaar, maar wanneer de leverancier zijn verbintenis tot eigendomsoverdracht realiseert, is de verbintenis van de aannemer ten aanzien van de bouwheer daarmee nog niet uitgevoerd. De aannemer moet dan nog steeds zelf de eigen verbintenis (met de eraan verbonden eigendomsverkrijging) realiseren. Meer nog, de verbintenissen zijn niet eens met elkaar vergelijkbaar: een aannemer is gehouden tot een verbintenis om te doen (*facere*), een verkoper tot een verbintenis om te geven (*dare*): “*que le fournisseur n'exécute en rien l'obligation du vendeur: il ne fait que la permettre.*”⁶³³ Daarenboven heeft het begrip uitvoeringsagent niet zozeer op juridische maar enkel op materiële verbintenissen betrekking.⁶³⁴ En zoals verder aan bod komt, wordt het fel betwist of het voor de kwalificatie van uitvoeringsagent wel voldoende is dat de prestatie van de leverancier een noodzakelijke voorwaarde voor de verbintenis van de verkoper is.⁶³⁵

Toch wekt bepaalde rechtspraak de indruk dat een oorspronkelijke verkoper de uitvoeringsagent is van de intermediaire koper. Zo oordeelde

⁶²⁹ Cf. *infra*, nr. 437.

⁶³⁰ Zie in die zin op grond van intussen verouderde Franse cassatierechtspraak: J. HERBOTS, “De bemande hijskraan” (noot onder Brussel 10 oktober 1974), *R.W.* 1975-76, kol. 1247, nr. 8.

⁶³¹ Vgl. ook met het Duitse recht waar de regeling van *mittelbare Stellvertretung* niet vergelijkbaar wordt geacht met die van de verkoopketting, en dit voor doeleinden van *Drittschadensliquidation* (BGH 26 november 1968, *B.G.H.Z.* 51, (91) 94 (*Hühnerpestfall*: gebrekkige zaak): ongeacht of een koop al dan niet in de uitvoering van een overeenkomst wordt gesloten, een koop is geen handeling voor rekening van een opdrachtgever).

⁶³² E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 349, noot 44; G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 59, nr. 1. In verband met leveranciers van een aannemer: P. VAN OMMESLAGHE, “L'exécution des contrats de services par autrui”, 238-239. Zie ook BGH 25 september 1968, *J.Z.* 1968, 742 (“*Vorlieferantin ist ... nicht als Erfüllungsgehilfin der Beklagten (tussenhandelaar) anzusehen.*”)

⁶³³ P. HENRY, *o.c.*, *J.L.M.B.* 1995, 257.

⁶³⁴ A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 194, nr. 24.

⁶³⁵ Zie de twijfel terzake van P. HENRY, *o.c.*, *J.L.M.B.* 1995, 257. Cf. *infra*, nr. 146 et seq.

het Bergense Hof van Beroep dat een leverancier van gebrekkig isolatiemateriaal die in een contractuele relatie staat met een aannemer die op zijn beurt van een promotor een opdracht heeft gekregen, niet buitencontractueel aansprakelijk is tegenover de tweedegraadskoper van het gebouw waarin het isolatiemateriaal is geïncorporeerd, omdat hij als uitvoeringsagent geniet van een quasi-immuniteit.⁶³⁶ In een geval als deze is nochtans veeleer de algemene coëxistentieleer toe te passen, in de zin dat er met de contractuele fout van de leverancier tegenover zijn onmiddellijke contractant niet tegelijk een delictuele fout tegenover de tweede koper van het gebouw voorligt, terwijl een contractuele vordering op grond van de accessoriumtheorie naar Belgisch recht al evenmin voorhanden is.⁶³⁷

Het voorgaande betreft telkens een ketting van koopovereenkomsten. Een andere vraag is het of een verkoper als een uitvoeringsagent van een aannemer kan worden beschouwd. Volgens een Nederlandse schrijver is dit alvast niet uitgesloten, voorzover er tussen de verkochte zaak en de aanneming een voldoende nauwe band bestaat.⁶³⁸

(c) Derdemedeplichtigheid

143. Ten slotte lopen ook de visies uiteen omtrent de impact van de leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent op de aansprakelijkheid op grond van *derdemedeplichtigheid*. Zo werpt Vandenberghe de vraag in de arena, in welke mate de mogelijkheid van derdemedeplichtigheid logisch gezien nog met de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent verenigbaar is.⁶³⁹

De moeilijkheidsgraad van driepartijenverhoudingen brengt auteurs ertoe ze abstract en visueel door hun structuur (A-B-C) weer te geven. Die werkwijze is nuttig zolang de eigenheid van elke driepartijenverhouding daardoor niet teloor gaat, m.a.w. zolang niet elke verhouding tot die abstracte structuur alleen wordt beperkt. Zo vertoont de hypothese van de derdemedeplichtigheid dezelfde abstracte structuur als die van de uitvoeringsagent, in de zin dat het telkens om samenhangende overeenkomsten gaat. Intussen zal evenwel duidelijk zijn dat de situatie van een uitvoerings-

⁶³⁶ Rb. Bergen 26 maart 1985, *R.G.A.R.* 1987, nr. 11.201.

⁶³⁷ Cf. *infra*, nr. 431 et seq. Ook in de optiek van contractgroepen is in dergelijke koopkettingen een rechtstreekse aanspraak in de regel niet voorhanden, vanuit de gedachte dat er een zekere integratie moet zijn van de verschillende koopovereenkomsten zodat ze één geheel vormen. Wanneer er wel sprake is van een verregaande integratie, zou er een zodanig netwerk ontstaan dat een rechtstreekse aanspraak mogelijk moet zijn (J.N. ADAMS, R. BROWNSWORD, "Privity and the concept of a network contract", (1990) 12 *Legal Studies*, 30).

⁶³⁸ Zie het voorbeeld in C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 360, nr. 418.

⁶³⁹ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, "Overzicht", *T.P.R.* 1980, p. 1475, nr. 249, sub c.

agent door meer elementen wordt gekenmerkt dan enkel door die structuur.

De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent is dan ook in geen enkel opzicht een hinderpaal voor de toepassing van de derdemedeplichtigheid. Wanneer een derde op een dergelijke manier een contract sluit dat hij aan alle voorwaarden voor aansprakelijkheid als medeplichtige aan wanprestatie voldoet, dan is hij ook aansprakelijk aangezien hij voor het stellen van die handeling geenszins in de uitvoering van andermans contractuele verbintenissen optreedt.

144. Maar ook in de omgekeerde richting kan men zich afvragen of een uitvoeringsagent alsnog op grond van de derdemedeplichtigheid (met haar eigen toepassingsvoorwaarden) buitencontractueel aansprakelijk zou kunnen zijn.⁶⁴⁰ Terecht verdedigt onder meer Fagnart dat een uitvoeringsagent als derdemedeplichtige van een contractuele fout tegenover de medecontractant van zijn eigen contractpartij aansprakelijk zou moeten zijn,⁶⁴¹ althans voorzover hij met kennis van zaken aan de wanprestatie deelneemt.⁶⁴²

(d) Tussenpersoon zonder enige vertegenwoordigingsbevoegdheid

145. Wanneer een persoon de opdracht krijgt om een derde te zoeken waarmee de opdrachtgever zelf een overeenkomst wil sluiten (b.v. een vastgoedmakelaar), treedt hij bij die activiteit vanzelfsprekend niet op ter uitvoering van de contractuele verbintenissen waartoe de opdrachtgever zich daarna met de derde verbindt. Op dat ogenblik is immers tussen de opdrachtgever en de derde nog geen contractuele band tot stand gekomen. Het spreekt dan ook vanzelf dat de tussenpersoon zich niet op de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent kan beroepen.

Toch rijst de vraag of het onderscheid tussen bijvoorbeeld een vastgoedmakelaar en een lasthebber nog langer haalbaar is en of, zoals de Franse auteur Ghestin het voorstelt, de vertegenwoordiging niet veeleer tegelijk op materiële handelingen moet slaan, wanneer het de bedoeling is om met het oog op een samenwerking een gemeenschappelijke cliënteel te ontwikkelen.⁶⁴³

⁶⁴⁰ Argumentatie van derdemedeplichtigheid van de uitvoeringsagent verworpen in Bergen 11 februari 1992, *J.L.M.B.* 1994, (542) 544-545 (architect van promotor tegenover cliënt).

⁶⁴¹ J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, 1997, Brussel, Larcier (dossiers du J.T.), 1997, p. 17, nr. 8.

⁶⁴² V. SIMONART, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1999, p. 746, nr. 14. Mislukte poging in Brussel 11 februari 1992, *J.L.M.B.* 1994, 542.

⁶⁴³ Cf. *infra*, deel III, nr. 233. Vergelijk ook Cass. 16 februari 2001, *supra*, nr. 141.

2. Identiteit van verbintenissen of enkel materiële, noodzakelijke voorwaarde?

146. Het toepassingsgebied van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent hangt ook af van de vraag hoe nauw twee (of meer) overeenkomsten met elkaar moeten zijn verbonden vooraleer van een uitvoeringsagent sprake kan zijn.

Is een handelend persoon pas uitvoeringsagent wanneer het voorwerp van zijn overeenkomst minstens gedeeltelijk met dat van de hoofdschuldenaar samenvalt? Of is hij reeds uitvoeringsagent, zodra zijn tussenkomst louter een materiële, zij het wel noodzakelijke voorwaarde van de uitvoering van de hoofdovereenkomst uitmaakt?⁶⁴⁴

Het zogenaamde tweede Ebes-arrest had op die vraag meer licht kunnen werpen, maar laat door de beperkte formulering van het cassatiemiddel onzekerheid bestaan. In casu was een onderneming door de elektriciteitsdistributeur Ebes belast met de aanleg en het onderhoud van elektriciteitsleidingen, maar begaat ze daarbij een fout waardoor een spanningsverlaging ontstaat en de elektriciteitsafnemende Agfa-Gevaert schade lijdt.

Het Antwerpse Hof van Beroep kwalificeert de schadeveroorzakende onderneming als een uitvoeringsagent, zodat het de rechtstreekse schadevergoedingsaanspraak van Agfa-Gevaert afwijst. De prestatie tot aanleg en onderhoud van elektriciteitsleidingen is namelijk de materiële voorwaarde voor de uitvoering van het hoofdcontract.

Het cassatiearrest dat de voorziening tegen het beroepsarrest verwierp,⁶⁴⁵ geeft aanleiding tot interpretatieproblemen.

Volgens de voorstanders van een inhoudelijke interpretatie⁶⁴⁶ is uit dit arrest af te leiden dat het voor de kwalificatie van een persoon als uitvoeringsagent voldoende zou zijn dat zijn overeenkomst een noodzakelijke voorwaarde uitmaakt voor de uitvoering van het hoofdcontract.

Volgens de formele interpretatie van de doctrinale meerderheid is uit het arrest niet zoveel af te leiden. De eiser in cassatie wierp als cassatiemiddel – eigenaardig genoeg – enkel een schending van de grondwettelijk (art. 149 G.W.) verankerde formele motiveringsverplichting in, zodat het

⁶⁴⁴ In die zin E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 45-46, nr. 46, vooral voetnoot 123 (als de handeling van de uitvoeringsagent "rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van de overeenkomst en niet slechts ter gelegenheid van de opdracht plaatsvindt"); X. DIEUX, "Les chaînes et groupes de contrats", p. 135, nr. 8.

⁶⁴⁵ Cass. 3 december 1976, *R.W.* 1977-78, kol. 1303, noot A. VAN OEVELEN, *R.G.A.R.* 1978, nr. 9.908 (tweede EBES-arrest). Volgens J.L. FAGNART, M. DENÈVE (*J.T.* 1985, p. 454, kol. 1, sub A.2 jo. kol. 2-3, sub B.2) ontkracht door een cassatiearrest, dat evenwel op een hypothese van de algemene coëxistentieleer betrekking heeft, veeleer dan op de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent.

⁶⁴⁶ Zo b.v. I. CORBISIER, *o.c.*, *R.P.S.* 1994, nr. 6.634, 27.

arrest geen omschrijving van de wettelijke toepassingsvoorwaarden van de quasi-immuniteit kan bevatten, maar enkel een formele controle op de motivering van de feitenrechter inhoudt. Het Hof van Cassatie heeft enkel gesteld dat de feitenrechter in voldoende mate heeft geantwoord; over de vraag of het antwoord wettelijk was, heeft het hof zich niet moeten uitspreken.⁶⁴⁷

Een aanvaarding van de inhoudelijke interpretatie van het tweede Ebes-arrest zou vérstreckende gevolgen hebben. Zo zou een leverancier van een bestanddeel, die enkel in een contractuele relatie staat met een verkoper van een eindproduct, in zijn verhouding tot de uiteindelijke koper van dit product voortaan van de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent genieten. Ook contractanten van een reisagentschap, zoals hotelhouders, of, verder nog, de contractanten van die contractanten (zoals bijvoorbeeld de drankleveranciers van een hotelhouder) zouden op die grond voor rechtstreekse aanspraken quasi-immuun worden.⁶⁴⁸ Zo ook stelt Dirix zich de vraag of de theorie van de quasi-immuniteit zich ook tot voorbereidingshandelingen uitstrekt.⁶⁴⁹

Gezien die niet te overziene en mogelijks ongewenste consequenties lijkt op zijn minst een identiteit van verbintenissen uit hoofd- en ondercontract vereist. Indien de contractuele verplichting niet tegelijk op de uitvoeringsagent weegt én uit de hoofdovereenkomst volgt, dan is de handelende persoon in de lijn van de motiveringsinterpretatie van het tweede Ebes-arrest geen uitvoeringsagent. Wanneer aldus een architect van een bank de opdracht krijgt om de waarde van een te hypothekeren onroerend goed in te schatten, dan is hij geen uitvoeringsagent van die bank wanneer zijn opdracht tot waardering niet samenvalt met één van de verplichtingen uit de leningovereenkomst tussen de bank en diens cliënt.⁶⁵⁰

147. Het tweede EBES-arrest kan trouwens ook nog op een andere inhoudelijke wijze worden geïnterpreteerd, met name dat de feitenrechter, daarin niet bekritiseerd door het Hof van Cassatie, eigenlijk oordeelde dat de aanleg en het onderhoud van hoogspanningslijnen evenzeer tot de

⁶⁴⁷ H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 171-172, nr. 11; R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1978, p. 431, nr. 2; F. DE LY, *o.c.*, in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 20, nr. 18; J.H. HERBOTS, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, p. 1094, voetnoot 54. Zie ook P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution des contrats de services par autrui", p. 239, voetnoot 3 en p. 263-264. Wellicht zorgden juist die interpretatieproblemen ervoor dat het arrest niet officieel in *Arr. Cass.* werd gepubliceerd. Vgl. ook C. PAUWELS, *Hulpverleners of uitvoeringsagenten*, p. 121-122, nr. 96.

⁶⁴⁸ R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1978, p. 433, nr. 3.

⁶⁴⁹ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 45-46, nr. 46, vooral voetnoot 123.

⁶⁵⁰ Vgl. X, noot onder Bergen 26 september 1994, *T.B.H.* 1995, p. 1042, nr. 3.

inhoud van de (zij het accessoire) contractuele verbintenissen uit het hoofdcontract behoorde.⁶⁵¹

Dit vereiste van identiteit van verbintenissen mag dus ook niet al te restrictief worden ingevuld. Zo zal een (verzekeraar van een) verzender van goederen zonder succes een buitencontractuele aanspraak kunnen laten gelden tegen een stuwadoordie in een tussenhaven die goederen even moest uitladen om andere goederen te kunnen inladen en daarbij aan de eerstgenoemde goederen foutief schade berokkent: het gaat niet op om die prestatie niet als een verplichting uit de hoofdovereenkomst van de verzender met de opdrachtgever-rederij te beschouwen alsof de prestatie alleen omwille van de nieuw in te laden goederen zou geschieden.⁶⁵² De vraag rijst in welke mate die rechtspraak nog na het recente arrest van 1 juni 2001 standhoudt.⁶⁵³

148. Ook het nalatige-antiquairs-arrest is een aanleiding geweest om aan de theorie van de quasi-immuniteit een ruimere draagwijdte te geven. Volgens sommige auteurs zou het Hof van Cassatie in één van zijn overwegingen een uitgebreider formulering hanteren, doordat het stelt dat “*eisers de fouten, die het (hof van beroep) te hunnen laste aanhoudt, begingen tijdens de uitvoering van een opdracht die door eerste eiser was gegeven voor de levering van het meubel aan verweerder*”.⁶⁵⁴ Die formulering zou minder streng zijn dan de voorwaarde uit het stuwadoorsarrest dat een uitvoeringsagent *ten aanzien van* de uitvoering van het contract geen derde is. Die minder strenge bewoordingen zouden bijvoorbeeld de vraag doen rijzen of de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent ook niet toepasselijk is op de liftongevallen waarbij een derde-slachtoffer rechtstreeks een aanspraak maakt tegen een onderhoudsfirma.⁶⁵⁵ Met dit paradigma van de algemene coëxistentieleer stellen die auteurs meteen ook die leer zelf in vraag.

De passages uit respectievelijk het stuwadoorsarrest en het nalatige-antiquairs-arrest komen evenwel telkens een andere betekenis toe. Het stuwadoorsarrest had ons geleerd dat een uitvoeringsagent nog steeds geen derde is “*ten aanzien van de uitvoering van het contract*” terwijl hij “*ten aanzien van het sluiten van het contract*” een andere juridische positie bekleedt en

⁶⁵¹ Zie ook C. PAUWELS, *Hulpverleners of uitvoeringsagenten*, p. 121-122, nr. 96. Vergelijk het recente arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 30 november 2001, nr. C00/024HR (Océ/ABB/Mega), www.rechtspraak.nl/hoge_raad (derdenbeding ten voordele van hulpverzoeker; bijkomende verplichtingen die noodzakelijk waren om de hoofdverplichting na te komen).

⁶⁵² Kh. Antwerpen 22 mei 1978, *R.W.* 1978-79, 678, noot J.H. HERBOTS.

⁶⁵³ Cf. *infra*, nr. 166 et seq.

⁶⁵⁴ Met eigen toevoeging en cursivering, Cass. 8 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 934, *Pas.* 1983, I, 834, *R.W.* 1983-84, 163, noot J. HERBOTS.

⁶⁵⁵ H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 172, nr. 12, daarin gevolgd door H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, “Overzicht”, *T.P.R.* 1987, p. 1613, nr. 211.

hij juist wel een derde is.⁶⁵⁶ Al hanteert het Hof van Cassatie deze formules niet langer woordelijk zoals in het stuwadoorsarrest, toch blijft dit fundamentele onderscheid ook na het nalatige-antiquairs-arrest bestaan en wordt dit inhoudelijk bevestigd door het arrest van de bevuilde visvijver.⁶⁵⁷ Aangezien het uitvoeren van de overeenkomst in de context van het stuwadoorsarrest enkel ter sprake kwam om het tegenover het sluiten van de overeenkomst af te zetten, hoeft aan de aangehaalde passage in het nalatige-antiquairs-arrest geen bijzondere waarde te worden gehecht.

Het nalatige-antiquairs-arrest mag dan ook niet zo worden begrepen dat het de theorie van de quasi-immuniteit een ruimer toepassingsgebied toekent dan in het stuwadoorsarrest. In het geval van de liftongevallen is de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent niet van toepassing op de rechtstreekse aanspraak van een slachtoffer tegen de onderhoudsfirma, omdat een willekeurige derde zich evengoed in die situatie had kunnen bevinden zodat de algemene coëxistentieleer moet worden toegepast.⁶⁵⁸

De traditie bij het Hof van Cassatie om arresten zo beknopt mogelijk te houden, brengt met zich mee dat de rechtsleer zelfs aan de geringste wijziging in de formulering van een theorie gevolgen vastknoopt die niet altijd door het Hof van Cassatie bedoeld kunnen zijn. Als het Hof in een arrest bepaalde voorheen vermelde voorwaarden niet vernoemt, dan ligt de reden voor die weglating niet noodzakelijk hierin dat het Hof die voorwaarden niet langer voorstaat, maar veeleer dat die voorwaarden voor de te beslechten rechtsvraag niet doorslaggevend zijn.⁶⁵⁹

149. Ten slotte is er nog te wijzen op de rechtsleer die vaak een onderscheid tussen bijstand en vervanging maakt. Dit betekent niet dat iemand die b.v. een advies geeft (zoals een advocaat of een bedrijfsjurist) een uitvoeringsagent wordt omdat hij advies geeft over de vraag waartoe zijn

⁶⁵⁶ Cf. *supra*, nr. 122.

⁶⁵⁷ Cass. 25 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 237, *R.C.J.B.* 1992, 493, *R.G.A.R.*, nr. 11990, noot J.-L. FAGNART. Voor een bespreking van dit arrest cf. *infra*, nr. 163, 485 en *supra*, nr. 124.

⁶⁵⁸ Vgl. Luik 19 januari 1988, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.565 (in een bejaardentehuis verzorgde vrouw), waarin het Hof weliswaar tot aansprakelijkheid van de onderhoudsfirma besluit, maar na verkeerdelijk de voorwaarden van de uitvoeringsagentenrechtpraak te hebben toegepast (“*un dommage qui, parce qu’il est subi par un tiers au contrat d’entretien... ne saurait, par hypothèse, être purement contractuel*”).

⁶⁵⁹ Zo is er ook geen reden om gevolgen te hechten aan de wat modernere bewoordingen die het Hof in het recente Samkha-arrest hanteert: “*wanneer een contracterende partij, voor de uitvoering van haar contractuele verbintenis, handelt door een orgaan, een aangestelde of een agent (...)*” (Cass. 7 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *T.B.B.R.* 1998, 153, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1999, 730, noot V. SIMONART). In de huidige formulering treedt wel de identificatietheorie (cf. *infra*, nr. 186 et seq.) meer op de voorgrond.

opdrachtgever contractueel gehouden is. Hij staat zijn opdrachtgever wel bij, maar treedt niet op in de uitvoering van de overeenkomst.⁶⁶⁰

3. Materiële handeling: lasthebber en onderlasthebber

150. Gelet op de (inhoudsloze) vertegenwoordigingsidee die aan de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent ten grondslag wordt gelegd, ligt het voor de hand om diens positie met die van de lasthebber en het orgaan vanuit diverse invalshoeken te vergelijken.

In één opzicht is hun juridische positie alvast vergelijkbaar. Wanneer een lasthebber buiten de perken van zijn mandaat handelt terwijl de derde-mededecontractant van die beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet op de hoogte is, kan hij tegenover de derde-mededecontractant delictueel aansprakelijk worden gesteld.⁶⁶¹ Hetzelfde geldt voor een uitvoeringsagent die zijn contractueel toegekende bevoegdheid te buiten gaat, aangezien hij er zich niet langer op kan beroepen dat hij een opdracht heeft gekregen om andermans contractuele verbintenis uitvoeren.

(a) Onderscheid tussen lasthebber en uitvoeringsagent

151. Met een lasthebber heeft een uitvoeringsagent gemeen dat beide instrumenten van hun opdrachtgever zijn – de lasthebber het juridische en de uitvoeringsagent het feitelijke instrument.⁶⁶² Ze hebben voor een ander persoon een opdracht te vervullen. Ondanks de gelijkenis op het eerste gezicht,⁶⁶³ bestaan er tussen beide toch belangrijke verschillen die het onderscheid in rechtspositie mee verklaren. Wanneer een lasthebber in naam en voor rekening van zijn lastgever een overeenkomst sluit, voert hij daarbij niet een overeenkomst van zijn opdrachtgever uit maar enkel zijn eigen lastgevingsovereenkomst. De overeenkomst van zijn opdrachtgever moet hij per definitie nog tot stand brengen. Beiden zijn dan wel instrumenten van de opdrachtgever, de reden voor de specifieke rechtspositie die een lasthebber bekleedt, met name het vertegenwoordigingsmech-

⁶⁶⁰ Zie ook de commentaar over bijstand of de zgn. helpers van C. PAUWELS, *Hulpverleners of uitvoeringsagenten*, p. 121, nr. 95: “De handelingen die zij (horen te) stellen zijn evenzeer handelingen die tot de uitvoering van de persoonlijke verbintenissen van hun opdrachtgever behoren; hoe klein hun bijdrage – op zichzelf bekeken – in de globale uitvoering van de overeenkomst ook moge zijn en of dit al dan niet gebeurt onder zijn onmiddellijke leiding, voor dat gedeelte “vervangen” zij de hoofdschuldenaar; zij stellen handelingen die laatstgenoemde op grond van zijn overeenkomst met een derde gehouden zou zijn te stellen.”

⁶⁶¹ Zie o.m. B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, Brussel, Story, 1997, p. 198, nr. 385.

⁶⁶² Zie in verband met een betaling van een schuld door een derde: H. DE PAGE, *Traité*, p. 397, nr. 402, noot 3.

⁶⁶³ Zie J.L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9.317, nr. VI.

me dat uit de aard van een lastgevingsovereenkomst voortvloeit, gaat niet op voor een uitvoeringsagent.

Een ander verschil ligt hierin dat een lasthebber in wezen rechtshandelingen stelt, terwijl een uitvoeringsagent enkel materiële handelingen verricht. Die typologie staat evenwel ver verwijderd van de dagelijkse realiteit waar ingeschakelde personen tegelijk zowel materiële daden als rechtshandelingen moeten stellen.

(b) Combinatie van hoedanigheden van lasthebber en uitvoeringsagent

152. De vraag rijst of de hoedanigheid van lasthebber steeds die van uitvoeringsagent uitsluit omdat er ter zake een soort van absorptietheorie zou bestaan.

De rechtspraak is eerder schaars. Volgens het Antwerpse Hof van Beroep is een scheepsagent, een op grond van een scheepsagentuurovereenkomst verbonden permanente vertegenwoordiger van een rederij in een bepaalde zeehaven, een lasthebber en *dus* geen uitvoeringsagent.⁶⁶⁴ Op die manier hanteert het Antwerpse hof de absorptietheorie. Aangezien het stellen van rechtshandelingen de voornaamste activiteit van een scheepsagent uitmaakt, zouden alleen de lastgevingsregels van toepassing zijn zodat de lasthebber op de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent geen beroep zou kunnen doen.

Sommige auteurs⁶⁶⁵ menen die stelling in een cassatiearrest bevestigd te zien. In de feiten die tot dit arrest hadden geleid, had een scheepsagent bij het afleveren van een cognossement wel nog niet de volledige betaling van de vrachtprijzen bekomen, maar had hij wel zelf de volledige betaling op de rekening van de opdrachtgevende rederij gestort. Bij faillissement van de rederij probeert de scheepsagent alsnog de afzender tot betaling van de resterende vrachtgelden aan te spreken, maar de feitenrechter, daarin gevolgd door het Hof van Cassatie, wijst de vordering af bij gebrek aan enig rechtsverband tussen de afzender en de scheepsagent.⁶⁶⁶ Dit cassatiearrest werpt mijns inziens geen licht op het probleem of een lasthebber als uitvoeringsagent kan optreden. Weliswaar stelt het arrest dat over de scheepsagent handelt, dat die als lasthebber handelde, maar dit sluit nog niet uit dat hij tegelijk als uitvoeringsagent kan handelen.

⁶⁶⁴ Antwerpen 25 april 1995, *Eur. Vervoer*. 1995, 503 (antidatering van cognossement); Antwerpen 28 april 1976, *R.H.A.* 1975-76, 155. Vgl. Kh. Antwerpen 28 november 1974, *R.H.A.* 1975-76, 80; Kh. Antwerpen 31 januari 1978, *R.H.A.* 1977-78, (369) 382. Zie ook I. DE WEERDT (ed.), *Zeerecht. Grondbeginselen van het Belgisch Privaatrechtelijk Zeerecht, o.c.*, p. 87-88, nr. 139; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Kluwer, XXVIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000, p. 182, nr. 245.

⁶⁶⁵ D. NOELS, *De tussenpersonen in het transportrecht, o.c.*, p. 128-129, nr. 236.

⁶⁶⁶ Cass. 1 oktober 1987, *R.H.A.* 1987, 181.

In de rechtsleer plaatsten een aantal auteurs een lasthebber (vertegenwoordiger) toch al op hetzelfde niveau als een uitvoeringsagent en een aangestelde, in de mate hij andermans contractuele verbintenissen uitvoert. Het onderscheid tussen de twee bijzondere overeenkomsten van aanname en lastgeving (en de eventuele ermee samenhangende absorptietheorie) is niet determinerend voor het verbintenisrechtelijke onderscheid tussen een vertegenwoordiger en een uitvoeringsagent. Om uit te maken of een persoon als vertegenwoordiger dan wel als uitvoeringsagent handelt, kan de absorptietheorie niet als richtlijn gelden. Veeleer is handeling per handeling uit te maken in welke hoedanigheid iemand handelt. In die zin meent Rasir dat een lasthebber zich in dezelfde situatie bevindt als een uitvoeringsagent “*dans la mesure où il exécute le contrat*”.⁶⁶⁷ Bocken vindt het logisch dat een (bijzondere) lasthebber die bij de uitvoering van andermans contractuele verbintenissen optreedt, dezelfde bescherming als de uitvoeringsagent verdient.⁶⁶⁸ Volgens Cornelis volgt niet uit de vertegenwoordiging, maar wel uit de stuwadoorsrechtspraak dat een lasthebber voor de foutieve uitvoering van een met de medecontractant gesloten overeenkomst niet rechtstreeks kan worden aangesproken.⁶⁶⁹

Dat een persoon zich tegelijk de hoedanigheid van lasthebber en uitvoeringsagent kan aanmeten, blijkt ook uit de recente cassatierechtspraak met betrekking tot de aansprakelijkheid van bestuursorganen van een privaatrechtelijk rechtspersoon. Zoals verder nog aan bod komt,⁶⁷⁰ sluit de hoedanigheid van een bestuursorgaan niet uit dat hij voor bepaalde activiteiten de hoedanigheid van een uitvoeringsagent bekleedt en om die reden voor de niet-uitvoering van het met de door hem vertegenwoordigde vennootschap gesloten contract niet aansprakelijk is.⁶⁷¹

Men zou zich ook kunnen afvragen welke hoedanigheid een lasthebber inneemt indien hij ter uitvoering van een kadercontract overeenkomsten moet sluiten: treedt hij dan op ter uitvoering van een (kader)overeenkomst?

(c) Rechtstreekse aansprakelijkheid van lasthebbers en organen

i) Diverse stellingen in de rechtsleer

153. In de Belgische rechtsleer heerst nog steeds heel wat onduidelijkheid (1) over de al dan niet rechtstreekse aansprakelijkheid van lasthebbers en

⁶⁶⁷ R. RASIR, *o.c.*, *J.T.* 1976, p. 164, nr. 2.

⁶⁶⁸ Zie H. BOCKEN, *o.c.*, in *Rechtspersonenrecht* (Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998/1999), Gent, Mys & Breesch, 1999, p. 495, nr. 8.

⁶⁶⁹ L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 420-421, nr. 257. Cf. *infra*, nr. 153.

⁶⁷⁰ Cf. *infra*, nr. 179.

⁶⁷¹ Over het onvoldoende gemaakte onderscheid tussen het (collegiale) bestuursorgaan en de (individuele) bestuurders, cf. *infra*, nr. 154.

organen van rechtspersonen voor de door hen begane delictuele of quasi-delictuele fouten en (2) over de grondslag van de aansprakelijkheid voor die fouten alsook voor hun contractuele fouten.

Wat de door een lasthebber/orgaan begane *contractuele* fouten (d.w.z. tekortkomingen aan het tussen de lastgever en de derde-medecontractant gesloten overeenkomst) betreft, is het algemeen aanvaard dat die aan de lastgever/rechtspersoon en aan hem alleen worden toegerekend. Over de grondslag van die aansprakelijkheid is er evenwel een tweespalt in de rechtsleer. Heel wat auteurs baseren die toerekening rechtstreeks op de vertegenwoordigingsfiguur. Volgens hen slaat de vertegenwoordiging niet alleen op de te stellen rechtshandelingen, maar ook op de fouten die bij het uitvoeren van die rechtshandeling voorkomen.⁶⁷² Anderen leggen de toerekening niet zozeer in de vertegenwoordigingsfiguur, maar in het principe van de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad.⁶⁷³ Dit onderscheid in grondslag heeft niet zo veel belang in het Belgische positieve recht, maar wel in een systeem waar de uitvoeringsagent niet van een quasi-immuniteit geniet. In dat geval zou de uitvoeringsagent immers in bepaalde omstandigheden wel rechtstreeks zijn aan te spreken, indien de toerekening aan de hoofdschuldenaar op grond van de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad gebeurde. Mocht de grondslag in de vertegenwoordiging zijn gelegen, geniet de uitvoeringsagent krachtens de vertegenwoordigingsfiguur zelf wel van een immuniteit, omdat de fout alsdan *exclusief* aan de vertegenwoordigde wordt toegerekend. Maar zelfs in de tweede opvatting (contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad) zou de derde die de lasthebber rechtstreeks zou willen aanspreken, nog steeds moeten bewijzen dat de tekortkoming van de lasthebber (aan zijn lastgevingscontract) ook onafhankelijk van dat contract een foutieve handeling zou hebben opgeleverd.⁶⁷⁴

154. Ten aanzien van door een vertegenwoordiger begane (*quasi-*) *delictuele* fouten is de rechtsleer nog veel meer verdeeld. Terzake staat niet alleen de grondslag ter discussie, maar ook de aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde *an sich*. Daarenboven wordt nog eens tussen de conventionele en organieke vertegenwoordiging een onderscheid gemaakt.

Bij *organieke* vertegenwoordiging werd tot voor kort algemeen aanvaard dat de delictuele fout van een orgaan aan de rechtspersoon wordt toegerekend voorzover die fout is gepleegd binnen de functie die het orgaan

⁶⁷² P. WÉRY, *Le mandat*, p. 255-256, nr. 219, met verdere verwijzingen aldaar; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 503, nr. 153.

⁶⁷³ L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 443-444, nr. 257; P.-A. FORIERS, *o.c.*, in X, *Les obligations contractuelles*, Brussel, JBB, 2000, p. 263, nr. 35. Het gaat dus in ieder geval niet zomaar om een geïsoleerde opvatting (zie in die zin P. WÉRY, *Le mandat*, p. 256, nr. 119).

⁶⁷⁴ Cf. *infra*, nr. 481 et seq.

binnen die rechtspersoon uitoefent. Volgens de orgaantheorie wordt het orgaan zodanig met de rechtspersoon geïdentificeerd dat een onrechtmatige daad van het orgaan rechtstreeks aan de rechtspersoon wordt toegerekend, zodat die laatste rechtstreeks op grond van art. 1382 B.W. aansprakelijk is (en niet als aansteller op grond van art. 1384 derde lid B.W.).⁶⁷⁵

Wat *contractuele* fouten van een orgaan betreft, lijkt het algemeen aanvaard dat die fouten op grond van de orgaantheorie ook exclusief aan de rechtspersoon worden toegerekend. Dit is ook de (enige) draagwijdte die aan het niet-officieel gepubliceerde cassatiearrest van 11 mei 1981 (benzinepomparrest) mag toekomen. *In casu* had een persoon een vergunning verkregen om een pompstation te plaatsen. Daarbij werd tussen de partijen overeengekomen dat de vergunninghouder in geval van intrekking van de vergunning wegens onteigening door de staat op geen enkele wijze schadevergoeding zou eisen. Wanneer die persoon dan toch schadevergoeding eist van een *orgaan* van de bevoegde overheid omdat hij van de intrekking van de vergunning laattijdig op de hoogte is gebracht, wijst het Hof die aanspraak af omdat het orgaan “*zich vereenzelvigd met het openbaar lichaam dat hij vertegenwoordigt en derhalve geen derde is ten aanzien van de rechtsbetrekkingen tussen*” de staat en zijn medecontractant.⁶⁷⁶ Dit bijzonder onduidelijke en wellicht daarom niet officieel gepubliceerde arrest kan zo worden geïnterpreteerd dat het een fout bij de uitvoering van een overeenkomst betrof. Het orgaan had een laattijdige kennisgeving gedaan waardoor de medecontractant schade kwam te lijden, maar die schade was niet vergoedbaar wegens het contractueel afgesproken exoneratiebeding. Op het orgaan is die schade evenmin verhaalbaar omdat het orgaan van een rechtspersoon geen derde is ten aanzien van de uitvoering van de overeenkomst.⁶⁷⁷ Het orgaan is niet aansprakelijk voor de begane contractuele fouten, op dezelfde wijze zoals dit *de lege lata* ook met elke andere uitvoeringsagent gebeurt.

Gedeeltelijk anders is het met de (quasi-)delictuele fouten van een orgaan. Die fouten worden evenzeer – rechtstreeks op basis van art. 1382 B.W.⁶⁷⁸ – aan de rechtspersoon toegerekend, maar die toerekening belet niet dat het orgaan persoonlijk ook nog aansprakelijk blijft. Traditioneel gebeurt de toerekening van een (quasi-)delictuele fout aan de rechtspersoon niet exclusief, in de zin dat ook het orgaan persoonlijk aanspreekbaar blijft.⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ Zie over de orgaantheorie o.m. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel, Bruylant, 1995, 554-555, met talloze verdere verwijzingen.

⁶⁷⁶ Vgl. met I. CORBISIER, *o.c.*, *R.P.S.* 1994, nr. 6634, p. 26-27 (organieke vertegenwoordiging).

⁶⁷⁷ Cass. 11 mei 1981, *R.W.* 1982-83, 381.

⁶⁷⁸ Zie o.m. W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 149-150, nr. 56.

⁶⁷⁹ Zie K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS, J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998”, *T.P.R.* 2000, p. 306-307, nr. 268 met verdere verwijzingen. De vraag rijst ook welke invloed op de burgerlijke aansprakelijkheid uitgaat

Recent heeft Simonart zich in een opmerkelijke studie tegen de persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan (én van diens individuele leden wanneer het een collegiaal orgaan betreft, te weten de individuele bestuurders⁶⁸⁰) gekeerd. Volgens haar brengt de orgaantheorie met zich mee dat het orgaan zich volledig met de rechtspersoon vereenzelvigd, zodat alleen de rechtspersoon en niet het orgaan zelf aansprakelijk kan zijn, ook voor de (quasi-)delictuele fouten van het orgaan, althans voorzover ze inherent zijn aan de uitoefening van de functie die het orgaan binnen die rechtspersoon bekleedt. Volgens haar is daarom niet de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, maar wel de orgaantheorie de grondslag waarom het orgaan in het *Samkha*-arrest⁶⁸¹ niet aansprakelijk zou zijn.

155. Bij *conventionele* vertegenwoordiging (lastgeving) ligt het thema van de toerekening van (quasi-)delictuele fouten zo mogelijk nog gevoeliger.⁶⁸² Het traditionele criterium voor toerekening op grond van vertegenwoordiging verhindert in principe dat een door een lasthebber begane onrechtmatige daad aan de lastgever wordt toegerekend. Traditioneel wordt namelijk vereist dat vertegenwoordiging op rechtshandelingen slaat, terwijl een onrechtmatige daad uiteraard geen rechtshandeling is.⁶⁸³ Op dit principe wordt wel voor een aantal uitzonderingen ruimte gelaten, zoals het geval van het onrechtmatig intrekken van een aanbod, het onregelmatig afbreken van onderhandelingen door de lasthebber, of het bedrog bij het sluiten van de overeenkomst.⁶⁸⁴

Tegen die algemeen verbreide opvatting brak van Gerven in zijn *Algemeen deel* de lans om de vertegenwoordigingsfiguur ook tot de onrechtmatige daden van een lasthebber te laten uitstrekken. Als criterium stelt hij voor dat “*dit handelen in het maatschappelijk verkeer wordt opgevat als een handelen*

van art. 5 tweede lid Sw. (na de Wet 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, B.S. 22 juni 1999): “*Wanneer de rechtspersoon verantwoordelijk gesteld wordt uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, kan enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan worden veroordeeld.*” (zie de kritische bespreking in o.m. A. DE NAUW, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, R.W. 1999-2000, 905-907).

⁶⁸⁰ Al behoort het onderscheid inderdaad tussen het collegiale orgaan en de leden ervan te worden gemaakt (zie daarover W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 151-152, voetnoot 144), in dit opzicht lijkt dit inderdaad niet wenselijk (V. SIMONART, *o.c.*, R.C.J.B. 1999, p. 764, nr. 38).

⁶⁸¹ Cf. *infra*, nr. 179.

⁶⁸² Zie het overzicht in L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 441, nr. 256; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, p. 502, nr. 153.

⁶⁸³ L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 447, nr. 259. Zie ook P. WÉRY, *Le mandat, o.c.*, p. 256-257, nr. 220.

⁶⁸⁴ L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 442, voetnoot 239 (alleen vertegenwoordiging als de onrechtmatige daad tegelijk een rechtshandeling uitmaakt); P. WÉRY, *Le mandat, o.c.*, p. 258, nr. 221.

van de vertegenwoordigde”. Als derden die onrechtmatige daad “als bestanddeel van een normale vertegenwoordigingsactiviteit” kunnen beschouwen, dan moet die daad op grond van de billijkheid en de rechtszekerheid aan de vertegenwoordigde kunnen worden toegerekend.⁶⁸⁵

Wat bij de studies over buitencontractuele aansprakelijkheid van en voor lasthebbers en organen opvalt, is dat meestal enkel ofwel over de aansprakelijkheid van de lasthebber of het orgaan ofwel over de aansprakelijkheid van de lastgever of de rechtspersoon stelling wordt ingenomen. De ene stellingname heeft evenwel invloed op de andere. Indien voor onrechtmatige daden een grotere toerekening aan de rechtspersoon of de lastgever wordt verkozen, dan betekent dit traditioneel dat het orgaan of de lasthebber niet langer rechtstreeks aansprakelijk wordt. Waar bijvoorbeeld de grotere mate van toerekening aan de lastgever of de rechtspersoon uitdrukkelijk omwille van de belangen van de derde te goeder trouw is ingegeven,⁶⁸⁶ kunnen die belangen in bepaalde omstandigheden evenwel met een aanspraak tegen de lasthebber of orgaan meer gediend zijn.

ii) *Houding van het Hof van Cassatie en interpretatie*

156. Met betrekking tot de conventionele vertegenwoordiging heeft het Hof van Cassatie in dit debat reeds eerder standpunt ingenomen. In het algemeen had het Hof reeds verduidelijkt dat een fout die een lasthebber bij de uitvoering van zijn taak begaat, aan de lastgever wordt toegerekend. Dit kwam tot uiting in een arrest van 22 april 1985. Zolang een feitenrechter niet vaststelt dat de lasthebber zijn opdracht heeft overschreden, kan hij ook niet beslissen dat de inhoud van een door een lasthebber gestuurde, voor de wederpartij beledigende brief geen ernstige reden voor ontslag uitmaakt op de grond dat de brief niet aan de lastgever zou kunnen worden toegerekend.⁶⁸⁷

Daarnaast wordt ook een door de lasthebber begane *culpa in contrahendo* op grond van de vertegenwoordigingsfiguur aan de lasthebber toegerekend, voorzover die onlosmakelijk met de rechtshandeling is verbonden.⁶⁸⁸ Volgens een arrest van 21 september 1987 (geval van Brugs pand) is de

⁶⁸⁵ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 504, nr. 153. Over de praktische problemen van invulling van het genoemde criterium, zie L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 441, nr. 256.

⁶⁸⁶ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 503, nr. 153.

⁶⁸⁷ Cass. 22 april 1985, *Pas.* 1985, I, 1021 (voor een kritische bespreking, zie L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 444-446, nr. 257). Zie ook Cass. 24 januari 1974, *Pas.* 1974, I, 553 (laattijdige betekening van hoger beroep door gerechtsdeurwaarder – toerekenbaar aan advocaat); Cass. 10 januari 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 657, *Pas.* 1986, I, 579 (nagelaten betekening en overschrijving van vonnis); Cass. 8 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, 676, *Pas.* 1993, I, 663 (laattijdige betekening van verzet).

⁶⁸⁸ R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, “Overzicht”, *T.P.R.* 1994, p. 552-554, nr. 252.

lastgever aansprakelijk voor de onrechtmatige daden die de lasthebber “heeft begaan bij het sluiten van zijn overeenkomst met de wederpartij en die inherent zijn aan de (...) rechtshandeling” die in naam van en voor rekening van de lastgever werd gesteld, omdat die handelingen “binnen de grenzen van de vermoede opdracht” zijn verricht.⁶⁸⁹

157. Met betrekking tot de organieke vertegenwoordiging is meer voorzichtigheid geboden bij het interpreteren van arresten. Wanneer het Hof de aansprakelijkheid van de rechtspersoon aanneemt,⁶⁹⁰ wil dit immers nog niet zeggen dat het orgaan niet aansprakelijk is.

Tot voor kort kreeg het Hof van Cassatie nog geen geval van persoonlijke aansprakelijkheid van een orgaan voor zijn precontractuele fout te oordelen. Het reeds gesignaleerde arrest van 11 mei 1981 (benzinepomparrest) dat niet eens officieel werd gepubliceerd en dus weinig argumentatieve waarde toekwam, had immers enkel op een tekortkoming in de uitvoering van de met de derde-medecontractant gesloten overeenkomst betrekking en lag dus enkel in de lijn van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent. Het principesarrest van 7 november 1997 (Samkha-arrest) waarvan de bewoordingen overduidelijk zijn, stelt enkel dat het orgaan van dezelfde quasi-immuniteit geniet als de uitvoeringsagent.

Aangezien de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent enkel slaat op de aansprakelijkheid van een contractant die optreedt ter *uitvoering* van andermans contractuele verbintenissen en aangezien de orgaantheorie quasi-unaniem zo wordt ingevuld dat het orgaan zelf aansprakelijk blijft, moest worden besloten dat het orgaan wél volledig aansprakelijk blijft wanneer hij een fout bij het *sluiten* van een overeenkomst begaat.⁶⁹¹

Die visie heeft onder de rechtsleer terecht beroering teweeg gebracht. Een dergelijk strikt onderscheid tussen contractuele en precontractuele fouten is inderdaad moeilijk te verdedigen. Ter remediëring van die aberratie heeft de daaropvolgende rechtsleer alsook het Hof van Cassatie naar een oplossing gezocht.

Zowel Simonart als Vandenberghe opteerden voor de opvatting dat een orgaan van een rechtspersoon helemaal geen uitvoeringsagent is en zich, in tegenstelling tot de uitvoeringsagent, volledig met de rechtspersoon vereenzelvt. Beide zijn dus het resultaat van het Samkha-arrest (niet-aansprakelijkheid van het orgaan) genegen.

Volgens Simonart is het orgaan voor de fout niet aansprakelijk, omdat de orgaantheorie zo is in te vullen dat ze tot de *exclusieve* toerekening van

⁶⁸⁹ Cass. 21 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 84. Dit arrest handelde in feite wel over een bekrachtiging bij sterkmaking, maar de conclusies gelden voor lastgeving in het algemeen.

⁶⁹⁰ Zie voor een overzicht terzake V. SIMONART, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1999, p. 766, nr. 40.

⁶⁹¹ Zie mijn kort na datum van het arrest verschenen analyse *o.c.*, *T.R.V.* 1998, 288, nr. 9.

contractuele óf (quasi-) delictuele fouten aan de rechtspersoon leidt. Het orgaan zou voortaan enkel individueel kunnen worden aangesproken, indien het buiten de perken van zijn opdracht een fout heeft begaan. De aansprakelijkheid van het orgaan wordt in de verhoudingen met derden als het ware met die van de rechtspersoon geabsorbeerd. Voor die theorie gaat zij er in essentie van uit dat “*l'organe s'identifie à la personne morale*”, terwijl “*l'agent d'exécution est un tiers*”.⁶⁹² Die visie stuit positiefrechtelijk evenwel op de allengs aanvaarde verklaring van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent op grond van de identificatietheorie (de uitvoeringsagent is geen derde).

Het is opvallend dat de steeds opnieuw voorkomende identificatiegedachte niet overal eenzelfde rol speelt en blijkbaar enkel daar naar voren wordt geschoven waar het goed uitkomt. Zo is het unaniem aanvaard dat een quasi-delictuele fout van een orgaan wel aan de rechtspersoon toerekenbaar is omdat het orgaan met de rechtspersoon kan worden vereenzelvigd, terwijl eenzelfde fout van een lasthebber volgens velen niet toerekenbaar is aan de lastgever omdat er van een vereenzelving in dit geval geen sprake is (al stuit die positie op felle kritiek en is ze volgens sommigen misschien zelfs ook niet meer in overeenstemming met het gedachtegoed van het Hof van Cassatie⁶⁹³).

158. In het arrest van 16 februari 2001 (geval van verzwegen gevelrenovatiewerken) heeft het Hof van Cassatie voor een tussenweg geopteerd, waarbij de wijze van redactie van het arrest erop wijst dat het Hof hiermee een principesarrest heeft willen vellen. *In casu* hadden de aangesprokenen bij de besprekingen voor het sluiten van een handelshuurovereenkomst op foutieve wijze verzwegen dat kort na de opening van de handelszaak van de eiser ingrijpende gevelrenovatiewerken zouden worden uitgevoerd. De Rechtbank van eerste aanleg te Brugge had geoordeeld dat de aangesprokenen als orgaan of minstens als lasthebber van de verhuurder waren opgetreden en in die hoedanigheid niet aansprakelijk waren. Het Hof van Cassatie treedt de feitenrechter in diens beslissing bij met de fundamentele overweging dat “*als een orgaan van een vennootschap of een lasthebber in de uitvoering van zijn mandaat bij besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid een fout begaat die geen misdrijf uitmaakt, die fout niet de bestuurder of de mandataris tot vergoeding verplicht, maar wel de vennootschap of de lastgever*”.⁶⁹⁴

⁶⁹² V. SIMONART, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1999, p. 773, nr. 47.

⁶⁹³ Zie P.A. FORIERS, noot onder 20 januari 2000, *T.B.H.* 2000, vooral p. 490, nr. 18 en p. 491, nr. 22.

⁶⁹⁴ Cass. 16 februari 2001 (Onyx/Desender), *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *website www.cass.be*, nr. C.990477.N.

Bij die beslissing zijn verschillende kanttekeningen te maken. Allereerst wekt dit arrest geen verwondering op ten aanzien van de toerekening van de door een lasthebber begane precontractuele fouten aan de lastgever, aangezien het Hof van Cassatie dit principe reeds eerder in zijn arrest van de beledigende brief (22 april 1985) heeft bevestigd. Het vernieuwende van dit arrest ligt wel in het uitbreiden van die rechtspraak naar het orgaan toe. Voortaan brengt de orgaantheorie niet langer met zich mee dat het orgaan zelf nog aansprakelijk is, althans wat precontractuele fouten betreft.

Ten tweede heeft het Hof van Cassatie niet willen weten van een onderscheiden rechtspositie naargelang een orgaan bij het uitvoeren van andermans contractuele verbintenissen dan wel bij het sluiten van een overeenkomst in naam en voor rekening van een ander optreedt.⁶⁹⁵ Wanneer een orgaan bij het uitvoeren van andermans contractuele verbintenissen handelt, geniet hij, gelet op het Samkha-arrest, van de quasi-immuniteit waarover ook de uitvoeringsagent beschikt. In die lijn is het te verwachten dat ook een lasthebber om diezelfde reden (en niet langer omwille van vertegenwoordiging) in principe (behoudens misdrijf) niet aansprakelijk is voor de fouten die hij bij het uitvoeren van de contractuele verbintenissen van zijn lastgever begaat.

Wanneer een orgaan bij het sluiten van de overeenkomst een fout begaat zoals in het geval van de verzwegen gevelrenovatiewerken, dan is het evenmin aansprakelijk. De grondslag hiervoor kan evenwel niet, zoals bepaalde rechtsleer had verdedigd, in de orgaantheorie worden gezocht, aangezien de lasthebber volgens het arrest blijktbaar om dezelfde reden op gelijke wijze niet aansprakelijk is. Als enige verklaring blijft dan ook de vertegenwoordigingsfiguur over. De vertegenwoordiging strekt zich niet enkel tot de rechtshandelingen uit, maar ook tot de fouten “*bij besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid*”. Die verwoording wijst erop dat het Hof er nog steeds om bekommerd is om de vertegenwoordigingsfiguur niet al te ver te laten uitdeinen. Het is dan ook niet gauw te verwachten dat het Hof de vertegenwoordiging ook de (quasi-)delictuele fouten zou laten omvatten.

Het zou de lezer kunnen opvallen dat het Hof de precontractuele fout hier toerekent zonder de voorwaarde te stellen dat de fout inherent aan

⁶⁹⁵ Zie ook reeds H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, “Overzicht”, *T.P.R.* 2000, 1953, nr. 184. Die auteurs verdedigden de opvatting dat het orgaan met betrekking tot het sluiten van de overeenkomst geen derde is, zodat het ten aanzien van hem niet aansprakelijk is. Zij beroepen zich evenwel op het reeds gesignaleerde arrest van 11 mei 1981, dat terzake evenwel moeilijk als gezaghebbende bron kan worden ingeroepen (wat ook blijkt uit H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, “Overzicht”, *T.P.R.* 1987, p. 1614, nr. 211). Vgl. nog een andere lezing als zou dit arrest inhouden dat het orgaan tegenover de medecontractant van de rechtspersoon contractueel aansprakelijk zou zijn (V. SIMONART, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1999, 759, voetnoot 115).

de rechtshandeling moet zijn. Toch lijkt die voorwaarde niet te zijn weggevallen doordat vereist blijft dat de lasthebber (of het orgaan) die fout “*in de uitvoering van zijn mandaat*” heeft begaan.

Ten slotte wijst de gebruikte formule ook op het feit dat het Hof wel degelijk de juridische positie in twee verschillende situaties – fouten bij het sluiten en bij het uitvoeren van een overeenkomst – op elkaar wou afstemmen. De bestuurder of de lasthebber is namelijk alleen dan niet aansprakelijk voor de fouten die hij begaat in de uitvoering van zijn “mandaat” bij besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid, wanneer die fouten geen misdrijf uitmaken.⁶⁹⁶ Waar elders zou het Hof terzake zijn mosterd hebben gehaald dan bij de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent?

159. Dit hele verhaal moet ook duidelijk maken dat twee verschillende theorieën naast mekaar bestaan, die van de vertegenwoordiging (en de orgaantheorie) en die van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent. Ze hebben elk een eigen toepassingsgebied. Het arrest van 16 februari 2001 wijst er evenwel op dat de twee theorieën in de opvatting van het Hof van Cassatie wel te onderscheiden maar niet te strikt van elkaar te scheiden zijn.

Wanneer verder in de voorgestelde alternatieve benadering voor een meer uitgebreide aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent wordt gepleit, belet dit niet dat tegelijk de hoofdschuldenaar aansprakelijk kan zijn. Het gaat dan gewoon om een geval van coëxistentie van aansprakelijkheid, zoals er zovele zijn. Dezelfde vraag kan rijzen wanneer het wenselijk is om een onrechtmatige daad ook aan een vertegenwoordigde toe te rekenen: kan er dan niet worden gepleit voor een toerekeningswijze zonder dat die toerekening daarom exclusief hoeft te zijn?

Ten aanzien van hen die omwille van het nodige verantwoordelijkheidsbesef een ruimere aansprakelijkheid van lasthebbers, organen en bestuurders voorstaan, werpen sommigen het verwijt op dat die visie op louter subjectieve overwegingen van juridische politiek zijn gebaseerd.⁶⁹⁷ Hier tegen kan worden ingeroepen dat niet alleen nagenoeg elk juridisch probleem reeds een beleidsaspect in zich draagt, maar ook dat de omgekeerde opvatting als zouden bestuurders tegenover derden behoudens wettelijke afwijking niet aansprakelijk zijn, op een *petitio principii* berust.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ Herhaald in Cass. 11 september 2001, website www.cass.be, nr. P991742N: “*dat als een orgaan van een vennootschap of een lasthebber in de uitvoering van zijn mandaat een persoonlijke fout begaat die een misdrijf uitmaakt, die fout de bestuurder of mandataris zelf tot vergoeding verplicht*”.

⁶⁹⁷ In die zin V. SIMONART, o.c., R.C.J.B. 1999, p. 763, nr. 36.

⁶⁹⁸ Een *petitio principii* houdt in dat men de te bewijzen stelling als uitgangspunt neemt: in casu berust de stelling dat de organen of bestuurders niet persoonlijk aansprakelijk zijn op het uitgangspunt dat ze samenvallen met de rechtspersoon waarvan ze orgaan of bestuurder zijn.

160. Door te oordelen dat een orgaan van een rechtspersoon de hoedanigheid van een uitvoeringsagent kan bekleden, achtte het Hof van Cassatie zich, zoals gezegd, daarna genoodzaakt om te oordelen dat niet alleen een rechtshandeling maar ook een precontractuele fout van een orgaan exclusief aan de rechtspersoon is toe te rekenen (waar het orgaan voorheen voor elke buitencontractuele en dus ook precontractuele fout persoonlijk aansprakelijk was). Op het vlak van de precontractuele fouten wordt het orgaan en de lasthebber voortaan op gelijke wijze behandeld: de vertegenwoordiging brengt voor beide met zich mee dat enkel de rechtspersoon voor die fouten aansprakelijk is voorzover ze niet tegelijk een misdrijf uitmaken.

Naar de toekomst toe rijst daarmee de vraag of het Hof van Cassatie daarmee de toenadering tussen het orgaan en de lasthebber (vertegenwoordiger) ook voor de andere buitencontractuele dan precontractuele fouten wil doorvoeren en, zo ja, welke vorm die toenadering dan zou krijgen.

Vandaag de dag brengt de orgaantheorie met zich mee dat het orgaan voor de buitencontractuele fout die het binnen de perken van zijn functie begaat, *naast* de rechtspersoon aansprakelijk zal zijn. De klassieke conceptie van vertegenwoordiging die enkel op rechtshandelingen slaat, brengt dan weer met zich mee dat alleen de lasthebber (en niet de lastgever) voor de buitencontractuele (andere dan precontractuele) fouten aansprakelijk is.

In de rechtsleer liggen er zoals gezegd nu al twee voorstellen tot toenadering op tafel. In het ene voorstel (van Gerven) dat door een bekommernis om het slachtoffer is ingegeven, zou ook een buitencontractuele fout van een lasthebber aan de vertegenwoordigde toerekenbaar zijn (zij het dat het reeds genoemde toerekeningscriterium alsnog onduidelijk zou zijn). Dit roept de vraag op of die toerekening nog steeds op exclusieve basis dient te gebeuren, aangezien dit dan evengoed tégen het slachtoffer kan keren en daarmee zou ingaan tegen de oorspronkelijke bedoeling van waaruit dit voorstel is ontstaan.

In het andere voorstel (Simonart) dat zich eerder om het lot van de organen van rechtspersonen bekommert, zou het orgaan voortaan niet meer voor buitencontractuele fouten aansprakelijk zijn (behoudens misdrijf). Dit roept dan weer de vraag op of die quasi-immuniteit niet evengoed voor de lasthebber moet gelden.

Vroeg of laat zal het Hof van Cassatie die knoop moeten doorhakken. Daarbij zal het in het achterhoofd moeten houden dat een exclusieve toerekening van buitencontractuele fouten wel kán maar niet noodzakelijk hoeft in de kaart van het slachtoffer te spelen. In bepaalde omstandigheden (zoals uiteraard bij faillissement van de vertegenwoordigde of de rechtsper-

soon) kan deze er immers belang bij hebben om het orgaan dan wel de lasthebber persoonlijk aan te kunnen spreken.

(d) Onderscheid tussen uitvoeringsagent en onderlasthebber

161. De hoedanigheden van uitvoeringsagent en onderlasthebber moeten ook goed uit elkaar worden gehouden. Gezien hun totaal verschillende rechtspositie (alook die van hun rechtstreekse opdrachtgever) kan het niet anders dan dat de hoedanigheden van onderlasthebber en uitvoeringsagent elkaar uitsluiten. Terwijl een uitvoeringsagent nagenoeg immuun is voor de aanspraken van de hoofdopdrachtgever, beschikt een lastgever tegenover zijn onderlasthebber over een wettelijk toegekende rechtstreekse vordering.⁶⁹⁹

Ook dit onderscheid wordt door de aard van de door hen gestelde handeling verklaard: een uitvoeringsagent stelt materiële handelingen, een onderlasthebber stelt rechtshandelingen.⁷⁰⁰

4. Geen rechtstreekse contractuele relatie

162. De quasi-immuniteit van de stuwadoorsrechtspraak is niet meer van toepassing, wanneer de aangesprokene niet langer de hoedanigheid van uitvoeringsagent bekleedt maar hij in een rechtstreekse contractuele relatie met de hoofdopdrachtgever komt te staan.

Zo kan een anesthesist die door een chirurg wordt gekozen, in bepaalde feitelijke omstandigheden, met de patiënt een eigen contractuele relatie hebben: zo spelen de vrije wil en de kennis van de patiënt dat hij aan een onderzoek en de pre-operatoire zorgen van de anesthesist zou worden onderworpen, een rol.⁷⁰¹

Die (en andere) contractualisatiemechanismen vormen het voorwerp van een afzonderlijke analyse in het derde deel.

5. Eiser medecontractant van hoofdschuldenaar

163. Zoals reeds eerder in de bespreking van het arrest van de bevuilde visvijver tot uiting kwam,⁷⁰² ligt een andere factor van afbakening van de quasi-immuniteit tegenover de algemene coëxistentieleer hierin dat een

⁶⁹⁹ Cf. *infra*, nr. 387 et seq.

⁷⁰⁰ Zie Gent 30 januari 1997, *R.H.A.* 1997, (389) 397 (stuwadoor geen gesubstitueerde lasthebber).

⁷⁰¹ Bergen 24 maart 1987, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.458, noot.

⁷⁰² Cass. 25 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 237, *R.C.J.B.* 1992, 493, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11.990, noot J.-L. FAGNART. Cf. *supra*, nr. 124, 148.

uitvoeringsagent zich enkel op zijn quasi-immuniteit kan beroepen wanneer de eiser de medecontractant⁷⁰³ is van degene die wordt vervangen.⁷⁰⁴

Wanneer aldus een stuwadoor van een reder contractueel de opdracht krijgt om welbepaalde goederen op een schip te laden maar een verkeerde partij goederen inlaadt, stuit de vordering van de verkoper van de effectief ingeladen goederen tegen de stuwadoor niet op de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent, omdat het inladen helemaal niet geschiedt ter uitvoering van een contract met de verkoper van de onterecht ingeladen goederen.⁷⁰⁵ Of nog, een uitvoeringsagent van een inlader-verkoper kan zich niet op zijn quasi-immuniteit beroepen tegen de medecontractant (vervrachter) van de koper, aangezien er geen contractueel verband bestaat tussen de inlader-verkoper en de vervrachter.⁷⁰⁶

Dit criterium mag evenwel niet geïsoleerd van de andere afbakeningscriteria worden beschouwd. Sommige auteurs menen dat de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent niet alleen speelt in de relatie van een onderaannemer tegenover een hoofdopdrachtgever, maar evenzeer in de verhouding van een nevenaannemer tegenover de overige nevenaannemers van eenzelfde “spil”. Zo zou een wanpresterende nevencontractant als uitvoeringsagent van de spil tegenover een andere nevencontractant in principe tegen elke aansprakelijkheidsvordering beschermd zijn. Een auteur haalt het voorbeeld aan van een architect die door een bouwheer wordt belast met het opmaken van plannen en/of de coördinatie van de werken en die door de aannemer wordt aangesproken.⁷⁰⁷ Een dergelijke redenering illustreert het gevaar de toepassingsvoorwaarden van de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent tot één kernvoorwaarde (in casu dat de eiser de medecontractant van de hoofdschuldenaar is) te reduceren wanneer er eigenlijk meerdere voorwaarden zijn.

6. Aard van contractuele band

164. Om na te gaan of een persoon als een uitvoeringsagent optreedt, volstond het tot voor kort om uit te maken of de verplichtingen waartoe hij zich met zijn medecontractant heeft verbonden, samenvallen met één

⁷⁰³ Of een medecontractant in de tweede graad, cf. *infra*, nr. 175.

⁷⁰⁴ Uitdrukkelijk in Cass. 1 juni 2001, *www.cass.be*, nr. C980540N.

⁷⁰⁵ Antwerpen 19 maart 1996, *R.H.A.* 1996, 135; Antwerpen 25 april 1995, *Eur. Vervoerr.* 1995, 503.

⁷⁰⁶ Antwerpen 7 april 1997, *R.W.* 1997-98, 854, *Eur. Vervoerr.* 1997, 595. Zie ook A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Kluwer, XXVIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000, p. 182, nr. 245.

⁷⁰⁷ V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, “Nevenovereenkomsten en hun coördinatie – in het bijzonder nevenaanneming en consortium”, in *L’interdépendance des contrats. Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, BVBJ, 1997, (23) 42, voetnoot 68.

van de verplichtingen die die medecontractant tegenover zijn eigen opdrachtgever heeft aangegaan.

Met betrekking tot de *onderovereenkomst* is het belang van de aard van die overeenkomst voor de toepasselijkheid van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent goed te illustreren aan de hand van het arrest van de bemande hijskraan. Een reder doet een beroep op een stuwadoor om een aantal goederen te lossen. Die stuwadoor doet op zijn beurt een beroep op de stad Antwerpen die er zich toe verbindt om een kraan mét kraanman ter beschikking te stellen. Bij het hijsen vallen de goederen evenwel naar beneden, waarbij met zekerheid komt vast te staan dat de oorzaak ligt, hetzij in een gebrek van de kraan, hetzij in een fout van de kraanman. Volgens het Brusselse Hof van Beroep is de stad Antwerpen een verhuurder en is ze daarom een derde die tegenover de reder (in solidum met de stuwadoor) delictueel aansprakelijk kan zijn, bijvoorbeeld omdat de zaak in de zin van art. 1384 eerste lid B.W. gebrekkig blijkt te zijn.⁷⁰⁸ Als verhuurder van de kraan treedt de stad niet op ter uitvoering van een verbintenis waartoe zijn opdrachtgever zich contractueel heeft verbonden. Was de overeenkomst met de terbeschikkingstelling van de kraan daarentegen – in de omstandigheden van de zaak meer terecht gezien de terbeschikkingstelling van de kraanman – als een *aanneming* gekwalificeerd, dan was de terbeschikkingsteller als uitvoeringsagent opgetreden, zodat hij geen buitencontractuele aansprakelijkheid zou kunnen oplopen tegenover de hoofdopdrachtgever voor wiens opdracht de zaak wordt aangewend.⁷⁰⁹

165. De kwalificatie van de *hoofdovereenkomst* als huur roept voor de toepassing van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent evenzeer problemen op. De centrale vraag komt hierop neer te weten of een onderaannemer die voor een huurder aan of in een goed bepaalde werken uitvoert,

⁷⁰⁸ Brussel 10 oktober 1974, *R.W.* 1975-76, 1242. In de overeenkomst tussen de stuwadoor en de stad was ten voordele van laatstgenoemde evenwel een vrijwaringsbeding opgenomen, zodat het risico uiteindelijk op de stuwadoor komt te liggen. Had het hof evenwel de stad als een uitvoeringsagent beschouwd, dan was die niet buitencontractueel aansprakelijk geweest, zoals Vandenberghe en Herbots terecht opmerken (H. VANDENBERGHE, M. VANQUICKENBORNE, P. HAMELINK, "Overzicht", *T.P.R.* 1980, p. 1473, nr. 248. Herbots voegt er nog aan toe dat die twee redeneringen uiteindelijk geen praktisch verschil uitmaken en dus – wegens gemis aan belang – geen grond tot cassatie kunnen opleveren (J. HERBOTS, *o.c.*, *R.W.* 1975-76, kol. 1249, nr. 12). Bij een omgekeerde beslissing van het Brusselse Hof zou het vereiste belang er wel geweest zijn. Wanneer de stuwadoor (b.v. wegens faillissement) insolvent zou zijn, dan rust het risico van die insolventie in de redenering van het Brusselse Hof op de stad Antwerpen. In de andere redenering als zou de stad Antwerpen een uitvoeringsagent zijn, rust het risico van insolventie van zijn medecontractant evenwel op de hoofdopdrachtgever, aangezien de uitvoeringsagent niet rechtstreeks aansprakelijk zou zijn).

⁷⁰⁹ J. HERBOTS, *o.c.*, *R.W.* 1975-76, kol. 1245, nr. 5.

al dan niet aansprakelijk is jegens de verhuurder van dit goed wanneer hij daaraan schade heeft berokkend. Kan de onderaannemer tegenover de verhuurder al dan niet de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent inroepen?

Op het eerste gezicht is er geen reden om de toepassing van de quasi-immuniteit uit te sluiten. De huurder heeft ten aanzien van de verhuurder de verbintenis om aan de gehuurde zaak de nodige zorg te besteden, terwijl ook de aannemer en de onderaannemer de verbintenis op zich nemen om voor dat goed zorg te dragen.

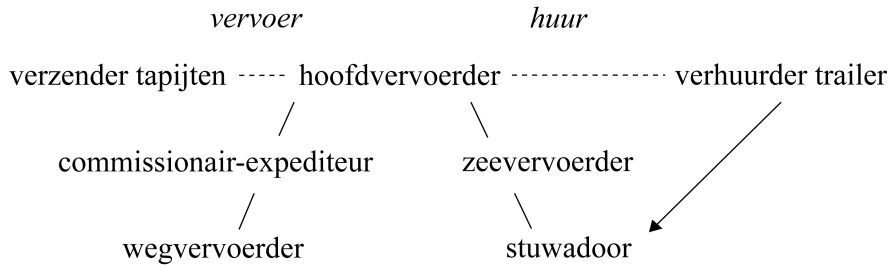
In die lijn werd dan ook instemmend gereageerd op het vonnis van de vrederechter van Torhout in het volgende geval (Vred. Torhout 11 april 1995, *R.W.* 1996-97, 1302). Een uitbater van een boetiek wou in zijn gehuurd pand een modeshow houden, waarvan hij de organisatie overliet aan een derde, die op zijn beurt de opbouw van het podium aan nog een andere onderneming had uitbesteed. Bij de opbouw van het podium had die laatste heel wat schade aan het gebouw van de verhuurder/eigenaar van het handelspand berokkend.

Gevat door een rechtstreekse aanspraak van de verhuurder tegen de persoon die het podium had opgebouwd, oordeelde de vrederechter dat de podiumbouwer als uitvoeringsagent niet rechtstreeks tegenover de verhuurder aansprakelijk is, ook al ligt de band tussen de samenhangende overeenkomsten slechts in de uitvoering van een *accessoire* verbintenis van de aannemingsovereenkomst, met name de verbintenis om het gehuurde goed niet te beschadigen.

Alhoewel de eigenaar van het handelspand op geen enkele wijze met de modeshow van doen heeft, past de Torhoutse vrederechter de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent toch toe, omdat ook de podiumbouwer er contractueel tegenover zijn medecontractant toe gehouden is om het gehuurde goed niet te beschadigen.

Het centrale toepassingscriterium voor de toepassing van de quasi-immuniteit is inderdaad gelegen in de identiteit van de verbintenis uit de hoofdovereenkomst en de verbintenis uit de overeenkomst die de uitvoeringsagent (in eerste, tweede, ... graad) uitvoert, ongeacht de aard van die twee overeenkomsten.

166. De verrassing was dan ook groot toen het Hof van Cassatie op 1 juni 2001 een tweede stuwadoorsarrest velde, die met het genoemde vonnis van de vrederechter niet verzoenbaar lijkt te zijn. Het minste wat kan worden gezegd, is dat het arrest aanleiding geeft tot heel wat interpretatiemoeilijkheden over het toepassingsgebied dat het Hof van Cassatie aan de quasi-immuniteit wil geven. Voor een goed begrip van de feiten geef ik hierbij schematisch de feiten weer:



Voor het vervoer van tapijten doet een hoofdvervoerder een beroep op een verhuurder van trailers. Voor het uitvoeren van het wegvervoer van Ronse naar Zeebrugge schakelt hij een commissionair-expediteur in, die op zijn beurt van de diensten van een wegvervoerder gebruik maakt. Voor het uitvoeren van het zeevervoer van Zeebrugge naar Groot-Brittannië doet de hoofdvervoerder een beroep op de diensten van een zeevervoerder, die in de haven van Zeebrugge een stuwadoor inschakelt.

Vóór het stuwen werden de in de trailer geladen tapijten op de terreinen van de stuwadoor bewaard, maar werden ze door onbekenden bestolen. De interessante vraag die het Hof van Cassatie te beoordelen kreeg, was of de eigenaar van de trailer de stuwadoor rechtstreeks kon aanspreken.

Het Hof van Beroep te Gent had geoordeeld dat de vordering onontvankelijk was, omdat een niet-zuiver contractuele fout noch een niet-zuiver contractuele schade waren aangetoond. In de cassatievoorziening werd aan dit arrest onder meer verweten dat het de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent had toegepast op aanspraken van derden die niet de medecontractant van de opdrachtgever van de stuwadoor waren.

Na een herhaling van de klassieke voorwaarden van de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent somt het Hof de door hem drie relevant geachte feitelijke vaststellingen van de feitenrechters op: 1) de hoofdvervoerder heeft van een onderneming één van diens trailers gehuurd, 2) de trailer werd door de hoofdvervoerder toevertrouwd aan de commissionair-expediteur die enkel het landvervoer had georganiseerd, en 3) de stuwadoor is als uitvoeringsagent van de zeevervoerder opgetreden. In een derde stap van zijn redenering stelt het Hof – en dit is de overweging die de nodige kopbrekens bezorgt – dat de schadelijders in hun beroepsconclusies “(tussen de verhuurder van de trailer en) de vervoerders, waaronder de zeevervoerder (...) elke contractuele band terzake van het vervoer ontkend hadden”. Precies omwille van die ontkenning waren de genoemde feitelijke vaststellingen volgens het Hof niet voldoende, opdat de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent ten voordele van de stuwadoor in zijn verhouding met de eigenaar van de trailer van toepassing zou zijn. Opdat de stuwadoor zich op de quasi-immuniteit had kunnen beroepen, had de

feitenrechter met andere woorden moeten vaststellen dat de verhuurder van de trailer wel degelijk terzake van het vervoer een contractuele band met de vervoerders, waaronder de zeevervoerder, had.

167. Aangezien het Hof van Cassatie zich niet nader verklaart, is het gissen naar de motivering van die uitspraak. Waarin ligt het onderscheid met het bovengenoemde geval van de organisatie van de modeshow of zouden ook de vaststellingen van de Torhoutse vrederechter de cassatietoets niet hebben doorstaan? Voor de toepassing van de quasi-immuniteit is het alvast niet voldoende dat er een ketting van nauw verbonden contracten voorhanden is, zoals hier één voor de huur van de trailer, één voor het landvervoer en één voor de zeevervoeroperatie.

Het valt niet licht om de juiste draagwijdte in te schatten van de overweging dat er *terzake van het vervoer* geen contractuele band bestaat tussen de verhuurder van de trailer en de vervoerders waaronder de zeevervoerder (of althans, dat die door de schadelijders was ontkend).

Het Hof zegt niet dat er tussen de verhuurder van de trailer en de hoofdvervoerder geen overeenkomst voorligt (die is er wel, met name een huurovereenkomst), maar enkel dat er tussen beide *terzake van het vervoer* geen contractuele band bestaat. Eén van de sleutels om dit arrest te begrijpen, moet dus wel liggen in de woorden *terzake van het vervoer*.

Een andere sleutel moet liggen in de ietwat verrassende bewoordingen dat er met de vervoerders *waaronder de zeevervoerder* geen contractuele band voorhanden is. Verrassend omdat het uit het feitenrelaas vanzelf spreekt dat er tussen de trailerverhuurder en de zeevervoerder geen contractuele band bestaat.

De combinatie van de twee sleutels leert dus dat de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent niet van toepassing is omdat er tussen de trailerverhuurder en de zeevervoerder geen contractuele band bestaat. Er bestaat geen contractuele band, niet in de zin dat er tussen beide geen overeenkomst bestaat, maar wel in de zin dat de trailerverhuurder met het vervoer niets van doen heeft.

In ieder geval is de band tussen de huurovereenkomst en de vervoerketting niet voldoende opdat de quasi-immuniteit van toepassing zou zijn. De band tussen de twee rechtsverhoudingen is niet dicht genoeg.

Om die reden zou men de link kunnen leggen met het arrest van de vervuilde visvijver, waarin een uitvoeringsagent van de stookolieleverancier van een buur van de eigenaar van een visvijver aan die laatste door een onzorgvuldig handelen de verontreiniging van de vijver veroorzaakt. Als volledig derde ten aanzien van de overeenkomst tussen de stookolieleverancier en de buur, kan de eigenaar van de visvijver de uitvoeringsagent

rechtstreeks aanspreken zonder dat hij moet bewijzen dat de restrictieve voorwaarden van de stuwadoorsrechtspraak zijn vervuld.⁷¹⁰

In het tweede stuwadoorsarrest is de stuwadoer ten aanzien van de trailereigenaar wel niet een volledig derde vermits alle betrokken partijen via kettingen van overeenkomsten met elkaar verbonden zijn, maar de band tussen de verschillende rechtsverhoudingen is niet voldoende nauw geacht opdat de quasi-immuniteit van toepassing zou zijn.

En toch. Waarom kan niet gezegd dat de stuwadoer onder meer is opgetreden ter uitvoering van een verbintenis van zijn opdrachtgever om voor de trailer goed zorg te dragen? Waarom is het niet veeleer relevant dat er *terzake van de huur* al dan niet een contractuele band bestaat tussen de trailerverhuurder en de zeevervoerder? Is het niet vreemd dat het Hof stelt dat een professioneel trailerverhuurder *terzake van het vervoer* geen band met de vervoerders heeft?

Het Hof van Cassatie lijkt met zijn arrest het toepassingsgebied van de quasi-immuniteit te willen inperken (wat ons inziens alleen maar kan worden toegejuicht), maar het blijft onduidelijk welk criterium het hof hanteert om dit gebied af te bakenen. In ieder geval wordt de rechtzekerheid van de theorie van de quasi-immuniteit nog denkbeeldiger dan ze al was.⁷¹¹

7. Geen opgedrongen tussenkomst

168. In de standaard situatie wordt een uitvoeringsagent door de hoofdschuldenaar aan de hoofdopdrachtgever als het ware “opgedrongen”. In andere gevallen kan die ingeschakelde persoon ook aan de hoofdschuldenaar zijn opgedrongen, hetzij als gevolg van de wil van de hoofdopdrachtgever, hetzij als gevolg van een (aan de hoofdopdrachtgever én de hoofdschuldenaar) externe factor. Geniet een dergelijke hulppersoon dan nog van een quasi-immuniteit?⁷¹²

169. In geval van een door de hoofdopdrachtgever opgedrongen persoon (zgn. hypothese van de benoemde, opgelegde of voorgeschreven uitvoeringsagent) wordt de quasi-immuniteit niet uitgeschakeld door het feit

⁷¹⁰ Cf. *supra*, nr. 124, 148 of *infra*, nr. 485. Dit is wellicht de interpretatie van I. Boone en S. Mosselmans, *o.c.*, *A.J.T.* 2001-2002, p. 369, nr. 37-38.

⁷¹¹ Het is te verwachten dat het Hof van Cassatie in de nabije toekomst over vergelijkbare gevallen zal moeten oordelen.

⁷¹² De feitelijke of de juridische noodzaak om een uitvoeringsagent in te schakelen, vormt in principe geen belemmering voor de contractuele aansprakelijkheid van de hoofdschuldenaar, tenzij (vooral als de jure) de omvang van de persoonlijk aangegane verbintenissen tot het inschakelen van een rechtens bevoegd of bekwaam persoon beperkt blijft (C. PAUWELS, *Hulppersonen of uitvoeringsagenten*, p. 160-165, nr. 128-134).

alleen van de opgedrongen tussenkomst, maar veeleer door het potentiële bestaan van een rechtstreekse contractuele relatie tussen de hoofdopdrachtgever en de ingeschakelde hulppersoon. Een hoofdschuldenaar blijft trouwens tegenover de hoofdopdrachtgever zelf aansprakelijk voor de fouten van een benoemde uitvoeringsagent, tenzij de hoofdschuldenaar een uitdrukkelijk voorbehoud heeft geformuleerd en er tussen de hoofdopdrachtgever en de uitvoeringsagent een contractuele band kan worden aangetoond.⁷¹³

170. Een element dat meer doorslaggevend kan zijn om de theorie van de quasi-immuniteit uit te sluiten, is dat een uitvoeringsagent door een externe factor is opgedrongen. Dit doet zich onder meer voor bij de opdracht tot het uitvoeren van een bankoverschrijving waarbij de rekening van de begunstigde wordt gehouden bij een andere bank dan de bank die de rekening van de opdrachtgever houdt.⁷¹⁴ Wanneer de (tweede) bank van de begunstigde als de uitvoeringsagent van de (eerste) bank van de opdrachtgever moet worden beschouwd, is ze buitencontractueel niet rechtstreeks aansprakelijk tegenover de cliënt-opdrachtgever.⁷¹⁵ Volgens Van Ryn en Heenen mist de bank van de begunstigde evenwel de hoedanigheid van uitvoeringsagent, omdat zij zowel aan de opdrachtgever als aan diens eigen bank wordt opgedrongen.⁷¹⁶

Een andere illustratie biedt de driehoeksverhouding cliënt – advocaat – gerechtsdeurwaarder. Alhoewel sommigen een gerechtsdeurwaarder als een uitvoeringsagent van een opdrachtgevende advocaat beschouwen,⁷¹⁷ is een meerderheid het erover eens dat de hoedanigheid van uitvoeringsagent niet strookt met het wettelijke monopolie van gerechtsdeurwaar-

⁷¹³ E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 349, nr. 10. Voor een uitgebreide en genuanceerde behandeling, zie C. PAUWELS, *Hulppersonen of uitvoeringsagenten*, p. 172-183, nr. 141-146 (voor de minder verregaande hypothese van kennis, inspraak of goedkeuring door de hoofdschuldeiser, p. 166-170, nr. 136-138). Cf. *infra*, nr. 242.

⁷¹⁴ Antwerpen 26 oktober 1993, *T. Not.* 1994, 79: in casu had een leningsmaatschappij aan haar eigen bank een tweede bank aangeduid die een overschrijvingsopdracht moest uitvoeren (toepassing van art. 1994, tweede lid B.W.).

⁷¹⁵ P. WERY, “La nature juridique du virement bancaire de fonds”, *J.T.* 1988, p. 389, nr. 21. Zie de verwijzing in A. BRUYNEEL, “Le virement”, in C.-G. WINANDY, H. CASMAN, J. DE GAVRE (eds.), *La Banque dans la vie quotidienne*, Brussel, J.J.B., 1986, p. 382, noot 98.

⁷¹⁶ Zie J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 327, nr. 445, p. 332-333, nr. 451 (de aansprakelijkheid van de tweede bank kan worden gegrond op de toetreding tot een instelling door de eenzijdige wilsuïting van alle partijen, zoals bij vervoercontracten). Zie ook M.F. ANTOINE, “Questions de responsabilité soulevées par l’exécution d’un ordre de virement erronément libellé” (noot onder Bergen 2 december 1987), *D.C.C.R.* 1989-90, p. 61, noot 15.

⁷¹⁷ J. LEYSEN, K. SEYEN, “De gerechtsdeurwaarder als “arm” van de advocaat”, *Rec. Cass.* 1997, (45) 48.

ders.⁷¹⁸ Voor een uit te voeren handeling kan een advocaat weliswaar op een andere gerechtsdeurwaarder een beroep doen, maar hij kan de handeling niet toevertrouwen aan een niet-gerechtsdeurwaarder en, mijns inziens belangrijker, hij kan de handeling niet eens zelf verrichten. In die zin is ook de tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder aan advocaten opgedrongen.⁷¹⁹

In dezelfde lijn is ten slotte ook een architect die een opdracht van een bouwpromotor heeft gekregen, geen uitvoeringsagent, aangezien een promotor over de titel noch het monopolie van het architectenberoep beschikt.⁷²⁰ De gepubliceerde rechtspraak zaait toch wel wat twijfel. Volgens een arrest van het Hof van Beroep te Bergen van 11 februari 1992 is de architect die door een promotor werd ingeschakeld, toch nog een uitvoeringsagent die zich op de quasi-immuniteit kan beroepen.⁷²¹ Volgens een later arrest van hetzelfde hof van 12 maart 1998⁷²² kan de cliënt van een aannemer de door de aannemer ingeschakelde architect wel contractueel aanspreken op grond van tienjarige aansprakelijkheid jo. art. 1122 B.W.,⁷²³ alhoewel een dergelijke vordering in België enkel met een verkoopovereenkomst en niet met een aannemingsovereenkomst overgaat.⁷²⁴ Dit laatste arrest heeft als voordeel dat er aldus geen discriminatie ontstaat tussen de cliënten van een aannemer en die van een promotor-verkoper in hun verhouding tot de architect.

171. Als een uitvoeringsagent door een externe factor is opgedrongen, geniet hij dus niet langer van de quasi-immuniteit of, beter, kan hij niet langer een uitvoeringsagent worden genoemd. Dit geldt alleen voor externe factoren die hun oorzaak vinden in het rechtssysteem of het economische *systeem*, maar niet voor economische wetmatigheden die beperkt blijven tot de persoon van de hoofdschuldenaar, zoals een beperking van tijd en middelen. Dergelijke wetmatigheden zijn trouwens niet meer extern te noemen, maar hangen vast aan de persoon van de hoofdschuldenaar (intern). Dit is ook de reden waarom een orgaan van een privaat- of publiekrechtelijk rechtspersoon ook nog een uitvoeringsagent

⁷¹⁸ Zie het overzicht van de verschillende visies in I. CLAEYS, "Over de driehoeksverhouding cliënt – advocaat – gerechtsdeurwaarder" (noot onder Antwerpen 16 februari 1998), *R.W.* 1998-99, 93-97.

⁷¹⁹ Cf. *infra*, nr. 243 et seq.

⁷²⁰ J.-P. VERGAUWE, "Action directe dans le droit de la construction", *T. Aann.* 1998, 222.

⁷²¹ Bergen 11 februari 1992, *J.L.M.B.* 1994, 542.

⁷²² Bergen 12 maart 1998, *J.L.M.B.* 2000, 152, noot J.-F. HENROTTE.

⁷²³ J.-F. HENROTTE, "Les actions en responsabilité contractuelle dirigées à l'encontre des architectes et entrepreneurs se transmettent-elles aux clients des promoteurs?" (noot onder Bergen 12 maart 1998), *J.L.M.B.* 2000, 154.

⁷²⁴ Cf. *infra*, nr. 428 et seq.

kan zijn: het feit dat hij aan de betroffen rechtspersoon ook is opgedrongen, vloeit precies voort uit de eigen of *interne* aard van een rechtspersoon.⁷²⁵

B. Niet-relevante criteria

1. Aard hoofdovereenkomst

172. In de eerste plaats is de aard van de hoofdovereenkomst op zich niet relevant. Zoals al gauw uit de latere cassatierechtspraak is gebleken, reikt het bereik van de quasi-immuniteit verder dan de vervoerovereenkomst die de hoofdovereenkomst in het eerste stuwadoorsarrest vormde.⁷²⁶

Zo is de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent ook toepasselijk op een hoofdovereenkomst van elektriciteitsdistributie,⁷²⁷ een pandovereenkomst,⁷²⁸ een verkoopovereenkomst⁷²⁹ of een verzekeringsmakelarijovereenkomst.⁷³⁰

Zoals gezegd, legt het Hof van Cassatie het accent op de verbintenis en niet op – wat in vroegere rechtspraak wel eens gebeurde – de overeenkomst.⁷³¹ Aldus is de aard van de hoofdverbintenis en de erdoor bepaalde kwalificatie van een bijzondere overeenkomst niet doorslaggevend.⁷³² De band tussen beide overeenkomsten hoeft niet noodzakelijkerwijze in de hoofdverbintenis te liggen, maar kan evengoed door accessoire verbintenissen worden gevormd,⁷³³ zij het onder de onzekere beperking die uit de recente cassatierechtspraak voortvloeit.⁷³⁴

⁷²⁵ Vgl. P. COLLE, “De la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de société”, *R.G.A.R.* 1986, nr. 11.076, nr. 11.

⁷²⁶ Zie reeds van in den beginne A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.* 1977-78, kol. 1307, nr. 4 met verdere verwijzingen.

⁷²⁷ Zie Cass. 3 december 1976, *R.W.* 1977-78, kol. 1303, noot A. VAN OEVELEN, *R.C.J.B.* 1978, 426, noot R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, *R.G.A.R.* 1978, nr. 9.908, maar cf. *supra*, nr. 146-147 voor de beperkte reikwijdte van dit arrest.

⁷²⁸ Cass. 15 september 1977, *Pas.* 1978, I, 57, *R.W.* 1978-79, 325, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1978, 423, noot F. GLANSDORFF, R.O. DALCQ, *R.G.A.R.* 1979, nr. 10.074, verwijzende noot.

⁷²⁹ Cass. 8 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 934, *Pas.* 1983, I, 834, *R.W.* 1983-84, kol. 163, noot J. HERBOTS.

⁷³⁰ Cass. 7 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *T.B.B.R.* 1998, 153, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1999, 730, noot V. SIMONART.

⁷³¹ Cf. *supra*, nr. 146 et seq.

⁷³² Voor een illustratie van de wijze waarop de kwalificatie van bijzondere contracten een vertekend beeld kan geven, zie J. HERBOTS, *o.c.*, *R.W.* 1975-76, kol. 1246, nr. 7 (cf. *supra*, nr. 164).

⁷³³ Zie o.m. C. PAUWELS, *Hulpverleners van uitvoeringsagenten*, p. 235, nr. 193.

⁷³⁴ Cf. *supra*, nr. 164 et seq.

2. Chronologie

173. Vereist de kwalificatie van een persoon als uitvoeringsagent dat zijn overeenkomst tot uitvoering van andermans verbintenis chronologisch ná de hoofdovereenkomst tot stand komt?⁷³⁵ Is de rangorde van het ogenblik van het *sluiten* van de hoofd- en uitvoeringsovereenkomst doorslaggevend? Het valt moeilijk om uit de rechtspraak aanknopingspunten voor dit vraagstuk te vinden.

Verder zal blijken dat de cassatierechtspraak het voordeel van de quasi-immuniteit op dezelfde wijze aan een aangestelde én aan een zaakvoerder toekent als aan een zelfstandige hulppersoon. Welnu, een arbeidsovereenkomst⁷³⁶ en een bestuursovereenkomst gaan in de tijd vaak aan het hoofdcontract vooraf. Toch betekent die gelijkschakeling nog niet dat er geen chronologievereiste bestaat. Integendeel, een dergelijk vereiste zou mede kunnen verklaren waarom het Hof van Cassatie bij het toepassingsgebied van de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent de aangestelde en het orgaan náást de uitvoeringsagent *sensu stricto*⁷³⁷ vernoemt.

Het Brusselse Hof van Beroep kreeg een geval te beslechten, waarbij een aannemer een gebouw nog niet volledig had afgewerkt, maar de eigenaar van dit gebouw toch al een appartement had verhuurd. De huurder kwam schade te lijden doordat er zonder enige waarschuwing op de trap van het gebouw allerlei bouw materiaal rondslingerde. Waar de annotator bij het arrest ervoor pleit de aannemer als een uitvoeringsagent van de verhuurder te beschouwen zodat hij tegenover de huurder niet buitencontractueel aansprakelijk zou zijn, oordeelde het Hof dat de aannemer tegenover de schadelijgende huurder buitencontractueel aansprakelijk is.⁷³⁸ Betekent dit arrest in het licht van het chronologievereiste dat de kwalificatie als uitvoeringsagent precies niet werd weerhouden omdat de aannemingsovereenkomst vóór de huurovereenkomst werd gesloten? In tegenstelling tot de situatie bij arbeids- of bestuursovereenkomsten, vindt de nakoming van de aanneming zowel vóór als ná de huur plaats, wat er meteen op wijst dat de verbintenis van de aannemer volledig van de uitvoering van

⁷³⁵ Bergen 11 februari 1992, *J.L.M.B.* 1994, 542 (promotiecontract en voorafgaande conceptie architect): “*qu’il n’importe peu que le travail de conception des architectes ait eu lieu avant même la signature du contrat entre le promoteur et ses clients dès lors que la conception est englobée dans le contrat de promotion*” (architect als uitvoeringsagent). Zie ook P. HENRY, “La nature de l’action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire” (noot onder Luik 26 mei 1992), *J.L.M.B.* 1995, 256-257. Vgl. J.N. ADAMS, R. BROWNSWORD, “Privity and the concept of a network contract”, (1990) 12 *Legal Studies*, (12) 29 (in hun conceptie van een *network contract* is de chronologie niet relevant).

⁷³⁶ Zie in die zin C. PAUWELS, *Hulpverleners of uitvoeringsagenten*, p. 142, nr. 113.

⁷³⁷ Cf. *infra*, nr. 178.

⁷³⁸ Brussel 1 juni 1995, *Huurrecht* 1996, 90, noot P. DE SMEDT (in solidum met de verhuurder).

de huurovereenkomst los staat. De band tussen de twee overeenkomsten is er niet zomaar één van uitvoering; ook vóór het ontstaan van de huurovereenkomst moest de aannemer waken over de veiligheid van derden. Het is dan ook om die reden en niet omwille van enige chronologievereiste dat de aannemer in casu geen uitvoeringsagent kan worden genoemd.

De aannemer die nalaat voor rondslingerend bouw materiaal te waar schuwen, komt een eigen verbintenis niet na, waartoe hij ook los van het bestaan van de huurovereenkomst is gehouden. Wat de arbeids- of bestuursovereenkomsten betreft, is het op het ogenblik van het sluiten van die overeenkomsten daarentegen voorzienbaar dat de werknemer en de bestuurder in de uitvoering van bepaalde overeenkomsten zullen tussenkomen.

Het feitencomplex van het landmetersarrest⁷³⁹ is een andere illustratie waarbij zowel het sluiten als het uitvoeren van het zogenaamde uitvoeringscontract vóór het zogenaamde hoofdcontract plaatsvindt. Volgens dat arrest is een landmeter tegenover een koper van een perceel ook buitencontractueel aansprakelijk wanneer hij vóór de koop door de verkoper van het perceel was aangenomen om de afmetingen van het perceel grond vast te leggen. Is de landmeter gewoon geen uitvoeringsagent omdat zijn contract vóór de “hoofdovereenkomst” tot stand kwam of ligt een andere, meer fundamentele reden voor? Staat de verbintenis van de landmeter niet volledig los van het bestaan van de koopovereenkomst? Van de landmeter kan moeilijk worden gezegd dat hij andermans verbintenis uitvoert omdat die verbintenis op het ogenblik van de uitvoering gewoon nog niet bestaat. Als er dan al een chronologievereiste wordt gesteld, dan vloeit die met andere woorden voort uit het vereiste van een welbepaalde band die tussen de verschillende contractanten moet bestaan⁷⁴⁰ en is het dan ook geen afzonderlijk criterium voor de toepassing van de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent.

3. Omvang

174. De verhouding van de omvang van de opdracht van een uitvoeringsagent tegenover de omvang van de verplichtingen van de hoofdschuldenaar is evenmin relevant. Hoe eng of hoe breed de opdracht van de handelende persoon ook omschreven mag zijn, hij blijft een uitvoeringsagent, in beide

⁷³⁹ Cass. 27 september 1974, *Arr. Cass.* 1975, 125, *Pas.* 1975, I, 113, *R.W.* 1974-75, 944, *T. Not.* 1975, 37, verwijzende noot. Dit arrest ging meer specifiek over de doorwerking van een exoneratieclausule. Lang geleden ging het al over het principe van de aanspraak op zich in J. VAN RYN, “Zijn contractuele fout en verantwoordelijkheid tegenover derden uitgesloten?”, *R.W.* 1934-35, kol. 161-166.

⁷⁴⁰ Cf. *supra*, nr. 164 et seq.

extremen, zowel wanneer hij het geheel van de verplichtingen overneemt⁷⁴¹ als wanneer hij zich tot de uitvoering van een accessoire verplichting beperkt.⁷⁴² Waar het Hof van Cassatie vroeger letterlijk de woorden in de mond nam dat een uitvoeringsagent de opdracht heeft om een hoofdovereenkomst “geheel of gedeeltelijk uit te voeren”,⁷⁴³ komt de huidige formulering volgens welke een uitvoeringsagent vervangt “om een contractuele verbintenis uit te voeren”, op hetzelfde neer, aangezien uit een overeenkomst een pluraliteit van verbintenissen kan voortvloeien.

4. Tweede graad

175. Een uitvoeringsagent in tweede (derde, ... tot in de oneindige) graad geniet evenzeer van de quasi-immuniteit.⁷⁴⁴ Hierdoor wordt het toepassingsgebied van die theorie sterk uitgebreid, temeer daar de identiteit van verbintenissen ook op een accessoire verbintenis kan slaan, terwijl de hoofdverbintenissen totaal verschillend kunnen zijn.

Zo is de toepassing van de quasi-immuniteit denkbaar bij een opeenvolging van een huur- en twee aannemingsovereenkomsten: met betrekking tot de accessoire verbintenis tot bewaring en bewaking van het gehuurde goed als een goed huisvader is de onderaannemer tegenover de verhuurder de uitvoeringsagent in tweede graad van de huurder.⁷⁴⁵ Terzake is wel rekening te houden met het hierboven reeds besproken maar qua draagwijdte onzekere cassatiearrest van 1 juni 2001.⁷⁴⁶

⁷⁴¹ Zie Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, concl. P. MAHAUX, *Pas.* 1974, I, 376, concl. P. MAHAUX, *R.W.* 1973-74, kol. 1597, noot J. HERBOTS, *Eur. Vervoer.* 1974, 534, noot M. FALLON, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9.317, noot J.-L. FAGNART, *J.T.* 1974, 443, *T. Aann.* 1975, 181, noot A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *R.C.J.B.* 1976, 15, noot R.O. DALCQ, F. GLANS-DORFF: “geheel of gedeeltelijk” (*en tout ou en partie*).

⁷⁴² Vred. Torhout 11 april 1995, *R.W.* 1996-97, 1302 (bewaking en bewaring van gehuurd goed).

⁷⁴³ Zie het eerste stuwadoorsarrest van Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, concl. P. MAHAUX, *Pas.* 1974, I, 376, concl. P. MAHAUX, *R.W.* 1973-74, kol. 1597, noot J. HERBOTS, *Eur. Vervoer.* 1974, 534, noot M. FALLON, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9.317, noot J.-L. FAGNART, *J.T.* 1974, 443, *T. Aann.* 1975, 181, noot A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *R.C.J.B.* 1976, 15, noot R.O. DALCQ, F. GLANS-DORFF.

⁷⁴⁴ P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution des contrats de services par autrui”, 253. Zie i.v.m. de contractuele aansprakelijkheid voor uitvoeringsagenten: H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, p. 1468, nr. 245.

⁷⁴⁵ Vred. Torhout 11 april 1995, *R.W.* 1996-97, 1302 (handelshuur-aanneming-onderaanneming: organisatie modeshow). Instemmend A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Kluwer, XXVIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000, p. 182, nr. 245.

⁷⁴⁶ Cf. *supra*, nr. 166 et seq.

5. Samenhangende overeenkomst

176. Al komt de hypothese minder vaak voor en al is ze niet de centrale bekommernis van dit proefschrift, toch is de theorie van de quasi-immuniteit ook buiten het geval van samenhangende overeenkomsten van toepassing. Elkeen die een contractant helpt bij de uitvoering van diens overeenkomst, ook al is hij daartoe met die contractant niet door een overeenkomst verbonden, is een uitvoeringsagent. Zo haalt Dirix het voorbeeld aan van “*toevallige passanten bij het lossen van een voertuig*”.⁷⁴⁷

C. Personeel toepassingsgebied

177. Eerder werd hier en daar al het probleem aangekaart of de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent evenzeer van toepassing is op een aangestelde (1) of op een orgaan van een privaot- of publiekrechtelijk rechtspersoon (2).

1. Aangestelde

178. Al van bij de aanvang van de rechtspraak met betrekking tot de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent geniet ook een aangestelde van de quasi-immuniteit.⁷⁴⁸ De categorie van aangestelden omvat niet alleen de ondergeschikte contractpartijen bij een arbeidsovereenkomst, maar ook, in de zin van art. 1384 derde lid B.W., degenen die anderszins in een ondergeschikt verband staan.⁷⁴⁹

Wat de verhouding tussen uitvoeringsagent⁷⁵⁰ en aangestelde betreft, beweren sommigen stellig dat een aangestelde geen uitvoeringsagent is.

⁷⁴⁷ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 45-46, nr. 46 (in de context van de contractuele aansprakelijkheid voor de daad van zijn uitvoeringsagent, maar in het kader van de persoonlijke aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent toepasselijk). Zie ook instemmend C. PAUWELS, *Hulpverleners of uitvoeringsagenten*, p. 142, nr. 113.

⁷⁴⁸ Reeds vermeld in Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, concl. P. MAHAUX, *Pas.* 1974, I, 376, concl. P. MAHAUX, *R.W.* 1973-74, kol. 1597, noot J. HERBOTS, *Eur. Vervoer.* 1974, 534, noot M. FALLON, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9.317, noot J.-L. FAGNART, *J.T.* 1974, 443, *T. Aann.* 1975, 181, noot A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *R.C.J.B.* 1976, 15, noot R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF. Toepassingen in Cass. 15 september 1977, *Pas.* 1978, I, 57, *R.W.* 1978-79, 325, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1978, 423, noot F. GLANSDORFF, R.O. DALCQ, *R.G.A.R.* 1979, nr. 10.074, verwijzende noot, *R.P.S.* 1979, 32 (verloren pand); Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 244, *R.C.J.B.* 1992, 497, noot R.O. DALCQ.

⁷⁴⁹ A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 192, nr. 21; W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 254.

⁷⁵⁰ Het begrip “*agent*” wordt trouwens voor de eerste keer gebruikt, naast de begrippen aangestelde en orgaan, in het Samkha-arrest (Cass. 7 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *T.B.B.R.* 1998, 153, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1999, 730, noot V. SIMONART).

In die optiek is enkel een *auxiliaire non préposé* een uitvoeringsagent,⁷⁵¹ terwijl een aangestelde een *auxiliaire préposé* zou zijn.

De discussie is eerder steriel en is vlug opgelost door een onderscheid te maken tussen een uitvoeringsagent *sensu stricto* en *sensu lato*. *Sensu stricto* wijst het begrip op een zelfstandige persoon die bij de uitvoering van andermans verbintenissen wordt ingeschakeld. In die zin gebruikt het Hof van Cassatie het begrip uitvoeringsagent (náást de aangestelde). *Sensu lato* wijst het begrip dan ook op die personen die van de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent genieten, zodat het ook aangestelden⁷⁵² (en organen van rechtspersonen) omvat. Zo omschrijft Dirix hulppersonen⁷⁵³ of uitvoeringsagenten in het algemeen als “*al diegenen van wie de schuldenaar zich bedient bij de uitvoering van zijn contractuele verbintenissen.*”⁷⁵⁴ Vandenberghe spreekt dan weer van afhankelijke én onafhankelijke uitvoeringsagenten.⁷⁵⁵ Moreau-Margrève vraagt zich dan ook af waarom het Hof van Cassatie een driedelige formule gebruikt in plaats van het *sensu lato* begrip.⁷⁵⁶

Over de verhouding tussen de jurisprudentiële quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent *sensu lato* en de wettelijke immuniteit van de werknemer krachtens art. 18 W.A.O. (niet-aansprakelijkheid tenzij voor bedrog, zware fout en eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomende lichte fout) bestaat er minder betwisting. De werknemer geniet met name van beide immuniteiten, waarbij diens aansprakelijkheid eerst wordt getoetst aan de jurisprudentiële grens en vervolgens, voorzover de grens is overschreden, aan de genoemde wettelijke barrière.⁷⁵⁷

⁷⁵¹ Zie o.m. E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 348, nr. 8; G. VINEY, “Groupes de contrats et responsabilité du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 359, nr. 21. Een juridisch gezien weinig zinvol onderscheid is dat tussen de *auxiliaire* (bijstand) en *substitut* (vervanging), zie o.m. C. PAUWELS, *Hulppersonen of uitvoeringsagenten*, p. 120-121, nr. 95; P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution des contrats de services par autrui”, 238.

⁷⁵² In die zin ook L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 121, nr. 71; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 45, nr. 46; R. KRUITHOF, “Overzicht”, *T.P.R.* 1983, p. 612, nr. 107; A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 192, nr. 21; C. PAUWELS, *Hulppersonen of uitvoeringsagenten*, p. 117, nr. 94 (geen element in definitie); V. SIMONART, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1999, p. 742, nr. 11; P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution des contrats de services par autrui”, 238. Zie ook C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 346, nr. 402. Sommigen spreken van een pleonasme, wanneer het Hof spreekt van “*aangestelden en uitvoeringsagenten*” (zie I. MOREAU-MARGRÈVE, C. BIQUET-MATHIEU, A. GOSSELIN, “Grands arrêts récents en matière d’obligations”, *Act. Dr.* 1997, 43, noot 115).

⁷⁵³ Een synoniem voor het begrip uitvoeringsagent, zoals ook aangewend in Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 244, *R.C.J.B.* 1992, 497, noot R.O. DALCQ.

⁷⁵⁴ E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 348, nr. 8.

⁷⁵⁵ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, p. 1468, nr. 245.

⁷⁵⁶ I. MOREAU-MARGRÈVE, A. GOSSELIN, “Grands arrêts récents en matière de responsabilité civile”, *Act. Dr.* 1998, 454.

⁷⁵⁷ H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 177, nr. 17.

2. Orgaan van rechtspersoon

179. Onder vennootschapsjuristen was er lange tijd onenigheid over de vraag of een orgaan van een vennootschap van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent kan genieten indien dit orgaan in verband met de onzorgvuldige uitvoering van een eerder aangegane contractuele verbintenis van die vennootschap wordt aangesproken.⁷⁵⁸ Van Ryn en Dieux stonden vijandig tegenover die assimilatie,⁷⁵⁹ Ronse, Cousy, Colle, Van Crombrugge en Corbisier waren haar eerder genegen.⁷⁶⁰ Ook bepaalde “privatisten” waren van mening dat organen van dezelfde quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent genieten.⁷⁶¹

In het Samkha-arrest heeft het Hof van Cassatie de knoop doorgehakt door aan een orgaan dezelfde immuniteit te verlenen als aan een uitvoeringsagent *sensu stricto*.⁷⁶² Die rechtspraak is van belang, niet alleen voor organen van privaatrechtelijke maar ook van publiekrechtelijke rechtspersonen.⁷⁶³

⁷⁵⁸ Over die vraag in het kader van vertegenwoordiging, cf. *supra*, nr. 153 et seq.

⁷⁵⁹ Zie I. CLAEYS, “Het bestuursorgaan als uitvoeringsagent: een verre gaande beperking van aansprakelijkheid”, *T.R.V.* 1998, p. 286-287, nr. 4; I. CORBISIER, “Les différents tiers au contrat”, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p.122-124, nr. 34-35. Wat verwarringscheppend was de verwijzing in *Arr. Cass.* 1988-89, 1309 en *Pas.* 1989, I, 1196 naar de artikelen van Van Ryn en Dieux ter zake onder Cass. 29 juni 1989, al was het middel met betrekking tot de uitvoeringsagentenrechtspraak wel onontvankelijk.

⁷⁶⁰ P. COLLE, “De la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de société”, *R.G.A.R.* 1986, nr. 11.076, nr. 11-12; I. CORBISIER, *o.c.*, *Rev. prat. soc.* 1994, 27; H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 173, nr. 13; J. RONSE, J. LIEVENS, “La responsabilité des sociétés – La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite” in *Les sociétés commerciales*, Brussel, Ed. J.B., 1985, (183) nr. 20; J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS, H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen”, *T.P.R.* 1986, (859) 1256, nr. 231; S. VAN CROMBRUGGE, “De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, *R.W.* 1989-90, (1439) 1445-1446, nr. 17.

⁷⁶¹ Zie R.O. DALCQ, “Examen de jurisprudence (1980 à 1986). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle”, *R.C.J.B.* 1987, (601) 604, nr. 3; R.O. DALCQ, F. GLANSORFF, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1978, p. 439, nr. 9.

⁷⁶² Cass. 7 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1093, *Bull.* 1997, 1146, *T.B.B.R.* 1998, 153, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1999, 730, noot V. SIMONART, *J.D.S.C.* 2000, 5, noot. Zie ook H. BOCKEN, *o.c.*, in *Rechtspersonenrecht* (Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998/1999), Gent, Mys & Breesch, 1999, 495, nr. 8; E. DE BEUCKELAER, “De aansprakelijkheid van de zaakvoerder van een B.V.B.A. jegens derden wegens onrechtmatige daad”, *R.W.* 1999-2000, (989), 990, nr. 7; P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, (81) p. 98, nr. 16. Dat het vraagstuk fel betwist was, blijkt uit het omgekeerde antwoord van Rb. Brussel 27 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1089 (“pour mettre en cause la responsabilité quasi délictuelle de l'organe d'une société, ... il n'y a pas lieu d'utiliser les règles dégagées par la Cour de cassation en matière de cumul”), becommentarieerd in D. VAN GERVEN, M. WYCKAERT, “Kroniek vennootschapsrecht 1997-1998”, *T.R.V.* 1998, p. 415-416, nr. 74-75.

⁷⁶³ Zie I. CLAEYS, *o.c.*, *T.R.V.* 1998, (285) p. 289, nr. 11; I. MOREAU-MARGRÈVE, A. GOSSELIN, *o.c.*, *Act. Dr.* 1998, 455; P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, p. 98, nr. 16. Dit zou reeds in een niet officieel gepubliceerd arrest het geval geweest zijn: Cass. 11 mei 1981, *R.W.* 1982-

Niet alleen het principe van maar ook de uitzondering op de immuniteit geldt voor de bestuurder. Wanneer hij aldus het loon van een werknemer niet zou betalen en dus een strafrechtelijk gesanctioneerde fout begaat, speelt het principe van de burgerrechtelijke immuniteit niet.⁷⁶⁴

§ 4. VERRUIMDE CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

180. Omwille van de buitencontractuele quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent volgt zijn aansprakelijkheidsstelling noodgedwongen de (contractuele) ketting van de opeenvolgende contracten:⁷⁶⁵ de hoofdopdrachtgever spreekt de hoofdschuldenaar aan, die op zijn beurt zijn uitvoeringsagent in vrijwaring roept.⁷⁶⁶

De aldus gevolgde weg zou vooral ingegeven zijn door de rechtszekerheid, maar die verwatert al vlug wanneer de relatie tussen de hoofdopdrachtgever en de uitvoeringsagent, al dan niet met behulp van een fictie, wordt gecontractualiseerd. Vandaag de dag is namelijk in bepaalde rechtsleer en zelfs bepaalde rechtspraak een tendens naspeurbaar om de uitvoeringsagent zoveel als mogelijk op een contractuele grondslag door de hoofdopdrachtgever te laten aanspreken.⁷⁶⁷

Die tendens krijgt niet de nodige aandacht, wellicht precies omdat het bestaan van een contractuele aanspraak aan één van de wezenlijke functies van de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent beantwoordt: tegen een rechtstreekse aanspraak kan een uitvoeringsagent zich immers met behulp van zijn contractuele verweermiddelen verweren. De vraag welke (clausules uit de) overeenkomst precies daarvoor maatgevend is (zijn), de vraag naar doorwerking, is niet problematisch.

83, 381, o.m. geciteerd door J.L. FAGNART, M. DENÈVE, *J.T.* 1985, p. 454, kol. 1-2 (werken Albertkanaal) en aangehaald door H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, "Overzicht", *T.P.R.* 1987, p. 1614, nr. 211.

⁷⁶⁴ Zie (zij het zonder dat er van de uitvoeringsagentenleer sprake is) Arbh. Antwerpen 9 oktober 1998, *R.W.* 1998-99, 1355.

⁷⁶⁵ Wat die andere weg van de ongerechtvaardigde verrijking betreft, zie Gent 24 september 1997, *A.J.T.* 1998-99, 60, noot R. PASCARIELLO (aanspraak aannemer tegen bouwheer, omdat promotor intussen failliet was gegaan; verarming van aannemer door niet-betaling door promotor vindt oorzaak in contract).

⁷⁶⁶ Zo spreekt een elektriciteitsafnemend bedrijf waarvan de productie door de fout van een aannemer heeft stilgelegen, de elektriciteitsdistributeur aan die op zijn beurt op grond van een vrijwaringsbeding verhaal neemt op de aannemer die de schade heeft veroorzaakt door de leidingen te doorbreken (E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 172, nr. 233).

⁷⁶⁷ Cf. *infra*, deel III (vertegenwoordiging en derdenbeding). Zie de doctrinale aandacht hiervoor in G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 63-65. Het voorstel van Herbots om uitdrukkelijk een derdenbeding in de onderaannemingsovereenkomst op te nemen (cf. J. HERBOTS, *o.c.*, *R.W.* 1983-84, kol. 169, nr. 9), hangt wel af van de goede wil van de aannemer en de onderaannemer.

Spreekt een bouwheer de onderaannemer aan op basis van een derdenbeding, dan is het de overeenkomst waaruit het derdenbeding voortspuit, met name die tussen hoofd- en onderaannemer, die doorwerkt. Spreekt de bouwheer de onderaannemer aan op basis van vertegenwoordiging, dan is het de overeenkomst tussen de hoofd- en de onderaannemer die aan de bouwheer wordt toegerekend.⁷⁶⁸

Daarnaast kunnen ook objectieve contractuele constructies te hulp komen. Mocht een bouwheer de onderaannemer via een rechtstreekse vordering kunnen aanspreken, is ook dan de overeenkomst tussen hoofd- en onderaannemer, zij het in beperktere mate, maatgevend.⁷⁶⁹

Meer problematisch is de toepasselijke contractuele regeling wanneer er buiten bovengenoemde constructies tussen bouwheer en onderaannemer een rechtstreekse contractuele relatie ontstaat.⁷⁷⁰ Zo zijn er een aantal pogingen om een rechtstreekse aanspraak tegen de uitvoeringsagent te baseren op de rechtstreekse vordering op grond van onderlastgeving, ook al geldt art. 1994 tweede lid B.W. enkel met betrekking tot het verrichten van rechtshandelingen.⁷⁷¹

181. Andere voorgestelde constructies zijn de rechtsopvolging op grond van art. 1122 B.W., in de zin dat de bouwheer met betrekking tot het door de onderaannemer uitgevoerde werk de rechtsopvolger van de hoofdaannemer zou zijn,⁷⁷² de contractoetreding,⁷⁷³ het stilzwijgend derdenbeding,⁷⁷⁴ de rechtstreekse vordering louter op grond van de billijkheid⁷⁷⁵ naar het voorbeeld van de rechtstreekse vordering uit het verkooprecht⁷⁷⁶ of naar het voorbeeld van de rechtstreekse vordering van een onderaannemer tegen de bouwheer (art. 1798 B.W.).⁷⁷⁷

⁷⁶⁸ Ook eigenlijke delegatie zou op basis van de wil van de drie betrokken partijen een rechtstreekse contractuele band tussen de hoofdschuldeiser en de onderschuldenaar kunnen doen ontstaan (F. WALSCHOT, "Onderovereenkomsten", in *L'interdépendance des contrats – Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1997, 77).

⁷⁶⁹ Cf. *infra*, nr. 431 et seq.

⁷⁷⁰ Cf. *infra*, nr. 235 et seq.

⁷⁷¹ Cf. *infra*, deel III. Zie ook X. DIEUX, "Les chaînes et groupes de contrats", p. 134, nr. 7.

⁷⁷² P. RIGAUX, "Les groupes de contrats: jurisprudences belge et française", *J.T.* 1993, 471-472.

⁷⁷³ Zie overzicht in X. DIEUX, "Les chaînes et groupes de contrats", nr. 7.

⁷⁷⁴ M.-A. FLAMME, P. FLAMME, *o.c.*, Brussel, Larcier, 1991, p. 100-104, nr. 125-128. In vroeger werk kozen ze voor de contractuele aansprakelijkheid *tout court* (P. FLAMME, M.-A. FLAMME, *o.c.*, Brussel, *T. Aann.* (speciale uitgave), 1984, p. 185-187, nr. 204-206).

⁷⁷⁵ Omwille van de zwakke grondslag bekritiseerd door A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.* 1977-78, kol. 1309, nr. 7.

⁷⁷⁶ A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 196-198, nr. 28-31.

⁷⁷⁷ G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 60-62 (vindt de posities van de bouwheer en de onderaannemer niet voldoende gelijkwaardig om met elkaar te vergelijken).

182. Sommigen proberen de rechtstreekse aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent te baseren op de accessoriumgedachte of de leer van de kwalitatieve rechten.⁷⁷⁸ Eén van die pogingen bestaat erin om de tienjarige aansprakelijkheid van de onderaannemer rechtstreeks te laten invoeren door de bouwheer.⁷⁷⁹ In het algemeen wordt die rechtstreekse aanspraak evenwel niet aanvaard.⁷⁸⁰ Een recent beroepsarrest van Bergen liet de cliënt van een promotor wel toe om tegen de architect die contractueel enkel met de aannemer verbonden was, een rechtstreekse aanspraak op grond van de tienjarige aansprakelijkheid (art. 1792 en 2240 B.W.) jo. art. 1122 B.W. te richten.⁷⁸¹ Glansdorff doet dan weer een poging om art. 1615 B.W. als grondslag van de aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent te nemen,⁷⁸² maar zelfs al zou die uitbreiding legitiem zijn, dan nog heeft ze slechts zin indien de dienst van de uitvoeringsagent met een levering gepaard gaat.⁷⁸³

Anderen gaan veel verder, zoals Montero die omwille van de doorwerking een contractuele aanspraak tegen de uitvoeringsagent verkiest.⁷⁸⁴ Waar men vroeger nog kon zeggen dat een algemene theorie van onderovereenkomsten in het Belgische recht vooralsnog niet bestaat,⁷⁸⁵ zoekt Montero precies de grondslag voor een rechtstreekse contractuele aanspraak in het concept van onderovereenkomsten en in een algemeen rechtsbeginsel van aansprakelijkheid van de werkelijke uitvoerder (*prestataire réel*) waarvoor hij een bevestiging ziet in specifieke wetsbepalingen zoals art. 1753 en 1994 B.W.⁷⁸⁶ Die argumentatie is eerder zwak, aangezien de aangehaalde wetsbepalingen evengoed *a contrario* kunnen worden geïnterpreteerd, wat ook gebeurt aangezien het Hof van Cassatie het bestaan van een contractuele aanspraak in die context ontkent. Dit voorstel sluit nauw aan bij de theorie

⁷⁷⁸ Cf. *infra*, nr. 431 e.v.. Zie o.m. G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 58-60.

⁷⁷⁹ Brussel 9 februari 1982, *J.T.* 1982, 816, noot D. DEVOS (in casu niet besproken want toch al verjaard). Een rechtstreekse aanspraak wordt wel algemeen aanvaard wanneer een tweede koper zich richt tot de hoofdaannemer (cf. *infra*, nr. 430).

⁷⁸⁰ Zie F. WALSCHOT, "Onderovereenkomsten", in *L'interdépendance des contrats – Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1997, 83.

⁷⁸¹ Bergen 12 maart 1998, *J.L.M.B.* 2000, 152, noot J.-F. HENROTTE.

⁷⁸² F. GLANSORFF, "L'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l'entrepreneur principal" (noot onder Brussel 28 oktober 1987), *J.T.* 1988, 668-670; idem, "Réflexions complémentaires au sujet de l'action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant et plus généralement au sein des groupes de contrats", *R.G.A.R.* 1990, nr. 11.596.

⁷⁸³ Zie in die zin ook X. DIEUX, "Les chaînes et groupes de contrats", p. 132, nr. 7 (inclusief een overzicht van de andere technieken).

⁷⁸⁴ E. MONTERO, "La responsabilité directe de l'entrepreneur sous-traitant envers le maître de l'ouvrage", *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.445, nr. 25. Zie ook zijn thesis, "La responsabilité civile du fait des bases de données", vooral p. 516-517, nr. 265-266.

⁷⁸⁵ Zie ook F. WALSCHOT, "Onderovereenkomsten", in *L'interdépendance des contrats – Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1997, 67-100.

⁷⁸⁶ E. MONTERO, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.445, nr. 26.

van de Franse auteur Néret, zodat ook voor het werk van Montero dezelfde kritiek zal gelden dat de bescherming van slachtoffers sterk wordt ingesnoerd doordat de beperkingen van beide overeenkomsten (hoofd- en ondercontract) op de uitvoeringsagent toepasselijk zijn.⁷⁸⁷

Een gelijkaardige stap zette ook Limpens-Meinertzhagen die tegen de uitvoeringsagent een rechtstreekse vordering van de hoofdopdrachtgever wil openstellen door de rechtstreekse aanspraak uit het kooprecht op grond van de accessoriumtheorie eerst uit te breiden naar een aanspraak van een bouwheer tegen een leverancier van materialen en vervolgens naar een aanspraak van een bouwheer tegen een onderaannemer.⁷⁸⁸ Volgens bepaalde auteurs ligt de zwakte van haar theorie hierin dat ze de grondslag ervan enkel vindt in de billijkheid dat een uitvoeringsagent zo kan ontsnappen aan de nadelige gevolgen van het faillissement van de hoofdschuldenaar.⁷⁸⁹ Daarbovenop onderwerpt zij net zoals Montero de rechtstreekse aanspraak aan de beperkingen van beide overeenkomsten, wat opnieuw op het bezwaar van een fel ingeknotte slachtofferbescherming stuit. Ten slotte loopt de vergelijking met de rechtstreekse aanspraak uit het kooprecht mank, omdat die enkel door de overeenkomst van de aangesproken verkoper wordt beperkt.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ E. MONTERO, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.445, nr. 27.

⁷⁸⁸ A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 196-198, nr. 28-31.

⁷⁸⁹ A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.* 1977-78, kol. 1309, nr. 7.

⁷⁹⁰ Cf. *infra*, nr. 442 et seq.

HOOFDSTUK II. ONRECHTSZEKERHEID?

183. Zelfs al zou de theorie van de quasi-immuniteit in haar voorwaarden en haar toepassingsgebied voldoende rechtszeker zijn, dan nog rijst de vraag naar haar legitimiteit.

Het meest zekere recht is daarom nog niet het meest rechtvaardige.⁷⁹¹ Of, om wat hardere en daarom meerzeggende bewoordingen te gebruiken, “*Lawyers in general and judges in particular are conservative by nature; they prefer the devil they know (injustice and artificiality in some cases) to the devil they do not know (uncertainty).*”⁷⁹²

Doorgaans geven de bewoordingen van een klassiek arrest van het Hof van Cassatie geen antwoord op die legitimeringsvraag, ook nu niet met betrekking tot de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent. Het Hof affirmeert maar motiveert niet. Het wordt dan ook aan de rechtsleer overgelaten om de verschillende doelstellingen of functies van die quasi-immuniteit na te gaan en de theorie op haar doelmatigheid, functionaliteit en efficiëntie te beoordelen.

Het is opvallend dat de theorie van de quasi-immuniteit om uiteenlopende redenen zowel op bijval⁷⁹³ als op kritiek⁷⁹⁴ heeft kunnen rekenen. Hoezeer de voorstanders de theorie aan de hand van juridische argumenten proberen te verantwoorden, uiteindelijk is elke beoordeling van die theorie niet zozeer conceptueel als wel functioneel van aard. Zo stelt ook een voorstander dat de leer van de uitvoeringsagent enkel door beleidsmatige argumenten is ingegeven.⁷⁹⁵ Het is dan ook nodig om de argumenten uit het debat, het ene al abstracter dan het andere, zoveel mogelijk uit elkaar te houden en op hun merites te beoordelen.

§ 1. LOGISCHE ONVERENIGBAARHEID MET DERDENBEGRIJP?

184. Volgens bepaalde auteurs leidt de cassatierechtspraak tot een logische of conceptuele onmogelijkheid: een uitvoeringsagent kan niet tegelijk

⁷⁹¹ Zie B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 13: “*Yet false certainty is bad certainty.*”

⁷⁹² B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 58.

⁷⁹³ Voorstanders zijn M. FALLON, *o.c.*, *Eur. Vervoerr.* 1974, p. 558-559, nr. 17; G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 62; (aanvankelijk ook de houding van) J. HERBOTS, *o.c.*, *R.W.* 1973-74, kol. 1604; R. RASIR, “Cumul de la responsabilité contractuelle et aquilienne”, *J.T.* 1976, 164-165; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, “Overzicht”, *T.P.R.* 1987, p. 1615, nr. 212.

⁷⁹⁴ Onder de critici zijn te rekenen: Bocken, Cornelis, Cousy, Dalcq, Dieux, Fagnart, Glansdorff, Van Ommeslaghe en Van Ryn.

⁷⁹⁵ I. CORBISIER, “Les différents tiers au contrat”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 120-124, nr. 33-35.

derde en geen derde zijn. De premisse als zou een uitvoeringsagent geen derde zijn, zou naar hun mening verkeerd zijn.⁷⁹⁶

Die louter conceptuele kritiek houdt evenwel geen rekening met de meerzinnigheid die begrippen, juridische inclus, kunnen vertonen. In de propositie dat een uitvoeringsagent derde en geen derde is, neemt het begrip derde telkens een verschillende betekenis aan. In zijn proefschrift heeft Dirix eerder al uitgebreid op de meerduideligheid van het derdenbegrip gewezen.⁷⁹⁷ De betekenis van een begrip is steeds functioneel in de zin dat een begrip slechts in zijn context zijn volle betekenis krijgt.

In het kader van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent⁷⁹⁸ vloeit uit de cassatierechtspraak duidelijk voort dat de uitvoeringsagent weliswaar een derde is bij het *sluiten* van de hoofdovereenkomst, maar dan weer geen derde is bij het *uitvoeren* van die overeenkomst.⁷⁹⁹ In zijn verhouding met de hoofdopdrachtgever is de uitvoeringsagent voor de toepassing van de contractuele aansprakelijkheid een derde, voor de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid een niet-derde.

De kwalificatie van derde-zijn is dus anders, naargelang van de contractuele fase waarin een persoon zich bevindt. Ook het koppelbegrip is verschillend. Is een persoon bij het sluiten van de overeenkomst geen derde, dan is hij per definitie contractpartij. Is hij daarentegen alleen bij het uitvoeren van de overeenkomst geen derde, dan is hij uitvoeringsagent. De twee koppelbegrippen zijn dan contractpartij/derde bij de contractsluiting en uitvoeringsagent/derde bij het contractuitvoering.

§ 2. TE RUIM TOEPASSINGSGEBIED VAN CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID?

185. Een ander bezwaar houdt verband met de te ruime invulling van de contractuele aansprakelijkheid. Volgens Cornelis is met name het contrac-

⁷⁹⁶ Zie R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1976, p. 33, nr. 14; J.L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. IV; J.-L. FAGNART, "Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile 1968-1975", *J.T.* 1976, p. 571, kol. 3 ("Comment expliquer que l'agent d'exécution d'une partie devienne cocontractant d'une autre partie sans avoir contracté avec elle? Mystère."); P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution des contrats de services par autrui", 273. Zie ook E. MONTERO, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.445, nr. 15.

⁷⁹⁷ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 44-45, nr. 44.

⁷⁹⁸ I. CORBISIER spreekt in dit verband evenzeer van een "*exemple d'utilisation fonctionnelle, modulée en fonction des finalités ressenties comme sous-tendant l'institution juridique considérée (responsabilité civile), du concept de tiers.*" ("Les différents tiers au contrat", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 122, nr. 33).

⁷⁹⁹ Cf. ook *supra*, nr. 122-123. Dit hangt nauw samen met de overweging die aan de basis ligt van de aansprakelijkheid van de hoofdschuldenaar voor de daden van zijn uitvoeringsagent: de daad van een uitvoeringsagent wordt met name niet als een aansprakelijkheidsbevrijdende daad van een derde (overmacht) beschouwd.

tuele schadebegrip ver buiten zijn grenzen (van art. 1150 B.W.) getreden en had de Napoleontische wetgever oorspronkelijk niet de bedoeling om het slachtoffer in het kader van de contractuele aansprakelijkheid een integraal schadeherstel te laten genieten. De schade die een slachtoffer niet via de contractuele aansprakelijkheid kan recupereren, moet hij ofwel zelf dragen, ofwel via de buitencontractuele aansprakelijkheid op een ander verhalen indien de toepassingsvoorwaarden daarvan zijn vervuld.⁸⁰⁰

Die opvatting heeft met de huidige samenloopleer (verdwijningsleer) dit gemeen, dat samenloop eigenlijk niet bestaat. De aansprakelijkheid is ofwel contractueel, ofwel buitencontractueel van aard, maar niet beide. Het grote verschil daarentegen ligt in de houding tegenover de huidige reikwijdte van de contractuele aansprakelijkheid. Terwijl de aanhangers van de verdwijningsleer zich met de ruime invulling hiervan verzoenen, is Cornelis gekant tegen de uitbreiding van de contractuele aansprakelijkheid en voornamelijk de brede invulling van het schadebegrip.

Een minder brede opvatting van het schadebegrip zou tot gevolg hebben dat de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent opnieuw in ruimere mate mogelijk zou zijn dan wat in het positieve recht wordt aanvaard.

Die opvatting is vooral te verklaren vanuit het rechtstheoretische, nl. positivistische en legalistische, uitgangspunt van waaruit ze vertrekt, dat binnen de door ons rechtssysteem uitgetekende en min of meer uitgebreide grenzen niet door eenieder wordt gedeeld.

Waar die opvatting historisch gezien de waarheid aan haar kant heeft en ook in de Franse rechtsleer een grote aanhang kent,⁸⁰¹ moet er evenwel rekening worden gehouden met de evolutie van de rechtspraak zoals die zich sinds lang heeft voorgedaan en ook in andere rechtssystemen wordt aangetroffen.

§ 3. WERKELIJKHEID VAN FEITELIJKE VERTEGENWOORDIGING

186. Vandaag de dag⁸⁰² is het vaakst gehoorde argument voor de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent gelegen in de identificatietheorie of de theorie van vertegenwoordiging of vervanging (*représentation* of *remplace-*

⁸⁰⁰ L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 576.

⁸⁰¹ Cf. *supra*, nr. 68 en *infra*, 475.

⁸⁰² Voor een overzicht van de aanhangers ervan in het kader van de contractuele aansprakelijkheid voor de daad van de uitvoeringsagent, C. PAUWELS, *Hulpverleners of uitvoeringsagenten*, p. 95, voetnoot 182.

ment) waarvan het ontstaan aan Dabin wordt toegeschreven.⁸⁰³ Die theorie maakt namelijk duidelijk waarom het Hof van Cassatie de voorwaarden voor samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen evenzeer toepast op het vraagstuk van de buitencontractuele aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever, alhoewel de uitvoeringsagent niet contractueel verbonden is met de hoofdopdrachtgever en er dus geen samenloopsituatie voorligt.⁸⁰⁴

Volgens de identificatietheorie is een uitvoeringsagent met de hoofdschuldenaar zo te vereenzelvigen of te identificeren, dat zijn rechtspositie op die van zijn medecontractant is afgestemd, zoals (in het kader van de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad) de daad van een uitvoeringsagent voor de hoofdschuldenaar niet als een aansprakelijkheidsbevrijdende daad van een derde (overmacht) wordt beschouwd.⁸⁰⁵ Die theorie steunt zo op de gedachte van vertegenwoordiging, niet in de juridische maar in de feitelijke of economische zin van het woord (*représentation matérielle*).⁸⁰⁶ Zo wordt, zo stelt Vandenberghe met een meetkundige metafoor, een duidelijke driehoeksrelatie in een rechtlijnige verhouding omgezet.⁸⁰⁷

⁸⁰³ J. DABIN, A. LAGASSE, "Examen de jurisprudence (1951 à 1955). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle", *R.C.J.B.* 1955, p. 220, nr. 10 (en dan nog beperkt tot de hypothese van een aangestelde); J. DABIN, "De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle, couvrant 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés" (noot onder Cass. 25 september 1959), *R.C.J.B.* 1960, 25. Soms (in die zin P. MAHAUX, concl. onder Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 400) wordt die leer ook toebedeeld aan H. DE PAGE (*Traité*, III, p. 396-397, nr. 401-402 met noten 2 en 3, IV, p. 985, nr. 859, 2° en p. 1029, nr. 888 ("reste seul débiteur")), al hebben die passages in hoofdorde betrekking op de contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen (zie ook A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 184-185, nr. 4-5) of op de regels met betrekking tot betaling van een schuld door een derde (J.L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9.317, nr. IV).

⁸⁰⁴ Zie F. DE LY, *o.c.*, in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, nr. 3, p. 11-12.

⁸⁰⁵ Terzake kent het Belgische en het Franse recht geen wetsbepaling (tenzij voor bijzondere contracten zoals art. 1797 B.W.), in tegenstelling tot Duitsland (§ 278 BGB) en Zwitserland (§ 101 OR). Voor theorievorming terzake zie C. PAUWELS, *Hulppersonen of uitvoeringsagenten*. Volgens G. VINEY gaat het om een fictieve assimilatie tussen de uitvoeringsagent en zijn medecontractant ("Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 357, nr. 19). Die assimilatie speelt natuurlijk enkel ten aanzien van de schadelijgende hoofdopdrachtgever en niet tussen de hoofdschuldenaar en de uitvoeringsagent onderling – een verhaalrecht is mogelijk (G. VINEY, "Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 358, nr. 21 sub a) – en evenmin tegenover andere derden.

⁸⁰⁶ J. HERBOTS, *o.c.*, *R.W.* 1973-74, kol. 1604; A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 191, nr. 18.

⁸⁰⁷ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, "Overzicht", *T.P.R.* 1980, p. 1473, nr. 248; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, "Overzicht", *T.P.R.* 1995, p. 1527, nr. 199.

187. De sterkte van die theorie is dat ze nauw bij de realiteit aanleunt. De uitvoeringsagent is in *werkelijkheid* de vertegenwoordiger van de hoofdschuldenaar; hij is, om de steeds weerkerende bewoordingen te herhalen, het “instrument”⁸⁰⁸, het “alter ego”⁸⁰⁹ of de “lange arm” van de hoofdschuldenaar.⁸¹⁰ De uitvoeringsagent bestaat niet als rechtssubject ten aanzien van het contract en ten aanzien van de hoofdopdrachtgever: hij wordt als het ware geïnstrumentaliseerd.⁸¹¹ Corbisier is zo enthousiast over die innovatie dat ze zelfs spreekt van “*une victoire de considérations d’ordre social sur la stricte logique de notre théorie classique des obligations ne voyant dans l’agent d’exécution ni plus ni moins qu’un individu comme les autres.*”⁸¹²

Bij hun zoektocht naar de grenzen van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent lijken heel wat auteurs ervan uit te gaan dat het toepassingsgebied ervan (*niet*-aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever) zou moeten samenvallen met dat van de contractuele aansprakelijkheid van de hoofdschuldenaar voor andermans daad tegenover de hoofdopdrachtgever. Is de hoofdschuldenaar tegenover de hoofdopdrachtgever voor de daad van zijn uitvoeringsagent contractueel aansprakelijk, dan zou de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever zelf niet (buitencontractueel) aansprakelijk zijn. Alleen in het omgekeerde geval, met name wanneer de hoofdschuldenaar tegenover de hoofdopdrachtgever niet zelf aansprakelijk is, zou de uitvoeringsagent wel rechtstreeks aanspreekbaar zijn.

Om die reden ontstond ook kritiek op een incoherentie die deze rechtspraak in verband met de geldigheid van exoneratiebedingen doet ontstaan. Een schuldenaar kan zich met name wel voor een eigen zware fout maar niet voor eigen bedrog of een opzettelijke fout bevrijden, terwijl hij zich wel kan bevrijden voor de opzettelijke fout van zijn hulppersonen.⁸¹³ Welnu, een dergelijke rechtspraak is niet met de identificatietheorie

⁸⁰⁸ J. DABIN, A. LAGASSE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1955, p. 220, nr. 10; J. HERBOTS, *o.c.*, *R.W.* 1973-74, p. 1603, kol. 2; P. MAHAUX, concl. onder Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 400; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, p. 1474, nr. 248.

⁸⁰⁹ Wellicht geïnspireerd door de woorden van P. CHAUVEAU, noot onder Cass. fr. (com.) 4 december 1968, *J.C.P.* 1969, II, nr. 15.980, kol. 2.

⁸¹⁰ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 206; -, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 347, nr. 7.

⁸¹¹ P.-H. DELVAUX, “Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 366-367, nr. 8.

⁸¹² I. CORBISIER, “Les différents tiers au contrat”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 123, nr. 35.

⁸¹³ Cass. 25 september 1959, *Arr. Verbr.* 1960, 86, *Pas.* 1960, I, 113, concl. adv.-gen. P. MAHAUX, *R.W.* 1959-60, 1255, *R.C.J.B.* 1960, 5, noot J. DABIN. Zie o.m. W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 113-114. Zie evenwel art. 32, 11 W.H.P.C. (gelijkschakeling, zij het beperkt tot aangestelden en lasthebbers).

verenigbaar,⁸¹⁴ tenzij bedrog bij wijze van uitzondering toch tot de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent zou leiden.

Traditioneel is het weinig waarschijnlijk dat in de lijn van wat bij een misdrijf wordt aangenomen, het voorhanden zijn van bedrog in de uitvoering van een overeenkomst een uitzondering vormt op de immuniteit van een uitvoeringsagent.⁸¹⁵ Er bestaat tussen contractpartijen immers geen noodzaak om bij bedrog ook de buitencontractuele aansprakelijkheid toepasselijk te maken, omdat op contractueel vlak al in aangepaste, met name verstrengde, regels is voorzien.⁸¹⁶

Als het Hof van Cassatie evenwel blijft volhouden dat de hoofdschuldenaar zich kan vrijtekenen voor een bedrieglijke handeling van zijn uitvoeringsagent, dan kan het Hof er goed en wel van uitgaan dat de uitvoeringsagent bij wijze van uitzondering toch buitencontractueel aansprakelijk kan zijn tegenover de hoofdpdrachtgever; aan een uitzondering op de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent bestaat immers wel nood, als de hoofdschuldenaar in geval van bedrog van zijn uitvoeringsagent voor zichzelf een aansprakelijkheidsbeding heeft opgenomen.

188. Toch gaat het niet volledig op om de identificatietheorie naar analogie met de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad zomaar op de rechtstreekse aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdpdrachtgever zelf te transplanteren. De feitelijke vertegenwoordiging gaat wel op als grondslag voor de contractuele aansprakelijkheid van de hoofdschuldenaar voor andermans daad, aangezien de activiteiten van de uitvoeringsagent de hoofdschuldenaar zowel ten goede als ten kwade komen. In de omgekeerde richting is die grondslag veel minder passend.⁸¹⁷ Zo beantwoordt de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent volgens Bocken helemaal niet aan de economische werkelijkheid, omdat die contractant op die manier in overdreven mate tot een instrument wordt gereduceerd. “*Ziet de opdrachtgever de uitvoeringsagent bij de uitvoering van de*

⁸¹⁴ Zie o.m. E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 354, nr. 15; A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 189, nr. 13; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, “Overzicht”, *T.P.R.* 1995, p. 1227-1228, nr. 35.

⁸¹⁵ I. CLAEYS, *o.c.*, *T.R.V.* 1998, p. 289, nr. 12; instemmend: H. VANDENBERGHE, *o.c.*, in *Themis. Verbintissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2000-2001, bijlage, p. 6, nr. 8.

⁸¹⁶ Zie G. VINEY, *Introduction*, nr. 222. *Contra* obiter dictum in Antwerpen 25 april 1995, *Eur. Veroerr.* 1995, 503, waar het Hof stelt dat de “*handelwijzen onmiskkenbaar een buitencontractuele vordering niet in de weg staan nu noch de gewraakte handelwijze, gelet op hun bedrieglijk karakter, noch de daaruit voortvloeiende schade als louter contractueel kunnen worden beschouwd*” (eigen klemtoon). Zie ook R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, I, *Les sources de la responsabilité civile*, Parijs, L.G.D.J., 1951, p. 200, nr. 154 (wel delictuele aansprakelijkheid “*si l’acte dolosif comprend un mensonge, une violence, un fait de méchanceté distinct de l’inexécution même du contrat*”).

⁸¹⁷ H. BOCKEN, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, kol. 140.

opdracht in de praktijk als een onderdeel van de onderneming van de aannemer, dan zal het zelden voorkomen dat hij in deze laatste niets méér of niets anders ziet dan de uitvoeringsagent.⁸¹⁸ In dezelfde lijn stelt Vandenberghe op zijn beurt dat “*opdrachtgever en uitvoeringsagent nooit volledig tot één persoon versmelten: tussen hen beiden bestaat er immers ook een overeenkomst waaraan de medecontractant van de opdrachtgever volledig vreemd is*”.⁸¹⁹ Ook Dieux baseert zich herhaaldelijk op de “*werkelijkheid*”, om de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent aan te vechten.⁸²⁰

Hier komt voor de eerste maal tot uiting hoe zwak het argument wel is dat een theorie bij de economische werkelijkheid aansluit: telkens opnieuw kan het argument in de twee richtingen worden gebruikt.⁸²¹

Net zoals de vertegenwoordigingsidee geen verklarende kracht heeft voor de toerekening van de fouten van de uitvoeringsagent aan de hoofdschuldenaar,⁸²² schuilt er evenmin een verklaring voor de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent in.

§ 4. RISICOBEGINSEL

(a) *Inhoud en begin van kritiek*

189. Naast de identificatietheorie wordt het risicobeginsel als de belangrijkste dragende pijler van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent beschouwd. Dit beginsel houdt in dat een hoofdopdrachtgever de gevolgen van zijn eigen contract, met inbegrip van alle aan zijn contractuele regeling verbonden risico's, moet dragen en aanvaarden. Indien een hoofdschuldenaar in zijn eigen voordeel een exoneratieclausule heeft opgenomen waardoor het risico van een eventuele niet-behoorlijke uitvoering van de overeenkomst op de hoofdopdrachtgever komt te liggen, dan kan de hoofdopdrachtgever zijn opgenomen risico niet naar de uitvoeringsagent doorschuiven door een beroep te doen op diens buitencontractuele aansprakelijkheid. Risico's van onder meer een exoneratieclausule, een specifieke verjaringsregeling of de insolventie van de hoofdschuldenaar mag hij dan ook niet proberen af te wentelen op een derde zoals de

⁸¹⁸ H. BOCKEN, *o.c.*, R.W. 1986-87, kol. 140.

⁸¹⁹ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, p. 1474, nr. 248.

⁸²⁰ Zie X. DIEUX, “Les chaînes et groupes de contrats”, p. 110, nr. 1, p. 116, nr. 4, p. 150, nr. 12.

⁸²¹ Cf. *infra*, nr. 241.

⁸²² Zie C. PAUWELS, *Hulpverleners of uitvoeringsagenten*, p. 95-96, nr. 78 (met verwijzing naar W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 188, nr. 135), p. 106-107, nr. 85.

uitvoeringsagent.⁸²³ Het afwentelen van die risico's is geen beschermwaardig belang.⁸²⁴

Aan de grondslag van dit risicobeginsel ligt de bekommernis om de economie van de (hoofd)overeenkomst⁸²⁵ of het contractuele evenwicht te bewaren. Hierin ligt juist de nauwe band van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent met het samenloopverbod: de aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent zou neerkomen op een omzeiling van het samenloopverbod, aangezien een contractpartij een door haar aanvaarde exoneratie van haar wederpartij zou kunnen omzeilen door ongehinderd de uitvoeringsagent rechtstreeks aan te spreken.⁸²⁶

Toch is die analogie met het samenloopverbod niet de "logica zelve", te meer daar die uitbreiding, zelfs in het Franse recht met een uiterst streng samenloopverbod, niet geldt. Uit de vaststelling dat de hoofdschuldenaar een risico niet op zich heeft willen nemen, volgt nog niet het besluit dat de hoofdopdrachtgever daarmee het risico exclusief voor zich heeft aanvaard. Uit het inlassen van een bevrijdingsbeding in de hoofdovereenkomst is enkel te concluderen dat de "normale" schuldenaar zich van zijn aansprakelijkheid bevrijdt, maar niet dat de medecontractant-schuldeiser alle eronder vallende risico's exclusief op zich neemt.

(b) Juridisch-technische grondslag: doorbreking oorzakelijk verband of schade?

190. Juridisch-technisch heeft de rechtsleer twee alternatieven (die er beide op gericht zijn om de kring van de aanspraakgerechtigden te beperken⁸²⁷) voorgesteld om het resultaat te bekomen dat zogenaamd uit het risicobeginsel zou voortvloeien, met name dat de uitvoeringsagent in principe niet aansprakelijk is.

In de optiek van De Page en Limpens wordt de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent technisch gegrond op de vandaag de dag toch wel betwiste doorbreking van het oorzakelijk verband tussen fout en schade door het tussenkomen van een tweede overeenkomst.

⁸²³ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 97, 206, 228.

⁸²⁴ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 205-206, nr. 277. "De nadelige gevolgen van de afwijking van de overeenkomst met B (bijv. insolventie van B, ondeskundigheid, exoneratiebedingen) zijn risico's die partijen hebben te dragen en die zij niet kunnen afwentelen op derden (A)" (E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 229, nr. 304).

⁸²⁵ Zie recentelijk nog H. VANDENBERGHE, *o.c.*, in *Themis. Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2000-2001, p. 6, nr. 9.

⁸²⁶ H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 175, nr. 16; M.-A. FLAMME, P. FLAMME, "Chronique de jurisprudence et de doctrine. Le contrat d'entreprise (1966-1975)", *J.T.* 1976, p. 359, nr. 77; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, "Overzicht", *T.P.R.* 1995, p. 1534, nr. 202.

⁸²⁷ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 218, nr. 292, p. 221, nr. 294, p. 225, nr. 299, noot 62.

Daartegenover stelt Dirix voor de reikwijdte van de rechtstreekse aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent, zoals elke andere vorm van aansprakelijkheid van derden tegenover contractanten, door middel van het schadebegrip te beperken.⁸²⁸ In het kader van de aansprakelijkheid van derden tegenover contractanten (waarin ook de problematiek van de uitvoeringsagent is te plaatsen) worden niet alle crediteursbelangen immuun voor vorderingen op grond van onrechtmatige daad. Geïnspireerd door Koziol stelt Dirix als criterium voor na te gaan of de daad van de derde een storende factor is ten aanzien van de normale en vrijwillige uitvoering van de overeenkomst, m.a.w. na te gaan of de normale afwikkeling van de overeenkomst wordt doorkruist, of het uit de economie van de overeenkomst voortvloeit dat de contractant dat risico moet dragen, of het vermogensverlies een normale en voorzienbare gebeurtenis is die verklaart waarom het risico is opgenomen of aanvaard.⁸²⁹ In zijn visie kan het criterium van de doorbreking van het oorzakelijk verband de positiefrechtelijke oplossingen niet verklaren.⁸³⁰

191. Aan de theorie van de doorbreking van het causaal verband door een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting is, meer in het algemeen, in een viertal principiële arresten van de derde kamer (Nederlandstalige afdeling) van het Hof van Cassatie dd. 19 februari 2001 de mokerslag toegediend. De centrale overweging luidt telkens dat *“het bestaan van een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting niet uitsluit dat schade, in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek ontstaat, tenzij wanneer, blijkens de inhoud of de strekking van de overeenkomst, de wet of het reglement, de te verrichten uitgave of prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich ertoe verbonden heeft of die ze ingevolge de wet of het reglement moet verrichten”*.⁸³¹

⁸²⁸ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, vierde hoofdstuk.

⁸²⁹ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 222-223, nr. 296, p. 224, nr. 298, p. 227, nr. 302, p. 228, nr. 303, p. 223, nr. 297.

⁸³⁰ De beleidstheorie van Van Quickenborne wijst hij evenzeer af, omdat die theorie aan de bestaande voorwaarden van fout, schade en oorzakelijk verband bijkomende voorwaarden toevoegt.

⁸³¹ Cass. 19 februari 2001, www.cass.be, nr. 99.0228.N (Vlaamse Gemeenschap/AG 1824), nr. 99.0183.N (Royale Belge/Vlaamse Gemeenschap), nr. 99.0014.N (Royale Belge/Belgocontrol), 00.0242.N (Axa Royale Belge/Belgische Staat). Sindsdien verschillende malen herhaald: Cass. 20 februari 2001, www.cass.be, nr. 98.1629.N; Cass. 13 juni 2001, www.cass.be, nr. 01.0431.F; Cass. 16 oktober 2001, *R.G.A.R.* 2002, nr. 13.530, www.cass.be, nr. 00.0184.N; Cass. 30 januari 2002, *J.L.M.B.* 2002, 1296, noot J.-F. JEUNEHOMME, “Subrogation ou recours direct”. Zie voor een eerste overzicht I. BOONE, “De arbeidsongeschikte ambtenaar en het regres van de werkgever op de aansprakelijke”, *R.W.* 2001-02, 217-233; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, “Overzicht”, *T.P.R.* 2000, p. 1924-1935, nr. 170-174. Zie ook Cass. 6 november 2001, *R.W.* 2001-02, 153, concl. proc.-gen. J. DU JARDIN.

Met die uitspraken komt een eind aan de kritiek dat de equivalentieleer in dit opzicht slechts met de mond wordt beleden en dat het criterium (al dan niet secundaire verplichting) om uit te maken of een verplichting de causaliteit doorbreekt, onwerkbaar is. Critici mogen dan wel opwerpen dat nog altijd een vergelijkbaar debat moet worden gevoerd omdat in de plaats van zich af te vragen of een verplichting al dan niet secundair is, men de verplichting nu moet toetsen aan het criterium of het de inhoud of de strekking is van de overeenkomst, wet of reglement dat de uitgave of de prestatie definitief voor rekening moet blijven van degene die verplicht was die uitgave te doen of de prestatie te verrichten. Toch ligt de grote ommekeer hierin dat het debat niet langer een fundamenteel beginsel van ons rechtssysteem, te weten de equivalentieleer, in vraag stelt, maar nu wordt verschoven naar een minder principiële, zij het niet minder belangrijk niveau, namelijk wat de inhoud of de strekking van de concrete overeenkomst, wet of reglement is.

(c) Verdere kritiek op risicobeginsel

192. De verklaring van de quasi-immuniteit aan de hand van het schadebegrip en het aan de grondslag liggende risicobeginsel is niet zonder kritiek.

Met het schadebegrip wordt uitdrukkelijk beoogd het positieve recht te verklaren. Toch wordt daarmee enkel gepoogd een verklaring te geven aan de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent (het stuwadoorsarrest), maar niet aan de rechtspraak waarbij in andere samenhangende overeenkomsten wel een rechtstreekse aanspraak mogelijk is (het landmetersarrest).

In het geval van het landmetersarrest staan namelijk twee problemen naast elkaar. Als een vordering niet wordt toegestaan, dan komt dit neer op het toevoegen van een derdenbeding (exoneratiebeding uit overeenkomst tussen verkoper en landmeter) aan de koop, terwijl dit er niet in vervat zit. Als een vordering wél wordt toegestaan, dan komt dit neer op het afwentelen van een risico op een derde.⁸³²

Waar de theorie van de voornoemde arresten van 19 februari 2001 ruimte laat voor de concrete omstandigheden van elk individueel geval in het kader van een beoordeling of partijen al dan niet het vermogensverlies hebben ingecalculeerd.⁸³³ rijst de vraag waarom voor die individuele beoordeling in geval van de uitvoeringsagent plots niet meer mogelijk wordt geacht, terwijl bij het geval van het landmetersarrest de doorwerking van een interne aansprakelijkheidsregeling wel weer afhangt van de concrete omstandigheden.

⁸³² E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 222, nr. 296.

⁸³³ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 227, nr. 303.

Zolang het risicobeginsel in concreto op verschillende gevallen van aansprakelijkheid van derden tegenover contractanten wordt toegepast,⁸³⁴ slaagt het erin het positieve recht te rechtvaardigen. Het beginsel is afhankelijk van het al dan niet voorhanden zijn van een exoneratiebeding. Denken we maar aan de zo vaak voorkomende stroomonderbrekingsgevallen. Wanneer in de relatie tussen de elektriciteitsonderneming en de stroomafnemer (zoals gebruikelijk) een exoneratiebeding is opgenomen, is de aannemer die bij de uitvoering van werken schade heeft veroorzaakt, tegenover de stroomafnemer niet aansprakelijk omdat het exoneratiebeding zo wordt geïnterpreteerd dat de stroomafnemer het risico volledig op zich heeft genomen. Wanneer de elektriciteitsovereenkomst (per uitzondering) geen exoneratiebeding heeft opgenomen, brengt het risicobeginsel met zich mee dat de stroomafnemer de schade niet moet dragen.⁸³⁵

Bij de toepassing van het risicobeginsel op de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent wordt dit beginsel evenwel te veel ontwricht, opdat het toch nog met de positiefrechtelijke quasi-immuniteit in overeenstemming zou blijven.⁸³⁶ Waar het beginsel anders zo nauw is afgesneden *op* de concrete omstandigheden van de zaak, zou het in geval van de uitvoeringsagent plots een meer absolute, *van* de concrete omstandigheden afgesneden weg vereisen. Uit de toepassing van het risicobeginsel op de uitvoeringsagent vloeit niet noodzakelijk een dergelijk absolute houding als die van het Hof van Cassatie voort. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent vloeit niet automatisch uit het risicobeginsel zelf voort.⁸³⁷

Het risicobeginsel is niet het antwoord, maar veeleer de te beantwoorden vraag. Er is meer uitleg nodig (maar die ontbreekt).

193. Stel dat in de hoofdovereenkomst ten voordele van de hoofdschuldenaar een exoneratiebeding is opgenomen. Vloeit hieruit dan noodzakelijker-of logischerwijze voort dat de hoofdopdrachtgever daarmee niet alleen het risico op zich neemt om zich in geval van wanprestatie van de hoofdschuldenaar niet tegen die laatste te kunnen keren, maar ook het risico om ook andere potentiële schuldenaren niet langer te kunnen aanspreken?

⁸³⁴ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, vijfde hoofdstuk.

⁸³⁵ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 225, nr. 299, p. 228, nr. 303.

⁸³⁶ Het is trouwens opvallend dat in een lang (vijfde) hoofdstuk van het in vorige voetnoot geciteerde werk zo weinig plaats wordt gereserveerd voor de toepassing van het risicobeginsel op de uitvoeringsagent.

⁸³⁷ Vgl., zij het in een andere context, G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale U. Press, 1970, 20-21: "Yet advocates of such systems of loss allocation often fail to explain or justify this and assume that the term risk distribution is self-explanatory." (eigen klemtoon).

Niemand zal nog durven te beweren dat het bestaan van een contractuele aanspraak tegen een contractant elke andere aanspraak tegen een derde voor hetzelfde feit uitsluit; coëxistentie van aanspraken wordt algemeen aanvaard.⁸³⁸

Het bestaan van een exoneratiebeding hoeft dan ook niet op elke mogelijke aanspraak te slaan en kan evengoed op slechts één van de meerdere voorhanden zijnde aanspraken betrekking hebben. Dat een exoneratie zou betekenen dat de hoofdopdrachtgever het risico van schade volledig op zich neemt, is een fictie. Het kan dan ook niet de redelijke verwachting van de hoofdopdrachtgever zijn dat die tegen de uitvoeringsagent geen aanspraak zou hebben; het is zelfs “*een fictie dat hij dit zelf zou willen.*”⁸³⁹

Zo is de Engelse rechtsleer het erover eens dat een ontoereikende minnelijke schikking tussen twee partijen er niet steeds mag toe leiden dat een partij-benadeelde tegen een derde geen aanspraak meer kan richten; het hangt ervan af of het in de bedoeling lag van de partijen bij de hoofdovereenkomst om ook de derde al dan niet te beschermen.⁸⁴⁰

194. Bij wijze van illustratie lopen we even vooruit op een cassatiearrest dat verder nog uitgebreid aan bod komt.⁸⁴¹ Volgens het Hof van Cassatie kan een architect in de verhouding met zijn opdrachtgever een aansprakelijkheidsbevrijding bedingen met betrekking tot opdrachten waarin de architect absoluut niet competent is en waartoe hij een gespecialiseerd studiebureau moet inschakelen. In de visie die de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent via het risicobeginsel uitlegt, zou die exoneratieclausule ook tot gevolg hebben dat het studiebureau door de hoofdopdrachtgever niet kan worden aangesproken. Een dergelijk resultaat gaat evenwel in tegen de werkelijke wil van de betrokken partijen: de feitelijke situatie biedt voldoende rechtvaardiging voor een exoneratie van de architect, maar die mag niet tot gevolg hebben dat de opdrachtgever enkel omwille van het met de architect overeengekomen exoneratiebeding ook het gespecialiseerde studiebureau niet kan aanspreken. Dit geval van de architect kan trouwens worden veralgemeend tot al die waar de hoofdschuldenaar deontologisch of technisch gezien niet anders kan dan een beroep te doen

⁸³⁸ Cf. *supra*, nr. 35 et seq.

⁸³⁹ H. BOCKEN, *o.c.*, R.W. 1986-87, kol. 138-139.

⁸⁴⁰ Zie J.N. ADAMS, R. BROWNSWORD, “Privity and the concept of a network contract”, (1990) 10 *Legal Studies*, 36, met verdere verwijzingen.

⁸⁴¹ Cf. *infra*, nr. 236 et seq. Cass. 3 maart 1978, R.C.J.B. 1982, 176, noot M. VANWIJCK-ALEXANDRE, T. *Aann.* 1981, 261, concl. adv.-gen. KRINGS (barsten zwembad na betonstudie).

op een ander. Het risicobeginsel lijkt dan toch zeker hier wel in een andere richting te wijzen dan naar de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent.⁸⁴²

In die gevallen zijn evenwel twee andere wegen bewandelbaar. Aan de ene kant zou de opdrachtgever een contractuele aanspraak tegen het door de architect ingeschakelde studiebureau kunnen doen gelden, een stelling die verderop voor het positieve recht wordt verdedigd om te vermijden dat de aanspraak op de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent zou stuiten.⁸⁴³ Aan de andere kant zou ook een opgedrongen tussenkomst van een tussenpersoon de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent kunnen uitsluiten,⁸⁴⁴ maar, zoals reeds betoogd, komen economische beperkingen die uiteindelijk eigen zijn aan de persoon van de hoofdschuldenaar niet in aanmerking om de tussenkomst als opgedrongen te beschouwen.⁸⁴⁵

195. Zelfs al staan die twee andere wegen in de hypothese van een exonatiebeding nog ter beschikking, dan nog zou er ook in geval van insolventie van de hoofdschuldenaar geen absolute grond bestaan om elke bijkomende aanspraak van de hoofdopdrachtgever tegen de uitvoeringsagent uit te sluiten, net zoals bij het faillissement van een wanpresterende medecontractant een contractant zijn bijkomende aanspraak tegen de derdemedeplichtige niet verliest.

Het bestaan van een aanspraak hangt niet af van een toevallige omstandigheid als de insolventie van de hoofdschuldenaar. Meer nog, de insolventie is precies een belangrijke, voor sommigen de enige,⁸⁴⁶ grond waarom de tegenstanders van de quasi-immuniteit wél een rechtstreekse aanspraak tegen de uitvoeringsagent erkend willen zien.

196. Dezelfde kritiek op de verklaring van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent via het risicobeginsel lijken ook auteurs van buiten onze landsgrenzen voor te staan, zij het in een andere context.

Zo stelt du Perron: “*Men verdedigt wel dat er in zaken als deze, in het bijzonder waar het om een verzekeraar gaat, geen sprake is van schade. Wie contractueel een bepaald risico op zich neemt, zou geen schade lijden als dit risico intreedt. Deze*

⁸⁴² E. MONTERO, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.445, nr. 22 die ook verwijst naar Cass. 3 maart 1978 (architect).

⁸⁴³ Cf. *infra*, nr. 236 et seq.

⁸⁴⁴ Cf. *supra*, nr. 168. Zie in die zin P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence sur les obligations”, *R.C.J.B.* 1986, p. 214, nr. 103, bekritiseerd door V. SIMONART, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1999, p. 747, nr. 17.

⁸⁴⁵ Cf. *supra*, nr. 171.

⁸⁴⁶ A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 192, nr. 20. Volgens Van Oevelen verdient de situatie van faillissement “wellicht een andere beoordeling” (A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.* 1977-78, p. 1309, nr. 6). Zie ook het overzicht in F. DE LY, *o.c.*, in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, nr. 23, p. 24-25; E. MONTERO, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.445, nr. 22.

gedachte miskent dat de contractant het risico weliswaar op zich heeft genomen in zijn verhouding tot zijn wederpartij, maar dat daarmee niet gezegd is dat hij het nadeel ook in zijn verhouding tot de aansprakelijke derde heeft te aanvaarden. Ten grondslag (...) ligt dan ook niet het oordeel dat er geen schade zou zijn, maar het oordeel dat er geen norm is geschonden die het belang van de verzekeraar beschermt."⁸⁴⁷

Hiermee vergelijkbaar is ten slotte ook de visie van Stapleton die de niet-bescherming in *negligence* beperkt tot die gevallen waar de bescherming op inhoudelijk vlak volledig identiek zou zijn als de contractuele bescherming: "*Of course, there is no general reason why a plaintiff should not have multiple avenues of protection. The specific argument ... is that the avenue of protection in the tort of negligence may be denied if it is wholly duplicative in a substantive sense of the protection elsewhere to the plaintiff. Since the protection afforded by negligence is typically more generous than other available causes of action (...) the argument of unnecessary duplication rarely carries weight except where the alternative is a contractual duty of care owed by the defendant to the plaintiff which can be substantially co-extensive.*"⁸⁴⁸ Daarmee vervalt ze nog niet in het *privity of contract fallacy*, want "*(t)he goal is not to protect the defendant from facing more obligations than it undertook in its contracts (the privity fallacy) but to ... reserve the protection of tort to those who could not themselves have secured the relevant protection.*"⁸⁴⁹

Hiermee hoop ik afdoende te hebben aangetoond dat een contractant door een exoneratiebeding in een contract op te nemen, het risico nog niet volledig en exclusief op zichzelf zou nemen en het niet langer op een derde zou kunnen leggen. Die contractant neemt het risico enkel in zijn verhouding tot de medecontractant op zich.

§ 5. KETTINGSTRUCTUUR

197. De argumentatie van het risicobeginsel is er vooral op gericht om de economie van de hoofdovereenkomst te bewaren, maar even belangrijk (of nog belangrijker) is het evenwicht te behouden dat volgt uit de overeenkomst waarbij de uitvoeringsagent zelf partij is. Zo is het evenzeer mogelijk dat een uitvoeringsagent in zijn relatie met de hoofdschuldenaar in zijn eigen voordeel een exoneratie heeft bedongen. Een rechtstreekse aanspraak van de hoofdopdrachtgever tegen de uitvoeringsagent zou dan de economie van dit contract doorkruisen en het zogenaamde kortsluitingsgevaar doen ontstaan.⁸⁵⁰ Met andere woorden, een buitencontractuele

⁸⁴⁷ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 120, nr. 135, p. 110, nr. 125).

⁸⁴⁸ J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 321.

⁸⁴⁹ J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 324.

⁸⁵⁰ E. DIRIX, "Onderaanneming", *T. Aann.* 1991, p. 35, nr. 10.

aanspraak van een uitvoeringsagent zou de economie van beide overeenkomsten storen die elk door een eigen contractuele regeling worden gekenmerkt.⁸⁵¹ De werking van beide overeenkomsten wordt zo belangrijk geacht dat de ketting van overeenkomsten schakel per schakel moet worden gevolgd en er geen sprong mogelijk is. De kettingstructuur verhindert een rechtstreekse aanspraak.

Toch volgt uit de kettingstructuur van twee contracten op zich nog niet dat de partijen de ketting zo hebben opgezet om een directe aanspraak te verhinderen of dat de onderovereenkomst als het ware onder de hoofdovereenkomst wordt gesubsumeerd.⁸⁵² Dit argument kan evenzeer op zijn kop worden gezet: de onderovereenkomst is zo nauw met de hoofdovereenkomst verbonden dat ze er nauw bij aansluit.

§ 6. PREVENTIEVE FUNCTIE VAN AANSPRAKELIJKHEID

198. Ter verdediging van de quasi-immuniteit wordt vaak beweerd dat, als een uitvoeringsagent een fout begaat, hij nog niet vrijuit gaat enkel omdat hij door de hoofdopdrachtgever niet buitencontractueel kan worden aangesproken. Zijn rechtstreekse medecontractant beschikt immers over een contractuele aansprakelijkheidsvordering (vaak bij wijze van regres). Toch bekritisieren een aantal auteurs terecht de quasi-immuniteit, omdat die niet voldoende recht doet aan de preventieve of sanctionerende functie (*deterrence*) van de buitencontractuele aansprakelijkheid.⁸⁵³

Volgens de algemene theorie die naar de functies van de buitencontractuele aansprakelijkheid peilt, beoogt deze niet alleen om de schade van slachtoffers te vergoeden maar evenzeer om onfatsoenlijk gedrag te sanctioneren.⁸⁵⁴

⁸⁵¹ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, "Overzicht", *T.P.R.* 1980, p. 1474, nr. 249.

⁸⁵² Vgl. D. BEYLEVELD, "Privity, Transitivity and Rationality", (1991) *54 Mod.L.R.*, 67-68.

⁸⁵³ I. CORBISIER, *o.c.*, *R.P.S.* 1994, nr. 6634, p. 27; R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1978, p. 438-439, nr. 9 ("La responsabilité n'est-elle pas le gage de la conscience professionnelle?"); daarin gevolgd door F. DE LY, *o.c.*, in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, nr. 26, p. 26; J. VAN RYN, X. DIEUX, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers – observations complémentaires", *R.P.S.* 1989, nr. 6511, p. 112, nr. XI. Wellicht ook P. WERY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, p. 95, nr. 14.

⁸⁵⁴ Zie o.a. in rechtsvergelijkend perspectief A. TUNC, "Introduction", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI/1, *Torts*, 87-107; A. TUNC, E. DEUTSCH, W. YUNG, in F.-E. KLEIN (eds.), *Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1973. Voor Engelse literatuur: P.S. ATIYAH, *The Damages Lottery*, Oxford, Hart Publishing, 1997, 159-172; P. CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, 205-238; B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 35-40. Voor Franse literatuur: G. VINEY, *Introduction*, Parijs, L.G.D.J., 1995, 57-69. Voor Duitse literatuur: E. DEUTSCH, "Die Zwecke des Haftungsrechts", *J.Z.* 1971, 244-248; B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 909. In Nederland: C.C. VAN DAM, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1989, 199-254.

Zowel wanneer de hoofdschuldenaar failliet gaat als wanneer de hoofdovereenkomst een exoneratiebeding bevat, zal een uitvoeringsagent voor zijn schadeverwekkende fout feitelijk niet steeds worden gesanctioneerd: “Nu hij (de hoofdaannemer), gezien het exoneratiebeding, niet aansprakelijk gesteld wordt door de opdrachtgever, kan hij de onderaannemer ook niet in vrijwaring roepen. Bij faillissement zal het resultaat veelal de facto hetzelfde zijn in zoverre de opdrachtgever het dividend dat hij kan verwachten uit een kennelijk insolvabele boedel, meestal geen voldoende motivering zal vinden voor een misschien moeilijke procedure.”⁸⁵⁵

Om dezelfde reden noemt Dieux de quasi-immuniteit “*injuste, et peu compatible avec le mouvement – très généralement observé par ailleurs – vers une plus grande “responsabilisation” de tous les acteurs de la vie sociale, – et des professionnels spécialement.*”⁸⁵⁶ Door de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent gaat de preventieve functie van ons aansprakelijkheidsrecht dan ook gedeeltelijk verloren; onterecht want “*il doit répondre de sa faute*”, tenminste als hij daardoor schade veroorzaakt.⁸⁵⁷

§ 7. COMPENSATOIRE FUNCTIE

199. Naast een preventieve functie vervult het aansprakelijkheidsrecht ook een compensatoire functie in de zin dat het op slachtofferbescherming is gericht. Terwijl de preventieve functie het aansprakelijkheidsrecht eerder vanuit het gedrag van de aansprakelijke vorm geeft, vertrekt de compensatoire functie eerder vanuit de situatie van het slachtoffer. De “*steeds toenemende tendens tot slachtofferbescherming*” pleit aldus niet voor de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, althans spreekt in het voordeel van de verfijningstheorie⁸⁵⁸ (m.a.w. geen uitsluiting maar een soepeler invulling van de vereisten van buitencontractuele aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent⁸⁵⁹).

§ 8. VERZEKERING

200. Een achterliggende reden voor de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent kan ook gelegen zijn in de bezorgdheid van verzekeraars om de risicodekking bij een verzekeringsovereenkomst “B.A. uitbating” niet te sterk te laten uitdeinen. Op grond van die verzekeringspolis kan een

⁸⁵⁵ H. BOCKEN, *o.c.*, R.W. 1986-87, kol. 139.

⁸⁵⁶ X. DIEUX, “Les chaînes et groupes de contrats”, p. 129, nr. 7.

⁸⁵⁷ E. MONTERO, *o.c.*, R.G.A.R. 1989, nr. 11.445, nr. 22 (“*fonction sociale*”). Zie ook G. DURRY, “Variations sur la responsabilité de l’acconier”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1969, p. 774-776, nr. 2.

⁸⁵⁸ Zie F. DE LY, *o.c.*, in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 20, nr. 17.

⁸⁵⁹ Cf. *supra*, nr. 125 et seq. H. COUSY, *o.c.*, T.P.R. 1984, p. 196, nr. 33.

professioneel de last van zijn *contractuele* aansprakelijkheid in het algemeen niet op de verzekeraar leggen, omdat de verzekeringsdekking traditioneel uitdrukkelijk tot de buitencontractuele aansprakelijkheid beperkt is.⁸⁶⁰ Wanneer nu een uitvoeringsagent buitencontractueel aansprakelijk zou zijn voor een risico dat in wezen contractueel van aard is, zou die last die de verzekeraar eigenlijk niet op zich wou nemen, *in extremis* toch nog op zijn schouders vallen.

Maar opnieuw kan die redenering op haar kop worden gezet, net zoals de voorstanders van de verfijningsleer die beperking van de verzekeringsdekking precies aangrijpen om zo voor de rechtstreekse buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever meer ruimte te laten.⁸⁶¹

De kracht van die argumenten is evenwel beperkt rekening houdend met de evoluties in de verzekeringsmarkt, omdat het toepassingsgebied van dergelijke verzekeringen voortaan ook meer en meer tot de contractuele aansprakelijkheid wordt uitgebreid.⁸⁶² Bovendien zijn er andere technieken voorhanden om de ratio van de vroegere uitsluiting van contractuele aansprakelijkheid te behouden. Die ratio bestaat er namelijk in om te voorkomen dat een contractant bovenmatig opdrachten aanvaardt of onzorgvuldig zijn contract uitvoert.⁸⁶³ Een andere techniek bestaat er onder meer in om de verzekeringsdekking uit te sluiten in het geval waarin het schadegeval een voorzienbaar gevolg is van de gevolgde werkwijze of in het geval waarin het schadegeval bestaat uit het verlies van het contractuele voordeel.⁸⁶⁴

⁸⁶⁰ Zo kon de verzekeraar B.A. uitbating van een onderaannemer op grond van onverschuldigde betaling de reeds gedane uitkeringen terugvorderen, omdat zijn verzekerde enkel contractueel aansprakelijk was tegenover zijn medecontractant (de hoofdaannemer) (Bergen 16 januari 1997, *T.B.H.* 1997, 694, noot J.L. FAGNART, *R.R.D.* 1997, 189).

⁸⁶¹ H. HERBOTS, *o.c.*, *R.W.* 1975-76, kol. 1246, nr. 6, gevolgd door F. DE LY, *o.c.*, in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 25, nr. 23. Zie verder nog R. ANDRÉ, *Les responsabilités*, Brussel, Bureau d'études R. André, 1981, p. 28, nr. 22; P.-H. DELVAUX, "Le champ d'application matériel de l'assurance de la responsabilité civile "exploitation"", *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.512; G. DURRY, noot onder Cass. fr. (civ. II) 3 maart 1977, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1977, p. 556, nr. 1 (werknemer van schoonmaakbedrijf verscheurt papieren in vlaag van waanzin – art. 1384 derde lid C.Civ. in plaats van contractuele aansprakelijkheid wegens verzekeringscontract). Zie recent in Gent 16 juni 1975, *R.G.A.R.* 1977, nr. 9.726 en 9.731 (vordering wel ongegrond); Scheidsr. Antwerpen 6 februari 1987, *De Verz.* 1988, 114, noot J.R. (tussen 2 contractpartijen; baggerwerken); Antwerpen 13 april 1994, *R.W.* 1995-96, 397 (gat in waterleiding bij leggen van vast tapijt); Antwerpen 1 maart 1995, *T. Gez.* 1995-96, 221, noot N. NEGER (tussen 2 contractpartijen: tampon in borst achtergelaten door plastisch chirurg); Bergen 16 januari 1997, *T.B.H.* 1997, 694, noot J.L. FAGNART, *R.R.D.* 1997, 189.

⁸⁶² J. KULLMANN, noot onder Cass. fr. (civ. III) 13 december 1989 en 28 maart 1990, *D.* 1991, *Jur.*, p. 28-29, nr. 15.

⁸⁶³ P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.512, nr. 10.

⁸⁶⁴ P.-H. DELVAUX, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.512, nr. 19.

§ 9. SPECIFIEKE WETTELIJKE BEPALINGEN

201. Uit het bestaan van verschillende wettelijke bepalingen die de aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent tegenover een hoofdopdrachtgever expliciet beperken (zoals het Franse voorbeeld van de stuwadoor⁸⁶⁵), leiden sommigen af dat een hoofdopdrachtgever een uitvoeringsagent in beginsel wel moet kunnen aanspreken.⁸⁶⁶

Die opmerking heeft evenwel weinig argumentatieve waarde, aangezien een specifieke wet niet noodzakelijk een uitzondering op maar evengoed een toepassing van het algemeen beginsel kan zijn.

Er zijn overigens ook bepalingen die de buitencontractuele aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent niet uitsluiten maar die wel aan de beperkingen van de hoofdovereenkomst onderwerpen. Zo kan de uitvoeringsagent van een wegvervoerder in het kader van art. 28 § 2 van het C.M.R.-verdrag zich tegen zijn buitencontractuele aansprakelijkheid voor verlies, beschadiging of vertraging verweren met de aansprakelijkheidsuitsluitende of beperkende bepalingen van het verdrag.⁸⁶⁷

§ 10. GELIJKHEIDSBEGINSEL/COHERENTIE

202. *“Dès lors que l'on a voulu cantonner les contractants dans le domaine contractuel, lorsqu'ils invoquent une faute d'exécution du contrat, il est logique de demeurer entièrement dans la sphère contractuelle et de n'admettre l'action que contre les cocontractants.”*⁸⁶⁸ Lang niet alle auteurs⁸⁶⁹ delen die mening van Rasir die het stuwadoorsarrest als een toonbeeld van coherentie beschouwt.

Zoals gezegd, vraagt ook menig auteur zich af of, en zo ja, op welke wijze de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent die met zijn medecontractant wordt geassimileerd, verzoenbaar is met de cassatierechtspraak waarbij een exoneratie voor eigen bedrog of opzettelijke fout niet mogelijk zou zijn maar wel voor dat van de hulppersonen.⁸⁷⁰ Al zouden verschillende negatieve en met name discriminatoire gevolgen zonder de quasi-immuniteit

⁸⁶⁵ Cf. *infra*, nr. 500.

⁸⁶⁶ J.L. FAGNART, *o.c.*, R.G.A.R. 1974, nr. 9.317, nr. VII.

⁸⁶⁷ Verdrag Genève 19 mei 1956 betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg, B.S. 8 november 1962 (C.M.R.-verdrag), waarbij het gaat om de uitvoeringsagenten die bij artikel 3 zijn aangeduid. Sinds kort zijn de meeste bepalingen ook van toepassing op nationaal wegvervoer, zie Wet 3 mei 1999 betreffende het vervoer van zaken over de weg, B.S. 30 juni 1999.

⁸⁶⁸ R. RASIR, *o.c.*, J.T. 1976, p. 165, kol. 1.

⁸⁶⁹ Zo blijkt eens te meer de terughoudendheid van Bocken tegenover de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, wanneer hij in zijn bespreking van het aansprakelijkheidsrecht in het licht van het gelijkheidsbeginsel deze theorie expliciet als een afzonderlijke door de rechtspraak gecreëerde aansprakelijkheidsregeling vernoemt (H. BOCKEN, “Het aansprakelijkheidsrecht in de steigers (redactie privaat)”, T.P.R. 1999, p. 574, nr. 4).

⁸⁷⁰ Cf. *supra*, nr. 187.

van de uitvoeringsagent uit het leven worden geholpen, lijken verschillende auteurs in die vaststelling alleen maar te berusten.⁸⁷¹

203. De meeste kritiek gaat uit naar de onverzoenbaarheid tussen twee (schijnbaar?) aan elkaar tegengestelde tendensen: enerzijds de uitgebreide leer van coëxistentie en anderzijds de beperkte aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten.⁸⁷² In de algemene coëxistentieleer staat alleen een zuiver contractuele fout de buitencontractuele aansprakelijkheid van een contractant tegenover een derde in de weg. Waar bij de algemene coëxistentieleer de overeenkomst van de aansprakelijke centraal staat, zou dit niet het geval zijn bij de uitvoeringsagent.⁸⁷³

Bij de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent zou dus, zoals bij de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad, de hoofdovereenkomst centraal staan. Zo wordt vaak gezegd dat de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad op de verbindende kracht van de hoofdovereenkomst gegrond is. Zonder een dergelijke aansprakelijkheid zou de hoofdschuldenaar eenzijdig de overeenkomst kunnen wijzigen door alleen maar een derde bij de uitvoering te betrekken.⁸⁷⁴ De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent is eveneens enkel ingegeven door de bekommernis om de *économie van het hoofdcontract* te bewaren, om de contractpartijen in hun contractuele verwachtingen niet te storen. Het is de bedoeling dat de hoofdopdrachtgever geen voordelen verkrijgt waaraan hij uitdrukkelijk of stilzwijgend contractueel tegenover zijn hoofdschuldenaar heeft verzaakt.⁸⁷⁵

⁸⁷¹ Recent nog J.-F. HENROTTE, "Les actions en responsabilité contractuelle dirigées à l'encontre des architectes et entrepreneurs se transmettent-elles aux clients des promoteurs?" (noot onder Bergen 12 maart 1998), *J.L.M.B.* 2000, 158.

⁸⁷² Zie o.m. H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 175, nr. 16. Zie voor een kritiek op het onderscheid L. FAGNART, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9.317, nr. XI en XIII: "L'arrêt annoté écarte ce principe raisonnable (coëxistentie), admis par tous, en prenant en considération non seulement le contrat conclu entre celui qui a causé le dommage et celui qui en est la victime, mais également le contrat conclu entre ce dernier et le commettant de celui qui a causé le dommage! Comment expliquer cette étonnante solution?" (eigen toevoeging).

⁸⁷³ I. CORBISIER, *o.c.*, *R.P.S.* 1994, nr. 6.634, p. 25, noot 51 met verdere verwijzingen ("la jurisprudence visant en effet ... le contrat intervenu entre le débiteur principal et le tiers"); G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 55, nr. 3; J. VAN RYN, X. DIEUX, *o.c.*, *J.T.* 1988, p. 403, noot 22 ("la faute ... doit être étrangère au contrat dont l'exécution lui est confiée et non pas au contrat liant l'agent d'exécution au débiteur principal"); P. WERY, "L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage: bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code Civil", *R.R.D.* 1997, p. 174, voetnoot 26 (met kritiek op Bergen 16 januari 1997, *R.R.D.* 1997, 189).

⁸⁷⁴ G. VINEY, "Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 359, nr. 23.

⁸⁷⁵ L. CORNELIS, *Principes*, p. 130, nr. 71; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, "Overzicht", *T.P.R.* 1980, p. 1474, nr. 249 ("De hoedanigheid van de uitvoeringsagent als derde (...) werd in het verleden misbruikt om de hoofdovereenkomst te ontcrachten"). Vgl. de opvatting van Stapleton, cf. *infra*, deel IV, nr. 566.

Dit is echter een verkeerde voorstelling van zaken, omdat de onderovereenkomst op zijn minst even centraal staat, met name omdat het evenwicht van die overeenkomst ook niet zou worden verstoord.

204. Een andere incoherentie vloeit voort uit de asymmetrie in de verhouding tussen een bouwheer en een onderaannemer. Aan de ene kant past het Hof van Cassatie in het Wegenfondsarrest op een aanspraak tot schadevergoeding van een onderaannemer tegen een bouwheer de meer liberale coëxistentieleer toe, terwijl een schadevergoedingsactie in de omgekeerde richting op de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent stuit. De kritiek op en de voorgestelde oplossingen voor die incoherentie gaan verschillende richtingen uit: terwijl Dieux eerder voorstaat de coëxistentieregel te veralgemenen en ook op het geval van de uitvoeringsagent toe te passen, verkiest Walschot er eerder voor om de bouwheer ook als een uitvoeringsagent te beschouwen en hem ook de quasi-immuniteit te verlenen.⁸⁷⁶

Aan de andere kant is het niet langer zonder meer te verantwoorden dat een onderaannemer wel een rechtstreekse vordering tot betaling kan instellen tegen de bouwheer, terwijl, omgekeerd, een onderaannemer ten aanzien van een schadevergoedingsvordering van de bouwheer van een quasi-immuniteit geniet.⁸⁷⁷ Doorgaans wordt dit verschil in behandeling verantwoord door de zwakkere positie waarin een onderaannemer zich tegenover een hoofdaannemer zou bevinden,⁸⁷⁸ maar is de bouwheer niet nog veel zwakker in het geheel van de bouwindustrie?

205. Ten slotte wijst Dalcq op nog een andere discriminatie, ditmaal tussen uitvoeringsagenten onderling. Terwijl een hoofdopdrachtgever tegen een uitvoeringsagent doorgaans geen aanspraak kan laten gelden, kan hij dit wel wanneer de wanprestatie van de uitvoeringsagent tegelijk strafrechtelijk gesanctioneerd is. Dalcq vraagt zich af wat de reden kan zijn van “*des solutions différentes selon que la fautive cause une atteinte à l'intégrité physique ou cause un dommage aux biens?*”⁸⁷⁹

⁸⁷⁶ Cf. *supra*, nr. 137.

⁸⁷⁷ Zie B. LOUVEAUX, “L’action directe du maître de l’ouvrage contre le sous-traitant: à suivre...” (noot onder Bergen 30 juni 1995), *J.L.M.B.* 1997, 376; vragend in P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 173, nr. 5.

⁸⁷⁸ Zie in deze zin G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, p. 61, nr. 1.

⁸⁷⁹ R.O. DALCQ, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, 506-507. Dalcq drijft zijn kritiek zelfs zo ver dat hij zich afvraagt of het onderscheid tussen contractuele en delictuele aansprakelijkheid niet moet worden opgeheven. Merk op dat Dalcq de uitzondering op de immuniteit onterecht beperkt tot de hypothese van onvrijwillige slagen en verwondingen, terwijl het toepassingsgebied van die uitzondering veel ruimer is (cf. *supra*, nr. 49).

I. Moreau-Margrève maakt een vergelijkbare opmerking, maar dan toegepast op alle hypothesen van misdrijven. Zij baseert zich op het lente-arrest van het Arbitragehof,⁸⁸⁰ dat de toenmalige kortere verjaringstermijn voor een strafrechtelijk sanctioneerbare onrechtmatige daad (oud art. 26 V.T.Sv.) in vergelijking met de gemeenrechtelijke dertigjarige verjaringstermijn voor een gewone onrechtmatige daad (oud art. 2262 B.W.) strijdig achtte met het constitutionele gelijkheidsbeginsel.⁸⁸¹ Uit latere arresten van het Arbitragehof is evenwel gebleken dat de omgekeerde situatie – nl. strengere maatstaven zoals langere verjaringstermijnen in geval van een misdrijf – wel met het gelijkheidsbeginsel verenigbaar zou kunnen zijn.⁸⁸²

206. Er rijzen dus heel wat vragen met betrekking tot de onderlinge coherentie tussen verschillende theorieën die de derdenwerking beheersen. Op die verschillende incoherenties en de beoordeling ervan wordt doorheen de volgende delen teruggekomen.

§ 11. GELIJKHEID VAN SCHULDEISERS

207. Een ander argument tegen een rechtstreekse aanspraak zou erin bestaan dat op die manier de hoofdopdrachtgever buiten de wet om een voorrecht verkrijgt en zo een inbreuk maakt op het in art. 7-8 Hyp.W. vervatte beginsel van de gelijkheid tussen concurrente of samenlopende schuldeisers.

Het voorgaande geldt evenwel enkel voor een voorrecht *in rechte* en niet voor een voorrecht *in feite*, die uit een andere regel voortvloeit. Een voorrecht in feite bestaat wanneer een schuldeiser ten gevolge van een ander juridisch mechanisme *de facto* in een betere positie komt te staan dan de overige schuldeisers. Zo wordt het bestaan van een rechtstreekse vordering vandaag de dag niet meer als een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel bekritiseerd, omdat ze slechts een voorrecht in feite inhoudt.⁸⁸³ Op gelijke wijze leiden ook kwalitatieve rechten tot hetzelfde feitelijke *gevolg*. Trou-

⁸⁸⁰ Arbitragehof nr. 25/95, 21 maart 1995, *B.S.* 31 maart 1995, 8184, *A.A.* 1995, 377, *R.W.* 1994-95, 1324, noot P. TRAEST, *J.T.* 1995, 261, *J.L.M.B.* 1995, 469, *T.R.D. & I.* 1995, 365, noot A. WINANTS, *Verkeersrecht* 1995, 137-139, noot B. VEECKMANS, P. DEPUYDT, *P. & B.* 1995, 2, 40-42, noot, *T.Gez.* 1995-96, 51, noot J.-L. FAGNART, *A.J.T.* 1994-95, 418, noot L. ARNOU. Daarna bevestigd in Arbitragehof nr. 51/96, 12 juli 1996, *B.S.* 14 augustus 1996, 21580; Arbitragehof nr. 61/97, 14 oktober 1997, *B.S.* 25 oktober 1997, 28503; Arbitragehof nr. 81/99, 30 juni 1999, *R.W.* 1999-2000, 1155, noot.

⁸⁸¹ I. MOREAU-MARGRÈVE, C. BIQUET-MATHIEU, A. GOSSELIN, "Grands arrêts en matière d'obligations", *Act. Dr.* 1997, 43-44 ("qu'il est malsain qu'une victime ait la "chance" que l'auteur de la faute ait commis une infraction!").

⁸⁸² Arbitragehof nr. 13/97, 18 maart 1997, *B.S.* 31 mei 1997, 14.522.

⁸⁸³ Vgl. E. DIRIX, *Zekerheidsrechten*, in E. DIRIX, R. DE CORTE (eds.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 325-326, nr. 536.

wens, de ganse leer van de tegenstelbaarheid van contracten dat eigenlijk evenzeer tot een voorrecht in feite leidt, wordt niet strijdig geacht met het beginsel van gelijkheid van samenlopende schuldeisers.⁸⁸⁴

§ 12. RELATIVITEITSBEGINSEL

208. Ten slotte wordt de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent met het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten verbonden. Zelfs al had het Hof van Cassatie de weg van een buitencontractuele aanspraak tegen een uitvoeringsagent niet quasi-volledig afgesloten, dan nog zou het tot een juiste proportie herleid risicobeginsel en de economie van de onderovereenkomst een inperking van die weg hebben vereist. Wanneer bijvoorbeeld een hoofdopdrachtgever contractueel een exoneratiebeding had opgenomen én de partijen daarbij de bedoeling hadden om het risico volledig op zich te nemen, dan vereist het risicobeginsel dat de hoofdopdrachtgever tegen de uitvoeringsagent geen buitencontractuele aanspraak kan laten gelden.

209. Er rijst evenwel de vraag of de leer van de quasi-immuniteit op zich niet al met het relativiteitsbeginsel strijdig is. Als gevolg van de quasi-immuniteit is een derde met name dank zij een fictie onderworpen aan een overeenkomst waarbij hij zelf geen partij is, namelijk de hoofdovereenkomst.⁸⁸⁵ In geval van een exoneratiebeding in de hoofdovereenkomst kan een derde daarvan genieten, zonder dat hij die zelf heeft bedongen en zonder dat er sprake is van een derdenbeding.⁸⁸⁶ Op die manier geniet de uitvoeringsagent van een exoneratie waarvoor hij geen equivalent heeft moeten betalen. Hij krijgt gratis een ontheffing van zijn aansprakelijkheid, al ligt de reden hiervoor *niet altijd* voor de hand.

210. Moeilijker wordt het wanneer de economie van de onderovereenkomst in het spel is en met name niet in de hoofdovereenkomst maar in de overeenkomst van de uitvoeringsagent een contractueel beding vervat zit en de uitvoeringsagent erop rekende dit beding in zijn verhouding met de hoofdopdrachtgever te kunnen invoeren.

Zonder de leer van de quasi-immuniteit zou de steeds meer opkomende vertrouwensleer daarop een afdoende antwoord bieden,⁸⁸⁷ in de zin dat

⁸⁸⁴ Zie P. VAN OMMESLAGHE, "Les sûretés nouvelles issues de la pratique. Développements récents", in *Le droit des sûretés*, Brussel, JBB, 1992, 395. Zie b.v. Bergen 5 april 1995, *Act. Dr.* 1996, 110. Cf. *supra*, nr. 116.

⁸⁸⁵ A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.*1975, p. 190-191, nr. 18.

⁸⁸⁶ A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.* 1977-78, nr. 5.

⁸⁸⁷ Zie H. BOCKEN, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, p. 140, kol. 2. Voor een uitgebreider bespreking, cf. *infra*, deel IV-V.

ook op buitencontractueel vlak een doorwerking van contractuele bedingen, waaronder exoneratieclausules, (ditmaal niet ten voordele van maar) *tegen* derden zou moeten worden aanvaard. Hier knelt precies het schoentje. Traditioneel zou een dergelijke doorwerking immers een ongeoorloofde doorbreking van het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst betekenen.⁸⁸⁸ Bij een rechtstreekse aanspraak van een bouwheer tegen een onderaannemer zou die laatste zich niet op de door hemzelf bedongen exoneraties kunnen beroepen.⁸⁸⁹

Door de optie van het Hof van Cassatie voor de quasi-immuniteit rijst de doorwerkingsvraag niet eens, omdat de delictuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever sowieso quasi-uitgesloten is.⁸⁹⁰ Buitenlandse rechtsvergelijkers kunnen dan ook over het Belgische recht zeggen: “*the question of extension to third parties does not arise*”.⁸⁹¹

211. In de huidige rechtsleer komt zowel de categorieke afwijzing van als de steun voor de doorwerking van overeenkomsten tegen derden wel van onverwachte hoeken. Aan de ene kant zou het in de lijn van de verwachtingen liggen dat een auteur zoals Bocken die de quasi-immuniteit helemaal niet genegen is, voorstander is van een meer liberale derdenwerking, maar nu blijkt dat hij wel de werking van een overeenkomst ten gunste van derden⁸⁹² maar in geen geval haar werking tegen derden aanvaardt.⁸⁹³

Aan de andere kant is Dirix, precies de grote verdediger van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, in zijn proefschrift een werking *tegen* derden verrassend genoeg niet volledig ongenegen, zij het wel begrijpelijk gezien de rechtsvergelijkende methode die hij hanteert. Naar Belgisch recht ziet hij met name in het vertrouwensbeginsel⁸⁹⁴ en in de identificatietheorie openingen om de werking van een overeenkomst tegen derden te rechtvaardigen. Voor doorwerking moet ruimte openblijven, als de aangesprokene er op een gerechtvaardigde wijze op kan vertrouwen dat zijn bedongen exoneratie ook tegen een betrokken derde zou gelden (mede

⁸⁸⁸ W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*, 140 en 157.

⁸⁸⁹ Zie A. DELVAUX, “De l’action du maître d’ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l’entrepreneur (état de la jurisprudence)” (noot onder Luik 26 februari 1993), *T. Aann.* 1995, p. 207, nr. 6.

⁸⁹⁰ Zie ook C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 70, nr. 99.

⁸⁹¹ B. KORTMANN, D. FABER, “Contract and Third Parties”, in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 258.

⁸⁹² H. BOCKEN, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, kol. 140 (ook op grond van het vertrouwensbeginsel dat nog sterk genoeg is om een werking ten gunste van derden te rechtvaardigen).

⁸⁹³ H. BOCKEN, *o.c.*, *R.W.* 1986-87, kol. 140.

⁸⁹⁴ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 203-204, nr. 275.

omdat die derde van een dergelijke clause op de hoogte is of behoort te zijn). Dit is in het bijzonder het geval, wanneer die derde met zijn medecontractant kan worden geïdentificeerd omwille van een bijzondere (bijvoorbeeld contractuele) relatie tussen die twee. Die relatie doet een soort band van solidariteit ontstaan die zowel lusten als lasten met zich meebrengt.⁸⁹⁵ In een latere bijdrage is Dirix meer categoriek en laat hij naar Belgisch recht geen opening voor doorwerking van (exoneratie)clausules tegen derden. In een dergelijk kader zou de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent gerechtvaardigd zijn; anders zou de uitvoeringsagent die “bij het bedingen van die exoneratie erop vertrouwd dat zijn mogelijke aansprakelijkheid binnen overzienbare marges werd gehouden, deze beveiliging in rook (zien) opgaan.”⁸⁹⁶

Een gelijkaardige, zij het niet zo opvallende opening naar doorwerking lijkt ook van Gerven in zijn jongste boek over verbintenissenrecht te suggereren, al is het niet met zekerheid af te leiden of hij wel juist die hypothese op het oog heeft: waar volgens zijn oorspronkelijke cursustekst een doorwerking van exoneratieclausules op buitencontractueel vlak *niet* mogelijk was,⁸⁹⁷ is een dergelijke doorwerking in de nieuwste versie slechts *normaal* niet mogelijk.⁸⁹⁸ Zoals elk jurist onmiddellijk aanvoelt, laat de normaliteit ook plaats voor abnormaliteit, laat een principe ruimte open voor uitzonderingen.

Verrassend genoeg⁸⁹⁹ komt de belangrijkste voorstander van de werking van een overeenkomst tegen derden uit Franstalige hoek. Vanuit zijn openlijk ongenoegen met de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent heeft met name Dieux herhaaldelijk gepleit voor een doorwerking van exoneratieclausules tegen derden en wel op basis van het vertrouwensbeginsel.⁹⁰⁰ De verwachtingen van een persoon in een contractgroep dienen als criterium voor de buitencontractuele aansprakelijkheid: die verwach-

⁸⁹⁵ *Ibidem.*

⁸⁹⁶ E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 355, nr. 17 (met eigen toevoeging).

⁸⁹⁷ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1999-2000, 190.

⁸⁹⁸ W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 157.

⁸⁹⁹ Verrassend, omdat uit de rechtsvergelijkende analyse in het vierde deel zal blijken dat precies het Nederlandse recht een dergelijke doorwerking aanvaardt en de Nederlandse rechtspraak doorgaans niet zoveel invloed uitoefent op de Franstalige rechtsleer in ons land (al zijn er uitzonderingen, denken we maar aan het pleidooi in de jaren tachtig van Van Ommeslaghe voor rechtsverwerking).

⁹⁰⁰ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, nr. 73, p. 178 (“Dès lors que la protection du créancier dépend d’une condition de légitimité à apprécier par le juge, dans les limites ce à quoi il était raisonnable, pour le créancier, de s’attendre de la part du sous-débiteur, on ne peut exclure a priori que le juge puisse considérer que les expectatives en question n’étaient légitimes que dans les limites du contrat conclu par le débiteur intermédiaire avec le sous-débiteur, en ce compris les limites concernant les responsabilités acceptées par celui-ci dans le cadre dudit contrat”).

tingen zijn evenwel slechts gerechtvaardigd, als zijn medecontractant zelf met zijn eigen contractant geen exoneratiebeding heeft aanvaard.

Dieux staat met zijn opvatting niet alleen. In dezelfde gelederen voegt zich ook Van Ommeslaghe, die niet alleen de afschaffing van de quasi-immuniteit en de veralgemening van de coëxistentieregel voorstaat, maar ook het volgende pleidooi houdt: “*Même les clauses conventionnelles exonératoires ou limitatives de responsabilité convenues entre l’agent d’exécution et le fournisseur des services qui a fait appel à lui pourront être prises en considération par le juge, non point en tant que clauses génératrices de droits et d’obligations pour des tiers étrangers au contrat, mais en tant qu’élément de fait permettant de déterminer l’étendue des obligations de prudence envers les tiers assumées par l’agent d’exécution. De même les clauses convenues entre le fournisseur de services et le bénéficiaire de ceux-ci pourront être prises en compte par le juge, dans la mesure où l’agent d’exécution ne peut être considéré comme ayant assumé des obligations plus étendues envers le bénéficiaire que le fournisseur de services lui-même dès lors qu’il s’agit de déterminer dans quelle mesure le bénéfice du contrat ayant pour objet l’exécution de ces mêmes services est étendu aux tiers.*”⁹⁰¹

§ 13. RECHTVAARDIGHEID OF BILLIJKHEID

212. Terwijl de ene strekking in de rechtsleer de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent onrechtvaardig of onbillijk acht,⁹⁰² vinden andere auteurs dat de theorie eerder pragmatisch dan juridisch van aard is en – mede daarom – ook billijk is te noemen.⁹⁰³ Wanneer de billijkheid op zich onvoldoende is als grondslag van bijvoorbeeld een *contractuele* aanspraak tegen een uitvoeringsagent,⁹⁰⁴ dan is ze op zich evenmin voldoende om de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent te schragen.

Een rechtvaardige regeling van de aansprakelijkheid bij samenhangende overeenkomsten vereist een evenwichtige afweging van twee tegenover elkaar staande belangen,⁹⁰⁵ enerzijds het belang dat de hoofdopdrachtgever of de uiteindelijke bestemming van een prestatie heeft bij een zorgvuldige nakoming hiervan door een uitvoeringsagent of een andere schuldenaar

⁹⁰¹ P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution des contrats de services par autrui”, 274-275.

⁹⁰² Zie o.m. F. DELY, *o.c.*, in *Wie zal dat betalen?*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 28, nr. 29 (de quasi-immuniteit legt elke dynamiek lam en houdt een “*verstrakking*” in); X. DIEUX, “Les chaînes et groupes de contrats”, p. 151, nr. 12 (“*peu équitable*”). Voor kritiek in de lagere rechtspraak zie vooral Luik 28 juni 1984, *J.L.* 1984, 509, noot M. DOUTREWE (volgens dit Hof zijn de uitwegen van stilzwijgend mandaat, derdenbeding of rechtstreekse vordering niet “*sédentaires*”).

⁹⁰³ Zie o.m. A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 191, nr. 19 en p. 192, nr. 20.

⁹⁰⁴ Zo ziet ook Montero in de billijkheid geen voldoende grondslag voor een *contractuele* aanspraak tegen een uitvoeringsagent (E. MONTERO, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.445, nr. 26).

⁹⁰⁵ Wat de belangen van de schuldeisers van de hoofdschuldenaar betreft, cf. *supra*, nr. 207.

en anderzijds het belang dat een uitvoeringsagent of een andere schuldenaar heeft bij de aansprakelijkheidsbeperkingen en andere modaliteiten die hij in zijn contract heeft bedongen.⁹⁰⁶

In de Franse literatuur wordt niet eens in twijfel getrokken dat bij samenhangende overeenkomsten in het algemeen en ook tegen een uitvoeringsagent in het bijzonder in bepaalde omstandigheden een rechtstreekse aanspraak voorhanden moet zijn. Zonder uitdrukkelijk naar de Belgische cassatierechtspraak te verwijzen, geven de volgende woorden van Larroumet treffend weer dat de quasi-immuniteit op onrechtvaardigheden stuit: *“Il y aurait un moyen très simple d’éviter un tel bouleversement, ce serait de prohiber toute action en responsabilité extracontractuelle entre les deux parties extrêmes et n’admettre que des actions en responsabilité contractuelle entre les seules parties immédiates. ... Cependant, une telle solution serait profondément injuste pour la victime, qui est en droit d’obtenir la réparation de son dommage de celui dont l’activité en est la cause”*.⁹⁰⁷ Een ander gezaghebbend auteur, Viney, ligt op dezelfde golflengte, aangezien de afwezigheid van elke rechtstreekse aanspraak tegen een uitvoeringsagent volgens haar *“ne paraît pas (...) justifié car il méconnaît les intérêts légitimes du maître de l’ouvrage.”*⁹⁰⁸

De rechtvaardigheid (of billijkheid) en een evenwichtige belangenafweging wijzen dus niet even noodzakelijk in de richting van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, als sommige rechtsleer ons wil doen geloven.

De rechtszekerheid mag dan wel de assepoester van de rechtswetenschap heten, zij heeft geen dusdanige prioriteit dat ze elke onrechtvaardige regel goedpraat.

⁹⁰⁶ Zie ook X. DIEUX, “Les chaînes et groupes de contrats”, p. 151, nr. 12.

⁹⁰⁷ C. LARROUMET, “L’action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels”. *J.C.P.* 1988, I, nr. 3.357, nr. 5 (met eigen cursivering).

⁹⁰⁸ G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Roger O. Dalq. Responsabilité et assurances*, Brussel, Larcier, 1994, p. 630, nr. 25 (met weglating).

BESLUIT DEEL II

213. In voornamelijk drie situaties heeft een hoofdopdrachtgever er belang bij om een uitvoeringsagent rechtstreeks aan te spreken, zowel wanneer de hoofdschuldenaar failliet wordt verklaard, als wanneer de uitvoeringsagent in grotere mate aansprakelijk is dan de hoofdschuldenaar doordat in het hoofdcontract bijvoorbeeld een exoneratiebeding was ingelast of nog doordat de rechtsvordering tegen de hoofdschuldenaar intussen reeds is verjaard.

Dit belang vond het Hof van Cassatie niet beschermenswaard en heeft daarom, tegen de traditie in, voor de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent gekozen. Die innovatie is meteen een illustratie hoe de rechterlijke macht creatief omgaat met de begrippenparen waarrond de derdenwerking van overeenkomsten wordt gestructureerd (zie deel I). Waar de uitvoeringsagent voorheen nog een derde was, is hij met het eerste stuwadoorsarrest plots niet langer een derde ten aanzien van de uitvoering van de overeenkomst.

De voorstanders van die leer loven de theorie om de rechtszekerheid. Uit een nadere analyse blijkt die rechtszekerheid toch kleiner te zijn dan verwacht en de onzekerheid wordt niet in het minst door het recente cassatiearrest van 1 juni 2001 aangewakkerd. De rechtsleer blijft verdeeld en het toepassingsgebied is vaak onzeker. Minstens rijst de vraag of een rechtstreekse aanspraak tegen de uitvoeringsagent naast het geval van misdrijf ook niet minstens in dat van bedrieglijk handelen of van een inbreuk op een hem opgelegde wettelijke verplichting voorhanden moet zijn.

De voor de theorie gegeven verantwoordingen⁹⁰⁹ voldoen evenmin. Allereerst hoeft uit het risicobeginsel geenszins te volgen dat de hoofdopdrachtgever in geen enkel geval (behoudens misdrijf) het risico op de schouders van de uitvoeringsagent zou kunnen leggen. De vraag op wie een risico moet rusten, kan ook moeilijk via het risicobeginsel worden beantwoord zonder in een *petitio principii* te vervallen.

Als het de bedoeling is om te vermijden dat de betrokken partijen zich aan hun overeenkomst zouden kunnen onttrekken of hun overeenkomst tegen hun verwachtingen niet zouden kunnen inroepen, dan is de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent te radicaal te noemen. Zo moet niet elke aanspraak tegen een uitvoeringsagent worden geweigerd, omdat die

⁹⁰⁹ Wat de vertegenwoordiging betreft, doet de recente rechtspraak en rechtsleer rond de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent en haar verklaring aan de hand van de zogenaamd feitelijke vertegenwoordiging vele vragen rond het juridische begrip van vertegenwoordiging alsook rond de gevolgen van de orgaantheorie rijzen, cf. *supra*, nr. 153 et seq.

mogelijks (maar lang niet altijd) in zijn overeenkomst een exoneratiebeding heeft ingelast of omdat de hoofdopdrachtgever het mogelijks (maar lang niet altijd) op zich heeft genomen om een risico niet op de schouders van de uitvoeringsagent te leggen. Alleen wanneer de uitvoeringsagent *effectief* een exoneratie heeft bedongen of wanneer de hoofdopdrachtgever *effectief* het risico op zich heeft genomen, kan het gerechtvaardigd zijn dat een buitencontractuele aanspraak tegen de uitvoeringsagent wordt gedwarsboomd.

Zelfs al ware het voordeel van de rechtszekerheid reëel, dan nog is het mes dat zij daarvoor gebruikt, wel heel “*blunf*” te noemen. Rechtszekerheid kan ook *on*rechtszekerheid met zich meebrengen.⁹¹⁰ Het is precies de radicaliteit van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent waarop zoveel kritiek is uit te oefenen.

Dit alles betekent nog niet dat de theorie volledig moet worden afgeschreven. Daarvoor moeten we eerst nagaan of er valabele alternatieven voorhanden zijn. In het derde deel komt reeds een eerste dergelijke groep van alternatieven aan bod: zoals af en toe in de naburige rechtssystemen gebeurt, worden ook bij ons contractuele oplossingen naar voren geschoven. In het vierde deel wordt dan het buitencontractuele alternatief op expliciet rechtsvergelijkende wijze geanalyseerd. Die analyse is belangrijk omdat de aanhangers van de quasi-immuniteit juist de rechtsonzekerheid van de buitenlandse rechtssystemen laken om zo de quasi-immuniteit te verdedigen.⁹¹¹

⁹¹⁰ In contractuele relaties speelt hetzelfde argument in de discussie rond de goede trouw (C.E. DU PERRON, “De contractueel betrokken derde: tweeëndertig jaar later”, *l.c.*, 249).

⁹¹¹ E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 356, nr. 18.

**DEEL III. SAMENHANGENDE
OVEREENKOMSTEN EN
CONTRACTUALISATIE**

INLEIDING

214. Het juridische statuut van een persoon die op het eerste gezicht andermans contractuele verbintenissen nakomt, moet ook tegen het licht van gebeurlijke contractuele aansprakelijkheid worden gehouden. Dit geldt trouwens voor rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten in het algemeen.

De contractualisatie van de relatie tussen uitvoeringsagent en hoofdopdrachtgever of, meer algemeen, van die tussen de uiteinden bij samenhangende overeenkomsten tekent zich het scherpst af wanneer de betrokkenen zich in hun onderlinge relatie op de hoedanigheid van contractpartij beroepen. Zo kunnen bepaalde feitelijke omstandigheden op een rechtstreekse contractuele band tussen de twee uiteinden wijzen of kan op grond van vertegenwoordiging of contracttoetreding een rechtstreekse band ontstaan.

Een contractuele aanspraak kan ook voorhanden zijn als een contractueel betrokkene weliswaar niet de hoedanigheid van contractpartij bezit, maar wel die van schuldeiser van een contractueel beloofde prestatie (partij bij contractuele verbintenis⁹¹²). De hoedanigheid van contractueel schuldeiser en deze van contractpartij hoeven inderdaad niet met elkaar samen te vallen. Zo kan een hoofdopdrachtgever zich tegenover de uitvoeringsagent gebeurlijk beroepen op één van de wettelijk voorziene uitzonderingen op het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst, zoals het derdenbeding of de rechtstreekse vordering.

Andere contractuele aanspraken zijn dan weer gegrond op een techniek van jurisprudentiële oorsprong, zoals het vermoeden van derdenbeding, de accessoriumtheorie, de leer van de contractgroepen of het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*.

215. In dit deel komt elk van de genoemde technieken één na één aan bod.⁹¹³ Ze worden gegroepeerd naargelang de aanspraak op een eerder casuïstische wijze ontstaat, zoals bij een rechtstreekse contractband, contracttoetreding, onmiddellijke vertegenwoordiging of derdenbeding (Hfdst. I), dan wel op een meer systematische wijze, zoals die bestaat dan wel wordt voorgesteld bij de middellijke vertegenwoordiging, de rechtstreekse vordering, de accessoriumleer of de theorie van de kwalitatieve rechten en de contractgroepen (Hfdst. II). De bedoeling is telkens na te gaan, niet alleen in welke mate bij samenhangende overeenkomsten een

⁹¹² Over dit begrip, cf. *supra*, nr. 87.

⁹¹³ Met uitzondering van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, dat om verder uiteengezette redenen pas in het vierde deel als een buitencontractueel model ter sprake komt.

rechtstreekse aanspraak überhaupt voorhanden is, maar ook welke overeenkomst in welke mate en op welke wijze naar een “contractueel betrokkene” toe doorwerkt.

216. Waar in het huidige deel telkens van een welbepaalde contractuele techniek wordt uitgegaan, is voorafgaand op te merken dat het in de praktijk vaak onduidelijk is op welke preciese grondslag een rechterlijke uitspraak of zelfs een doctrinale bijdrage de contractuele aansprakelijkheid toepast. Geregeld voeren procespartijen geen discussie over de aard van de aansprakelijkheid en blijkt de contractuele aard ervan enkel uit een terloopse verwijzing naar art. 1147 B.W.⁹¹⁴

Zo gaan de meeste Franse cassatiearresten in verband met de aanspraak van een bestemming van vervoerde goederen tegen de vervoerder niet meer in op de theoretische grondslag van die aansprakelijkheid en verwijzen ze enkel naar de algemene contractuele aansprakelijkheidsregels (art. 1134/1147 C. Civ.).⁹¹⁵

Even illustratief is de aansprakelijkheid van tussenpersonen, in het bijzonder in de wereld van de verzekeringsbemiddeling. Waar een verzekeringsagent met de verzekeraar in een contractuele relatie zou staan en een verzekeringsmakelaar met de verzekeringnemer, zouden beide – agent én makelaar – toch ten aanzien van zowel verzekeraar als verzekeringnemer contractueel aansprakelijk zijn.⁹¹⁶ Anderen houden, meer terecht, voor dat

⁹¹⁴ Een ander dan het in de tekst aangehaalde voorbeeld, biedt de contractuele aansprakelijkheid van een arts tegenover zowel de ouders als het later geboren kind bij een ten onrechte positief advies over de kans op risico's voor de gezondheid van een ongeboren kind (Cass. fr. (civ. I) 16 juli 1991, *Bull. civ.* 1991, nr. 248, verwijzende noot; Cass. fr. (civ. I) 26 maart 1996, *Bull. civ.* 1996, nr. 155-156, *D.* 1997, 35-36, noot J. ROCHE-DAHAN (twee arresten); daarover Jourdain: “*On s'étonnera seulement de voir la Cour de cassation viser l'article 1147 du code civil, ce qui laisse entendre que la responsabilité était de nature contractuelle. Mais quel contrat le foetus avait-il pu passer? Et pouvait-on raisonnablement considérer que les parents avaient représenté l'enfant simplement conçu ou stipulé pour celui-ci? On en doutera sérieusement. Mais au fond cela était ici sans réelle conséquence, les questions du lien de causalité et du préjudice réparable se posant dans les mêmes termes que la responsabilité fut contractuelle ou délictuelle*” (P. JOURDAIN, note, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1996, 624-625). In een recent arrest over *wrongful life* (voor een rechtsvergelijkende analyse van die problematiek zie W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 114-118) blijkt dat gelet op de aangewezen wetsbepalingen (art. 1165 en 1382 C.Civ.) opnieuw voor de weg van de delictuele aansprakelijkheid met behulp van de tegenstelbaarheid van de overeenkomst wordt gekozen (Cass. fr. (ass. plén.) 17 november 2000, website www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets99-13701arr.htm; zie ook de concl. adv.-gen. Sainte-Rose, voetnoot 23).

⁹¹⁵ Zie ook S. WHITTAKER, “French Experience”, 340. Cf. *infra*, nr. 274. In het verslag van raadsheer P. SARGOS bij het in vorige voetnoot geciteerde arrest van 17 november 2000 wordt in die context evenwel gepleit voor de toepassing van de delictuele aansprakelijkheid in combinatie van de tegenstelbaarheid van overeenkomsten (overweging 39).

⁹¹⁶ Zie o.m. G. SCHOORENS, “De professionele aansprakelijkheid van de verzekeringstussenpersoon”, *R.W.* 1998-99, p. 314, nr. 5 en p. 316, nr. 10.

de contractuele fout van een tussenpersoon tegenover de verzekeringnemer een element kan “*vormen van diens extra contractuele aansprakelijkheid jegens de verzekeraar*”.⁹¹⁷ Terwijl dit domein in de Franse rechtsleer juist als een ideaal toepassingsterrein voor het concept van contractgroepen werd beschouwd, luidt het in het Engelse recht dan weer dat een persoon “*who is undoubtedly the agent of P may not also for some purposes be the agent of Q.*”⁹¹⁸

Het gebrek aan discussie over de vraag of de aansprakelijkheid contractueel dan wel buitencontractueel van aard is, vloeit natuurlijk voort uit het feit dat er in die gevallen geen significante verschillen aan het onderscheid tussen beide aansprakelijkheidsregelingen kleven.⁹¹⁹

⁹¹⁷ H. COUSY, “De rol van de tussenpersoon”, in H. COUSY en H. CLAASSENS (eds.), *Verzekering en consument nu* (Eerste Leuvense Verzekeringsdagen), Antwerpen, Kluwer, 1980, (57) p. 76-77, nr. 3.

⁹¹⁸ G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 625.

⁹¹⁹ Cf. *supra*, nr. 77 et seq.

HOOFDSTUK I. CASUÏSTISCHE CONTRACT- MODELLEN

217. Indien de realisatie van een bepaald project een driepartijenverhouding behelst, komt het erop aan te weten welke partijen tot elkaar in een contractuele relatie staan. Een casuïstische contractualisering van een aanspraak van een hoofdopdrachtgever tegen zijn “uitvoeringsagent”⁹²⁰ of, bij samenhangende overeenkomsten in het algemeen, van het ene uiteinde tegen het andere uiteinde van een contractenketting, kan op verschillende wijzen tot stand komen.

De eerste methode bestaat erin om in de concrete omstandigheden van een geval een rechtstreekse contractband te lezen (§ 1) of een aanspraak rechtstreeks op een derdenbeding te laten steunen (§ 4). De derde techniek verleent een schadelijder en -verwekker de hoedanigheid van contractpartij via de techniek van vertegenwoordiging (§ 3). Ten slotte kan een schadeverwekker die hoedanigheid van contractpartij in bepaalde omstandigheden ook op grond van een contractoetreding verkrijgen (§ 2).

De volgende bespreking van contractualiseringstechnieken mag evenwel niet doen denken dat er tussen de uiteinden bij samenhangende overeenkomsten in principe een contractuele band voorhanden is. Contractualisatie van de verhouding tussen een hoofdopdrachtgever en een uitvoeringsagent is en blijft, met andere woorden, niet het principe maar veeleer de uitzondering. Door de band kan een bouwheer dan ook tegen een onderaannemer veeleer geen aanspraak laten gelden op grond van de niet-nakoming van zijn overeenkomst of van de tekortkoming aan zijn vrijwaringsverplichtingen, aangezien beide niet in een contractuele relatie met elkaar staan.⁹²¹

§ 1. RECHTSTREEKSE CONTRACTBAND

218. Het aanvoeren van een rechtstreekse contractband is de eerste en meest vanzelfsprekende weg om een derde in het contractuele veld te loodsen. Wanneer aldus een hoofdaannemer een beroep doet op een

⁹²⁰ Het kan eigenaardig klinken om alsnog de term “uitvoeringsagent” te gebruiken: als die zich zelf contractueel tegenover de zgn. hoofdopdrachtgever tot de betrokken verbintenis heeft verbonden, is hij immers niet langer uitvoeringsagent maar rechtstreekse contractpartij. Toch hanteren we dit begrip, om aan te tonen dat in de feiten de grens tussen de hoedanigheid van uitvoeringsagent en die van rechtstreekse contractpartij flinterdun kan zijn en opdat een raadsman van een hoofdopdrachtgever voldoende oog zou hebben voor de feiten waardoor een bepaalde contractuele techniek van toepassing zou zijn.

⁹²¹ Voor Duitsland: zie N. KLEINE-MÖLLER, H. MERL, W. OELMAIER, *Handbuch des privaten Baurechts*, München, Beck, 1997, p. 148, nr. 7.

gespecialiseerde onderaannemer, zou er volgens bepaalde rechtsleer zelfs een bepaalde tendens bestaan om in de verhouding tussen de onderaannemer en de hoofdopdrachtgever een stilzwijgende overeenkomst te lezen.⁹²²

Over het bestaan van een rechtstreekse contractuele band vallen evenwel weinig algemeen-juridische richtlijnen te geven, omdat het bestaan van zo'n band meestal zodanig met de feiten is verweven⁹²³ dat het hoogste gerechtshof dat alleen op rechtskwesties ziet, daarin niet hoeft tussen te komen.

Een aantal arresten van de Nederlandse Hoge Raad waarbij de eiser nul op het request krijgt, tonen het belang en het niet-evidente karakter van het bestaan van een rechtstreekse contractuele band aan. In het *Mooijman/Netjes*-arrest (dat in het derde deel om andere redenen uitgebreider aan bod komt)⁹²⁴ staan twee contractuele relaties vast: een aannemingsovereenkomst tussen de bouwheer en de aannemer Netjes en een koopovereenkomst tussen dezelfde bouwheer en de serreverkoper Mooijman. De aannemer had de brochures van de serreverkoper in zijn showroom gelegd, hij had met het oog op de integratie van een serre in de woning een aantal bouwkundige aanpassingen doorgevoerd en de serreverkoper had de bouwvergunning voor de serres op basis van een tekening van de aannemer aangevraagd. Die feiten volstonden voor de feitenrechter evenwel niet voor het aannemen van een rechtstreekse contractuele relatie tussen de aannemer en de serreverkoper. Volgens de Hoge Raad is het uitgangspunt hierbij dat “*de vraag in hoeverre twee partijen die met het oog op hun overeenkomsten met derden ter zake van door hen te bouwen voorzieningen zich feitelijk in een zekere mate van samenwerking begeven, geacht moeten worden ook onderling een overeenkomst te hebben gesloten, slechts kan worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarvan de waardering in belangrijke mate feitelijk van aard is.*” In casu heeft de feitenrechter niet doen blijken van een onjuiste rechtsopvatting.⁹²⁵ De commentatoren hebben op dit cassatieoordeel evenwel heel wat kritiek. Zowel Schoordijk, die in het algemeen al bekend staat als een bepleiter van een uitgebreide contractualisering van aanspraken, als Vranken achten die afwijzing van de contractuele weg niet echt bevredigend.⁹²⁶ Schoordijk verwijst hierbij naar de massa's literatuur inzake het overeenkomstenbegrip en de ermee samenhangende vraag naar de grondslag van de overeenkomst die zich in Nederland, Duitsland en de

⁹²² P.-H. DELVAUX, “Les groupes de contrat et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui”, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 370, nr. 14 (al is hij er niet onverdeeld gelukkig mee: “*la méthode est, pour le moins, alambiquée*”).

⁹²³ Vergelijk ASSER-HARTKAMP, II, p. 392, nr. 394.

⁹²⁴ Cf. *infra*, nr. 533.

⁹²⁵ HR 29 mei 1998, *N.J.* 1999, nr. 98, afwijzende concl. HARTKAMP, noot J.B.M. VRANKEN.

⁹²⁶ H.C.F. SCHOORDIJK, “Samenwerking en samenwerkingsovereenkomst”, *W.P.N.R.* 1998, nr. 6320; J.B.M. VRANKEN, “Samenhangende rechtsverhoudingen II” (noot onder HR 29 mei 1998), *N.J.* 1999, nr. 98, p. 500-501, nr. 9.

Verenigde Staten hebben voorgedaan. Waar het contractbegrip juist in het middelpunt van de belangstelling staat, lijkt de Hoge Raad zich van die theoretische maar zeer belangrijke discussie te onthouden.⁹²⁷

Vergelijkbaar zijn de opmerkingen van G.J. Scholten bij het, verder nog uitgebreider besproken, Nederlandse arrest *Radio Modern/Edah* waarin een huurder van een handelsruimte in een winkelcomplex een andere huurder in hetzelfde complex wegens schending van de in elke huurovereenkomst opgenomen branchebeschermingsbepalingen aanspreekt: “*de redenen die de (Hoge Raad) tot het aannemen van een onrechtmatige daad jegens de medehuurder leidden, precies dezelfde redenen leiden tot het aannemen van onderlinge contractverbanden, vooral gezien de basis van de (Hoge Raad): het beschaamd vertrouwen.*” Scholten vraagt zich in casu af of de overeenkomsten niet zo nauw met elkaar zijn verbonden dat een meerpartijenovereenkomst (*contrat à sujets multiples*) ontstaat “*doordat de eigenaar iedere aspirant-huurder een contract voorlegt waarin staat dat de huurder door ondertekening bepaalde verplichtingen jegens zijn medehuurders op zich neemt.*”⁹²⁸

De discussie hangt dan ook nauw samen met de grens tussen meerpartijen-*verhoudingen* in het algemeen (of overeenkomsten waarbij een derde enkel betrokken is) en meerpartijen-*overeenkomsten* die, aldus ook Asser-Hartkamp, heel vaag of “vloeiend” is.⁹²⁹ Uiteindelijk is de contractuele of delictuele aard van een aanspraak (*contractualization* of *delictualization*) vaak “*niet meer dan een formeel of technisch juridische afronding.*”⁹³⁰

Een even verregaande contractualisering zoals bepaalde Nederlandse rechtsleer voorstelt, is in België niet meteen te verwachten, aangezien het Hof van Cassatie in zijn rechtspraak en raadsheer Verougstraete in de rechtsleer met het vertrouwensbeginsel in verhoudingen tussen contractpartijen en dus ook als grondslag van contractuele verhoudingen niet zo hoog oplopen. Nochtans is er in de rechtsleer een omgekeerde, steeds sterker wordende stroming waar te nemen.

§ 2. CONTRACTTOETREDING

219. Een nauw verwante wijze om het contractuele veld uit te breiden, is de handeling van de contracttoetreding, een rechtsfiguur die doorgaans weinig aandacht krijgt.⁹³¹ Een persoon is niet alleen contractpartij wanneer hij op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst heeft gehandeld,

⁹²⁷ H.C.F. SCHOORDIJK, “Samenwerking en samenwerkingsovereenkomst”, *W.P.N.R.* 1998, nr. 6320, p. 427, nr. 1.

⁹²⁸ G.J. SCHOLTEN, noot onder HR 12 oktober 1979, *N.J.* 1980, nr. 117 (medehuurder).

⁹²⁹ Naar de woorden van ASSER-HARTKAMP, II, p. 390, nr. 392. Zie ook J.G.A. LINSSEN, “Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht”, *N.J.B.* 1995, 1265-1274.

⁹³⁰ J.G.A. LINSSEN, *o.c.*, *N.J.B.* 1995, (1265) 1273.

⁹³¹ Uitbreider in E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 68-75, nr. 85-100.

maar ook ná dat ogenblik kan hij contractpartij worden door tot een bestaande overeenkomst toe te treden (*adhésion à un contrat préexistant*, *Vertragsbeitritt*, *to adhere to*).

Een dergelijke toetreding kan op twee wijzen tot stand komen, ofwel door een akkoord met de partijen bij die overeenkomst, ofwel door een eenzijdige rechtshandeling, voorzover de bestaande overeenkomst dit toelaat: een toetreding kan inderdaad slechts betrekking hebben op een “*voorafbestaande rechtsverhouding die op de toetreding berekend is*”.⁹³² Een rechtstreekse contractuele relatie met een derde kan ook ontstaan, wanneer die derde bij de uitvoering van andermans overeenkomst zelf – zonder tussenkomst van de contractant – handelt.⁹³³

Zoals het bestaan van een rechtstreekse contractuele band, is dat van een contracttoetreding vaak een feitenkwestie, zodat daarover juridisch weinig zinnigs is te zeggen, tenzij wanneer een contracttoetreding op een objectieve wijze wordt vastgesteld (A). Daarnaast lijkt er wel een tendens aan de gang, waarbij ter vervanging van andere technieken meer en meer op de contracttoetreding een beroep wordt gedaan (B). Ten slotte wordt ook kort op de toepasselijke doorwerkingsregeling ingegaan (C).

A. *Jurisprudentiële uitbreiding via objectivering*

220. In de verzekeringssector deed het Belgische cassatiearrest van 28 november 1975 heel wat stof opwaaien.⁹³⁴ Een derde bestuurde andermans wagen waarvoor niet hijzelf maar de eigenaar een verzekeringsovereenkomst had gesloten. Toen die derde met de wagen in een ongeval betrokken raakte, was de aansprakelijkheidsverzekeraar ertoe gehouden om de schade van het slachtoffer te vergoeden. Op grond van de verzekeringsovereenkomst had de verzekeraar het recht om vervolgens op de verzekeringnemer of de verzekerde verhaal uit te oefenen als één van hen een grove fout had begaan. Probleem was evenwel of de verzekeraar dit contractueel verhaalsrecht wel kón uitoefenen tegen de bestuurder die niet

⁹³² Door een verbintenis uit eenzijdige wilsuiking (zie E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 74, nr. 98).

⁹³³ Door een uitvoeringshandeling (G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, Dossier 4, p. 65, nr. 4) of door rechtstreekse orders en rechtstreekse betalingen van een bouwheer aan een onderaannemer (Luik 20 maart 1967, *La Construction*, 3 mei 1969 (nr. 18), 7 noot P. RIGAUX). Demogue noemt de contracttoetreding als een voorbeeld van een “*après acte*”, een handeling die na de totstandkoming van een rechtshandeling wordt gesteld en er als accessorium één geheel mee uitmaakt (R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, Parijs, Rousseau, I, *Sources des obligations*, 2, 1923, p. 114, nr. 530quater en II, *Effets des obligations*, 7, 1933, p. 8, nr. 656bis); zie ook P. VAN OMMESLAGHE, *Notes d'étudiants*, 1985, 898.

⁹³⁴ Zoals uit het relaas blijkt, ging het in casu niet om een situatie van samenhangende overeenkomsten, maar er valt wel één en ander in verband met contracttoetreding in de context van samenhangende overeenkomsten uit af te leiden.

de verzekeringnemer is en dus ten opzichte van de verzekeringsovereenkomst een derde was.

Volgens het Hof van Cassatie heeft de feitenrechter het beginsel van relativiteit niet geschonden door te oordelen dat de derde met de bedingen van de verzekeringsovereenkomst instemt door het motorrijtuig in het verkeer te brengen.⁹³⁵

Waar het beding in casu in het nadeel van de derde uitviel, kunnen de bedingen evengoed in zijn voordeel uitvallen; meer nog, de doorwerking van de verzekeringsovereenkomst naar de derde toe – door toetreding nu contractpartij – zal voor hem meestal positief zijn.

221. Uit de lezing van het arrest doet het Hof van Cassatie het bestaan van contracttoetreding uiteindelijk af als een feitenkwestie, zodat de beoordeling ervan opnieuw aan de vrije waardering van de feitenrechter wordt overgelaten. De conclusie van advocaat-generaal E. Krings is veelzeggender. Zijns inziens vloeit de contracttoetreding in een geval als deze “*logisch voort uit de kenmerken zelf van dat soort contract.*”⁹³⁶ Of een persoon nog derde is dan wel contractpartij is geworden, hangt dus mede af van de aard van de overeenkomst. De advocaat-generaal gaat nog verder met een ontleding van de relevante factoren die bepalen of de verzekering in het algemeen of het verhaalsrecht in het bijzonder zal doorwerken. Het gaat om factoren die wijzen in de richting van een objectivering van een contractuele techniek die traditioneel nochtans op de wilsautonomie is gebaseerd.

Met betrekking tot de doorwerking van de verzekering in het algemeen weet elke bestuurder of dient hij te weten dat hij zonder aansprakelijkheidsverzekering geen auto mag besturen: hij mag dan ook redelijk aannemen dat hij verzekerd is als hij achter het stuur plaats neemt, en bij twijfel zou hij zich moeten informeren.

Meer in het bijzonder was het verhaalsrecht zoals het in die verzekeringsovereenkomst was opgenomen, helemaal niet uitzonderlijk temeer daar het uitdrukkelijk in de wet was toegelaten: de bestuurder kan dan ook niet beweren dat hij van het bestaan van dit beding niet op de hoogte was. Waar de doorwerking in het concrete voorliggende geval in het nadeel van de derde uitdraaide, zo overweegt Krings ten slotte nog, zal de doorwerking van de verzekeringsovereenkomst meestal in het voordeel van de “derde” spelen, aangezien die van de verzekeringsdekking kan genieten.

⁹³⁵ Cass. 28 november 1975, *Arr. Cass.* 1976, 401, noot E. KRINGS, *R.W.* 1975-76, 1995, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1978, 142, noot S. FREDERICQ. Zie ook Bergen 15 december 1976, *Pas.* 1977, II, 147. Zie ook Cass. 30 mei 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1035, noot (met verwijzing naar andersluidende rechtspraak van de Hoge Raad), *R.W.* 1975-76, 994, noot (verhaalsbeding tegenstelbaar); S. FREDERICQ, H. COUSY, J. ROGGE, “Overzicht van rechtspraak (1969-1978). Verzekeringen”, *T.P.R.* 1981, p. 487, nr. 116.

⁹³⁶ E. KRINGS, noot onder Cass. 28 november 1975, *Arr. Cass.* 1976, p. 404, kol. 2.

222. Die tendens tot objectivering van de contracttoetreding sluit nauw aan bij de “*théorie de l’acceptation implicite*” waarin de Franse auteur J.-L. Goutal ervoor pleitte om de wil tot contracteren uit een aantal objectieve indicieën af te leiden (een zogenaamde *volonté implicite*).⁹³⁷ Zoals uit talloze passages doorheen diens thesis blijkt, is zijn visie ingegeven door zijn sterke wantrouwen tegenover de nu quasi-volledig soevereine feitenrechters⁹³⁸ en door zijn wens om aan het Hof van Cassatie een grotere controlebevoegdheid toe te kennen.⁹³⁹

B. Contracttoetreding in plaats van andere technieken

223. Naast de genoemde objectivering bestaat er een (ook bij de vertegenwoordiging naspeurbare)⁹⁴⁰ tendens om ter vervanging van andere theorieën omwille van de eraan verbonden incoherenties of nadelen de figuur van de contracttoetreding aan te wenden. De contracttoetreding wint met name ten koste van zowel het derdenbeding als de rechtstreekse vordering aan terrein.

1. In plaats van derdenbeding

224. Waar een evenwichtige oplossing van een belangenconflict vereist dat een overeenkomst volledig doorwerkt, heeft de contracttoetreding, in vergelijking met de figuur van het derdenbeding, het competitieve voordeel dat ze in hoofde van de derde niet alleen rechten maar ook verplichtingen doet ontstaan.

Zo had het derdenbeding in het verzekeringsgeval dat tot het cassatiearrest van 28 november 1975 aanleiding heeft gegeven, niet volstaan om ten aanzien van de autobestuurder verzekeringsrechtelijke verplichtingen te laten doorwegen.⁹⁴¹

Een andere illustratie van het onderscheid tussen het derdenbeding en de contracttoetreding biedt een Frans cassatiearrest in de context van groepsverzekeringen. Twee verenigingen hadden een groepsverzekeringsovereenkomst gesloten met de afspraak dat zij de bijdragen van de tot die

⁹³⁷ J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l’effet relatif du contrat*, p. 179-180, nr. 236-237.

⁹³⁸ Wat onder meer blijkt uit de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad in verband met het aannemen van een rechtstreekse contractuele band, cf. *infra*, nr. 641.

⁹³⁹ Dit blijkt onder meer uit zijn stelling dat “*la question de savoir si le contrat va finalement produire effet à l’égard des tiers ne dépend que de l’appréciation qu’un juge du fond souverain va donner de la volonté des parties*” (J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l’effet relatif du contrat*, p. 19, nr. 5).

⁹⁴⁰ Cf. *infra*, nr. 251 et seq.

⁹⁴¹ E. KRINGS, noot onder Cass. 28 november 1975, *Arr. Cass.* 1976, p. 404, kol. 2. Contra P. JADOUL, “La stipulation pour autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, nr. 29, p. 419-420; vgl. Gent 24 mei 1976, *De Verz.* 1977, 81, noot S.; Rb. Luik 28 november 1977, *Pas.* 1978, III, 2 (verhaalsrecht van de verzekeraar op de bestuurder op grond van een derdenbeding).

groepsverzekering toegetreden leden zouden innen. Toen bepaalde leden hun bijdrage niet betaalden, meende de verzekeraar zijn prestaties bij wijze van schuldvergelijking ook niet te moeten leveren aan de overige leden die hun bijdrage wél hadden betaald. De feitenrechter – daarin door het Franse Hof van Cassatie niet bekritiseerd – verwierp dit argument, omdat de toetreding van de leden tot de verzekeringsovereenkomst een rechtstreekse en persoonlijke contractuele band tussen de toetredende en de verzekeraar had doen ontstaan.⁹⁴²

Om dezelfde reden is de contracttoetreding ook in de context van een overeenkomst van goederenvervoer een adequater middel dan het derdenbeding: ditmaal is het de bestemming van de goederen die tot de vervoerovereenkomst toetreedt.⁹⁴³

Ten slotte is de contracttoetreding ook in huurgeschillen nuttig: om hun aanspraak tegen de verhuurder te gronden, kunnen de medebewoners van een huurder niet alleen op een (stilzwijgend of vermoed) derdenbeding,⁹⁴⁴ maar ook op hun toetreding tot de huurovereenkomst een beroep doen.⁹⁴⁵

2. In plaats van rechtstreekse vordering

225. In andere situaties lijkt de contracttoetreding de voorkeur te genieten boven de (aan het Belgische en Franse recht eigen) rechtstreekse vordering in de technische zin van het woord. Dit speelt vooral in de vervoercontext. Zo werd een ondervoerder tegenover de verzender, volgens het Hof van Cassatie, terecht contractueel aansprakelijk geacht, omdat hij met kennis van zaken (d.w.z. van de oorspronkelijk overeengekomen transportoperatie) en zonder voorbehoud had aanvaard om te zorgen voor de uitvoering van een transportoperatie, waarvoor hij de vrachtbrieven in hoedanigheid van vervoerder had ondertekend.⁹⁴⁶

⁹⁴² Cass. fr. (civ. I) 7 juni 1989, *Bull. civ.* 1989, I, nr. 233, becommentarieerd door J. MESTRE, “Des droits du stipulant et du bénéficiaire d’une stipulation pour autrui”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1990, 73-74.

⁹⁴³ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 70-71, nr. 88; P. VAN OMMESLAGHE, *Notes d’étudiants*, 1985, 244. Zo opteert ook een vrij recent Frans cassatiearrest voor de toepassing van de contractuele aansprakelijkheid, omdat de bestemming contractpartij zou zijn (Cass. fr. (com.) 28 februari 1984, *Bull. civ.* 1984, IV, nr. 81). Vgl. Kh. Brussel 10 mei 1949, *R.G.A.R.* 1951, nr. 4.753 (contractuele aansprakelijkheid van de staat tegenover de bestemming van een brief, terwijl in de motivering enkel over de contractuele band van de staat met de afzender wordt gesproken).

⁹⁴⁴ Cf. *infra*, nr. 278.

⁹⁴⁵ P.-H. DELVAUX, “Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 370-371, nr. 15-17.

⁹⁴⁶ Cass. 17 september 1987, *Pas.* 1988, I, 70. Bemerkt dat in de voetnoot bij het kopje naar het stuwadoorsarrest en naar de motieven van het hierna genoemde cassatiearrest van 16 november 1984 wordt verwezen. Zie recent nog K. BERNAUW, “De rechtstreekse

Sinds twee principiële arresten van het eind van de negentiende eeuw wordt in de gemeenrechtelijke regeling algemeen aanvaard dat zowel een verzender als een bestemming van goederen niet alleen tegen de eerste vervoerder een aansprakelijkheidsvordering kunnen laten gelden,⁹⁴⁷ maar ook, behoudens andersluidend beding, tegen de verdere vervoerders.⁹⁴⁸ Alle vervoerders die bij één operatie zijn opgetreden, zijn hoofdelijk aansprakelijk.⁹⁴⁹ Hetzelfde geldt voor een vervoercommissionair.⁹⁵⁰ Die regel werd voor de praktijk noodzakelijk geacht, omdat het voor de schadelijder meestal moeilijk is om bij pluraliteit van vervoerders precies die vervoerder aan te wijzen aan wie de schade op grond van zijn fout toerekenbaar is.⁹⁵¹

De juridische motivering is minder vanzelfsprekend. In de genoemde principiële arresten werd nog naar de hoedanigheid van onderlasthebber en de ermee gepaard gaande rechtstreekse vordering ex art. 1994 tweede lid B.W. verwezen. Zo stelde het Hof in het eerste principiële arrest terzake over de ondervoerder “(q)u’il est tenu, en outre, à moins de stipulation contraire, en sa qualité de représentant du commissionnaire chargeur, de répondre au lieu et place de celui-ci des obligations engendrées par le mandat à l’exécution duquel il a concouru”.⁹⁵²

Uit de redenering van het cassatiearrest van 16 november 1984 volgt evenwel dat een gelijkschakeling van een ondervoerder met een onderlasthebber niet mogelijk is. Uit de overwegingen van dit arrest blijkt namelijk dat “de toestand van de ondervoerder weliswaar analoog is aan die van de persoon die door de lasthebber in zijn plaats wordt gesteld, welke toestand wordt geregeld door artikel 1994, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, maar daaruit niet mag worden afgeleid dat vervoerovereenkomst en last mogen worden gelijkgesteld; dat een ondervoerder als zodanig geen lasthebber van de hoofdvervoerder is, en een lasthebber van de hoofdvervoerder niet uiteraard als gesubstitueerde lasthebber ten opzichte van de afzender kan worden aangemerkt”.⁹⁵³

vordering tegen de ondervoerder”, in X, *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 12-13.

⁹⁴⁷ Cf. *supra*, nr. 216.

⁹⁴⁸ Cass. 17 juli 1873, *Pas.* 1873, I, 302, *B.J.* 1873, 977; Cass. 30 januari 1879, *Pas.* 1879, I, 103, *B.J.* 1879, 466.

⁹⁴⁹ Cass. 30 januari 1879, *Pas.* 1879, I, 103; Cass. 16 november 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 374, *R.G.A.R.* 1986, nr. 11.044, verwijzende noot J. LIBOUTON.

⁹⁵⁰ Cass. 17 juli 1873, *Pas.* 1873, I, 302; J. VAN RYN, J. HEENEN, p. 788, nr. 921.

⁹⁵¹ Zie Cass. 17 juli 1873, *Pas.* 1873, I, (302) 309: “s’il en était autrement, le destinataire astreint à diriger son action contre le commissionnaire originaire ou à rechercher celui des intermédiaires aux mains duquel se trouvait la marchandise au moment où l’avarie s’est produite, serait le plus souvent dans l’impuissance d’obtenir les indemnités qui lui sont dues”.

⁹⁵² Cass. 17 juli 1873, *Pas.* 1873, I, (302) 309. Zie ook Cass. 30 januari 1879, *Pas.* 1879, I, 103.

⁹⁵³ Cass. 16 november 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 374, *R.G.A.R.* 1986, nr. 11.044, verwijzende noot J. LIBOUTON. Zie ook J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 789, nr. 922

Volgens Van Ryn en Heenen ligt de grondslag voor de contractuele aansprakelijkheid van ondervoerders tegenover de verzender of de bestemming veeleer in de toetreding van de ondervoerders tot de vervoerovereenkomst via een eenzijdige wilsuiting enerzijds en via een “medewerking aan een collectieve onderneming” anderzijds.⁹⁵⁴

Op grond hiervan kan een ondervoerder zich niet op de clausules uit zijn overeenkomst met zijn onmiddellijke medecontractant beroepen, maar zijn enkel de bepalingen van de hoofdvervoerovereenkomst van toepassing.⁹⁵⁵

In dit systeem kan de aangesproken vervoerder dan een regresvordering instellen tegen die vervoerder aan wiens fout de schade toe te rekenen is, dus ook tegen de ondervoerder van zijn ondervoerder.⁹⁵⁶

Die rechtstreekse contractuele band blijft wel beperkt tot opeenvolgende vervoerders. Zo geldt ze niet voor een derde die op verzoek van een commissionair bepaalde rechtshandelingen of materiële handelingen heeft verricht: “*dat de vervoerder voor het sluiten en uitvoeren van vervoerovereenkomsten een beroep kan doen op anderen, die hetzij materiële taken uitvoeren, hetzij lasthebbers zijn, maar wier rechten en verplichtingen, ofschoon hun activiteit nauw verband kan houden met de vervoerverrichtingen, in beginsel niet beheerst worden door de regels van de vervoerovereenkomst*”.⁹⁵⁷

226. De keuze tussen contracttoetreding en rechtstreekse vordering dringt zich vooral op bij commissieovereenkomsten. Een commissionair (waaronder ook een commissionair-expediteur)⁹⁵⁸ is een handelstussenpersoon die, zoals een lasthebber, voor rekening van zijn opdrachtgever-committent rechtshandelingen stelt, maar die zich van de lasthebber onderscheidt doordat hij die rechtshandelingen in eigen naam stelt.

⁹⁵⁴ J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 789, nr. 922. Zie ook E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 71-72, nr. 89.

⁹⁵⁵ Zie J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 790, nr. 922. Zie ook reeds Cass. 30 januari 1879, *Pas.* 1879, I, 103 (“*que les intermédiaires ... sont liés, comme il l'est lui-même, dans les termes de la lettre de voiture*”).

⁹⁵⁶ Cass. 25 mei 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1238, *R.W.* 1984-85, 2273. Dit arrest mag dus zeker niet als een ontkenning van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent worden gelezen, maar het blijft beperkt tot de context van vervoer. Zie in het kader van het CMR-Verdrag: Cass. 30 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1219.

⁹⁵⁷ Cass. 16 november 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 374, *R.G.A.R.* 1986, nr. 11.044.

⁹⁵⁸ Te onderscheiden van een commissionair-vervoerder, die wordt gelijkgeschakeld met de vervoerder zelf die sowieso (vanaf de toetredingshandeling) in een contractuele relatie met de verzender en met de bestemming staat. Zie over het onderscheid o.m. Kh. Brussel 13 oktober 1983, *T.B.H.* 1984, 696, noot F. PONET. Zie ook het recente overzicht in G. BLOCK, D. HAVERBEKE, “Le commissionnaire-expéditeur belge”, *T.B.H.* 2001, 430-437.

Net zoals een lasthebber, kan hij zich in bepaalde gevallen⁹⁵⁹ voor de uitvoering van zijn opdracht door een ander commissionair laten vervangen. Traditioneel bestaat er tussen de oorspronkelijke lastgever of committent en de onderlasthebber respectievelijk ondercommissionair geen rechtstreekse contractuele band.⁹⁶⁰ Een lastgever beschikt overeenkomstig art. 1994 tweede lid B.W. tegen de onderlasthebber wel over een rechtstreekse vordering. Of ook een committent die rechtstreekse vordering tegen de ondercommissionair kan uitoefenen, wordt soms in twijfel getrokken, alleen al omdat een commissionair niet met een lasthebber kan worden gelijkgeschakeld daar hij in eigen naam en niet in naam van de committent handelt. Zelfs al wordt in principe aanvaard – zoals dit ook doorgaans in het Belgisch en Frans positief recht gebeurt – dat art. 1994 tweede lid B.W. ook voor commissieovereenkomsten geldt,⁹⁶¹ dan nog kan een andere reden de toepassing ervan verhinderen. Om de hoedanigheid van onderlasthebber in te nemen, moet de plaatsvervanger niet voor rekening van de oorspronkelijke commissionair (-expediteur), maar voor rekening van de committent handelen. Hij moet de oorspronkelijke overeenkomst uitvoeren. De oorspronkelijke commissionair moet met andere woorden opzichte van de plaatsvervanger niet als commissionair, maar als lasthebber – in naam van de committent – zijn opgetreden. Althans, de plaatsvervanger moet op zijn minst de naam kennen van de committent voor wiens rekening hij handelt.⁹⁶²

Met zijn arrest van 17 september 1993 stapt het Belgische Hof van Cassatie ter zake af van de weg van de rechtstreekse vordering naar die van de contracttoetreding. Op die manier ontstaat, zelfs bij het ontbreken van

⁹⁵⁹ Het werd betwist of de opdracht van de lasthebber en/of de commissionair in principe *intuitu personae* is, dan wel of die zich in de regel door een andere lasthebber of commissionair kunnen laten vervangen (P. WÉRY, *Le mandat, o.c.*, p. 71-72, nr. 16, p. 182-185, nr. 132, met verdere verwijzingen).

⁹⁶⁰ Cf. *infra*, nr. 388 et seq.

⁹⁶¹ Impliciete oplossing in Cass. 9 februari 1973, *Pas.* 1973, I, 551, noot; Cass. 16 december 1977, *Arr. Cass.* 1978, 472, *Pas.* 1978, I, 444, *R.W.* 1977-78, 2514, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1981, 465, noot P.A. FORIERS. Zie ook Brussel 3 maart 1972, *R.H.A.* 1972, 17; Kh. Antwerpen 30 juni 1975, *R.H.A.* 1975-76, 209; Antwerpen 18 februari 1976, *R.H.A.* 1975-76, 229. Zie P.A. FORIERS, "Les contrats commerciaux. Chronique de Jurisprudence 1970-1980", *T.B.H.* 1983, p. 165, nr. 18; *R.P.D.B., Compl. III, tw. Commission*, nr. 76; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 23, nr. 26.

⁹⁶² Zie P.A. FORIERS, *o.c.*, *T.B.H.* 1983, p. 165-166, nr. 18; *R.P.D.B., Compl. III, tw. Commission*, nr. 76; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 24, nr. 26. Zie ook Cass. 9 februari 1973, *Pas.* 1973, I, 551; Cass. 17 september 1993, *T.B.H.* 1994, 533; Antwerpen 18 februari 1976, *R.H.A.* 1975-76, 229. Dit betekent natuurlijk niet dat de plaatsvervanger in naam van de committent moet handelen, zonet betreft het niet langer een commissionair maar opnieuw een echte lasthebber (zie P.A. FORIERS, "Les contrats commerciaux. Chronique de Jurisprudence 1970-1980", *T.B.H.* 1983, p. 166, nr. 18).

een rechtstreekse vordering van een committent⁹⁶³ tegen de ondercommissie, een rechtstreekse contractuele relatie tussen beide. In casu was de plaatsvervanger van een commissie-expediteur toegetreden tot de tussen de committent-afzender en de oorspronkelijke commissie-expediteur tot stand gekomen overeenkomst. Een dergelijke toetreding vindt plaats, zodra de “*commissie-expediteur op grond van de hem toevertrouwde opdracht en voor rekening van de committent de hem toevertrouwde opdracht overdraagt aan een andere expediteur, die de opdracht aanvaardt*”. Dit cassatiearrest opteert dan ook voor een zuivere toepassing van art. 1165 B.W., los van art. 1994 tweede lid B.W. Als gevolg van die optie kan de plaatsvervanger niet alleen een beroep doen op een gebeurlijke exoneratieclausule uit de oorspronkelijke commissieovereenkomst,⁹⁶⁴ maar wordt het ook mogelijk dat niet alleen de committent zich tegen de plaatsvervanger kan keren maar ook omgekeerd de plaatsvervanger een rechtstreekse aanspraak kan laten gelden.

Bij de bespreking van de rechtstreekse vordering zal ook nog blijken dat het Franse Hof van Cassatie in zijn interpretatie van art. 1994 tweede lid C. civ. nog verder is gegaan en niet langer tussen die wetsbepaling en contracttoetreding een onderscheid maakt. In die visie die ook de Belgische auteur Foriers voorstaat, is de contracttoetreding precies de grondslag voor de rechtstreekse vordering op grond van art. 1994 tweede lid B.W. Het Belgische Hof van Cassatie blijft die uitbreiding van de rechtstreekse vordering in de technische zin van het woord evenwel weigeren.⁹⁶⁵

C. Toepasselijke contractregeling

227. Bij contracttoetreding is het vanzelfsprekend dat de regeling van de overeenkomst waarbij een derde is toegetreden, van toepassing is. Bij samenhangende overeenkomsten komt het erop neer dat de toepasselijke regeling voortvloeit uit de oorspronkelijke overeenkomst.⁹⁶⁶ Aldus kan een plaatsvervangende commissie-expediteur uit een exoneratieclausule uit de oorspronkelijke commissieovereenkomst voordeel halen. Om dezelfde reden

⁹⁶³ En ook de bestemming: cf. Cass. 17 juli 1873, *Pas.* 1873, I, 302, *B.J.* 1873, 977.

⁹⁶⁴ Cass. 17 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, 705, *Pas.* 1993, I, 700, *R.W.* 1993-94, 752, *T.B.H.* 1994, 533, noot C. DIERYCK, *R.H.A.* 1994, 23, verwijzende noot. In het kader van de rechtstreekse vordering ex art. 1994 tweede lid B.W. zijn de clausules uit de eigen relatie van de lasthebber met de oorspronkelijke lasthebber evenwel niet aan de oorspronkelijke lastgever tegenwerpelijk (zie Cass. 16 december 1977, *Arr. Cass.* 1978, 472, *Pas.* 1978, I, 444, *R.W.* 1977-78, 2514, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1981, 465, noot P.A. FORIERS).

⁹⁶⁵ Cf. *infra*, nr. 388 et seq.

⁹⁶⁶ Zie voor een oud voorbeeld: Luik 16 december 1905, *Pas.* 1908, II, 12 (toetreding van de Staat tot een concessieovereenkomst met inbegrip van het toegekende tarief), cassatievoorziening verworpen door Cass. 30 april 1908, *Pas.* 1908, I, 167, concl. proc.-gen. JANSSENS.

is een clause uit de overeenkomst tussen de oorspronkelijke commissio-
nair en de plaatsvervanger niet rechtstreeks van toepassing in de verhou-
ding tussen de plaatsvervanger en de committent.⁹⁶⁷

Precies omwille van die doorwerking koos het Franse Hof van Cassatie
reeds in een arrest van 16 november 1857 voor de figuur van de contract-
toetreding. In beginsel wordt een rechtverkriggende onder bijzondere titel
geen schuldenaar van rechtswege van de verbintenissen die uit een contract
van zijn rechtsvoorganger voortvloeien. Wanneer die rechtverkriggende
onder bijzondere titel zich evenwel als schuldeiser gedraagt van een recht
dat deel uitmaakt van een wederkerige overeenkomst van zijn rechtsvoor-
ganger, dan is hij tot die overeenkomst toegetreden en is hij daarom
ook gebonden aan de verplichtingen die uit dezelfde overeenkomst voort-
vloeien.⁹⁶⁸

228. Een nadere blik zou ten aanzien van die evidente doorwerkingsgevol-
gen evenwel een ander, meer genuanceerd zicht kunnen geven. Zo is de
contracttoetreding in de visie van Dirix⁹⁶⁹ een ruim begrip, in de zin dat
de rechtspositie van de toetreders niet volledig aan die van de oorspronkelijk-
ke contractpartijen identiek hoeft te zijn.⁹⁷⁰ Op die manier zouden op de
verhouding tussen de twee oorspronkelijke contractpartijen en de ver-
houding tussen één van hen en de toetreders twee verschillende regelingen
van toepassing kunnen zijn.

Zo vereist de verbindende kracht van een overeenkomst (art. 1134 B.W.)
volgens een Frans cassatiearrest in het kader van een groepsverzekering-
overeenkomst dat de toetreders op zijn minst kennis heeft van een vrij-
waringsuitsluitende of -beperkende clause, zoniet zou een dergelijke
clause aan de toetreders niet tegenstelbaar kunnen zijn.⁹⁷¹ Het is evenwel
niet zo zeker in welke mate die rechtspraak tot elke vorm van contracttoe-
treding te veralgemenen is, omdat het cassatiearrest sterk gebonden blijft
aan de specifieke omstandigheden van het geval: in de groepsverzekering-
overeenkomst is met name een derdenbeding vervat, die aan de toetreders
enkel een “*vocation à conclure avec l'assureur un contrat distinct*” verleent. De

⁹⁶⁷ In het kader van de rechtstreekse vordering ex art. 1994 tweede lid B.W.: Cass. 16 december 1977, *Arr. Cass.* 1978, 472, *Pas.* 1978, I, 444, *R.W.* 1977-78, 2514, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1981, 465, noot P.A. FORIERS.

⁹⁶⁸ Cass. fr. (civ.) 16 november 1857, *D.* 1858, I, 104 (huur suikerveld). Voor de rechtsleer zie E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 37, nr. 30.

⁹⁶⁹ Cf. *infra*, vertegenwoordiging.

⁹⁷⁰ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 69, nr. 86.

⁹⁷¹ Cass. fr. (civ. I) 9 december 1986, *Bull. civ.* 1986, I, nr. 284 (groepsverzekering). Vgl. Cass. fr. (civ. I) 19 mei 1987, *J.C.P.* 1987, IV, p. 253, kol. 2-3 (een bij een concessieovereenkomst als bijlage gevoegd reglement met een exoneratiebeding is niet tegenstelbaar aan de waterafnemer, die slechts in een contractuele relatie staat met de concessionaris en die van die bijlage geen kennis had).

wil om toe te treden is nog geen aanvaarding, maar een verzekeringsvoorstel: als de verzekeraars nalaten om de verzekerde van bepaalde contractuele elementen op de hoogte te stellen, behoren die elementen niet tot het contractuele gezichtsveld (“*le champ contractuel*”).⁹⁷² Het is dan ook lang niet zeker of die rechtspraak tot elke vorm van contracttoetreding is te veralgemenen.

§ 3. ONMIDDELIJKE VERTEGENWOORDIGING

229. Een andere grondslag voor een rechtstreekse aanspraak in het kader van samenhangende overeenkomsten is de onmiddellijke vertegenwoordiging.⁹⁷³

In alle bestudeerde rechtssystemen wordt de vertegenwoordiging (*la représentation, agency/representation, die (Stell)vertretung*) als een algemeen beginsel erkend (A) en zijn er een aantal gemeenschappelijke algemene lijnen en discussies (B).

Daarnaast gaan een aantal vrij recente tendensen in de richting van een uitbreiding van die rechtsfiguur, waarvoor we op zoek gaan naar een theoretische verklaring. Het gaat om eerder onverwachte wegen die op een onderhuidse uitbreiding van een gemeenrechtelijke rechtsfiguur neerkomen.⁹⁷⁴ Vooral in de aannemingscontext is de tendens van een verruimde vertegenwoordigingsbevoegdheid merkbaar (C).

Bij een situatie van onderlastgeving neemt de vertegenwoordiging in het Franse positieve recht en volgens sommige Belgische auteurs bovendien de plaats van de rechtstreekse vordering in (D).

Ten slotte is het moeilijk de verleiding te weerstaan om de vertegenwoordigingsfiguur toe te passen om op die manier de nadelen van andere bekritiseerde theorieën op te vangen zoals de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent in het Belgische recht en de strikte *rule of privity* in het Engelse recht (E).

⁹⁷² Cass. fr. (civ. I) 9 maart 1983, *Bull. civ.* 1983, I, nr. 91.

⁹⁷³ Een behandeling van een meer structurele vorm van contractualisatie, de middellijke vertegenwoordiging, volgt in een later hoofdstuk. Cf. *infra*, nr. 306 et seq.

⁹⁷⁴ De idee van vertegenwoordiging wordt niet alleen aangewend om de reikwijdte van de contractuele aansprakelijkheid uit te breiden. Deze idee wordt ook aangewend als uitleg voor de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, dus om de buitencontractuele aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten in te perken en, daarmee samenhangend, als uitleg voor de contractuele aansprakelijkheid voor de daden van bij de uitvoering van een overeenkomst ingeschakelde hulppersonen. In het geval van de quasi-immuniteit wordt wel de *uitvoeringsagent* als de *feitelijke* vertegenwoordiger gezien, terwijl het in dit hoofdstuk gaat om gevallen waarbij de *hoofdopdrachtgever* als de *juridische* vertegenwoordiger wordt beschouwd (cf. *supra*, nr. 186 et seq.).

230. Ten aanzien van de derdenwerking van overeenkomsten werkt de toepassing van vertegenwoordiging sterk verhullend, vooral omdat het grotendeels een feitelijke vraag is of een persoon als vertegenwoordiger dan wel voor zichzelf optreedt. In principe wordt het vermoed dat een persoon voor zichzelf optreedt, terwijl het tegenovergestelde hetzij uitdrukkelijk, hetzij ondubbelzinnig uit de context of de omstandigheden van het geval moet blijken. Dit vermoeden wordt in ieder geval nog niet ontkracht door het feit alleen dat de derde-medcontractant wist dat die persoon voor rekening van een ander optrad.⁹⁷⁵ Het principe van vertegenwoordiging sluit evenmin uit dat hij tegelijk zowel in zijn eigen als in andermans naam optreedt.⁹⁷⁶

A. Gemeenschappelijk beginsel

231. In de huidige economische ordening waarbij allerlei hulppersonen worden ingeschakeld, is de vertegenwoordiging niet meer weg te denken en vormt ze voor onze economische structuur een noodzakelijke rechtsfiguur omwille van onder meer de groeiende complexiteit van transacties, het grote aantal betrokken partijen en de specifiek vereiste vaardigheden,⁹⁷⁷ en dit in de meest diverse sectoren, zoals de distributie en het vervoer van goederen, de financiering- en verzekeringsector en de grondstoffen- en effectenhandel.⁹⁷⁸

Dit betekent niet dat vertegenwoordiging uit-er-aard in een rechtssysteem moet bestaan: zo was vertegenwoordiging in het Romeinse recht, op enkele specifieke uitzonderingen na, onbekend, zij het dat de familieleden wel als de verlengde arm van de pater familias⁹⁷⁹ werden beschouwd en er aldus binnen de familieverhoudingen van een wederzijdse vertegenwoordiging kon worden gesproken.⁹⁸⁰ Sinds de natuurrechtelijke stroming is de vertegenwoordiging in alle Europese rechtssystemen doorgedrongen⁹⁸¹ en is ze ook in verschillende rechtssystemen zoals het Duitse,⁹⁸² het Zwitserse,⁹⁸³ het Oostenrijkse⁹⁸⁴ en het Italiaanse⁹⁸⁵ wettelijk verankerd, al

⁹⁷⁵ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 40, nr. 34.

⁹⁷⁶ Cf. *infra*, nr. 249. Zie ook C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 41, nr. 34.

⁹⁷⁷ Vgl. W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 26-27, nr. 9.

⁹⁷⁸ H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 1.

⁹⁷⁹ K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 428. Zie ook H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 13-14.

⁹⁸⁰ J. GHESTIN, "Introduction", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, nr. 3, p. 7; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 612-613, nr. 564.

⁹⁸¹ De begrippen dekken evenwel niet overal dezelfde lading; voor een bondig overzicht zie K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 431-441.

⁹⁸² § 164-181 BGB.

⁹⁸³ Art. 32-39 OR.

⁹⁸⁴ § 1002 e.v. ABGB ("Bevollmächtigungsvertrag").

⁹⁸⁵ Art. 1387-1400 Codice Civile ("della rappresentanza").

maakt ze in het Belgische en Franse recht geen deel uit van een algemene codificatie.⁹⁸⁶

B. Algemeen: definitie en grondslag

1. Definities

232. Door middel van vertegenwoordiging wordt een persoon een contractpartij, ook al heeft hij niet rechtstreeks en materieel aan de contractsluiting deelgenomen. Al is een contractueel betrokkene niet *in persoon* bij het sluiten van een overeenkomst (of, meer in het algemeen, bij het stellen van een rechtshandeling) betrokken, toch kan hij als contractpartij worden beschouwd (of meer in het algemeen, als *Geschäftspartei* of de persoon aan wie een rechtshandeling moet worden toegerekend). Contractpartij is men ofwel in persoon, ofwel als vertegenwoordigde.

Van vertegenwoordiging zijn in het algemeen twee definities gangbaar. Volgens de traditionele begripsbepaling is vertegenwoordiging de rechtstechniek waarbij een persoon (de vertegenwoordiger, *le représentant, agent, der Vertreter/Mittler*) in naam en voor rekening van een ander (de vertegenwoordigde/opdrachtgever, *le représenté/donneur d'ordre, principal, der Auftraggeber/Prinzipal/Geschäftsherr*) een rechtshandeling stelt zoals een overeenkomst met een derde persoon (de derde-medcontractant, *le tiers contractant, der Drittkontrahent*).⁹⁸⁷ Die handelwijze brengt met zich mee dat de rechtsgevolgen niet in hoofde van de handelende persoon, maar wel in hoofde van de vertegenwoordigde ontstaan. In geval van een overeenkomst ontstaat tussen de vertegenwoordigde en de medcontractant een rechtstreekse contractuele band. De opdrachtgever is zelfs van in den beginne, *id est* van bij de aanvang van de overeenkomst, contractpartij en tegelijkertijd verdwijnt de vertegenwoordiger uit de rechtsverhouding omdat die slechts een derde is.⁹⁸⁸

⁹⁸⁶ Zie o.m. M. STORCK, *La représentation*, p. 239, nr. 321. Wel worden hier en daar toepassingen van vertegenwoordiging geregeld en spiegelt de gemeenrechtelijke regeling inzake vertegenwoordiging zich meestal naar die van de vertegenwoordiging bij een lastgevingsovereenkomst.

⁹⁸⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Notes d'étudiants*, 1985, 225. Zie ook G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Parijs, PUF, 1998, tw. *Représentation*, nr. 2.a); H. KAUFFMANN (ed.), *Rechtswörterbuch*, München, Beck, 1994, tw. *Stellvertretung*.

⁹⁸⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Notes d'étudiants*, 1985, 227. Zie ook H.-J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, München, Beck, 1994, p. 415-416, nr. 735. Zie o.a. Cass. 24 januari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 576, noot W.G. (laattijdige betekening van hoger beroep); Cass. 14 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 930 (scheepsagent); Cass. 23 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 127; Cass. 6 september 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 27 (verzekeraar-aperiteur als lasthebber van medeverzekeraars).

In de meer recente begripsvorming is dit rechtsgevolg vervat in de definitie zelf van de vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging is dan “*de toerekening van een rechtshandeling aan een ander dan de handelende persoon*” (*imputation of a legal act*).⁹⁸⁹ De (interne) *gevolgen* van andermans handeling zijn aan een “derde” (de vertegenwoordigde) “tegenstelbaar”, zodat die derde zowaar *partij* wordt.⁹⁹⁰ Die recente opvatting verdient toch enige nuance. Zo reikt het begrip niet langer een verklaring van de gebondenheid van een persoon aan, maar benoemt het enkel het rechtsgevolg.⁹⁹¹ Praktisch gezien is het bovendien weliswaar eigen aan vertegenwoordiging dat een ander persoon wordt betrokken, maar niet dat de handelende persoon noodzakelijkerwijze uit de rechtsband verdwijnt, ook al is dat wel het *quod plerumque fit*.⁹⁹²

Beide definities kunnen dan ook beter tot één worden versmolten, zodat vertegenwoordiging dan slaat op de mate waarin een persoon (de vertegenwoordiger) in naam en in ieder geval voor rekening van een ander (de vertegenwoordigde) optreedt zodat in diezelfde mate de gevolgen van die handeling aan de vertegenwoordigde worden toegerekend.⁹⁹³

2. Rechtshandeling versus materiële handeling

233. Met de vertegenwoordiging wordt niet een materiële handeling (*acte matériel, Rechtshandlung*), maar enkel een rechtshandeling (*acte juridique, *juridical act, Rechtsgeschäft*) tot stand gebracht.⁹⁹⁴ Volgens de traditionele leer is een rechtshandeling die handeling waarbij de wil van de handelende perso(o)n(en) gericht is op de aan die handeling verbonden rechtsge-

⁹⁸⁹ W.VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 187, nr. 134; -, *Verbintenissenrecht*, I, 101. Zie ook G. CORNU, *o.c.*, tw. *Représentation*, nr. 2.b); H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 10 (“*The essential legal characteristic of agency/representation found in both civil law and common law jurisdictions could therefore be said to be that the agent has the power to create direct legal relationships between his principal and third parties*”) en 62.

⁹⁹⁰ W.A.M. VAN SCHENDEL, “Toerekening, doorwerking, partij”, *W.P.N.R.* 1981, nr. 5.555, p. 156, nr. 2.

⁹⁹¹ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 188, nr. 135; W.A.M. VAN SCHENDEL, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1981, nr. 5.555, p. 155, nr.1.

⁹⁹² H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 10-11. Cf. *infra*, 249.

⁹⁹³ Vgl. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 612, nr. 564. Over de fel betwiste vraag in welke mate vertegenwoordiging ook op een onrechtmatige daad van de vertegenwoordiger kan slaan, cf. *supra*, nr. 153 et seq.

⁹⁹⁴ L. SIMONT, “Exposé introductif”, in *Les intermédiaires commerciaux*, Brussel, JBB, 1990, p. 10, nr. 7; *Encycl. Dalloz*, tw. *Représentation* (P. PÉTEL), 1993, nr. 11; M. STORCK, *La représentation*, 14. Zie voor een toepassing hiervan op het onderscheid tussen lastgeving- en arbeidsovereenkomsten: Cass. 27 maart 1968, *Arr. Cass.* 1968, 977, *Pas.* 1968, I, 916.

volgen, een “*handeling met beoogd rechtsgevolg*”.⁹⁹⁵ Bij een rechtsfeit is de intentie van de handelende persoon niet op het rechtsgevolg gericht.⁹⁹⁶ Dit onderscheid sluit niet uit dat een vertegenwoordiger *naast* die vertegenwoordigingsopdracht ook nog materiële handelingen kan of moet stellen. Meer nog, in een bepaalde strekking van de Franse rechtsleer is het verschil tussen beide handelingen geleidelijk aan het afkalven. Vooral Ghestin is er voorstander van om in de lijn van bepaalde Franse cassatierechtspraak vertegenwoordiging tot materiële handelingen te verruimen. Hij onderscheidt twee types van vertegenwoordiging, enerzijds, zoals van oudsher, de verrichting van rechtshandelingen, en anderzijds, wat een bijkomende categorie vormt, “*la constitution d’une clientèle commune au moyen d’une collaboration constante*” waarbij vooral de handelsvertegenwoordiging wordt gevisieerd (zoals handelsagenten en vastgoedmakelaars).⁹⁹⁷ In die visie zou het stellen van rechtshandelingen niet langer tot de essentie van vertegenwoordiging behoren. Daarmee zou het verschil tussen vertegenwoordiging (en lastgeving) en aanneming niet zijn verdwenen, maar zou het voortaan liggen in de *contemplatio domini* van de vertegenwoordiger en de volledige zelfstandigheid waarmee een aannemer kan handelen.⁹⁹⁸

In het kader van de vraag naar de toerekening van materiële handelingen aan een lastgever stelt ook de Belgische auteur Foriers onlangs nog dat “*la règle suivant laquelle la représentation ne se conçoit que pour les actes juridiques ne s’impose pas comme une évidence*.”⁹⁹⁹ De regel dat alleen rechtshandelingen toerekenbaar zouden zijn, “*apparaît en réalité comme une sorte de postulat auquel la doctrine s’efforce de ramener la réalité en excluant du domaine de la représentation les phénomènes qui pourraient a priori s’y rattacher, mais qui ne cadrent pas avec la définition qu’on lui a donnée arbitrairement*.”¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁵ Zie o.m. J.M. VAN DUNNÉ, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1971, p. 8.

⁹⁹⁶ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in X, *Recht Halen uit Aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 6, nr. 4. Een persoon die zich ertoe beperkt om tussen twee personen tot het sluiten van een overeenkomst te bemiddelen (*Abschlussvermittler*) maar die de rechtshandeling niet zelf stelt, is daarentegen geen vertegenwoordiger (K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, München, Beck, 1989 (7de ed.), 590; Palandt, 1997, vor § 164, nr. 15). Een makelaar bijvoorbeeld zal er zich doorgaans toe beperken om “*faciliter matériellement l’accomplissement, par d’autres, d’un acte juridique*” (Luik 18 januari 1999, *R.R.D.* 2000, 162; *Encycl. Dalloz*, tw. *Représentation* (P. PÉTEL), 1993, nr. 19).

⁹⁹⁷ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 630, nr. 571 (cursivering weggelaten).

⁹⁹⁸ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 637, nr. 579 (het tweede type (handelsvertegenwoordiging) noemt hij een vertegenwoordiging zonder lastgeving).

⁹⁹⁹ P.A. FORIERS, noot onder 20 januari 2000, *T.B.H.* 2000, p. 490, nr. 19.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 491, nr. 22.

Verderop komt dit onderscheid tussen rechtshandeling en materiële handeling nog uitgebreider aan bod.¹⁰⁰¹

3. Grondslag

234. Over de grondslag van vertegenwoordiging bestaat geen eensgezindheid. In de oudere rechtsleer is een groot deel van de rechtsleer, althans wat de conventionele vertegenwoordiging betreft, de leer genegen dat de wil¹⁰⁰² aan de basis van vertegenwoordiging ligt en dat een handeling van de vertegenwoordiger als een handeling van de vertegenwoordigde wordt beschouwd. Dat de rechtstreekse contractuele relatie tussen de derdemedecontractant en de vertegenwoordigde op de wil van de vertegenwoordigde is gegrondvest, berust op niet meer dan een fictie.¹⁰⁰³ Die wilsleer wordt daarom dan ook niet langer algemeen aanvaard.¹⁰⁰⁴ Als de grondslag van de vertegenwoordiging al in de wil gelegen zou zijn, dan zou het eerder de wil van de vertegenwoordiger zelf zijn,¹⁰⁰⁵ wat onder meer hieruit blijkt dat de aanwezigheid van een wilsgebrek in zijn hoofde wordt getoetst. Althans, de verhouding tussen de opdrachtgever en de tussenpersoon is slechts “ten dele” relevant.¹⁰⁰⁶ Het heeft weinig zin om de handeling van de vertegenwoordiger fictief als de handeling van de vertegenwoordigde te beschouwen omdat die eerste handeling een zekere zelfstandige betekenis toekomt.¹⁰⁰⁷

Volgens de heersende Franse leer zou de grondslag van vertegenwoordiging veeleer gelegen zijn in de plaatsvervangende (“*substitution d’une personne à une autre*”),¹⁰⁰⁸ vergelijkbaar met de substitutie van de overledene door zijn rechtsopvolgers onder algemene titel, wat meteen ook zou verkla-

¹⁰⁰¹ Cf. *infra*, nr. 405.

¹⁰⁰² Afhankelijk van de opvatting om wiens wil het gaat, bestaan er nog eens drie subtheorieën: de orgaantheorie (vertegenwoordiger als de drager van de wil van de vertegenwoordigde), de representatietheorie (eigen wil, fictief rechtsgevolgen) en de coöperatietheorie (wilsverklaring van beide, dus rechtshandeling) (zie daarover meer in J.M. VAN DUNNÉ, “Vertegenwoordiging krachtens volmacht en het gewijzigd ontwerp-B.W. een bodemonderzoek”, *W.P.N.R.* 1973, nr. 5199, p. 2; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 190-195, nr. 137-140). Vgl. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 23-24, nr. 5.

¹⁰⁰³ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 615-616, nr. 566. Zo stelt I. VEROUGSTRAETE, “Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *T.P.R.* 1990, p. 1190, nr. 30 dat “de lasthebber de facto niet de wil uitdrukt van de lastgever en dat het slechts een nuttige fictie is te beschouwen dat de lastgever zijn wil uitdrukt door tussenkomst van de lasthebber.”

¹⁰⁰⁴ P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Cujas, 1997, p. 383, nr. 664; *Encycl. Dalloz*, tw. *Représentation* (P. PÉTEL), nr. 3.

¹⁰⁰⁵ P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Cujas, 1997, p. 383, nr. 664.

¹⁰⁰⁶ Zie J.M. VAN DUNNÉ, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen, o.c.*, 235.

¹⁰⁰⁷ W.A.M. VAN SCHENDEL, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1981, nr. 5.555, p. 155, nr. 2.

¹⁰⁰⁸ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 139-140, nr. 155.

ren waarom een vertegenwoordiger uit de rechtsverhouding met de derde medecontractant verdwijnt.¹⁰⁰⁹ “*La personne substituée n’est alors que le prolongement de celle à qui elle a été substituée*”.¹⁰¹⁰ Zoals zal blijken uit de bespreking van de vertegenwoordiging in een casuïstisch perspectief alsook, wat verder, van de middellijke vertegenwoordiging in angelsaksische rechtssystemen, volgt uit de vertegenwoordiging of *agency* nog niet dat de vertegenwoordiger helemaal verdwijnt.

Gezien de tekortkomingen van de traditionele theorieën heeft van Gerven de theorie van de gedelegeerde bevoegdheid bepleit: de bevoegdheid wordt door de vertegenwoordigde verleend en de vertegenwoordiger treedt krachtens die bevoegdheid op,¹⁰¹¹ zij het met de nodige door de rechtszekerheid en billijkheid ingegeven correcties zoals de schijnvertegenwoordiging.¹⁰¹² In die bevoegdheidsverlening komt tot uiting dat de vertegenwoordigde nog steeds autonoom voor zijn gebondenheid heeft gekozen.¹⁰¹³ In rechtsvergelijkend opzicht gaat de theorievorming dezelfde toer op door de *authority*, zowel de werkelijke als de schijnbare macht van de tussenpersoon, als de grondslag van de toerekening te beschouwen. *Authority* is dan “*the power of an agent to bind and entitle his principal, which is generated by a manifestation of (real or apparent) consent by the principal*”¹⁰¹⁴ Voor het overige is over de theorievorming inzake vertegenwoordiging niet zoveel nieuws te rapen, omdat de meeste theorieën aan nationale concepten vasthangen.¹⁰¹⁵ Het is dan ook niet verwonderlijk dat bepaalde auteurs alle pogingen tot zoektocht naar een grondslag opgeven en zich erop concentreren om een evenwichtige regeling uit te werken.¹⁰¹⁶

C. Vertegenwoordigingsbevoegdheid en aanneming

235. Voor de toepassing van vertegenwoordiging moeten in de klassieke leer twee voorwaarden zijn vervuld: (1) de handelende persoon moet vertegenwoordigingsbevoegd zijn en (2) hij moet krachtens die bevoegdheid zijn opgetreden.¹⁰¹⁷ In de context van samenhangende overeenkom-

¹⁰⁰⁹ Zoals ook etymologisch blijkt uit de Duitse term *Stellvertretung*.

¹⁰¹⁰ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 139, nr. 155.

¹⁰¹¹ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 195-198, nr. 141-143; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 475-476, nr. 146.

¹⁰¹² W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 242, nr. 179 (besluit).

¹⁰¹³ Zie ook C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 38, nr. 33.

¹⁰¹⁴ H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 63-64.

¹⁰¹⁵ H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 12.

¹⁰¹⁶ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 621-622, nr. 568.

¹⁰¹⁷ Zie W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 196, nr. 142, p. 205-210, nr. 149-154, p. 223, nr. 167, p. 241, nr. 179.

sten kunnen we ons hierna tot een bespreking van de casuïstische uitbreiding van de eerstgenoemde voorwaarde beperken.¹⁰¹⁸

1. Casusposities

236. Om aan te tonen dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid in een aannemingscontext ruim wordt ingevuld, geven we eerst een schets van verschillende reële en paradigmatische casusposities die de Belgische en Nederlandse rechtspraak zijn ontnomen.

In de bouwwereld staan hoofdaannemers meestal als enige in rechtstreeks contact met de bouwheer en doen zij voor de meest uiteenlopende taken een beroep op onderaannemers of studie bureaus, maar in een aantal gevallen wordt de rechtsverhouding zo geconstrueerd dat de bouwheer via vertegenwoordiging als de rechtstreekse contractpartij van de zogenaamde onderaannemer wordt beschouwd.¹⁰¹⁹ Architecten doen voor hoogst technische materies evenzeer een beroep op gespecialiseerde studie bureaus: opnieuw kan de bouwheer met die studie bureaus in een rechtstreekse contractuele relatie komen te staan.¹⁰²⁰

In de medische context doet een arts vaak een beroep op een medisch laboratorium om een bloedanalyse te laten verrichten. Alhoewel de patiënt in eerste instantie met de arts heeft gehandeld en gecontracteerd, is een

¹⁰¹⁸ Ook buiten die context zijn er nog illustraties van “vertegenwoordigingsexpansie”. Zo achtte een Franse rechtbank dat de ouders de pachtovereenkomst niet alleen voor zichzelf hebben gesloten maar dat zij bovendien hun kinderen (wettelijk) vertegenwoordigden, zodat ook deze bij die overeenkomst geen derde zijn maar partij. Voor de motivering van die uitspraak doet de rechtbank een beroep op het doel van de overeenkomst: “*c’est non seulement pour exploiter la ferme, mais pour assurer un logement à sa famille*” (als gevolg daarvan konden ze zich niet op art. 1386 C. Civ. beroepen, terwijl een andere uitspraak zou leiden tot de “*anéantissement presque complet de la responsabilité contractuelle*”). Via het achterhalen van het doel van de overeenkomst, m.a.w. via interpretatie, wordt de werking van de overeenkomst uitgebreid naar andere dan de rechtstreeks betrokken contractpartijen (Trib. Mamers 15 maart 1932, S. 1932, 117, noot).

¹⁰¹⁹ F. GLANSDORFF, “L’action du maître de l’ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l’entrepreneur principal” (noot onder Brussel 28 oktober 1987), *J.T.* 1988, p. 668, nr. 2. Toepassing: Brussel 11 maart 1988, *T. Aann.* 1988, 318, noot E. DIRIX (stabiliteitsstudie – uitgebroken binnenmuren).

¹⁰²⁰ M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “L’aménagement du rôle et de la responsabilité des architectes en raison de l’intervention croissante des spécialistes dans la construction” (noot onder Cass. 3 maart 1978), *R.C.J.B.* 1982, 181-217. Toepassing: Cass. 3 maart 1978, *R.C.J.B.* 1982, 176, noot M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *T. Aann.* 1981, 261, concl. adv.-gen. KRINGS (barsten zwembad na betonstudie). Geen rechtstreekse contractuele band in Brussel 28 oktober 1987, *J.T.* 1988, (665) 667, noot F. GLANSDORFF (“*s’il n’est pas rare que des relations directes se nouent entre le sous-traitant et le maître, il n’en a pas été ainsi en l’espèce*”).

rechtstreekse contractuele relatie tussen de patiënt en het laboratorium in bepaalde omstandigheden evenmin uitgesloten.¹⁰²¹

Een laatste typevoorbeeld doet zich voor wanneer een rechtzoekende cliënt aan een advocaat (of vakbondsafgevaardigde) een opdracht geeft waardoor die advocaat (of vakbondsafgevaardigde) voor een bepaalde deelopdracht een gerechtsdeurwaarder moet inschakelen. Opnieuw rijst de vraag of en wanneer de cliënt op grond van een contractuele band de gerechtsdeurwaarder rechtstreeks kan aanspreken.¹⁰²²

In de rechtspraak met betrekking tot die casusposities rijst veelal enkel de vraag in welke mate de persoon die rechtstreeks met de opdrachtgever heeft gehandeld (in de geschetste voorbeelden de hoofdaannemer of architect, de arts en de advocaat), contractueel aansprakelijk is voor de daad van zijn hulppersoon.¹⁰²³ In het kader van dit proefschrift gaat de aandacht evenwel uit naar de aansprakelijkheid van de persoon die niet rechtstreeks met die opdrachtgever heeft gehandeld (in de geschetste voorbeelden de onderaannemer of het studiebureau, het medische laboratorium en de gerechtsdeurwaarder). Dit hoofdstuk peilt bovendien enkel naar het bestaan van en de voorwaarden voor een mogelijke contractuele relatie tussen de contractueel betrokkenen. Bij afwezigheid van een dergelijke rechtstreekse contractuele band blijft nog steeds de vraag open of er voor de schadeverwekker geen buitencontractuele weg openstaat.¹⁰²⁴

¹⁰²¹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nr. 966; ASSER-KAMPHUISEN, *Bijzondere Overeenkomsten*, III, Zwolle, 1988, nr. 65, p. 51. Cf. *supra*, voetnoot 918.

¹⁰²² Toepassingen: Vred. Fosses-la-Ville 24 november 1993, *Rev. not. b.* 1995, 164, noot D. STERCKX (aansprakelijkheid gerechtsdeurwaarder – beweerde fout bij uitvoering vonnis); Cass. 7 december 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1094, *R. W.* 1996-97, 778, noot P. DEPUYDT, *A.J.T.* 1996-97, 10, noot S. GEEROMS, *R. Cass.* 1997, 49, noot J. LEYSEN, K. SEYEN (aansprakelijkheid advocaat – laattijdige betekening dagvaarding schadevergoeding schending verkooprecht tegen verpachter); Antwerpen 16 februari 1998, *R. W.* 1998-99, 92, noot I. CLAEYS (aansprakelijkheid gerechtsdeurwaarder – laattijdige betekening dagvaardingsexploot herziening arbeidsongevallenvergoeding). Voor het geval waarin een advocaat op een *notaris* een beroep doet, zie D. STERCKX, “L’avocat et les honoraires du notaire” (noot onder Vred. Fosses-la-Ville 24 november 1993), *Rev. not. b.* 1995, 168-171.

¹⁰²³ Zie daarover uitgebreid in C. PAUWELS, *Hulppersonen of uitvoeringsagenten*. Zie o.m. Cass. 21 juni 1979, *Pas.* 1979, I, 1226 (fout bij uitvoeren overschrijving; bemerk de noot 2 waarin tegelijk naar de nauw ermee samenhangende quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent wordt verwezen). Cf. *supra*, nr. 2, 186 et seq.

¹⁰²⁴ Cf. *infra*, deel IV. Als de buitencontractuele weg sowieso openstaat, zoals vaak bij een aanspraak tegen een arts gezien de strafrechtelijke kwalificatie van diens fouten, is de vraag naar een rechtstreekse contractuele band vaak niet meer relevant (zie ook ASSER-KAMPHUISEN, *Bijzondere overeenkomsten*, III, p. 51, nr. 65).

2. Criterium van contractinhoud

237. De vraag of er in de zonet geschetste casusposities van vertegenwoordiging sprake is, komt neer op een constructie van de contractinhoud, van zowel hoofd- als nevenverplichtingen.¹⁰²⁵ Zoals een overeenkomst niet steeds op een uitdrukkelijke wijze tot stand moet komen, zo kan ook een vertegenwoordigingsbevoegdheid uit de omstandigheden worden afgeleid en dus stilzwijgend van aard zijn. De uitleg of interpretatie van een overeenkomst is een feitenkwesitie,¹⁰²⁶ waarop het Hof van Cassatie slechts een marginale controle uitoefent. Het zijn feitelijke omstandigheden die bepalend zijn voor de keuze van een feitenrechter tussen twee alternatieven.

Per hypothese heeft een persoon – de hoofdschuldenaar – een totaalopdracht gekregen waarvoor hij al dan niet een beroep kan doen op hulppersonen en die bestaat uit een mengsel van materiële handelingen en/of rechtshandelingen. De doorgegeven deelopdracht kan op zijn beurt uit zowel materiële handelingen als rechtshandelingen bestaan.¹⁰²⁷ Het komt er dan op aan te weten of de hulppersoon zich in die operatie zelf tot een eigen opdracht ten aanzien van de hoofdopdrachtgever heeft verbonden dan wel of die hulppersoon enkel een deelopdracht van de hoofdschuldenaar krijgt doorgeschoven. Determinerend voor het antwoord op die vraag is de oorspronkelijke opdracht die de hoofdopdrachtgever aan de hoofdschuldenaar heeft gegeven. Met andere woorden, de inhoud van de opdracht van de hoofdschuldenaar bepaalt in grote mate de rechtspositie van elkeen in de driepartijenverhouding.

238. Indien volgens de interpretatie van de hoofdovereenkomst de hoofdschuldenaar slechts de verplichting op zich heeft genomen om aan een derde een opdracht te geven en hij als dusdanig enkel als tussenpersoon optreedt, dan treedt hij krachtens een vertegenwoordigingsbevoegdheid uit lastgeving op. Zijn rol beperkt zich dan tot dat van doorgeefluik, zodat hij niet contractueel is gehouden tot datgene waartoe de zogenaamde hulppersoon zich tegenover de hoofdopdrachtgever heeft verbonden. De

¹⁰²⁵ Zie ASSER-KAMPHUISEN, *Bijzondere overeenkomsten*, III, p. 51, nr. 65; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, p. 618, nr. 965-966.

¹⁰²⁶ W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *R.W.* 1996-97, 1006. Zie E. KRINGS, concl. onder Cass. 3 maart 1978, *T. Aann.* 1981, 273.

¹⁰²⁷ Het gaat hier niet om situaties van een zuivere lastgeving of een zuivere aanneming. Zoals vaak gebeurt, kan eenzelfde contractuele relatie inderdaad elementen van beide omvatten. Bepalend voor de rechtspositie van de betrokken partijen is niet zozeer de aard van de overeenkomst (lastgeving of aanneming), maar wel de specifieke opdracht waarover het in kwestie gaat: is de prestatie van de hulppersoon een opdracht die hij van de hoofdschuldenaar heeft doorgekregen of een opdracht die deze van de hoofdopdrachtgever aan een derde (hulppersoon) moest doorgeven?

hoofdschuldenaar is enkel gehouden tot de verplichtingen die uit de lastgevingsverhouding met de hoofdopdrachtgever voortvloeien: zo mag hij (bijvoorbeeld als architect) geen fout hebben begaan in de keuze van de ingenieur die de studie moet uitvoeren (*culpa in eligendo*) en de fout mag niet van een zodanige aard zijn dat de architect de fout, gezien zijn professionele kennis,¹⁰²⁸ zou moeten hebben ontdekt (*culpa in vigilando*).¹⁰²⁹ Vanzelfsprekend mag hij evenmin verkeerde instructies hebben gegeven (*culpa in instruendo*). Die verplichtingen van de hoofdschuldenaar tegenover de hoofdopdrachtgever gelden ongeacht of de te verrichten taak van de hulppersoon uit het stellen van een materiële handeling dan wel van een rechtshandeling bestaat.

239. De rechtsgevolgen zijn totaal verschillend wanneer in de interpretatie van de hoofdovereenkomst de deelopdracht ook tot de eigen verplichtingen behoort waartoe de hoofdschuldenaar zich tegenover de hoofdopdrachtgever heeft verbonden. De hoofdschuldenaar mag dan wel bevoegd zijn om die deelopdracht door te geven, hij blijft ook persoonlijk voor de uitvoering ervan verantwoordelijk. Bij niet-uitvoering van de contractuele verbintenissen is de hoofdschuldenaar dan ook persoonlijk aansprakelijk voor andermans daad zoals voor de fout van een hulppersoon. Wat de rechtspositie van de hulppersoon zelf betreft, kan hij als uitvoeringsagent dank zij de Belgische cassatierechtspraak een beroep doen op zijn quasi-immuniteit.¹⁰³⁰

Althans, dit zijn de rechtsgevolgen wanneer de hulppersoon een materiële handeling heeft gesteld (hypothese van de onderaanneming). Indien de deelopdracht uit het stellen van een rechtshandeling bestaat (hypothese van de onderlastgeving), dan valt het doorgeven van die opdracht onder de regeling inzake plaatsvervangende of onderlastgeving (indeplaatsstelling of substitutie) ex art. 1994 B.W.¹⁰³¹ De tussenpersoon of hoofdschuldenaar

¹⁰²⁸ Daarvoor is de effectieve opleiding determinerend (M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1982, p. 198, nr. 14).

¹⁰²⁹ Cass. 3 maart 1978, *Pas.* 1978, I, 759, *R.C.J.B.* 1982, 176, noot M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *T. Aann.* 1981, 261, concl. KRINGS (vernietiging omdat de feitenrechter niet voldoende genuanceerd was).

¹⁰³⁰ Wanneer de hulppersoon tegenover de hoofdschuldenaar in een ondergeschikte positie staat, is zijn rechtspositie tegenover de hoofdopdrachtgever te vergelijken met die van de uitvoeringsagent, al beschikt hij nog over het bijkomende voordeel ex art. 18 W.A.O. (cf. *supra*, nr. 178). Op zijn beurt is de hoofdschuldenaar dan niet alleen *contractueel* aansprakelijk voor de daad van de ondergeschikte hulppersoon maar ook *buitencontractueel* binnen de grenzen van art. 1384 derde lid B.W.

¹⁰³¹ Die wettelijke regeling wordt omwille van haar verouderd karakter vaak bekritiseerd: indertijd was ze weliswaar gebaseerd op het uitgangspunt dat lastgeving in wezen een vriendendienst was, maar vandaag de dag heeft de lastgeving doorgaans een commercieel karakter (o.m. P. WÉRY, *Le Mandat*, Brussel, Larcier, 2000, p. 70, nr. 14).

kan dan aan zijn aansprakelijkheid ontsnappen door aan de voorwaarden van art. 1994 eerste lid B.W. te voldoen: ofwel wanneer hij de macht heeft verkregen om een welbepaalde persoon in zijn plaats te stellen, ofwel wanneer hij de macht heeft verkregen om een niet nader bepaalde persoon in zijn plaats te stellen en die persoon niet “blijkbaar onbevoegd of onvermogen” was. De plaatsvervanger zelf kan dan weer op grond van de in art. 1994 tweede lid B.W. voorziene rechtstreekse vordering door de hoofdopdrachtgever worden aangesproken en hij kan als zodanig geen beroep doen op de voordelen die aan de hoedanigheid van uitvoeringsagent zijn verbonden.

Samenvattend is de wijze van optreden van de zogenaamde hoofdschuldenaar determinerend voor de rechtspositie van elke betrokkene: niet alleen de rechtsposities van de hoofdschuldenaren, maar ook die van de hulppersonen zijn telkens verschillend.

Indien de zogenaamde hoofdschuldenaar als tussenpersoon met vertegenwoordigingsbevoegdheid optreedt, maakt het voor de rechtsgevolgen voor hemzelf en voor de zogenaamde hulppersoon geen verschil uit of de te verrichten handeling een materiële handeling dan wel een rechtshandeling is. De zogenaamde hulppersoon is rechtstreeks ten opzichte van de hoofdopdrachtgever gehouden, de tussenpersoon slechts wegens een tekortkoming aan een verbintenis uit zijn lastgevingsverhouding.

In het omgekeerde geval waar de hoofdschuldenaar niet als tussenpersoon optreedt maar een eigen opdracht aan de hulppersoon doorgeeft, zijn de rechtsgevolgen verschillend naargelang het gaat om een materiële handeling dan wel om een rechtshandeling: voor de uitvoering van een materiële handeling beschikt de hoofdopdrachtgever enkel over een aanspraak tegen de hoofdschuldenaar maar niet tegen de hulppersoon die geniet van zijn quasi-immuniteit als uitvoeringsagent, terwijl de hoofdopdrachtgever in geval van een rechtshandeling de hoofdschuldenaar soms, de plaatsvervanger altijd kan aanspreken.

240. Om nu te bepalen of een hoofdschuldenaar slechts als een vertegenwoordigingsbevoegde tussenpersoon optreedt dan wel een eigen opdracht doorgeeft, moet een feitenrechter de concrete omstandigheden in acht nemen en tegen elkaar afwegen. Het is niet de bedoeling, want ook onmogelijk, om een overzicht te geven van de diverse, zeer uiteenlopende factoren die een rol kunnen spelen (wat tot de soevereine beoordeling van de feitenrechter behoort), maar we beperken de bespreking tot de factoren die potentieel een primordiale rol in het afwegingsproces kunnen spelen (3. realiteit, 4. aanwijzing van een bepaald persoon, 5. onbekwaamheid), al bieden de hierna volgende uitspraken van de Rechtbank van Rotterdam en het Antwerpse Hof van Beroep alsook twee arresten van het Brusselse

Hof van Beroep, louter bij wijze van voorbeeld, een goede illustratie van welke andere omstandigheden een rol kunnen spelen en hoe het afwegingsproces in concreto geschiedt.

In het Rotterdamse geval had aannemer Vos van R.V.S. (namens Welvaert) de opdracht tot verbouwwerken in een Rotterdams kantoorgebouw gekregen. De levering en montage van de aan te brengen systeemplafonds werd aan Maars opgedragen, maar wel via tussenkomst van Vos. Precies de draagwijdte van die tussenkomst werd bediscuteerd toen Welvaert wegens de ondeugdelijke montage van de plafonds tegen Vos een vordering tot schadevergoeding instelde. De Rotterdamse rechtbank neemt heel wat concrete omstandigheden in overweging om te besluiten dat Vos *in casu* voor de levering en de montage van de plafonds niet als hoofdaannemer kan worden beschouwd maar enkel als tussenpersoon optrad. Als indicatoren vermeldde de rechtbank onder meer dat niet de betrokken tussenpersoon maar de opdrachtgever op de plafondwerken toezicht had uitgeoefend en dat de offerte en de aanvaarding ervan buiten Vos om waren gebeurd. De tegenindicator dat Vos zelf de opdracht aan Maars had bevestigd, woog daar niet tegen op; evenmin dat Vos in het kader hiervan een provisie van Welvaert had verkregen aangezien, zo oordeelde de rechtbank, die provisie enkel bedoeld was ter vergoeding van administratieve en organisatiekosten; ten slotte ook niet dat Vos Maars had verzocht om met hem overleg te plegen aangezien dit feit volgens de rechtbank enkel op zijn coördinerende rol duidt.¹⁰³²

In het Antwerpse geval had een advocaat een gerechtsdeurwaarder opdracht gegeven om een dagvaardingsexploot met een vordering tot herziening van een arbeidsongevallenvergoeding te betekenen, maar had de gerechtsdeurwaarder die opdracht laattijdig uitgevoerd. Volgens het Hof zijn de cliënt en de gerechtsdeurwaarder contractueel rechtstreeks met elkaar verbonden: een gerechtsdeurwaarder moet in het algemeen immers weten dat een advocaat een dergelijke opdracht niet voor eigen rekening heeft gegeven, de identiteit van de cliënt was in casu in hoofdte van de gerechtsdeurwaarder ook effectief bekend, en het contractbelang lag ten slotte exclusief bij de cliënt.¹⁰³³

Verdergaand is het Brusselse geval waarbij een aannemer bij het verbouwen van een winkelpand door een studiebureau een stabiliteitsstudie liet opmaken die nadien met conceptiefouten bleek te zijn behept. De aanspraak van de bouwheer tegen de aannemer wees het Hof af, omdat de studie “voor rekening van de bouwheren” was besteld. Tegen dit besluit wogen de omstandigheden niet op dat de aannemer zelf de studie had

¹⁰³² Rb. Rotterdam 23 november 1984, *Bouwrecht* 1985, 565. Zie ook G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 64, voetmoot 56.

¹⁰³³ Antwerpen 16 februari 1998, *R.W.* 1998-99, 92, noot I. CLAEYS.

besteld en de kost ervan in de aannemingsprijs had verrekend. De aanspraak van de bouwheer tegen het studiebureau achtte het Hof dan weer wel gegrond. Zoals de annotator Dirix terecht opmerkt, liet het Hof daarbij wel na de grondslag van de aansprakelijkheid van het studiebureau te specificeren, maar wijst het handelen “voor rekening van de bouwheren” op een rechtstreekse contractuele relatie tussen bouwheer en studiebureau via vertegenwoordiging van de bouwheer door de aannemer.¹⁰³⁴ In nog een ander Brussels geval was er geen sprake van een rechtstreekse aanspraak van de bouwheer tegen de ingenieur die een aantal berekeningsfouten had begaan: het was onduidelijk of de ingenieur van de aannemer dan wel rechtstreeks van de bouwheer zijn opdracht had verkregen, de facturen waren gericht aan en de betaling gebeurden door de aannemer, de rechtstreekse contractuele relatie was ook in strijd met de in eerste aanleg door de bouwheer zelf genomen conclusies en ten slotte was de ingenieur ook niet genoemd in het proces-verbaal van voorlopige oplevering.¹⁰³⁵

3. Realiteit

241. Zowel de rechtsleer als de rechtspraak steunen een rechtstreekse contractuele band tussen bijvoorbeeld een cliënt van een advocaat en de door die advocaat ingeschakelde gerechtsdeurwaarder soms hierop dat een dergelijke band het best aan de werkelijkheid beantwoordt.

Op zichzelf biedt dit argument evenwel geen verklaring voor het bestaan van een rechtstreekse contractuele band. Er wordt meestal al in het midden gelaten of hiermee de feitelijke, juridische of economische werkelijkheid wordt bedoeld. De “realiteit” is een lege huls. Als ze dan al andere argumenten verbergt die een concreet geval wel kunnen verklaren en die voor toekomstig te beslechten cases een leidraad kunnen vormen, dan verdienen die ook met naam en toenaam in de rechterlijke beslissing te worden genoemd.

¹⁰³⁴ Brussel 11 maart 1988, *T. Aann.* 1988, 318, noot E. DIRIX (stabiliteitsstudie – weggebroken binnenmuren). Indien het Hof aan de buitencontractuele weg had gedacht, zou de quasi-immuniteit niet van toepassing zijn omdat het studiebureau niet als een uitvoeringsagent kan worden beschouwd: het gaat immers geenszins om eigen verbintenissen van de aannemer (cf. *supra*, nr. 146 et seq.; E. DIRIX, “De aansprakelijkheid van de aannemer voor opdrachten uitgevoerd door een studiebureau” (noot onder Brussel 11 maart 1988), *T. Aann.* 1988, 324). Zie ook Brussel 19 april 1991, *T. Aann.* 1991, 351 (studiebureau voor funderingswerken staat in een rechtstreeks contractuele relatie met de bouwheer gezien de opgelegde keuze van het studiebureau en ondanks de betaling van de factuur door de aannemer) dat evenwel op grond van een schending van de rechten van verdediging werd vernietigd in Cass. 8 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 265, *Pas.* 1993, I, 257 en *in feite* anders werd beoordeeld door Bergen 30 juni 1995, *J.L.M.B.* 1997, 372, noot B. LOUVEAUX (cf. *infra*, nr. 242).

¹⁰³⁵ Brussel 28 oktober 1987, *J.T.* 1988, 665, noot F. GLANSDORFF: “*s’il n’est pas rare que des relations directes se nouent entre le sous-traitant et le maître, il n’en a pas été ainsi en l’espèce*”.

Dit realiteitsargument kan daarenboven in twee richtingen uitgaan, zowel pro als contra een rechtstreekse contractuele band. Zo zien sommige auteurs er zich in hun interpretatie van het cassatiearrest van 7 december 1995 door gesteund dat de juridische realiteit het best bij de niet-aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder tegenover de cliënt van de advocaat aanleunt,¹⁰³⁶ terwijl volgens het eerder aangehaalde arrest van het Antwerpse Hof van Beroep net het omgekeerde resultaat uit de werkelijkheid is af te leiden.¹⁰³⁷

4. Aanwijzing van een bepaalde persoon

242. Wanneer een bouwheer zelf bepaalde taken aan een specialist doorgeeft, dan spreekt het vanzelf dat in hun onderlinge relatie de contractuele aansprakelijkheid van toepassing is.¹⁰³⁸ Indien het weliswaar de hoofdaannemer is die een opdracht aan een specialist-onderaannemer doorgeeft maar de bouwheer daarbij aan de hoofdaannemer geen enkele initiatiefruimte overlaat om de persoon van de onderaannemer te kiezen, dan is het goed mogelijk dat de hoofdaannemer als de vertegenwoordiger van de bouwheer handelt, zodat tussen de bouwheer en de onderaannemer een rechtstreekse contractuele band ontstaat.¹⁰³⁹

Zo oordeelde het Brusselse Hof van Beroep dat het feit dat de hoofdaannemer de facturen van de studie heeft betaald, niet opweegt tegen het feit dat de keuze van het studiebureau door de bouwheer was opgelegd.¹⁰⁴⁰ Weliswaar werd dit arrest eerst omwille van de schending van de rechten van verdediging door het Hof van Cassatie vernietigd en daarna ook door het Bergense Hof van Beroep in feite niet gevolgd, maar dit neemt niet weg dat de aanwijzing van een persoon een determinerende factor kan zijn; het

¹⁰³⁶ Zo b.v. J. LEYSEN, K. SEYEN, "De gerechtsdeurwaarder als "arm" van de advocaat", *R. Cass.* 1997, nr. 16.

¹⁰³⁷ I. CLAEYS, "Over vertegenwoordiging in de relatie cliënt-advocaat-gerechtsdeurwaarder" (noot onder Antwerpen 16 februari 1998), *R. W.* 1998-99, p. 95, nr. 5.

¹⁰³⁸ M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1982, p. 211, nr. 26.

¹⁰³⁹ G. BAERT, *Bestendig handboek Privaatrechtelijk Bouwrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1994, losbl. p. V.2-3, nr. 5; M.A. FLAMME, "De quelques problèmes controversés du droit de la construction", *T. Aann.* 1984 (speciale ed.), p. 17, nr. 20; G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 63, nr. 2. Zie ook M.A.M.C. VAN DEN BERG, *Samenwerkingsvormen in de bouw*, Deventer, Kluwer, 1990, p. 161, nr. 256 (slechts schuldaansprakelijkheid van aannemer). Vgl. Cass. fr. (civ. I) 20 juli 1988, *Bull. civ.* 1988, I, nr. 258, zoals becommentarieerd door P. JOURDAIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989, 95-96, waarbij het gebrek aan de mogelijkheid van een in een openbaar ziekenhuis werkend geneesheer om vrij de anesthesist – tevens een voorbeeld van een activiteit waartoe een geneesheer *materieel* gezien niet toe bevoegd is en doorgaans toch aansprakelijk is – te kiezen, ertoe leidt dat de geneesheer voor de fouten van de anesthesist niet contractueel aansprakelijk is.

¹⁰⁴⁰ Brussel 19 april 1991, *T. Aann.* 1991, 350 (studiebureau – fundering gebouw).

betekent hoogstens dat de tegenindicatoren in dit geval zo sterk waren dat er in feite toch geen rechtstreekse contractuele band aanwezig was.¹⁰⁴¹

Die rechtstreekse band wordt ook niet onmogelijk, zelfs al zou de aansprakelijkheid van de hoofdaannemer zelf slechts bij uitdrukkelijk voorbehoud tegen een voorgeschreven of “opgedrongen onderaannemer” (*benannte Subunternehmer*) verdwijnen.¹⁰⁴² Het voorhanden zijn van een aanspraak tegen de hoofdaannemer sluit niet uit dat de bouwheer tegelijk over een alternatieve aanspraak tegen de onderaannemer beschikt. Wil de aannemer of de architect niet zelf aansprakelijk zijn, dan moet hij bijvoorbeeld op de noodzaak van een bijkomende ontwerpstudie wijzen en een schriftelijke lastgeving van de bouwheer bekomen.¹⁰⁴³

Uiteindelijk hangt het voorhanden zijn van een rechtstreekse aanspraak van de bouwheer tegen de onderaannemer af van de inhoud van de hoofdovereenkomst, zodat ook de Duitse rechtsleer in die driehoeksverhouding terecht “*kein Haftungsdurchgriff*” noodzakelijk acht: “*Vielmehr ist die Lösung von Haftungsproblemen (...) in der Auslegung des Vertrages zwischen Besteller und Generalunternehmer zu suchen.*”¹⁰⁴⁴

5. Onbekwaamheid

a. Algemeen criterium

243. Is niet een ander, meer overtuigend argument voor een rechtstreekse contractuele band af te leiden uit de onbekwaamheid voor de hoofdschuldenaar om een bepaalde opdracht persoonlijk uit te voeren? De redenering luidt als volgt: is de hoofdschuldenaar zelf onbekwaam om een opdracht uit te voeren, dan kan hij er enkel toe gehouden zijn om die opdracht aan een ander – een hulppersoon – door te geven, zodat die rechtstreeks en op een contractuele basis tegenover de hoofdopdrachtgever gehouden is.

Zo algemeen geformuleerd, valt dit criterium evenwel te breed uit. Zo zou iedere hoofdaannemer er zich immers op kunnen beroepen dat hij niet over de nodige tijd of over de vereiste middelen beschikt om zelf de opdracht uit te voeren. Een dergelijke zienswijze is met het huidige positieve recht onverenigbaar, niet alleen omdat de rechtstreekse aansprakelijkheid van de hulppersoon strijdig zou zijn met de principiële quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, maar ook en vooral omdat dergelijke

¹⁰⁴¹ Respectievelijk Cass. 8 maart 1993, *Pas.* 1993, I, 257; Bergen 30 juni 1995, *J.L.M.B.* 1997, 372, noot B. LOUVEAUX.

¹⁰⁴² E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 349, nr. 10.

¹⁰⁴³ V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, o.c., in *L’interdépendance des contrats – Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, Vlaamse Pleitgenootschap, 1997, 33.

¹⁰⁴⁴ M. ROHE, *Netzverträge*, 370, met verdere verwijzingen.

beperking van de aansprakelijkheid van de hoofdschuldenaar strijdig zou zijn met het beginsel van de contractuele aansprakelijkheid voor ander-mans daad.

b. Wettelijke onbekwaamheid

244. Een meer verfijnd criterium van onbekwaamheid van de hoofdschuldenaar is dan weer wel met het positieve recht verzoenbaar. In ieder geval is uit de rechtspraak af te leiden dat de wettelijke onbekwaamheid van de hoofdschuldenaar om een bepaalde handeling te stellen, tot een rechtstreekse contractuele relatie tussen de hoofdopdrachtgever en de hulppersoon leidt en dat de verplichtingen van de hoofdschuldenaar zich daardoor kunnen beperken tot deze waartoe een lasthebber gehouden is.

Een illustratie hiervan biedt de door het Antwerpse Hof van Beroep erkende rechtstreekse contractuele relatie tussen de cliënt van een advocaat en de gerechtsdeurwaarder, alhoewel die laatste zijn opdracht niet van de cliënt zelf maar van diens advocaat had gekregen. Gezien de monopoliepositie van de gerechtsdeurwaarder is een advocaat zelf niet bekwaam om tot de betekening van een exploit over te gaan,¹⁰⁴⁵ zodat de overeenkomst tussen de advocaat en diens cliënt onmogelijk zo kan worden uitgelegd dat de advocaat zich heeft verbonden om de akte te betekenen. Uit de onbekwaamheid van de advocaat om die rechtshandeling te stellen, wordt afgeleid dat de uitvoering van de handeling voor de advocaat geen eigen verplichting is die voortvloeit uit de inhoud van het contract tussen de advocaat en zijn cliënt. Het Antwerpse Hof riep (wellicht uit voorzorg) een aantal feitelijke omstandigheden of specifieke factoren¹⁰⁴⁶ in om zo de rechtstreekse contractuele band te verantwoorden, maar het resultaat kan toch wel het *quod plerumque fit* worden genoemd. Alleen bij het bestaan van effectieve tegenindicatoren lijkt een rechtstreekse contractuele relatie alsnog te kunnen wegvallen.

Aan het Antwerpse arrest ging een belangrijk principiësarrest van het Hof van Cassatie vooraf. In dat geval had een advocaat bij wijze van verweer tegen de aanspraak van zijn cliënt de regeling inzake onderlastgeving (art. 1994, eerste lid B.W.) ingeroepen. Volgens die wettelijke bepaling kan een hoofdlasthebber immers slechts aansprakelijk zijn, wanneer de lastgever de persoon van de onderlasthebber niet zelf heeft aangeduid en de hoofdlasthebber een blijkbaar onbevoegd of onvermogen onderlasthebber heeft uitgekozen of wanneer hij niet eens de bevoegdheid tot substitutie had. Welnu, volgens het Hof van Cassatie kan een gerechtsdeurwaarder

¹⁰⁴⁵ Art. 516 eerste lid Ger.W.

¹⁰⁴⁶ Cf. *supra*, nr. 240.

niet als een plaatsvervanger (of een indeplaatsgestelde of substituut) van de advocaat en dus als een onderlasthebber van de cliënt worden beschouwd, omdat de opdracht die hij van de advocaat van een rechtzoekende cliënt heeft gekregen, een bevoegdheid is die tot het monopolie van de gerechtsdeurwaarder behoort.¹⁰⁴⁷ Een advocaat kan een dergelijke opdracht immers nooit zelf uitvoeren. Voor de toepasselijkheid van art. 1994 B.W. is het noodzakelijk dat “*le substitut se voie confier tout ou partie de la mission qui incombait au mandataire primitif*”.¹⁰⁴⁸ Als een gevolg van of, minder positivistisch uitgedrukt, naar de bedoeling van die uitspraak – kan een advocaat zich niet beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking die uit art. 1994 eerste lid B.W. voortvloeit.¹⁰⁴⁹

Dit cassatiearrest liet ten aanzien van de rechtspositie van de gerechtsdeurwaarder zelf zodanige onzekerheid bestaan dat in de rechtsleer verschillende opvattingen werden verdedigd.¹⁰⁵⁰

Het cassatiearrest zelf verzet zich tegen de opvatting als zou de rechtzoekende cliënt tegen de gerechtsdeurwaarder als onderlasthebber over een rechtstreekse vordering op grond van art. 1994 tweede lid B.W. beschikken.

Die stelling verhindert meteen ook dat de gerechtsdeurwaarder een uitvoeringsagent zou zijn: de hoedanigheid van uitvoeringsagent is alleen denkbaar indien die een verplichting uitvoert waartoe de hoofdschuldenaar zichzelf kon verbinden.¹⁰⁵¹

Om aan de cliënt toch toe te laten de gerechtsdeurwaarder rechtstreeks aan te kunnen spreken, volgde het Antwerpse Hof van Beroep nog een andere strekking uit de rechtsleer: de advocaat treedt louter als tussenpersoon op en tussen de cliënt en de gerechtsdeurwaarder ontstaat een rechtstreekse contractuele rechtsband.¹⁰⁵²

Volgens nog een andere strekking in de rechtsleer zou de gerechtsdeurwaarder als openbaar ambtenaar zelfs enkel buitencontractueel aansprakelijk kunnen zijn, maar volgens de meerderheid van auteurs is een gerechtsdeurwaarder, zoals elke andere beroepsbeoefenaar, tegenover zijn

¹⁰⁴⁷ Cass. 7 december 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1094, *R.W.* 1996-97, 778, noot P. DEPUYDT, *A.J.T.* 1996-97, 10, noot S. GEEROMS, *R. Cass.* 1997, 49, noot J. LEYSEN, K. SEYEN.

¹⁰⁴⁸ P. WÉRY, “L’huissier de justice et la substitution de mandataire”, *T.B.B.R.* 1998, 313.

¹⁰⁴⁹ Cass. 7 december 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1094, *R.W.* 1996-97, 778, noot P. DEPUYDT, *A.J.T.* 1996-97, noot S. GEEROMS, *R. Cass.* 1997, 49, noot L. LEYSEN, K. SEYEN.

¹⁰⁵⁰ Voor een grondiger overzicht I. CLAEYS, “Over vertegenwoordiging in de relatie cliënt-advocaat-gerechtsdeurwaarder” (noot onder Antwerpen 16 februari 1998), *R.W.* 1998-99, p. 93-94, nr. 1.

¹⁰⁵¹ Cf. *supra*, nr. 166.

¹⁰⁵² Antwerpen 16 februari 1998, *R.W.* 1998-99, 92, noot I. CLAEYS. Zie P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, p. 313. Zie ook Bergen 22 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 830, noot A. KOHL.

cliënt contractueel aansprakelijk.¹⁰⁵³ Die stelling doet evenwel nadenken over de vraag of de door het Antwerpse Hof gevolgde weg wel nodig was en of de gerechtsdeurwaarder tegenover een derde, de cliënt van de advocaat, niet veeleer op een buitencontractuele grondslag aansprakelijk kan zijn.¹⁰⁵⁴

c. Onbekwaamheid ingevolge opleiding

245. Nog een stap verder gaat de rechtsleer die het criterium van de “normale competentie” in de beoordeling van het al dan niet voorhanden zijn van een rechtstreekse contractuele band laat meespelen. Dit kan zich onder meer voordoen wanneer een architect gezien de noodzakelijke beperktheid van zijn professionele opleiding niet bekwaam is om een probleem met hoge techniciteit op te lossen en daarom op een gespecialiseerd studie-bureau een beroep doet.¹⁰⁵⁵ Een opdracht waarvoor hij niet werd opgeleid, kan niet worden geacht tot de inhoud van zijn contractuele verplichtingen te behoren.¹⁰⁵⁶

Een met de architect vergelijkbare positie neemt op het eerste gezicht ook de arts in, wanneer hij voor een minitieuus bloedonderzoek op een medisch laboratorium een beroep doet, al neigt dit voorbeeld reeds naar een feitelijke onbekwaamheid: de arts heeft voor zo’n onderzoek misschien wel de nodige opleiding gehad, maar hij heeft niet de nodige middelen of de tijd om daartoe zelf op een economisch efficiënte wijze over te gaan.

Die opvatting is evenwel niet verzoenbaar met de cassatierechtspraak die in zijn kielzog ook de goedkeuring van een ander deel van de rechtsleer wegdraagt.¹⁰⁵⁷ In een principiësarrest van 3 maart 1978 besliste het Hof van Cassatie namelijk dat, waar de aansprakelijkheid van een architect door de band van openbare orde is, deze zich toch kan vrijtekenen voor de opdrachten waartoe hij niet over de nodige bekwaamheid beschikt en die hij aan een terzake foutief handelende derde heeft doorgegeven. Dit arrest betrof weliswaar een geval waarbij enkel de aansprakelijkheid van een architect (en niet rechtstreeks die van het ingeschakelde studiebureau)

¹⁰⁵³ G. DE LEVAL, “La responsabilité professionnelle des huissiers de justice”, in *La responsabilité professionnelle des gens de justice et de fonctionnaires*, studiedag 28 april 1989, 2-5; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders. Civiel-, proces- en verzekeringsrechtelijke aspecten*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 165, nr. 202.

¹⁰⁵⁴ Cf. *infra*, deel IV en V.

¹⁰⁵⁵ In de universitaire opleidingen groeit een steeds grotere wig tussen de technische aspecten (ingenieur bouwkunde) en de esthetische aspecten (architect) van het bouwgebeuren.

¹⁰⁵⁶ E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 351, nr. 12; -, *o.c.*, *T. Aann.* 1988, 324; -, “Exoneratiebedingen”, *T.P.R.* 1988, p. 1173, nr. 2, noot 4.

¹⁰⁵⁷ V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, *o.c.*, in *L’interdépendance des contrats – Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, Vlaamse Pleitgenootschap Balie, 1997, 33.

ter sprake kwam, maar het is mogelijk indicatief voor de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en het studiebureau. Het cassatiearrest gaat niet zo ver te stellen dat een beding waarbij een bouwheer een architect toelaat om zich op een bepaalde specialist te beroepen, *ipso facto* een exoneratie inhoudt.¹⁰⁵⁸ Het arrest stelt niet dat een architect niet aansprakelijk is omdat de opdracht niet tot de inhoud van zijn overeenkomst met de bouwheer zou behoren, maar wel dat de architect niet aansprakelijk is omdat hij zich daarvoor heeft geëxonereerd, zij het op een stilzwijgende wijze. Nog minder verantwoord zou het zijn om een exoneratie af te leiden uit het enkele feit dat de architect noodzakelijkerwijze op specialisten een beroep moet doen omdat dit zou neerkomen op een totaal fingeren van de wil van de partijen: “*si le maître de l’ouvrage croit que l’architecte demeure le répondant des tiers qu’il s’adjoit, il négligera probablement de se réserver contre eux un recours direct (...), soit en contractant lui-même, soit en donnant un mandat à l’architecte pour le faire en son nom.*”¹⁰⁵⁹

De onbekwaamheid die uit de beperkingen van de architectenopleiding voortvloeit, heeft dan ook enkel tot gevolg dat de architect, al is zijn aansprakelijkheid in principe van openbare orde, zich toch van zijn aansprakelijkheid dienaangaande kan vrijtekenen.

Dit arrest van het Hof van Cassatie maakt het moeilijk aanvaardbaar dat een vermoeden van rechtstreekse contractuele band tussen de bouwheer en het studiebureau kan ontstaan alleen op grond van de onbekwaamheid van de architect. “*Faire appel à la spécialisation du sous-traitant pour justifier une responsabilité directe de ce dernier à l’égard du maître de l’ouvrage ne paraît pas une solution satisfaisante.*”¹⁰⁶⁰

246. Zelfs binnen de opvatting van het Hof van Cassatie blijft de vraag open of er geen plaats overblijft voor een buitencontractuele aanspraak van de bouwheer tegen het studiebureau. In de lijn en naar analogie van het cassatiearrest in verband met de gerechtsdeurwaarder, leidt de incompetentie van de architect ertoe dat het studiebureau geen uitvoeringsagent is aangezien de hoofdschuldenaar zelf de opdracht niet eens kan vervullen. Een persoon kan geen plaatsvervanger of uitvoeringsagent zijn, indien alleen hij – met uitsluiting van de hoofdschuldenaar – tot het verrichten van die prestatie bekwaam is.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁸ M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, R.C.J.B. 1982, p. 209-210, nr. 24.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 211, nr. 25.

¹⁰⁶⁰ J.-P. VERGAUWE, “Action directe dans le droit de la construction”, *T. Aann.* 1998, (206) 230-231. Zie evenwel P.-H. DELVAUX, “Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 370, nr. 14 (impliciet mandaat).

¹⁰⁶¹ Contra A. DELVAUX, “Transmissibilité des actions en responsabilité”, *Act. Dr.* 1992, (357) 364; Y. HANNEQUART, A. DELVAUX, “La responsabilité des édificateurs: état actuel de quelques problèmes et perspectives”, in J. GILLARDIN, *Statuts et responsabilités des édificateurs*.

Zelfs al is het studiebureau geen uitvoeringsagent, dan nog moet de bouwheer bewijzen dat de contractuele fout van het studiebureau tegelijk een buitencontractuele fout uitmaakt in de zin van de coëxistentieleer en bovendien mag het exoneratiebeding ook niet slaan op de buitencontractuele aanspraak tegen het studiebureau¹⁰⁶² (via een soort derdenbeding of een nog verdergaande doorwerking).¹⁰⁶³

247. Het is dus te besluiten dat de onbekwaamheid in het algemeen geen belissende factor is om tot het bestaan van een rechtstreekse contractuele band te besluiten. Alleen de onbekwaamheid door wettelijk beletsel is dat wel en met betrekking tot de onbekwaamheid door opleidingsbeperkingen staan er nog grote vraagtekens.

6. Doorwerking en integratie van de verschillende rechtsverhoudingen

248. Het vertegenwoordigingsmechanisme is de manier bij uitstek om aan een contractueel betrokkene een volledige contractuele bescherming te verlenen. De “toerekening van een rechtshandeling aan een ander dan de handelende persoon”¹⁰⁶⁴ is precies het gevolg of het wezenskenmerk van vertegenwoordiging. Er ontstaat een rechtstreekse band (*lien direct*) tussen de vertegenwoordigde en de derde:¹⁰⁶⁵ de gestelde rechtshandeling heeft onmiddellijke werking ten aanzien van de vertegenwoordigde.¹⁰⁶⁶

Die rechtstreekse toerekening betekent ook dat in het geval van bijvoorbeeld de driehoeksrelatie bouwheer-architect-studiebureau alle bedingen die een architect als vertegenwoordiger met het studiebureau in het contract heeft ingelast, op de aanspraak van de bouwheer van toepassing zijn.

Maar wat is dan het lot van bijvoorbeeld een exoneratiebeding uit de overeenkomst tussen de bouwheer en de architect: stuit de contractuele aanspraak van de bouwheer tegen het studiebureau niet op een dergelijk exoneratiebeding? Geldt de contractueel bedongen bevrijding alleen in

L'architecte, l'entrepreneur et le promoteur, Brussel, Saint-Louis, 1989, 177 (op p. 179 geven de auteurs toe dat die positie “*pas tolérable*” is); M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1982, p. 211, nr. 25, voetnoot 135 (wel uitvoeringsagent).

¹⁰⁶² Terzake zegt C.E. DU PERRON, *Overeenkomsten en derden*, p. 362, nr. 420: “*als een opdrachtgever het een architect toestaat zich geheel voor fouten in de constructieberekeningen vrij te tekenen, wil dat niet zeggen dat hij een dergelijke vrijetekening ook van het constructeursbureau aanvaardt*”.

¹⁰⁶³ Cf. *infra*, deel IV en V. Het bestaan van een fout is te verdedigen, te meer daar het studiebureau redelijkerwijze kan verwachten dat de architect voor een opdracht waartoe hij niet bekwaam is, zich tegenover de opdrachtgever heeft vrijgetekend.

¹⁰⁶⁴ Zie W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 146, p. 473.

¹⁰⁶⁵ Zie o.m. *Encycl. Dalloz*, tw. *Représentation* (P. PÉTEL), 1993, nr. 45.

¹⁰⁶⁶ *Palandt*, 1997, *vor* § 164, nr. 15.

het voordeel van de architect of werkt ze ook door ten voordele van het studie bureau?

Die vraag is in het bijzonder relevant tegen de achtergrond van de rechtspraak met betrekking tot de uitvoeringsagent, zoals die in het licht van het zogenaamde risicobeginsel wordt geïnterpreteerd: volgens bepaalde rechtsleer vormt het eventuele bestaan van in de hoofdovereenkomst voorkomende exoneratieclausules de achterliggende bedoeling van die rechtspraak om aan de hoofdopdrachtgever ook een rechtstreekse aanspraak tegen de uitvoeringsagent te ontzeggen. Eerder werd de geldigheid van die verklaring voor de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent al sterk in twijfel getrokken.¹⁰⁶⁷

In de context van de driehoeksverhouding bouwheer-architect-studie bureau leidt de toepassing van dit beginsel nog minder vanzelfsprekend tot de immuniteit van het studie bureau tegenover de bouwheer. Behoudens andersluidende indicaties, kan van een bouwheer redelijkerwijze worden verwacht, dat hij met een exoneratiebeding enkel instemde omdat de architect per hypothese terzake toch niet bekwaam was (tenzij wanneer hij een fout in de keuze van het studie bureau zou hebben gemaakt – *culpa in eligendo* – of wanneer hij de fout had moeten opmerken – *culpa in vigilando*) én omdat de bouwheer meende dan toch zeker tegen het studie bureau een aanspraak te kunnen laten gelden. De architect heeft het exoneratiebeding *alleen voor zichzelf* bedongen met betrekking tot de opdrachten die hij als vertegenwoordiger aan een derde moet doorgeven.¹⁰⁶⁸

Naast de relatie tussen de architect en het studie bureau is er niet sprake van één maar wel van twee contractuele rechtsbanden: één tussen de bouwheer en de architect en één tussen de bouwheer en het studie bureau. De regeling voor die twee overeenkomsten kan verschillend zijn. De werking van een exoneratiebeding in de overeenkomst tussen de bouwheer en de architect is dan in beginsel tot die rechtsband beperkt, tenzij het beding ook werkelijk als een derdenbeding ten voordele van het studie bureau was bedoeld of tenzij het beding ook in bepaalde omstandigheden werkelijk kan worden geacht van de tweede contractuele rechtsband deel uit te maken.

249. Een ander probleemveld in verband met de toepassing van de vertegenwoordiging in driepartijenverhoudingen laat zich het best aan de hand van de driehoeksverhouding cliënt-advocaat-gerechtsdeurwaarder illustreren. Zo tussen de cliënt en de gerechtsdeurwaarder een recht-

¹⁰⁶⁷ Cf. *supra*, nr. 189 et seq.

¹⁰⁶⁸ Voor de andere opdrachten kan hij zich niet exonereren.

streekse contractuele band wordt aanvaard, rijst de vraag welke invloed van die band uitgaat op de andere rechtsverhoudingen in die driehoeksverhouding (*Binnenwirkung*). Zoals gezegd, is een advocaat ten aanzien van zijn cliënt met betrekking tot die ene doorgegeven opdracht gehouden tot de verplichtingen waartoe een lasthebber ten aanzien van zijn lastgever is gehouden. Hij is er namelijk toe gehouden de opdracht door te geven aan een bekwame gerechtsdeurwaarder en hij is als *dominus litis* ook verantwoordelijk voor het geding zodat hij op de voortgang van het geding moet letten.¹⁰⁶⁹ Als de gerechtsdeurwaarder met die cliënt ook contractueel verbonden is, rijst in de verhouding tussen de advocaat en de gerechtsdeurwaarder de vraag of beide van elkaar nog wel uitvoering kunnen eisen. Zo de gerechtsdeurwaarder de betaling van kosten en honorarium van de cliënt kan opeisen, kan hij die betaling dan ook nog van de advocaat zelf vorderen?

Een bijzondere grondslag voor die aanspraak zien sommigen in een gewoonte die tevens in een deontologische norm voor advocaten is verwoord.¹⁰⁷⁰ Een reglement van de algemene raad van de Nationale Orde van Advocaten maakt immers een wet uit in de zin van art. 608 Ger.W. die verbindend is voor alle advocaten (art. 501 eerste lid Ger.W.) en die dan ook in hoofde van derden rechten kan doen ontstaan.¹⁰⁷¹

Meer in het algemeen, los van die specifieke grondslag, kunnen een vertegenwoordiger en een vertegenwoordigde ook *tegelijk* met een “derde-mededecontractant” in een contractuele rechtsverhouding staan, met name wanneer de handelende vertegenwoordiger een rechtshandeling zowel in eigen als in andermans naam heeft tot stand gebracht zodat ze *nebeneinander Geschäftspartei* zijn.¹⁰⁷² De rechtsleer wekt vaak maar onterecht de

¹⁰⁶⁹ Zie P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders, o.c.*, p. 76-77, nr. 73.

¹⁰⁷⁰ Vred. Fosses-la-Ville 24 november 1993, *Rev. not. b.* 1995, 164, noot D. STERCKX (“L’avocat et les honoraires du notaire”). Zie de kritische opmerkingen van P. CORVILAIN, “L’huissier de justice, ses honoraires, l’avocat et son client” (noot bij Vred. Fosses-la-Ville 24 november 1993), *Cah. dr. jud.* 1994, nr. 16, 1-3. Zie b.v. artikel 60 DRHR (Deontologische Regelen en Huishoudelijk Reglement) van de Nederlandse Orde van Advocaten bij de Balie te Brussel (nationaal reglement 7 januari 1971 over financiële aansprakelijkheid van de advocaat).

¹⁰⁷¹ Cass. 12 december 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 533, *Pas.* 1986, I, 462 (draagwijdte beroepsgeheim). Zie ook P. CORVILAIN, “L’huissier de justice, ses honoraires, l’avocat et son client” (noot bij Vred. Fosse-la-Ville 24 november 1993), *Cah. dr. jud.* 1994, nr. 16, p. 2, nr. 4, kol. 2. In geval van een reglement van een lokale orde kan de gerechtsdeurwaarder deze niet als een gewoonte invoeren, maar kan hij eventueel de overtreding ervan als een quasi-delictuele fout invoeren (P. CORVILAIN, *o.c.*, *Cah. dr. jud.* 1994, nr. 16, p. 3, nr. 6). Zie in een ruimer kader met een overzicht van de verdedigde stellingen L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 264-271, nr. 153-156; P. CORVILAIN, “Appréciation par le tribunal de la violation d’une règle déontologique”, *Cah. dr. jud.* 1992, nr. 9, p. 97, nr. 3).

¹⁰⁷² K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, München, Beck, 1989 (7de ed.), 611. Voor de *common law* zie ook G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 1995, 649.

indruk dat een vertegenwoordiger nooit tegelijk met de vertegenwoordigde in een contractuele rechtsverhouding met de derde-medecontractant kan staan. Nochtans is algemeen erkend dat vertegenwoordiging niet wordt uitgesloten door de omstandigheid dat de vertegenwoordiger niet alléén de belangen van de vertegenwoordigde maar ook zijn eigen belangen behartigt. In de regel is het wel het doel van vertegenwoordiging om de belangen van de vertegenwoordigde in het juridische verkeer te behartigen, maar een vertegenwoordiger kan evengoed tegelijk de belangen van een derde of zijn eigen belang behartigen (voorzover dit niet met zijn mandaat strijdig is).¹⁰⁷³ In het Duitse jargon is sprake van een opsplitsing tussen de “Stellvertreter” en de “Interessenvertreter”.¹⁰⁷⁴ Het is ook vergelijkbaar met wat in de Engelse terminologie bekend staat als een *collateral contract* dat onafhankelijk staat van het *main contract*,¹⁰⁷⁵ waarbij de twee contracten dan wel met een andere partij worden gesloten (b.v. koop tussen aannemer en fabrikant en *collateral* tussen koper en fabrikant wegens *representation* m.b.t. kwaliteit van verkochte goed).

D. Vertegenwoordiging en onderlastgeving/plaatsvervangning

250. Op grond van art. 1994 tweede lid B.W. beschikt een lastgever over een rechtstreekse aanspraak tegen de onderlasthebber of plaatsvervanger (*sous-mandataire, sub-agent*). Volgens een quasi-unanieme Belgische rechtsleer en rechtspraak komt die wetsbepaling neer op een rechtstreekse vordering in één richting, van de lastgever tegen de onderlasthebber. In de omgekeerde richting, d.w.z. van de onderlasthebber tegen de lastgever, wordt een rechtstreekse vordering in onze contreien niet aanvaard.

Alhoewel de tekst van de genoemde wetsbepaling in Frankrijk nog steeds letterlijk met de Belgische versie overeenstemt, bestaat de rechtstreekse aanspraak aldaar wel in beide richtingen, dus ook in de richting van de onderlasthebber tegen de lastgever: “*qu'en vertu de ce texte, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substitué; que, par voie de conséquence, le substitué jouit d'une action personnelle et directe contre le*

¹⁰⁷³ Zie o.m. P. WÉRY, *Le mandat, o.c.*, p. 73, nr. 17. Het probleem van *Selbsteintritt* is van een andere aard: daar gaat het om de lasthebber die het te sluiten contract met zichzelf sluit. Hier gaat het over de vraag of het contract dat de lasthebber die het contract met de derde sluit, tegelijk zelf met die derde in een contractuele relatie komt te staan (*idem*, p. 154-156, nr. 105-106).

¹⁰⁷⁴ Dit heeft onder meer zijn belang bij een *Vertreter kraft Amtes* (K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, München, Beck, 1989 (7de ed.), 584).

¹⁰⁷⁵ G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 1995, 654.

mandant pour obtenir le remboursement de ses avances et frais et le payement de la rétribution qui lui est due".¹⁰⁷⁶

Hoe het tweede zinsdeel uit het eerste voortvloeit, verduidelijkt het Franse Hof, zoals wel meer gebeurt, niet nader. Volgens de Franse rechtsleer krijgt de oorspronkelijke lasthebber de opdracht om met de onderlasthebber in naam van de lastgever een lastgevingsovereenkomst te sluiten, zodat tussen de lastgever en de onderlasthebber een rechtstreekse contractuele band ontstaat. Bij het sluiten van de ketting van lastgevingsovereenkomsten (A geeft aan B de last om met C een lastgevingsovereenkomst te sluiten) wordt dus telkens in naam van A gehandeld. De wetsbepaling van art. 1994 tweede lid B.W. is dus geëvolueerd van een rechtstreekse vordering tot een toepassing van vertegenwoordiging.¹⁰⁷⁷ In België rijzen ook meer en meer stemmen in die richting. Zelfs een arrest van het Hof van Cassatie zou voor een dergelijke interpretatie vatbaar zijn.¹⁰⁷⁸ Bij een uitbreiding naar een aanspraak van de onderlasthebber tegen de lastgever is het wel problematisch dat art. 1994 tweede lid B.W. een rechtstreekse aanspraak toekent "*in alle gevallen*", d.w.z. ongeacht of het de oorspronkelijke lasthebber toegelaten dan wel verboden was om tot substitutie over te gaan. Als de lastgever substitutie heeft verboden, is er immers weinig voor te zeggen dat de onderlasthebber tegen die lastgever een rechtstreekse aanspraak kan laten gelden.

E. Vertegenwoordiging tegen andere theorieën in

251. Het komt wel vaker voor dat de ene rechtsfiguur op een artificiële wijze wordt uitgebreid, om zo te ontkomen aan onwenselijk geachte rechtsgevolgen van andere rechtsfiguren. Telkens opnieuw wordt het verder besproken¹⁰⁷⁹ voorbeeld van het Duitse *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* aangehaald, waarmee de contractuele aansprakelijkheid wordt uitgebreid omwille van bepaalde nadelige rechtsgevolgen die aan de regeling inzake buitencontractuele aansprakelijkheid zijn verbonden.

Minder opvallend maar niet minder reëel is de uitbreiding van de vertegenwoordigingsfiguur, die de rechtspraak en rechtsleer soms aangrijpen om aan onwenselijk geachte rechtsgevolgen van andere theorieën te ontkomen. Een dergelijke werkwijze brengt evenwel met zich mee, niet alleen dat het wezen van de vertegenwoordiging onrecht wordt aangedaan,

¹⁰⁷⁶ Cass. fr. (civ. I) 27 december 1960, *D.* 1961, Jur., 491, noot J. BIGOT (eigen cursivering; betaling gerechtsdeurwaarder), met commentaar van G. CORNU in *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1961, 700 (met een overzicht van de stellingen in de oudere Franse rechtsleer).

¹⁰⁷⁷ Kritiek hierop omdat de zgn. vertegenwoordiger niet verdwijnt: J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, (versie 2001), p. 1194-1195, nr. 1111.

¹⁰⁷⁸ Voor meer details, cf. *infra*, nr. 398.

¹⁰⁷⁹ Cf. *infra*, nr. 504 et seq.

maar ook dat niet langer pogingen worden ondernomen om een bepaalde theorie rechtstreeks af te schaffen of toch zeker te verfijnen, wat als meer open rechtstechniek te verkiezen is boven het onrechtstreeks uithollen van die theorie. De ene illustratie van die werkwijze stamt uit het Engelse recht, de andere uit het Belgische recht.

1. Engeland: ongeldigheid van derdenbeding

252. In het Engelse recht springt één oneigenlijk gebruik van de vertegenwoordiging onmiddellijk in het oog. De toepassing van *agency* in zowel *The Eurymedon* als *The New York Star* vinden hun verklaring in de bekommernis om tegemoet te komen aan de nadelen van een systeem dat tot voor kort geen derdenbeding aanvaardde.

In *The Eurymedon*, een naar Engelse maatstaven zeer beknopt arrest, was een te vervoeren dure boormachine door de stuwadoor beschadigd. De bestemming van de boormachine spreekt de schadeverwekkende stuwadoor (*stevedore*) aan, hoewel de verzender (*shipper*) zelf slechts met de vervoerder (*carrier*) rechtstreeks in contact is getreden. Als verweer tegen die aanspraak doet de stuwadoor een beroep op een exoneratieclausule uit het cognossement (*bill of lading*), dat de voorwaarden van de vervoerovereenkomst bevat en waarvan de voordelen zich volgens de uitdrukkelijke bewoordingen uitstrekken tot alle “*independent contractors*” waartoe ook een stuwadoor behoort.

In dit geval stond niet ter betwisting dat de verzender tegen de stuwadoor *überhaupt* een buitencontractuele aanspraak kan laten gelden, wat nochtans, gelet op de Belgische rechtspraak, niet vanzelfsprekend is.¹⁰⁸⁰

Om de exoneratie ten gunste van de stuwadoor te laten doorwerken, aanvaardde de meerderheid in de *Privy Council* bij monde van Lord Wilberforce een rechtstreekse contractuele band tussen de verzender en de stuwadoor. Aan het bezwaar van de *privity rule* ontkwam het hof door de vervoerder als vertegenwoordiger van de stuwadoor te beschouwen, terwijl het aan het geldigheidsvereiste van de *consideration* tegemoet kwam door in de exoneratie een *quid pro quo* te zien voor de dienstverrichting door de stuwadoor. Op die manier beschermt die constructie van een contractuele band de stuwadoor tegen een buitencontractuele aanspraak van de verzender van de goederen.¹⁰⁸¹

Volgens Treitel komt die oplossing aan de commerciële verwachtingen en de intentie van de partijen tegemoet,¹⁰⁸² maar vele Engelse juristen, met

¹⁰⁸⁰ Cf. *infra*, nr. 586

¹⁰⁸¹ Zie *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite and Co. Ltd.* (1975) AC 154 (*The Eurymedon*).

¹⁰⁸² Zie G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 1995, 571.

inbegrip van Viscount Dilhorne en Lord Simon of Glaisdale die beide een *dissenting opinion* afleveren, bekritisieren die contractuele oplossing omwille van haar artificieel karakter. Mede daarom beperken sommigen de toepassing ervan tot de scheepswereld.¹⁰⁸³

De bescherming van de doorwerkende clause in *The Eurymedon* was weliswaar expressis verbis op onder meer de stuwadoor gericht, maar uit de bewoordingen van Lord Wilberforce in *The New York Star*¹⁰⁸⁴ lijkt de bescherming van de stuwadoor ook mogelijk buiten een dergelijke uitdrukkelijk op de stuwadoor gerichte clause omdat een dergelijke clause “normally and typically” ook voor de stuwadoor bedoeld is: “in the normal situation involving the employment of stevedores by carriers, accepted principles enable and require the stevedore to enjoy the benefit of contractual provisions in the bill of lading”.¹⁰⁸⁵ In die zin is het ook logisch om dit geval tot de specifieke maritieme context te beperken.

Uiteindelijk maakt de *Privy Council* hier niet zozeer gebruik van een contractueel model, maar veeleer van een buitencontractueel model in combinatie met doorwerking op een contractuele grondslag.¹⁰⁸⁶ Maar ook buiten die contractuele doorwerkingsmethode, kan volgens een aantal passages uit rechterlijke uitspraken een buitencontractuele aanspraak omwille van een exoneratiebeding al stuiten op de aan het Engelse recht typische bijkomende beperking van de *duty of care*.¹⁰⁸⁷

Onder de vier voorwaarden voor de toepassing van vertegenwoordiging in die gevallen heet het dat “the stevedore is intended to be protected by the provisions in it which limit liability”.¹⁰⁸⁸ Aangezien de figuur van de vertegenwoordiging in die context alleen werd aangewend om aan een als te strikt opgevatte *privity of contract* te ontkomen, is ze met de wettelijke invoering van het derdenbeding¹⁰⁸⁹ voortaan dan ook overbodig.

2. België: quasi-immuniteit van uitvoeringsagent en hoedanigheid van gerechtsdeurwaarder

253. Aan de Belgische zijde kan een feitenrechter er op zijn beurt toe geroepen voelen om op een misschien wel onorthodoxe wijze tussen een oorspronkelijke opdrachtgever en een uitvoeringsagent een rechtstreekse

¹⁰⁸³ B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, II, 310.

¹⁰⁸⁴ *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd.*, (1981) 1 WLR, 138 (*The New York Star*) (de stuwadoor had de goederen verkeerdelijk aan dieven afgegeven).

¹⁰⁸⁵ *The New York Star*, 143, G.

¹⁰⁸⁶ Vgl. B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 14: “In yet other instances, contracts have been invented in order to extend to third parties the operation of contractual exemption clauses”.

¹⁰⁸⁷ Cf. *infra*, deel IV.

¹⁰⁸⁸ *The Eurymedon*, 166, D.

¹⁰⁸⁹ Cf. *supra*, nr. 268.

contractuele band te ontwarren, zodat hij aan de fel bekritiseerde quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent kan ontkomen. Bepaalde rechtsleer lijkt impliciet in dezelfde richting uit te gaan.¹⁰⁹⁰

Die neiging zal zich vooral daar laten voelen waar het risicobeginsel geen verklarende kracht heeft voor de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, met name in die gevallen waar het hoofdcontract geen exoneratieclausule bevat en de quasi-immuniteit toch doorgang blijft vinden (voor het Hof volstaat al het feit dat er dergelijke clausules *mogelijks* bestaan). Het zou dan ook niet zo verwonderlijk zijn dat een feitenrechter eenzelfde roeping voelt als toen het Hof van Cassatie oordeelde dat de gerechtsdeurwaarder bij de uitoefening van één van zijn monopoliebevoegdheden niet als een gesubstitueerd lasthebber kan worden beschouwd.¹⁰⁹¹ Aangezien het bestaan van vertegenwoordiging in ruime mate een feitenkwestie betreft, zou het Hof van Cassatie trouwens met moeite tegenwerk kunnen leveren.

F. Besluit

254. Die illustraties mogen niet de indruk wekken dat de uitbreiding van de vertegenwoordigingstechniek grenzeloos is. Zo wijst de Hoge Raad onlangs nog in zijn Moksel-arrest (waarover meer in deel IV) het argument af dat ATF in naam en voor rekening van Moksel is opgetreden.¹⁰⁹²

Zelfs al mogen de hierboven geschetste tendensen van uitbreiding van vertegenwoordiging marginaal lijken (quod non), ze wijzen er vooral op dat het spel van derdenwerking vaak afhangt van een feitelijke beoordeling die tot de soevereine bevoegdheid van de feitenrechter behoort. Nochtans ontsnapt het belang van feitenkwesties meer dan eens aan de aandacht van de rechtsleer. Feit en recht hangen nauw aan elkaar vast, al is het moeilijk om daarop een vaste greep te krijgen. Dit heeft vooral ermee te maken dat een feitenkwestie en dus ook een uitbreiding van de vertegenwoordigingsfiguur om verschillende redenen moeilijk is na te speuren: indien dergelijke rechterlijke beslissingen al worden gepubliceerd, dan nog kunnen ze onder het verkeerde kernwoord worden gerangschikt¹⁰⁹³ of blijft de discussie uit omdat de middelen het probleem niet eens opwerpen.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹⁰ Cf. *supra*, nr. 180 et seq.

¹⁰⁹¹ Cf. *supra*, nr. 244.

¹⁰⁹² HR 28 juni 1996, *N.J.* 1997, nr. 494, p. 2656, noot W.M. KLEIJN (rov. 5.1). Cf. *infra*, nr. 557.

¹⁰⁹³ B.v. Rb. Antwerpen 29 november 1994, *R.W.* 1996-97, 1029; alhoewel cliënten een opdacht aan de gerechtsdeurwaarder “*via hun raadsman*” doorgeven, voegt de redactie van het *R.W.* dit geval onder aansprakelijkheid uit “*onrechtmatige daad*”.

¹⁰⁹⁴ Zie Cass. 8 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, 676 (laattijdig verzet in strafzaak door fout van gerechtsdeurwaarder bij opdracht van advocaat van cliënt – fout verbindt lasthebber, impliciet cliënt).

Zoals hiervoor is gebleken, is een uitbreiding van de vertegenwoordigingstechniek vaak ingegeven door het motief om aan bepaalde onvolkomenheden van andere theorieën te ontkomen. De rechtsvergelijkende methode doet ons inzien dat die werkwijze in de meeste rechtssystemen voorkomt, zij het meestal om uiteenlopende redenen. Op die manier ontstaat het gevaar dat de vertegenwoordiging in fictieve wateren afglijdt. Om dit risico te vermijden, hebben we dan ook geprobeerd om wat meer structuur te ontwarren, doordat de aanwezigheid van bepaalde factoren (zoals wettelijke onbekwaamheid) mogelijkerwijze kan verklaren dat er dan steeds een rechtstreekse contractuele band aanwezig is.

§ 4. DERDENBEDING

Inleiding: begrip, afbakening, overzicht

255. Een andere klassieke wijze om een derde bewust bij een overeenkomst te betrekken, is het derdenbeding dat in alle bestudeerde rechtssystemen – sinds kort ook in Engeland – wordt erkend.¹⁰⁹⁵ Het beding ten behoeve of ten gunste van een derde of, kortweg, het derdenbeding (*la stipulation pour autrui*, *contract/stipulation for the benefit of/in favour of a third party*, *third party beneficiary doctrine*, *jus quaesitum tertio*, *Vertrag zugunsten Dritter*) is een autonome rechtstechniek, waardoor een derde (begunstigde of bevoordeelde) onder welbepaalde voorwaarden een eigen en rechtstreeks recht verwerft op grond van een tussen een bedinger (stipulant) en een belover (promettant) gesloten overeenkomst. Het derdenbeding is algemeen van aard, in de zin dat het in beginsel in alle overeenkomsten kan worden ingelast.¹⁰⁹⁶

Al heeft de oudere klassieke rechtsleer vele pogingen ondernomen om het derdenbeding tot een andere rechtsfiguur te reduceren, neemt een grote meerderheid vandaag de dag toch aan dat het derdenbeding een originele rechtsfiguur is, die afwijkt van de relativiteit van de overeenkomst en die niet met andere drie-partijen-verhoudingen mag worden verward.¹⁰⁹⁷

Toch is het derdenbeding niet altijd klaar af te bakenen van andere rechtsfiguren zoals vertegenwoordiging, contracttoetreding en contract-

¹⁰⁹⁵ Cf. *supra*, nr. 95.

¹⁰⁹⁶ P. JADOUL, “La stipulation pour autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 414, nr. 13. Zie voor het Duitse recht: W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 131 en aldaar in voetnoot 8 geciteerde verwijzingen.

¹⁰⁹⁷ J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, “La stipulation pour autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, (380) nr. 17, p. 395. Het derdenbeding moet niet worden herleid tot andere rechtsfiguren zoals een aanbod, een van de belover uitgaande eenzijdige rechtshandeling of, een zaakwaarneming door de bedinger (zie het overzicht van J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 701-706, nr. 641-648).

groepen (of kwalitatieve rechten), al klevan er verschillende rechtsgevolgen aan vast. Zo heeft het met de vertegenwoordiging (1) en de contracttoetreding (2) gemeen dat de betrokkenheid van de “derde” subjectief van aard is: zoals ook uit de benaming derdenbeding blijkt, is de derdenbetrokkenheid van een wils-element afhankelijk, zij het dat voor het ontstaan van het recht van de derde de wil van de betrokken derde niet even centraal staat als de wil van de partijen bij de overeenkomst waaruit het derdenbeding voortvloeit.¹⁰⁹⁸

1. Derdenbeding en vertegenwoordiging

256. De opvattingen met betrekking tot het onderscheid tussen vertegenwoordiging en derdenbeding zijn geleidelijk ontwikkeld.

Traditioneel is een persoon die in naam én voor rekening van een derde handelt, een vertegenwoordiger, zodat die betrokken “derde” als vertegenwoordigde in werkelijkheid contractpartij wordt. Treedt de handelende persoon daarentegen wel ten gunste van een derde maar in eigen naam op (*en son propre nom pour autrui*), dan verdedigen sommigen dat een derdenbeding voorligt.¹⁰⁹⁹

Het genoemde verschil duidt evenwel niet op het onderscheid tussen vertegenwoordiging en een derdenbeding, als wel op het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke vertegenwoordiging.

Volgens een belangrijke strekking in de rechtsleer van de tweede helft van de twintigste eeuw is er reeds van vertegenwoordiging sprake, wanneer een persoon voor andermans rekening optreedt. In die visie sluit het handelen in eigen naam niet langer elke gedachte van vertegenwoordiging uit.¹¹⁰⁰

Eigenlijk ligt het verschil elders, wat goed blijkt uit een recente, Duitse thesis over het derdenbeding. De Duitse auteur aanziet dan ook terecht het verschil tussen beide rechtsfiguren als volgt: “*Materiell erwirbt der Drittbegünstigte also auf fremde Rechnung, während Erwerb durch Stellvertretung ein Geschäft auf eigene Rechnung des Vertretenen bedeutet.*”¹¹⁰¹ Of, vanuit het pers-

¹⁰⁹⁸ Wanneer bijvoorbeeld een arts een overeenkomst sluit om een kind te behandelen, kunnen zich twee situaties voordoen: ofwel treden de ouders op in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van hun kind (vertegenwoordiging), ofwel handelen zij in eigen naam ten gunste van hun kind (derdenbeding) (P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, Mohr, 1994 (2de ed.), p. 264, nr. 548).

¹⁰⁹⁹ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 643-644, nr. 651; P. SCHLECHTRIEM, *o.c.*, p. 264, nr. 548; W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, p. 146, noot 50.

¹¹⁰⁰ Meer uitgebreid cf. *infra*, nr. 334 et seq.

¹¹⁰¹ W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 213. Het gaat dus om een vergelijking tussen de vertegenwoordigde en de derde-begunstigde.

pectief van de handelende persoon, de vertegenwoordiger handelt voor andermans rekening, de bedinger voor eigen rekening.

257. Wat het rechtsgevolg betreft, wordt een derde bij een begunstiging op grond van een derdenbeding op grond van het contract weliswaar schuldeiser, maar daarmee is hij nog geen contractpartij.¹¹⁰² Alleen de bedinger is en blijft de contractant en alleen hij moet de eventuele – in de basisovereenkomst voorziene – tegenprestaties leveren. Niet alleen worden de hoedanigheden van schuldeiser en contractpartij opgesplitst,¹¹⁰³ maar er zijn steeds twee schuldeisers: zowel de bedinger als de derde kunnen op de prestatie aanspraak maken. De derdenbedinger blijft zijn rechtsverhouding als medecontractant van de belover behouden.¹¹⁰⁴ Onlangs nog bevestigde het Franse Hof van Cassatie dat een bedinger de nodige hoedanigheid heeft om de uitvoering van een derdenbeding te vorderen.¹¹⁰⁵ Bij vertegenwoordiging daarentegen treedt de vertegenwoordiger niet in de rechtsverhouding die op basis van de gesloten overeenkomst ontstaat. Bij vertegenwoordiging ontstaat met andere woorden slechts een tweepartijenverhouding,¹¹⁰⁶ bij een derdenbeding een driepartijenverhouding.¹¹⁰⁷

2. Derdenbeding en contracttoetreding

258. De afbakening tussen het derdenbeding en de *contracttoetreding* is een feitenkwestie waarover de feitenrechter in grote mate vrij kan oordelen. Waar voor de contractueel betrokkene uit een contracttoetreding niet alleen voor- maar ook nadelen voortvloeien, wordt de begunstigde van een derdenbeding geen contractpartij, maar blijft hij derde. In België, Frankrijk

¹¹⁰² Ondanks de soms verwarrende bewoordingen zoals in TGI Toulouse 16 juli 1992, *J.C.P.* 1992, II, nr. 21965, noot X. LABBEE (“*permettant à la victime de se considérer elle-même comme cocontractante de ces organismes*”).

¹¹⁰³ W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 213 (“*Aufspaltung von Vertragspartei- und Gläubigerstellung*”).

¹¹⁰⁴ J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, (380) nr. 16, p. 393-394.

¹¹⁰⁵ Cass. fr. (civ. I) 15 december 1998, *Bull. civ.* 1998, I, nr. 362. Zie ook Cass. fr. (civ. I) 7 juni 1989, *Bull. civ.* 1989, I, nr. 233 (groepsverzekeringovereenkomst); Cass. fr. (com.) 14 mei 1979, *Bull. civ.* 1979, IV, nr. 153 (cessie handelsfonds met clause van herindienstneming personeel bij zeteloverdracht).

¹¹⁰⁶ Bij middellijke of onvolmaakte vertegenwoordiging is een rechtstreekse aanspraak van de derde-medecontractant in principe niet voorhanden (cf. *infra*, nr. 331). Voor de inwerkingtreding van een derdenbeding hoeft een bedinger het recht niet aan de derde over te dragen: de derde beschikt precies over een rechtstreeks, d.w.z. een niet van een ander persoon afgeleid recht (zie o.m. C. LARROUMET, D. MONDOLINI, *Encycl. Dalloz*, tw. *Stipulation pour autrui*, 1998, nr. 2).

¹¹⁰⁷ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 652, nr. 656.

en Duitsland¹¹⁰⁸ heeft de aanvaarding van het derdenbeding door de derde geen rechtcreërend (of constitutief) maar een rechtversterkend (of-bevestigend) karakter, in de zin dat de bedinger het derdenbeding niet langer kan herroepen zodra de derde het derdenbeding heeft aanvaard. In Nederland heeft het derdenbeding sinds de jongste codificatie wel een rechtscreërend (of-verkijgend) karakter: de contractueel betrokkene wordt door zijn aanvaarding partij bij een meerpartijenovereenkomst.¹¹⁰⁹

Het volgende (Franse) geval illustreert dit kwalificatieprobleem.¹¹¹⁰ Een bank en een geldtransporteur sluiten een overeenkomst tot vervoer van geldwaarden. Een cliënt van die bank wiens geld ter gelegenheid van een transport wordt ontstolen, spreekt op grond van een derdenbeding de geldtransporteur aan, omdat deze, tegen de contractuele afspraken in, geen geblindeerd voertuig had gebruikt. Die aanspraak wordt gegrond verklaard. Tegen die beslissing roept de transporteur tevergeefs als cassatiemiddelen in (1) dat een derdenbeding niet zou kunnen voortvloeien uit het enkele feit dat een derde bij een overeenkomst belang heeft en (2) dat de verplichting van de derde om de facturen voor het transport rechtstreeks aan de geldtransporteur te betalen, het bestaan van een derdenbeding zou uitsluiten. Toch is die kwalificatie niet zo vanzelfsprekend. Zo beschouwde Rodière een dergelijke (onafscheidelijke) zware tegenverplichting onverenigbaar met de kwalificatie van derdenbeding. Zijns inziens past het beter om die rechtsverhouding tussen de bank en de cliënt als een mandaat van de bank in het gemeenschappelijk belang van de bank en de cliënt te kwalificeren (gemeenschappelijk aangezien de bank na het sluiten van de overeenkomst met de geldtransporteur niet uit de rechtsverhouding verdwijnt). Volgens een ander auteur is nog een andere kwalificatie denkbaar. Het belang van een derde bij een overeenkomst volstaat niet¹¹¹¹ en de specifieke aard van de goedertransportovereenkomst wordt – ten onrechte – door het derdenbeding opgeslorpt, terwijl het in werkelijkheid om een driepartijenovereenkomst zou gaan.¹¹¹²

¹¹⁰⁸ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 460, nr. 1.

¹¹⁰⁹ B. KORTMANN, D. FABER, "Contract and Third Parties", in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 246-247.

¹¹¹⁰ Cass. fr. (civ. I) 21 november 1978, *Bull. civ.* 1978, I, nr. 356, *J.C.P.* 1980, II, nr. 19.315, noot P. RODIERE, *D.* 1980, Jur., 309, noot C. CARREAU en becommentarieerd door J.-L. AUBERT, *Rép. Not. Defrénois* 1979, art. 32.077, p. 1176-1177.

¹¹¹¹ C. CARREAU, noot onder Cass. fr. (civ. I) 21 november 1978, *D.* 1980, Jur., (309) p. 311, kol. 2.

¹¹¹² C. CARREAU, noot onder Cass. fr. (civ. I) 21 november 1978, *D.* 1980, Jur., (309) p. 312, kol. 2.

3. Plan

259. Waar het wilselent in de ogen van de klassieke auteurs een fundamenteel wezenskenmerk van het derdenbeding vormt, laat een nadere rechtsvergelijkende analyse van de rechtspraak uitschijnen dat méér objectieve factoren een rol spelen dan wat die klassieke visie ons wil doen geloven.

Na een overzicht van de toepassingsvoorwaarden van het derdenbeding, wordt dan ook in het bijzonder ingegaan op de objectieve uitbreidingen van het derdenbeding (A).

Daarna komt aan bod in welke mate de basisovereenkomst naar de derde toe doorwerkt, alsook welke ontwikkelingen terzake aan de gang zijn. In principe is ten aanzien van een derde-begunstigde de volledige contractuele rechtsverhouding van toepassing (B, 1).

De doorwerking van de overeenkomst vindt evenwel slechts plaats, indien de derde niet verzaakt aan het contractuele voordeel om zo op de buitencontractuele aansprakelijkheid een beroep te kunnen doen (B, 2).

Ten slotte wordt ingegaan op twee op het eerste gezicht paradoxale tendensen met betrekking tot de doorwerking van de tussen de bedinger en de belover gesloten basisovereenkomst. Aan de ene kant kon men het een klassieke onwrikbare stelling noemen dat het derdenbeding nooit in het nadeel maar enkel in het voordeel van de derde kon spelen. Als gevolg daarvan was een derdenbeding met last niet aanvaardbaar. Recente rechtspraak en – vooral – rechtsleer lijken in die stelling een bres te slaan, zodat de doorwerking van de basisovereenkomst niet alleen op actieve maar ook op passieve wijze kan verlopen (B, 4).

Aan de andere kant valt uit recente, Franse cassatierechtspraak ook een omgekeerde ontwikkeling te bespeuren. Volgens de traditionele opvatting kan een belover aan de derde alle excepties op grond van de basisovereenkomst tegenwerpen. In een aantal recente beslissingen oordeelde het Franse Hof van Cassatie evenwel dat niet alle clausules uit de basisovereenkomst op dezelfde manier aan de derde tegenstelbaar zijn als aan de bedinger. Het Nederlandse recht neigt in dezelfde relativerende tendens, terwijl de Engelse wetgever in zijn wetsontwerp de vraag aan het oordeel van de rechterlijke macht heeft overgelaten (B, 3).

A. Derdenwerking: tweehoofdigheid van het derdenbeding?¹¹¹³

260. De algemene draagwijdte van het derdenbeding wordt in het bijzonder door twee elementen bepaald.

Aan de ene kant is het derdenbeding de best gekende en tevens wettelijk erkende *uitzondering* op het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst (art. 1165 B.W.), wat de vraag doet rijzen of het als uitzondering al dan niet restrictief moet worden geïnterpreteerd.

Het beginsel is in art. 1119 B.W. omschreven: “*In het algemeen kan niemand zich verbinden of iets bedingen in zijn eigen naam, dan voor zichzelf*”, waarvan de bewoordingen een reminiscentie zijn van het adagium *Nemo alteri stipulari potest* uit het Romeins recht dat het algemene verbod van het derdenbeding verwoordde.¹¹¹⁴ Twee artikelen verder wordt in art. 1121 B.W. het derdenbeding juist als toelaatbaar omschreven. Het is dan ook niet verwonderlijk dat die bepaling aanvankelijk als een uitzondering op het relativiteitsbeginsel eerder restrictief werd geïnterpreteerd. Het was pas in de tweede helft van de negentiende eeuw dat de voorwaarden geleidelijk versoepelden, zozeer zelfs dat De Page terecht van een beginsel in plaats van een uitzondering kon spreken. Die restrictieve interpretatie van het derdenbeding is al helemaal niet meer op haar plaats, wanneer het derdenbeding eigenlijk niet langer als een uitzondering op of verzachting van maar veeleer als een toepassing van de relativiteit wordt gezien. In de moderne, meer flexibele visie op het relativiteitsbeginsel is het derdenbeding met name niet langer een uitzondering omdat het op de autonomie of vrijheid van een derde geen inbreuk inhoudt, aangezien die steeds het voordeel uit het derdenbeding kan weigeren. Het relativiteitsbeginsel drukt met andere woorden uit dat de werking van een contract zich enkel uitstrekt tot diegenen die autonoom tot dit contract zijn togetreden.¹¹¹⁵

Aan de andere kant is de mate waarin een derdenbeding aan een derde een voordeel kan toekennen, afhankelijk van de *voorwaarden* waaraan het moet voldoen en de wijze waarop die in concreto worden ingevuld. Voor het bestaan van een derdenbeding stelt het Belgische recht een drietal

¹¹¹³ Naar de titel van, maar in een andere betekenis dan J.A. ANKUM, *De voorouders van een tweehoofdig twistziek monster. Beschouwingen over de historische ontwikkeling van het beding ten behoeve van een derde* (rede), Zwolle, Tjeenk Willink, 1967, 52 p. (aldaar in de zin dat de vraag of de bedinger tegen de belover kan vorderen, moet worden onderscheiden van de vraag of de derde hetzelfde kan).

¹¹¹⁴ J. GHESTIN, “Introduction”, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, nr. 3, p. 7.

¹¹¹⁵ Zie E. DU PERRON, “‘Hadden wij dan iets afgesproken? Ik ken u niet’. Rechtsbeginselen en de derdenwerking van overeenkomsten”, *AA* 1991, 132-142 (“*geen-derdenwerkingsbeginsel*”); S.C.C.J. KORTMANN, “Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest”, *Beginselen van vermogensrecht. BW-krant jaarboek 1993*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, p. 148, nr. 10 (idem voor vertegenwoordiging en schijnleer); B. KORTMANN, D. FABER, “Contract and Third Parties”, in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 239-240.

voorwaarden: de bedinger moet bij het derdenbeding een belang hebben (1), de derde moet bepaald of bepaalbaar zijn (2) en de bedinger en belover moeten de wil hebben om aan de derde een nieuw, eigen en rechtstreeks recht te verlenen (3).

1. Belang van derde en bedinger

261. Mocht het voor het bestaan van een derdenbeding volstaan dat de derde bij de contractuele prestatie belang heeft, dan zou het voor een bespreking van de derdenwerking van overeenkomsten volstaan exclusief aan het derdenbeding aandacht te besteden. Het belang dat een derde bij de behoorlijke nakoming van een overeenkomst heeft, is evenwel geen voldoende voorwaarde voor het bestaan van een derdenbeding. Een derdenbeding kan niet enkel voortvloeien uit het feit dat een derde bepaalde voordelen uit een overeenkomst zou kunnen halen.¹¹¹⁶ In zijn basisarrest van 20 december 1898 verwoorde het Franse Hof van Cassatie het al als volgt: “*il ne faut pas conclure de (l'article 1121) que toute clause d'un contrat susceptible de procurer des avantages à un tiers fasse naître au profit de celui-ci un droit d'action directe contre le promettant, s'il n'a pas été dans l'intention des parties de le lui conférer*”.¹¹¹⁷ Voor het bestaan van een derdenbeding is meer nodig dan het enkele belang van de derde.

Dit belang blijft wel een noodzakelijke voorwaarde, in de zin dat de derde nog steeds aan een bij een derdenbeding toegekend voordeel kan verzaken of, met andere woorden, dat hij een dergelijk voordeel niet hoeft te aanvaarden.

262. Een eigen belang van de bedinger (zoals een fiscaal voordeel) sluit niet noodzakelijkerwijze het bestaan van een derdenbeding uit.¹¹¹⁸ Integendeel, net zoals de derde, moet ook de bedinger bij het inlassen van het derdenbeding in de hoofd- of basisovereenkomst belang hebben. Die voorwaarde zou uit art. 1119 B.W. voortvloeien. Waar de meesten art. 1119 en 1165 B.W. op dezelfde voet behandelen,¹¹¹⁹ zou de bepaling van

¹¹¹⁶ Zie noot A.B., noot onder Cass. fr. (civ. I) 12 mei 1958, *D.* 1958, Jur., 669.

¹¹¹⁷ Cass. fr. (req.) 20 december 1898, *D.* 1899, I, 320, *S.* 1901, I, 270 (dading) (met eigen toevoeging); Cass. fr. (civ.) 20 december 1911, *S.* 1914, I, 297, noot E. NAQUET (hypothecaire lening); Kh. Antwerpen 12 januari 1967, *R. W.* 1966-67, kol. 1874, *R. G. A. R.* 1967, nr. 7.931, noot Y. HANNEQUART (kabelbeschadiging; in aannemingscontract geen “*wil ... een rechtstreeks recht te doen ontstaan ten gunste van derden*”); Kh. Brussel 6 februari 1970, *B. R. H.* 1971, 204 (betaling commissieloon aan derde); Luik 22 juni 1977, *J. T.* 1977, 655, noot D. STERCKX (liefdadigheidsfonds notarissen). Zie ook P. JADOUL, “*La stipulation pour autrui*”, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, (408) nr. 16, p. 414-415.

¹¹¹⁸ Cass. 12 mei 1972, *Arr. Cass.* 1972, 849.

¹¹¹⁹ Van die houding getuigt voor de Nederlandse equivalenten uit het oude N.B.W.: C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 11-12, nr. 3 (“*In wezen drukken zij hetzelfde uit*”).

art. 1119 B.W. volgens sommigen dan weer niet een loutere herhaling zijn van het principe van de relativiteit van de overeenkomst zoals dit uit art. 1165 B.W. voortvloeit. Art. 1119 B.W. zou enkel betrekking hebben op de geldigheid van een derdenbeding tussen partijen zelf. Het is een voorwaarde voor de geldigheid van een derdenbeding dat dit deel uitmaakt van een geldige basisovereenkomst. Terwijl art. 1119 B.W. op de verhouding tussen bedinger en belover betrekking zou hebben, zou art. 1165 B.W. enkel betrekking hebben op de verhouding tegenover derden.¹¹²⁰ Die hoofdovereenkomst zou slechts geldig zijn, indien de bedinger ook een belang heeft bij een dergelijk derdenbeding.¹¹²¹

Uiteindelijk is die voorwaarde in de praktijk nagenoeg altijd voldaan en maakt ze eerder een element van de oorzaak van de overeenkomst uit.¹¹²²

263. Waar de bedinger in den beginne minstens van een belang van materiële aard moest doen blijken, wordt vandaag de dag quasi-unaniem aanvaard dat een moreel belang volstaat.¹¹²³ Waar de bewoordingen van art. 1121 B.W. de indruk wekken dat een derdenbeding slechts mogelijk zou zijn “*wanneer zulks de voorwaarde is van een beding dat men voor zichzelf maakt of van een schenking die men aan een ander doet*”, is deze restrictieve lezing al langer definitief verlaten. Het is niet meer noodzakelijk dat de bedinger ook voor zichzelf heeft gecontracteerd. Dit is meteen nog een andere reden waarom het derdenbeding niet langer een uitzonderlijke rechtsfiguur is, maar eerder tot een belangrijk beginsel is uitgegroeid.¹¹²⁴

264. In rechtsvergelijkend opzicht gaat de huidige evolutie zo ver dat het belang van de bedinger als voorwaarde voor de geldigheid van een derdenbeding steeds meer onder druk komt te staan.

¹¹²⁰ Zie H. DE PAGE, *Traité*, I, p. 183, nr. 120ter, II, p. 702, nr. 729; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, nr. 115, p. 84-85.

¹¹²¹ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 664, nr. 610. Zie de vergelijking tussen onvolmaakte vertegenwoordiging en derdenbeding in B. STARCK, “Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers”, in J. HAMEL (ed.), *Le Contrat de Commission. Etudes de droit commercial sous la direction de Joseph Hamel*, Parijs, Dalloz, 1949, 155: “*C’est un phénomène en tous points comparable à celui qui s’est produit à l’égard de la stipulation pour autrui, dont la validité reste subordonnée, de nos jours encore (au moins en apparence) au fait que le stipulant conserve le rôle de partie contractante*”.

¹¹²² J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l’effet relatif du contrat*, p. 138, nr. 184.

¹¹²³ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 85, nr. 115; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 662, nr. 606 (historisch ontstaan); W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 146. Contra H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 648, nr. 654 (voor hem is meer vereist, nl. een “*rôle juridique PERSONNEL dans l’opération*”).

¹¹²⁴ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 644-645, nr. 653.

In Nederland en Duitsland kan een overeenkomst tussen belover en bedinger voortaan als enige inhoud een derdenbeding bevatten en ook de huidige Franse rechtsleer gaat die richting uit.¹¹²⁵

Die tendens wordt nog versterkt doordat de vaststelling van het belang van de bedinger tot de soevereine beoordeling van elk feitenrechter behoort.¹¹²⁶

De Franse auteur Ghestin bekritiseert die expansieve visie omdat ze al te veel uitgaat van een voluntaristische kijk op contracten, in de zin dat ze het belang van de bedinger vereenzelvigd met de gemeenschappelijke wil om een derde te bevoordelen. Een overeenkomst is niet alleen een zaak van wilsovereenstemming, maar heeft ook de bijkomende functie een ruilinstrument ten dienste van het objectieve recht te vormen en moet een zeker sociaal nut vertonen.¹¹²⁷

2. Identiteit van derde

265. De tweede voorwaarde voor het bestaan van een derdenbeding heeft betrekking op de identiteit of identificeerbaarheid van de begunstigde derde. Algemeen wordt aanvaard dat de persoon van de derde bepaald of bepaalbaar moet zijn, niet noodzakelijk bij het sluiten van de basisovereenkomst, maar wel bij de uitwerking van het derdenbeding.¹¹²⁸ Dit zou onder meer betekenen dat de derde op het ogenblik van het sluiten van de basisovereenkomst nog niet rechtsbekwaam moet zijn.¹¹²⁹

3. Wil van bedinger en belover

I. Algemeen

266. Als derde en laatste voorwaarde voor het geldig bestaan van een derdenbeding stelt de traditionele leer dat bedinger én belover duidelijk de bedoeling (wil of intentie) hebben om aan de derde een nieuw, eigen

¹¹²⁵ B. KORTMANN, D. FABER, "Contract and Third Parties", in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 242-243.

¹¹²⁶ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 666, nr. 613.

¹¹²⁷ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 665-666, nr. 611-612 ("un instrument d'échanges au service du droit objectif"; vooral virtueel belang, nl. mocht blijken dat het derdenbeding moet worden ingeperkt).

¹¹²⁸ P. JADOUL, "La stipulation pour autrui", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, (408) nr. 21-22, p. 416-417.

¹¹²⁹ P. JADOUL, "La stipulation pour autrui", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, (408) nr. 23, p. 417; W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 146. Behoudens toepassing van andersluidende bepalingen, lijkt dit in strijd te zijn met het verbod om aan nog niet verwekte personen te schenken (art. 906 eerste lid B.W.; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 676-683, nr. 620-626).

en rechtstreeks recht te verlenen. In tegenstelling tot wat bij de rechtstreekse vordering is vereist,¹¹³⁰ is de wil van beide contractpartijen een noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de contractuele rechten van een begunstigde derde.¹¹³¹ In Europees opzicht is het zelfs een algemeen rechtsbeginsel dat de *intention to benefit* noodzakelijk is voor het bestaan van een derdenbeding.¹¹³² Die fundamentele en in de praktijk meest problematische voorwaarde houdt in dat een derdenbeding slechts vanuit de wilsautonomie kan worden gerechtvaardigd. Ze hangt tevens nauw samen met het principe dat het derdenbeding accessoir is aan de basisovereenkomst.¹¹³³

Wanneer die wil afwezig is, dan is sprake van een zogenaamd oneigenlijk derdenbeding (*adjectus solutionis gratia, contrat imparfait en faveur d'un tiers, unechter/ermächtigender Vertrag zugunsten eines Dritten*), waarbij de schuldenaar weliswaar het recht krijgt om aan een derde te presteren, maar de derde de prestatie van de schuldenaar niet kan afdwingen.¹¹³⁴

267. Wat het Belgische recht betreft, laat die bestaansvoorwaarde van het derdenbeding toe om de houding van het Hof van Cassatie ten aanzien van de rechtstreekse aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever en de gedachtengang van de aanhangers van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent te begrijpen.

Bij samenhangende overeenkomsten in het algemeen en bij de uitvoeringsagent in het bijzonder draait alles namelijk rond de derdenwerking van bedingen (in het bijzonder van exoneratiebedingen), zowel wanneer ze erop gericht zijn om aan een derde een aanspraak te verlenen (*sword*) als wanneer ze ertoe strekken een aanspraak te verhinderen (*shield*).

Volgens het Hof van Cassatie is een dergelijke doorwerking naar derden toe enkel bij wijze van derdenbeding mogelijk en is ze dus afhankelijk van de bedoelingen van de partijen.

Welnu, in de context van de uitvoeringsagent lijken de aanhangers van de quasi-immuniteit ervan uit te gaan dat een dergelijke doorwerking te

¹¹³⁰ Cf. *infra*, nr. 362.

¹¹³¹ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 91, nr. 125. Zie Luik 5 januari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 518, noot J.-F. J. (feit van twee betalingen en verzoek om betalingstermijnen volstaat niet opdat van een derdenbeding zou sprake zijn).

¹¹³² H. KÖTZ, "Rights of Third Parties. Third Party Beneficiaries and Assignment", in A. VON MEHREN (ed.), *Contracts in general*, VII/13, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, p. 26, nr. 28. Vgl. de voorwaarden inzake *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*, *infra*, nr. 503 et seq.

¹¹³³ C. LARROUMET, D. MONDOLINI, "Stipulation pour autrui", *Encycl. Dalloz*, 1998, nr. 29. Al werd dit principe volgens anderen vervangen door de autonomie van het derdenbeding ten opzichte van het basiscontract (J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 671-673, nr. 618).

¹¹³⁴ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 77-78, nr. 103.

casuïstisch is. Door de uitvoeringsagent tegenover aanspraken van een hoofdopdrachtgever quasi-immuun te maken, vermijdt het Hof van Cassatie het hekele probleem om telkens opnieuw na te gaan in welke mate een overeenkomst bij samenhangende overeenkomsten doorwerkt.

Voor het Hof van Cassatie speelt hier misschien ook de overweging mee dat de algemene regeling inzake derdenwerking ook in grote mate aan de controle van het Hof ontsnapt. Zoals alle interpretatiekwesties,¹¹³⁵ behoort het tot de feitelijke en soevereine beoordeling van de feitenrechter om te beslissen of het al dan niet de bedoeling was van de contractpartijen om aan de derde een eigen en rechtstreeks recht te verlenen. In beginsel is een dergelijke beslissing in cassatie onaantastbaar.¹¹³⁶

Die vaststellingen laten evenwel de vraag onaangeroerd of de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent niet te ver gaat.¹¹³⁷ Zij die de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent voorstaan, worden bovendien verleid door het gevaar de reikwijdte van het stilzwijgend derdenbeding op een artificiële wijze sterk uit te breiden, zodat aan de theorie van de uitvoeringsagent kan worden ontkomen.¹¹³⁸

¹¹³⁵ Zie o.m. ASSER-HARTKAMP, II, nr. 284, p. 268 (niet "cassabel"). Zie reeds Cass. fr. (sect. réun.) 2 februari 1808, S. 1808, I, 183, concl. proc.-gen. MERLIN (in de overeenstemmende conclusie heet het: "*lorsque l'unique tort des juges consiste, ou à avoir défini un contrat contrairement à l'opinion commune, ou à n'avoir pas saisi le véritable sens de ses clauses, cette violation du contrat n'offre pas le caractère d'une violation de la loi*"). Cass. 12 mei 1972, Arr. Cass. 1972, 849, Pas. 1972, I, 840 (gemeente-aannemer-leverancier); Cass. 2 februari 1968, Arr. Cass. 1968, 737, Pas. 1968, I, 688 (verzekering).

¹¹³⁶ Voor voorbeelden met betrekking tot mogelijke rechterlijke vaststellingen waartegen een cassatievoorziening werd verworpen: Cass. 21 oktober 1971, Arr. Cass. 1972, 190; Cass. 12 mei 1972, Arr. Cass. 1972, 849 (telkens aannemer-bedingen en gemeente-belover ten voordele van leverancier). Wel moet de feitenrechter onderzoeken of er geen stilzwijgend derdenbeding voorligt, als feiten in die zin worden voorgelegd. Zo kon een feitenrechter uit de omstandigheden van een geval afleiden dat een uitbater van een garage niet alleen voor eigen rekening maar ook voor rekening van de eigenaar van het garagegebouw een verzekeringsovereenkomst had gesloten, ook al was de identiteit van de eigenaar in de polis niet vermeld: de risico's die de polis dekte, waren immers niet tot brand en ontploffing van het gebouw beperkt, maar omvatten ook onweer, hagelbuien en sneeuw en dit los van de eventuele aansprakelijkheid van de garagist. Het Franse Hof van Cassatie oordeelde dan ook dat "*si elle ne se présume pas, l'assurance pour compte peut être implicite et résulter de la volonté non équivoque des parties*" (Cass. fr. (civ. I) 10 juli 1995, D. 1995, IR, 205, Bull. civ. 1995, I, nr. 307 (verzekering – stilzwijgend door exploitant van garage ook voor rekening van eigenaar van gebouw). Eigenaardig genoeg verwijst het arrest naar art. 1122 in plaats van 1121 C. Civ.)

¹¹³⁷ Cf. *supra*, deel II. Zie vooral de kritiek van H. BOCKEN, o.c., R.W. 1986-87, p. 138, kol. 2.

¹¹³⁸ Zie P. FLAMME, M.-A. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Brussel, Larcier, 1991, p. 101-102, nr. 125-127.

II. Interpretatie: uitdrukkelijk, stilzwijgend en vermoed derdenbeding

268. Of de intentie van contractpartijen al dan niet op een derdenbegunstiging is gericht, is een kwestie van interpretatie. Het komt er dus op aan de zin en de draagwijdte (*le sens et la portée*) van de overeenkomst na te gaan. Voor het derdenbeding kent ons B.W. geen afzonderlijke interpretatieregels, zodat de algemene interpretatieregels ook voor het derdenbeding gelden.

Elke wil maakt het voorwerp uit van een zekere verklaring, hij manifesteert zich (“*manifestation*”).¹¹³⁹ Wanneer een derdenbeding uitdrukkelijk in de basisovereenkomst is opgenomen, dan kan enkel nog twijfel over de draagwijdte ervan rijzen, maar niet over het bestaan ervan. In het algemeen hoeft een beding evenwel niet uitdrukkelijk te zijn bedongen om van de contractinhoud deel uit te maken. Overeenkomstig de algemene interpretatieregels is een stilzwijgend beding evengoed mogelijk.¹¹⁴⁰ Sacramentele bewoordingen zijn niet vereist, maar de wil moet wel werkelijk bestaan.¹¹⁴¹

De werkelijke wil van de partijen is de leidraad, maar vaak hebben de partijen over die mogelijkheid niet eens nagedacht; de stilzwijgende wil is dan ook slechts, om de woorden van De Page te hernemen, een elegant excuus.¹¹⁴² Alle nuttige elementen komen in aanmerking: de bewoordingen van de overeenkomst, maar ook extrinsieke elementen en de wijze van uitvoering van de overeenkomst.¹¹⁴³ Stilzwijgende wilsverklaringen zijn andere tekens dan bewoordingen en maken het voorwerp uit van uitleg of interpretatie.¹¹⁴⁴

In andere rechtsstelsels heeft de wetgever wel specifieke interpretatierichtlijnen voorzien. Volgens de Duitse *Auslegungsregel* kan een derdenbeding zowel *ausdrücklich* als *stillschweigend* tot stand komen (*Wille durch*

¹¹³⁹ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 546, nr. 561.

¹¹⁴⁰ P. JADOUL, “La stipulation pour autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, nr. 32, p. 421; W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*, p. 146, noot 53; Rb. Brussel 30 juni 1989, *T.B.B.R.* 1990, 365 (aandelenoverdracht ten voordele van betreffende vennootschap). Zie ook Cass. 8 april 1981 zoals weergegeven door P. en M.-A. FLAMME, *Le contrat d’entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Brussel, Larcier, 1991, p. 101-102, nr. 126 en door P. JADOUL, “La stipulation pour autrui” in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 421-422, nr. 32 (slechts deels en terzake niet gepubliceerd in *Arr. Cass.* 1982-83, 727, *Pas.* 1983, I, 638), zij het dat de motivering niet echt duidelijk overkomt en het niet zeker is of de bewoordingen wel degelijk een stilzwijgend derdenbeding bedoelen, dan wel een overdracht van contractuele rechten van de promotor op de kopers tegen de architect (zie voor een bespreking van het beroepsarrest terzake (Luik 8 april 1981) in M.-A. ANDRE, P. FLAMME, *Le droit des constructeurs*, T. Aann. 1984 (speciale ed.), p. 298-299, nr. 319).

¹¹⁴¹ J. CHEVALLIER, noot onder Cass. fr. (civ. I) 12 april 1967, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1968, (143) 144.

¹¹⁴² H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 549 (“*élégante excuse*”).

¹¹⁴³ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 553, sub A.4°, p. 557, nr. 570.

¹¹⁴⁴ ASSER-HARTKAMP, II, nr. 280, p. 265.

konkludentes Handeln, te onderscheiden van een *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*¹¹⁴⁵). Wanneer geen uitdrukkelijke overeenkomst in de zin van een derdenbeding voorligt, dan komen de omstandigheden van het geval en in het bijzonder het doel van de overeenkomst (*Zweck des Vertrages*) in aanmerking.¹¹⁴⁶ In het Zwitserse wetboek is sprake van een dubbel criterium: de bedoeling van de partijen (*l'intention des parties*) en het gebruik (*l'usage*).¹¹⁴⁷ Met de *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* hoeft het derdenbeding in Engeland evenmin uitdrukkelijk in de overeenkomst te zijn opgenomen. De wet heeft twee “*enforceability tests*” ingevoerd: een derde “*may in his own right enforce a term of the contract if (a) the contract expressly provides that he may, or (b) subject to subsection (2), the term purports to confer a benefit on him.*” In die subsection (2) wordt duidelijk dat het bij de tweede test om een weerlegbaar vermoeden gaat: “*Subsection (1)(b) does not apply if on a proper construction of the contract it appears that the parties did not intend the term to be enforceable by the third party.*”¹¹⁴⁸ In Nederland lijkt het soepele maar tegelijk vage criterium van de economie van de overeenkomst te gelden.¹¹⁴⁹ In dezelfde lijn liggen de *Principles of European Contract Law*: “*A third party may require performance of a contractual obligation when its right to do so has been expressly agreed upon between the promisor and the promisee, or when such agreement is to be inferred from the purpose of the contract or the circumstances of the case. The third party need not be identified at the time the agreement is concluded.*”¹¹⁵⁰

269. Een derdenbeding mag dan wel in verschillende opzichten¹¹⁵¹ van een uitzondering tot een principe zijn geëvolueerd, toch is de draagwijdte ervan niet onbepaald.¹¹⁵² Een derdenbeding kan wel op een stilzwijgende wijze bestaan, maar ze mag niet worden vermoed; over het bestaan van een derdenbeding en over de bedoelingen van de partijen mag geen twijfel bestaan.¹¹⁵³ Dit beginsel kwam tot uiting in het bekende landmetersarrest

¹¹⁴⁵ D. EINSELE, “Haftung der Kreditinstitute bei nationalen und grenzüberschreitenden Banküberweisungen”, *AcP*, 1999, (145-189) 161.

¹¹⁴⁶ § 328 (2) BGB.

¹¹⁴⁷ Art. 112 tweede lid OR.

¹¹⁴⁸ Zie over de toepassingsproblemen terzake C. MACMILLAN, “A Birthday Present for Lord Denning: The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999”, *Mod.L.R.* 2000, 724-726.

¹¹⁴⁹ Zie de mooie voorbeelden in J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, p. 41-42, nr. 17.

¹¹⁵⁰ Art. 6:110 (1) (“Stipulation in Favour of a Third Party”) *The Principles of European Contract Law-1998*, in W.J.H. WIGGERS, *International Commercial Law. Source Materials*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 289.

¹¹⁵¹ Cf. *supra*, nr. 260.

¹¹⁵² H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 651, nr. 654bis.

¹¹⁵³ Cass. 27 september 1974, *Arr. Cass.* 1975, 125, *Pas.* 1975, I, 113, *R.W.* 1974-75, 944. Zie E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 95, nr. 129, p. 91, nr. 126; G. LÉGIER, “Art. 1121-1122 C.Civ. – Stipulation pour autrui”, *J.Cl.Civ.*, 1995, nr. 35 (“*zolang die wil maar ondubbelzinnig is*”).

van het Belgische Hof van Cassatie volgens welke een landmeter zich niet kon beroepen op een exoneratieclausule uit de koopovereenkomst die zijn opdrachtgever (verkoper) met de koper had gesloten, omdat niet voldaan was aan de voorwaarde dat “uit de overeenkomst zonder twijfel moet blijken dat degene die bedingt het inzicht heeft gehad een voordeel voor een derde te bedingen”.¹¹⁵⁴

In dezelfde geest wordt in Frankrijk nog steeds als regel voorgehouden dat het derdenbeding een uitzondering vormt op het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst en dus aan een “rigoureuze interpretatie” onderworpen is.¹¹⁵⁵

III. Objectieve uitbreidingen van derdenbeding – vermoed derdenbeding

270. Rechtsvergelijkend onderzoek heeft aangetoond dat de rechtspraak bij het “vinden” van een derdenbeding toch een grotere mate aan flexibiliteit aan de dag legt. Eén auteur gaat zelfs zeer ver, wanneer hij betoogt dat “a benefit to a third person can be found to be “intended” whenever this is required to reach the result desired by the court.”¹¹⁵⁶ Volgens die objectiverende visie is het criterium van de wil van de partijen dan ook slechts een schijn-test: het dateert van de tijd dat de wil onbetwistbaar als enige bron voor contractuele gehoudenheid gold. Een enkel beroep op “billijkheid”¹¹⁵⁷ is evenwel geen voldoende verklaring. Andere factoren dan de enkele wil van de bedinger en de belover die een rol spelen om de contractuele gehoudenheid van de belover ten aanzien van de derde-begunstigde te verklaren,¹¹⁵⁸ kunnen zijn: het effectieve vertrouwen van de derde (*reliance*) alsook commerciële en sociale beleidslijnen, vooral in complexe commerciële (versus familiale) contexten.¹¹⁵⁹

De meest opvallende uitbreidingen van het derdenbeding treffen we aan in het Duitse en het Franse recht. In het Duitse recht wordt de reikwijdte van het derdenbeding met behulp van een aanvullende interpretatie (die door sociale overwegingen van de rechter is ingegeven) zodanig uitgebreid, dat het derdenbeding zoals de BGH het opvat, soms wel op een

¹¹⁵⁴ Cass. 27 september 1974, geciteerd in vorige voetnoot en zoals aangehaald door E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 91, nr. 126; P. JADOUL, “La stipulation pour autrui”, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, (408) nr. 35, p. 423. Zie recent nog Kh. Brugge 2 oktober 1997, T.B.H. 1999, 289 (brouwerijcontract).

¹¹⁵⁵ J.-L. AUBERT, noot onder Cass. fr. (com.) 4 juni 1985, *Rép. Not. Defrénois* 1986, nr. 33.745, nr. 53, p. 788-789 (arbitrageclausule).

¹¹⁵⁶ H. KÖTZ, o.c., in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII-13, p. 26.

¹¹⁵⁷ Vaak onder de mom van “goede trouw”.

¹¹⁵⁸ H. KÖTZ, o.c., in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII-13, p. 26.

¹¹⁵⁹ H. KÖTZ, o.c., in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII-13, p. 38.

rechtstreekse vordering van jurisprudentiële oorsprong begint te lijken.¹¹⁶⁰ De tendens dat een derdenbeding aldaar meer en meer op een rechtstreekse vordering begint te lijken, blijkt trouwens hieruit dat, in strijd met de bewoordingen van § 334 BGB, excepties uit de oorspronkelijke rechtsverhouding omwille van de aard van de overeenkomst mogelijks niet meer aan de derde tegenstelbaar zijn, zoals het geval is bij een overeenkomst waarbij een reisorganisator een globaal pakket aanbiedt.¹¹⁶¹ Niet alleen oordeelde het BGH dat er in dat concrete geval een stilzwijgend derdenbeding aanwezig was, maar ook dat er stilzwijgend bedongen kan zijn dat de excepties die de belover uit de overeenkomst met de bedinger kan putten, aan de derde niet tegenstelbaar zijn. Dit hof verantwoordt die redenering op grond van een uitdrukkelijke belangenafweging: “*Sein Interesse (van de reiziger) an einer möglichst ungestörten Reise gebietet es daher, den ihm zustehenden Beförderungsanspruch nicht nur gegen den Reiseveranstalter, sondern auch gegen die Fluggesellschaft geltend machen zu können. Das Interesse des Vercharterers, lediglich dem Reiseveranstalter zur Leistung verpflichtet zu sein, wiegt demgegenüber gering.*”¹¹⁶² Nog verder gaat de uitbreiding van het derdenbeding met het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, dat aanvankelijk wel nog als een derdenbeding werd beschouwd maar geleidelijk tot een autonome rechtsfiguur is uitgegroeid, waarvan de bespreking pas in het volgende deel om de aldaar uiteengezette redenen past.¹¹⁶³

In het Franse recht heeft de figuur van het vermoed derdenbeding zich daarentegen nooit kunnen losmaken van het derdenbeding zelf, zodat een bespreking van die figuur hier wel op zijn plaats is. Na een begripsmatige opmerking (a) komen achtereenvolgens aan bod: de Franse oorsprong van die rechtsfiguur met een aantal toepassingsgevallen (b), de bezwaren hier tegen (c) en ten slotte de (mate van) receptie van die theorie in de Belgische literatuur en rechtspraak (d). De theorie van de contractgroepen

¹¹⁶⁰ I. CORBISIER, “A la recherche d’une “action directe” en droit allemand des obligations et des assurances”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 328, nr. 4 (“*inspirée par les considérations sociales qui sont celles du juge*”).

¹¹⁶¹ BGH 17 januari 1985, *BGHZ* 93, p. 271, nr. 31 (een luchtvaartmaatschappij die op grond van een bevrachtingsovereenkomst (*charter*) alleen met de reisorganisator contractueel is verbonden, kan tegenover de reiziger-derde-begunstigde niet inroepen dat de reisorganisator de prijs niet heeft betaald: het BGH gaat akkoord met de overweging dat “*Denn im Verhältnis des Vercharterers zu dem begünstigten Reisenden sei von einem stillschweigenden Ausschluss der Einrede nicht erbrachter Zahlung des Charterentgelts auszugehen, weil der Reisende damit rechne, einen einredfreien Beförderungsanspruch gegen die Fluggesellschaft erworben zu haben.*”).

¹¹⁶² BGH 17 januari 1985, *B.G.H.Z.* 93, p. 275.

¹¹⁶³ Cf. *infra*, nr. 503 et seq.

die als een nog verdergaande objectivering van het derdenbeding kan worden beschouwd, komt pas later aan bod.¹¹⁶⁴

a. Stilzwijgend en vermoed derdenbeding

271. Aangezien ten aanzien van het bestaan van een derdenbeding de normale bewijs- en interpretatieregels van toepassing zijn, kan de intentie tot derdenbegunstiging ook stilzwijgend uit de omstandigheden van het geval worden afgeleid, op voorwaarde dat die wil ondubbelzinnig van aard is. De vaststelling van die wil is in grote mate een feitenkwestie waarover de feitenrechter vrij kan oordelen.¹¹⁶⁵

Waar de wil tot derdenbegunstiging bij een *stilzwijgend* derdenbeding (*stipulation tacite*) ondubbelzinnig vaststaat, is die wil in geval van een *vermoeden* van derdenbeding (*stipulation présumée*) volledig fictief te noemen.

Hoewel beide termen – stilzwijgend en vermoed derdenbeding – vaak niet van elkaar worden onderscheiden en de scheidingslijn ook heel moeilijk is te bepalen, gaat de aandacht hier enkel naar het vermoed derdenbeding. Door het klassieke concept van het stilzwijgend derdenbeding te gebruiken, verhoopten bepaalde actoren in het Franse rechtssysteem wellicht de kritiek op de onverenigbaarheid van een verruimde derdenwerking met het relativiteitsbeginsel te smoren.

b. Oorsprong: Franse rechtspraak

272. De uitbreiding van de derdenwerking van een overeenkomst via het vermoede derdenbeding ligt in het verlengde van de uitbreiding van het contractuele veld tussen de contractpartijen zelf via het mechanisme van de contractuele veiligheidsverplichting (*l'obligation de sécurité*). Beide mechanismen kunnen zelfs tegelijk worden aangewend, zodat een vermoede veiligheidsverplichting geacht wordt ook naar derden toe te werken. Twee ficties volgen elkaar op.¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁴ Wat de andere rechtssystemen betreft, grijpt het Nederlandse recht volgens Vranken al te vlug terug naar het derdenbeding, waardoor de veelkleurigheid van de concrete omstandigheden van een geval wordt miskend (J.B.M. VRANKEN, "Een niet wenkend toekomstperspectief. Over meerpartijenverhoudingen en de vlucht in het derdenbeding", in *In het nu, wat worden zal. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.C.F. Schoordijk*, Deventer, Kluwer, 1991, 295-307). Het Engelse recht is het afwachten tot de concrete jurisprudentiële invulling van de recent ingevoerde wetgeving.

¹¹⁶⁵ Cf. *supra*, nr. 86. S. WHITTAKER, "Privity of Contact and the Tort of Negligence", 196; S. WHITTAKER, "French Experience", 330.

¹¹⁶⁶ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Parijs, Dalloz, 1994 (10de ed.), noot onder nr. 189-191, p. 780.

Die uitbreiding van de contractuele cirkel is steeds weer ingegeven door een beleid dat ertoe strekt slachtoffers een ruimere bescherming te verlenen, ook al is die doelstelling intussen ook voor een groot stuk door de buitencontractuele aansprakelijkheid voor zaken (art. 1384 eerste lid B.W.) alsook – recent – door de nieuwe wet op de productaansprakelijkheid bereikt. Die Wet Productaansprakelijkheid waarmee de Europese richtlijn terzake slechts met veel vertraging in de Franse interne wetgeving is opgenomen,¹¹⁶⁷ heeft tot een zgn. “decontractualisatie” geleid, aangezien contractanten en derden in dezelfde mate op die autonome aansprakelijkheidsregeling een beroep kunnen doen.¹¹⁶⁸ Zo kunnen slachtoffers die onrechtstreeks besmet raakten door hun seksuele omgang met een persoon die voordien een transfusie van besmet bloed heeft ondergaan, zich op de veiligheidsverplichting van die nieuwe wet beroepen en moeten zij zich dan ook niet langer op het vermoed derdenbeding (of op de quasi-delictuele grondslag) beroepen.¹¹⁶⁹

273. De voorgaande, eerder abstracte beschouwingen over het vermoed derdenbeding worden pas levendig doorheen het volgende overzicht van haar uiteenlopende toepassingen.

i) Goederenvervoer: bestemming en vervoerder

274. Reeds op het einde van de negentiende eeuw werd het Franse derdenbeding de geëigende techniek om een overeenkomst van goederentransport tussen een vervoerder en een afzender (of diens expediteur) op een objectieve wijze ten voordele van de bestemming te laten doorwerken.¹¹⁷⁰ Al betwist niemand nog de contractuele kwalificatie van de gebeurlijke aanspraak van de bestemming tegen de vervoerder, toch is men het oneens over de toepasselijke grondslag ervan. Betreft het inderdaad een derden-

¹¹⁶⁷ Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *D.* 1998, Lég., 184. Zie voor een overzicht van de rechtsleer, P. MALINVAUD, “La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction”, *D.* 1999, Chron., p. 85, nr. 1.

¹¹⁶⁸ P. JOURDAIN, “La responsabilité civile des centres de transfusion sanguine et des cliniques en cas de contamination de transfusés par le VIH: la Cour de cassation prend position”, *J.C.P.* 1995, II, nr. 22.467, p. 288, kol. 2, sub 1).

¹¹⁶⁹ P. JOURDAIN, *o.c.*, *J.C.P.* 1995, II, nr. 22.467, p. 289, kol. 1, sub A.3).

¹¹⁷⁰ Cass. fr. (civ.) 2 december 1891, *D.* 1892, I, 161, concl. adv.-gen. DESJARDINS, noot L. SARRUT (met nog verdergaande uitbreiding naar lasthebber van bestemming); Cass. fr. (civ.) 26 januari 1915, *D.* 1916, I, 47 (foutieve toepassing van delictuele aansprakelijkheid); Cass. fr. (com.) 1 februari 1955, *D.* 1956, Jur., 338, noot P. DURAND, *J.C.P.* 1955, II, nr. 8.772, noot J. HÉMARD. Zie M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 193, nr. 220; G. VINEY, *J.C.P.* 1992, I, nr. 3.625, p. 503, nr. 15.

beding, eerder een meerpartijenovereenkomst,¹¹⁷¹ of veeleer een regelrechte uitzondering op de relativiteit van de overeenkomst?¹¹⁷²

Van oudsher kiest het Franse Hof voor de kwalificatie van het derdenbeding.

Een arrest van de handelskamer van het Hof van Cassatie dd. 28 februari 1984 beschouwt de bestemming evenwel als de partij bij een vervoercontract, wat meteen de kwalificatie van derde-begunstigde uitsluit.¹¹⁷³

In arresten van nog recentere datum acht diezelfde handelskamer dan weer exoneratie- en bevoegdheidsbedingen uit de vervoerovereenkomst niet aan de derde tegenwerpelijk,¹¹⁷⁴ wat alleen kan worden verklaard door dat het Hof zich opnieuw bij de oude visie aansluit.

Bij lezing van het arrest van 18 oktober 1994 lijkt die verklaring dan weer niet te kloppen, daar de vordering van de bestemming tegen de vervoerder ditmaal op de contractuele aansprakelijkheid (en niet op de quasidelectuele aansprakelijkheid) wordt gegrond, maar de territoriale bevoegdheidsclausules uit het vervoercontract aan de bestemming niet tegenstelbaar blijken, omdat deze er namelijk (op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst¹¹⁷⁵) geen kennis van had en ze evenmin had aanvaard.¹¹⁷⁶

In een arrest van hetzelfde Hof van 26 mei 1992 wordt benadrukt dat de omstandigheid dat een bevoegdheidsclausule niet aan de bestemming tegenstelbaar is, geen effect heeft op de ontvankelijkheid van een rechtsvordering die door deze op grond van het vervoercontract werd ingesteld.¹¹⁷⁷ In een ander arrest van dezelfde datum heet het dat de bestemming als “*étrangère au contrat*” van de clausule niet op de hoogte is en hij die niet heeft kunnen aanvaarden.¹¹⁷⁸

In die arresten duidt het Hof niet de preciese grondslag van de contractuele aansprakelijkheid aan, maar blijkt uit de aangehaalde wetsbepalingen alvast dat het Hof niet het derdenbeding beoogde – alleen art. 1134 en 1147 van de *Code civil* worden vermeld alsook bepalingen van de *Code de commerce*. Het is opvallend hoe het Franse Hof, in tegenstelling tot wat

¹¹⁷¹ Zie G. VINEY, *Introduction*, nr. 188, p. 335. Eerder in de richting van het derdenbeding: P. JOURDAIN, “Recours en contribution ...”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1995, 124-127.

¹¹⁷² J. HÉMARD, noot onder Cass. fr. (com.) 1 februari 1955, *J.C.P.* 1955, II, nr. 8.772.

¹¹⁷³ Cass. fr. (com.) 28 februari 1984, *Bull. civ.* 1984, IV, nr. 81.

¹¹⁷⁴ Cass. fr. (com.) 26 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, nr. 211; Cass. fr. (com.) 26 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, nr. 210, *J.C.P.* 1992, Pan., nr. 962; Cass. fr. (com.) 18 oktober 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, nr. 308, *J.C.P.* 1995, IV, nr. 2580.

¹¹⁷⁵ Alleen in de arresten van 1992 bijgevoegd.

¹¹⁷⁶ Cass. fr. (com.) 18 oktober 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, nr. 308, *J.C.P.* 1995, IV, nr. 2580. Dezelfde motivering in de tweepartijenverhouding (expediteur-vervoerder), zie Cass. fr. (com.) 9 juli 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, nr. 256.

¹¹⁷⁷ Cass. fr. (com.) 26 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, nr. 210.

¹¹⁷⁸ Cass. fr. (com.) 26 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, nr. 211.

in het verleden gebeurde, vermijdt om in die context nog van een derdenbeding te gewagen, alhoewel de cassatiemiddelen wel in die richting uitgaan.¹¹⁷⁹ Op dit vlak is het derdenbeding in ieder geval op de terugweg.

In het kader van het EEX-verdrag oordeelde het Hof van Justitie dat tussen de bestemming en de *werkelijke* zeevervoerder geen verbintenis uit overeenkomst maar wel één uit onrechtmatige daad ontstaat, wanneer die zeevervoerder niet diegene is die het cognossement (het document waarin de vervoerovereenkomst is vastgesteld) heeft afgegeven.¹¹⁸⁰

ii) *Personenvervoer: nabestaanden en vervoerder*

275. In de jaren dertig van de twintigste eeuw past het Franse Hof van Cassatie de rechtspraak van het vermoede derdenbeding ook toe ten voordele van hen die door weerkaatsing het slachtoffer werden van een gebrekkige uitvoering van een personenvervoerovereenkomst.

In het *Noblet*-arrest van sinterklaas 1932 erkende het Franse Hof van Cassatie namelijk dat de bloedverwanten van een treinreiziger, zoals diens weduwe of kinderen, bij het vervoercontract derde-begunstigde zijn.¹¹⁸¹

Omdat het Hof die rechtspraak niet te ver wou laten uitdeinen, beperkte het een jaar later in het *Falduti*-arrest de kring van derdebegunstigden tot de bloedverwanten tegenover wie de rechtstreeks benadeelde een wettelijke onderhoudsplicht had (de wettelijke onderhoudsgerechtigden), zodat enkel de dichtste bloedverwanten (echtgenoot, descendenten en soms ook ascendenten)¹¹⁸² en niet langer, onder meer, de zusters en de broers van een rechtstreeks slachtoffer zich als begunstigde van een vervoercontract

¹¹⁷⁹ Het duidelijkst in Cass. fr. (com.) 26 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, nr. 211 (“*que le destinataire est, au moins par le jeu de la stipulation pour autrui, partie au contrat de transport*”), maar ook nr. 210.

¹¹⁸⁰ H.v.J. C-51/97, 27 oktober 1998 (Réunion Européenne/Splithoff's Bevrachtingskantoor), *Jur. H.v.J.* 1998, I, 6511, concl. adv.-gen. G. COSMAS (schade lading peren door gebrekkige koelinstallatie). Cf. *infra*, nr. 457.

¹¹⁸¹ Cass. fr. (civ.) 6 december 1932, *D.* 1933, I, 137, noot L. JOSSERAND, *S.* 1934, I, 81, noot P. ESMEIN (zie ook H. en L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, 389-390). Het arrest dateert wel uit een tijd dat art. 1384 eerste lid C. Civ. als grondslag van een algemene aansprakelijkheid voor zaken nog niet voldoende was ingeburgerd hoewel het basisarrest Jand'heur reeds was geveld (Cass. fr. (ch.réun.) 13 februari 1930, *S.* 1930, I, 121; basisarrest inzake art. 1384 eerste lid C. Civ. voor aansprakelijkheid voor zaken). Bovendien kan een nabestaande in zijn hoedanigheid van rechtsopvolger bij overlijden van het rechtstreekse slachtoffer (op contractuele grondslag) geen schade doen gelden omdat de overledene zelf geen schade heeft geleden als hij onmiddellijk is gestorven (E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 184-185, nr. 250).

¹¹⁸² R. SAVATIER, noot onder Cass. fr. (civ. II) 23 januari 1959 (*Vizioz*), *D.* 1959, *Jur.*, p. 102, kol. 2.

konden opwerpen.¹¹⁸³ Die beperking stuitte op felle kritiek, omdat de inperking, zoals ook de uitbreiding, van de werking van de overeenkomst veeleer op de wil van de overledene had moeten rusten.¹¹⁸⁴

In een volgende stap preciseerde het Hof in zijn *Lamoricière*-arresten van 1951¹¹⁸⁵ dat de nabestaanden er ook kunnen voor opteren om aan het derdenbeding te verzaken en zo de buitencontractuele aansprakelijkheid in te roepen. Door die optie uit te oefenen, kunnen derden alsnog aan mogelijke nadelige effecten van de overeenkomst, zoals exoneratieclausules, ontsnappen. Het Franse Hof durfde niet dezelfde stap als het Duitse BGH te zetten en te stellen dat een dergelijk derdenbeding niet aan de aansprakelijkheidsbeperkende clausules uit de basisovereenkomst was onderworpen.¹¹⁸⁶ Waar het vermoeden van een derdenbeding nog binnen de grenzen van de aanvaardbaarheid lag, was dat niet het geval met het vermoeden dat exoneratieclausules niet ten aanzien van de derde-begunstigde gelden.

Ten slotte lijkt het Hof in 1959 in de *Champollion*- en *Vizioz*-arresten van de contractuele techniek van het derdenbeding zelfs afstand te nemen, in de mate dat het van een “zogenaamd” (*prétendue*) derdenbeding gewaagt.¹¹⁸⁷

276. Sommigen opperden dat de rechtspraak die het vermoeden van een derdenbeding aanvaardt, strijdig is met het samenloopverbod, niet geheel terecht want de bloedverwant blijft toch een derde.

Anderen richtten, meer terecht, hun pijlen op het feit dat de vereiste wil voor een derdenbeding niet meer aanwezig is¹¹⁸⁸ en vooral op het gevolg dat derden juridisch mogelijks beter worden behandeld dan de contractpartijen zelf.¹¹⁸⁹

Om te vermijden dat nabestaanden de contractuele exoneratieclausules uit de vervoerovereenkomst alsnog konden omzeilen door hun aanspraak

¹¹⁸³ Cass. fr. (civ.) 24 mei 1933, *D.* 1933, I, 137, noot L. JOSSERAND, *S.* 1934, I, 81, noot P. ESMEIN.

¹¹⁸⁴ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, o.c.*, noot onder nr. 189-191, p. 780.

¹¹⁸⁵ Cass. fr. (com.) 19 juni 1951 (twee arresten, vooral het eerste arrest), *D.* 1951, Jur., 717, noot G. RIPERT, *J.C.P.* 1951, II, 6426, noot E. BECQUÉ. Zie ook E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 185, nr. 250.

¹¹⁸⁶ G. RIPERT, noot onder Cass. fr. (com.) 19 juni 1951, *D.* 1951, Jur., p. 719, kol. 1 (“*trop hardie*”).

¹¹⁸⁷ Cass. fr. (civ. I) 23 januari 1959, *D.* 1959, Jur., 101 (*Vizioz*; transport per vliegtuig), noot R. SAVATIER, *J.C.P.* 1959, II, nr. 11.002, noot M. DE JUGLART; Cass. fr. (civ. II) 23 januari 1959, *D.* 1959, Jur., 281, noot R. RODIERE, *S.* 1959, 103 (*Champollion*; transport per schip).

¹¹⁸⁸ G. LÉGIER, “Art. 1121-1122 C.Civ. – Stipulation pour autrui”, *J.Cl.Civ.*, 1995, nr. 66.

¹¹⁸⁹ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, o.c.*, noot onder nr. 189-191, p. 781.

in een buitencontractueel kleedje te steken, heeft de (internationale) wetgever voor de lucht- en zeetransport wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen ingevoerd waarbij de hoedanigheid van contractpartij dan wel van derde niet langer relevant is.¹¹⁹⁰ Vandaag de dag is de besproken rechtpraak dan ook alleen nog van belang voor het vervoer te lande.¹¹⁹¹

iii) Besmet bloed: patiënt en bloeddistributiecentrum

277. De Franse rechtpraak vermoedde het bestaan van een derdenbeding niet alleen in overeenkomsten van goederen- en personenvervoer, maar ook in een overeenkomst waarbij een ziekenhuis van een bloeddistributiecentrum bloed afneemt dat achteraf besmet blijkt te zijn. De derde-begunstigde is ditmaal de besmet geraakte patiënt.

Zo heeft het Franse Hof van Cassatie in 1954 in een geval van syfilis-besmetting de motivering van de feitenrechter die zich op de buitencontractuele aansprakelijkheid van het bloeddistributiecentrum tegenover de patiënt had gesteund, vervangen door een motivering die op een derdenbeding was gebaseerd. De aansprakelijkheid van een bloeddistributiecentrum is dus ook ten aanzien van de patiënt van contractuele aard.¹¹⁹² Waar Rodière – zij het dat hij er zich bij lijkt neer te leggen – het arrest bekritiseert omdat het geval getuigt van een “*volonté incertaine*” om de derde te begunstigen, verdient deze techniek in de ogen van Savatier dan weer bijval omdat ze aan de uiteindelijke patiënt dezelfde garanties als aan de rechtstreekse contractant biedt.

Meer recent werd een vermoed derdenbeding ook in een aantal *aids*-zaken aanvaard.¹¹⁹³ In het geval voor het Hof van Aix-en-Provence waren

¹¹⁹⁰ Art. 27 Warschau-verdrag 12 oktober 1929 tot het brengen van eenheid in eenige bepalingen inzake het internationaal luchtvervoer; art. 2 L.L.M.C-verdrag (Londen) 19 november 1976 inzake beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen. Zie o.m. H. CAPITANT, F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, o.c.*, noot onder nr. 189-191, p. 781. Zie ook art. 1 Wet Badinter: aanspraak geldt ongeacht of de eiser een rechtstreeks slachtoffer is die met de aansprakelijke in contractueel verband staat, dan wel een derde, zie o.m. B. SOLLETTY, “Loi du 5 juillet 1985 et contrat de transport”, *J.C.P.* 1991, nr. 3.508).

¹¹⁹¹ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 670, nr. 617, p. 710-711, nr. 655.

¹¹⁹² Cass. fr. (civ.) 17 december 1954, *D.* 1955, Jur., 269, noot R. RODIÈRE, becommentarieerd door H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1955, 301 (transfusie van met syfilis besmet bloed): de patiënt “*bien qu'étrangère au contrat originnaire et n'y ayant point été représentée, devait bénéficier de l'engagement contracté à son profit*”). Zie ook E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 186, nr. 251.

¹¹⁹³ TGI Parijs 1 juli 1991, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21.762, noot M. HARICHAUX (deels bevestigd door Cass. fr. 12 april 1995 (2de arrest, Fougeron), *J.C.P.* 1995, II, nr. 22.467, noot P. JOURDAIN); CA Parijs 28 november 1991, *J.C.P.* 1992, II, nr. 21.797, noot M. HARICHAUX, *D.* 1992, Jur., 85, noot A. DORSNER-DOLIVET, *D.* 1993, Somm., 30, noot; Toulouse 9 juni 1992, *D.* 1992, IR, 203-204, verwijzende noot; TGI Toulouse 16 juli 1992, *J.C.P.* 1992, II, nr. 21.965, noot

een patiënt en – als gevolg daarvan ook – zijn echtgenote door de transfusie van H.I.V.-besmet bloed besmet geraakt. In de overeenkomst tussen het bloeddistributiecentrum en het ziekenhuis las het Hof een derdenbeding, waarin het bloeddistributiecentrum zich ten gunste van zowel de patiënt als diens echtgenote tot vrijwaring van de schadeloosheid van het geleverde bloed had verbonden. Het derdenbeding werd afgeleid uit de aard zelf van de overeenkomst van bloeddistributie, alsook uit de rol van het bloedtransfusiecentrum. Het verweer van het distributiecentrum dat de categorie van begunstigen op die manier zó onbepaald zou zijn, werd niet aanvaard, omdat het bloed precies voor die personen was bestemd. Met die laatste overweging wilde het hof erop wijzen dat het derdenbeding binnen welbepaalde grenzen diende te blijven.

Opnieuw lag het motief voor het bestaan van een derdenbeding uiteindelijk in de billijkheid.¹¹⁹⁴ Het is dan ook niet verwonderlijk dat bepaalde auteurs, in de plaats van het artificiële derdenbeding, de toepassing van het leerstuk van de contractgroepen voorstaan. Naar analogie met de toepassing van dit leerstuk wanneer met betrekking tot een bepaalde zaak eerst een koopcontract en vervolgens een aannemingscontract worden gesloten,¹¹⁹⁵ wordt dan ook een contractgroep gelezen in de opeenvolging van een overeenkomst tot levering van bloed en een overeenkomst tot medische behandeling waarbij het geleverde bloed wordt overgedragen.

Volgens Viney staat het Hof van Cassatie, ook na het *Bessè*-arrest, onverschillig tegenover de gebruikte techniek,¹¹⁹⁶ al interpreteert die auteur een aantal bloedzaken in die zin dat de rechtspraak niet zozeer het derdenbeding toepast, maar veeleer de weg van de rechtstreekse vordering op grond van een contractgroep lijkt in te slaan.¹¹⁹⁷

X. LABBÉE (in casu zelfs niet betwist); TGI Nice 27 juli 1992, *D.* 1993, Jur., 38, noot D. VIDAL; Aix-en-Provence 12 juli 1993, *D.* 1994, Jur., 13, noot D. VIDAL. Zie G. VINEY, *J.C.P.* 1992, I, p. 502, nr. 11; Cass. fr. (civ. I) 14 november 1995, *Bull. civ.* 1995, I, nr. 414, *J.C.P.* 1996, IV, nr. 18, zoals becommentarieerd door G. VINEY, *J.C.P.* 1996, I, nr. 3.985, p. 487, nr. 7 (voor het Hof van Cassatie werd ingeroepen dat de feitenrechter met miskennen van art. 1121 C.Civ. geen enkele wilsuïting in die zin had gekarakteriseerd, maar het middel werd als nieuw verworpen).

¹¹⁹⁴ Zie o.m. M. HARICHAUX, noot onder TGI Parijs 1 juli 1991, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21.762, p. 415, sub A (HIV-zaak) en B (syfilis-zaak).

¹¹⁹⁵ Cf. *infra*, nr. 436 et seq. en 469 et seq.

¹¹⁹⁶ G. VINEY, noot onder Cass. fr. (civ. I) 14 november 1995, *J.C.P.* 1996, I, nr. 3.985, p. 487, nr. 7.

¹¹⁹⁷ Cass. fr. (civ. I) 12 april 1995 (2 arresten), *J.C.P.* 1995, II, nr. 22.467, noot P. JOURDAIN; Cass. fr. (civ. I) 9 juli 1996, *D.* 1996, IR, 211, verwijzende noot, *D.* 1996, Jur., 610, noot Y. LAMBERT-FAIVRE (in casu evenwel helemaal geen betwisting over contractuele aard).

Volgens Jourdain strijdt een dergelijke rechtstreekse vordering niet noodzakelijk met het *Besse*-arrest,¹¹⁹⁸ zodat, mede gelet op de onzekere wil van de partijen, die objectieve techniek ook de voorkeur verdient,¹¹⁹⁹ maar volgens zijn interpretatie is het Franse Hof van Cassatie toch eerder de stelling van het stilzwijgend derdenbeding genegen “*en visant l’obligation de fournir aux receveurs un sang exempt de vice*”.¹²⁰⁰

Dit – soms wel steriele – debat mag niet uit het oog doen verliezen dat uit de concrete omstandigheden van het geval kan blijken dat de patiënt en het bloeddistributiecentrum in een rechtstreekse contractuele relatie tot elkaar staan, zodat ook los van technieken als een derdenbeding of een rechtstreekse vordering een rechtstreekse contractuele aanspraak kan ontstaan.¹²⁰¹

*iv) Andere uiteenlopende gevallen*¹²⁰²

278. In een aantal gevallen blijkt de nauwe band tussen een overeenkomst en de *familie* van één van de contractanten een belangrijke factor te zijn om het bestaan van een derdenbeding in een overeenkomst te vermoeden.¹²⁰³

Zo bestaat bij huurovereenkomsten een vermoeden van derdenbeding, dat in combinatie met het bestaan van een contractuele veiligheidsverplichting dezelfde functie vervult als in het Duitse recht de *Schutzpflicht* in combinatie met het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*.¹²⁰⁴ Een huurder

¹¹⁹⁸ M.-L. MORANCAIS-DEMEESTER, “Contamination par transfusion du virus du SIDA: responsabilités et indemnisation”, *D.* 1992, Chron., p. 189-190, nr. 5. Zie ook P. JOURDAIN, “Responsabilité civile et contamination par le virus du SIDA à la suite de transfusions”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1992, 120.

¹¹⁹⁹ Zie P. JOURDAIN, noot, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1992, 120.

¹²⁰⁰ P. JOURDAIN, “La responsabilité civile des centres de transfusion sanguine et des cliniques en cas de contamination de transfusés par le VIH: la Cour de cassation prend position”, *J.C.P.* 1995, II, nr. 22.467, p. 289, kol. 1, sub 3).

¹²⁰¹ Zie M. HARICHAUX, noot onder TGI Parijs 1 juli 1991, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21.762, p. 415, sub B met verwijzing naar een vonnis van TGI Limoges 31 juli 1991.

¹²⁰² Enkele andere toepassingsgevallen in E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 186, nr. 251. Mooi geval in Cass. fr. (com.) 4 november 1987, *J.C.P.* 1988, IV, p. 11, kol. 2 (Een overnemer van bijna alle aandelen van de overdrager-vennootschap had zich tegenover de overdrager niet gehouden tot zijn verplichting “*de présenter un pacte concordataire*”. Volgens de feitenrechter vloeide uit de gemeenschappelijke wil voort dat die verplichting van de overnemer niet alleen in het belang van de overdrager was opgenomen maar ook in dat van de schuldeisers van de in financiële moeilijkheden verkerende vennootschap).

¹²⁰³ Dit blijkt ook uit het historische gegeven dat, waar in het Romeinse recht een derdenbeding niet was toegelaten (*alteri stipulari nemo potest*), dit ook niet nodig was omdat er binnen de familie een verhouding van wederzijdse vertegenwoordiging bestond (J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, (380) p. 381, nr. 2; cf. *supra*, nr. 231).

¹²⁰⁴ Cf. *infra*, nr. 505, 510 et seq.

wordt bij het sluiten van zijn overeenkomst nl. geacht niet alleen voor zichzelf, maar ook voor zijn kleindochters of, meer in het algemeen, zijn naaste familieleden te hebben bedongen, zodat de verhuurder ook ten aanzien van hen tot een veiligheidsverplichting is gehouden.¹²⁰⁵

In een ander Parijs geval hadden twee echtgenoten tegenover de bewaarder van hun stedelijke grafplaats verklaard dat het hun gemeenschappelijke wil was om de zoon van de echtgenote in dezelfde grafplaats te laten begraven, maar ná het overlijden van zijn echtgenote verklaart de man op zijn beurt dat alleen hij er nog mag worden begraven. Die laatste verklaring druist evenwel in tegen het derdenbeding ten voordele van de zoon waarin de man aan zijn echtgenote had toegestaan om haar zoon samen met hen in het familiegraf te laten begraven. Als verantwoording voor die rechtspraak stelt de annotator bij dit arrest dat “*humainement la famille est un prolongement de la personne humaine, en faveur de qui cette personne agit et contracte aussi volontiers que pour elle-même*”.¹²⁰⁶

279. Determinerend voor het bestaan van een derdenbeding is ook de aard van de activiteit en meer bepaald de bestemming waarop die activiteit is gericht. Zo is het wel de “natuurlijke” bestemming van een overeenkomst tussen een eigenaar van een gebouw en een conciërge dat de verbintenis van die laatste tot bewaking van het gebouw tegelijk in het belang van de huurders tot stand komt en hen tot nut strekt, ook al is die overeenkomst buiten de huurders om tot stand gekomen. De huurders moeten dan ook hun rechten rechtstreeks tegen de conciërge kunnen doen gelden.¹²⁰⁷

In dezelfde lijn vormen de bestemming van een contractuele prestatie voor een professionele activiteit van een derde in combinatie met de kennis van die bestemming in hoofde van de contractuele schuldenaar twee factoren waaruit het bestaan van een derdenbeding kan worden afgeleid. Wanneer aldus een aannemer zich heeft verbonden tot het bouwen van een appartement dat door een burgerlijke onroerende vennootschap op plan werd aangekocht, kunnen de aandeelhouders-geranten van die vennootschap tegen de verkoper een aanspraak tot schadevergoeding richten wanneer een gepland artsenkabinet door de laattijdige afwerking van het gebouw niet tijdig van start kon gaan. Waar de feitenrechter had geoordeeld dat de eisers zich als derden niet op de verkoopsvoorwaarden kunnen beroepen omdat ze bij de genoemde koop niet persoonlijk partij waren

¹²⁰⁵ Parijs 31 oktober 1956, *D.* 1957, Somm., 16, verwijzende noot, *S.* 1957 (2de zaak), 223 (liftongeval). Zie voor andere voorbeelden en een kritiek op die constructie, H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, p. 254-256, nr. 172.

¹²⁰⁶ Parijs 11 juni 1957, *J.C.P.* 1957, II, nr. 10.134, noot R. LINDON.

¹²⁰⁷ Trib. civ. Seine 4 maart 1944, *D.* 1944, Jur., 84, noot. Zie ook E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 186, nr. 251.

geweest, vernietigde het Hof van Cassatie die beslissing op grond van art. 1121 B.W.: aangezien het gebouw voor een artsenkabinet was bestemd en de aannemer van die bestemming op de hoogte was, had de feitenrechter moeten onderzoeken of het verkoopovereenkomst al dan niet een stilzwijgend derdenbeding bevatte en of aldus de contractueel afgesproken leveringstermijnen ook naar de aandeelhouders-geranten toe konden doorwerken.¹²⁰⁸

De bestemming van een contractueel aangegane verbintenis mag dan wel duidelijk op de persoon van een welbepaalde derde zijn gericht, dit betekent nog niet dat het ook werkelijk de bedoeling van de bedinger en de belover was om de derde te begunstigen. Zo noemt een annotator de aanwezigheid van die bedoeling terecht “*assez divinatoire*”, wanneer een feitenrechter ten gunste van een cliënt van een (na diefstal in vereffening gegane) onderneming die in de handel van oude munten is gespecialiseerd, het bestaan van een derdenbeding vermoedt in de overeenkomst van huur van een bankkluis (waarin de munten werden gedeponneerd) tussen die onderneming en de aangesproken bank.¹²⁰⁹

280. Ernstige twijfel rond de werkelijke bedoeling van de bedinger en de belover tot derdenbegunstiging is zeker gerechtvaardigd in het geval waarbij een echtgenote bij legaat het vruchtgebruik van een onroerend goed van haar man had verkregen en de naakte eigendom op een weldadigheidsorganisatie overging, zij het met de last voor die laatste om de nodige herstellingen te doen. Aangezien de vruchtgebruikster het goed evenwel had verhuurd met de last voor de huurder om alle – zelfs grote – herstellingen te verrichten, kan de feitenrechter volgens het Franse Hof van Cassatie terecht op soevereine wijze oordelen dat de naakte eigenaar door de overdracht van de herstellasten aan de huurder wordt begunstigd, zodat hij zijn kosten voor de herstellingswerken op de huurder kan verhalen.¹²¹⁰

281. Waar sommige rechterlijke uitspraken hun beslissing op een derdenbeding baseren, zou het in werkelijkheid veel meer met de werkelijkheid overeenstemmen indien in een bepaalde verhouding een rechtstreekse contractuele band op grond van vertegenwoordiging zou worden gelezen. Wanneer aldus een door een verkoper aangestelde deskundige in zijn verslag te kennen geeft dat de hem voorgelegde postzegel niet was gerestaureerd wat achteraf niet waar bleek te zijn, ligt de vertegenwoordiging van de koper door de verkoper bij het sluiten van de overeenkomst

¹²⁰⁸ Cass. fr. (civ. I) 14 juni 1989, *Bull. civ.* 1989, I, nr. 243.

¹²⁰⁹ Parijs 20 februari 1985, *D.* 1985, IR, 344, noot.

¹²¹⁰ Cass. fr. (civ. I) 12 april 1967, *Bull. civ.* 1967, I, p. 91, nr. 125, zoals weergegeven door J. CHEVALLIER, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1968, 143.

met de deskundige als *primaire* grondslag meer voor de hand dan het beding ten behoeve van de koper.¹²¹¹

c. *Bezwaren*

282. Waar het motief voor een eigenlijk derdenbeding in het contractuele veld (“*dans le champ contractuel*”) moet zijn getreden of aan beide partijen gemeenschappelijk moet zijn,¹²¹² is de wil van partijen tot derdenbegunstiging in de voorgaande toepassingsgevallen een pure fictie geworden.¹²¹³ De techniek van het derdenbeding wordt op een oneigenlijke wijze aangewend om een billijk en wenselijk geacht resultaat te bereiken. “*En réalité, cette utilisation de la stipulation pour autrui est un fondement juridique artificiel pour justifier une solution qui paraît équitable.*”¹²¹⁴

Als de denkbeeldige wil als criterium voor het al dan niet bestaan van een derdenbeding wordt aangewend, kan het niet-denkbeeldig gevaar ontstaan dat het enkele belang van een derde bij de toepassing van een derdenbeding zou volstaan: “*on risque de vider l'article 1165 du code civil de tout contenu*”.¹²¹⁵ Een vermoed derdenbeding is artificieel omdat de wil die het derdenbeding (zoals de relativiteit in het algemeen) precies legitimeert, niet meer de werkelijke grondslag ervan vormt. Daarenboven maakt het gebrek aan objectieve criteria het ook moeilijk om de kring van derden niet al te ver te laten uitdeinen, een bekommernis die aan jurisprudentiële vernieuwingen eigen lijkt te zijn en bijvoorbeeld ook bij het Duitse *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* op de voorgrond staat.¹²¹⁶

283. Alhoewel vele auteurs ten aanzien van een dergelijke uitbreiding van het derdenbeding over de wil van de contractpartijen heen juridisch-technische bezwaren uiten, rijst toch de vraag of het derdenbeding niet tweesoortig of tweehoofdig kan worden genoemd, in de zin dat niet alleen de wil van de partijen maar ook een combinatie van objectieve factoren het bestaan van een derdenbeding kunnen verantwoorden.

Waar de aanvaardbaarheid van een bijkomende categorie van derdenbedingen reeds in grote mate van de – hier niet opnieuw te voeren – discussie rond de theoretische grondslag van overeenkomsten (m.n. van de gelding

¹²¹¹ Parijs 18 juni 1957, *J.C.P.* 1957, II, nr. 10.134, noot R. LINDON (in hoofdorde derdenbeding, subsidiair mandaat).

¹²¹² C. CARREAU, noot onder Cass. fr. (civ. I) 21 november 1978, *D.* 1980, Jur., p. 310, kol. 2.

¹²¹³ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 187, nr. 252; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, noot onder Cass. fr. (civ. II) 17 december 1954, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1955, 301. Het derdenbeding is vervormd (C. LARROUMET, *Droit civil*, III, *Les obligations*, I, Parijs, Economica, 1986, 804).

¹²¹⁴ G. LÉGIER, “Art. 1121-1122 C.Civ. – Stipulation pour autrui”, *J.Cl.Civ.*, 1995, nr. 66.

¹²¹⁵ C. LARROUMET, D. MONDOLINI, “Stipulation pour autrui”, *Encycl. Dalloz*, 1998, nr. 19.

¹²¹⁶ Cf. *infra*, nr. 504 et seq.

van de leer van de wilsautonomie, kortom de wilsleer) afhangt, moet daarboven organisch – met het opkomen van nieuwe gevallen – een lijst van relevante, objectieve factoren worden opgesteld, opdat de kring van derden op een objectieve wijze zou worden ingeperkt en zo het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid niet in het gedrang zou komen.

Naast de eerder genoemde factoren,¹²¹⁷ zou één van die objectieve criteria in de aard van de overeenkomst gelegen zijn,¹²¹⁸ waarvoor bepaalde Franse auteurs hun inspiratie uit art. 1122 B.W. lijken te zoeken: “Men wordt geacht te hebben bedongen voor zichzelf en voor zijn erfgenamen en rechtverkrijgenden, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk bepaald is *of uit de aard van de overeenkomst voortvloeit*” (eigen cursivering). Uit een gecombineerde lezing van art. 1121-1122 B.W. leiden zij af dat er geen ruimte is voor derdenwerking, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk is bedongen of uit de aard van de overeenkomst voortvloeit.¹²¹⁹ Niet alleen een uitdrukkelijk beding, maar ook de aard van de overeenkomst kunnen tot het bestaan van een derdenbeding leiden.¹²²⁰ Toch getuigt dit aanknopingspunt nog van een strikt legalistische visie, alsof de rechtspraak alleen aan de hand van wetsbepalingen is te verklaren en het recht met wetgeving is te vereenzelvigen. Art. 1122 B.W. heeft uiteindelijk met een derdenbeding niets van doen¹²²¹ en heeft enkel betrekking op de overdracht van rechten aan een rechtverkrijgende onder algemene titel, die onafhankelijk is van de wil van partijen (mits aanvaarding van de nalatenschap).¹²²²

¹²¹⁷ Cf. *supra*, nr. 278 et seq.

¹²¹⁸ G. LÉGIER, “Art. 1121-1122 C.Civ. – Stipulation pour autrui”, *J.Cl.Civ.*, 1995, nr. 62.

¹²¹⁹ Zie Cass. fr. (civ.) 2 mei 1946, *D.* 1946, Jur., 265, noot P. L.-P. (verzekeringovereenkomst: “*que le souscripteur du contrat d’assurance est censé stipuler pour soi et que l’intention de l’assureur de garantir la responsabilité d’un tiers indépendamment de celle de l’assuré, intention qui ne résulte pas de la nature de la convention, doit être exprimée dans la police*”; zie ook de gelijkaardige bewoordingen in Cass. fr. 12 mei 1958 (civ. I), *D.* 1958, Jur., 669, noot A.B. (verzekeringovereenkomst – uitlenen van wagen)).

¹²²⁰ J. CHEVALLIER, noot onder Cass. fr. (civ. I) 12 april 1967, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1968, 144.

¹²²¹ Verder (cf. *infra*, nr. 413 et seq.) zal blijken dat bepaalde auteurs dezelfde wetsbepaling als grondslag voor de theorie van de contractgroepen aangrijpen in het kader van de contractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever (P. RIGAUX, “Les groupes de contrats: jurisprudences belge et française”, *J.T.* 1993, 471-472; P. RIGAUX, *Le droit de l’architecte. Evolution des 20 dernières années*, Brussel, Larcier, 1993, p. 357-358, nr. 375; P. RIGAUX, “Considérations concernant le contrat de promotion”, in J. GILLARDIN (ed.), *Statuts et responsabilités des édificateurs. L’architecte, l’entrepreneur et le promoteur*, Brussel, Saint-Louis, 1989, 114-116).

¹²²² Cf. *infra*, nr. 413 et seq. P. JADOUL, “La stipulation pour autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, (408) nr. 17, p. 415.

284. Omwille van het artificiële karakter van het vermoed derdenbeding beklemtonen verschillende Franse auteurs dat dit in bepaalde omstandigheden en ten aanzien van bepaalde overeenkomsten niet opportuun wordt geacht.¹²²³ Zo wijst Viney erop dat een derdenbeding slechts in zeer specifieke omstandigheden wordt vermoed en dat, enerzijds, vooruitziende praktijkmensen ervoor opteren om in samenhangende overeenkomsten een uitdrukkelijk derdenbeding in te lassen en, anderzijds, de rechtspraak in andere gevallen waar de toepassing van de contractuele aansprakelijkheid wenselijk is, eerder van de rechtstreekse vordering dan van het derdenbeding gebruik maakt.¹²²⁴

Meer concreet betekent dit bijvoorbeeld dat een vermoed derdenbeding bij door een verborgen gebrek veroorzaakte schade niet steeds kan worden ingeroepen.¹²²⁵ Het stilzwijgend derdenbeding wordt in Frankrijk aldus als de meest geschikte techniek beschouwd om een vordering van een bouwheer tegen de fabrikant van een onderdeel van het gebouw te gronden.¹²²⁶

285. De recente cassatierechtspraak doet de vraag rijzen of het Hof van Cassatie nog steeds achter de constructie van het vermoede derdenbeding staat. Het concrete geval betrof een verzekeringsovereenkomst waarin de verzekeraar het op zich neemt om de honoraria van een eventueel aan te stellen deskundige te betalen. Toen een effectief aangestelde deskundige, geconfronteerd met een failliet gegane verzekerde, zich rechtstreeks tot de verzekeraar richtte, werd geoordeeld dat de betreffende clausule uit de verzekeringsovereenkomst ten gunste van de deskundige geen derdenbeding bevatte.¹²²⁷

Door dit arrest zijn de auteurs zich gaan afvragen of voor het bestaan van een derdenbeding opnieuw een uitdrukkelijk engagement is vereist en het Hof van Cassatie op die manier de relatief overvloedige rechtspraak met betrekking tot de stilzwijgende of, beter, vermoede derdenbedingen

¹²²³ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, o.c.*, noot onder nr. 189-191, p. 781.

¹²²⁴ Zie H. COUSY, *Problemen van produktaansprakelijkheid*, 255-256, nr. 172; G. VINEY, *Introduction*, nr. 188, p. 337-338 (“*des circonstances très particulières*”).

¹²²⁵ Cass. fr. (civ. I) 24 november 1954, *J.C.P.* 1955, II, nr. 8.565, noot H.B. (na gasexplosie een vordering van vrouw en dochter van gestorven koper tegen verkoper: derdenbeding niet weerhoudeen omdat de vordering in hun persoonlijke hoedanigheid als erfgenaam, *ex hereditate*, was ingesteld).

¹²²⁶ A. BÉNABENT, noot onder Cass. fr. (civ. I) 29 mei 1984 en Cass. fr. (civ. III) 19 juni 1984, *D.* 1985, Jur., p. 214, kol. 1; J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, p. 137, nr. 182 (elke koop of elke levering van diensten zou dan haast een derdenbeding bevatten); J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 670-671, nr. 617.

¹²²⁷ Cass. fr. (civ. I) 7 januari 1997, *Bull. civ.* 1997, I, nr. 3, p. 2.

achterwege heeft gelaten, ook al zijn de auteurs met een dergelijk “formalisme” niet onverdeeld gelukkig.¹²²⁸

De interpretatie van het cassatiearrest dat tot die bevindingen heeft geleid, is evenwel niet zo eenduidig en wordt bemoeilijkt door de nauwe verwevenheid van de consideransen met de feiten en bijgevolg met de vrije beoordeling door de feitenrechter.

Wellicht is het bestaan van een vermoed derdenbeding niet uit te sluiten, daar waar de rechtvaardigheid vereist dat een derde een rechtstreekse aanspraak zou hebben en er geen andere juridische techniek voorhanden is.

d. Belgische receptie?

286. In het verleden hebben ook een aantal Belgische auteurs voor welbepaalde omstandigheden een stilzwijgend of vermoed derdenbeding bepleit,¹²²⁹ maar de rechtspraak blijft niet ras het bestaan van een stilzwijgend, laat staan een vermoed derdenbeding aannemen. Zo weigerde de Antwerpse Rechtbank van Koophandel om in de overeenkomst tussen een commissionair-expediteur en een stuwadoor een stilzwijgend beding ten gunste van de bestemming te lezen.¹²³⁰

Veel hangt af van de wijze waarop het onderscheid tussen een stilzwijgend en vermoed derdenbeding wordt ingevuld. Door een excessieve uitbreiding van het derdenbeding zou elke hypothese waarbij een *penitus extraneus* op een contractuele schuldvordering een beroep kan doen, onder het derdenbeding kunnen vallen, zodat dit tot een inhoudsloos of leeg rechtsbegrip zou worden.¹²³¹ Bovendien stuit een extensieve invulling van het derdenbeding op de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie dat met zijn bekende landmetersarrest een derdenbeding niet vermoed wil zien.¹²³²

¹²²⁸ A. BÉNABENT, noot onder Cass. fr (civ. I) 7 januari 1997, *Rép. Not. Defrénois* 1997, Art. 36.640, p. 1076-1077.

¹²²⁹ Zie de werken van P. RIGAUX, geciteerd *supra*, voetnoot 1225.

¹²³⁰ Kh. Antwerpen 28 november 1974, *R.H.A.* 1975-76, 80 (beschadigde vaten portwijn).

¹²³¹ J. NÉRET, *Le sous-contrat*, p. 312, nr. 430.

¹²³² Cf. *supra*, 113. In dezelfde lijn wezen Cousy en Dirix de weg van het vermoede derdenbeding af omwille van het fictieve en arbitraire karakter ervan (H. COUSY, *Problemen van productaansprakelijkheid*, p. 255-256, nr. 172; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 186-187, nr. 252).

B. Doorwerking: in welke mate?

1. Principe

287. Een derde die door een derdenbeding wordt begunstigd, kan tegenover de belover – de contractuele schuldenaar – een rechtstreekse¹²³³ contractuele aanspraak doen gelden. Naargelang van het geval kan hij voor uitvoering in natura (*Leistungsanspruch*) of voor uitvoering bij equivalent (*Schadensersatzanspruch*) opteren.¹²³⁴

288. Volgens de traditionele leer wordt een derde-begunstigde door zijn aanvaarding van het derdenbeding geen partij bij de overeenkomst, maar blijft hij derde.¹²³⁵ De aanvaarding door de derde is geen geldigheidsvoorwaarde van het derdenbeding, zodat dit beding een werkelijke uitzondering vormt op het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst.¹²³⁶ Toch gaan er meer en meer stemmen op om de aanvaarding door de derde als een contracttoetreding te kwalificeren, zodat het derdenbeding niet langer een uitzondering op maar precies een toepassing van het relativiteitsbeginsel wordt.¹²³⁷ In Nederland werkt de aanvaarding reeds sinds het N.N.B.W. niet rechtsbevestigend (of declaratief) maar rechtverkriggend (of constitutief) en wordt de derde vanaf de aanvaarding partij bij het contract: het wordt een drie- (of meer) partijenovereenkomst.¹²³⁸

Dit debat rond de hoedanigheid van de begunstigde, derde dan wel contractpartij, is niet belangeloos. Zo is een derde die het bestaan van een derdenbegunstiging wil bewijzen, niet aan de strikte bewijsregeling van

¹²³³ Bij de Duitse rechtsfiguur *Drittschadensliquidation* (of *Schadensliquidation im Drittinteresse*) beschikt de derde niet zelf over een aanspraak. Het betreft slechts een uitzondering op de regel dat een contractpartij alleen vergoeding kan vorderen voor de eigen schade die uit de contractbreuk voortvloeit en niet voor de schade van een derde waarmee die contractpartij op één of ander manier nauw verbonden is. Bij middellijke vertegenwoordiging wordt die rechtsfiguur door de middellijke vertegenwoordiger aangewend om tegen de derdemedecontractant de schade van de middellijk vertegenwoordigde geldend te maken (cf. *infra*, nr. 344).

¹²³⁴ Zie voor de gemeenrechtelijke regels inzake de keuze tussen beide, W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 115-116.

¹²³⁵ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 90, nr. 124, p. 148, nr. 200. Cf. *supra*, nr. 87.

¹²³⁶ P. JADOUL, "La stipulation pour autrui", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, nr. 36, p. 423-424.

¹²³⁷ *Ibid.*, nr. 48, p. 429.

¹²³⁸ ASSER-HARTKAMP, II, p. 418, nr. 425. Zie ook de visie van J.M. VAN DUNNÉ, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen: een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1971, 189.

art. 1341 B.W. onderworpen. Het bewijs kan met alle rechtsmiddelen, met inbegrip van vermoedens, worden geleverd.¹²³⁹

289. Al is een derde-begunstigde volgens de traditionele visie geen contractpartij, toch is hij in beginsel niet opgewassen tegen de excepties en verweermiddelen die de belover ook tegen de bedinger kan doen gelden. In beginsel gelden de modaliteiten van de basisovereenkomst ook voor de derde. Waar een derde zich een begunstigde van een derdenbeding mag noemen, is de overeenkomst waarin het derdenbeding vervat zit, maatgevend voor zijn rechten.¹²⁴⁰ De doorwerking van de rechtsverhouding op grond van de basisovereenkomst naar de derde toe is dan ook quasi-volledig te noemen, of, in de geïjkte bewoordingen, de overeenkomst is de bron en de maat van het recht van de derde,¹²⁴¹ wat haar verklaring vindt in het accessoir en causaal karakter van het derdenbeding.

De doorwerkingsgraad gaat bij het derdenbeding zelfs verder dan bij de rechtstreekse vordering. Terwijl bij het derdenbeding excepties van zowel vóór als ná een tot vergoeding aanleiding gevend schadegeval in principe tegenwerpelijk zijn, is een (onvolmaakte) rechtstreekse vordering abstracter aangezien alleen de excepties van vóór het schadegeval tegenstelbaar zijn.¹²⁴²

290. Dit beginsel van doorwerking geldt evenzeer voor het Franse recht.¹²⁴³ In het Duitse recht blijft de derde eveneens derde en geldt hetzelfde beginsel van doorwerking van alle *Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis*.¹²⁴⁴ In de Engelse *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* ten slotte blijft het

¹²³⁹ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 677, nr. 698; P. JADOUL, “La stipulation pour autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, (408) nr. 35, p. 423.

¹²⁴⁰ R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, “Overzicht”, *T.P.R.* 1994, p. 548, noot 62.

¹²⁴¹ Zie o.m. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 187, nr. 252, p. 80, nr. 110 met verdere verwijzingen.

¹²⁴² E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 107, nr. 141, p. 107, nr. 143.

¹²⁴³ Zie voor een toepassing J. MESTRE, “Le bénéficiaire d’une stipulation pour autrui ...”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1995, 622-623. Interessant is het geval waarbij een verzekeringsovereenkomst B.A. ook ten gunste van de meerderjarige maar fiscaal van de ouders ten laste zijnde kinderen wordt gesloten, tegelijk voor een opzettelijke fout van de verzekerde een uitsluiting bevat en waarbij één van de kinderen betrokken raakt bij een diefstal van een wagen die daarna vernietigd raakt: de verzekeraar kan zich tegenover de bedinger op het uitsluitingsbeding beroepen omdat het kind ook een verzekerde is (Cass. fr. (civ. I) 15 december 1998, *Bull. civ.* 1998, I, nr. 362).

¹²⁴⁴ § 334 BGB. Zie o.m. H.-J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, München, Beck, 1994 (4de ed.), p. 436, nr. 780.

recht van de derde ook onderworpen aan de verweermiddelen waarover de contracterende partijen tegenover elkaar beschikken.¹²⁴⁵

291. Dit doorwerkingsprincipe is evenwel niet zo absoluut als traditioneel wordt voorgesteld. Zo kunnen derden eraan ontkomen door een drietal middelen aan te wenden die nu achtereenvolgens worden besproken.

2. Verzaking aan derdenbeding en toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid

292. Om aan de doorwerking van de basisovereenkomst te ontsnappen, kan een derde-begunstigde in de eerste plaats ervoor opteren om aan het derdenbeding te verzaken en zich op de buitencontractuele aansprakelijkheid te beroepen. Die mogelijkheid erkende het Franse Hof van Cassatie reeds in zijn rechtspraak met betrekking tot de vermoede derdenbedingen in de context van overeenkomsten van personenvervoer.¹²⁴⁶ Wanneer een derde aldus aan het voordeel van een (vermoed) derdenbeding verzaakt, verandert hij de grondslag van zijn aanspraak van het contractuele naar het buitencontractuele domein en ontsnapt hij op die manier aan mogelijke in de basisovereenkomst opgenomen exoneratieclausules of andere aansprakelijkheidsbeperkende bedingen.

Die rechtspraak stuit hoofdzakelijk om twee redenen op kritiek. Aan de ene kant zou ze in strijd zijn met het principe van het samenloopverbod. Zo gaat die kritiek in het Engelse recht al niet op, zeker sinds *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*, aangezien de samenloop tussen een aanspraak op grond van een derdenbeding en een buitencontractuele aanspraak zoals in tweepartijensituaties al niet is uitgesloten.¹²⁴⁷ Maar ook in het Belgisch-Franse recht kan die kritiek gemakkelijk worden ontzenuwd, aangezien het samenloopverbod enkel op situaties tussen twee partijen ziet, terwijl een derdenbeding niet de verhouding tussen twee contractpartijen betreft omdat de derde een derde blijft. Die eerste vorm van kritiek kan evenwel de uiting zijn van de wens en de bekommernis om toch een zekere mate van doorwerking van de bedingen uit de basisovereenkomst naar de derde toe mogelijk te maken.

Aan de andere kant stuit die rechtspraak ook op het bezwaar dat slachtoffers door weerkaatsing (zoals de verwanten van een rechtstreeks slacht-

¹²⁴⁵ Section 1, (4) en (6) en section 3. Voor meer nuances zie C. MACMILLAN, *o.c.*, *Mod.L.R.* 2000, 728-729.

¹²⁴⁶ Cf. *supra*, nr. 275 et seq.

¹²⁴⁷ Zie LAW COMMISSION, *Privity*, p. 139, nr. 12.3: "We envisage that, analogously to the two-party situation, a third party's right under our proposed Act will be concurrent with, and will not knock out, a third party's rights in tort". Over *Henderson* cf. *supra*, nr. 54.

offer van een personentransportongeval) zich op die manier in een gunstiger rechtspositie kunnen bevinden dan het rechtstreekse slachtoffer zelf. Terwijl het rechtstreekse slachtoffer zich per hypothese krachtens het samenloopverbod enkel op de contractuele aansprakelijkheid kan beroepen, beschikken de verderstaande slachtoffers over de keuze om zich op de contractuele (via het derdenbeding) dan wel op de buitencontractuele aansprakelijkheid (via de verzaking aan het derdenbeding) te beroepen. Die terecht kritiek geldt, in het licht van de huidige rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie (en van het Franse Hof van Cassatie, zij het aldaar dan wel beperkt tot de strafrechtelijke jurisdicties), evenwel slechts indien geen misdrijf voorhanden is. In geval van een misdrijf beschikt het rechtstreekse slachtoffer immers evenzeer over een optie tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Tevens kan die kritiek in de kiem worden gesmoord, indien een verdergaande doorwerking van contractuele bedingen op buitencontractueel vlak mogelijk zou zijn.¹²⁴⁸

293. De buitencontractuele aansprakelijkheid als middel om aan de doorwerking van de basisovereenkomst te ontsnappen, is toch wel van beperkt belang omdat een derde-begunstigde voor dezelfde feiten meestal niet tegelijk de buitencontractuele aansprakelijkheid kan invoeren. De begane fout zal immers meestal zuiver contractueel zijn. De keuze voor buitencontractuele aansprakelijkheid is dan ook slechts denkbaar in de context van het vermoede derdenbeding, dat alleen in Frankrijk en dan nog slechts in beperkte mate en daarenboven niet onverdeeld wordt aanvaard.

3. Twee soorten clausules?

a) Frans, Nederlands en Engels recht

294. Uit recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie (telkens van de handelskamer) alsook uit het Nederlandse en Engelse recht lijkt het beginsel van de doorwerking van contractuele clausules naar een derde-begunstigde nog op een andere manier niet zo absoluut te zijn. Niet alle contractuele clausules zijn zonder meer op de rechtstreekse aanspraak van een derde-begunstigde van toepassing.

295. Wat het Franse recht betreft, riep een derde-begunstigde van een aandelenoverdracht als verweer tegen een vordering van de belover voor de Rechtbank van Koophandel een *arbitragebeding* uit de hoofdovereenkomst in. Tegen de mening van de feitenrechter in oordeelde het Franse

¹²⁴⁸ Cf. *infra*, deel IV en V.

Hof van Cassatie in het *Bisutti*-arrest van 4 juni 1985 dat de derde-begunstigde zich niet kan beroepen op een arbitragebeding of eender welk ander beding dat enkel de bedinger en de belover verbindt.¹²⁴⁹

Dit fel becommentarieerd arrest gaf aanleiding tot uiteenlopende interpretaties. Volgens Aubert staat het derdenbeding in beginsel autonoom tegenover de basisovereenkomst en zijn uitzonderingen (zoals de tegenwerpelijkheid van de niet-uitvoering door de bedinger) slechts mogelijk op grond van billijkheidsoverwegingen.

De meest verregaande interpretatie komt van de hand(en) van Ghestin, Billiau en Jamin: een belover zou de exceptie van niet-uitvoering van de persoonlijke verbintenissen van de bedinger niet kunnen inroepen om zich voorlopig aan de verbintenissen tegenover de derde te onttrekken of hij zou de ontbinding van de overeenkomst niet kunnen vorderen tenzij bij tekortkoming aan de verplichtingen tegenover de derde,¹²⁵⁰ al geven zij wel toe dat die rechtspraak een “*facteur de complication*” uitmaakt.¹²⁵¹ In hun visie dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen het derdenbeding zelf en de relatie tussen de belover en de bedinger die vreemd is aan het derdenbeding.¹²⁵²

Larroumet gaat veel minder ver in zijn interpretatie van het *Bisutti*-arrest: excepties op grond van de basisovereenkomst zijn in de regel tegenwerpelijk, tenzij in het geval van bijkomende of accessoire contractuele clausules zoals een arbitrageclausule.¹²⁵³ Volgens Larroumet kan een derde-begunstigde zich niet op een arbitragebeding beroepen omdat hij daartoe niet de vereiste hoedanigheid beschikt, nl. die van medecontractant.¹²⁵⁴

Larroumet en Mondolini gezamenlijk formuleren het dan weer – zij het op een onduidelijke wijze – als volgt: in beginsel leidt het accessoire karakter van een recht op grond van een derdenbeding tot de doorwerking van de contractuele clausules naar de derde toe, maar er zijn uitzonderingen in de mate dat er ook een afzonderlijk recht van de derde voorligt.¹²⁵⁵

¹²⁴⁹ Cass. fr. (com.) 4 juni 1985, *Rép. Not. Defrénois* 1986, 788, noot J.-L. AUBERT, *Bull. civ.* 1985, IV, nr. 178, p. 149, *J.C.P.* 1985, IV, 283. In noot wordt verwezen naar een ander cassatiearrest dat weliswaar niets met derdenbedingen lijkt te maken hebben maar waarin een arbitragebeding tussen een vennootschap en één van haar aandeelhouders niet geldt ten aanzien van een andere aandeelhouder (Cass. fr. (com.) 15 november 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, p. 217, nr. 262)).

¹²⁵⁰ J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, (380) nr. 9, p. 388-389.

¹²⁵¹ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 673, nr. 618.

¹²⁵² J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 693, nr. 636.

¹²⁵³ C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations*, I/3, Parijs, Economica, 1986, p. 821, nr. 821.

¹²⁵⁴ C. LARROUMET, *o.c.*, p. 821, nr. 821 (onderscheid tussen de hoedanigheid van schuldeiser en de hoedanigheid van medecontractant).

¹²⁵⁵ C. LARROUMET, D. MONDOLINI, “Stipulation pour autrui”, *Encycl. Dalloz*, 1998, nr. 53.

In de optiek van LÉGIER zijn er twee soorten clausules: enerzijds deze die het bestaan en de omvang van het recht van de derde bepalen en anderzijds deze die enkel betrekking hebben op de verhouding tussen contractanten. Dit onderscheid is zijns inziens gerechtvaardigd, al kan de toepassing ervan tot moeilijkheden leiden.¹²⁵⁶

Geheel anders is de reactie van Mestre die de zienswijze van het Franse Hof van Cassatie niet genegen is en eerder, zoals in de klassieke leer, voorstander is van een volledige integratie van het derdenbeding in de basisovereenkomst, juist omdat het, zeker in het licht van de uiteenlopende interpretaties in de rechtsleer, zo moeilijk is om een onderscheid te maken tussen de essentiële en minder essentiële clausules. Het beding is ten slotte een deel van een geheel dat het contract vormt. Een onderscheid tussen accessoire clausules en “essentiële” clausules die betrekking hebben op het bestaan en de omvang van de verbintenis, lijkt dan ook in zijn visie niet meteen gerechtvaardigd.¹²⁵⁷

296. Enkele jaren later weigerde de handelskamer van het Franse Hof van Cassatie opnieuw de doorwerking van – ditmaal – een bevoegdheidsbeding uit de overeenkomst tussen een expediteur en een vervoerder naar de derde-bestemming toe. Een dergelijk beding is slechts tegenstelbaar aan “*la partie qui en a eu connaissance et qui l’a acceptée au moment de la formation du contrat*”.¹²⁵⁸ Men zou die houding hierdoor kunnen verklaren dat een dergelijke clausule “*plus facilement détachable du contrat*” is dan bijvoorbeeld een exoneratieclausule of nog dat de begunstigde zich eigenlijk door een verzaking aan het stilzwijgend derdenbeding op een delictuele vordering beroept. Viney acht beide verklaringen evenwel eerder kunstmatig.¹²⁵⁹ Ter vergelijking: bij een rechtstreekse aanspraak op grond van de accessoriumtheorie werkt een bevoegdheidsclausule uit de overeenkomst van de fabrikant wel door.¹²⁶⁰

Viney wijst in dit kader ook nog op het Franse cassatiearrest van 16 januari 1996 dat een op het eerste gezicht aansprakelijkheidsbeperkende clausule uit een cognossement aan de bestemming laat doorwerken, ook al heeft die bestemming geen bijzondere wil geuit om die clausule te aanvaarden, omdat het niet zozeer om een exoneratie gaat als wel om “*une stipulation qui concerne l’économie même du contrat de transport en précisant, sans*

¹²⁵⁶ G. LÉGIER, “Art. 1121-1122 C.Civ. – Stipulation pour autrui”, *J.Cl.Civ.*, 1995, nr. 197; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 671-673, nr. 618 (autonomie van het derdenbeding).

¹²⁵⁷ J. MESTRE, noot onder Cass. fr. (com.) 4 juni 1985, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1986, 593-594.

¹²⁵⁸ Cass. fr. (com.) 26 mei 1992, *J.C.P.* 1992, IV, nr. 2.152.

¹²⁵⁹ G. VINEY, “Action contractuelle d’un tiers au contrat” (Chronique), *J.C.P.* 1992, I, nr. 3.625, p. 503, nr. 15.

¹²⁶⁰ Cass. fr. (civ. III) 30 oktober 1991, *J.C.P.* 1992, IV, nr. 24.

déroger à une règle générale, l'étendue des obligations du transporteur".¹²⁶¹ Is dit arrest wel bedoeld om over het derdenbeding iets te zeggen? In het cassatiearrest was trouwens nergens sprake van art. 1121 C. civ.

Voor de doorwerking van clausules is een aanvaarding door de derde dan ook enkel vereist, indien die clausules "*sont de nature à le priver du bénéfice d'une obligation essentielle ou à entraver gravement la mise en oeuvre de l'action en responsabilité destinée à sanctionner l'inexécution d'une telle obligation*".¹²⁶²

297. Nog een ander cassatiearrest staft de stelling dat niet alle clausules uit de hoofdovereenkomst op de derde van toepassing zijn. In het *Perrier*-arrest van 23 mei 1989 was in de basisovereenkomst ten voordele van de bedinger maar niet van de derde-begunstigde een *strafbeding* opgenomen. Volgens het Franse Hof van Cassatie had de feitenrechter terecht beslist dat de derde-begunstigde zich niet op het strafbeding kon beroepen, maar kon hij niet beslissen dat de derde dan helemaal géén aanspraak op vergoeding kon maken.¹²⁶³

Dat de derde zich niet op het strafbeding kon beroepen, hing evenwel nauw met de feitelijke omstandigheden van het concrete geval samen: het strafbeding had in casu alleen betrekking op de potentiële eigen schade voor de bedinger die zelf schuldeiser was van een verplichting die in omvang veel groter was dan de verplichting waartoe de belover tegenover de derde was gehouden. Het strafbeding was hier totaal vreemd aan de rechtsverhouding tussen de derde en de belover. Indien het strafbeding meer algemeen was bedoeld, zou het beding ook ten voordele van de derde gelden.¹²⁶⁴

298. In het kader van haar algemene visie dat de keuze tussen contractuele en delictuele aansprakelijkheid een vals dilemma is en een autonome, derde regeling voor de professionele aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden wenselijk is,¹²⁶⁵ pleit Viney voor een algemene theorie om te bepalen in welke mate een derde ter gelegenheid van zijn contractuele aanspraak tegen een contractant met de clausules uit diens overeenkomst moet rekening houden. Zij ziet geen plaats meer voor doorwerking van clausules die de derde benadeelde zo *ernstig* kunnen schaden dat die

¹²⁶¹ Cass. fr. (com.) 16 januari 1996, *Bull. civ.* 1996, IV, nr. 21 ("*livraison sous palan*"), met goedkeurende commentaar van G. VINEY, "Chronique. Responsabilité civile", *J.C.P.* 1996, I, nr. 3985, p. 486-487.

¹²⁶² G. VINEY, "Chronique. Responsabilité civile", *J.C.P.* 1996, I, nr. 3985, p. 487.

¹²⁶³ Cass. fr. (com.) 23 mei 1989, *Bull. civ.* 1989, IV, nr. 164.

¹²⁶⁴ Zie de precisering van J. MESTRE, "Des droits du stipulant et du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1990, 73.

¹²⁶⁵ G. VINEY, *Introduction*, p. 448-449, nr. 244.

niet langer een aansprakelijkheidsvordering tegen de contractant kan richten, zoals aansprakelijkheidsbeperkende of –uitsluitende clausules en bevoegdheidsclausules, tenzij de derde die clausules heeft aanvaard. Een toestemming van de derde is nodig opdat die clausules hem tegenstelbaar zouden zijn. Zelfs bij een rechtstreekse aanspraak op grond van de accessoriumtheorie zou niet een volledige doorwerking mogen gelden, wat nochtans tegen de gevestigde opvatting indruist.¹²⁶⁶ Daarmee is zij één van de weinige auteurs die het aandurven om ten aanzien van bepaalde derden met een contractuele aanspraak toch een aantal contractuele clausules niet te laten doorwerken. Zij gaat ervan uit dat een contractuele aanspraak als een voordeel voor een derde is geconcipieerd, terwijl een doorwerking van alle contractuele clausules zonder enig onderscheid het voordeel zou kunnen tenietdoen. Op die wijze meent ze ook een eind te maken aan tegenovergestelde rechtspraak tussen de eerste civiele kamer en de handelskamer van het Hof van Cassatie door voor de opvatting van de handelskamer te opteren.

Hoe moedig dit voorstel ook is, toch blijft het voorgestelde criterium als richtlijn te vaag. Zo blijft het gissen of een aanspraak door bijvoorbeeld een bevoegdheidsclausule wordt belemmerd. Tevens rijst de vraag of het wel vereist is dat, zoals Viney voorstelt, de aanspraak *ernstig* wordt belemmerd of geschaad.

299. In het Nederlandse recht zou een belover zich in een aantal gevallen evenmin kunnen beroepen op verweermiddelen uit de verhouding met de bedinger, al is het bewijs voor die stelling slechts de volgende summiere passage uit de parlementaire voorbereiding: “*Heeft een derdenbeding bij voorbeeld de strekking, de derde een garantie te verschaffen voor de nakoming door de stipulator van een verbintenis, dan kan er geen sprake van zijn dat de promittens alle verweermiddelen die uit zijn verhouding tot de stipulator voortvloeien, aan de derde zou moeten kunnen tegenwerpen.*”¹²⁶⁷

Volgens du Perron leidt het bijzondere karakter van arbitrage- en bevoegdheidsclausules er toe dat de begunstigde derde met die bedingen moet hebben ingestemd,¹²⁶⁸ al heet het in een andere bijdrage van dezelfde auteur dan weer dat alle verweermiddelen tegenwerpelijk zijn, tenzij uitzonderlijk op grond van een handelen in gerechvaardigd vertrouwen op de niet-gelding van het betrokken beding (art. 3:36 N.N.B.W.).¹²⁶⁹

¹²⁶⁶ G. VINEY, *Introduction*, p. 439-440, nr. 240-1.

¹²⁶⁷ C.J. VAN ZEBEN, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, 961. Zie o.m. B. KORTMANN, D. FABER, “Contract and Third Parties”, in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 244-245.

¹²⁶⁸ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 61, nr. 84.

¹²⁶⁹ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 315, nr. 365.

300. De Engelse nieuwe wetgeving die het derdenbeding heeft ingevoerd, bepaalt ook uitdrukkelijk dat arbitrageclausules naar derden kunnen doorwerken, maar geeft geen criterium aan wanneer het arbitrageclausule ook op het derdenbeding slaat. Over bevoegdheidsclausules wordt in de nieuwe wetgeving niet gerept.¹²⁷⁰

De Franse, Nederlandse en Engelse rechtssystemen zijn dus niet langer het standpunt genegen dat alle bedingen uit de hoofdovereenkomst op het derdenbeding van toepassing zijn.

b) Duits en Belgisch recht

301. Het Duitse recht blijft daarentegen voorstander van een uniforme doorwerking. Het is in dit opzicht niet voor een onderscheid tussen soorten clausules gewonnen, zodat een “*prozessrechtliche Einrede*” zoals een “*Schiedsgerichts- oder Gerichtsstandsvereinbarung*” valt onder de groep van “*Einwendungen*” die aan een derde tegenstelbaar zijn.¹²⁷¹

In België schaarde het Hof van Beroep te Brussel zoals ook de rechtsleer zich langs de Duitse kant, aangezien “*degene die zich beroept op een beding ten behoeve van een derde in zijn geheel moet aanvaarden en niet vermag deze clausules te verwerpen die hem niet passen*”.¹²⁷²

De Page ziet de rechtspositie van de derde als “*assez spéciale*”, omdat die derde tegelijk afhankelijk en onafhankelijk van de basisovereenkomst staat.¹²⁷³ Wanneer aldus *zekerheden* in de basisovereenkomst zijn opgenomen, kan een derde-begunstigde zich in principe in zijn voordeel op die zekerheden beroepen, tenzij de zekerheden gelet op de akte of de wil van de partijen exclusief in het voordeel van de bedinger zijn opgenomen.¹²⁷⁴

Daarentegen houdt Dirix er in de context van de werking van een bevoegdheidsbeding in een cognossement ten aanzien van de derde-houder een vergelijkbare opvatting als in Frankrijk (en vooral Viney) op na. Vanuit het beginsel dat een contractant de rechtspositie van een derde buiten diens toestemming niet kan aantasten (wat dus ook geldt voor het derdenbeding), verdedigt hij de zienswijze dat een bevoegdheidsbeding

¹²⁷⁰ C. MACMILLAN, “A Birthday Present for Lord Denning: The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999”, *Mod.L.R.* 2000, 733.

¹²⁷¹ BGH 22 mei 1967, *BGHZ* 48, (35) 45 (verzekeringsovereenkomst – als secundair element). Zie o.m. W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 335.

¹²⁷² Brussel 22 juni 1989, *Pas.* 1990, II, 54 (beschadigde schilderij in tentoonstelling – verzekering); *Pand. B.*, tw. *Stipulation pour autrui*, nr. 127; zie ook I. DE WEERDT, “De bevrachtingsovereenkomst in het Belgisch maritiem recht”, *R.H.A.* 1992, p. 13-14, nr. 14, p. 23, nr. 52-54 (i.v.m. arbitrageclausule uit bevrachtingsovereenkomst, niet geldig tegenover derde-houder); P. JADOUL, “La stipulation pour autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, (408) nr. 40, p. 425.

¹²⁷³ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 679, nr. 701.

¹²⁷⁴ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 680, nr. 704.

of een arbitragebeding een dergelijke aantasting oplevert, omdat ze ertoe strekt om “de derde te onttrekken aan zijn ‘natuurlijke’ rechter”. Een exoneratiebeding is daarvan te onderscheiden, omdat dit het door het cognossement verleende recht enkel “moduleert”.¹²⁷⁵

c) EEX-Verdrag/Verordening

302. In het kader van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, kortweg het EEX-verdrag,¹²⁷⁶ rees de vraag of een derde-begunstigde een beroep kan doen op een in art. 17 van het verdrag bedoeld exclusief bevoegdheidsbeding uit de hoofdovereenkomst.

In *Gerling Konzern* oordeelde het Hof van Justitie dat een derde-begunstigde van een verzekeringsovereenkomst zich op het in die overeenkomst vervatte bevoegdheidsbeding kan beroepen dat, aldus het Hof, juist tot doel heeft de verzekerde te beschermen die in een zwakkere positie staat.¹²⁷⁷ Interessant is vooral de uitlegging van dit arrest door Sir Gordon Slynn bij het *Tilly Russ*-arrest waarin hij als beperkende voorwaarde voor de inroepbaarheid ervan stelt dat “het bevoegdheidsbeding ruim genoeg is om geschillen tussen de begunstigde en de verzekeraar te dekken”.¹²⁷⁸

In het *Tilly Russ*-arrest ging het om de vraag of een vervoerder een bevoegdheidsbeding in een cognossement dat geldig in de verhouding met de inlader was opgenomen, ook *tegen* de derde-houder van het cognossement kan worden ingeroepen. In zijn conclusie benadrukt Gordon Slynn dat in de *Gerling*-case de derde zelf zich op het beding beriep, terwijl in *Tilly Russ* het beding juist tégen de derde werd ingeroepen. De vraag werd door het Hof aan het nationale recht overgelaten. Wanneer de derde-houder als een overnemer van de rechten en plichten van de inlader wordt beschouwd, moet hij zich dit beding laten tegenwerpen. In de lidstaten waar de derde-houder niet zomaar in de schoenen van de inlader treedt, is tussen de derde-houder en de vervoerder een afzonderlijke overeenstemming nodig.

Naar Belgisch recht beliste het Hof van Cassatie dat de derde-houder inderdaad niet zomaar in de rechten en plichten van de inlader treedt

¹²⁷⁵ E. DIRIX, *o.c.*, in *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 302-303.

¹²⁷⁶ Met ingang van 1 maart 2002 vervangen door Verordening EG nr. 44/2001 Raad 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB. L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1-23.

¹²⁷⁷ H.v.J. 14 juli 1983 (*Gerling/Amministrazione del Tesoro dello Stato*), nr. 201/82, *Jur.* 1983, 2503, concl. adv.-gen. G.F. MANCINI.

¹²⁷⁸ Adv.-Gen. Sir Gordon Slynn, concl. onder H.v.J. 19 juni 1984 (nr. 71/83), *Jur.* 1984, p. 2443, kol. 2.

maar veeleer kan bogen op een eigen recht, zodat een bevoegdheidsbeding uit het cognossement hem niet tegenwerpelijk is.¹²⁷⁹

4. Derdenbeding met last

303. De doorwerking van de basisovereenkomst doet geen problemen rijzen, zolang de overeenkomst aan een derde-begunstigde alleen bijkomende rechten verleent. De vraag rijst evenwel in hoeverre een derdenbeding ertoe kan leiden dat een derde-begunstigde tot bepaalde verplichtingen gehouden kan zijn en vooral vanaf wanneer het dan eigenlijk niet meer om een derdenbeding, maar veeleer om een driepartijenovereenkomst of contractoetreding gaat.

In Frankrijk hebben vooral twee cassatiearresten terzake tot heel wat polemiek aanleiding gegeven. Voortaan zou een *stipulation pour autrui avec charges* of, zoals men het dan noemt, een *contrat pour autrui* mogelijk zijn. Eerder kwam het arrest in de bankzaak al aan bod.¹²⁸⁰ In een andere zaak achtte het Franse Hof van Cassatie het een geldig derdenbeding, wanneer een verkrijger van een grondperceel ten aanzien van zijn medecontractant belooft dit aan zijn zoon te schenken en belooft in de schenkingsakte een verbod tot vervreemding of opsplitsing gedurende vijf jaar en een gebod om het in die periode zelf uit te baten, in te voeren. Wanneer de zoon de wil te kennen heeft gegeven om in het bezit ervan te treden en de verkrijger alsnog beslist om het goed niet te schenken maar in de plaats hiervan te verkopen, dan schendt de verkrijger een geldig derdenbeding en veroorzaakt hij schade aan de zoon aan wie de verkrijger een vergoeding moet betalen.¹²⁸¹ De juridische regeling is dan evenwel totaal verschillend van het gewone derdenbeding, omdat het dan gaat om het sluiten van een werkelijk "*contrat pour autrui*".¹²⁸²

Ook in België is het verbod van een last de traditionele stelling.¹²⁸³ Toch gaan ook hier stemmen in de omgekeerde richting op. Zo verdedigde Jadoul onlangs de mogelijkheid van een derdenbeding met last aan de hand van drie voorbeelden uit het sociaal recht (collectieve arbeids-

¹²⁷⁹ H.v.J. 19 juni 1984 (Tilly Russ/Nova), nr. 71/83, *Jur.* 1984, 2417, *R.W.* 1984-85, kol. 109, *T.B.H.* 1985, 98, noot J. LIBOUTON, *Eur. Vervoerr.* 1985, 3; Cass. 18 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 82. Zie ook E. DIRIX, "De externe werking van bevoegdheidsclausules in cognossementen", in *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 301-302.

¹²⁸⁰ Cass. fr. (civ. I) 21 november 1978, *Bull. civ.* 1978, I, nr. 356. Cf. *supra*, nr. 258.

¹²⁸¹ Cass. fr. (civ. I) 8 december 1987, *Bull. civ.* 1987, I, nr. 343.

¹²⁸² Meer daarover in J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 683-688, nr. 630-631.

¹²⁸³ P. JADOUL, "La stipulation pour autrui", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 418, nr. 27. Zie i.v.m. een bevoegdheidsclausule in een cognossement, E. DIRIX, o.c., in *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 302-303.

overeenkomsten) en het verzekeringsrecht (regres tegen bestuurder en IADC-overeenkomst).¹²⁸⁴ Hierbij rijst evenwel de vraag of het in die gevallen nog werkelijk een derdenbeding (met betrekking tot zowel de voorwaarden als de rechtsgevolgen of de juridische regeling) dan wel een autonome rechtsfiguur betreft.¹²⁸⁵

De Franse auteur Martin heeft hiervoor een theoretische oplossing aangeboden, zodat het derdenbeding nog steeds op zich tot nadeel kan strekken van een begunstigde. Met name onderscheidt hij twee contracten: het (eerste) contract waarin het derdenbeding zit vervat en waarbij dit beding geen recht op de uitvoering van een prestatie omvat maar enkel het recht op het sluiten van een (tweede) toekomstig contract waarvan de voorwaarden al vastliggen. De last of de verplichting vloeit dan niet voort uit het derdenbeding als wel uit het tweede contract.¹²⁸⁶

In Engeland heeft de *Law Commission* recent uitgebreid aandacht besteed aan het probleem van het onderscheid tussen een (geldige) *condition* en een (ongeldige) *obligation/burden*.¹²⁸⁷ Volgens de commissie kan een derde slechts gebonden zijn “*in the very limited sense that A can use that condition as the basis of a defence or set-off to a claim by C to enforce the contract*” maar niet “*in the sense that C can be sued for breach of that repairing obligation*”.¹²⁸⁸ Die benadering is gebaseerd op de bekommernis om de derde globaal gezien niet in een slechtere positie te plaatsen.¹²⁸⁹

Ten slotte lijkt het derdenbeding met last in Nederland zonder meer aanvaard, zeker nu het derdenbeding in het algemeen als een meerpartijenovereenkomst wordt beschouwd.¹²⁹⁰

¹²⁸⁴ *Ibid.*, p. 417-421, nr. 28-31.

¹²⁸⁵ Zie b.v. voor collectieve arbeidsovereenkomsten: H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 703, nr. 729.

¹²⁸⁶ D.R. MARTIN, “La stipulation pour autrui”, *D.* 1994, Chron. 145-147.

¹²⁸⁷ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 98, nr. 8-12, p. 124-127, nr. 10.24-10.32.

¹²⁸⁸ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 125, nr. 10.27.

¹²⁸⁹ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 125, nr. 10.28.

¹²⁹⁰ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 44, nr. 38.

HOOFDSTUK II. STRUCTURELE CONTRACT-MODELLEN

304. Het Hof van Cassatie en de rechtsleer houden zich terecht, de ene wellicht bewuster dan de andere, zo ver mogelijk af van feitenkwestes en herleiden een vraagstuk bij gelegenheid nogal vlug tot een feitenkwestie.¹²⁹¹ Daarom is het ook logisch dat een rechter die de werking van een overeenkomst naar derden toe wenst uit te breiden, een beroep doet op constructies zoals vertegenwoordiging, contracttoetreding of derdenbeding waardoor die uitbreiding zich op het feitelijke vlak afspeelt en vaak ongemerkt tot stand kan komen. Met die contractuele modellen wordt de verruiming van de contractwerking weliswaar nog steeds aan de wil van de partijen vastgeknoopt, maar daarmee verwordt het bestaan van die wil soms tot een loutere fictie.

Om die verruimde contractwerking ten aanzien van derden te legitimeren en haar tegelijk niet op een fictieve wil te laten steunen, heeft de rechtsleer sinds het ontstaan van de Code Civil heel wat technieken voorgesteld, die we voor de eenvoud in voorstelling structurele modellen of objectieve theorieën noemen. Een rechter die naar een objectieve –d.w.z. van de, subjectieve, wil van de betrokken personen losstaande – techniek grijpt, getuigt van moed daar hij zich door een openlijke motivering voor kritiek openstelt. Denken we alleen nog maar aan de geschriften die de theorie van de automatische overdracht van een nauw met een overgedragen zaak verbonden schuldvordering teweegbracht, terwijl de dag van vandaag niemand er zich nog aan durft te wagen om die jurisprudentiële rechtsfiguur, ondanks zijn nog steeds twijfelachtige wettelijke grondslag, in vraag te stellen. Het is trouwens opvallend dat de auteurs in Frankrijk doorgaans stoutmoediger voorstellen doen dan in België. Dit betekent niet dat dergelijke voorstellen vlug tot een receptie in de rechtspraak moeten leiden, maar wel dat een – in België nauwelijks bestaande – juridische debatcultuur wordt gestimuleerd. Traditie is zeker op juridisch vlak belangrijk, maar er tegen indruisen is voor de reflectie en eventuele hervormingen in de maatschappij minstens even belangrijk. Getuige onder meer de discussie over de voorstellen tot uitbreiding van rechtstreekse verdringen die hun basis in de wet vinden.

¹²⁹¹ Zie vooral M.E. STORME, “Bedenkingen bij de door het Hof van Cassatie in het privaatrecht gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting. Tegelijk een bijdrage tot de studie van een onderschatte rechtsbron: de traditie”, *T.P.R.* 1995, 971-1048, vooral p. 984, nr. 14.

305. Aan de structurele modellen is het gemeenschappelijk dat een “derde” die bij een bepaalde overeenkomst geen partij is maar bij de uitvoering ervan wel belang heeft, tegen de contractuele schuldenaar een contractuele aansprakelijkheidsvordering laat gelden. In die theorieën staat de contractuele aansprakelijkheid los van de partijwil op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst. Telkens gaat het om een objectieve uitbreiding van de contractuele aansprakelijkheid naar derden toe.

Daartoe behoren achtereenvolgens de onvolmaakte of middellijke vertegenwoordiging, de rechtstreekse vordering, de automatische overdracht van een nauw met een overgedragen zaak verbonden schuldvordering en het meer algemeen, structureel model van de contractgoepen. Ook al had het Duitse *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* ook in dit hoofdstuk aan bod kunnen komen, het wordt pas in deel IV om de aldaar aangehaalde redenen behandeld.

§ 1. HANDELEN IN EIGEN NAAM EN VOOR REKENING VAN OPDRACHTGEVER

306. Een eerste, bijzondere vorm van samenhang tussen contracten doet zich voor bij, wat men noemt, middellijke of onvolmaakte vertegenwoordiging¹²⁹² (*représentation imparfaite/indirecte, mittelbare/unechte/verdeckte/stille/indirekte Stellvertretung, *indirect representation*). De overeenkomst waarbij een tussenpersoon – de middellijke vertegenwoordiger – van een principaal – de middellijke vertegenwoordigde – zijn opdracht tot het sluiten van een contract bekomt (*Innenverhältnis/ innere Verhältnis*), hangt nl. nauw samen met de overeenkomst tussen de middellijke vertegenwoordiger en de derde-medecontractant (*Aussenverhältnis/ Ausführungsgeschäft/ äussere Verhältnis*).¹²⁹³

Bij onmiddellijke vertegenwoordiging sluit een tussenpersoon een overeenkomst voor rekening en in naam van zijn opdrachtgever (*alieno nomine*): in beginsel – in ieder geval wanneer de vertegenwoordiger binnen de perken van zijn bevoegdheid optreedt – wordt die overeenkomst in alle

¹²⁹² Soms is sprake van economische vertegenwoordiging, omdat het economische resultaat uiteindelijk gelijk op dat van de juridische vertegenwoordiging (A. DE THEUX, *Le droit de la représentation commerciale. Etude comparative et critique du statut des représentants salariés et des agents commerciaux*, I, Brussel, C.I.D.C., 1975, p. 279, nr. 202). Daarnaast wordt ook nog het onderscheid gemaakt tussen onvolmaakte en middellijke vertegenwoordiging: middellijke vertegenwoordiging is geen echte vertegenwoordiging omdat er geen rechtstreekse band ontstaat, vertegenwoordiging heet onvolmaakt indien de tussenpersoon ook persoonlijk gebonden is (W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 187-188, nr. 134, noot 6 jo. p. 186, nr. 133, noot 1).

¹²⁹³ Zie o.m. L. SIMONT, “Le problème de la représentation dans le contrat de commission sur marchandises”, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 134, nr. 8; R. VANPETEGHEM, K. BEECKMANS, “De commissionairstructuur in België”, *A.F.T.* 1996, p. 381, kol. 2.

bestudeerde Europese rechtssystemen rechtstreeks aan de opdrachtgever toegerekend.¹²⁹⁴

Bij middellijke vertegenwoordiging zijn de rechtsposities in Europees opzicht minder helder en eenvormig uitgetekend. De tussenpersoon treedt weliswaar op voor rekening van zijn opdrachtgever (*pour compte de, on behalf/account of, für Rechnung*), maar dit keer in eigen naam (*proprio nomine, en propre nom, im eigenen Namen, in his own name*). Doordat de tussenpersoon in eigen naam handelt, staat diens persoonlijke gehoudenheid vast, maar is het betwist of en in welke mate tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant een rechtstreekse relatie ontstaat, op grond waarvan wederzijdse aanspraken kunnen ontstaan.

In de transportsector bestaat er aldus een nauwe band tussen de opdrachtgever, de commissionair-expediteur en de vervoerder.¹²⁹⁵ Ook voor alledaagse, niet-professionele verrichtingen, zoals de aankoop van een computer, kan een persoon aan een ander de opdracht geven om in diens eigen naam maar voor rekening van zijn opdrachtgever de aankoop uit te voeren.

De middellijke vertegenwoordiging heeft diverse verschijningsvormen. Het meest aangehaalde typevoorbeeld is de commissieovereenkomst, die vaak het exclusieve object van studies inzake middellijke vertegenwoordiging vormt. De expeditieovereenkomst is dan weer eigen aan de transportwereld en is vaak aan bijzondere regels onderworpen. De naamlener of stroman wordt doorgaans als het burgerrechtelijke equivalent van de commissionair beschouwd. Een toepassing van naamgeving in het vennootschapsrecht vindt plaats in de context van een stille vennootschap, waarbij de stille vennoot als opdrachtgever fungeert.

¹²⁹⁴ Cf. *supra*, nr. 86.

¹²⁹⁵ In het transportrecht neemt de commissieovereenkomst een bijzondere plaats in. De rechtspositie van twee op het eerste gezicht nauw aan elkaar verwante commissionairs moet evenwel goed van elkaar worden gescheiden, de commissionair-expediteur en de commissionair-vervoerder. Beide staan tussen enerzijds de opdrachtgever en anderzijds de rederij, degene die een schip uitrust en die de scheepseigenaar kan maar niet moet zijn (*armateur, Reederei*). Enerzijds heeft de commissionair-expediteur (verzender-commissionair, *expéditeur, forwarding agent, Spediteur*) tot opdracht de vrachtgoederen voor de verzender (*le chargeur, Versender/Auftraggeber*) voor rekening van zijn committent maar in eigen naam te verzenden. Hij bereidt het vervoer voor en moet met een derde-medecontractant de vervoerovereenkomst (*contrat de transport, Frachtvertrag, carriage contract*) sluiten. Zijn rechtspositie stemt overeen met die waaronder de commissionair in het algemeen valt. Anderzijds is een commissionair-vervoerder geen echte commissionair, bekleedt hij dezelfde rechtspositie als ware hij zelf de vervoerder (*transporteur, carrier*) en is hij een handelstussenpersoon die in eigen naam handelt. Hij wordt dan ook de "papieren vervoerder" genoemd en is tot een resultaatverbintenis gehouden. De commissionair-expediteur daarentegen heeft enkel tot taak de goederen te doen vervoeren en de formaliteiten die bij een transport te pas komen, zoals douaneverplichtingen, te vervullen.

307. Elk van de betrokkenen heeft zo zijn eigen redenen waarom de tussenpersoon in eigen naam dient te handelen. De *tussenpersoon* heeft er alle belang bij om te vermijden dat de partijen voor actuele en/of toekomstige transacties rechtstreeks met elkaar in contact komen, omdat de tussenpersoon anders zijn commissie als vergoeding voor zijn dienstverlening en zijn expertise (waaronder in niet geringe mate de kennis van de marktomgeving) aan zijn neus kan zien voorbijgaan.

Voor de *derde*-medecontractant is het in internationale transacties gemakkelijker om in plaats van de buitenlandse opdrachtgever veeleer de lokale tussenpersoon aan te spreken.¹²⁹⁶ Vaak wil die derde niet eens dat hij met de opdrachtgever verbonden is, maar wil hij enkel een contractuele verhouding met de tussenpersoon.

De *opdrachtgever*, ten slotte, kan zich op zijn kernactiviteit toelleggen en geniet van de kredietfunctie van middellijke vertegenwoordiging: hij kan met name voordeel halen uit de kredietwaardigheid van zijn tussenpersoon.

308. Bij middellijke vertegenwoordiging concretiseert het verband tussen de twee samenhangende overeenkomsten zich in het vertegenwoordigings-element.

De algemeen gangbare vanzelfsprekendheid waarmee het begrip middellijke vertegenwoordiging in de mond wordt genomen, is evenwel misleidend. Wanneer de vertegenwoordiging, zoals in de traditionele leer, als het handelen voor rekening én in naam van de opdrachtgever wordt beschouwd, dan is het een *contradictio in terminis* om in geval van handelen in eigen naam van (middellijke) vertegenwoordiging te spreken. In de moderne rechtsleer waar vertegenwoordiging als de toerekening van een rechtshandeling aan een ander dan de handelende persoon wordt omschreven,¹²⁹⁷ is het begrip van middellijke vertegenwoordiging niet langer neutraal en is het slechts zinvol indien er tussen de vertegenwoordigde en de derde-medecontractant ook effectief een rechtstreekse contractuele band ontstaat.¹²⁹⁸

Eenzelfde dubbelzinnigheid zit ook verscholen in het begrip van het handelen in eigen naam. In de eigenlijke, feitelijke zin komt het handelen in eigen naam erop neer dat de derde-medecontractant de identiteit van de opdrachtgever *de facto* niet kent. In de oneigenlijke, juridische zin wijst het begrip zelf reeds op het rechtsgevolg, althans op de heersende leer

¹²⁹⁶ Zie H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 35-36 (precies daarom aanvaardde het Engelse recht in het geval van *foreign principals* een persoonlijke gehoudenheid van de tussenpersoon).

¹²⁹⁷ Cf. *infra*, nr. 232.

¹²⁹⁸ A. DE THEUX, *o.c.*, p. 279-280, nr. 202 ("*contradiction interne*").

waarin tussen opdrachtgever en derde-medecontractant geen rechtstreekse band wordt aanvaard.¹²⁹⁹

309. Net zoals bij het derdenbeding, vallen de hoedanigheden van contractpartij en belanghebbende niet met elkaar samen.¹³⁰⁰ Waar dit uiteindelijk geen voldoende grond bleek te zijn om de afdwingbaarheid van een derdenbeding te ontkennen,¹³⁰¹ rijst de vraag of ook bij middellijke vertegenwoordiging het verzet tegen een rechtstreekse band nog langer gerechtvaardigd is.

Die vraag vergt een analyse van de middellijke vertegenwoordiging in het Belgische en Franse recht (B) en in een ruimer, rechtsvergelijkend perspectief (C), alvorens tot een synthese te kunnen komen (D). Voorafgaand dient de middellijke vertegenwoordiging nog tegenover het handelen voor rekening en in naam van de opdrachtgever, alsook tegenover het optreden voor eigen rekening met doorverkoop te worden afgebakend (A).

A. Onmiddellijke vertegenwoordiging en doorverkoop

310. De middellijke vertegenwoordiging (handelen voor rekening van de opdrachtgever maar in eigen naam) is slechts één van de drie te onderscheiden rechtsfiguren om het handelen van een tussenpersoon die een rechtshandeling dient te stellen, te kwalificeren. Daarnaast kan een tussenpersoon ook voor eigen rekening en in eigen naam handelen dan wel voor rekening én in naam van zijn opdrachtgever (onmiddellijke/directe/volmaakte vertegenwoordiging, *représentation directe/parfaite, direkte/unmittelbare/echte Stellvertretung, direct representation* *).

311. Bij onmiddellijke vertegenwoordiging is er niet alleen de bedoeling van de handelende tussenpersoon om als vertegenwoordiger op te treden, maar is die bedoeling ook aan de derde-medecontractant kenbaar.¹³⁰²

Bij middellijke vertegenwoordiging is de transparantie van de onderlinge rechtsverhoudingen veel kleiner, doordat de tussenpersoon in de externe verhouding met de derde-medecontractant de interne verhouding met zijn opdrachtgever niet volledig onthult. Aan het verhullen van die interne verhouding kunnen twee situaties ten grondslag liggen. Ofwel

¹²⁹⁹ P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1969, p. 23, nr. 14.

¹³⁰⁰ Zie reeds J.L.P. CAHEN, "Het omslagpunt bij de middellijke vertegenwoordiging", in *Op de grenzen van komend recht (Beekhuis-bundel)*, Deventer, Kluwer, 1969, 67-83, in het bijzonder 69.

¹³⁰¹ Zie C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 11, nr. 3.

¹³⁰² ASSER-VAN DER GRINTEN, p. 7, nr. 9.

verleent de opdrachtgever in zijn lastgevingsovereenkomst aan de tussenpersoon weliswaar vertegenwoordigingsbevoegdheid (volmacht), maar handelt die tussenpersoon niettemin in eigen naam. Ofwel legt de lastgevingsovereenkomst aan de tussenpersoon precies een gebod op om het één en het ander geheim te houden; bij een dergelijke lastgeving zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid wil de opdrachtgever tegenover de tussenpersoon wel verbonden zijn, maar wil hij zich niet vertegenwoordigd zien.

Het gebrek aan transparantie bij middellijke vertegenwoordiging kan wel verschillende vormen aannemen. In de meest extreme vorm is de derde-medcontractant niet eens van het bestaan van de middellijke vertegenwoordiging op de hoogte (verborgen of interne middellijke vertegenwoordiging). In de andere vorm is de derde-medcontractant daarvan wel op de hoogte en blijft soms de identiteit van de vertegenwoordigde onbekend (openlijke of externe middellijke vertegenwoordiging). De band tussen de drie betrokkenen of de samenhang tussen de twee overeenkomsten wordt dan ook nauwer wanneer de middellijke vertegenwoordiging openlijk van aard is.¹³⁰³

312. Het onderscheid tussen handelen voor eigen rekening en middellijke vertegenwoordiging komt voornamelijk in de context van koopovereenkomsten tot uiting. Wanneer de tussenpersoon voor eigen rekening een goed verkoopt, is er sprake van een doorverkoop of een koop-verkoop via tussenpersoon (*purchase for resale, Eigengeschäft*): verschillende koopovereenkomsten volgen elkaar op en de partijen handelen telkens voor eigen rekening, zoals de tussenpersonen die krachtens (exclusieve) distributie-, licentie- en franchise-overeenkomsten optreden.¹³⁰⁴

Het onderscheid tussen beide handelswijzen (middellijke vertegenwoordiging dan wel doorverkoop) is niet in abstracto te maken en is in grote mate een feitenkwestie die niet voor controle door het Hof van Cassatie vatbaar is. Relevante factoren die in de richting van de middellijke vertegenwoordiging wijzen, zijn volgens de rechtsleer de betaling van een commissieloon aan de tussenpersoon, de afwezigheid van onmiddellijke

¹³⁰³ J.L.P. CAHEN, o.c., in *Op de grenzen van komend recht (Beekhuis-bundel)*, Deventer, Kluwer, 1969, 72-73.

¹³⁰⁴ C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, Gent, Story, 1978 (hierna *Lastgeving*, in *A.P.R.*), p. 24-25, nr. 42; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1997 (hierna *Lastgeving*, in *A.P.R.*), p. 35, nr. 46; *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-003 en 31-020; G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Agency*, Londen, Butterworths, 1996, p. 28-29; F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency*, art. 1, p. 19-22; H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, I. Wel kan de verplichting bestaan om de goederen bij niet-verkoop terug te geven, in welk geval we van een verkoop onder ontbindende voorwaarde kunnen spreken (zie B. TILLEMANN, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 35, nr. 46).

eigendomsoverdracht¹³⁰⁵ of het bestaan van een vooraf vastgelegde voortverkoopprijs.¹³⁰⁶

313. De vraag rijst of aan de drie situaties – onmiddellijke vertegenwoordiging, middellijke vertegenwoordiging en doorverkoop – die in talloze opzichten met elkaar vergelijkbaar zijn, nog wel in dezelfde mate verschillende rechtsgevolgen moeten kleven zoals in het positieve recht nog gebeurt, temeer daar het onderscheid tussen de drie situaties in concreto vaak wazig blijft.

Hierna zal blijken dat die vraag met betrekking tot het onderscheid tussen de middellijke en onmiddellijke vertegenwoordiging in Europees perspectief op een zeer uiteenlopende wijze wordt behandeld.

Maar ook het onderscheid tussen de doorverkoop en de onmiddellijke vertegenwoordiging kan in vraag worden gesteld. Bij de doorverkoop of het handelen van een tussenpersoon voor eigen rekening zijn slechts sommige rechtssystemen ertoe bereid om in de verhouding tussen opdrachtgever en de derde-medecontractant een rechtstreekse aanspraak toe te laten, zij het dan nog beperkt tot een éénrichtingsverkeer. Volgens de heersende leer in het Belgische en Franse recht bestaat een rechtstreekse verhouding enkel bij doorverkoop, maar niet bij commissie. Is er wel een voldoende gerechtvaardigd verschil tussen beide situaties? Stemt het nog wel overeen met het gelijkheidsbeginsel wanneer een koper tegen een verderstaande verkoper kan ageren als de intermediaire verkoper in eigen naam en voor eigen rekening heeft gehandeld, terwijl die mogelijkheid de koper niet ter beschikking staat wanneer de tussenpersoon weliswaar in eigen naam maar voor andermans rekening heeft gehandeld? Zo is het niet verwonderlijk dat de Nederlandse regeling inzake kwalitatieve rechten (overgang van schadevergoedingsvordering in geval van doorverkoop) in zekere mate vergelijkbaar¹³⁰⁷ is met de aldaar uitgewerkte en verder beschreven regeling inzake lastgeving in eigen naam.¹³⁰⁸

B. Belgisch en Frans recht

314. Bij de vraag of bij middellijke vertegenwoordiging voor een rechtstreekse verhouding tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant plaats is, grijpen de meeste studies in verband met de middellijke vertegen-

¹³⁰⁵ C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 25, nr. 43; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 35, nr. 46.

¹³⁰⁶ B. TILLEMANN, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 35, nr. 47.

¹³⁰⁷ W.H.M. REEHUIS, E.E. SLOB, *Boek 7. Bijzondere overeenkomsten*, in C.J. VAN ZEBEN (ed.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 356 sub art. 412 (hierna *Parl. Gesch.*, boek 7).

¹³⁰⁸ Over die regeling cf. *infra*, nr. 351 et seq.

woordiging meteen naar de twee bekende toepassingsfiguren van de naam-
lener en de commissionair. Een analyse van de externe verhouding bij
middellijke vertegenwoordiging kan inderdaad niet zonder een goed be-
grip van de relevante bijzondere overeenkomsten: lastgeving, commissie
en naamlening (1).¹³⁰⁹

Alhoewel middellijke vertegenwoordiging in België en in Frankrijk
meestal vanuit de genoemde bijzondere contracten wordt geanalyseerd,
is het voor de algemene theorie van de middellijke vertegenwoordiging
toch niet determinerend dat een tussenpersoon nu een naamlener dan
wel een commissionair is. Het is niet zozeer de interne verhouding tussen
de opdrachtgever en de tussenpersoon maar wel de externe verhouding
tussen de tussenpersoon en de derde-medecontractant, die determinerend
is voor het vraagstuk van de rechtstreekse verhouding bij middellijke ver-
tegenwoordiging (2).

1. Lastgeving, commissie en naamlening

a. Lastgeving versus naamlening en commissie

315. Als het tot de opdracht van een tussenpersoon behoort om voor
rekening van zijn opdrachtgever (achterman / principaal, *donneur d'ordre*,
Auftraggeber/ Geschäftsherr, principal) rechtshandelingen te stellen, verschilt
de interne verhouding tussen beide naargelang de aard van het contract
van tussenpersoon (*intermédiaire, intermediary, Mittelsperson*): lastgeving
(*mandat, Auftrag, mandate**), commissie (*commission, Kommissionsvertrag*,
commission agency)*¹³¹⁰ of naamlening (*prête-nom*).

Bij het uitvoeren van een (eigenlijke¹³¹¹) lastgeving handelt de
tussenpersoon (lasthebber) in naam¹³¹² en voor rekening van de lastgever:
de derde-medecontractant is van het bestaan van de lastgevingsovereen-
komst alsook van de identiteit van de lastgever¹³¹³ op de hoogte, zodat, eens
de overeenkomst gesloten, de lasthebber ten aanzien van de derde-mede-
contractant geen rechten kan laten gelden of tot enige verplichting is ge-
houden.

¹³⁰⁹ Het onderscheid is niet alleen belangrijk voor het vraagstuk van de directe betrekkingen
tussen opdrachtgever en derde-medecontractant. Zo beschikt bijvoorbeeld alleen een com-
missionair over een voorrecht (art. 14 W.Kh.).

¹³¹⁰ Dit is de meest gangbare vertaling, al bestaat er geen equivalent in het Engelse recht. Soms
omschrijft men de commissionair als de "*agent of undisclosed principal*" (*Chitty on Contracts*, II,
nr. 31-004, noot 13).

¹³¹¹ D.w.z. lastgeving met vertegenwoordigingsbevoegdheid, cf. *infra*, nr. 318.

¹³¹² Cass. 27 maart 1968, *Arr. Cass.* 1968, 977, *Pas.* 1968, I, 916.

¹³¹³ Dit is niet steeds het geval: cf. K. BROECKX, "Vertegenwoordiging in rechte en naamlening
in het geding", *R.W.* 1994-95, p. 250, nr. 21.

In andermans naam handelen betekent dat de vertegenwoordiger zich als dusdanig (als tussenpersoon) aanbiedt of presenteert (*representation of authority*), terwijl voor andermans rekening handelen betekent dat het de bedoeling is dat de gevolgen van de handeling in hoofde van een andere persoon dan de effectief handelende persoon intreden.¹³¹⁴

Het handelen voor eigen dan wel andermans rekening bepaalt wie door de handeling uiteindelijk verbonden wil zijn, terwijl het handelen in eigen dan wel andermans naam erop wijst wiens bevoegdheden de handelende persoon uitoefent, zijn eigen dan wel andermans – gedelegeerde – bevoegdheid.¹³¹⁵

316. De naamgeving en de commissie onderscheiden zich van de lastgeving, doordat de tussenpersoon niet langer de opdracht krijgt om in naam van de opdrachtgever maar wel in eigen naam te handelen.¹³¹⁶

Een tussenpersoon is volgens het Belgische Hof van Cassatie een naam-lener, wanneer “*ieemand in eigen naam voor rekening van een ten aanzien van derden niet genoemde lastgever een rechtshandeling verricht*”.¹³¹⁷ Een naam-lener leent zijn naam uit voor een transactie waarvoor hij slechts omwille van de eraan verbonden schijn in eigen naam optreedt.¹³¹⁸

Van de commissieovereenkomst die door multinationals vaak om fiscale redenen wordt verkozen,¹³¹⁹ bestaat er zelfs een wettelijke begripsbepaling: “*Commissionair is hij die op zijn eigen naam of onder een maatschappelijke naam handelt voor rekening van een opdrachtgever*”.¹³²⁰

¹³¹⁴ P. PÉTEL, *Encycl. Dalloz*, tw. *Représentation*, 1993, nr. 24 (“*destiné à produire ses effets de droit à l’égard d’une personne autre que son auteur*”).

¹³¹⁵ M. STORCK, *La représentation*, 270 p. Over het begrip van gedelegeerde bevoegdheid, W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*.

¹³¹⁶ De commissionair onderscheidt zich van de makelaar, omdat voor die laatste niet zozeer het sluiten van een overeenkomst maar wel het samenbrengen van partijen (bemiddeling) de essentiële taak uitmaakt. Hij onderscheidt zich van een handelsagent, omdat die laatste in naam van zijn opdrachtgever optreedt.

¹³¹⁷ Cass. 15 januari 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 619, nr. 295 (*letter of subrogation*), fel bekritiseerd wegens zijn “woordfetisjisme” (zie M.E. STORME, “Rechtsovervolgving onder bijzondere titel tijdens het burgerlijk geding in België en Nederland”, *R.W.* 1993-94, p. 175, noot 54 en aldaar geciteerde verwijzing). Zie ook reeds Cass. fr. (civ.) 8 mei 1872, S. 1873, I, 366, noot (verbintenis tot betaling geldsom); Cass. fr. (req.) 3 mei 1893, S. 1897, I, 487 (verkoop); Cass. 21 oktober 1948, *Pas.* 1948, I, 585.

¹³¹⁸ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, p. 471, nr. 477, sub A.

¹³¹⁹ Zie voor details R. VANPETEGHEM, K. BEECKMANS, “De commissionairstructuur in België”, *A.F.T.* 1996, 379-402 (vaste inrichting of niet). Terwijl eerder juist werd gewezen op geringer belang: *R.P.D.B.*, tw. *Commission*, Compl. III, nr. 2 (J.-J. STRYCKMANS).

¹³²⁰ Art. 12 Titel VII W.Kh. Zie ook Cass. 6 juni 1967, *Pas.* 1967, I, 1187 (koopcommissionair); Kh. Antwerpen 6 juni 1975, *R.H.A.* 1974, 483; Rb. Brussel 10 juni 1976, *Pas.* 1976, III, 69; Bergen 22 januari 1990, *Pas.* 1990, II, 145. Voor het Franse recht het vergelijkbaar art. 94 eerste lid *Code du commerce*, Cass. fr. (com.) 8 december 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, nr. 414.

Bij beide overeenkomsten heerst er tussen de partijen onderling een lastgevingsverhouding, maar tegenover derden houdt de tussenpersoon die interne verhouding in min of meerdere mate verborgen.¹³²¹

317. Reeds lang wordt algemeen aanvaard dat een naamlening in principe geoorloofd is – zoals ook elke gesimuleerde handeling –, tenzij de partijen op die manier de bedoeling hebben om een regel van dwingend recht te miskennen (wetsontduiking) of om bedrieglijk een inbreuk te plegen op de rechten van derden, waaronder vooral de schuldeisers en de fiscus in het bijzonder.¹³²² Zo is een naamlening niet geoorloofd wanneer ze ertoe strekt om een fiscale bepaling te omzeilen (wat vaak voorkomt bij een bankrekening op naam van een stroman), om goederen op bedrieglijke wijze aan het algemene pandrecht van schuldeisers te onttrekken of, nog, om schuldvergelijking te voorkomen.¹³²³

318. Over het onderscheid tussen lastgeving enerzijds en de naamlening en commissie anderzijds bestaat heel wat betwisting, al is die vaak polemisch van aard. In onze rechtsliteratuur wordt soms getwist over de kwalificatie van een overeenkomst als lastgeving, wanneer de tussenpersoon in de inwendige verhouding geen vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft.

Met name wordt betwist of een lastgeving niet *in se* vertegenwoordigingsbevoegdheid insluit, zodat een lastgeving zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid een logische onmogelijkheid zou worden. Terwijl sommige auteurs de naamlening en de commissie als een lastgeving zonder vertegenwoordiging (*mandat non représentatif*) beschouwen (alle kenmerken van een lastgeving zijn aanwezig, behalve dat daarbij nog de instructie komt om met de opdrachtgever geen contractuele band te creëren), kwalificeren

¹³²¹ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, p. 475-476, nr. 479. Een verborgen mandaat (*mandat occulte*) is geen fictief mandaat (*Pand. B.*, tw. *Prête-nom*, nr. 20).

¹³²² C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 23, nr. 40; H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, p. 475, nr. 478. Cass. 6 mei 1915, *Pas.* 1915-16, I, 285, concl. PHOLIEN (“*sans fraude à la loi et sans préjudice pour le débiteur*”; subrogant als naamlener van solvens en dus als schijnbare schuldeiser; de schuldenaar kan simulatie alleen dan invoeren wanneer de werkelijke schuldeiser na betaling aan de naamlener nog eens betaling zou eisen); Cass. 21 oktober 1948, *Pas.* 1948, I, 585, *R.H.A.* 1949, 5, noot J. VAN DOOSSELAERE (“*illicite que si elle a pour effet de nuire aux droits de la partie adverse ou dissimule une fraude à la loi*”; reeds vergoed verzekerde als naamlener van verzekeraar); Cass. 25 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 986, *J.L.M.B.* 1994, 218, *Proces en Bewijs* 1994, 74 (ongoorloofd “*als ze afbreuk doet aan de rechten van de tegenpartij of een wetsontduiking verbergt*”; de schuldenaar had tegenover de echte schuldeiser kunnen invoeren dat i.v.m. het verlies van een aangetekende zending geen vergoeding verschuldigd was). Over het onderscheid tussen *fraude à la loi* en *fraude aux tiers*, zie P. VAN OMMESLAGHE, “*Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi*”, *R.C.J.B.* 1976, 303-350.

¹³²³ C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 23, nr. 40; H. DE PAGE, *Traité*, V, p. 475, nr. 478.

anderen beide overeenkomsten als overeenkomsten *sui generis*. Voor de eerste groep van auteurs is bij een opdracht tot handelen in eigen naam de vertegenwoordigingsbevoegdheid (*authority/power of representation*³²⁴, *Vertretungsmacht*) dus niet altijd noodzakelijk voor of inherent aan de overeenkomst van lastgeving. Nog anderen zien de naamlening als een overeenkomst met voorwaardelijk volmaakte vertegenwoordiging, terwijl ze in de commissie een lastgeving met middellijke vertegenwoordiging zien.

Vandaag de dag is die discussie op de achtergrond geraakt, aangezien de wetsbepalingen inzake lastgeving, met uitzondering van de bepalingen met betrekking tot vertegenwoordiging, op beide overeenkomsten toepasbaar zijn, zij het rechtstreeks, zij het bij analogie. Een commissionair of een naamlener is eigenlijk een bijzondere soort van lasthebber. De discussie is dan ook nodeloos en volstrekt dogmatisch omdat het eindresultaat van beide redeneringen hetzelfde is.³²⁵

Die discussie is trouwens van weinig nut voor de problematiek van derdenwerking: de vraag is net of er sprake kan zijn van een rechtstreekse verhouding tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant, ook wanneer de tussenpersoon niet over een vertegenwoordigingsbevoegdheid (in de zin van bevoegdheid tot handelen in naam van) beschikt (of wanneer die bevoegdheid wordt verhuld).

b. Naamlening versus commissie

319. Het verschil tussen naamlening en commissie is, ondanks het bestaan van de twee eerder aangehaalde en algemeen aanvaarde definities, minder eenduidig dan het zonet beschreven onderscheid van die beide overeenkomsten met de lastgeving.

In ieder geval vloeit het verschil tussen beide overeenkomsten niet zozeer voort uit de handeling van de opdrachthouder of de externe verhouding met de derde-medecontractant (= in welke mate openbaart de tussenpersoon ten aanzien van de derde zijn onderliggende relatie met de principaal?), als wel uit de inhoud van de betreffende overeenkomst of de interne verhouding tussen de principaal en de tussenpersoon.

Volgens een eerste onderscheidingscriterium zou een commissieovereenkomst steeds onder bezwarende titel worden gesloten, terwijl een naamlening eveneens om niet kan zijn.³²⁶ Dit criterium lijkt evenwel geen

³²⁴ Over de voorkeur voor “power” boven “authority” zie W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning*, Westport, Greenwood, 1978, 50-52.

³²⁵ B. TILLEMANS, *Lastgeving*, A.P.R., p. 3, nr. 3, met talloze verwijzingen naar de verschillende strekkingen.

³²⁶ Zie o.m. L. FREDERICQ, *Handboek*, I, p. 263, nr. 227.

essentieel onderscheid te zijn omdat een naamgeving evengoed tegen vergoeding kan tot stand komen.¹³²⁷

Het tweede en ook het meest gangbare criterium is het verschil in transparantiegraad.¹³²⁸ Een lasthebber onthult in beginsel zowel zijn hoedanigheid als de identiteit van de lastgever – daarom is er ook sprake van volmaakte vertegenwoordiging. Een commissionair zou dan weer wel de identiteit van zijn opdrachtgever maar niet zijn hoedanigheid verbergen, terwijl een naamleener bovenop de identiteit van zijn opdrachtgever ook nog zijn hoedanigheid verbergt.¹³²⁹ Dit onderscheid sluit nauw aan bij de visie van een grote groep auteurs als zou een naamgeving één van de verschijningsvormen van simulatie (art. 1321 B.W.) uitmaken omdat die partijen de bedoeling hebben om de opdracht op zich te verbergen,¹³³⁰ terwijl een commissieovereenkomst enkel wordt gesloten opdat de commissionair persoonlijk gehouden zou zijn. Het is immers één van de functies van de commissieovereenkomst dat de derde op de kredietwaardigheid van de commissionair kan rekenen.¹³³¹

Toch kan ook het criterium van de transparantiegraad niet langer op eenieder instemming rekenen. In de eerste plaats is dit criterium voor sommige auteurs weliswaar één van de verschillen tussen beide overeenkomsten, maar is het niet doorslaggevend voor het bepalen van de respectieve rechtsposities.¹³³² Meer nog, het onderscheid valt niet steeds met de

¹³²⁷ Zie A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie. Theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, p. 219, nr. 232; *R.P.D.B.*, tw. *Commission*, Compl. III, nr. 16 (J.-J. STRYCKMANS).

¹³²⁸ F. LEDUC, “Réflexions sur la convention de prête-nom. Contribution à l’étude de la représentation imparfaite”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1999, p. 286, nr. 3; P. LE TOURNEAU, *Encycl. Dalloz*, tw. *Mandat*, nr. 49 en 69.

¹³²⁹ C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 23, nr. 39; *R.P.D.B.*, tw. *Commission*, Compl. III, nr. 16 (J.-J. STRYCKMANS); L. SIMONT, “Exposé introductif”, in *Les intermédiaires commerciaux*, Brussel, JBB, 1990, p. 12; M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *T.P.R.* 1998, p. 765, nr. 97; M.E. STORME, “De kwaliteitsrekening, zakenrechtelijk bekeken”, in E. DIRIX, R.D. VRIESENDORP, *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer, Kluwer 1998, p. 62, nr. 15 (openlijk versus verborgen); W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 481-482, nr. 148; M. VAN GRIMBERGEN, “Fiscale gevolgen van de verkoop van een onroerend goed waarbij de koper verklaart te verwerven, hetzij voor zichzelf, hetzij voor een derde die hij zal aanwijzen”, *Notarius* 1990, p. 174, kol. 2; R. VANPETEGHEM, K. BEECKMANS, o.c., *A.F.T.* 1996, p. 380, kol. 2; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 10, nr. 7; M. WAGEMANS, “Le mandat, la commission, le courtage et la filialisation”, in X, *La distribution commerciale dans tous ses états*, Brussel, JBB, 1997, p. 173, nr. 8; P. WÉRY, *Le mandat*, p. 111, nr. 54. Voor het Franse recht zie P. MALAURIE, L. AYNES, *Cours de droit civil*, VIII, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Parijs, Cujas, 1995, p. 291, nr. 538.

¹³³⁰ De toepassing van de simulatieleer op de naamgeving vindt in de moderne rechtsleer niet langer unaniem genade (cf. *infra*, nr. 324).

¹³³¹ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, p. 473-474, nr. 477a; L. SIMONT, “Le problème de la représentation dans le contrat de commission sur marchandises”, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 131, nr. 4.

¹³³² Zie F. LEDUC, o.c., *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1999, 297.

realiteit samen. Zo hoeft ook een lasthebber niet steeds de identiteit van zijn lastgevers weer te geven.¹³³³

Wat de commissionair betreft, is de derde-medecontractant weliswaar per hypothese op de hoogte van de hoedanigheid van een *professioneel* commissionair, maar dit hoeft niet zo te zijn wanneer de commissionair slechts occasioneel of niet-beroepsmatig een commissieovereenkomst sluit. Het gegeven dat de derde-medecontractant van de hoedanigheid van de commissionair niet op de hoogte is, verhindert de kwalificatie van commissieovereenkomst niet (het is precies de interne verhouding die terzake determinerend is en niet de effectieve transparantie die in de externe verhouding tot uiting wordt gebracht).

Volgens een laatste onderscheidingscriterium treedt een tussenpersoon als commissionair op wanneer hij een handelsdaad stelt,¹³³⁴ en als naam-lener wanneer hij een burgerrechtelijke daad verricht.¹³³⁵ Dit criterium zou voortvloeien uit het feit dat de commissieovereenkomst enkel in het W.Kh. wordt geregeld.¹³³⁶ De commercialiteitsvoorwaarde wordt door gezaghebbende auteurs zo ingevuld dat de te verrichten handeling op het goederen-verkeer of op de handel in waardepapieren betrekking moet hebben.¹³³⁷

Opnieuw is het betwistbaar of de commercialiteitsvoorwaarde nog langer geldt. Zo besliste het Hof van Beroep te Brussel dat voor de handelsrechtelijke aard van een *makelaarsverrichting* (*courtier*) de aard van de handeling waarvoor hij bemiddelt, irrelevant is.¹³³⁸ Het is mijns inziens dan

¹³³³ Cf. *supra*.

¹³³⁴ Wat de lastgeving betreft, kan die in hoofde van zowel de lastgever als de lasthebber een handelsdaad uitmaken (P. WÉRY, *Le mandat, o.c.*, p. 68-69, nr. 13). Zie ook L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 129, nr. 2.

¹³³⁵ B. CATTOIR, "Art. 12-13 W. 5 mei 1872", in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1991, nr. 1 en 5; E. DAUBRESSE, *Les Nouvelles, Droit commercial*, I, tw. *Des commerçants*, nr. 192; P.A. FORIERS, "Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillites", *J.T.* 1980, p. 421, kol. 3; *Pand. B.*, tw. *Commission (Contrat de)*, nr. 1 en 8; C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 22, nr. 35; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 8, nr. 10; R. VANPETEGHEM, K. BEECKMANS, *o.c.*, *A.F.T.* 1996, p. 399, noot 5.

¹³³⁶ *Pand. B.*, tw. *Commission (Contrat de)*, nr. 9.

¹³³⁷ B. CATTOIR, *o.c.*, in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1991, nr. 5; *R.P.D.B.*, Compl. V, tw. *Commerce-commerçant*, nr. 33 (DEL MARMOL); J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 11, nr. 10 en I, 1976, p. 360, nr. 383 ("elle doit intéresser la circulation des produits ou de titres de crédit"). Vele verwijzingen naar A. PONSARD, "Le contrat de commission dans le code de commerce et la doctrine postérieure", in *Le contrat de commission. Etudes de droit commercial sous la direction de Joseph Hamel*, 78 en 80. Vergelijk met L. FREDERICQ, *Handboek*, I, p. 143, nr. 118.

¹³³⁸ Brussel 7 november 1951, *Pas.* 1952, II, 38 (bemiddelaar van (ver)koop van onroerend goed). Zie i.v.m. vastgoedmakelaars: Rb. Luik 10 september 1965, *Pas.* 1966, III, 78, noot A. TSCHOFFEN. Zie G.L. BALLON, "Art. 2 W.Kh.", in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1998, nr. 50. De auteur trekt de

ook niet ondenkbaar dat die voorwaarde naar de commissionair kan worden doorgetrokken.

c. Besluit

320. Het voorgaande overzicht toont in ieder geval aan dat het onderscheid tussen commissie en naamgeving positiefrechtelijk geenszins klaarhelder vaststaat. Bij een gecombineerde toepassing van de voorgestelde criteria kunnen bepaalde gevallen waarbij een tussenpersoon in eigen naam voor rekening van zijn opdrachtgever handelt, zelfs buiten één van de twee categorieën vallen. Zo zou een tussenpersoon die wel de identiteit maar niet het bestaan van de opdrachtgever verbergt en tegelijk geen daad van koophandel stelt, naamleener noch commissionair zijn.

321. Het bestaan van een rechtstreekse band tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant kan dan ook niet afhangen van dergelijke onzekere en niet-omvattende begrippen. Niet zozeer de kwalificatie van de overeenkomst uit de interne verhouding is relevant, maar wel de wijze waarop de tussenpersoon met de derde-medecontractant heeft gehandeld. De cruciale vraag is of de vertegenwoordiging op een openlijke wijze geschiedt, wat niet belet dat de identiteit van de opdrachtgever verborgen blijft, dan wel of de vertegenwoordiging op zich volledig verborgen blijft.¹³³⁹

Dit criterium – openlijk dan wel verborgen karakter van de vertegenwoordiging – heeft het bijkomende voordeel ook duidelijk te zijn voor wie niet met de finesses van het onderscheid tussen naamleener en commissionair vertrouwd is. Ze zullen ook beter toelaten om de besluiten te veralgemenen en de rechtsvergelijkende methode aan te wenden. Ze geven ook beter rekenschap van wat in feite gebeurt: de opdrachtgever van een naamleener of een commissionair heeft niet enkel zijn juridische positie te danken aan wat tussen hen is overeengekomen, maar ook – en voor zijn verhouding met de derde, vooral – aan de wijze waarop de tussenpersoon ten aanzien van de derde-medecontractant is opgetreden. Zo kan er in de interne verhouding een eigenlijke lastgeving voorhanden zijn, maar kan de lasthebber niettemin in eigen naam zijn opgetreden.

In plaats van de begrippen naamleener en commissionair die te sterk aan de interne verhouding zijn vastgekoppeld, gebruiken we dan ook, ná de

redenering evenwel niet door naar de daden van een commissionair en verwijst naar de *Novelles* die hij voor de makelaar als een “contra”-stelling vermeldt.

¹³³⁹ Vanzelfsprekend is de interne verhouding belangrijk voor die andere voorwaarde voor vertegenwoordiging, nl. de voorwaarde dat de tussenpersoon vertegenwoordigingsbevoegd moet zijn. Die voorwaarde is in deze paragraaf voorondersteld. Bovendien hangt die vertegenwoordigingsbevoegdheid (hier in de zin van handelen voor rekening van) niet af van de kwalificatie van die overeenkomst als naamgeving, commissie dan wel lastgeving.

bespreking van het Belgische en Franse recht, de begrippen *verborgen* middellijke vertegenwoordiger en de *openlijke* middellijke vertegenwoordiger. Met het begrip middellijk vertegenwoordiger komt de nadruk erop te liggen dat de tussenpersoon in eigen naam handelt, of althans ook persoonlijk verbonden is. Een lasthebber die in eigen naam optreedt, kan zo onder beide gevallen ressorteren.

2. Rechtstreekse verhouding tussen opdrachtgever en derde-mededecontractant?

322. Vast staat dat, wanneer een naamleener of een commissionair – in uitvoering van de overeenkomst met zijn opdrachtgever – met een derde een overeenkomst sluit, hij persoonlijk gehouden is tot de uitvoering van de tegenover de derde contractueel aangegane verbintenissen. De naamleener en commissionair zijn persoonlijk schuldenaar en/of schuldeiser van de derde-mededecontractant. Krachtens de interne verhouding zijn de naamleener en de commissionair dan op hun beurt gehouden de prestaties door te geven aan hun opdrachtgever die de naamleener of de commissionair daartoe op contractuele grondslag kan aanspreken.¹³⁴⁰ Dit aspect in de respectieve verhoudingen bij naamkening en commissie staat niet ter discussie.

Wel betwist is de vraag of er tussen de opdrachtgever en de derde-mededecontractant rechtstreekse betrekkingen ontstaan dan wel of wegens de relativiteit van overeenkomsten¹³⁴¹ een aanspraak van één van hen in twee tijden¹³⁴² dient te gebeuren: van de derde tegen de tussenpersoon en van laatstgenoemde tegen de opdrachtgever of omgekeerd. Is de wederzijdse positie van de opdrachtgever en derde-mededecontractant anders door het feit dat een naamleener niet alleen de identiteit van zijn opdrachtgever maar ook zijn hoedanigheid op zich verborgen dient te houden? Vloeit het uit de aard zelf van de commissie voort dat er tussen de opdrachtgever en de derde-mededecontractant geen rechtstreekse betrekkingen mogelijk zijn of is het gebrek aan een rechtstreekse verhouding enkel het gevolg van wettelijke bepalingen in die zin?

De mogelijkheid van een rechtstreekse verhouding tussen opdrachtgever en derde-mededecontractant is vooral van belang wanneer de tussenpersoon failliet wordt verklaard of insolvent is geworden, al rijst de vraag wel enkel – en dit wordt soms te weinig beklemtoond – voorzover de tussen-

¹³⁴⁰ Over de vraag of en hoe op die contractuele aanspraak de lastgevingsbepalingen van toepassing zijn, cf. *supra*, nr. 318.

¹³⁴¹ F. COLLART DUTILLEUL, P. DELBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Parijs, Dalloz, 1996, p. 525, nr. 667.

¹³⁴² P. LE TOURNEAU, *Encycl. Dalloz*, tw. *Mandat*, nr. 71.

persoon met de derde niet op een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige wijze is overeengekomen dat hij zelf en niet de opdrachtgever de contractpartij is.¹³⁴³

Alhoewel zowel naamlening als commissie onder de noemer “middellijke vertegenwoordiging” ressorteren, wordt de vraag naar het bestaan van een rechtstreekse vordering doorgaans niet voor beide overeenkomsten tegelijk behandeld. Na een overzicht van de stellingen met betrekking tot de naamlening en de commissie afzonderlijk, wordt daarna een poging ondernomen om ten aanzien van beide overeenkomsten gezamenlijk stelling in te nemen (a en b). Ten slotte volgt er een algemeen overzicht met een bijzondere, beknopte aandacht voor vennootschapsrechtelijke situaties waarin middellijke vertegenwoordiging een rol kan spelen (c).

a. Naamlening

323. Bij een door een naamleener gesloten overeenkomst is er volgens de oeroude opvatting op zakenrechtelijk vlak geen rechtstreekse eigendoms-overdracht¹³⁴⁴ maar ook op verbintenisrechtelijk vlak is er geen plaats voor een rechtstreekse relatie tussen de opdrachtgever van de naamleener en de derde-mededecontractant.¹³⁴⁵

In het verbintenisrechtelijke luik zijn er evenwel andersluidende opvattingen voorhanden. Ter bescherming van het gerechtvaardigde vertrouwen van de derde-mededecontractant verdedigt een meerderheid van auteurs met name dat op die stromantechnieken de simulatietheorie van toepassing

¹³⁴³ Zie P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen. Opmerkingen over het partij-zijn bij een contract in vertegenwoordigingsverhoudingen*, Deventer, Kluwer, 1969, p. 171, 5°.

¹³⁴⁴ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie. Theorie en praktijk in België, o.c.*, p. 219, nr. 234; M. VAN GRIMBERGEN, “Fiscale gevolgen van de verkoop van een onroerend goed waarbij de koper verklaart te verwerven, hetzij voor zichzelf, hetzij voor een derde die hij zal aanwijzen”, *Notarius* 1990, 173 en 175. Voor het Franse recht zie J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1996, p. 970, nr. 31.131; P. MALAURIE, L. AYNES, *Cours de droit civil*, VIII, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Parijs, Cujas, 1995, p. 289, nr. 534. Cass. fr. (civ.) 9 april 1866, *D.P.* 1866, I, 245 (frauduleuse verkoop onroerend goed); Cass. fr. (req.) 22 februari 1869, *S.* 1869, 184; Cass. fr. (civ.) 5 december 1871, *D.P.* 1872, I, 110; Cass. fr. (civ.) 13 november 1872, *D.P.* 1873, I, 126, noot (“*association en participation*”); Cass. fr. (req.) 10 februari 1936, *D.* 1937, I, 92. Vergelijk evenwel J. VANANROYE, “Over stille en openbare maatschappen”, *T.P.R.* 1999, (1453) 1460, nr. 8.

¹³⁴⁵ Zie Cass. fr. 25 januari 1864, *S.* 1864, I, 105, noot G. MASSE (geen vordering van erfgenamen tegen schuldenaar omwille van niet-uitvoering van cessie van nalatenschapsrechten door erfgenamen aan naamleener van schuldenaar, ondanks kennis van hoedanigheid van naamleener in hoofde van derde). Wel verdedigden sommigen de opvatting dat de principaal de derde wel kon aanspreken, indien de derde de hoedanigheid van de naamleener kende (zie noot 2-3 onder Cass. fr. (req.) 4 november 1902, *S.* 1903, I, 173; Cass. fr. (civ.) 9 februari 1848, *S.* 1848, I, 481 (beëindiging lastgeving bij overlijden lastgever). Voor de naamleener zie ook Cass. fr. (civ.) 20 juli 1871, *D.* 1871, I, 232).

is (art. 1321 B.W.). Doordat een naamlener de hoedanigheid van zijn opdrachtgever verborgen houdt en de derde-medecontractant in die zin wordt misleid, komt een naamlening neer op een simulatie “*door het tussenschuiven van een ander persoon*” (*par interposition de personnes*).¹³⁴⁶ In die visie beschikt de derde-medecontractant (te goeder trouw¹³⁴⁷) over de optie¹³⁴⁸ om, ofwel overeenkomstig de door art. 1321 B.W. geboden mogelijkheid op de schijnbare akte voort te gaan en aldus de naamlener aan te spreken (geen vertegenwoordiging), ofwel een rechtsvordering tot geveinsdverklaring¹³⁴⁹ in te stellen en zo rechtstreeks tegen de opdrachtgever een aanspraak te laten gelden (voorwaardelijk volmaakte vertegenwoordiging, *mandat conditionnel*).¹³⁵⁰ Omgekeerd kan de opdrachtgever in die opvatting dan ook geen rechtstreekse aanspraak tegen de derde-medecontractant laten gelden,¹³⁵¹ tenzij wanneer die derde te kwader trouw is omdat hij wist dat de naamlener in die hoedanigheid handelde (uitzondering die opnieuw enkel begrijpelijk is indien de simulatie als een toepassing van de vertrouwensleer wordt aangezien).¹³⁵² Aangezien eventuele

¹³⁴⁶ C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 23-24, nr. 40; F. T’KINT, “L’extension de faillite” (noot onder Cass. 1 juni 1979), *R.C.J.B.* 1981, p. 73-78, nr. 27-32 (onderscheid tussen *interposition réelle* en *interposition fictive*); P. VAN OMMESLAGHE, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, *R.C.J.B.* 1976, p. 344, nr. 22; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 308-311, nr. 104. Voor het Franse recht: J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1996, p. 970, nr. 31.132; P. LE TOURNEAU, *Encycl. Dalloz*, tw. *Mandat*, nr. 59-64; P. MALAURIE, L. AYNES, *Cours de droit civil*, VIII, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Parijs, Cujas, 1995, p. 288, nr. 534. Voor een overzicht van de stellingen, zie L. VAEL, *Privaatrechtelijke veinzing. Omtrent gesluierde rechtshandelingen, juridische zinsbegoocheling en verschalkte derden*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 28-31, nr. 26-27.

¹³⁴⁷ Vereiste die wordt gesteld door de auteurs die de simulatie als een toepassing van de vertrouwensleer zien (W. VAN GERVEN, S. COVEMAEEKER, *Verbintenissenrecht*, 140; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 634-635, nr. 577).

¹³⁴⁸ Om die reden spreekt Ghestin van een “*représentation optionnelle*” (J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 633, nr. 576).

¹³⁴⁹ Niet voorzien in het gebrekkig opgestelde art. 1321 B.W. maar wel openlijk door het Hof van Cassatie erkend (zie b.v. Cass. 21 oktober 1960, *Arr. Verbr.* 1961, 167, *Pas.* 1961, I, 193), maar niet in fiscale zaken (Cass. 16 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 984).

¹³⁵⁰ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, p. 476-477, nr. 480; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 310-311, nr. 104.

¹³⁵¹ Gent 28 juni 1963, *Rec. Gén. Enr. Not* 1966, nr. 20.938 (verkoop bij naamlening: “*le lien juridique naît seulement entre le vendeur et le prête-nom*”).

¹³⁵² J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1996, p. 970, nr. 31.132. Cass. fr. (req.) 4 juli 1922, S. 1924, I, 286 (naamlening; als de derde te goeder trouw is, dan kan de lastgever wel gehouden zijn); Cass. fr. (civ.) 29 december 1930, S. 1931, I, 136 (commissie; “*que si les tiers ont su, en contractant avec le commissionnaire, que celui-ci excédait ses pouvoirs et contrevénait aux instructions*”); P. ESMEIN, A. PONSARD, *Aubry en Rau. Droit civil Français*, VI, *Contrats civils divers*, Parijs, Librairies techniques, 1975, § 410, nr. 166.

rechtstreekse aanspraken op de simulatieleer gegrondvest zijn, is in die stelling van “vertegenwoordiging” in de eigenlijke zin geen sprake.¹³⁵³

324. In de meest recente Belgische én Franse theorievorming¹³⁵⁴ wordt evenwel sterk van leer getrokken tegen de opvatting als zou een naamgeving steeds neerkomen op een vorm van (verbintenisrechtelijke) simulatie.

Aan Belgische kant pleit met name Foriers ervoor dat er enkel van simulatie sprake is wanneer alle erbij betrokken partijen tot die simulatie zijn overeengekomen. In die zogenaamde conventionele simulatietheorie is er in geval van naamgeving dan ook geen ruimte voor simulatie, omdat de derde-medecontractant bij de tegenbrief (de werkelijk afgesproken verhouding) geen partij is. Voor de toepassing van simulatie moet de identiteit van de partijen bekend zijn in zowel de openlijke als de werkelijke maar heimelijke overeenkomst.¹³⁵⁵ Bovendien is het ook niet de wil van de partijen om een ándere dan de openlijke overeenkomst te sluiten. Ten slotte is er geen reden om een ander statuut te geven aan de naamleener dan aan bijvoorbeeld de commissair.¹³⁵⁶

Volgens een meer gematigde stelling kan, maar hoeft naamgeving niet noodzakelijk op simulatie neer te komen. Zo kan er volgens M.E. Storme wel op zakenrechtelijk vlak simulatie voorliggen, maar niet op verbintenisrechtelijk niveau. Waar Storme hier het verbintenisrechtelijke begrip simulatie in de mond neemt, komt zijn theorie eigenlijk neer op de Franse zakenrechtelijke leer van de schijneigendom die voorlopig nog steeds induist tegen de Belgische traditionele opvatting,¹³⁵⁷ die sterk blijft vasthangen aan het beginsel dat is uitgedrukt in de adagia *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* en *nemo dat quod non habet* (niemand kan meer rechten overdragen dan hij er zelf heeft).

¹³⁵³ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1996, p. 971, nr. 31.131.

¹³⁵⁴ In een recent arrest past het Hof van Cassatie toch de simulatie toe (Cass. fr. (civ. I) 28 november 2000, D. 2001, IR, 41).

¹³⁵⁵ Zie o.m. in P.A. FORIERS, “La fiducie en droit belge”, in C. WITZ, B. OPPETIT (eds.), *Les opérations fiduciaires*, Parijs, L.G.D.J., 1985, (263) 277-279). Zie ook C. PARMENTIER, “La volonté des parties”, in *Les obligations contractuelles*, Brussel, JBB, 1984, 91-92.

¹³⁵⁶ P. FORIERS, “Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970-1980)”, *T.B.H.* 1983, p. 140, nr. 9. In dezelfde zin: M.E. STORME, *o.c.*, in E. DIRIX, R.D. VRIESENDORP, *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer, Kluwer 1998, p. 63, noot 17.

¹³⁵⁷ Zie over dit verschil tussen het Belgische en Franse recht: S. DAVID-CONSTANT, “Error communis facit jus: adage subversif?”, in *Liber Amicorum F. Dumon*, I, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 113-114, nr. 8-9 met verdere verwijzingen.

Haelterman aanvaardt dan weer de toepassing van de simulatie, maar dan enkel wanneer de partijen niet alle gevolgen van hun constructie wensen te ondergaan.¹³⁵⁸

Vroeger waren er ook al auteurs die de naamgeving niet als een verschijningsvorm van simulatie beschouwden omdat een naamlenner niet per se wil bedriegen, omdat het weliswaar mogelijk maar niet noodzakelijk is dat er sprake is van bedrog van derden.¹³⁵⁹

Tegen die moderne strekking merkt Joisten op dat de auteurs die zich tegen de toepassing van simulatie verzetten, enkel eraan denken het lot van de derde-medecontractant te regelen maar niet dat van andere derden zoals schuldeisers van de opdrachtgever. Een oplossing voor dit vraagstuk biedt hij evenwel niet en beperkt zich ertoe het probleem te beschouwen als één van de “*phénomènes mystérieux de la science juridique dont personne ne s'étonne aujourd'hui et qui sont au droit ce que la Sainte Trinité est à la théologie chrétienne*”.¹³⁶⁰

Het voorgaande debat gaat ervan uit dat de simulatie de enig mogelijke basis is op grond waarvan tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant een rechtstreekse band kan ontstaan. Vooraleer met betrekking tot de naamgeving een besluit te formuleren, analyseren we eerst de rechtspositie van de committent en de derde-medecontractant bij commissieovereenkomsten, aangezien enkel in dit kader de alternatieve theorie van de rechtstreekse betrekkingen werd ontwikkeld.

b. Commissie

325. De traditionele opvatting met betrekking tot de commissieovereenkomst maakt een onderscheid tussen zakenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke verhoudingen.

i) Rechtstreekse eigendomsverdracht

326. Op zakenrechtelijk vlak is algemeen aanvaard dat een committent of een derde-medecontractant bij respectievelijk een aankoop- of verkoopcommissie onmiddellijk de eigendom van het overgedragen goed verwerft, zodat beide in geval van faillissement van de commissionair van een effectieve bescherming genieten.¹³⁶¹ Bij naamgeving moeten de prestaties van

¹³⁵⁸ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie. Theorie en praktijk in België*, p. 222, nr. 237.

¹³⁵⁹ *Pand. b., tw. Prête-nom (Contrat de)*, nr. 16.

¹³⁶⁰ P. JOISTEN, “Les conventions de prête-nom et la simulation” (noot onder Luik 12 februari 1988), *Ann. Dr. Liège* 1989, 39-47.

¹³⁶¹ D. DEVOS, o.c., in *Het kontrakt en de derden. De externe gevolgen. De derden medeplichtigheid*, Brussel, 1995, 193, nr. 6; *Pand. b., tw. Commission (Contrat de)*, nr. 234; M.E. STORME, o.c., in E. DIRIX, R.D. VRIESENDORP (eds.), *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar*

een translatieve of eigendomsoverdragende overeenkomst daarentegen eerst langs het vermogen van de naamleener voorbij.

De rechtstreekse eigendomsoverdracht bij de commissieovereenkomst vloeit logisch voort uit het voorrecht van de commissionair (art. 14 Titel VII W.Kh.): een voorrecht op eigen goederen heeft immers weinig zin.¹³⁶²

Het is de verdienste geweest van de gezaghebbende auteurs Van Ryn en Heenen om het beginsel van rechtstreekse eigendomsoverdracht in zijn uitwerking wat af te zwakken. Zij zijn weliswaar niet tegen dit principe als zodanig gekant, maar volgens hen stemt die eigendomsovergang quasi-nooit met de werkelijkheid overeen, omdat de commissiegoederen meestal met de andere goederen uit het vermogen van de commissionair worden vermengd. Het zakenrechtelijke specificiteitsbeginsel zou dan ook doorgaans de rechtstreekse eigendomsoverdracht verhinderen.¹³⁶³

ii) *Geen simulatie*

327. Op verbintenisrechtelijk vlak rijst de vraag of er tussen een commitment en een derde-medecontractant een rechtstreekse contractuele aanspraak mogelijk is. Aangezien een derde-medecontractant doorgaans van de hoedanigheid van de commissionair op de hoogte is, is de theorie van de simulatie hier geenszins op haar plaats.¹³⁶⁴ De simulatieregeling bestaat immers slechts omwille van de vertrouwensbescherming van derden: een derde die van het bestaan van een opdrachtgever op de hoogte is, verdient op die grondslag dan ook geen bescherming.

Belgisch en Nederlands recht, Deventer, Kluwer 1998, p. 63, nr. 17; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 490, nr. 150; R. VANPETEGHEM, K. BEECKMANS, *o.c.*, *A.F.T.* 1996, p. 382, kol. 1. Contra Rb. Hoei 10 januari 1939, *J.L.* 1939, 92 (vordering wegens verborgen gebreken tegen verkoopscommissionair: de commissionair “*en cette qualité, il est vis-à-vis des tiers, propriétaire de la chose vendue*”). Zie voor een toepassing van dit beginsel op de zgn. kwaliteits- of derdenrekening (*capacity account*) als fundering voor een zakenrechtelijke aanspraak van de belanghebbenden tegen de rekeninghouder (als middellijk vertegenwoordiger): E. DIRIX, “Kwaliteitsrekeningen; algemene inleiding en toepassingsgevallen”, in E. DIRIX, R.D. VRIESENDORP (eds.), *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 1998, p. 5, nr. 5.

M.E. Storme wijst erop dat de rechtstreekse eigendomsverrijking niet alleen op afgeleide maar ook op oorspronkelijke wijze kan gebeuren, zoals wanneer goederen voor rekening van de opdrachtgever nog moeten worden vervaardigd (loonfabricage) (M.E. STORME, *o.c.*, in E. DIRIX, R.D. VRIESENDORP (eds.), *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 1998, p. 64, nr. 17).

¹³⁶² L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 135, nr. 9.

¹³⁶³ J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 44-46, nr. 59-61. Zie ook: M.E. STORME, *o.c.*, *T.P.R.* 1998, p. 766, nr. 99 en noot 84.

¹³⁶⁴ A. DE THEUX, *o.c.*, p. 286, nr. 204; *R.P.D.B.*, tw. *Commission*, Compl. III, nr. 16 (J.-J. STRYCKMANS); J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 10, nr. 7.

iii) Traditionele stelling

328. Volgens de heersende leer is de committent niet rechtstreeks met de derde-medecontractant contractueel verbonden; in beide richtingen is een rechtstreekse aanspraak niet mogelijk. De opdrachtgever wordt door de tussenpersoon niet vertegenwoordigd in de eigenlijke zin van het woord. Twee van elkaar los staande overeenkomsten volgen elkaar op.¹³⁶⁵

De inventiviteit van de rechtsleer is zeer groot in het naar voren schuiven van de meest uiteenlopende argumenten. Allereerst zou een rechtstreekse band een onverwacht voordeel voor de derde opleveren: doordat een commissionair in eigen naam handelt, weet de derde dat deze zich hiermee persoonlijk heeft verbonden en rekent hij op de kredietwaardigheid van de commissionair.¹³⁶⁶ Het argument van de wilsautonomie neemt in die traditionele leer dan ook een centrale plaats in.¹³⁶⁷

Het gaat in die visie evenmin op om de juridische positie van de betrokkenen bij een werkelijke lastgeving naar analogie ook bij een commissie-overeenkomst toe te passen: terwijl de opdracht van een lasthebber vaak tot het sluiten van een overeenkomst beperkt blijft, krijgt een commissionair meestal ook de taak toebedeeld dat hij de gesloten overeenkomst ook persoonlijk moet uitvoeren.¹³⁶⁸

Bovendien zou een rechtstreekse aanspraak het voorwerp van het voorrecht van een commissionair tenietdoen.¹³⁶⁹

¹³⁶⁵ A. DE THEUX, *o.c.*, p. 287, nr. 206; D. DEVOS, *o.c.*, in *Het kontrakt en de derden. De externe gevolgen. De derden medepllichtigheid*, Brussel, 1995, p. 193, nr. 5; P. FORIERS, *o.c.*, *T.B.H.* 1983, p. 139, nr. 8; L. FREDERICQ, *Handboek*, I, p. 272, nr. 239; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie. Theorie en praktijk in België*, *o.c.*, p. 237-239, nr. 255; Y. MERCHIEERS, "Overzicht van rechtspraak (1982-1986). Bijzonder en afwijkend handelsrecht", *T.P.R.* 1987, p. 1863, nr. 39; *Pand. B.*, tw. *Commission (Contrat de)*, nr. 214; C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 134, nr. 237; L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 134, nr. 8; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 150, p. 489; R. VANPETEGHEM, K. BEECKMANS, *o.c.*, *A.F.T.* 1996, p. 383, kol. 1; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 9, nr. 6, p. 40-41, nr. 55; E. WYMEERSCH, "De l'opposition de la personne morale et de sa représentation" (noot onder Cass. 10 december 1981), *R.C.J.B.* 1986, p. 12, nr. 4. Zie verwijzingen naar oudere rechtspraak in *R.P.D.B.*, tw. *Commission*, Compl. III, nr. 256 (J.-J. STRYCKMANS). Voor het Franse recht: F. COLLART DUTILLEUL, P. DELBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Parijs, Dalloz, 1996, p. 524, nr. 666; P. LE TOURNEAU, *Encycl. Dalloz*, tw. *Mandat*, nr. 71; P. PÉTEL, *Encycl. Dalloz*, tw. *Représentation*, 1993, nr. 24-25; B. STARCK, "Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers", in J. HAMEL (ed.), *Le contrat de commission*, Parijs, Dalloz, 1949, p. 149; M. STORCK, *La représentation*, 14.

¹³⁶⁶ Zie o.m. L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 130, nr. 3. Zie evenwel A. DE THEUX, *o.c.*, p. 285, nr. 204 ("Le but – ou plutôt l'un des buts – de la commission est de permettre au commettant de profiter du crédit dont jouit le commissionnaire" (...). Mais la commission n'est nullement destinée à procurer au tiers une garantie supplémentaire.").

¹³⁶⁷ Zie o.m. A. DE THEUX, *o.c.*, p. 281, noot 77 ("l'intention").

¹³⁶⁸ J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 9, nr. 6.

¹³⁶⁹ Zie vooral *Ibid.*, p. 42, nr. 56.

Wat de bescherming van de committent op grond van art. 103 Faill.W. (oud art. 567) betreft, is deze eerder uitzonderlijk te noemen en zeker geen argument voor het bestaan van een rechtstreekse band op verbintenisrechtelijk vlak.

In de achtergrond lijkt ook de gedachte mee te spelen dat de traditionele leer er moeite mee heeft dat een tussenpersoon zich tegelijk de hoedanigheid van vertegenwoordiger en die van contractpartij aanmeet.¹³⁷⁰

Ten slotte zou die stelling ook wetstechnisch uit art. 1119 B.W. voortvloeien: “*In het algemeen kan niemand zich verbinden of iets bedingen in zijn eigen naam, dan voor zichzelf.*”¹³⁷¹ Die bepaling zou betekenen dat een tussenpersoon zijn opdrachtgever enkel kan vertegenwoordigen, als hij tevens in naam van die opdrachtgever optreedt.¹³⁷² Wanneer een tussenpersoon in andermans naam handelt en een overeenkomst sluit, dan komt dit erop neer dat hij duidelijk maakt dat een ander dan de handelende persoon contractpartij wordt.¹³⁷³

329. Vanouds staat het Franse Hof van Cassatie achter die meerderheidsopvatting, steeds weer van dezelfde formule gebruik makend: de committent, “*en s’effaçant pour ne laisser apparaître que le commissionnaire, a renoncé à toute action contre les tiers, de même que les tiers n’ont aucune action contre lui*”,¹³⁷⁴ tenzij tegen “*les tiers de mauvaise foi qui auraient su, en contractant avec le commissionnaire, que celui-ci excédait ses pouvoirs et contrevenait aux instructions qu’il avait reçues, pour disposer de la chose du committent dans son intérêt personnel*”.¹³⁷⁵

Tot voor kort gold die regel met die ene nuance dat wanneer de committent en de derde elkaar kennen, een rechtstreekse vordering in beide richtingen mogelijk moet zijn, al blijft de commissionair ook in dit scenario persoonlijk gehouden.¹³⁷⁶

¹³⁷⁰ *Ibid.*, p. 42, nr. 56.

¹³⁷¹ Met eigen cursivering.

¹³⁷² J. GHESTIN, “Introduction”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 5, nr. 1.

¹³⁷³ Zie ook de wettelijke definitie van lastgeving: “*Lastgeving of volmacht is een handeling, waarbij een persoon aan een ander de macht geeft om iets voor de lastgeveren in zijn naam te doen.*” (art. 1984 B.W. met eigen cursivering).

¹³⁷⁴ Identieke formulering gebruikt in Cass. fr. (civ.) 20 juli 1871, *D.* 1871, I, 232 (inpandgeving in eigen belang in plaats van verkoop van goederen van committent); Cass. fr. (civ.) 29 december 1930, *S.* 1931, I, 136. Zie ook Cass. fr. (civ.) 14 juni 1892, *D.P.* 1893, I, 500 (wel met nuance: “*chacun d’eux ignorant le commettant de l’autre*”). Wat ongelukkige bewoordingen in Cass. fr. (com.) 22 mei 1991, *J.C.P.* 1992, II, nr. 21.865, noot Y. SAINT-JOURS (impressario als “*intermédiaire*”: zie J. MESTRE, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1992, p. 86-87, nr. 7).

¹³⁷⁵ Cass. fr. (civ.) 20 juli 1871, *D.* 1871, I, 232.

¹³⁷⁶ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 635, nr. 577; M.-L. IZORCHE, *Encycl.Dalloz*, v° *Action directe*, nr. 24.

Met het arrest van 9 december 1997 besliste het Franse Hof van Cassatie dat de kennis van de identiteit van de committent nog niet tot een rechtstreekse vordering in beide richtingen leidt. Een rechtstreekse vordering van een derde tegen de committent zou voortaan alleen dan mogelijk zijn, indien de commissionair *in naam* van de committent heeft gehandeld, omdat dan overeenkomstig artikel 94, eerste lid van de Code de commerce de regels van lastgeving (m.i.v. artikel 1994, tweede lid C.civ.) van toepassing zijn.¹³⁷⁷

330. Het Belgische Hof van Cassatie heeft zich in een arrest van 25 oktober 1963¹³⁷⁸ achter dezelfde opvatting geschaard en bevestigde op 22 oktober 1976 “*dat de commissionair weliswaar voor rekening van een committent doch in eigen naam handelt en ten opzichte van de derden schuldeiser of schuldenaar is alsof hij voor eigen rekening handelde, zodat, in geval van verkoop, hij ten opzichte van de derden de koper of de verkoper is*”, dat wanneer blijkt dat “*in geval van verkoop de commissionair ten opzichte van de derden persoonlijk koper of verkoper is, daaruit volgt dat, in geval van wanprestatie van de tegenpartij, deze laatste hem persoonlijk schadevergoeding is verschuldigd*”, en dat “*alleen de commissionair, hetzij als eiser, hetzij als verweerder, in rechte kan optreden inzake de geschillen die zijn ontstaan uit de overeenkomsten die hij voor rekening van zijn committent heeft gesloten*”.¹³⁷⁹

331. De vraag naar de rechtstreekse aanspraak bij commissieovereenkomsten is actueel aangezien het Hof van Cassatie zowel in België als in Frankrijk zich recent daarover heeft moeten buigen, waardoor er toch een aantal vraagtekens achter de rigide klassieke houding komen te staan.

¹³⁷⁷ Cass. fr. (com.) 9 december 1997, *J.C.P.* 1998, nr. 10.201, noot O. LITY (naam committent op cognossement). Zie ook RÉMERY, concl. onder Cass. fr. (com.) 2 februari 1999, *D.M.F.* 2000, 320. Het gaat weliswaar om een vervoercommissionair, maar in Frankrijk geldt niet dezelfde regel van een rechtstreekse contractuele band tussen de opdrachtgever en de vervoercommissionair als in België (B. INSEL, “Transport intermediaries and auxiliaries”, in R. BLANPAIN (ed.), *International Encyclopaedia of Laws. Transport Law. Belgium*, p. 50, nr. 52).

¹³⁷⁸ Cass. 25 oktober 1963, *Pas.* 1964, I, 204, *R.W.* 1963-64, 1216 (beschadigde transportgoederen – schadevergoedingseis commissionair-expediteur tegen gesubstitueerde lasthebber). Zie ook Kh. Brussel 17 december 1956, *Jur. Comm. Brux.* 1957, (205) 207 (gerestaureerd Chinees porselein – committent geen vordering tegen koper); Brussel 30 november 1961, *R.H.A.* 1962, 198; Kh. Antwerpen 29 september 1962, *R.H.A.* 1963, 73 (bevrachtingovereenkomst jeeps aflevering cognossement). Voor een volledig overzicht van rechtspraak zie E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 175-176, voetnoot 10.

¹³⁷⁹ Cass. 22 oktober 1976, *Arr. Cass.* 1977, (229) p. 232, kol. 2, *Pas.* 1977, I, 229, *R.W.* 1976-77, 1273, verwijzende noot (gekoelde boter – schadevergoedingseis verkoopscommissionair wegens wanprestatie koper). Gevolgd door de lagere rechtspraak, Rb. Brussel 10 juni 1976, *Pas.* 1976, III, 69; Kh. Antwerpen 11 januari 1977, *Eur. Vervoerr.* 1977, 635; Antwerpen 8 april 1981, *R.W.* 1981-82, 494 (opdrachtgever vordering tegen commissionair-expediteur, niet tegen committent); Kh. Brussel 11 juli 1985, *T.B.H.* 1986, 472 (koop).

In een recent arrest van 9 december 1999 moest het *Belgische* Hof van Cassatie zich uitspreken over de vraag of voor de schade die een stuwadoor tijdens het laden veroorzaakte, niet alleen de commissionair-expediteur maar ook de committent (die intussen door de bestemming tot vergoeding van de schade was aangesproken), zich kan keren tegen de stuwadoor, de derde-medecontractant die de opdracht had de goederen in containers te laden. Eerder had het Antwerpse Hof van Beroep die rechtstreekse aanspraak op een drietal gronden voor mogelijk gehouden: de committent is de werkelijke schadelijder, hij stelt de vordering met goedkeuring van de commissionair in en, vooral, de kosten en het risico rusten op de committent. De vaststelling van die elementen volstaat voor het Hof van Cassatie evenwel niet om het bestaan van een rechtstreekse aanspraak te schragen.

Het Hof sluit niet elke rechtstreekse aanspraak uit, maar stelt wel dat krachtens art. 12, Titel VII, Boek I W.Kh. “in beginsel *alleen de commissionair hoedanigheid heeft om in rechte op te treden inzake de geschillen die zijn ontstaan uit de overeenkomsten die hij op zijn eigen naam of onder een maatschappelijke naam voor rekening van de opdrachtgever heeft gesloten*”. Uit de tweede overweging van het cassatiearrest blijkt dat het Hof belang hecht aan het door de feitenrechters vastgestelde feit dat de identiteit van de opdrachtgever niet werd bekendgemaakt.

Onduidelijk is het of hieruit is af te leiden dat de al dan niet bekendmaking van de identiteit van de opdrachtgever het criterium uitmaakt om van een rechtstreekse aanspraak te gewagen. De omstandigheid dat de opdrachtgever het uiteindelijke risico draagt, is in ieder geval niet voldoende om een rechtstreekse aanspraak te verantwoorden. Evenmin is het voldoende dat de opdrachtgever met goedkeuring van de commissionair de vordering instelt.¹³⁸⁰

Het criterium van de bekendmaking van de identiteit van de opdrachtgever lijkt alvast mede determinerend te zijn in een recent arrest van het Gentse Hof van Beroep: het feit dat de derde wist dat de commissionair-expediteur voor rekening van de goederenbelanghebbende optrad, volstaat niet om te besluiten dat hij ook wist dat de commissionair-expediteur tevens in naam van die goederenbelanghebbende optrad en dat de identiteit van die laatste aan de derde was meegedeeld.¹³⁸¹ Daaruit volgt dat het Gentse Hof toch nog steeds de vereiste lijkt te stellen dat de commissionair in naam van de opdrachtgever moet handelen, zodat de bekendmaking van de identiteit op zich nog niet volstaat.

¹³⁸⁰ Cass. 9 december 1999, *T.B.H.* 2000, 366, verwijzende noot, *R.H.A.* 2000, 19.

¹³⁸¹ Gent 30 januari 1997, *R.H.A.* 1997, (389) 397 (committent/commissionair-expediteur/stuwadoor).

332. In een arrest van 20 februari 1996 lijkt het Franse Hof van Cassatie dan weer de omgekeerde richting uit te gaan. In casu deed een verzender van goederen (een machine) een beroep op een vervoercommissionair, die de opdracht op zijn beurt aan een ondercommissionair verdergaf. Die laatste sloot dan weer een contract met een stuwadoor die aan de te vervoeren goederen schade veroorzaakte. Volgens het Hof kan de aansprakelijkheid van die stuwadoor tegenover de verzender slechts contractueel van aard zijn, daarbij een beroep doende op de hoedanigheid van de ondercommissionair als onderlasthebber,¹³⁸² wiens relatie met de hoofdopdrachtgever in Frankrijk al langer op de vertegenwoordiging is gesteld.¹³⁸³ Hier wordt nog een stap verder gezet, nl. in de richting van een vertegenwoordiging in tweede graad, aangezien de contractuele vordering ditmaal niet gericht is tegen de onderlasthebber maar wel tegen de stuwadoor met wie de onderlasthebber een contract heeft gesloten.

Aanhangers van de traditionele visie, zoals Jourdain, hebben dan ook de grootste moeite met dit arrest omdat de commissionair de enige partij is en deze geen lasthebber is.¹³⁸⁴

Delebecque ziet in die beslissing een verdere poging tot contractualisering, ditmaal niet van de eerste burgerlijke kamer (zoals bij de contractgroepen destijds)¹³⁸⁵ maar van de handelskamer. Volgens die auteur had het Franse Hof van Cassatie die contractualisering evenwel op juridisch-technisch vlak beter moeten motiveren. Het Hof heeft zich namelijk in wezen op art. 1994 tweede lid B.W. gebaseerd. Het stuit evenwel al op een meerderheid in de rechtsleer om een commissionair als een lasthebber te aanzien, de specificiteit van een vervoerscommissionair brengt daar nog bij dat hij meer een “*homme d’orchestre*” is die zowel materiële handelingen als rechtshandelingen stelt en zeker niet de bedoeling heeft om te vertegenwoordigen. Op grond van de specifieke kenmerken van een vervoercommissie betreft de overeenkomst met de stuwadoor dan ook veeleer een ondercontract dan een toepassing van vertegenwoordiging: “*les transporteurs avec qui celui-ci contracte connaissent rarement l’identité du client. En outre, et*

¹³⁸² Cass. fr. (com.) 20 februari 1996, *Bull. civ.* 1996, IV, p. 47, nr. 60. Zie ook Cass. fr. (com.) 11 juni 1996, *Bull. civ.* 1996, IV, p. 148, nr. 173. Let op: het gaat hier niet om een rechtstreekse contractuele vordering van de committent als verzender tegen een transporteur; een dergelijke vordering is gebaseerd op art. 101 C. com. (door wet van 6 februari 1998 wegvervoerder rechtstreekse aanspraak tegen verzender in alle omstandigheden mogelijk) die strikt wordt geïnterpreteerd en niet tegen een stuwadoor kan worden gebruikt (zie daarover P. DELEBECQUE, noot onder Cass. fr. 20 februari 1996, *D.* 1996, Jur., p. 291, nr. 7-8. Deze bepaling geldt wellicht niet in het maritiem transportrecht, zie REMERY, concl. onder Cass. fr. (com.) 2 februari 1999, *D.M.F.* 2000, 321).

¹³⁸³ Cf. *infra*, nr. 396 et seq.

¹³⁸⁴ P. JOURDAIN, “Nature contractuelle de l’action de l’expéditeur contre le manutentionnaire...”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1996, 621-623.

¹³⁸⁵ Cf. *infra*, nr. 469 et seq.

surtout, cette volonté est sans doute absente chez le commissionnaire ou chez le transporteur substitué qui se borne à requérir les services d'un manutentionnaire pour une opération bien précise. Dans ce dernier cas, le contrat est conclu pour parfaire l'exécution d'un autre contrat; il n'y a aucune volonté de représentation. Lorsqu'un transporteur s'adresse à un manutentionnaire, il n'entend pas se décharger de la mission qui lui est confiée mais s'adjoint simplement quelqu'un pour mener à bien cette mission."¹³⁸⁶

De techniek van de contractgroepen had een voldoende basis kunnen vormen voor de contractuele aanspraak tegen de stuwadoor, maar ten gevolge van het Besse-arrest behoort die theorie niet langer tot het Franse recht. Wel stelt Delebecque voor dat de rechtstreekse aanspraak in casu op basis van een rechtstreekse contractuele vordering kan worden uitgelegd, omdat de contractuele voorwaarden is voorzien dat de door de transportorganisator gekozen tussenpersonen en onderaannemers worden geacht door de cliënt te zijn goedgekeurd.¹³⁸⁷ Toch is ook die verklaring in twijfel te trekken: een dergelijke goedkeuring houdt nog geen rechtstreekse contractuele relatie in.¹³⁸⁸

Intussen heeft het Franse Hof met zijn arrest van 9 december 1997 meer klaarheid geschapen, door te stellen dat de (zee)vervoerder tegen de door een vervoer-commissionair ingeschakelde persoon geen rechtstreekse contractuele vordering kan instellen, tenzij de commissionair in naam van de committent heeft gehandeld.

333. Er is op te merken dat de traditionele leer niet betekent dat een aanspraak van een derde-medcontractant tegen een committent, of vice versa, in geen enkel geval mogelijk is¹³⁸⁹ – een opmerking die evenzeer voor de naamgeving geldt. Zo kunnen ze elkaar in voorkomend geval aanspreken via een zijdelingse vordering,¹³⁹⁰ via een toepassing van de vertrouwensleer

¹³⁸⁶ P. DELEBECQUE, noot onder Cass. fr. (com.) 20 februari 1996, *D.* 1996, Jur., p. 292, nr. 11.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, p. 292, nr. 13.

¹³⁸⁸ Cf. *supra*, nr. 169 en 242.

¹³⁸⁹ Niet via de verrijking zonder oorzaak (*actio de in rem verso*), zie F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXVIII, Brussel, Bruylant, 1878, p. 64-65, nr. 63; *R.P.D.B.*, tw. *Commission*, Compl. III, nr. 264 (J.-J. STRYCKMANS). Wel mogelijks van toepassing volgens C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 135, nr. 237; B. STARCK, *o.c.*, in *Le Contrat de Commission. Etudes de droit commercial sous la direction de Joseph Hamel*, Parijs, Dalloz, 1949, 151. Zie evenwel H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 61-62 (geen verrijking zonder oorzaak, wel ongerechtvaardigde verrijking).

¹³⁹⁰ Zie o.m. A. DE THEUX, *o.c.*, p. 281, nr. 202; L. FREDERICQ, *Handboek*, I, p. 273, nr. 239; *Pand.B.*, tw. *Commission (Contrat de)*, nr. 230; R. JAMBU-MERLIN, "Le droit comparé de la commission", in *Le Contrat de Commission. Etudes de droit commercial sous la direction de Joseph Hamel*, Parijs, Dalloz, 1949, 328; *R.P.D.B.*, tw. *Commission*, Compl. III, nr. 259-261 (J.-J. STRYCKMANS); C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 134, nr. 237; B. STARCK, "Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers", in *Le Contrat de Commission. Etudes de droit commercial sous la direction de Joseph Hamel*, Parijs, Dalloz, 1949, 150; B.

(schijnmandaat), op grond van subrogatie¹³⁹¹ of cessie van schuldverdring,¹³⁹² voorzover natuurlijk de respectieve toepassingsvoorwaarden van die rechtsfiguren telkens zijn vervuld.

Wanneer een committent een door een commissionair gesloten overeenkomst bekrachtigt, dan leidt die bekrachtiging op zich nog niet retroactief tot een zuivere lastgeving; daartoe moet de derde-medecontractant met de bekrachtiging instemmen aangezien hij anders door de omzetting van de commissie in een zuivere lastgeving een aanspreekpunt zou verliezen, met name de commissionair.¹³⁹³

Ten slotte zou ook de toepassing van de quasi-delictuele aansprakelijkheid enig soelaas kunnen brengen in navolging van de steeds weer geciteerde woorden van Limpens: “*La violation d’une obligation contractuelle peut en effet constituer une faute envers un tiers lorsque le contrat devait profiter à celui-ci, que le débiteur le savait et qu’il n’y a donc qu’une seule opération économique entre les trois intéressés*”.¹³⁹⁴ In die zin zou een derde-medecontractant tegenover een committent buitencontractueel aansprakelijk kunnen zijn, wanneer hij ervan op de hoogte is dat de commissionair voor rekening van een ander optreedt.¹³⁹⁵

iv) Leer van de rechtstreekse betrekkingen

334. In weerwil van de heersende leer, verdedigen een aantal auteurs vanaf de vijftiger/zestiger jaren, zowel aan Franse als aan Belgische zijde, de leer

TILLEMANS, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 274-276, nr. 497-498; R. VANPETEGHEM en K. BEECKMANS, *o.c.*, *A.F.T.* 1996, p. 383, kol. 1; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 47, nr. 63; M. WAGEMANS, *o.c.*, in X, *La distribution commerciale dans tous ses états*, Brussel, JBB, 1997, p. 202, nr. 71.

¹³⁹¹ Zie Kh. Brussel 17 december 1956, *Jur. Comm. Brux.* 1957, (205) 207.

¹³⁹² *R.P.D.B.*, tw. *Commission*, Compl. III, nr. 262 (J.-J. STRYCKMANS); C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 134, nr. 237; B. STARCK, *o.c.*, in *Le Contrat de Commission. Etudes de droit commercial sous la direction de Joseph Hamel*, Parijs, Dalloz, 1949, 151; M.E. STORME, *o.c.*, in E. DIRIX, R.D. VRIESENDORP, *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer, Kluwer 1998, p. 63, nr. 16; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 274-276, nr. 497-498. Zie Kh. Brussel 17 december 1956, *Jur. Comm. Brux.* 1957, (205) 207.

¹³⁹³ Zie o.m. A. DE THEUX, *o.c.*, p. 286-287, nr. 205; *R.P.D.B.*, tw. *Commission*, Compl. III, nr. 263 (J.-J. STRYCKMANS); J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 48, nr. 64.

¹³⁹⁴ Zie de basisartikelen van J. LIMPENS, “Responsabilité du contractant envers les tiers”, 98-108; J. VAN RYN, noot onder Brussel 4 juni 1930, *B.J.* 1930, 558-562. Meer recent in A. DE THEUX, *o.c.*, p. 280-281, nr. 202; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 46-47, nr. 62 met verdere verwijzingen. Zie ook *R.P.D.B.*, tw. *Commission*, Compl. III, nr. 258 (J.-J. STRYCKMANS).

¹³⁹⁵ Cf. *infra*, deel IV. Vanzelfsprekend kan de derde-medecontractant niet als een uitvoeringsagent worden beschouwd.

van de directe of rechtstreekse betrekkingen.¹³⁹⁶ In die leer wordt het niet langer wenselijk geacht dat er in principe tussen de committent en de derde-medcontractant, wat de eigendomsoverdracht betreft, wel een rechtstreekse verhouding en, wat de persoonlijke rechten betreft, geen rechtstreekse verhouding ontstaat.

In de ondubbelzinnige en zuiverste versie staat die theorie een rechtstreekse contractuele band bij alle vormen van commissieovereenkomsten voor, zodat een rechtstreekse aanspraak in beide richtingen mogelijk wordt.

De afwijking van de heersende leer gaat evenwel niet altijd even ver. In de ene variatie geldt die rechtstreekse contractuele band enkel voor de commissie met betrekking tot koopwaren (*commission sur marchandises*) en niet voor de commissie met betrekking tot roerende waarden (*commission sur valeurs mobilières*).¹³⁹⁷ In een andere, fel afgezwakte variatie verdedigen sommigen enkel de rechtstreekse vordering van de committent tegen de derde, maar niet in de omgekeerde richting.

In die zin wordt het debat niet langer gevoerd in termen van een tweevoudige keuze (rechtstreekse verhouding of niet), maar van een meervoudige keuze.¹³⁹⁸

¹³⁹⁶ Voor België L. SIMONT (*o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, 129-151) en W. VAN GERVEN (*Algemeen Deel*, p. 488-497, nr. 150-151), gevolgd door E. DIRIX (*Obligatoire verhoudingen*, p. 24-25, nr. 7 en p. 276-277, nr. 367). Voor Frankrijk B. STARCK (*o.c.*, in J. HAMEL (ed.) *Le contrat de commission*, Parijs, Dalloz, 1949, 147-172), gevolgd door P. MALAURIE, L. AYNES (*Cours de droit civil*, VIII, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Parijs, Cujas, 1995, p. 292, nr. 538 (voorzover de committent zijn identiteit bekendmaakt)) en J. HUET (*Les principaux contrats spéciaux*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1996, p. 969, nr. 31.130).

¹³⁹⁷ Zie o.m. A. DE THEUX, *o.c.*, p. 283, nr. 203; L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, 129-151; B. STARCK, *l.c.*, 156.

¹³⁹⁸ Een recente bijzondere variatie is van de hand van M.E. Storme die de zakenrechtelijke toer opgaat om het huidige recht te verklaren (M.E. STORME, *o.c.*, in E. DIRIX en R.D. VRIESENDORP, *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 1998, p. 56, nr. 1). In zijn visie beschikt de opdrachtgever over een eigendomsrecht dat bezwaard is met een zakelijk werkend bewindsrecht voor de middellijke vertegenwoordiger. Vertrekkend van art. 103 tweede lid Faill.W. (terugvordering van de koopprijs van in bewaring of consignatie gegeven koopwaren om te worden verkocht voor rekening van de afzender in zoverre niet is betaald; vgl. art. 567 tweede lid oude Faill.W.) stelt hij met name dat de opdrachtgever zijn schuldvordering enkel bij insolventie van de vertegenwoordiger kan uitoefenen (M.E. STORME, *l.c.*, p. 64-65, nr. 18 (dezelfde tekst van die auteur in een breder perspectief in *o.c.*, *T.P.R.* 1998, p. 774-778, nr. 113-122)). Een (onherroepelijk) mandaat voor de vertegenwoordiger is geen voldoende verklaring omdat de bevoegdheid hier niet vervalt met het faillissement van de opdrachtgever (M.E. STORME, *l.c.*, p. 66, nr. 20). Het recht van de vertegenwoordiger moet dan ook een soort zakelijk recht zijn, dat hij, meer concreet, betitelt als een soort zakelijk werkend bewindsrecht. Die visie zou niet ingaan tegen de *numerus clausus* van zakelijke rechten omdat de inwendige structuur van schuldvorderingen de zakelijke werking ervan mede vorm kan geven. Partijen zijn vrij om de inhoud van de schuldvordering te bepalen (contractvrijheid) en derden moeten de schuldvordering in principe nemen zoals die bestaat (tegenstelbaarheid). Er bestaat geen *numerus clausus* ten aanzien van de inhoud van verbintenissen (M.E. STORME,

335. De uitgewerkte theorie van de rechtstreekse betrekkingen is stapsgewijze opgebouwd. In een eerste stap wijzen haar voorstanders van het eerste uur op de gebreken in de motivering van de tot dan toe quasi-dogmatische traditionele theorie.

Allereerst volgt uit de (met het Franse art. 94 Code de commerce vergelijkbare) tekst van art. 13 Titel VII W.Kh. dat een persoon die in naam van een opdrachtgever handelt, aan de bepalingen inzake lastgeving onderworpen is. *A contrario* zou daaruit volgens de klassieke stelling volgen dat een commissionair, die per definitie in eigen naam handelt, geen lasthebber is en dus geen vertegenwoordiger. Die redenering veronderstelt evenwel dat (conventionele) vertegenwoordiging niet buiten lastgeving om kan ontstaan, wat nu juist het voorwerp van betwisting uitmaakt.¹³⁹⁹

Vervolgens wijzen de aanhangers van de leer van de rechtstreekse betrekkingen ook het argument af als zou de geheimhoudingsplicht die op een commissionair weegt, een rechtstreekse band belemmeren. De mogelijkheid van een aanspraak op grond van een zijdelingse vordering of een cessie doet vermoeden dat de geheimhouding ook voor een commissieovereenkomst niet essentieel is, tenzij ze effectief uit de wil van de betrokken partijen voortvloeit.¹⁴⁰⁰

Daarnaast sluit ook de wil van de partijen het bestaan van een rechtstreekse verhouding niet noodzakelijk uit, wat wordt bevestigd in de wel algemeen aanvaarde rechtstreekse eigendomsoverdracht.¹⁴⁰¹ Trouwens, de algemene theorievorming inzake vertegenwoordiging heeft duidelijk gemaakt dat vertegenwoordiging niet steeds op de wil van partijen berust, maar tegelijk op de wil van de wetgever.¹⁴⁰²

Ten slotte is de niet-aanvaarding van rechtstreekse betrekkingen slechts dan begrijpelijk wanneer, naast volmaakte vertegenwoordiging en afwezigheid van vertegenwoordiging, de onvolmaakte vertegenwoordiging als tussencategorie niet wordt aanvaard. Een rechtstreekse verhouding tussen opdrachtgever en derde-medecontractant is dan ook gebaseerd op het begrip van onvolmaakte vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging is met

l.c., p. 67, nr. 24. Zie ook M.E. STORME, *o.c.*, *T.P.R.* 1998, p. 720-721, nr. 18 en 42.) Die opvatting werkt M.E. Storme uit aan de hand van de kwaliteitsrekening. In dat geval beschikt de rekeninghouder over een bewindsrecht tegenover de bank, maar is het de rechthebbende derde(n) die eigenaar of mede-eigenaar is (zijn) van een schuldvordering op de bank. Het bewind houdt evenwel op bij faillissement van de rekeninghouder. Voorwaarde voor de toepassing van art. 103 tweede lid Faill.W. dat alleen bij middellijke vertegenwoordiging geldt, is dat de rekeninghouder krachtens zijn interne verhouding met de rechthebbende de schuldvordering voor rekening van de rechthebbende moet houden.

¹³⁹⁹ L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p.136, nr. 11.

¹⁴⁰⁰ B. STARCK, *l.c.*, 151.

¹⁴⁰¹ Cf. *supra*, nr. 326.

¹⁴⁰² B. STARCK, *l.c.*, 152. De fictietheorie wordt niet langer algemeen aanvaard (cf. *supra*, nr. 234).

name onvolmaakt te noemen wanneer ook de vertegenwoordiger persoonlijk gehouden is en dus tegelijk contractpartij is.¹⁴⁰³ Het in eigen naam handelen wijst op het partij(-willen-)-zijn bij het contract, terwijl het voor andermans rekening handelen dan weer het vertegenwoordigingselement in zich houdt. De juridische verhouding is te vergelijken met de situatie van hoofdelijkheid: pluraliteit van rechtsbanden en eenheid van voorwerp.¹⁴⁰⁴

Het vereiste van handelen in naam van de vertegenwoordigde als voorwaarde voor vertegenwoordiging is in wezen ingegeven door de derdenbescherming, omdat de derde zo niet plots met een onbekende opdrachtgever wordt geconfronteerd. Wanneer een vertegenwoordiger dan in eigen naam handelt, is de derde niet zozeer beschermd als hij enkel de vertegenwoordiger kan aanspreken maar is hij het meest gediend met een keuzerecht: ofwel de vertegenwoordigde ofwel de vertegenwoordiger aanspreken.¹⁴⁰⁵

In een tweede stap wijzen de voorstanders van een rechtstreekse band tussen een committent en een derde-medecontractant erop dat de afwezigheid van een rechtstreekse band zelfs tegenstrijdig is met bepaalde regels met betrekking tot de commissieovereenkomst.¹⁴⁰⁶ Met name speelt de vertegenwoordiging tegenover de schuldeisers van de committent doordat de commissionair over een voorrecht beschikt, terwijl een voorrecht alleen op andermans goederen mogelijk is. Tegenover de schuldeisers van de commissionair speelt de vertegenwoordiging, wat tot uiting komt in art. 103 Faill.W. (art. 567 oud). Het is dan ook legitiem zich af te vragen waarom er dan, als de vertegenwoordiging tegenover de schuldeisers van zowel de committent als de commissionair speelt, tegenover een derde-medecontractant van vertegenwoordiging geen sprake zou zijn?¹⁴⁰⁷

Een rechtstreekse band bij een commissieovereenkomst voldoet ook aan de voorwaarden van vertegenwoordiging, met name vertegenwoordigingsbevoegdheid en dito intentie. Dat de derde-medecontractant niet noodzakelijk de committent kent, vormt daartoe geen belemmering; daarvan getuigt de commandverklaring waar het gebrek aan dergelijke kennis ook geen hinderpaal vormt. De derde heeft reeds een schuldenaar en geheimhouding is niet noodzakelijk.¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰³ B. STARCK, *l.c.*, 153; L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 139-141, nr. 14.

¹⁴⁰⁴ B. STARCK, *l.c.*, 163-172.

¹⁴⁰⁵ W.A.M. VAN SCHENDEL, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1981, nr. 5.555, p. 173.

¹⁴⁰⁶ L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 141-145, nr. 15.

¹⁴⁰⁷ L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 147-148, nr. 16.

¹⁴⁰⁸ L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 146, nr. 16. In de visie van Simont is de commissionair evenwel slechts partij voor het passief; voor het actief is hij vertegenwoordiger van de committent. Als hij tegen de derde ageert, dan is dit een verlenging van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid en niet een bewijs van zijn partij-zijn (L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 149, nr. 17).

336. Op basis van een analyse van de commissieovereenkomst¹⁴⁰⁹ verdedigt ook van Gerven de idee dat het handelen in andermans naam geen afzonderlijke voorwaarde van vertegenwoordiging is en dat van vertegenwoordiging reeds sprake is indien de tussenpersoon voor andermans rekening handelt.¹⁴¹⁰ Bij handelen in eigen naam maar voor andermans rekening is niet alleen de vertegenwoordiger zelf, maar ook de vertegenwoordigde tegenover de medecontractant gebonden: er bestaan met andere woorden tegelijk twee, naargelang van het geval, schuldeisers of schuldenaren.

Aan de basis van die theorie ligt vooral de gedachte dat een committent bij afwezigheid van een rechtstreekse band uit een overeenkomst voordeel zou halen zonder daarbij rechtstreeks de lasten te moeten dragen. Daarbij steunt van Gerven zich voornamelijk op een analyse op grond van een belangenafweging, volgens welke in geval van een faillissement van een commissionair meer gewicht toekomt aan de bescherming van een committent tegen een failliete commissionair dan aan de bescherming van het voorrecht van de commissionair voor de schuldvordering jegens de bij veronderstelling niet failliete committent.¹⁴¹¹

337. De vraag naar het bestaan van een rechtstreekse aanspraak moet wel tot de juiste proporties worden herleid. Vooreerst zal de vraag doorgaans enkel bij onvermogen van de tussenpersoon rijzen. Voor het overige zal een medecontractant zich met de persoon van de tussenpersoon vergenoegen, ook al omdat hij de identiteit van de opdrachtgever meestal niet kent (tenzij bij toeval of in geval van een rechtmatig belang zodat de derde de bekendmaking van de identiteit van de opdrachtgever in rechte kan opeisen) en omdat een commissie zich vaak in een internationale context afspeelt.

Daarnaast is er zelfs in de leer van de directe betrekkingen nog steeds een onderscheid tussen middellijke en onmiddellijke vertegenwoordiging,

¹⁴⁰⁹ Niet voor de naamgeving; zie commentaar van A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie. Theorie en praktijk in België*, o.c., p. 219-220, noot 445.

¹⁴¹⁰ Een persoon kan ofwel voor zijn eigen rekening ofwel voor rekening van zijn opdrachtgever handelen: in het eerste geval treedt hij op krachtens een eigen bevoegdheid, in het tweede geval krachtens een gedelegeerde bevoegdheid. Met betrekking tot het handelen voor andermans rekening onderscheidt van Gerven drie mogelijkheden: in eigen naam, in naam van de opdrachtgever, en naamloos (of neutraal). Bij handelen in andermans naam en naamloos handelen (b.v. curator als professioneel tussenpersoon) is de vertegenwoordiger zelf niet gebonden en wordt de handeling rechtstreeks aan de vertegenwoordigde toegerekend.

¹⁴¹¹ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 494-497, nr. 151. Naast een aantal rechtsvergelijkende argumenten en coherentie-argumenten, met name vooral in het licht van de rechtstreekse eigendomsoverdracht (zie A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie. Theorie en praktijk in België*, p. 239, nr. 255).

wat vooral relevant is voor de rechtspositie van de tussenpersoon. Die tussenpersoon verdwijnt met name, in tegenstelling tot de situatie bij echte vertegenwoordiging, nooit uit het beeld en is hoofdelijk schuldenaar en schuldeiser van de medecontractant omdat hij in eigen naam is opgetreden.¹⁴¹² Indien middellijke vertegenwoordiging tot een rechtstreekse contractuele verhouding tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant leidt, beschikken beide personen over een dubbel aanspreekpunt. De tussenpersoon blijft zowel met de opdrachtgever als met de derde-medecontractant in een rechtsverhouding staan.¹⁴¹³ Persoonlijke gebondenheid van de tussenpersoon gaat hand in hand met de rechtstreekse toerekening aan de opdrachtgever. In die visie doet middellijke vertegenwoordiging met andere woorden een situatie van (actieve én passieve) coëxistentie (van telkens contractuele aansprakelijkheid) ontstaan: zoals de derde-medecontractant zowel de handelende tussenpersoon als de opdrachtgever kan aanspreken, zo ook kan de opdrachtgever zowel de handelende tussenpersoon als de derde-medecontractant aanspreken. Ze beschikken beide over een keuzemogelijkheid. Er ontstaat dus een driepartijen-overeenkomst.¹⁴¹⁴

338. Die leer van rechtstreekse betrekkingen, een kritiek op de traditionele leer, wordt op zijn beurt bekritiseerd. In de eerste plaats zou de belangenafweging waarop de leer grotendeels berust, niet voldoende gemotiveerd zijn. Bovendien zou een rechtstreekse band tussen committent en derde-medecontractant tot gevolg hebben dat het voorrecht van de commissionair geen zin meer heeft.¹⁴¹⁵ Als repliek op de stelling als zou een committent niet alleen de lusten maar ook de lasten moeten dragen,¹⁴¹⁶ luidt het dat een committent niet de enige is die uit een overeenkomst voordeel kan halen zonder dat hij daarbij de lasten moet dragen: “*Tirer profit d’un contrat dont on ne supporte pas les charges n’est pas en soi anormal: c’est au contraire une situation qui se produit constamment. Si, chaque fois qu’une personne retire un avantage d’un contrat conclu par un tiers, elle devait en assumer les obligations, les rapports contractuels s’étendraient sans limites.*”¹⁴¹⁷ In Nederland gaan de auteurs in het algemeen trouwens niet zo ver in hun kritiek. Wanneer de derde-medecontractant op de hoogte is van het bestaan van een principaal

¹⁴¹² Actieve en passieve hoofdelijkheid. Zie Rb. Hoei 10 januari 1939, *J.L.* 1939, 92 (verkoopscommissie zelf schuldenaar).

¹⁴¹³ Vergelijk met het geval waarbij de vertegenwoordigde ook bij onmiddellijke vertegenwoordiging belanghebbende partij kan zijn, cf. *supra*, nr. 249.

¹⁴¹⁴ J.M. VAN DUNNÉ, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, 191.

¹⁴¹⁵ A. DE THEUX, *o.c.*, p. 285, nr. 204.

¹⁴¹⁶ Zie over dit “beginsel” in de common law en in een breder perspectief: C.J. DAVIS, “The principle of benefit and burden”, *C.L.J.* 1998, 522-553.

¹⁴¹⁷ J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 52, nr. 66.

en er dus sprake is van een openlijke middellijke vertegenwoordiging (wat o.m. uit de hoedanigheid van een commissionair voortvloeit), dan nemen de Nederlandse auteurs weliswaar niet aan dat de principaal contractpartij is,¹⁴¹⁸ maar dat, zoals verder nog aan bod komt, er in welbepaalde omstandigheden wel rechtstreekse aanspraken tussen de verwijderde partijen kunnen ontstaan.

De leer van de rechtstreekse betrekkingen is uiteindelijk in sterke mate gebaseerd op de economische realiteit (*la réalité économique*),¹⁴¹⁹ met name dat een commissionair optreedt voor rekening van zijn opdrachtgever. Het feit dat de opdrachtgever bij de operatie een economisch belang heeft, legt evenwel nog niet uit in welke mate en op grond waarvan dit economisch belang op juridisch vlak een rechtstreekse band verantwoordt. De economische realiteit die als argument, zoals eerder vermeld, vaak wordt misbruikt en weinigzeggend is,¹⁴²⁰ levert op zich nog geen rechtsgrond op voor de rechtstreekse gebondenheid van de vertegenwoordigde.¹⁴²¹ Die zogenaamde realiteit kan trouwens zeer ver gaan, zoals blijkt uit de vergelijking door Van Ryn van de economische realiteit van een commissieovereenkomst met die van een concessiecontract: “*Et le contrat de concession n'est-il pas une autre façon de créer un écran entre un fabricant ou un grossiste d'une part, les détaillants et les consommateurs d'autre part?*”¹⁴²²

339. Beide theorieën staan of vallen uiteindelijk met het vertegenwoordigingsbegrip.¹⁴²³ Het is onbetwist dat een persoon krachtens zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid¹⁴²⁴ (handelen in hoedanigheid, *ès qualité, intention de représenter, contemplatio domini, intention to act on behalf of principal or to act as the representative*) moet handelen om de hoedanigheid van vertegenwoordiger te verkrijgen.¹⁴²⁵ Wel betwist is de concrete wijze waarop die vertegenwoordigingsbevoegdheid tegenover de derde-medcontractant tot uiting wordt gebracht en dus de vraag of vertegenwoordiging in de ruime zin (volmaakte én onvolmaakte vertegenwoordiging) dan wel, wat ook met de meerderheidsvisie overeenkomt, in de enge zin (enkel volmaakte of onmiddellijke vertegenwoordiging) is te begrijpen. Uiteindelijk komt het erop

¹⁴¹⁸ Zie verwijzingen in C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 55, nr. 52.

¹⁴¹⁹ Zie L. SIMONT, *o.c.*, *Jur. Comm. Brux.* 1956, p. 150, nr. 17; R. VANPETEGHEM, K. BEECKMANS, *o.c.*, *A.F.T.* 1996, p. 382, kol. 1.

¹⁴²⁰ Cf. *supra*, nr. 188.

¹⁴²¹ W.A.M. VAN SCHENDEL, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1981, nr. 5.555, p. 220, noot 62.

¹⁴²² J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 52, nr. 66.

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 41, nr. 56.

¹⁴²⁴ Zie o.m. W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 147, p. 476-477. Voor het Franse recht zie o.m. P. PÉTEL, *Encycl. Dalloz*, tw. *Représentation*, 1993, nr. 41. Rechtsvergelijkend voor Nederlands, Duits, Engels en Frans recht: H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 33.

¹⁴²⁵ Het achterhalen van die intentie is een feitenkwestie: zie o.m. G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 1995, 623.

aan te weten of vertegenwoordiging neerkomt op een vertegenwoordigen van de wil dan wel of het gaat om het vertegenwoordigen van de belangen van een persoon.¹⁴²⁶ Zo wijst de Nederlandse auteur Van Dunné op het ruime belang- en risico-criterium voor vertegenwoordiging en ziet hij vertegenwoordiging als een risicovraag: “de handeling van T (tussenpersoon) dient ten laste van A’s (achterman) vermogen te komen aangezien deze *naar maatschappelijke opvattingen geacht wordt in het belang van A, althans mede in diens belang, verricht te zijn, of wel geacht wordt in A’s risico-sfeer te liggen.*”¹⁴²⁷

c. Een voorlopig internrechtelijk besluit

340. Het is opvallend hoe auteurs – zowel in de meerderheids- als in de minderheidsopvatting – uit specifieke wetsbepalingen argumentatieve kracht proberen te putten. Zo is art. 103 Faill.W. voor de aanhangers van de traditionele stelling een uitzondering op de algemene regel, terwijl diezelfde wetsbepaling voor de verdedigers van de leer van de rechtstreekse betrekkingen een bevestiging van de algemene regel vormt.

Een argumentatie op basis van een wettelijke bepaling hangt uiteindelijk af van het gekozen uitgangspunt. De wettelijke en jurisprudentiële regels die een rechtstreekse band creëren of juist afwijzen, zijn dan ofwel een uitzondering op de algemene regel ofwel een bevestiging van de – precies omgekeerde – algemene regel. Die argumenten zijn dan ook niet op zich doorslaggevend om het geldende uitgangspunt of beginsel te bepalen.¹⁴²⁸

341. Het valt tevens op dat de aanhangers van de ene of de andere stelling elk een eigen, juridische achtergrond hebben.

De auteurs van de traditionele stelling, zoals Van Ryn en Heenen, leggen de nadruk niet zozeer op het vertegenwoordigingsbegrip maar wel op de specifieke kenmerken van de naamloosings- en commissieovereenkomst (bijzondere overeenkomsten en handelsrecht). In die lijn stellen sommige auteurs dan ook dat de leer van de directe betrekkingen alleen bij de commissieovereenkomsten kan gelden.

¹⁴²⁶ A. DE THEUX, *o.c.*, p. 287, noot 94.

¹⁴²⁷ J.M. VAN DUNNE, “Vertegenwoordiging krachtens volmacht en het gewijzigd ontwerp-B.W. een bodemonderzoek”, *W.P.N.R.* 1973, nr. 5.201, p. 25, kol. 1, met eigen toevoegingen tussen haakjes.

¹⁴²⁸ Zie in verband met dezelfde argumentatieproblematiek bij de schijnleer P.A. FORIERS, “L’apparence, source autonome d’obligations, ou application du principe général de l’exécution de bonne foi”, *J.T.* 1989, p. 544, kol. 1, en in verband met de toepassing van het beginsel “Fraus omnia corrumpit” inzake verjaring: I. CLAEYS, “De nieuwe verjaringswet: een inleidende verkenning”, *R.W.* 1998-99, 398, nr. 56; R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, University Press, 2002, 145-147.

De aanhangers van de moderne stelling, waaronder in de eerste plaats van Gerven, getuigen daarentegen van een meer angelsaksische (belangenafweging), generaliserende of verbintenisrechtelijke opvatting (middellijke vertegenwoordiging). Vanuit een verbintenisrechtelijk en dus meer generaliserend standpunt rijst ook de vraag of de verhoudingen tussen een opdrachtgever en een derde-medecontractant niet identiek zijn voor zowel naamgeving- als commissieovereenkomsten.

Wanneer de simulatietheorie, zoals in de moderne rechtsleer in die context gebeurt, wordt overboord gegooid, dan blijven, even abstractie makend van het positieve recht, in die zin nog twee wegen over. Ofwel zijn naamgeving en commissie zo verschillend van de lastgeving dat er ten gevolge van middellijke vertegenwoordiging tussen derde-medecontractant en opdrachtgever geen rechtstreekse verhoudingen ontstaan. Ofwel zijn ze enkel verschillend in de mate dat ze aan de derde en de committent een bijkomende aanspraak verlenen, nl. tegen de commissionair, waarbij de vraag rijst of een onderscheid moet worden gemaakt naargelang die vertegenwoordiging open dan wel verborgen is.

C. *Andere rechtsstelsels*

342. Terwijl een opdrachtgever er belang bij heeft om een voor zijn rekening gesloten overeenkomst te kunnen afdwingen, heeft de derde-medecontractant er belang bij dat zijn vertrouwen op de identiteit van de medecontractant niet wordt beschaamd.¹⁴²⁹

Een rechtsvergelijkende blik kan alleen maar bijdragen tot een evenwichtige afweging van beide tegenover elkaar staande belangen, te meer daar de aanhangers van de leer van de directe betrekkingen zich precies voor een groot stuk op de rechtssystemen van onze buurlanden beroepen. Geen enkel rechtssysteem kan er overigens aan voorbijgaan, zij het in mogelijks afwisselende mate, dat de overeenkomst uiteindelijk mede in het belang van de opdrachtgever is gesloten.¹⁴³⁰

Een gevaar dat om de hoek van elke rechtsvergelijkende analyse loert, bestaat erin om een rechtsvergelijkend onderzoek te laten starten vanuit een bepaald gemeenschappelijk begrip dat niet eens bestaat, zoals in casu dat van commissieovereenkomsten. Het onderzoek peilt dan ook naar de – ruimere – vraag of een persoon die voor andermans rekening maar in eigen naam handelt, tussen de opdrachtgever en de derde een rechtstreekse band doet ontstaan.

¹⁴²⁹ K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 436.

¹⁴³⁰ R. JAMBU-MERLIN, "Le droit comparé de la commission", in J. HAMEL (ed.), *Le contrat de Commission*, Parijs, Dalloz, 1949, p. 333.

In buitenlandse rechtsvergelijkende studies die het Belgische en Franse recht erbij betrekken, worden de toepassingen van de buitencontractuele aansprakelijkheid, de zijdelingse vordering of de ongerechtvaardigde verrijking op de verhouding tussen de middellijk vertegenwoordigde en de derde-medecontractant aangegrepen om aan te tonen dat de driepersoonsverhouding (“*trilateral nature*”) van de middellijke vertegenwoordiging ook in die systemen aan bod komt. Vooral de toepassing van de simulatietheorie op de naamgeving wordt als een echte “*circumvention*” van de afwezigheid van een rechtstreekse band bij middellijke vertegenwoordiging geïnterpreteerd.¹⁴³¹ Vooral de continentale juristen die de leer van de rechtstreekse betrekkingen aanhangen, wijzen erop dat verschillende positiefrechtelijke regels reeds op de trilaterale aard van de verhoudingen wijzen. Die toepassingen kunnen evenwel evengoed als uitzonderingen worden geïnterpreteerd.

343. Het model dat in het Franse en Belgische recht wordt gevolgd, komt ook in andere continentaal-Europese systemen voor maar niet in de common law,¹⁴³² althans op verbintenisrechtelijk vlak.

Alleen op *zakenrechtelijk* vlak lopen de common law en alle continentaal-Europese rechtsstelsels op dezelfde lijn, nl. dat tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant een rechtstreekse “*band*”¹⁴³³ ontstaat, wat dan nog enkel bij translatieve of eigendomsoverdragende overeenkomsten een rol speelt. Een verkochte zaak gaat rechtstreeks van het vermogen van de derde-medecontractant naar dat van de opdrachtgever (bij een aankoopcommissie, of omgekeerd bij een verkoopcommissie) en passeert niet langs het vermogen van de tussenpersoon.¹⁴³⁴

Al maakt het zakenrechtelijke luik niet het voorwerp van deze thesis uit, wil ik er toch kort op wijzen dat dit luik meer en meer betwist of toch zeker wordt ingeperkt. Zo is terzake naar Nederlands recht art. 3:110 N.N.B.W. dat op dit zakenrechtelijke aspect betrekking heeft,¹⁴³⁵ enkel toepasselijk op roerende goederen en waardepapieren.¹⁴³⁶ In het Engelse recht is de

¹⁴³¹ Zie voor een voorbeeld H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 50-51. Toepassing in M. STORCK, *La représentation*, 228-229.

¹⁴³² K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 429.

¹⁴³³ Op zakenrechtelijk vlak gaat het niet zozeer om een band tussen twee personen (persoonlijk recht), maar wel om een band tussen een persoon en een zaak (zakelijk recht).

¹⁴³⁴ Op zakenrechtelijk vlak is er in Duitsland alleen in geval van een verkoopcommissie sprake van een onmiddellijke overdracht van de eigendom naar de derde toe, terwijl een inkoopcommissie gepaard gaat met een *Durchgangserwerb* behalve in geval van een *Geschäft für den, den es angeht* (*Heidelberger Kommentar. Handelsgesetzbuch*, Heidelberg, Müller, 1999, 901).

¹⁴³⁵ “Bestaat tussen twee personen een rechtsverhouding die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de ander zal worden gehouden, dan houdt de ene het ter uitvoering van die rechtsverhouding door hem verkregene voor de ander.”

¹⁴³⁶ H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, p. 55, noot 269.

vraag al evenzeer betwist. In het Duitse recht zou een dergelijke rechtstreekse eigendomsoverdracht slechts onder zeer strikte voorwaarden voorvallen, behalve bij een *Geschäft für den, den es angeht* (waarbij het een contractpartij niet uitmaakt met wie hij van doen heeft) en bij een overdracht van toekomstige schuldvorderingen.¹⁴³⁷ Ten slotte gaf Foriers onlangs nog een andere analyse in de zin dat een goed wel degelijk eerst het vermogen van de commissienair en vervolgens dat van de koper passeert (en er dus geen onmiddellijke eigendomsoverdracht naar de koper plaatsvindt), al volgt uit de aard van de commissieovereenkomst wel meestal dat de eigendom onmiddellijk op de committent overgaat.¹⁴³⁸

344. Op *verbintenisrechtelijk* vlak is er in de continentale rechtssystemen een scheiding tussen de *debitum* en de *obligatio* of tussen de *Schuld* en de *Haftung*.¹⁴³⁹ Tussen de opdrachtgever en de derde-medcontractant zou er weliswaar een band bestaan, maar is de inhoud ervan niet rechtstreeks maar slechts via de tussenpersoon afdwingbaar. Opdat van vertegenwoordiging sprake zou zijn, moet een derde dan ook kennis hebben van het feit dat de tussenpersoon voor andermans rekening handelt (*publicity principle*, *Offenheitsgrundsatz*), vanuit de gedachte dat die derde moet worden beschermd tegen het feit dat hem plots tegen zijn weten in een andere contractpartner wordt opgedrongen (bescherming van het vertrouwen van de “derde”-medcontractant in de identiteit van zijn contractpartij).¹⁴⁴⁰

Vooraf is nog op te merken dat in alle bestudeerde rechtssystemen wordt aanvaard dat de tussenpersoon tegen de derde-medcontractant wel vergoeding kan bekomen van de schade die hij nochtans niet zelf maar wel zijn opdrachtgever heeft geleden. Die afwikkeling van schadeanspraken wordt meestal met de Duitse term van de *Drittschadensliquidation*¹⁴⁴¹ aangeduid. Die rechtsfiguur komt hierop neer dat, wanneer een contractant zelf

¹⁴³⁷ M.E. STORME, “Van trust gespeend? *Trusts* en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *T.P.R.* 1998, p. 766, noot 83.

¹⁴³⁸ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, in P.A. FORIERS (ed.) *Les obligations contractuelles*, JBB, 2000, p. 228, nr. 7.

¹⁴³⁹ F. LEDUC, *l.c.*, p. 300-301, nr. 23; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 486, noot 35.

¹⁴⁴⁰ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 433 (“*wenn dem Dritten erkennbar geworden ist, dass der Vertrag mit dem Auftraggeber zustandekommen soll, oder wenn sich dies aus den Umständen ergibt.*”).

¹⁴⁴¹ Terminologisch komt dit hierop neer dat de schade van een derde (zgn. *Drittschaden*) door de rechtstreekse medcontractant kan worden afgewikkeld (*liquidiert*). Dit betekent evenwel niet dat de naamlener omwille van een aanspraak wegens schade van de achterliggende derde een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering tegen de medcontractant kan doen gelden (zie E. DIRIX, A. VAN OEVELEN, “Kroniek, Verbintennisrecht, Gerechtelijke jaren 1978-1979 en 1980”, *R.W.* 1980-81, kol. 2460-2461, nr. 52 (kritiek op Rb. Antwerpen 12 oktober 1977, *R.W.* 1978-79, 2046 i.v.m. brand van vervoerde antieke meubelen in Kennedytunnel).)

geen schade lijdt alhoewel hij een contractuele aanspraak zou kunnen doen gelden en de belanghebbende derde dan weer niet over een contractuele aanspraak beschikt maar wel de schade heeft geleden, die contractant bevoegd wordt geacht om voor de belangen van de derde op te komen en verplicht is om ofwel die aanspraak aan de belanghebbende derde over te dragen (cessie van schuldvordering) ofwel de opbrengst van de aanspraak aan de derde over te dragen.¹⁴⁴²

1. Duits recht

a. Beginsel

345. In het Duitse recht voorziet het BGB geen algemene regeling van de middellijke vertegenwoordiging, maar bevat het *Handelsgesetzbuch* specifieke bepalingen voor de specifieke overeenkomsten van *Kommission* en *Spedition*.

Zoals in het Belgische recht, wordt er in de rechtsleer een strikt onderscheid gemaakt tussen de onmiddellijke en middellijke vertegenwoordiging. Bij middellijke vertegenwoordiging die geen eigenlijke vertegenwoordiging in de zin van § 164 BGB uitmaakt,¹⁴⁴³ ontstaat tussen de opdrachtgever en de derde-medcontractant geen rechtstreekse contractuele verhouding.¹⁴⁴⁴ De opdrachtgever staat “*lediglich zu seinem Vertreter in Rechtsbeziehungen, nicht aber zu dem Dritten, mit dem dieser abschliesst*”.¹⁴⁴⁵

Zo acht Gernhuber een rechtstreekse band duidelijk onverenigbaar met de aard van de commissieovereenkomst: “*Beim Kommissionsgeschäft würde ein unmittelbarer Anspruch des Kommittenten dem Geschäftstyp gar widersprechen.*”¹⁴⁴⁶ Volgens de meerderheid van auteurs beschikt de werkelijke schadelijder (naargelang van het geval de opdrachtgever of de derde-medcontractant) slechts over een middellijke bescherming via de *Drittschadensliquidation* (en dus b.v. niet via het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*¹⁴⁴⁷).¹⁴⁴⁸

¹⁴⁴² Zie in dit verband de uitgebreide behandeling van achtereenvolgens het Duitse, Belgische, Nederlandse en Engelse recht in E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 173-178, nr. 234-241. Voor het recente Nederlandse recht zie art. 7:419 N.N.B.W.; C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 60-61, nr. 60; H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 54-55 (reeds in het oude recht HR 11 maart 1977, *N.J.* 1977, nr. 521, concl. adv.-gen. TEN KATE, noot G.J. SCHOLTEN (kribbebijter-arrest)).

¹⁴⁴³ K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, Köln, Carl Heymanns, 1994, 865.

¹⁴⁴⁴ *Palandt*, 1997, *vor* § 164, nr 6.

¹⁴⁴⁵ K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, München, Beck, 1989 (7de ed.), 587 en 601-606. Zie ook H.-J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, München, Beck, 1994, p. 398, nr. 711.

¹⁴⁴⁶ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 541, nr. 4.

¹⁴⁴⁷ Cf. *infra*, deel IV, nr. 503 et seq.

¹⁴⁴⁸ Over het onzekere karakter van het onderscheid tussen beide constructies, zie J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 516.

Alleen indien de contractuele schuldeiser zijn vordering aan de werkelijke schadelijder overdraagt, kan die zelf een aanspraak laten gelden.

Verbintenisrechtelijk staat zelfs een uitdrukkelijke wetsbepaling de rechtstreekse aanspraak van een committent tegen de derde-medcontractant in de weg: “*Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.*”¹⁴⁴⁹ Intern gezien, tussen de committent en de commissionair, alsook tegenover hun schuldeisers geldt de vordering evenwel als één van de committent, zelfs zonder dat er van een overdracht sprake is.¹⁴⁵⁰

Op de verhoudingen bij het *Speditionsvertrag*, een in het HGB afzonderlijk geregelde overeenkomst,¹⁴⁵¹ zijn de wetsbepalingen inzake de commissieovereenkomst van overeenkomstige toepassing.¹⁴⁵²

Buiten de commissieovereenkomst is ook de naamleener of stroman (*homme de paille/prête-nom, straw man/party, Strohmänn*) een bekend begrip: het is iemand die alleen in naam partij is bij een transactie, een “nominale” partij, een “front” die handelt voor een achterman (*Hintermann*). Een *Strohmänngeschäft*, dat geoorloofd is voorzover de partijen geen inbreuk plegen op *Verbotsgesetze (Gesetzumgehung)*,¹⁴⁵³ is geen *Scheingeschäft* in de zin van § 117, I BGB en is dus niet nietig aangezien het *ernstlich gewollt* is.¹⁴⁵⁴ Tegenover de derde-medcontractant is alleen de stroman als middellijk vertegenwoordiger en niet diens opdrachtgever gehouden.¹⁴⁵⁵

b. Uitzonderingen

346. Zoals in het Belgische recht, kent dit principe van de afwezigheid van een rechtstreekse band ook in het Duitse recht zijn grenzen. Wanneer de persoon van de contractpartij voor de derde-medcontractant niet determinerend is (*gleichgültig*) en er aldus sprake is van een zogenaamde *Geschäft für den, den es angeht* (*transaction for whom the matter concerns*), dan heeft de derde geen nood aan de bescherming die hij uit het transparantiebeginsel

¹⁴⁴⁹ § 392, Abs. 1 BGB, waarvan het toepassingsgebied beperkt blijft tot de commissionairs zoals gedefinieerd in § 383 HGB (*Waren und Wertpapiere gewerbsmäßig kaufen/verkaufen für Rechnung eines anderen im eigen Namen*) en zoals uitgebreid via § 406, Abs. 1 HGB (wel beperkt tot *Kaufmänner*, het blijft een handelsrechtelijke regeling).

¹⁴⁵⁰ “*Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen den Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten.*” § 392, Abs. 2 HGB, dat enkel geldt voor *commercial agents* (zie H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 52 met verdere verwijzingen).

¹⁴⁵¹ § 407-415 HGB.

¹⁴⁵² § 407, Abs. II HGB.

¹⁴⁵³ *Palandt*, 1999, vor § 164, nr. 8.

¹⁴⁵⁴ *Palandt*, 1999, § 117, nr. 6.

¹⁴⁵⁵ *Palandt*, 1999, vor § 164, nr. 1.

(*Offenheitsgrundsatz*) put, en is de rol van de tussenpersoon vergelijkbaar met en beperkt zoals in de situatie in geval van onmiddellijke vertegenwoordiging. Het typevoorbeeld waarin een rechtstreekse band om die reden ontstaat, is het geval van de zgn. *Bargeschäfte des täglichen Lebens*.¹⁴⁵⁶

Die specifieke regeling voor het *Geschäft für den, den es angeht* wordt trouwens ook aangegrepen om voor een veralgemening van rechtstreekse verhoudingen te pleiten. Buiten die (eerder beperkte) uitzondering zijn de committent en de derde-medcontractant er evenmin toe gerechtigd om elkaars belangen compleet te verontachtzamen. In de relatie tussen de opdrachtgever en de derde-medcontractant is het aldus mogelijk om toepassing te maken van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, alsook van § 826 BGB wanneer opzettelijk schade wordt toegebracht op een wijze die tegen de goede zeden (*contra bonos mores*) indruist.¹⁴⁵⁷

2. Common Law

347. De common law die zich in de regel heel sterk aan de *privity of contract* vasthoudt, acht precies het terrein van de *agency* van oudsher rijp voor een ruime uitzondering op de relativiteit van de overeenkomst.¹⁴⁵⁸ *Agency* zou, gegoten in continentale begrippen, zowel op de onmiddellijke als de middellijke vertegenwoordiging slaan.

Al wordt er meestal vanuit gegaan dat de opdrachtgever (mede-) *partij* is bij de overeenkomst die de tussenpersoon met de derde-medcontractant heeft gesloten, zijn sommigen toch nog steeds de opvatting genegen dat de opdrachtgever in werkelijkheid niet zozeer een partij is bij die overeenkomst,¹⁴⁵⁹ zodat “*the undisclosed principal is really a third party intervening on a contract which he did not make*”.¹⁴⁶⁰

348. Doorgaans wordt het continentale onderscheid tussen een onmiddellijk vertegenwoordigde en een middellijk vertegenwoordigde op conceptueel vlak gelijkgesteld met het onderscheid in de common law tussen een *disclosed principal* en een *undisclosed principal* (*verdeckte Prinzipal*). Zo wordt een commissionair vaak met een *agent*¹⁴⁶¹ *of an undisclosed principal* verge

¹⁴⁵⁶ Palandt, 1999, § 164, nr. 8.

¹⁴⁵⁷ K. SCHMIDT, *o.c.*, 898.

¹⁴⁵⁸ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 14, nr. 2.15.

¹⁴⁵⁹ Niet toevallig wordt die opmerking ook vanuit Nederlandse hoek (cf. *infra*, nr. 351 et seq.) gemaakt in H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 41.

¹⁴⁶⁰ F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency*, art. 79, p. 313.

¹⁴⁶¹ *Agency* als rechtsconcept en niet als begrip uit het gewone taalgebruik (zie *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-007). De algemene juridische categorie van *agency* verschilt vanzelfsprekend van de specifieke categorie van agentuurovereenkomsten. Het is trouwens slechts met het Europese initiatief terzake dat die agentuurovereenkomst en de regeling terzake in het

leken. Kötz bijvoorbeeld beschouwt de typisch-continentale figuur van de commissionair als een vorm van verborgen vertegenwoordiging.¹⁴⁶² In tegenstelling tot het Belgische recht, zou ook bij *undisclosed agency* tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant wel een rechtstreekse verhouding ontstaan.¹⁴⁶³

Toch gaat het onderscheid minder ver als traditioneel voorgesteld. Bij nader toezien is een committent niet zozeer te vergelijken met een *undisclosed principal* maar veeleer met een *disclosed but unnamed principal*, d.w.z. een opdrachtgever van wiens bestaan de derde-medecontractant wél op de hoogte is en van wie alleen de naam verborgen blijft. Het equivalent van een *agent of an undisclosed principal* is veeleer een naamlener of stroman, aangezien een opdrachtgever pas *undisclosed* wordt genoemd wanneer het bestaan zelf van de *agency* verborgen gehouden blijft.¹⁴⁶⁴ Een commissie-overeenkomst staat veeleer op dezelfde lijn als de ook in het Engelse recht voorkomende gevallen waarbij de derde de tussenpersoon als de werkelijke contractpartij aanvaardt, terwijl de gevallen van *undisclosed agency* enkel met de verborgen vertegenwoordiging samenvallen.¹⁴⁶⁵

349. Die vaststelling is van terminologische aard en doet niets af van het besluit dat het continentale recht en de common law van elkaar verschillen, aangezien de rechtspositie van de betrokkenen bij een commissieovereenkomst in de common law veel dichter aanleunt bij de situatie inzake onmiddellijke vertegenwoordiging. In de common law verschilt de rechtspositie van de betrokkenen dan ook naargelang een openlijke dan wel

Engelse recht werd opgenomen: de zgn. *commercial agent* (J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford, University Press, 1998, 634; *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-005). De commissionair, een op zich onbestaande figuur in het Engelse recht, wordt doorgaans vertaald met *commission agent*.

¹⁴⁶² H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 364. Zie evenwel de commentaar terzake van H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 36 ("The situation is therefore one of indirect representation, but not of undisclosed ("hidden") representation, since the third party may be aware of the existence of an agency relationship between principal and agent").

¹⁴⁶³ *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-059. In een rechtsvergelijkend perspectief zie H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 37-38. Het is geenszins een vereiste dat de gestelde handeling van commerciële aard zou moeten zijn of dat de tussenpersoon een professioneel terzake is (F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency*, Londen, Sweet & Maxwell, 1985, art. 1, p. 3).

¹⁴⁶⁴ Zie over dit begrip o.m. W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, p. 167, nr. 118. Primaire bronnen: *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-053; G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Agency*, Londen, Butterworths, 1996, 215; F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency*, art. 2, p. 23-24 en art. 79, p. 312-325; H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 33. De verwarring vloeit mede voort uit de Engelse rechtsleer zelf (vergelijk met *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-060 ("a principal who is not known by the third party to be connected with the particular transaction")). Vgl. met de twee verschillende definities in J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford, University Press, 1998, p. 642 en p. 652.

¹⁴⁶⁵ A.V.M. STRUYCKEN, "Vertegenwoordiging krachtens volmacht in het Nederlands internationaal privaatrecht", *W.P.N.R.* 1976, nr. 5346, p. 257, nr. 10.

verborgen middellijke vertegenwoordiging voorligt. Voor de weergave van het Engelse recht is het een determinerend criterium te weten of een tussenpersoon een *commissionair* is dan wel een *agent of an undisclosed principal*.

Dit besluit kan evenwel niet op unanimitie rekenen. Enigszins verrassend doet de Engelse rechtsliteratuur met betrekking tot de *commissionair* namelijk twijfel rijzen of de *committent* (of de openlijk middellijk vertegenwoordigde) met de derde-mededecontractant wel in een rechtstreekse verhouding komt te staan. Volgens sommigen, vooral buitenlandse rechtsvergelijkers, zou een rechtstreekse aanspraak enkel mogelijk zijn “*if the agent has been granted authority to create privity of contract*”.¹⁴⁶⁶ In het Engelse basisboek terzake opteert Reynolds er daarentegen voor dat de intentie van de betrokkenen voor het bestaan van een rechtstreekse verhouding in de *common law* niet relevant is.¹⁴⁶⁷ Volgens die strekking die ook de meerderheid vormt, kan dan ook elke *disclosed principal*, of hij nu *named* is of *unnamed*, zoals een *commissionair*, de overeenkomst tegen de derde-mededecontractant afdwingen.¹⁴⁶⁸

350. Wat de grondslag voor de rechtstreekse aanspraak van de opdrachtgever tegen de derde-mededecontractant betreft, bleef na ellenlange discussies alleen nog de *commercial convenience* over¹⁴⁶⁹ en wordt ook nog gewezen op het voordeel dat procedurele omslachtigheden (*circuity of action*) worden vermeden.¹⁴⁷⁰

Die rechtstreekse aanspraak is omwille van de belangen van de derde-mededecontractant wel aan een beperking onderworpen: de derde mag namelijk niet in een slechtere positie komen te staan als wanneer de contractuitvoering enkel ten aanzien van de vertegenwoordiger zou hebben plaatsgevonden.¹⁴⁷¹ In de omgekeerde richting – aansprakelijkheid van de opdrachtgever tegenover de derde-mededecontractant – speelt die beperking dan ook niet.

¹⁴⁶⁶ H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 46. Ook betwijfeld in C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 62, nr. 63. Van een ander uitgangspunt getuigt de opvatting dat een rechtstreekse verhouding ontbreekt (zoals bij de continentale commissieovereenkomst), indien de tussenpersoon in de verhouding met de derde-mededecontractant overeenkomt dat alleen hij – en niet de opdrachtgever – tegenover de derde-mededecontractant gehouden is (H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 35).

¹⁴⁶⁷ F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on agency*, 314-316.

¹⁴⁶⁸ De vraag of bij *unnamed principals* de agent tegenover de derde aansprakelijk is, is een feitenkwestie (*Chitty on Contracts*, II, nr. 31-083).

¹⁴⁶⁹ Zie o.m. G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Agency*, 258; F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency*, art. 79, p. 313; G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 645; H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 40-41 (zie aldaar ook andere verklaringen).

¹⁴⁷⁰ F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency*, art. 79, p. 314.

¹⁴⁷¹ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 435.

Daarnaast worden op de regel van de rechtstreekse verhouding in het algemeen nog twee uitzonderingen aanvaard. Aan de ene kant geldt de leer van de *undisclosed agency* slechts in geval van geldige vertegenwoordigingsbevoegdheid. De opdrachtgever kan een handeling niet bekrachtigen wanneer die verricht werd zonder de nodige vertegenwoordigingbevoegdheid (*authority*).¹⁴⁷² Aan de andere kant is een rechtstreekse verhouding eveneens uitgesloten wanneer de persoonlijkheid van de contracterende partij (*personality*) krachtens de contractuele verhouding essentieel blijkt te zijn.¹⁴⁷³ Impliciet of expliciet kan uit de *terms of the contract* blijken dat een aanspraak van of tegen de verborgen vertegenwoordigde uitgesloten is.¹⁴⁷⁴

Wanneer een rechtstreekse verhouding tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant wordt aanvaard, rijst dan nog de vraag hoe de verschillende aanspraken kunnen worden gecombineerd. De Engelse rechtsleer beklemtoont dat het een alternatieve aansprakelijkheid betreft, wat in het zogenaamde beginsel van *election* wordt uitgedrukt.¹⁴⁷⁵ Zowel de opdrachtgever als de tussenpersoon zijn tegenover de derde-medecontractant aansprakelijk, maar zodra een betrokkene voor een aanspraak tegen de ene heeft gekozen (al blijft onduidelijk vanaf wanneer die keuze precies onherroepelijk wordt uitgedrukt), leidt dit tot het verlies van aanspraken tegen de andere. Dit beginsel houdt ook in dat bij de tussenkomst van de opdrachtgever van een *undisclosed agent*, die lasthebber die *to all appearances the real contracting party* is, zijn aanspraak verliest.¹⁴⁷⁶

3. Nederlands recht

351. In schril contrast met de typische Belgische en Franse houding tegenover de kritische stemmen op het gebrek aan rechtstreekse band bij middellijke vertegenwoordiging, staat de openheid van de Nederlandse rechtspraak en wetgeving voor de – evenzeer typische – luidere stem van de rechtswetenschap.

In het verleden stond het Nederlandse rechtssysteem achter de traditionele regel dat er tussen de opdrachtgever van de in eigen naam handelende tussenpersoon en de derde-medecontractant geen rechtstreekse verhouding ontstond.¹⁴⁷⁷ Vóór de inwerkingtreding van de laat-twintigste-eeuwse codificatie belemmerde zelfs een uitdrukkelijke wetsbepaling inzake

¹⁴⁷² *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-026.

¹⁴⁷³ *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-061.

¹⁴⁷⁴ F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency*, art. 79, p. 321-323; H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 49.

¹⁴⁷⁵ Bekritiseerd door *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-066. Zie ook H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 48-49.

¹⁴⁷⁶ Zie *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-082.

¹⁴⁷⁷ ASSER-VAN DER GRINTEN, p. 91, nr. 103; H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 41

commissieovereenkomsten een rechtstreekse aanspraak van een commitment tegen een derde-medecontractant.¹⁴⁷⁸

Reeds in de rechtsliteratuur van de zestiger-zeventiger jaren hadden evenwel verschillende tenoren uit de rechtsleer (waaronder Schoordijk, Van Schilfgaarde, Van Dunné en Kortmann) pogingen ondernomen om de middellijk vertegenwoordigde als een rechtstreekse contractpartij van de derde-medecontractant te kwalificeren.¹⁴⁷⁹

Noch de Hoge Raad¹⁴⁸⁰ noch het N.N.B.W. dat het vereiste van publiciteit of transparantie voor vertegenwoordiging behoudt,¹⁴⁸¹ volgde de rechtsleer in die uitbreiding van het partijbegrip, want “*de economische partijpositie en de juridische partijpositie vallen in ons recht niet noodzakelijk samen.*”¹⁴⁸² Die uitbreiding werd voornamelijk omwille van de belangen van de derde-medecontractant niet wenselijk geacht.¹⁴⁸³

352. Het N.N.B.W. doet evenwel op een andere wijze recht aan de behoeften van de economische werkelijkheid zoals die eerder door de rechtsleer waren blootgelegd.¹⁴⁸⁴ In welbepaalde gevallen is het een middellijk vertegenwoordigde (of lastgever) toegelaten om de rechten van de “lasthebber in eigen naam”¹⁴⁸⁵ uit te oefenen, met name (1) wanneer de “last

¹⁴⁷⁸ Art. 78 K. We kennen slechts één auteur die terwille van de bescherming van de derde de toepassing van de simulatieleer verdedigde voor het geval waarbij de tussenpersoon verbergt dat hij voor rekening van de tussenpersoon handelt. Hij achtte de oude commissiebepalingen op de verborgen vertegenwoordiging niet van toepassing, omdat die alleen gelden wanneer de derde weet dat hij met een commissionair te doen heeft en zo aanvaardt dat hij de opdrachtgever niet kan aanspreken. Het komt niet toe aan de opdrachtgever en/of de tussenpersoon om te beslissen wie de wederpartij van de derde zal zijn (A.V.M. STRUYCKEN, “Vertegenwoordiging krachtens volmacht in het Nederlands internationaal privaatrecht, *W.P.N.R.*, nr. 5.346, p. 254-255, nr. 4-6; H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 43).

¹⁴⁷⁹ Zie het overzicht in ASSER-HARTKAMP, II, p. 379, nr. 381 met verdere verwijzingen aldaar. Zie ook H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 42-43. Voor een meer diepgaande bespreking van de verschillende opvattingen zie vooral P. VAN SCHILFGAARDE, “Vertegenwoordiging”, *W.P.N.R.* 1974, nr. 5.280.

¹⁴⁸⁰ HR 11 maart 1977, *N.J.* 1977, 521, noot G.J. SCHOLTEN (Kribbebijter-arrest: uit de bekendmaking van de identiteit van de opdrachtgever volgt nog niet dat op eigen naam wordt gehandeld); HR 28 juni 1996, *N.J.* 1997, 494, noot W.M. KLEIJN (Mokselarrest).

¹⁴⁸¹ Art. 3:66 § 1 N.N.B.W.

¹⁴⁸² C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 59, nr. 57.

¹⁴⁸³ *Ibid.*, p. 54-58, nr. 52-57; G.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 43. Zie de discussie in C.J. VAN ZEBEN, J.W. DU PON, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek III. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 1981, 259. De Belgische auteurs waren eerder om de positie van de commissionair bekommerd (cf. *supra*).

¹⁴⁸⁴ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 48, nr. 44.

¹⁴⁸⁵ Het N.N.B.W. spreekt niet langer van een commissionair maar van een “lasthebber in eigen naam” en ziet de lastgeving als een species van de opdrachtovereenkomst (voor een uitgebreider bespreking zie ASSER-KORTMANN, *Bijzondere Overeenkomsten*, III, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, p. 127-138, nr. 158-167; C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 59-70, nr. 58-72; H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 43-45. Voordien reeds in die zin W.A.M. VAN

hebber in eigen naam” aan zijn contractuele verplichtingen tegenover zijn lastgever is tekortgekomen, (2) wanneer hij failliet gaat of (3) wanneer de derde-medecontractant zelf een contractuele wanprestatie begaat. De wijze waarop die rechten zo kunnen worden uitgeoefend, is evenzeer uitdrukkelijk voorgeschreven: de lastgever moet zich de rechten van de lasthebber door middel van een schriftelijke verklaring aan beide andere betrokkenen doen overdragen.¹⁴⁸⁶

In de omgekeerde richting kan ook de derde-medecontractant de rechten van de lasthebber die contractueel tegenover hem in zijn verplichtingen tekortkomt, op dezelfde wijze laten overdragen.¹⁴⁸⁷

Telkens is de tussenpersoon gehouden om de naam hetzij van de lastgever, hetzij van de derde-medecontractant, mee te delen (verklaring). Door de verklaring op grond van art. 7:420 N.N.B.W. wordt de opdrachtgever geen partij bij de door de derde-medecontractant gesloten overeenkomst, maar kan hij bepaalde contractuele rechten krachtens de wet op hem doen overgaan. In geval van toepassing van art. 7:421 N.N.B.W. is er alleen sprake van de uitoefening van rechten tegen een ander dan de schuldenaar: de tussenpersoon blijft tegenover de derde gehouden.¹⁴⁸⁸ Een rechtstreekse aanspraak is wel slechts mogelijk voorzover de aangesprokene zijn eigen verplichtingen tegenover zijn rechtstreekse medecontractant nog niet is nagekomen.

353. Voortaan kan het Nederlandse recht (zoals het Unidroit-verdrag)¹⁴⁸⁹ zo worden voorgesteld dat een rechtstreekse aanspraak mogelijk is in geval

SCHENDEL, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1981, nr. 5.559, p. 219-220 (voorwaarde van wanprestatie). Meer in het algemeen wilde de Nederlandse wetgever zo veel mogelijk het burgerlijk recht en het handelsrecht in één wetboek verenigen (voor een beknopte en heldere schets van het bredere kader o.m. C. BRUNNER, “De verdwijning van het Nederlandse handelsrecht”, *T.P.R.* 1998, 643-644). Ten aanzien van de commissieovereenkomst gelden niet langer specifieke bepalingen maar wel de algemene bepalingen die voor de algemene categorie van opdrachten gelden (boek 7, titel 7 N.N.B.W.) en de meer specifieke bepalingen inzake lastgeving (*Parl. Gesch.*, Boek 7, 306; ASSER-KORTMANN, *Bijzondere Overeenkomsten*, III, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, p. 107, nr. 136; M.M. MENDEL, “Overzicht van handelsrechtelijke rechtspraak. Geselecteerde arresten van de Nederlandse Hoge Raad en het Benelux-Gerechtshof 1990-1995”, *T.P.R.* 1996, 558). De oorspronkelijk (in het ontwerp N.N.B.W.) voorziene bepalingen in verband met de commissieovereenkomst zijn nu vervat in die met betrekking tot de lasthebber in eigen naam. Bemerkt dat de wetsbepalingen inzake lastgeving krachtens een uitdrukkelijke schakelbepaling (art. 7:424 N.N.B.W.) toepasselijk zijn op alle overeenkomsten waarbij een partij verplicht of bevoegd is om rechtshandelingen voor rekening van een ander persoon te verrichten.

¹⁴⁸⁶ Art. 7:420 N.N.B.W.

¹⁴⁸⁷ Art. 7:421 N.N.B.W. Volgens Du Perron was het niet nodig dat een verhaal in beide richtingen mogelijk was. Hij richt zijn kritiek met name op art. 7:421 (C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 68, nr. 70).

¹⁴⁸⁸ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 66, nr. 68.

¹⁴⁸⁹ Cf. *infra*, nr. 355.

van “*the undisclosed principal (or the principal of a commission agent or other agent without power of representation)*”.¹⁴⁹⁰ Met die nieuwe regeling¹⁴⁹¹ heeft de Nederlandse wetgever de Engelse theorie van de *undisclosed principal*¹⁴⁹² op zich weliswaar niet overgenomen, maar wel de functie ervan.¹⁴⁹³ Hij heeft voor een compromis tussen de traditionele continentale houding en die van de common law gekozen,¹⁴⁹⁴ aangezien een verborgen opdrachtgever geen partij bij de met de derde-medcontractant gesloten overeenkomst wordt, maar de verhouding tussen hem en de derde wel contractueel is in de zin dat ze tegen elkaar over contractuele “remedies” beschikken.¹⁴⁹⁵

Zo creëert het Nederlandse systeem niet automatisch maar enkel in welbepaalde omstandigheden (contractbreuk en faillissement) een rechtstreekse verhouding.¹⁴⁹⁶ In dit stelsel hangt het bestaan van een rechtstreekse aanspraak weliswaar af van toevallige omstandigheden zoals de insolventie van de tussenpersoon,¹⁴⁹⁷ maar het is precies in die omstandigheden dat het probleem rijst.

De toepassing van art. 7:421 N.N.B.W. is bovendien beperkt tot de openlijke middellijke vertegenwoordiging (commissie en niet naamlening), omdat de situatie dan uiteindelijk niet van een doorverkoop verschilt en er geen reden is om een rechtstreekse aanspraak toe te kennen.¹⁴⁹⁸

4. Enkele andere rechtsstelsels

354. Bij een vluchtige blik op een aantal kleinere rechtsstelsels wordt de verscheidenheid in het juridische landschap nog groter, zodat de traditionele cesuur tussen continent (geen rechtstreekse verhouding) en common law (rechtstreekse verhouding) niet langer opgaat.

¹⁴⁹⁰ H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 45.

¹⁴⁹¹ Voor de expeditieovereenkomst is een bijzondere bepaling in dezelfde zin ingevoerd (art. 8:63 § 2 N.N.B.W.): de opdrachtgever van een expediteur (*forwarding agent*) kan de rechten uitoefenen die hij zou hebben gehad indien hij zelf als afzender (*consignor*) had opgetreden, tegen de vervoerder (*carrier*) met wie de agent in eigen naam heeft gecontracteerd. Eén van de verschillen met de algemene bepaling ligt in § 4 van genoemde bepaling volgens welke het recht van de verborgen opdrachtgever van de expediteur om de derde-vervoerder aan te spreken, niet kan worden uitgesloten (“*contracted out*”).

¹⁴⁹² Alhoewel beter van de theorie van de *unnamed principal* zou worden gesproken, cf. *supra*, nr. 347 et seq.

¹⁴⁹³ H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 44.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, 4 en 43.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 53, noot 265.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, 45.

¹⁴⁹⁷ Zie het bezwaar geopperd in een andere context (derdemedepllichtigheid) in E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 233, nr. 312.

¹⁴⁹⁸ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 69-70, nr. 71.

Zo gaan in het Zwitserse *Obligationenrecht* de rechten van de tussenpersoon automatisch op de opdrachtgever over, zodra de opdrachtgever zijn verplichtingen tegenover de tussenpersoon heeft voldaan.¹⁴⁹⁹

In het Italiaanse en Spaanse recht zou er eveneens van rechtstreekse verhoudingen sprake zijn, maar telkens slechts in één, zij het onderscheiden, richting.¹⁵⁰⁰

In het Zweedse, Deense en Noorse recht ten slotte bestaat een gelijkwaardige regeling als in Nederland.¹⁵⁰¹

5. Internationale/Europese bronnen

355. Op internationaal vlak bestaan twee, in België (nog) niet van kracht zijnde, verdragen over vertegenwoordiging, enerzijds het internationaal-privaatrechtelijke Haagse Verdrag van 14 maart 1978 inzake de wet van toepassing op overeenkomsten met tussenpersonen en op de vertegenwoordiging (*Hague Convention on the Law Applicable to Agency*),¹⁵⁰² en anderzijds het materieelrechtelijke UNIDROIT-Verdrag van Genève van 17 februari 1983 inzake vertegenwoordiging bij internationale koop van roerende zaken (*Convention on Agency in the International Sale of Goods*).¹⁵⁰³

Een blik op het toepassingsgebied van die verdragen leert dat het vertegenwoordigingsbegrip ruim wordt ingevuld.

Het Haagse Verdrag is van toepassing op verhoudingen waarbij een tussenpersoon voor rekening van zijn opdrachtgever optreedt, zowel wanneer hij in eigen naam handelt als wanneer hij in naam van zijn opdrachtgever handelt.¹⁵⁰⁴

De regeling van het Unidroit-Verdrag¹⁵⁰⁵ is in grote mate vergelijkbaar met het reeds besproken Nederlandse systeem dat zijn inspiratie trouwens uit dit verdrag heeft geput. Via geschreven betekeningen kunnen de opdrachtgever en de derde-medcontractant tegen elkaar aanspraken maken. Een rechtstreekse aanspraak van hetzij de opdrachtgever, hetzij de derde-medcontractant kan enkel ontstaan wanneer de tussenpersoon nalaat het

¹⁴⁹⁹ Art. 401 OR.

¹⁵⁰⁰ Art. 1705 tweede lid *Codice Civile* (It.) (*mandato senza rappresentanza*; opdrachtgever tegen derde); art. 287 *Código de Comercio* (Sp.) (derde tegen opdrachtgever).

¹⁵⁰¹ K. ZWEIFERT, H. KOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1996, Tübingen, Mohr, 436.

¹⁵⁰² Voor de tekst zie o.m. J. ERAUW, *De bronnen van internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 356, nr. 275; H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 433-437. Het verdrag is o.m. in werking getreden in Frankrijk en Nederland (zie J. ERAUW, "Kwaliteitsrekeningen en cliëntgelden met buitenlandse elementen in België", in E. DIRIX, R.D. VRIESENDORP (eds.), *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer, Kluwer, 1998, p. 167, noot 42).

¹⁵⁰³ J. ERAUW, *o.c.*, p. 359, nr. 278.

¹⁵⁰⁴ Art. 1 derde lid.

¹⁵⁰⁵ Art. 13.

contract na te komen of niet in een positie verkeert om zijn verbintenissen na te komen.¹⁵⁰⁶ Die beginselen zouden van toepassing zijn, zowel wanneer de derde-medecontractant niet eens van de lastgevingverhouding op de hoogte was (verborgen middellijke vertegenwoordiging) als wanneer de tussenpersoon openlijk als een commissionair handelt (openlijke middellijke vertegenwoordiging).¹⁵⁰⁷ Toch kan de opdrachtgever die rechtstreekse rechten niet uitoefenen, indien uit de omstandigheden van het geval zou blijken dat de derde niet zou hebben gecontracteerd mocht hij de identiteit van de opdrachtgever hebben gekend.¹⁵⁰⁸

356. In de *Principles of European Contract law*¹⁵⁰⁹ is een algemene regeling voor middellijke vertegenwoordiging vervat, die van de aard van de onderliggende overeenkomst losstaat en die op het Anglo-Amerikaanse recht is geïnspireerd.¹⁵¹⁰

Wanneer een tussenpersoon in opdracht en voor rekening van de opdrachtgever maar in eigen naam handelt of wanneer hij in opdracht van een opdrachtgever handelt maar de derde daarvan niet op de hoogte was (of moest zijn), dan is de tussenpersoon met de derde verbonden.¹⁵¹¹

De opdrachtgever zelf kan de schuldvordering slechts onder bepaalde voorwaarden zelf uitoefenen, met name wanneer de tussenpersoon insolabel wordt of een zwaarwichtige wanprestatie (*fundamental breach*) tegenover de opdrachtgever begaat (of wanneer het reeds vóór de termijn van uitvoering van de overeenkomst duidelijk wordt dat een zwaarwichtige contractbreuk zal voorliggen). Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de derde-medecontractant.¹⁵¹² Naar Nederlands voorbeeld is voor de uitoefening van die rechten evenzeer een kennisgeving aan de tussenpersoon en, naargelang van het geval, aan de derde of de opdrachtgever vereist.¹⁵¹³

¹⁵⁰⁶ Art. 13, § 2-3. Voor verdere commentaar en in perspectief zie o.m. H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 45.

¹⁵⁰⁷ Zie o.a. M.J. BONELL, "The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods", *American Journal of Comparative Law* 1984, vol. 32, (717) 733-736.

¹⁵⁰⁸ Art. 13, § 6.

¹⁵⁰⁹ Voor de tekst ervan zie www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL2en.html; O. LANDO, H. BEALE (eds.), *Principles of European contract law*, Dordrecht, Nijhoff, 2000, 561 p. (*Commission on European Contract Law*). Voor een commentaar zie D. BUSCH, "Middellijke vertegenwoordiging in de *Principles of European Contract Law*: een evenwichtige regeling?".

¹⁵¹⁰ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 62, nr. 63.

¹⁵¹¹ Art. 3:301 Principles.

¹⁵¹² Art. 3:302-303 Principles.

¹⁵¹³ Art. 3:304 Principles.

D. Besluit

357. Uit de voorgaande rechtsvergelijkende analyse blijkt hoe verschillende factoren het debat rond de rechtstreekse verhouding tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant bemoeilijken.

In de eerste plaats is de middellijke vertegenwoordiging een algemene rechtsfiguur die geen onrecht mag doen aan de specifieke aard van de bijzondere overeenkomsten, zoals naamleningen, commissies, expedities en vennootschappen. Om de hoek loert het gevaar vanuit één regeling van een bijzondere overeenkomst te veralgemenen zonder met de eigenheid van deze (of andere) overeenkomst rekening te houden. Dit probleem ontstaat niet wanneer een expliciete algemene regel inzake middellijke vertegenwoordiging bestaat zoals in het Engelse of het Nederlandse systeem alsook in de aangehaalde Europese of internationale bronnen. Het ontstaat alleen wanneer er geen dergelijke algemene regeling voorhanden is zoals in het Belgische, het Franse of het Duitse recht. In die rechtssystemen kan een regeling in verband met één overeenkomst (zoals bijvoorbeeld de hierboven aangehaalde bepalingen uit het W. Kh. of het Faill.W. voor het Belgische recht of uit het HGB voor het Duitse recht) immers zowel een bevestiging van als een uitzondering op de algemene regel uitmaken. Daarmee hangt samen dat een *a contrario* interpretatie altijd door een interpretatie bij wijze van analogie kan worden gecounterd en bijgevolg geen doorslaggevend argument kan vormen.

Bovendien is het juridische klimaat sinds de oudere studies in verband met middellijke vertegenwoordiging ook enigszins gewijzigd. Zo is gebleken dat argumenten uit studies uit het derde kwart van de twintigste eeuw, die op wettelijke bepalingen steunen, niet langer kunnen gelden omdat de wetgever een wijziging terzake heeft aangebracht, wat het geval was voor het Nederlandse recht. Een gewijzigd referentiekader reflecteert zich ook in de jongste Europese en internationale tendensen.

Het debat rond rechtstreekse aanspraken bij middellijke vertegenwoordiging wordt voornamelijk gecompliceerd door de onduidelijkheid rond gemeenrechtelijke rechtsfiguren als de simulatie en vooral de vertegenwoordiging zelf (waarover reeds talloze studies zijn verschenen). Wanneer de toepassing van de simulatietheorie bij verborgen middellijke vertegenwoordiging dogmatisch dan al niet correct zou zijn, dan heeft de aanvaarding van een (voorwaardelijke) rechtstreekse band bij middellijke vertegenwoordiging tot gevolg dat de theorie van simulatie bij de naamlening niet meer nodig zou zijn.

Ten slotte loopt een en ander ook scheef op het vlak van de wetenschappelijke methodiek. Zo worden bepaalde argumenten in een rechtsvergelijkende analyse al te gemakkelijk in de ene of de andere richting uitgelegd naargelang de stelling die men al op voorhand heeft ingenomen. En

inderdaad, het resultaat van een juridische redenering hangt niet enkel af van dogmatische beschouwingen maar ook van een, soms onbewuste, beleidsmatige aanpak en een belangenafweging, waarbij auteurs vaak aan een bepaald belang de voorkeur geven, zonder het te (kunnen) motiveren. Ondanks de rechtstheoretische geschriften die duidelijk maken dat elke juridische vraag ook een beleidsaspect vertoont, houdt een Belgisch en Frans jurist zich nog graag aan de schijn alsof een juridische redenering louter het resultaat is van een syllogisme.¹⁵¹⁴

358. Bij wijze van besluit m.b.t. de vraag naar rechtstreekse verhoudingen bij middellijke vertegenwoordiging blijkt zowel uit het onderscheid tussen de inwendige en uitwendige verhouding als uit de rechtsvergelijkende analyse dat het vertrekpunt voor het antwoord op de genoemde vraag moet worden opengetrokken: maatgevend voor de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant is niet enkel de kwalificatie van het hoofdcontract (lastgeving, commissie of naamlening), maar ook en vooral de wijze waarop de tussenpersoon *krachtens* een contractueel verleende bevoegdheid effectief handelt.

Weliswaar moet een tussenpersoon de opdracht hebben om voor rekening van zijn opdrachtgever te handelen (er moet vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn in de brede zin van het woord), maar voor de vraag naar rechtstreekse aanspraken bij middellijke vertegenwoordiging is het niet alleen relevant of de tussenpersoon lasthebber, naamleener dan wel commissionair kan worden genoemd. Evenzeer relevant is het *feitelijk* handelen: treedt de tussenpersoon in eigen naam dan wel in andermans naam op?

Dezelfde rechtsgevolgen van de middellijke vertegenwoordiging moeten rijzen wanneer een *lasthebber* (in feite) wel voor rekening van zijn lastgever handelt maar tegenover de derde over zijn hoedanigheid het stilzwijgen bewaart en dus niet open is, als wanneer de een commissionair of naamleener aldus handelt.¹⁵¹⁵

Omgekeerd is het dan weer mogelijk dat een commissionair toch in naam van zijn opdrachtgever handelt, in welk geval hij volledig als lasthebber wordt behandeld¹⁵¹⁶ en er rechtstreekse vertegenwoordiging ontstaat.¹⁵¹⁷

¹⁵¹⁴ Zie daarover W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*.

¹⁵¹⁵ H. DE PAGE, *Traité*, V, p. 436, nr. 437; C. PAULUS, R. BOES, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 134, nr. 234; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, p. 268, nr. 490.

¹⁵¹⁶ Art. 13 Boek I Titel VII W.Kh.

¹⁵¹⁷ B. STARCK, *o.c.*, in *Le Contrat de Commission. Etudes de droit commercial sous la direction de Joseph Hamel*, Parijs, Dalloz, 1949, 148.

Het al dan niet bestaan van een rechtstreekse verhouding staat dan ook niet zozeer in functie van de aard van de bijzondere overeenkomst tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant maar veeleer van de wijze waarop de tussenpersoon met de derde-medecontractant handelt. Niet alleen de aard van de bijzondere overeenkomst maar ook de wijze van handelen krachtens vertegenwoordiging is bepalend.

359. Eens het uitgangspunt aanvaard dat niet de inwendige maar de uitwendige verhouding mede determinerend is, blijft de vraag of er tussen de opdrachtgever en de derde-medecontractant überhaupt een rechtstreekse rechtsverhouding ontstaat.

Voorheen werd die vraag uitsluitend in een tweevoudige keuze opgesplitst: ofwel een rechtstreekse contractuele band, ofwel geen. Intussen is de tendens dat er nog tussenoplossingen openstaan.

Aan de ene kant moet telkens nog de buitencontractuele aansprakelijkheid in het oog worden gehouden. Zo is naar Nederlands¹⁵¹⁸ en Engels recht¹⁵¹⁹ de toepassing ervan aanvaard, indien een goed van een opdrachtgever door een derde wordt beschadigd. In die context kan de vraag naar de derdenwerking (*external effect/ third-party-effect*) van exonerationclausules rijzen.¹⁵²⁰

Aan de andere kant blijkt uit het Nederlandse positieve recht alsook uit de supranationale bronnen dat er tussen een opdrachtgever en een derde-medecontractant niet automatisch een rechtsband ontstaat. Meer nog, zelfs indien een aantal voorwaarden zijn vervuld, ontstaan weliswaar rechtstreekse aanspraken van de opdrachtgever tegen de derde-medecontractant (of omgekeerd), maar dit impliceert niet dat beide daardoor als contractanten kunnen worden beschouwd. Die stelling getuigt van een meer evenwichtige benadering, zonder het contractuele veld onnodig te moeten uittrekken.

In de leer van de rechtstreekse betrekkingen volstond een bepaald belang van een persoon bij de prestatie van een ander om tussen beide een contractuele band te aanvaarden. Niet langer de wil, maar het belang stond centraal opdat een rechtstreekse rechtsband zou ontstaan.

In de huidige tendens wordt met het belang van een partij wel rekening gehouden, maar blijven de algemeen aanvaarde principes van het contractenrecht geëerbiedigd. Derdenbescherming is een gradueel gegeven en is afhankelijk van bepaalde (cumulatieve) “triggers”. Er wordt met de

¹⁵¹⁸ ASSER-VAN DER GRINTEN, p. 99-100, nr. 112.

¹⁵¹⁹ M.P. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Londen, Butterworth, 1996, 463 (“*negligent pre-delivery inspection*” bij verkoop van auto die daarna aan echtgenote wordt doorgegeven).

¹⁵²⁰ Cf. *infra*, deel IV.

economische realiteit rekening gehouden, zonder dat daarom op een geforceerde wijze een contractuele band moet ontstaan.

360. De middellijke vertegenwoordiging is opnieuw een illustratie van de wijze waarop de scheidingslijn tussen het continentale recht en de common law aan het slinken is. Terwijl de inspanningen inzake derdenbeding voornamelijk van Engelse kant komen,¹⁵²¹ is de doorbraak op het continent inzake middellijke vertegenwoordiging reeds begonnen maar nog lang niet voltooid. Vooral het Belgische, Franse en Duitse recht lijken van die evolutie nog niet volledig in de ban. De tendens dat er onder bepaalde voorwaarden tussen de opdrachtgever en de derde-medcontractant een rechtsverhouding kan ontstaan, is evenwel niet te loochenen. Volgens die algemene tendens ontstaat een dergelijke rechtsverhouding niet automatisch: slechts bij een (zwaarwichtige) wanprestatie van de tussenpersoon (of van de derde-medcontractant) of bij faillissement van de tussenpersoon is een rechtstreekse aanspraak mogelijk (mits kennisgeving van het voornemen om een rechtstreekse aanspraak uit te oefenen, aan de tussenpersoon en de andere betrokkene). Soms lijkt een rechtstreekse aanspraak meer voor de hand te liggen bij een open dan bij een verborgen middellijke vertegenwoordiging.

De aanwijzing van de juridische grondslag voor de middellijke vertegenwoordiging kan weliswaar, zoals eertijds voor het derdenbeding, tot heel wat dogmatische beschouwingen aanleiding geven, maar uiteindelijk (pragmatisch bekeken) kan (of moet) de middellijke vertegenwoordiging, net zoals het derdenbeding, als een autonome rechtsfiguur worden beschouwd. Aangezien de rechtsgevolgen van de middellijke vertegenwoordiging niet volledig samenvallen met die van de eigenlijke vertegenwoordiging, valt de middellijke vertegenwoordiging als rechtsfiguur evenmin volledig met de eigenlijke of onmiddellijke vertegenwoordiging samen.

§ 2. RECHTSTREEKSE VORDERING

361. De rechtstreekse vordering (*action directe*) is een andere categorie op grond waarvan een schuldenaar niet alleen door zijn rechtstreekse schuldeiser maar ook door de schuldeiser van die schuldeiser rechtstreeks, *omisso medio*, kan worden aangesproken.

Historisch gezien hebben de rechtstreekse vorderingen uit het B.W. geen werkelijke voorganger,¹⁵²² zodat het geen verwondering wekt dat

¹⁵²¹ Cf. *supra*, nr. 268.

¹⁵²² C. JAMIN, "Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur: l'action directe en droit français", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 268, nr. 7; J. NÉRET, *Le sous-contrat*, p. 315, nr. 433.

art. 1798 B.W. bij het begin van de negentiende eeuw als een loutere toepassing van de zijdelingse vordering werd beschouwd.¹⁵²³

Rechtsvergelijkend bekeken is die categorie in de Europese rechtssystemen niet algemeen gangbaar en van de bestudeerde rechtssystemen wordt ze enkel in het Franse en Belgische recht aanvaard.¹⁵²⁴ De hierna volgende analyse kan zich dan ook in grote mate tot die twee rechtssystemen beperken, al wordt voor andere rechtssystemen hier en daar kort verwezen naar andere categorieën die tot vergelijkbare resultaten leiden en/of dezelfde functie vervullen.

Hoewel de rechtstreekse vordering typisch is voor het Franse en het Belgische rechtssysteem, loopt de regeling ervan opvallend uiteen, wat niet meteen pleit voor een receptie ervan in andere rechtssystemen.

Na een algemene blik op die rechtsfiguur (A) en na de bespreking van de doorwerkingsregeling en de toepasselijkheid van de buitencontractuele aansprakelijkheid (B), volgt hierna een analyse van het bereik van de rechtstreekse vordering bij samenhangende overeenkomsten,¹⁵²⁵ waarbij de aandacht vooral uitgaat naar de rechtstreekse vordering van een onderaannemer tegen een opdrachtgever alsook van een lastgever tegen een onderlasthebber (C).

A. Algemeen

362. Met een rechtstreekse vordering in de technische zin van het woord of *sensu stricto*¹⁵²⁶ (*action directe en paiement*) verkrijgt een schuldeiser naast het recht om zijn hoofdschuldenaar (*débiteur principal/intermédiaire*) aan te spreken ook een eigen, persoonlijk recht om de schuldenaar van zijn hoofdschuldenaar, de onderschuldenaar (*sous-débiteur*), rechtstreeks aan te spreken. Hiermee verkrijgt een schuldeiser een recht waarvan de opbrengst niet langs het vermogen van de hoofdschuldenaar passeert, maar rechtstreeks in zijn eigen vermogen terechtkomt (*jure proprio, non jure debitoris*). Het voordeel dat uit die vordering voortvloeit, gaat *omisso medio*

¹⁵²³ C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 270, nr. 8. Zie o.m. Rb. Gent 19 december 1849, *B.J.* 1850, 41 en vooral referenties in X, noot onder Rb. Nijvel 12 augustus 1873, *Cloes et Bonjean* 1874-74, 946; Rb. Kortrijk 14 november 1957, *R.W.* 1957-58, 1450.

¹⁵²⁴ Vroeger werd de rechtstreekse vordering nog als exorbitant aangezien, heden niet meer (B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, p. 267, noot 137).

¹⁵²⁵ Ook Néret onderscheidt twee soorten rechtstreekse vorderingen, naargelang ze al dan niet binnen een contractgroep ontstaan: "*Ces actions directes ne peuvent être assimilées à celles qui interviennent en dehors de tout groupe contractuel (...) et qui sont manifestement (...) fondées sur un texte exprès.*" (*Le sous-contrat*, p. 316, nr. 433, p. 318, nr. 438). De rechtstreekse vorderingen bij onderovereenkomsten komen eigenlijk overeen met de onvolmaakt rechtstreekse vorderingen (J. NÉRET, *Le sous-contrat*, p. 318-319, nr. 439).

¹⁵²⁶ *Sensu lato* ook de *action directe en responsabilité* (§ 3), soms zelfs het derdenbeding of de cessie (J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 796, nr. 736).

in het vermogen van de houder ervan over,¹⁵²⁷ “*en passant au-dessus du débiteur normal de manière telle que le titulaire de cette action échappe à la loi du concours*”.¹⁵²⁸ Door het uitoefenen van die rechtstreekse vordering wordt de schuldvordering van de hoofdaannemer tegenover de bouwheer onbeschikbaar. Een rechtstreekse vordering is een *recht* dat de schuldeiser in eigen naam en voor eigen rekening kan uitoefenen, zoniet zou het om een zijdelingse vordering ex art. 1166 B.W. gaan. Opdat van een rechtstreekse vordering sprake zou zijn, moet de gerechtigde tegelijk nog tegen een ander – de hoofdschuldenaar – een recht kunnen uitoefenen.¹⁵²⁹

Naast het derdenbeding dat in art. 1165 B.W. expliciet wordt vernoemd, is de rechtstreekse vordering aldus een uitzondering die een recht ten voordele van een derde verschaft.¹⁵³⁰ In geval van een derdenbeding verkrijgt een derde-begunstigde eveneens een rechtstreekse schuldvordering of aanspraak (of recht) tegen de belover en dus ook een rechtstreekse rechtsvordering om de nakoming van de contractuele verbintenis te eisen.¹⁵³¹ In tegenstelling tot het derdenbeding is de rechtstreekse vordering op een objectieve manier vast te stellen. De intentie van de hoofd- of onderschuldenaar is irrelevant om te weten of de hoofdschuldeiser over een rechtstreekse vordering tegen de onderschuldenaar beschikt. Het bestaan en de reikwijdte van de rechtstreekse vordering is afhankelijk van de wet. Zoals bij het derdenbeding tendert de Franse rechtsleer en soms de rechtspraak naar een – in vergelijking met het Belgische recht – meer uitgebreide toepassing van de rechtstreekse vordering.¹⁵³² Tegenover de onderschuldenaar is de houder van een rechtstreekse vordering evenmin tot enige verplichting gehouden, terwijl een derdenbeding volgens sommigen van een last voor de derde-begunstigde voorzien kan zijn.¹⁵³³

363. De benaming van rechtstreekse *vordering* lijkt de indruk te wekken dat het een procesrechtelijke figuur betreft en in geen enkele materieel-

¹⁵²⁷ Naast de rechtstreekse vordering biedt ook het voorrecht ex art. 20, 12° Hyp.W. een, zij het inferieure, bescherming aan de onderaannemer. De rechtstreekse vordering is superieur omdat de houder ervan een exclusief recht verkrijgt, met uitsluiting van alle overige schuldeisers van zijn rechtstreekse schuldenaar (al kan hij wel in samenloop komen met de schuldeisers van de onderschuldenaar). Met het voorrecht daarentegen kan hij wel met eventuele andere bevoorrechte schuldeisers in samenloop komen en komt het op de rangorde aan (zie Kh. Luik 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, 555).

¹⁵²⁸ Luik 6 februari 1996, *J.L.M.B.* 1997, (379) 381; H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 686, nr. 716, p. 700, nr. 724; W. VAN GERVEN, S. COVEMAEEKER, *Verbintenissenrecht*, 152.

¹⁵²⁹ Zie voor een toepassing E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 125, nr. 171.

¹⁵³⁰ Uitdrukkelijk in Cass. 9 juli 1953, *Pas.* 1953, I, 911.

¹⁵³¹ Cass. 4 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 556 (opzeggingsvergoeding).

¹⁵³² Voor een doorgedreven vergelijking tussen beide figuren: J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 798-799, nr. 739.

¹⁵³³ Cf. *supra*, nr. 303.

rechtelijke grondslag steun vindt. Achter die vordering gaat nochtans een *eigen* recht of schuldvordering voor de houder (of gerechtigde) ervan schuil.¹⁵³⁴ In die lijn spreekt art. 86 van de Verzekeringwet ook niet langer van een “*rechtstreekse vordering*” maar van een “*eigen recht*”.¹⁵³⁵

364. Over de grondslag van de rechtstreekse vordering, althans in de context van samenhangende overeenkomsten,¹⁵³⁶ bestaat in België en vooral dan in de Nederlandstalige literatuur uiterst weinig discussie. Vroeger probeerden sommigen die figuur – zonder succes – tot andere klassieke burgerrechtelijke figuren te herleiden.¹⁵³⁷ Vandaag de dag beperken quasi-alles analyses zich tot een opsomming van toepassingsgevallen en een bespreking van rechtsgevolgen.¹⁵³⁸

De enige en overdreven positivistische grondslag die overblijft, is de wet.¹⁵³⁹ Die grondslag doet toch wel de vraag rijzen, of die uitleg niet stamt uit een tijd waar de wet volledig onschendbaar was en nu, in het licht van het gelijkheidsbeginsel, niet al te mager uitvalt.

De rechtvaardigheid of de billijkheid is een te vaag motief wanneer geen uitleg volgt waarin een regeling precies al dan niet rechtvaardig is. Meer precies was het Demolombe die in de negentiende eeuw de economische reden van bestaan van de rechtstreekse vordering heeft blootgelegd: de titularissen van de rechtstreekse vorderingen zijn “*les créateurs de cette valeur – que ce sont eux qui l’ont mise dans le patrimoine de leur débiteur commun*”.¹⁵⁴⁰

Voortbouwend op Demolombe en Labbé rechtvaardigen Ghestin en zijn companen het bestaan van rechtstreekse vorderingen als een “*mécanisme correcteur déduit d’un principe de justice commutative*”,¹⁵⁴¹ als “*l’expression*

¹⁵³⁴ Zie L. SIMONT, “L’action directe de la victime d’un accident d’automobile contre l’assureur du propriétaire de celle-ci” (noot onder Cass. 16 februari 1962), *R.C.J.B.* 1962, p. 466, nr. 1. Zie reeds R. HAYOIT DE TERMICOURT, concl. onder Cass. 18 oktober 1945, *Pas.* 1945, I, 240, vooral 241, kol. 2.

¹⁵³⁵ Zie ook P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 175, nr. 6.

¹⁵³⁶ In het kader van verzekeringen is het de uiteindelijke bedoeling van de rechtstreekse vordering om de slachtoffers de meest volledige schadevergoeding toe te kennen (C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 271, nr. 8).

¹⁵³⁷ Toen de exegetische theorie nog vele aanhangers kende, probeerde de rechtsleer beide uitzonderingen op art. 1165 B.W. – derdenbeding en rechtstreekse vordering – nog aan klassieke concepten van het B.W. te koppelen, zodat beide wel nog tegelijk werden behandeld (C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 273, nr. 13). Zie ook het overzicht in J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 796-813, nr. 736-753.

¹⁵³⁸ C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 267, nr. 5.

¹⁵³⁹ Zie o.m. R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 305, nr. 4.

¹⁵⁴⁰ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXV, *Traité des contrats*, II, 1869, p. 138-139, nr. 139, vooral als basis genomen door C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 270, nr. 8, p. 288, nr. 38.

¹⁵⁴¹ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 821, nr. 763, p. 827-828, nr. 770.

technique du principe de justice commutative".¹⁵⁴² In die zin is een rechtstreekse vordering verantwoord in twee gevallen waarin sprake is van een *connexité* tussen twee contracten: enerzijds daar waar de waarde van het vermogen van de onderschuldenaar is toegenomen en anderzijds daar waar de compensatoire functie van schadevergoeding het vereist.¹⁵⁴³

B. Doorwerking/ buitencontractuele aansprakelijkheid

365. Ook in het kader van de rechtstreekse vordering rijst de vraag in welke mate de samenhangende overeenkomsten of, beter, de oorspronkelijke rechtsverhoudingen naar derden toe doorwerken. De rechtstreekse vordering wordt in het algemeen als meer abstract omschreven en staat dus doorgaans lossers van de oorspronkelijke rechtsverhouding dan bijvoorbeeld het derdenbeding. In welke mate contractuele clausules doorwerken, wordt hierna afzonderlijk per rechtstreekse vordering besproken.

366. De vraag naar de keuze tussen de rechtstreekse vordering of de eventuele toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid zal meestal niet rijzen, omdat de toepassingsvoorwaarden van de buitencontractuele aansprakelijkheid meestal niet vervuld zullen zijn.

Mochten die toepassingsvoorwaarden toch vervuld zijn, geldt als enig aanknopingspunt de Franse rechtspraak op grond waarvan een derde die op grond van de accessoriumtheorie over een rechtstreekse aanspraak beschikt, niet over de mogelijkheid beschikt om voor de delictuele aansprakelijkheid te kiezen.¹⁵⁴⁴

367. Beide aspecten hangen nauw samen met de vraag of de rechtstreekse vordering onder de noemer van contractuele modellen of mechanismen is te groeperen, wat ook later bij de vorderingen op grond van een kwalitatief recht of de accessoriumtheorie aan bod komt.¹⁵⁴⁵ Is de rechtstreekse vordering contractueel dan wel quasi-delictueel van aard?¹⁵⁴⁶

¹⁵⁴² *Ibid.*, p. 827, nr. 770.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, p. 828, nr. 770.

¹⁵⁴⁴ M.-L. IZORCHE, *Encycl.Dalloz*, tw. *Action directe*, 1994, nr. 28.

¹⁵⁴⁵ Cf. *infra*, nr. 439.

¹⁵⁴⁶ Vroeger was er in het kader van art. 1798 B.W. eerder sprake van een vordering die op een quasi-contract (zaakwaarneming) was gebaseerd (zie Rb. Gent 19 december 1849, *B.J.* 1850, 41 (ook in concl. VAN DEN PEEREBOOM) (levering en plaatsing hardsteen voor nieuwe kerk); Rb. Luik 28 maart 1859, *Cloes et Bonjean* 1859-60, 641).

De rechtspraak probeert die vraag zoveel mogelijk te omzeilen,¹⁵⁴⁷ al gaf het Luikse Hof van Beroep recentelijk te kennen dat “*l’action des sous-traitants n’a pas de base contractuelle à l’égard du maître de l’ouvrage car la créance qu’ils peuvent recouvrer directement contre lui résulte d’un contrat auquel il est étranger*”.¹⁵⁴⁸

Toch wordt de rechtstreekse vordering doorgaans als een contractuele vordering aangezien,¹⁵⁴⁹ althans in het kader van samenhangende overeenkomsten.¹⁵⁵⁰

C. Rechtstreekse vorderingen bij samenhangende overeenkomsten

368. In tegenstelling tot wat doorgaans in Frankrijk gebeurt, wordt de theorie van de rechtstreekse vordering in de Belgische rechtsleer steeds afzonderlijk van de *accessorium*theorie behandeld.¹⁵⁵¹ Die afzonderlijke bespreking vloeit voort uit de Belgische, legalistische theorie met betrekking tot de rechtstreekse vordering in technische zin: een rechtstreekse vordering kan alleen bij gratie van de wet bestaan, terwijl de rechtstreekse aanspraak op grond van de *accessorium*theorie precies een jurisprudentiële constructie vormt.

369. Zelfs binnen de categorie van de rechtstreekse vordering wordt uiteindelijk een bont allegaartje van rechtstreekse aanspraken gegroepeerd. Een rechtstreekse vordering kan voorliggen, wanneer de band tussen de aangesproken contractant en de derde uit samenhangende contracten

¹⁵⁴⁷ Zie Rb. Luik 21 december 1994, *T. Aann.* 1995, (29) 32, kol. 2, verwijzende noot: “*Il paraît assez vain de s’interroger sur la question de savoir s’il faut qualifier les obligations du maître de l’ouvrage envers les sous-traitants de “contractuelles”, de “quasi-contractuelles” ou constater qu’elles n’appartiennent pas aux schémas classiques du droit des obligations. Il s’agirait alors d’une obligation “légale”, ce qui en soi ne signifie pas grand-chose.*”

¹⁵⁴⁸ Luik 23 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, (589) 596, noot F. GEORGES.

¹⁵⁴⁹ M. DAMBRE, “De vordering van de koper van een gebouw tegen de aannemer of architect: rechtstreekse vordering of uitoefening van een kwalitatief recht?” (noot onder Brussel 15 februari 1988), *T.B.B.R.* 1990, p. 321, nr. 8; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 132-134, nr. 181-182; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations”, *R.C.J.B.* 1975, p. 509-511, nr. 49 (m.b.t. rechtstreekse vordering bij verzekeringen). Zie evenwel L. CORNELIS, *Algemene theorie*, p. 361, nr. 291 (“*verbintenis uit de wet*”). Wat het EEX-verdrag/verordening betreft, cf. *infra*, nr. 455 et seq.

¹⁵⁵⁰ De vordering van een slachtoffer tegen een aansprakelijkheidsverzekeraar of van het O.C.M.W. tegen de derde-aansprakelijke wordt als quasi-delictueel van aard beschouwd (R.O. DALCQ, “Les actions directes”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 320, nr. 25). Zie ook Cass. 14 september 1972, *Arr. Cass.* 1973, 59, *R.W.* 1972-73, 1519, noot H. SEGERS (“*niet voortkomt uit de wil van de partijen maar bij de wet is ingevoerd*”).

¹⁵⁵¹ Cf. *infra*, nr. 417. Daarentegen gaat Dalcq zo ver dat hij het begrip rechtstreekse vordering gebruikt, telkens als het slachtoffer meer dan alleen maar de rechtstreekse schadeverwekker kan aanspreken (R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 320-321, nr. 25).

bestaat, maar ook wanneer het om een andere band gaat, zoals een familiale of één of andere contractuele band met één van de contractanten. Die dubbele bestaansgrond bewijst meteen waarom de theorie van de *contractgroepen*¹⁵⁵² voor het bestaan van de rechtstreekse vordering in het algemeen geen verklaring biedt.¹⁵⁵³ Het ligt niet in onze bedoeling om van elke mogelijke rechtstreekse vordering een overzicht te geven,¹⁵⁵⁴ maar enkel van die rechtstreekse vorderingen die bij samenhangende contracten worden erkend.

Een bespreking van de rechtstreekse vordering behelst noodzakelijkerwijze een afzonderlijke (limitatieve) opsomming van de verschillende toepassingsgevallen.¹⁵⁵⁵ Een rechtstreekse vordering is slechts voorhanden wanneer ze in de regeling van een bijzondere overeenkomst is ingeschreven. In het kader van samenhangende overeenkomsten staat de techniek van de rechtstreekse vordering centraal bij de onderovereenkomsten, vooral bij onderlastgeving (3) en onderaanneming (2) alsook bij onderhuur (1).

Waar een rechtstreekse vordering doorgaans restrictief wordt geïnterpreteerd,¹⁵⁵⁶ moet dit sinds kort zeker in Frankrijk en bij gelegenheid ook in België worden genuanceerd. In verband met de onderlastgeving bijvoorbeeld wordt in Frankrijk uit het bestaan van een rechtstreekse vordering in één richting (lastgever tegen onderlasthebber) afgeleid dat tussen beide een rechtstreekse contractuele band bestaat, met aanspraken in beide richtingen als gevolg. In de Belgische rechtsleer rijzen nu en dan dezelfde voorstellen, al volgt de rechtspraak die daarin – voorlopig – niet.¹⁵⁵⁷

1. Eigenaar tegen onderhuurder

370. Wanneer een hoofdhuur en een onderhuur elkaar opvolgen, ontstaat tussen de eigenaar-hoofdverhuurder en de onderhuurder geen contractuele relatie,¹⁵⁵⁸ maar rijst de vraag in welke mate hen een rechtstreekse vordering ter beschikking staat.

Zowel naar Frans als naar Belgisch recht bepaalt art. 1753 eerste lid B.W./C.Civ. het volgende: “*De onderhuurder is jegens de eigenaar slechts*

¹⁵⁵² Een voorstel van G. VINEY, “L’action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats”, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, 416-417.

¹⁵⁵³ C. JAMIN, o.c., in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 281-282, nr. 29. Die theorie vormt geenszins een verklaring voor de overdracht van een vordering tegen een buitencontractuele schuldenaar (J.H. HERBOTS, o.c., *R.C.J.B.* 1992, p. 542, nr. 38).

¹⁵⁵⁴ Voor een dergelijk overzicht zie E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 109-127, nr. 144-173.

¹⁵⁵⁵ B.v. R.O. DALCQ, o.c., in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 306-321.

¹⁵⁵⁶ P. WÉRY, o.c., *T.B.B.R.* 1998, 93.

¹⁵⁵⁷ Cf. *infra*, nr. 398 et seq.

¹⁵⁵⁸ Antwerpen 27 juni 1984, *R.W.* 1985-86, 1640.

gehouden ten belope van de prijs, die hij als onderhuurder verschuldigd is op het ogenblik van het beslag, en zonder dat hij zich op bij voorraad gedane betalingen kan beroepen.”

Ondanks de identieke wettekst is de draagwijdte van die wetsbepaling in de twee rechtssystemen niet gelijklopend. Naar Frans recht wordt die bepaling als een toepassing van de rechtstreekse vordering beschouwd: de hoofdverhuurder kan rechtstreeks van de onderhuurder betaling van de huurprijs vorderen.¹⁵⁵⁹ In de omgekeerde richting (van de onderhuurder tegen de hoofdverhuurder) wordt een rechtstreekse vordering van oudsher niet aanvaard,¹⁵⁶⁰ al bepleiten bepaalde auteurs de bilateralisering van de rechtstreekse vordering zoals bij de onderlastgeving reeds is gebeurd.¹⁵⁶¹

Naar Belgisch recht is art. 1753 B.W. geen illustratie van een rechtstreekse vordering, maar betekent het enkel dat ook de goederen van de onderhuurder die het gehuurde goed stofferen, (bij wijze van pand) in beslag kunnen worden genomen.¹⁵⁶² Tegenhangers van die meerderheidsleer verwijzen steevast naar één oud arrest van het Gentse Hof van Beroep alsof het de tegenovergestelde opvatting zou huldigen dat art. 1753 B.W. een toepassing van de rechtstreekse vordering is. Het concrete geval betreft evenwel veeleer een overdracht van huur dan een onderhuur.¹⁵⁶³

Dit mag niet uit het oog doen verliezen dat een vordering van een eigenaar tegen een onderhuurder in bepaalde omstandigheden wel mogelijk is op grond van art. 1382 B.W. of op grond van de zijdelingse vordering (art. 1166 B.W.), zij het met alle gevolgen van dien.¹⁵⁶⁴

¹⁵⁵⁹ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 109, nr. 144; M.-L. IZORCHE, *Encycl. Dalloz*, tw. *Action directe*, 1994, nr. 49; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, p. 266, nr. 540. Cass. fr. (civ.) 24 januari 1853, *D.* 1853, I, 124.

¹⁵⁶⁰ Cass. fr. (req.) 8 november 1882, *D.P.* 1883, I, 305.

¹⁵⁶¹ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 834-835, nr. 779. Waar in Frankrijk vroeger werd betwist of de rechtstreekse vordering ook ter beschikking stond voor de vrachter (*fréteur*) tegenover de onderbevrachter (*sous-affréteur*) voor de betaling van de vrachtprijs, heeft een wetgevende ingreep een afzonderlijke grondslag gegeven voor een dergelijke rechtstreekse vordering (J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 842, nr. 785. Art. 14 Loi n° 66-420, 18 juni 1966, *D.* 1996, *Lég.*, 33).

¹⁵⁶² Rb. Gent 30 maart 1998, *T. Agr. R.* 1998, (168) 172 (huur weide). Zie H. DE PAGE, *Traité*, IV, p. 763-764, nr. 735; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 109, nr. 144; P. MERCHIERS, *Les Baux – Le bail en général*, *Rép. Not.*, VII, Brussel, Larcier, 1997, p. 290-291, nr. 480-481; R.P.D.B., Compl. I, tw. *Bail (en général) – Bail à loyer*, nr. 323-324 (P. MAHILLON); T. VANSWEEVELT, “De vreemde oorzaak bij de aansprakelijkheid van de huurder en de onderhuurder voor brand” (noot onder Antwerpen 14 februari 1986), *R. W.* 1986-87, p. 131, nr. 6; F. WALSCHOT, “Onderovereenkomsten”, in *L’interdépendance des contrats – Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1997, 91.

¹⁵⁶³ Gent 31 juli 1922, *B.J.* 1923, 113 (vordering tot ontbinding tegen overnemervan huur terwijl verdere huuroverdracht niet was toegelaten).

¹⁵⁶⁴ T. VANSWEEVELT, “De vreemde oorzaak bij de aansprakelijkheid van de huurder en de onderhuurder voor brand” (noot onder Antwerpen 14 februari 1986), *R. W.* 1986-87, p. 131, nr. 6.

2. Onderaannemer tegen bouwheer

371. Bij onderaanneming (*sous-traitance*, *subcontracting*, *Subunternehmervertrag*) volgen twee afzonderlijke, zelfstandige, op zich staande¹⁵⁶⁵ overeenkomsten van aanneming elkaar op, een hoofdaanneming en een onderaanneming. Vooral in de bouwwereld doet een opdrachtgever (*donneur d'ordre/ maître de l'ouvrage/ maître d'œuvre, employer, Hauptauftraggeber*) een beroep op een hoofdaannemer (*entrepreneur principal, main/prime contractor*), die op zijn beurt één of meerdere onderaannemers (*sous-entrepreneur/sous-traitant, subcontractor, Nachunternehmer/Subunternehmer*) inschakelt. De klassiek geworden definitie van de onderaanneming is door het Franse voorbeeld geïnspireerd: “*l'opération par laquelle un entrepreneur confie (...) sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise (...) conclu avec le maître de l'ouvrage*”.¹⁵⁶⁶

372. Waar zowat iedere auteur het erover eens was (en is) dat er tussen een opdrachtgever en een onderaannemer in principe geen rechtstreekse contractuele band bestaat,¹⁵⁶⁷ bestond er naar zowel Frans als Belgisch recht veel minder eensgezindheid over de vraag of een onderaannemer op grond van art. 1798 B.W./C. civ. tegen een bouwheer over een rechtstreekse vordering beschikte, wat uiteindelijk in beide rechtssystemen tot een wettelijke ingreep heeft geleid.

Indertijd luidde de genoemde wetsbepaling: “*Metselaars, timmerlieden en andere werklieden, gebezigd bij het oprichten van een gebouw of voor andere werken die bij aanneming zijn uitgevoerd, hebben tegen de persoon voor wie de werken zijn gemaakt, geen rechtsoverdracht dan ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is op het ogenblik dat hun rechtsoverdracht wordt ingesteld.*”

Een eerste discussiepunt had betrekking op de aard van het recht ex oud art. 1798 B.W. Het kwam voor drie verschillende interpretaties in aanmerking: een rechtstreekse vordering, een zijdelingse vordering of een voorrecht. Dit debat is al langer van de baan,¹⁵⁶⁸ omdat het Hof van Cassatie reeds aan het begin van de twintigste eeuw zich in een *obiter dictum* voor

¹⁵⁶⁵ E. DIRIX, “Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer”, *R.W.* 1989-90, p. 1233, nr. 2. Zie ook Gent 6 mei 1998, *A.J.T.* 1998-99, 910, verwijzende noot S. VERBEKE. Volgens Cornelis hoeft de verbintenis tussen hoofd- en onderaannemer niet noodzakelijk uit overeenkomst te zijn ontstaan (L. CORNELIS, *Algemene theorie*, p. 366, nr. 295). Wel vereist volgens W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 149-150.

¹⁵⁶⁶ Art. 1 Loi 31 décembre 1975. Zie ook P. FLAMME, “La sous-traitance. Panorama de jurisprudence 1975-1990”, *T. Aann.* 1991, 9; H. PERINET-MARQUET, “Le droit français de la sous-traitance”, *T. Aann.* 1991, 58.

¹⁵⁶⁷ R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 314, nr. 16.

¹⁵⁶⁸ Auteurs die tegen die evidentie reageren zijn L. SIMONT, “Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil” (noot onder Luik 21 februari 1964), *R.C.J.B.* 1964, 34-56; P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 173, nr. 4-5.

de rechtstreekse vordering had uitgesproken,¹⁵⁶⁹ en nu nog meer omdat de Belgische wetgever met de wet van 19 februari 1990 het begrip “rechtstreekse vordering” uitdrukkelijk in de mond heeft genomen.

Het andere discussiepunt betrof de vraag of de onderaannemer wel binnen het bereik van art. 1798 B.W. viel. Traditioneel is een rechtstreekse vordering aan de regel van de restrictieve interpretatie onderworpen omdat ze op twee wijzen van het gemeen recht afwijkt, enerzijds van het relativiteitsbeginsel en anderzijds doordat zo een stuk van de aannemingsprijs, nl. de aan de onderaannemer verschuldigde prijs, aan het vermogen van de hoofdaannemer wordt onttrokken.¹⁵⁷⁰ Om die reden weigerde een meerderheid in de rechtspraak een onderaannemer gelijk te schakelen met de in art. 1798 B.W. bedoelde “werkman”, behalve wanneer de onderaannemer zelf de handenarbeid verrichtte.¹⁵⁷¹

373. Door de wetgevende ingreep van 19 februari 1990 in het Belgische recht beschikken voortaan op grond van een gewijzigd art. 1798 eerste lid B.W. over een rechtstreekse vordering tegen de bouwheer: “(m)etselaars, timmerlieden, arbeiders, vaklui en onderaannemers gebezigd bij het oprichten van een gebouw of voor andere werken die bij aanneming zijn uitgevoerd”.

¹⁵⁶⁹ Cass. 11 mei 1905, *Pas.* 1905, I, (216) 219 (voorrecht bij openbare werken).

¹⁵⁷⁰ X, noot onder Rb. Nijvel 12 augustus 1873, *Cloes et Bonjean* 1874-74, 955. Zie ook Rb. Luik 17 april 1886, *Cloes et Bonjean* 1886, (448) 450; Luik 21 februari 1964, *R.C.J.B.* 1964, 31, noot L. SIMONT; Kh. Brussel 9 juli 1987, *J.T.* 1988, 211; Brussel 7 februari 1990, *Res Jur. Imm.* 1990, (173) 176-177; Luik 8 januari 1996, *J.L.M.B.* 1997, 376. In het algemeen: H. DE PAGE, *Traité*, IV, p. 1063, nr. 919; L. SIMONT, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1962, p. 466, nr. 1; L. SIMONT, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1964, p. 40, nr. 7.

¹⁵⁷¹ Geen onderaannemers: Cass. fr. (civ.) 11 november 1867, *D.* 1867, I, 444; Rb. Luik 17 april 1886, *Cloes et Bonjean* 1886, (448) 450 (“*L’art. 1798 a été créée uniquement en faveur du travail et non dans l’intérêt du commerce*”); Vred. Grivegnée 14 september 1917, *Pas.* 1919, III, 106 (hoewel in casu eigenlijk veel eerder cessionaris dan onderaannemer); Rb. Luik 2 oktober 1958, *J.L.* 1958, 59, nr. 66; H. DE PAGE, *Traité*, IV, p. 1063, nr. 919. In de rechtsleer en rechtspraak was de meerderheid van mening dat onderaannemers, als ze persoonlijk of manueel hebben gewerkt, wel van het voordeel uit art. 1798 B.W. konden genieten: Rb. Antwerpen 14 maart 1873, *Pas.* 1873, III, 150; Rb. Luik 12 juni 1884, *Cloes et Bonjean* 1884, 938; Rb. Tongeren 1 maart 1935, *J.L.* 1936, 95; Luik 21 februari 1964, *R.C.J.B.* 1964, 31, noot L. SIMONT; Brussel 24 mei 1985, *J.T.* 1986, 162; Rb. Brugge 2 februari 1988, *T. Aann.* 1989, 191, noot P. VAN DER STICHELEN, J. VAN ROMPUY; Brussel 7 februari 1990, *Res Jur. Imm.* 1990, 173) (cf. referenties in concl. VAN DEN PEEREBOOM onder Rb. Gent 19 december 1849, *B.J.* 1850, 41; Rb. Luik 28 maart 1859, *Cloes et Bonjean* 1859-1860, (638) 642-643 (argument uit art. 1799 B.W. dat ook op “*ouvriers*” slaat maar wel op onderaannemers toepasselijk is); P. WERY, “*L’action directe du sous-traitant contre le maître de l’ouvrage: bilan de sept années d’application du nouvel article 1798 du Code Civil*”, *R.R.D.* 1997, 171-172). Toch meer algemeen ten voordele van rechtstreekse vordering voor onderaannemers: Rb. Aarlen 7 juni 1962, *J.T.* 1962, 555, verwijzende noot; Kh. Brussel 9 juli 1987, *J.T.* 1988, 211 vernietigd door Brussel 7 februari 1990, *Res jur. imm.* 1990, 173.

De Franse wetgever bereikte hetzelfde resultaat – een rechtstreekse vordering voor de onderaannemer – via een andere legistische methode dan de Belgische wetgever. Hij koos er namelijk voor om niet de tekst van art. 1798 B.W. aan te passen, maar om voor de contracten in de privaatrechtelijke sfeer via een afzonderlijke wet van 31 december 1975 in een *action directe* te voorzien.¹⁵⁷²

374. Vooraleer in te gaan op de vraag naar de mogelijke uitbreiding van de rechtstreekse verhoudingen tussen de bouwheer en de onderaannemer (b-d), moeten we eerst een goed overzicht van de modaliteiten en beperkingen van dit contractueel model bekomen (a).

a. Modaliteiten en beperkingen?

i) Omvang

375. De omvang van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer tegen de bouwheer wordt beoordeeld op het ogenblik dat de onderaannemer die vordering daadwerkelijk of effectief uitoefent (art. 1798 eerste lid in fine B.W.), wat voor de bouwheer de nodige rechtszekerheid moet meebrengen.¹⁵⁷³ Wat de bouwheer op dat moment aan de aannemer is verschuldigd (de zogenaamde dekkingsverhouding), is de maatstaf van de vordering van de onderaannemer. Om die reden wordt de rechtstreekse vordering van een onderaannemer ook een *onvolmaakte* rechtstreekse vordering genoemd.¹⁵⁷⁴

Traditioneel wordt de rechtstreekse vordering geacht te worden uitgeoefend op de dag van het instellen van de dagvaarding.¹⁵⁷⁵ Nu de

¹⁵⁷² Art. 12 Loi n° 75-1334, D. 1976, Lég., 64-65. Voor een Belgische commentaar zie M.A. FLAMME en Ph. FLAMME, “De la protection des sous-traitants en cas de faillite de l’entrepreneur principal. L’expérience française”, *T. Aann.* 1982, 145-182 (met tekst van de wet op p. 149-151, nr. 8). Zie ook H. PERINET-MARQUET, “Le droit français de la sous-traitance”, *T. Aann.* 1991, 63-66.

¹⁵⁷³ Zie Antwerpen 1 maart 1995, *R.W.* 1996-97, noot G. BAERT; Kh. Brussel 27 juli 1998, *T.B.H.* 1999, 209, noot W. DERYCKE. J.-P. RENARD, M. VAN DEN ABBEELE, *o.c.*, *T. Aann.* 1997, 139 (vaste datum voor het bepalen van het bedrag dat door de bouwheer tegenover de hoofdaannemer is verschuldigd). Zie *Gedr. St. Kamer* 1995-99, nr. 330/5, p. 3: het amendement dat de uitoefening van rechtstreekse vordering van enige vormvereiste losmaakt en ook bij faillissement nog mogelijk maakt, wordt afgewezen.

¹⁵⁷⁴ E. DIRIX, “De rechtstreekse vordering van de onderaannemer na verpanding” (noot onder Rb. Turnhout 21 mei 1997), *R.W.* 1997-98, p. 411-412, nr. 2. Zie ook in een algemeen kader, L. CORNELIS, *Algemene theorie*, p. 364, nr. 293, p. 365-369, nr. 295-297; W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenisrecht*, 153.

¹⁵⁷⁵ Dit betekent de dag van betekening van de dagvaarding voorzover de zaak op de algemene rol is ingeschreven voor de in de dagvaarding bepaalde zitting (Cass. 1 oktober 1990, *R.W.* 1990-91, 962, *J.T.* 1992, 475, noot J.F. ROMAIN; Gent 28 april 1995, *R.W.* 1995-96, 928).

rechtsoverdracht (de afdwingbaarheid in en buiten rechte van een subjectief recht,¹⁵⁷⁶ *l'action*) vandaag de dag beter van de eis (de concrete uitoefening van de rechtsoverdracht, *la demande*) wordt onderscheiden,¹⁵⁷⁷ zou volgens een recente tendens een dagvaarding (of vrijwillige verschijning) niet langer vereist zijn en zou een aangetekende brief volstaan.¹⁵⁷⁸ Op die manier zou de onbeschikbaarheid van de rechtsoverdracht als rechtsgevolg van de rechtstreekse vordering weliswaar niet reeds met het sluiten van de onderaanneming intreden, maar zou een loutere wilsuiking (of, rekening houdend met mogelijke bewijsproblemen, een aangetekende brief) tot uitoefening van de rechtstreekse vordering voldoende zijn.¹⁵⁷⁹ Dit neemt niet weg dat de uitoefening van een rechtstreekse vordering meestal op een gerechtelijke procedure zal uitlopen aangezien de schuldeiser en de onderschuldenaar elkaar niet eens kennen of toch zeker van hun wederzijdse rechten en verplichtingen niet op de hoogte zijn.¹⁵⁸⁰

376. Bij de uitoefening van de rechtstreekse vordering is de band tussen de twee rechtsverhoudingen (dekkings- en valutaverhouding) vrij los. Zo kan een bouwheer zich niet tegen een rechtstreekse vordering van de onderaannemer verweren door enkel te stellen dat hij de betreffende werken vóór het instellen van de rechtstreekse vordering reeds heeft betaald, en mag de onderaannemer, zij het enkel binnen de perken van zijn eigen vordering, op het totale bedrag van de rechtsoverdracht van de hoofdaannemer aanspraak maken.¹⁵⁸¹

¹⁵⁷⁶ M.E. STORME, "Perspectieven voor de bevrijdende verjaring in het vermogensrecht met ontwerpbevestigingen voor een hervorming", *T.P.R.* 1994, 1980-1988, nr. 2-7.

¹⁵⁷⁷ Zie b.v. Luik 27 maart 2000, *T.B.B.R.* 2001, 455, noot I. CLAEYS.

¹⁵⁷⁸ Gent 6 mei 1998, *A.J.T.* 1998-99, 910, verwijzende noot S. VERBEKE (aangetekende brief volstaat); Kh. Dendermonde 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, 253, verwijzende noot; A. CUYPERS, "De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer", *R.W.* 1997-98, p. 797, nr. 13; E. DIRIX, "Onderaanneming", *T. Aann.* 1991, p. 38, nr. 14; F. GEORGES, "De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du code civil" (noot onder Luik 23 mei 1996), *J.L.M.B.* 1997, (600) 601-603; P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 174-176, nr. 6. Vgl. de discussie inzake de revindicatievordering op grond van art. 101 Faill.W. en de interpretatieve wet terzake (Y. DUMON, "La loi du 8 août 1997 sur les faillites. Loi interprétative du 12 mars 2000 concernant l'article 101, alinéa 3, énonçant les modalités d'exercice du droit de revendication", *J.T.* 2000, 556).

¹⁵⁷⁹ Dit is vooral van belang voor de vraag of een bouwheer niet eerder mag betalen dan de dag waarop een eis tegen hem werd ingesteld en of hij tot de kosten kan worden veroordeeld indien hij de eis noodzakelijk heeft gemaakt (J.-P. RENARD, M. VAN DEN ABBEELE, *o.c.*, *T. Aann.* 1997, 139).

¹⁵⁸⁰ Zie M. COZIAN, *L'action directe*, Parijs, L.G.D.J., 1969, p. 231, nr. 379; P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 176, nr. 6.

¹⁵⁸¹ Antwerpen 22 september 1997, *R.W.* 1997-98, 1087; Gent 6 mei 1998, *A.J.T.* 1998-99, 910, verwijzende noot S. VERBEKE.

Daarnaast is het (in tegenstelling tot het voorrecht) zelfs niet vereist dat de schuld van de bouwheer voortvloeit uit de aannemingsovereenkomst waartoe de onderaannemers-houders van de rechtstreekse vordering zijn ingeschakeld: zijn schuld mag evengoed uit andere aannemingsovereenkomsten of zelfs andere oorzaken voortkomen.¹⁵⁸²

Wel kan een rechtstreekse vordering enkel gericht zijn op de betaling van een geldsom, met andere woorden het voorwerp van de schuldvordering van de hoofdaannemer moet een geldsom zijn. Zo kan niet worden gevorderd dat de bouwheer de staat van voortgang van bepaalde werken goedkeurt.¹⁵⁸³

De schuldvordering van de onderaannemer kan dan weer betrekking hebben op zowel de betaling van de prijs voor de uitgevoerde werken als op schadevergoeding.¹⁵⁸⁴

ii) Opeenvolgende onderaanneming

377. Vaak doet een onderaannemer op zijn beurt een beroep op een andere onderaannemer, een onderaannemer in de tweede graad (*sous-traitance en cascade*). Volgens art. 1798 tweede lid B.W. beschikt die “onderaannemer” niet over een rechtstreekse vordering tegen de opdrachtgever, maar wel tegen de hoofdaannemer: “*De onderaannemer wordt als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers van de eerstgenoemde.*”¹⁵⁸⁵

Een onderaannemer in de derde graad kan volgens sommige auteurs wegens de geboden restrictieve interpretatie niet langer een rechtstreekse

¹⁵⁸² Zie Luik 23 mei 1996, *T. Aann.* 1997, (36) 41, *J.L.M.B.* 1997, 594, noot F. GEORGES; Kh. Dendermonde 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, 253, verwijzende noot. P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 177, nr. 7; A. CUYPERS, *o.c.*, *R.W.* 1997-98, p. 796, nr. 10. Zie voor een kritiek op het feit dat het onderpand ook zou slaan op de schuldvordering van de hoofdaannemer uit bijvoorbeeld buitencontractuele aansprakelijkheid: V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, “Art. 1798 B.W.”, in X, *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1996, nr. 5. Zie de vergelijkbare oplossing in Frankrijk: Cass. fr. (ch. mixte) 18 juni 1982, *J.C.P.* 1982, II, nr. 19.858, concl. adv.-gen. SADON, noot G.F.

¹⁵⁸³ Wel via een zijdelingse vordering, zie P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 178, nr. 7; Rb. Brussel 12 december 1988, *J.L.M.B.* 1989, 1265.

¹⁵⁸⁴ P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 178, nr. 7. Contra H. DE PAGE, *Traité*, IV, p. 1063, nr. 919 (alleen m.b.t. arbeiders: enkel “*payement des salaires*”); L. SIMONT, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1964, p. 39, nr. 6.

¹⁵⁸⁵ Voor een toepassing, zie Rb. Brussel 30 november 1992, *J.L.M.B.* 1993, 281, noot G. DE LEVAL. De annotator wijst op het verschil met het zijdelingse beslag tegen de hoofdaannemer in handen van de bouwheer: dan zou het “provenu” in het vermogen van de (per hypothese failliete) eerste onderaannemer vallen.

vordering instellen.¹⁵⁸⁶ Die visie stuit op de doelstelling van de wetgever om een ketting van faillissementen te vermijden.¹⁵⁸⁷ In Frankrijk kunnen de opeenvolgende onderaannemers (in tweede, derde, ... graad) trouwens ook nog de oorspronkelijke opdrachtgever rechtstreeks aanspreken,¹⁵⁸⁸ al zou dit niet aan de structuur van de rechtstreekse vordering beantwoorden.¹⁵⁸⁹

iii) Sectoren

378. Op basis van de wettekst alleen is het betwistbaar of de rechtstreekse vordering tot de bouwsector beperkt blijft, dan wel ook in andere economische sectoren geldt.

Wat het voorrecht van de onderaannemer betreft (art. 20, 12° Hyp.W.), blijft het bereik ervan alvast, eigenaardig genoeg,¹⁵⁹⁰ beperkt tot de bouwsector en dus tot overeenkomsten van aanneming van bouwzaken.¹⁵⁹¹

Wat de bewoordingen van art. 1798 B.W. betreft, is het opvallend dat niet zozeer de “opdrachtgever” maar de “bouwheer” door een rechtstreekse vordering kan worden gevat. Desondanks is het bereik van de rechtstreekse vordering volgens een meerderheid in de rechtsleer ruimer en moet de rechtstreekse vordering niet noodzakelijk op een onroerend goed betrekking hebben.¹⁵⁹² De wetsbepaling slaat immers in het algemeen op de onderaannemer gebezigd voor “*werken die bij aanneming zijn uitgevoerd*”.

iv) Opeenvolging van aannemingsovereenkomsten

379. Van onderaanneming is alleen sprake bij een opeenvolging van twee aannemingsovereenkomsten, een hoofd- en een onderaanneming.¹⁵⁹³ Het

¹⁵⁸⁶ A. CUYPERS, *o.c.*, *R.W.* 1997-98, p. 795, nr. 8; C. JASSOGNE, “Action directe et privilège du sous-traitant”, *R.R.D.* 1991, 123; F. POILVACHE, “La loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants”, *J.T.* 1990, p. 638, kol. 2. Contra J.-P. RENARD, M. VAN DEN ABBEELE, *o.c.*, *T. Aann.* 1997, 139.

¹⁵⁸⁷ J.-P. BRULS, “La loi du 19 février 1990 complétant l’article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l’article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, une réforme d’efficacité limitée”, *Act. Dr.* 1991, p. 756-757, nr. 9, p. 778, nr. 38.

¹⁵⁸⁸ Cass. fr. (civ. III) 29 mei 1980, *J.C.P.* 1980, II, nr. 19.440, noot G. FLECHEUX (ondanks de bepaling van art. 2: “*Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l’égard de ses propres sous-traitants.*”).

¹⁵⁸⁹ E. DIRIX, “Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer”, *R.W.* 1989-90, p. 1235, noot 35; E. DIRIX, “Onderaanneming”, *T. Aann.* 1991, p. 39, noot 65.

¹⁵⁹⁰ Zie de kritische vraag van E. DIRIX, “Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer”, *R.W.* 1989-90, p. 1234, nr. 4.

¹⁵⁹¹ J.-P. BRULS, *o.c.*, *Act. Dr.* 1991, p. 754-755, nr. 7.

¹⁵⁹² A. CUYPERS, *o.c.*, *R.W.* 1997-98, p. 795, nr. 7, p. 807, nr. 37; C. JASSOGNE, “Action directe et privilège du sous-traitant”, *R.R.D.* 1991, 125.

¹⁵⁹³ E. DIRIX, “Onderaanneming”, *T. Aann.* 1991, p. 36, nr. 12; P. FLAMME, “La sous-traitance. Panorama de jurisprudence 1975-1990”, *T. Aann.* 1991, 9; J.-P. RENARD, M. VAN DEN ABBEELE, *o.c.*, *T. Aann.* 1997, 135.

onderscheid tussen koop en aanneming is daarom mede bepalend voor het toepassingsgebied van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer.¹⁵⁹⁴

Zo is er bij een promotieovereenkomst (*promotion-vente*) een opeenvolging van een koop en een aanneming,¹⁵⁹⁵ zodat de door de promotor ingeschakelde aannemer tegen de uiteindelijke verkrijger van het goed geen rechtstreekse vordering kan uitoefenen.

Om dezelfde reden kunnen de leveranciers van een onderaannemer tegen de hoofdaannemer geen rechtstreekse vordering doen gelden, weliswaar niet langer omdat art. 1798 B.W. alleen bedoeld is om de werknemers te beschermen,¹⁵⁹⁶ maar wel omdat een leverancier die een koopcontract sluit, geen onderaannemer is.¹⁵⁹⁷ Er is immers geen enkel “*rapport direct de nature à légitimer l’affectation spéciale des sommes encore dues sur l’entreprise*”: de verkopers hebben met de geleverde zaken niets meer te maken, in de zin dat de koper ze voor om het even welke onderneming kan gebruiken. Het is dan ook een toepassingsvoorwaarde voor art. 1798 B.W. dat er een rechtstreekse band is van de activiteit van degene die de rechtstreekse vordering uitoefent, met de onderneming zelf (*à l’entreprise même*).¹⁵⁹⁸

v) *Toepasselijke verweermiddelen*

380. Aangezien het om een onvolmaakte rechtstreekse vordering gaat, kan de opdrachtgever aan de onderaannemer alle excepties en verweer-

¹⁵⁹⁴ Wellicht is m.b.t. het onderscheid tussen koop en aanneming een evolutie aan de gang die het toepassingsgebied van de rechtstreekse vordering zo vergroot, nl. van predominantie van werk op levering naar specialiteitsgraad van het verzoek, zoals reeds in Frankrijk gebeurde (J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, p. 81-83, nr. 11126-11127). Zie Kh. Verviers 10 november 1997, *T.B.H.* 1998, 462. Zie ook J.P. BRULS, *o.c.*, *Act. Dr.* 1991, (751) p. 756, nr. 9, p. 774, nr. 30. Voor toepassingen zie: Luik 29 januari 1999, *T.B.B.R.* 2000, 313 (beide criteria, ventilatie-installatie); Brussel 6 februari 1985, *J.T.* 1985, 390 (niet-toepassing van art. 1794 B.W.: koop want werk accessoir aan resultaat en voorwerp van contract is voltooide realisatie); Kh. Brussel 13 januari 1988, *J.T.* 1988, 587 (wel toepassing van art. 1794 B.W.; aanneming want geïndividualiseerde apparaten op basis van specifieke gegevens te maken). Voor een overzicht naar Frans recht: H. PERINET-MARQUET, “Le droit français de la soustraction”, *T. Aann.* 1991, 59; Cass. fr. (civ. III) 5 februari 1985, *D.* 1986, Jur., 499, noot J. HUET (onderaannemer en geen eenvoudige leverancier gezien specificiteit; in de interpretatie van Huet “*L’opposition est entre la production standard et la confection sur mesure*”).

¹⁵⁹⁵ J.-P. RENARD, M. VAN DEN ABBEELE, *o.c.*, *T. Aann.* 1997, 136.

¹⁵⁹⁶ Zie Cass. fr. 31 juli 1867, *D.* 1868, I, 25, noot (ijzerleveringen voor onderaannemer-slotenmaker). Zie L. SIMONT, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1964, p. 41, nr. 7.

¹⁵⁹⁷ Zie A. CUYPERS, *o.c.*, *R.W.* 1997-98, p. 795, nr. 8; J.P. BRULS, *o.c.*, *Act. Dr.* 1991, 774, nr. 30. Nog voor de nieuwe wet: A. DELVAUX, *Traité juridique des bâtisseurs*, Brussel, Bruylant, 1968, p. 145, nr. 249; H. DE PAGE, *Traité*, IV, p. 1063, nr. 919. De juridische situatie lijkt nu fel op wat werd beschreven in de noot onder Rb. Luik 28 maart 1859, *Cloes et Bonjean* 1859-1860, 647 (onderscheid tussen onderaannemers en enkele leveranciers).

¹⁵⁹⁸ Rb. Luik 28 maart 1859, *Cloes et Bonjean* 1859-60, 642.

middelen van vóór de uitoefening van de rechtstreekse vordering opwerpen zoals compensatie, verjaring, inpandgeving, beslag of betaling.¹⁵⁹⁹ Het gaat vanzelfsprekend om de excepties uit de verhouding tussen de bouwheer en de aannemer en niet uit die tussen de aannemer en de onderaannemer.¹⁶⁰⁰ De rechtstreekse vordering is immers gebaseerd op de overeenkomst tussen de bouwheer en de hoofdaannemer, en niet op die tussen de hoofd- en de onderaannemer.¹⁶⁰¹ Wel kan de bouwheer zonder enige tijdsbepanking aan de onderaannemer opwerpen wat de hoofdaannemer tegen de onderaannemer had kunnen opwerpen, zoals gebreken in de uitvoering of een vertraging in de werken.¹⁶⁰²

b. In twee richtingen?

381. Art. 1798 B.W. biedt enkel een grondslag voor de rechtstreekse vordering van de onderaannemer tegen de bouwheer. In de omgekeerde richting kan de bouwheer niet via een rechtstreekse vordering tegen de onderaannemer een aanspraak maken.¹⁶⁰³ Een buitencontractuele aanspraak staat hem, gelet op de leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, evenmin ter beschikking.¹⁶⁰⁴ Alleen wanneer de onderaannemingovereen-

¹⁵⁹⁹ Zie Kh. Brussel 30 juni 1994, *T.B.H.* 1994, 928; Kh. Tongeren 10 oktober 1994, *Limb. Rechtsl.* 1995, 72; Kh. Luik 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, 555; Luik 8 januari 1996, *J.L.M.B.* 1997, 376; Luik 23 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, (589) 595. A. CUYPERS, *o.c.*, *R.W.* 1997-98, p. 798, nr. 16; J.M. RIKKERS, "L'action directe du sous-traitant prévue par l'article 1798 du Code civil: hypothèses de conflits", in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 348; P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 179-181, nr. 9. De rechtstreekse vordering geldt evenmin voor werken uitgevoerd na de datum van het uitoefenen van de vordering (Rb. Luik 21 december 1994, *T. Aann.* 1995, 29). Niet in overeenstemming met dit beginsel lijkt het feit dat de toepassing van de nieuwe wet (overgangsrecht) wordt bepaald door de datum van de overeenkomst tussen de aannemer en de onderaannemer (Luik 6 februari 1996, *J.L.M.B.* 1997, 379: omwille van de ratio legis ter bescherming van de onderaannemer; kritiekloos overgenomen door P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 172, nr. 3; contra F. POILVACHE, "La loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants", *J.T.* 1990, p. 639, kol. 3).

¹⁶⁰⁰ Zie Luik 8 januari 1996, *J.L.M.B.* 1997, (376) 378. Interessant is de vergelijking met de tegenstelbaarheid van excepties bij art. 1994 tweede lid B.W. waar het Hof van Cassatie juist de omgekeerde stelling heeft verwoord (aldus volgens P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 180, noot 60).

¹⁶⁰¹ Zie G. VIRASSAMY, noot onder Cass. fr. (civ. III) 13 mei 1992 (*Chronique. Droit des obligations*), *J.C.P.* 1993, I, nr. 3660, p. 130-131, nr. 3 (Cass. fr. (civ. III) 13 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, III, nr. 149 (bouw)).

¹⁶⁰² J.-P. RENARD, M. VAN DEN ABEELE, *o.c.*, *T. Aann.* 1997, p. 142.

¹⁶⁰³ Luik 7 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 296, noot B. LOUVEAUX; Bergen 30 juni 1995, *J.L.M.B.* 1997, 372, noot B. LOUVEAUX; Bergen 16 januari 1997, *R.R.D.* 1997, 189 ("*pas entendu instaurer de réciprocité*"). Zie voor het Franse recht evenwel art. 1792-4 C.Civ. (vordering bouwheer tegen bepaalde onderaannemers).

¹⁶⁰⁴ P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 173-174, nr. 5.

komst in het voordeel van de bouwheer een derdenbeding zou bevatten, kan de bouwheer de onderaannemer rechtstreeks aanspreken.

Als gevolg van de wettelijke erkenning in 1990 van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer tegen de bouwheer, begonnen toch bepaalde auteurs die ook de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent bekritisseren, zich de vraag te stellen of, in de omgekeerde richting, ook de bouwheer tegen de onderaannemer een rechtstreekse aanspraak kan laten gelden.¹⁶⁰⁵

Volgens Louveaux zou het Arbitragehof wel eens kunnen oordelen dat die ongelijke behandeling van de onderaannemer en de bouwheer met het gelijkheidsbeginsel strijdig is. Waar de wetgever de risico's op insolventie van de hoofdaannemer als motief voor het instellen van een rechtstreekse vordering van de onderaannemer opgeeft, kan een bouwheer immers, evengoed als een onderaannemer, met een insolvable medecontractant worden geconfronteerd.¹⁶⁰⁶ Zeker nu de rechtstreekse vordering een steeds ruimer bereik kent, springt het potentieel discriminatoir karakter in het oog.¹⁶⁰⁷

382. De auteurs weten zich ook door een enkele stem in de rechtspraak gesterkt. In beladen bewoordingen drukt met name het Bergense Hof van Beroep zich over die discriminatie als volgt uit: “*Qu’aussi insatisfaisante qu’elle apparaisse sur le plan de l’équité, eu égard notamment aux récentes modifications législatives apportées à l’article 1798 du code civil, l’absence d’action contractuelle directe du maître de l’ouvrage contre le sous-traitant est constatée par la jurisprudence et la doctrine dominantes*”.¹⁶⁰⁸

Met andere woorden, de rechtstreekse vordering die slechts in één enkele richting geldt, was met de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent nog verzoenbaar zolang ze enkel op het loon van werknemers betrekking had en ze dus op de meer algemene context van de arbeidsrechtelijke bescherming aansloot. De wetgeving moest evenwel aan coherentie inboeten, toen de bescherming van de rechtstreekse vordering naar zelfstandige onderaannemers toe werd uitgebreid.

383. In verband met art. 1798 B.W. zijn er trouwens nog andere potentiële discriminaties dan het onderscheid in behandeling tussen de onderaan-

¹⁶⁰⁵ R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 316, nr. 18.

¹⁶⁰⁶ De aard van de rechtstreekse vordering zou dan wel verschillen in de mate dat de rechtstreekse vordering van de onderaannemer op betaling van de prijs voor de werken is gericht, en die van de bouwheer op vergoeding van de veroorzaakte schade.

¹⁶⁰⁷ B. LOUVEAUX, “L’action directe du maître de l’ouvrage contre le sous-traitant: à suivre ...” (noot onder Bergen 30 juni 1995), *J.L.M.B.* 1997, 376; opmerking overgenomen door P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 173, nr. 5.

¹⁶⁰⁸ Bergen 30 juni 1995, *J.L.M.B.* 1997, 374, noot B. LOUVEAUX.

nemer en de bouwheer. Zo wijst Louveaux nog op de verschillende verhouding waarin een koper van een onroerend goed (bijvoorbeeld bij een promotieovereenkomst) respectievelijk een bouwheer tegenover de ingeschakelde onderaannemers staan: terwijl de cliënt van een promotor-verkoper zich onmiddellijk kan keren tegen de professionelen waarop de promotor een beroep heeft gedaan (want als accessorium overgedragen), kan de bouwheer (contractant van een aannemer) tegen de onderaannemer geen rechtstreekse vordering laten gelden.¹⁶⁰⁹

384. In de fase van rechtsontwikkeling waarin de wetgever nog volledige onschendbaarheid genoot en de rechter nog te veel als de loutere “*bouche de la loi*” werd aangezien, kon een negentiende-eeuws auteur als Guillouard nog stellen: “*Il ne s’agit pas, en effet, de savoir s’il serait désirable en législation d’accorder l’action directe aux sous-entrepreneurs; nous l’admettons volontiers, tout aussi bien que pour les fournisseurs de matériaux auxquels tout le monde reconnaît que l’article 1798 ne l’a pas accordée. Il s’agit de savoir à qui l’article 1798 a concédé cette action*”.¹⁶¹⁰ In het kader van een groeiende grondwettelijke toetsing van wetgeving volstaat een dergelijke motivering niet langer.

385. Een inzicht in de grondslag van art. 1798 B.W. kan ons beter doen begrijpen wat voor bedoeling werkelijk achter die rechtstreekse vordering steekt en of die voldoet aan de voorwaarden waaraan de conformiteit van een wettelijke regel met het gelijkheidsbeginsel wordt getoetst.

In de rechtsleer komen een viertal, alle te bekritisieren grondslagen naar voren: zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, billijkheid en menselijkheid van de napoleontische wetgever.¹⁶¹¹

De “menselijkheid” van de napoleontische wetgever is terzake alvast te betwijfelen, omdat de strekking van die rechtstreekse vordering erop gericht was om de rechten van de werknemer te beknotten veeleer dan om die te beschermen.

In oude geschriften werd er voornamelijk op gewezen dat de bouwheer een ongerechtvaardigd voordeel zou opstrijken, indien de onderaannemer geen rechtstreekse vordering tegen hem zou kunnen doen gelden. Zo blijft de formulering van de Gentse burgerlijke rechtbank van 1849 nog steeds actueel: “*on ne peut vouloir que la faillite s’enrichisse du prix encore dû de travaux et d’avances faits pour un tiers, non par le failli, mais par l’ouvrier*” en “*qu’ils ont*

¹⁶⁰⁹ B. LOUVEAUX, “L’action directe du maître de l’ouvrage contre le sous-traitant” (noot onder Luik 7 oktober 1993), *J.L.M.B.* 1995, (298) 301; P. RIGAUX, “Considérations sur le contrat de promotion”, in J. GILLARDIN (ed.), *Statuts et responsabilités des édificateurs. L’architecte, l’entrepreneur et le promoteur*, Brussel, Saint-Louis, 1989, 113-116.

¹⁶¹⁰ L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, II, Parijs, Durand, 1891, nr. 902, zoals geciteerd in X, noot onder Rb. Luik 17 april 1886, *Cloes et Bonjean* 1886, 453.

¹⁶¹¹ Zie L. SIMONT, o.c., *R.C.J.B.* 1964, p. 45-47, nr. 11-12.

amélioré sa chose, qu'ils l'ont rendu locupletior".¹⁶¹² De woorden van het openbaar ministerie bij hetzelfde vonnis zijn al even sprekend: "*le principe d'équité doit dominer ici. (...) Pourquoi l'entrepreneur jouit-il, à certaines conditions, d'un privilège? Parce qu'il a enrichi le propriétaire et amélioré son bien.*"¹⁶¹³ Het gaat om een "*substitution dans les effets utiles d'un contrat d'entreprise, au profit de ceux qui ont exécuté les travaux*".¹⁶¹⁴

Op de aldus vaak verdedigde theorie van ongerechtvaardigde verrijking van de bouwheer is te repliceren dat de verrijking wel degelijk een oorzaak heeft en met name uit het gesloten aannemingscontract voortvloeit.¹⁶¹⁵

De voorwaarden van zaakwaarneming zijn al evenmin voldaan aangezien op de werkmans een contractuele verplichting weegt en die eveneens in zijn eigen belang handelt.

Ten slotte biedt de billijkheid op zich geen verklaring voor de uitsluiting van (nog steeds) de leveranciers en van (vroeger) de onderaannemers. "*si l'action directe a pour fondement le quasi-contrat de gestion d'affaires, c'est à plus forte raison que cette action aurait dû être accordée aux fournisseurs; car, sans les matériaux, il n'y aurait pas eu de travail.*"¹⁶¹⁶

Er werd dan maar op de arbeidsrechtelijke bescherming als grondslag een beroep gedaan,¹⁶¹⁷ maar met de recente uitbreiding van het voordeel van de rechtstreekse vordering naar de onderaannemers past ook die ratio niet langer. Met die wetgevende wijziging was het de wetgever erom te doen dat het faillissement van de hoofdaannemer niet tot het sneeuwbaaleffect van talloze andere faillissementen van onderaannemers leidt.

Zoals gezegd, is de bescherming van de bouwheer tegen dergelijke faillissementen op zijn minst even, als niet meer, beschermenswaard.

c. Andere rechtssystemen

386. Als zodanig is de rechtsfiguur van de rechtstreekse vordering in de andere bestudeerde rechtssystemen niet in gebruik. Waar het oude Nederlandse B.W., zoals het Belgische B.W. vóór de wetwijziging van 1990, nog in een "action directe" ten voordele van de kleine persoonlijke meewer-

¹⁶¹² Rb. Gent 19 december 1849, *B.J.* 1850, (41) 43. Of nog: "*ils ont fait l'affaire du maître dont ils ont amélioré la chose et qu'ils ont rendu locupletior*" (X, noot onder Rb. Luik 28 maart 1859, *Cloes et Bonjean* 1859-60, 646).

¹⁶¹³ VAN PEERBOOM, concl onder Rb. Gent 19 december 1849, *B.J.* 1850, (41) 42.

¹⁶¹⁴ Rb. Luik 28 maart 1859, *Cloes et Bonjean* 1859-60, (638) 641.

¹⁶¹⁵ Zie o.m. Luik 21 februari 1964, *R.C.J.B.* 1964, 31; Luik 8 januari 1996, *J.L.M.B.* 1997, (376) 379. Vergelijk J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 809-810, nr. 751 (met verwijzing naar en kritiek op de begin-negentiende-eeuwse thesis van Solus).

¹⁶¹⁶ X, noot onder Rb. Nijvel 12 augustus 1873, *Cloes et Bonjean* 1873-74, 961.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, 962-963. Zie Antwerpen 14 maart 1873, *Pas.* 1873, III, 150.

kende onderaannemer voorzag,¹⁶¹⁸ is die rechtsfiguur in het nieuwe N.N.B.W. verdwenen.

Het Engelse recht kent ten voordele van de onderaannemer evenmin een rechtstreekse vordering toe. In de omgekeerde richting heerst veel twijfel over de vraag of de bouwheer over een buitencontractuele aanspraak tegen de onderaannemer beschikt,¹⁶¹⁹ al is er vaak een *collateral warranty* voorzien waarmee de bouwheer tegen de onderaannemer een contractuele aanspraak kan laten gelden.¹⁶²⁰

In het Zwitserse recht¹⁶²¹ of in het Duitse recht is er evenmin een expliciete bepaling terzake. Het BGH wees dan ook een vordering van de onderaannemer tot betaling voor de gedane werken tegen de bouwheer af, omdat er tussen beide geen rechtstreekse contractuele relatie bestaat.¹⁶²²

3. Lastgever tegen onderlasthebber

387. Een andere toepassing van de rechtstreekse vordering bij samenhangende overeenkomsten is art. 1994 tweede lid B.W., waarvan de tekst in Frankrijk en België identiek is maar waarvan de draagwijdte in beide rechtssystemen door de rechtspraak nog maar eens op een andere wijze wordt ingevuld. De interpretatie in Frankrijk is zelfs zodanig verschillend dat de relatie tussen een lastgever en zijn onderlasthebber in het Franse recht niet langer een illustratie is van een rechtstreekse vordering.

Na een algemeen overzicht van die rechtsfiguur (a) zetten we de extensieve interpretatie in Frankrijk tegen de enge interpretatie in België af (b), wordt aandacht besteed aan de doorwerkingsregeling (c) en wordt opnieuw kort ingegaan op de wijze waarop andere rechtssystemen met die situatie omgaan (d).

a. Algemeen

388. Wanneer een gewoon lasthebber in uitvoering van zijn lastgevingsovereenkomst een overeenkomst met een derde-medecontractant heeft gesloten, dan verdwijnt de lasthebber in beginsel uit de band die de rechtshandeling met de derde-medecontractant doet ontstaan: niet de lasthebber die handelt binnen de grenzen van zijn volmacht, maar de lastgever is persoonlijk verbonden.¹⁶²³

¹⁶¹⁸ J. ROZEMOND, "Onderaanneming in het Nederlands recht", *T. Aann.* 1991, 45.

¹⁶¹⁹ Cf. *infra*, nr. 572 et seq.

¹⁶²⁰ J.L. POWELL, "Sub-contracting in the United Kingdom", *T. Aann.* 1991, 55.

¹⁶²¹ R. HURLIMANN, "Subcontracting in Switzerland – National Report", *T. Aann.* 1991, 88-89.

¹⁶²² BGH 13 december 1973, *W.M.* 1974, 197 (opgenomen in nog te verschijnen *casebook on Contract Law*).

¹⁶²³ Cf. *supra*, nr. 248.

Wanneer een lasthebber zijn taak niet zelf uitvoert, dan zijn er twee alternatieven.

In het ene alternatief kan de lasthebber met een derde een lastgevingsovereenkomst sluiten, zonder dat de opdracht wordt gegeven om de oorspronkelijke opdrachtgever te vertegenwoordigen. In dat geval ontstaan twee opeenvolgende lastgevingsovereenkomsten, enerzijds tussen de oorspronkelijke lastgever en de oorspronkelijke lasthebber en anderzijds tussen de oorspronkelijke lasthebber en de plaatsvervangende lasthebber. Die overeenkomsten staan dan los van elkaar, zodat de oorspronkelijke lastgever en de plaatsvervanger tegenover elkaar volledig vreemden blijven,¹⁶²⁴ waardoor de derde-medcontractant niet met de oorspronkelijke lastgever verbonden zal zijn, aangezien de plaatsvervangende lasthebber niet eens van diens bestaan op de hoogte was.

Het andere alternatief bestaat in de werkelijke substitutie van de oorspronkelijke lasthebber door een onderlasthebber: een oorspronkelijke of in de plaats stellende lasthebber (*le (mandataire) substituant*¹⁶²⁵/*primitif/originair, substituted agent*) laat zich met zijn van de hoofdlastgever verkregen vertegenwoordigingsbevoegdheid door een andere lasthebber (*inde-plaatsgestelde lasthebber/plaatsvervanger/ onderlasthebber, mandataire substitué, subagent/ agent substituted for, Unterbeauftragter*) vervangen (*substitution du mandataire*). Bij een dergelijke substitutie is de lastgever op grond van vertegenwoordigingsmechanismen (zoals bij een gewone lastgeving) rechtstreeks met de derde-medcontractant verbonden. De plaatsvervanging of substitutie van een lasthebber (*la substitution de mandataire, sub-agency*) is immers een overdracht van de vertegenwoordigingsbevoegdheid die de oorspronkelijke lasthebber van zijn lastgever – de hoofdlastgever – heeft gekregen, zodat de plaatsvervanger de rechtshandeling in naam en voor rekening van de oorspronkelijke lastgever stelt.¹⁶²⁶

De beslissing of de oorspronkelijke lasthebber met de “plaatsvervanger” een volledig zelfstandige lastgevingsovereenkomst heeft gesloten, dan wel of het om een echte substitutie ging, behoort tot het domein van de soevereine beoordelingsbevoegdheid van de feitenrechter.¹⁶²⁷

389. In het kader van art. 1994 tweede lid B.W. gaat het evenwel niet om de vraag of de *derde-medcontractant* rechtstreeks met de oorspronkelijke lastgever is verbonden, maar wel om de vraag of de aansprakelijkheid van

¹⁶²⁴ Zie o.m. J. BIGOT, noot onder Cass. fr. (civ. I) 27 december 1960, *D.* 1961, Jur., p. 493, kol. 1, sub B.

¹⁶²⁵ Hier kan gemakkelijk een terminologische verwarring ontstaan door het werkwoord “se substituer”: in de plaats gesteld worden.

¹⁶²⁶ P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, 312.

¹⁶²⁷ Cass. fr. 18 januari 1983, *Eur. Vervoerr.* 1983, 142.

een lasthebber tegenover zijn lastgever ook rechtstreeks tussen de hoofdlastgever en de onderlasthebber speelt.¹⁶²⁸

Op grond van de tekst van die wetsbepaling kan de lastgever namelijk een rechtstreekse vordering doen gelden tegen de persoon die door de lasthebber in zijn plaats is gesteld, de zogenaamde indeplaatsgestelde lasthebber, plaatsvervanger of onderlasthebber.¹⁶²⁹

390. Typische toepassingen van de substitutie van een lasthebber komen vooral voor bij professionele samenwerking, in het bijzonder tussen de beoefenaars van eenzelfde beroep. Denken we maar aan de gerechtsdeurwaarder die, bijvoorbeeld omdat hij territoriaal niet bevoegd is, aan een andere gerechtsdeurwaarder de opdracht doorgeeft om een exploit op te stellen en te betekenen of om uitvoerbare titels uit te voeren.¹⁶³⁰ Even legio is het dat een advocaat aan een confrater een stuk van een opdracht doorgeeft.¹⁶³¹

Uit een recent cassatiearrest blijkt dat ook een *commissionair* die zijn taak van een andere *commissionair* heeft doorgekregen, onder de bepalingen van art. 1994 tweede lid B.W. valt, voorzover de oorspronkelijke *commissionair* zijn opdracht voor rekening van de committent overdraagt.¹⁶³²

Wanneer een bank de opdracht krijgt om roerende waarden te kopen of verkopen, kan zij niet anders dan die opdracht door te geven aan een

¹⁶²⁸ Het bestaan van de rechtstreekse vordering betekent nog niet dat de lastgever verplicht is de onderlasthebber aan te spreken; de lastgever kan evenzeer de oorspronkelijke lasthebber aanspreken, zij het binnen de perken van art. 1994 eerste lid B.W. (Cass. 6 november 1958, *Arr. Verbr.* 1959, 203 (lastgeving in verband met bevrachtingovereenkomst)). Ook in de interne verhouding tussen de oorspronkelijke lasthebber en de onderlasthebber zijn de bepalingen inzake lastgeving van toepassing zodat ze elkaar in voorkomend geval op contractuele grondslag kunnen aanspreken (Cass. 4 november 1966, *R.W.* 1966-67, 1713 (houtimport)).

¹⁶²⁹ Mooie toepassing: Cass. fr. (civ. I) 23 januari 1996, *D.* 1996, IR, 49 (zonder controle gelden doorgegeven aan de oorspronkelijke lasthebber die de gelden niet aan de lastgever heeft teruggegeven).

¹⁶³⁰ Zie over de toepasselijkheid van art. 1994 tweede lid B.W. in een dergelijk geval, Luik 11 maart 1997, *T.B.B.R.* 1998, 348. Zie P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, 312 en 313, waarbij Wéry zich beroept op G. DE LEVAL, *Institution judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, Luik, Faculté de Droit, 1992, p. 376, nr. 300 (lasthebber van cliënt als advocaat op gerechtsdeurwaarder een beroep doet; substitutie bij vervanging van gerechtsdeurwaarders onderling).

¹⁶³¹ Rb. Dendermonde 5 november 1987, *T.B.B.R.* 1990, 83 (laattijdig hoger beroep); Bergen 16 januari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 443, verwijzende noot (burgerlijke partijstelling).

¹⁶³² Cass. 17 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, 705, *Pas.* 1993, I, 700, *R.W.* 1993-94, 752, *T.B.H.* 1994, 533, noot C. DIERYCK (die terzake twijfels heeft, nr. 4), *R.H.A.* 1994, 23, verwijzende noot. Zie ook Brussel 3 juli 1954, *R.H.A.* 1955, 141; Cass. 9 februari 1973, *Pas.* 1973, I, 551 (telkens met verwijzing naar art. 13 Boek I Titel VII W.Kh.). In de twee laatste uitspraken is nog sprake van “handelen in naam van”, terwijl in het recente cassatiearrest het criterium van handelen “voor rekening van” wordt gehanteerd.

bemiddelaar in financiële instrumenten, die op zijn beurt een onderlasthebber is (vaak nog via een tussenstaande bank).¹⁶³³

391. Het bereik van de rechtstreekse vordering ex art. 1994 tweede lid B.W. is tot dit ene bijzondere contract, namelijk dat van lastgeving, beperkt. Van de rechtstreekse vordering op grond van die bepaling kan dan ook enkel sprake zijn, indien het voorwerp van de twee aaneengeschakelde overeenkomsten in hoofdzaak op het stellen van rechtshandelingen gericht is.

Om die reden mag de aangesprokene niet zomaar een eenvoudige uitvoeringsagent van de lasthebber zijn.¹⁶³⁴ Zo kan een opdrachtgever zich niet op die rechtstreekse vordering beroepen tegen de stuwadoor die slechts materiële handelingen stelt.¹⁶³⁵

De aangesprokene die op grond van die wetsbepaling wordt aangesproken, moet ook werkelijk de hoedanigheid van onderlasthebber hebben. Dit betekent onder meer dat het om een werkelijke substitutie moet gaan en niet zomaar om twee afzonderlijk staande mandaten.¹⁶³⁶

Ten slotte spreekt het in die optiek vanzelf dat de oorspronkelijke opdrachtgever een lastgever moet zijn. Zo is een ondervervoerder geen lasthebber van de hoofdvervoerder en kan een lasthebber van de hoofdvervoerder als zodanig niet als plaatsvervangend lasthebber ten opzichte van de afzender worden aangemerkt.¹⁶³⁷

392. In tegenstelling tot de expliciete bepaling bij onderaanneming¹⁶³⁸ is in art. 1994 tweede lid B.W. niets voorzien voor het geval waarbij een onderlasthebber in tweede graad is ingeschakeld. Het gebrek aan een dergelijke bepaling kan op tweeërlei wijze worden geïnterpreteerd, ofwel dat een onder-onderlasthebber enkel door zijn rechtstreekse medecontractant (onderlasthebber in eerste graad) kan worden aangesproken, ofwel dat, in tegenstelling tot de regeling bij onderaanneming, de gerechtigde

¹⁶³³ Illustratie in B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, p. 267, nr. 541. Hier rijst opnieuw de vraag of de hoedanigheid van onderlasthebber omwille van het opgedrongen karakter van de operatie, niet is uitgesloten (cf. *supra*, nr. 170 en *infra*, nr. 403 et seq.).

¹⁶³⁴ Zie B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, p. 267, noot 141; Parijs 4 augustus 1896, *D.* 1897, II, 12 (boswerken).

¹⁶³⁵ Kh. Antwerpen 28 november 1974, *R.H.A.* 1975-76, 80.

¹⁶³⁶ Lyon 7 december 1859, *S.* 1860, II, 206; Cass. fr. (civ.) 23 februari 1874, *S.* 1875, I, 363 (exceptie van schuldvergelijking als verweer tegen de revindicatievordering van de oorspronkelijke opdrachtgever; in beide gevallen kende de onderlasthebber niet de naam van de oorspronkelijke opdrachtgever).

¹⁶³⁷ Cass. 16 november 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 374, *Pas.* 1985, I, 333, *R.W.* 1984-85, kol. 2550, *J.T.* 1986, 514, *R.G.A.R.* 1986, nr. 11.044, verwijzende noot J. LIBOUTON.

¹⁶³⁸ Cf. *supra*, nr. 377.

tot de rechtstreekse vordering nog steeds de hoofdlastgever is (en dus niet de hoofdlasthebber).¹⁶³⁹

De voorkeur van de rechtspraak gaat impliciet naar de tweede stelling, aangezien een rechtstreekse aanspraak van de lastgever op de onderlasthebber in tweede graad mogelijk wordt geacht.¹⁶⁴⁰

393. Op te merken is dat de verplichtingen van de onderlasthebber niet noodzakelijk even ver reiken als die van de hoofdlasthebber. Zo kan de aard of de inhoud van de opgenomen verbintenissen verschillend zijn.

Zo is een advocaat die de opdracht heeft gekregen (en aanvaard) om tegen een rechterlijke uitspraak hoger beroep in te stellen, gehouden tot een resultaatsverbintenis. Zijn confrater aan wie hij de opdracht doorgeeft, kan evenwel door omstandigheden slechts tot een middelenverbintenis gehouden zijn, zoals bijvoorbeeld wanneer de oorspronkelijke advocaat met de kennisgeving van de oorspronkelijke uitspraak aan zijn cliënt te lang heeft gewacht en de opdracht doorgeeft aan een confrater die niet ter plaatse woont en evenmin aanwezig is. In een dergelijke hypothese is de onderlasthebber in tweede graad dan ook tegenover de verderstaande lastgever slechts gehouden voorzover hem een fout kan worden verweten.¹⁶⁴¹

b. Restrictieve interpretatie – recente tendensen

394. Zoals bij de overige rechtstreekse vorderingen geldt in het kader van de onderlastgeving als traditioneel uitgangspunt dat een rechtstreekse vordering, als uitzondering op het gemeen recht, restrictief moet worden geïnterpreteerd.¹⁶⁴²

Om die reden aanvaardt de traditionele rechtspraak en rechtsleer geen rechtstreekse vordering in de omgekeerde richting, dit wil zeggen van de onderlasthebber tegenover de lastgever. Zo kan een advocaat die zijn confrater vervangt, tegenover de betrokken cliënt op grond van art. 1994 tweede lid B.W. geen rechtstreekse vordering tot invordering van het ereloon voor zijn prestaties laten gelden.¹⁶⁴³ Dit eenrichtingsverkeer van de rechtstreekse vordering hangt nauw samen met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever om met die rechtstreekse vordering de lastgever in geval van een substitutie te beschermen. Een substitutie werd immers als

¹⁶³⁹ Een derde mogelijkheid bestaat erin dat in de Napoleontische tijd nog niet aan die hypothese was gedacht en dat de situatie met deze bij de onderaanneming vergelijkbaar is.

¹⁶⁴⁰ Rb. Dendermonde 5 november 1987, *T.B.B.R.* 1990, 83 (advocaat en confraters).

¹⁶⁴¹ *Ibid.*

¹⁶⁴² J. BIGOT, noot onder Cass. fr. (civ. I) 27 december 1960, *D.* 1961, Jur., p. 493, kol. 1, sub B.

¹⁶⁴³ B.v. Vred. Gent 12 december 1990, *T.G.R.* 1991, 24.

een eerder uitzonderlijke operatie beschouwd en “*in alle gevallen*” moest de lastgever tegen de risico’s van zo’n operatie worden beschermd.¹⁶⁴⁴

Geleidelijk doen een aantal min of meer recente tendensen evenwel twijfel ontstaan of dit restrictieve uitgangspunt nog langer is te handhaven, dan wel of art. 1994 tweede lid B.W. niet langer als een rechtstreekse vordering in de strikte zin van het woord kan worden beschouwd.

i) Franse versus Belgische cassatierechtspraak

395. In Frankrijk aanvaardt het Hof van Cassatie al sinds 1960 dat de rechtstreekse vordering op grond van artikel 1994 tweede lid B.W. ook in de omgekeerde richting geldt, in de zin dat ook de onderlasthebber tegenover de lastgever een eigen recht kan doen gelden¹⁶⁴⁵ (wat niet uitsluit dat de onderlasthebber nog altijd de oorspronkelijke lasthebber tot betaling van de gedane kosten kan aanspreken): “*qu’en vertu de ce texte, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s’est substitué; que, par voie de conséquence, le substitué jouit d’une action personnelle et directe contre le mandant pour obtenir le remboursement de ses avances et frais et le paiement de la rétribution qui lui est due*”.

Uit de bewoordingen (“*par voie de conséquence*”)¹⁶⁴⁶ is af te leiden dat het Franse Hof van Cassatie die bilateralisering verantwoordt door het beginsel dat een derde die het voordeel van een overeenkomst geniet, ook de nadelen ervan moet dragen. Het Hof past met andere woorden het beginsel van wederkerigheid (*réciprocité*) toe in een verhouding tussen een contractant en een derde, waarin de wet reeds in één richting een uitzondering op de relativiteit had ingevoerd.

396. Ten aanzien van een dergelijke brede visie op die rechtstreekse vordering kwam heel wat kritiek,¹⁶⁴⁷ vooral omdat een onderlasthebber op

¹⁶⁴⁴ J. BIGOT, noot onder Cass. fr. (civ. I) 27 december 1960, *D.* 1961, Jur., p. 493, kol. 1, sub B.

¹⁶⁴⁵ Cass. fr. (civ. I) 27 december 1960, *D.* 1961, Jur., 491, noot J. BIGOT (gerechtsdeurwaarder); Cass. fr. (com.) 8 juli 1986, *Bull. civ.* 1986, IV, nr. 153 (terugbetaling douanekosten); Cass. fr. (com.) 4 december 1990, *Bull. civ.* 1990, IV, nr. 312 (betaling voorgeschoten douanekosten); G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XXIV, *Du mandat*, Parijs, Sirey, 1907 (3de ed.), p. 310-311, nr. 587 (“*une juste réciprocité*”); P. ESMEIN, *Aubry & Rau. Droit civil français*, VI, Parijs, 1951 (6de ed.), § 413, p. 222 (“*par suite de l’exécution du mandat*”); M.-L. IZORCHE, *Encycl. Dalloz*, tw. *Action directe*, 1994, nr. 62 (“*bilatéralisé*”). Voor een angelsaksisch perspectief S. WHITTAKER, “French Experience”, 365-367. Contra M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XI/2, *Contrats civils*, Parijs, L.G.D.J., 1932, p. 818, nr. 1470 (al spreken zij wel van “*cette inégalité*”).

¹⁶⁴⁶ Cf. *infra*, nr. 404.

¹⁶⁴⁷ Ook B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, p. 268, nr. 542: “*Prétendre que celui-ci a immédiatement contracté avec le mandant ne correspond pas à la réalité, ce qui n’exclut pas qu’il lui soit lié par un rapport de nature contractuelle, participant de l’essence des groupes de contrats, chaînes ou ensembles.*”

die manier tegen de lastgever een rechtstreekse vordering kon doen gelden zelfs wanneer de lastgever de substitutie niet eens had toegestaan.

In de omgekeerde richting (aanspraak van lastgever op onderlasthebber) is het trouwens evenmin aanvaard dat de lastgever rechtstreeks de onderlasthebber dagvaardt, indien de onderlasthebber van de substitutie niet op de hoogte was en zo dacht enkel voor rekening van zijn medecontractant-hoofdlasthebber te handelen.¹⁶⁴⁸

De toepassing van vertegenwoordiging wordt hier eveneens bekritiseerd omdat de oorspronkelijke lasthebber niet zomaar verdwijnt, wat nochtans het normale gevolg van vertegenwoordiging zou moeten zijn.¹⁶⁴⁹

397. In Frankrijk wordt de contractuele band tussen lastgever en onderlasthebber voornamelijk aan de hand van een cessie van overeenkomst verklaard.¹⁶⁵⁰

In schril contrast met wat zich in het Franse landschap afspeelt, bestaat er in België terzake (opnieuw) weinig gepubliceerde rechtspraak¹⁶⁵¹ of Vlaamse rechtsliteratuur. De Franstalige rechtsleer pleit er daarentegen steeds meer voor dat de rechtstreekse band tussen lastgever en onderlasthebber, naar het Franse voorbeeld, in beide richtingen zou gelden.¹⁶⁵² Aan Franstalige zijde pleiten met name (al langer) Foriers en (meer recent) Wéry ervoor dat er tussen de lastgever en de onderlasthebber een rechtstreekse contractuele relatie wordt aanvaard. Ze zijn voorstander van een zogenaamde *actio mandati directa* op grond van een dubbele lastgeving, waarbij de lasthebber de last krijgt om in naam en voor rekening van de lastgever met een derde (de zgn. onderlasthebber) een lastgevingsovereenkomst te sluiten. Zo ontstaat een rechtstreekse band tussen de lastgever en de onderlasthebber. Die “onderlasthebber” is niet langer een werkelijke onderlasthebber, maar een derde-medecontractant (met wie de lasthebber in naam en voor rekening van de lastgever een lastgevingsovereenkomst heeft gesloten). Als gevolg daarvan wordt de relatie tussen de lastgever en de “onderlasthebber” tweezijdig.¹⁶⁵³ In de opvatting van Foriers maakt

¹⁶⁴⁸ Impliciet in Cass. 4 november 1966, *R.W.* 1966-67, (1713) 1715 (“zo de verhoudingen tussen de oorspronkelijke lastgever en de persoon die door de lasthebber in zijn plaats is gesteld beïnvloed kunnen worden naargelang de in de plaats stellende aan de indeplaatsgestelde zijn lastgever laat kennen”). Zie ook J. BIGOT, noot onder Cass. fr. (civ. I) 27 december 1960, *D.* 1961, Jur., p. 494, nr. 2.

¹⁶⁴⁹ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 801, nr. 741.

¹⁶⁵⁰ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 111, nr. 147, met verdere verwijzingen. Althans in geval van toegelaten substitutie (J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, p. 251-252, nr. 334).

¹⁶⁵¹ P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, 317 en 319.

¹⁶⁵² Opnieuw is het opvallend hoe weinig wetenschappelijke aandacht de houding in het ene landsgedeelte tegenover aspecten van de derdenproblematiek in het andere landsgedeelte krijgt.

¹⁶⁵³ P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, 314.

art. 1994 tweede lid B.W. dan ook geen rechtstreekse vordering in de technische zin van het woord uit.¹⁶⁵⁴

In die theorie van de vertegenwoordiging is er evenwel geen plaats voor doorwerking van de hoofdovereenkomst tussen de lastgever en de oorspronkelijke lasthebber, aangezien de oorspronkelijke lasthebber de lastgever bij het sluiten van de onderlastgeving vertegenwoordigt en aldus alle gevolgen van die onderlastgeving aan de lastgever worden toegerekend.

Voor het geval waarbij de lasthebber geen toestemming tot substitutie heeft gekregen, wordt een rechtstreekse vordering ook in de omgekeerde richting nog volgens Foriers verantwoord door een toetreding tot de oorspronkelijke overeenkomst door een eenzijdige wilsuiking van de onderlasthebber, of volgens Dirix door de figuur van de onvolmaakte contractoverdracht, waarbij de oorspronkelijke lasthebber nog steeds gebonden blijft.¹⁶⁵⁵

Bij toetreding door eenzijdige wilsuiking zou de plaatsvervanger aan de lastgever wel de excepties uit zijn eigen overeenkomst kunnen opwerpen.¹⁶⁵⁶

398. Die enkele, zij het gezaghebbende, stemmen in de rechtsleer laten evenwel niet toe te besluiten dat een onderlasthebber naar positief recht *met zekerheid* tegen de hoofdlastgever een rechtstreekse vordering kan instellen, wat bepaalde rechtsleer nochtans voorhoudt.¹⁶⁵⁷

Voorzover er terzake al gepubliceerde Vlaamse rechtspraak bestaat, wordt een rechtstreekse verhouding ontkend, maar is omtrent de afwezigheid ervan toch wat ontgoocheling af te lezen. Zo stelt een Gents vrederechter: “*in principe, en spijs alle evolutie van de samenleving, ontstaat geen rechtstreekse rechtsverhouding tussen de lastgever en de aangestelde medewerker (of submandataris) van de lasthebber*”.¹⁶⁵⁸

Naast die sporadische kritiek vanuit de lagere rechtspraak zijn er nog een drietal andere evoluties in de Belgische rechtspraak die de verhouding tussen lastgever en onderlasthebber een ander uitzicht geven:

¹⁶⁵⁴ P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution des contrats de services par autrui”, p. 259-260, nr. 15.

¹⁶⁵⁵ E. DIRIX, p. 62, nr. 75, p. 112, nr. 148.

¹⁶⁵⁶ L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1976-1980). Les contrats spéciaux”, *R.C.J.B.* 1986, p. 416, nr. 241, wellicht bijgetreden door J.H. HERBOTS, D. CLARYSSE, J. WERCKX, “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1977-1982)”, *T.P.R.* 1985, p. 929, nr. 194.

¹⁶⁵⁷ M.F. ANTOINE, “Questions de responsabilité soulevées par l’exécution d’un ordre de virement erronément libellé” (noot onder Bergen 2 december 1987), *D.C.C.R.* 1989-90, p. 57, nr. 5 (de auteur waarnaar verwezen, legt terzake wel de nodige nuances).

¹⁶⁵⁸ Vred. Gent 12 december 1990, *T.G.R.* 1991, 24 (eigen cursivering). De vrederechter stelt dat er in principe geen rechtstreekse band bestaat tussen de lastgever en de onderlasthebber, “*behalve wanneer de cliënt (lastgever) op enige wijze ingestemd zou hebben met een substitutie van mandataris (in welk geval een rechtstreekse band ontstaat tussen de lastgever en de nieuwe lasthebber)*”.

- een recent cassatiearrest met betrekking tot de rechtspositie van een plaatsvervanger van een commissionair-expediteur,
- de toepasselijkheid van onderlastgeving op bankoverschrijvingen, en
- de evolutie in de rechtspraak met betrekking tot de rechtspositie van een door een advocaat ingeschakelde gerechtsdeurwaarder.

ii) *Plaatsvervanger van commissionair-expediteur*

399. De meest in het oog springende tendens vloeit voort uit een weinig opgemerkt¹⁶⁵⁹ arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 17 september 1993. Het doet de vraag rijzen of ook dit Hof in art. 1994, tweede lid B.W. geleidelijk een dubbele contractuele relatie begint te zien. In dit reeds eerder besproken arrest¹⁶⁶⁰ aanvaardde het Hof namelijk dat er tussen de committent-afzender en de plaatsvervanger van de commissionair-expediteur een rechtstreekse contractuele band ontstaat door *toetreding* van de plaatsvervanger tot de oorspronkelijke commissieovereenkomst, voorzover de oorspronkelijke commissionair “*op grond van de hem toevertrouwde opdracht en voor rekening van de committent de hem toevertrouwde opdracht overdraagt aan een andere expediteur, die de opdracht aanvaardt*”.

Die constructie werd door de plaatsvervanger ingeroepen omdat hij zich op die manier op de in de oorspronkelijke commissieovereenkomst voorziene exonatieclausule kon beroepen.¹⁶⁶¹

Weliswaar betreft dit arrest een aanspraak van een committent tegen een ondercommissionair (en niet omgekeerd), maar aangezien het Hof zich uitdrukkelijk op de toetreding baseert, zou een rechtstreekse aanspraak via dezelfde redenering ook in de omgekeerde richting, van de ondercommissionair tegen de committent, mogelijk zijn.

Toch is dit arrest niet gemakkelijk te interpreteren omdat het Hof van Cassatie niet duidelijk maakt of het hier bedoelt zich over de wettelijk voorziene rechtstreekse vordering uit te spreken. Ertégen pleit dat het door het parket opgemaakte kopje boven het arrest enkel naar art. 1165 B.W.

¹⁶⁵⁹ Wellicht omdat het arrest zich niet in een zuivere lastgevingsverhouding maar wel in een commissieverhouding afspeelt en omdat het kopje boven het arrest enkel naar art. 1165 B.W. verwijst (één van de klassieke tactieken van het Openbaar Ministerie bij het Hof van Cassatie om arresten onzichtbaar te maken).

¹⁶⁶⁰ Cf. *supra*, nr. 226.

¹⁶⁶¹ Cass. 17 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, 705, *Pas.* 1993, I, 700, *R.W.* 1993-94, 752, *T.B.H.* 1994, 533, noot C. DIERYCK, *R.H.A.* 1994, 23, verwijzende noot. In casu had een Portugese verkoper van beddelakens voor het vervoer naar de Belgische koper een beroep gedaan op een Portugese commissionair-expediteur. Deze laatste schakelde op zijn beurt een Belgische commissionair-expediteur in. Na het faillissement van zijn koper stelt de Portugese verkoper een rechtstreekse vordering in tegen de Belgische commissionair-expediteur, omdat die laatste, tegen de afspraken in, aan de Belgische koper had geleverd zonder de betaling af te wachten.

verwijst.¹⁶⁶² Ervóór pleit, enerzijds, dat het cassatiemiddel wel art. 1994 B.W. aanhaalt en dat de in het onderdeel aangevoerde wetsbepalingen volgens het Hof geschonden zijn en, anderzijds, dat het Hof stelt dat de aangevoerde schending van art. 1994 tweede lid B.W. tot vernietiging van het arrest kan leiden.

400. Op basis van die redenering kon de ondercommissionair, zoals gezegd, de bedingen uit de hoofdovereenkomst inroepen. Die oplossing is redelijk en billijk, omdat de opdrachtgever zijn rechten uiteindelijk uit de lastgeving en de substitutie put zodat hij de voorwaarden uit zijn eigen overeenkomst niet kan ontwijken door een rechtstreekse vordering tegen de plaatsvervanger in te stellen.¹⁶⁶³

De gelijkenis met de ratio die aan de quasi-immuniteit¹⁶⁶⁴ van de uitvoeringsagent wordt toegemeten, is treffend: een uitvoeringsagent mag in beginsel niet rechtstreeks worden aangesproken, omdat anders het gevaar ontstaat dat het contractuele evenwicht wordt verstoord. Het verschil met de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent ligt hierin dat in de context van de onderlastgeving de aanspraak van de opdrachtgever tegen de onderlasthebber niet volledig, dit wil zeggen ongeacht het al dan niet bestaan van een exoneratieclausule, wordt ontzegd, maar enkel in de mate dat de economie van de oorspronkelijke overeenkomst zich tegen een rechtstreekse aanspraak verzet.

Gezien de vergelijkbare verhoudingen rijst de vraag of het verschil in behandeling van de onderlasthebber en de uitvoeringsagent wel gerechtvaardigd is. Zoals uit het vijfde deel zal blijken, wordt er te fel de nadruk op gelegd dat de grondslag van een aanspraak tegen een onderlasthebber op een contractuele fout (art. 1994 B.W.) steunt,¹⁶⁶⁵ terwijl de aanspraak tegen een uitvoeringsagent zich op buitencontractueel vlak (art. 1382 B.W.) situeert.¹⁶⁶⁶

401. In de rechtspraak leidt het verschil in behandeling van de uitvoeringsagent en de onderlasthebber trouwens tot merkwaardige resultaten.

¹⁶⁶² Weliswaar staat de activiteit van het parket in principe los van die van de zetelende raadsheeren, toch bestaat er tussen beide een heel nauwe band aangezien eerst het verslag van de raadsheer en pas dan de conclusie van het Openbaar Ministerie wordt opgesteld (cf. *supra*, voetnoot 617).

¹⁶⁶³ C. DIERYCK, "Hoever reiken de algemene voorwaarden van de expéditeurs?" (noot onder Cass. 17 september 1993), *T.B.H.* 1994, p. 538, nr. 6.

¹⁶⁶⁴ Cf. *supra*, nr. 189 et seq.

¹⁶⁶⁵ Zie Brussel 3 juli 1954, *R.H.A.* 1955, 141 (gestolen baal wol); Kh. Antwerpen 20 maart 1964, *R.H.A.* 1965, (37) 48 (verdwenen kisten transmitters; in casu evenwel eerder een tekortkoming aan een verplichting uit bewaarneming).

¹⁶⁶⁶ Cf. *infra*, nr. 604 et seq.

Een persoon die andermans opdracht tot inlading of bewaking van goederen uitvoert, moet zich wegens de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent niet om enige rechtstreekse aanspraak kommeren.¹⁶⁶⁷

Wanneer evenwel een oorspronkelijke lasthebber zoals een commissienair-expediteur uitsluitend als lasthebber heeft gehandeld en zelf nooit als bewaarnemer is opgetreden en wanneer de door hem ingeschakelde plaatsvervanger noodzakelijk de te verzenden goederen in bewaring moest nemen, dan zou een rechtstreeks verhaal van de goederenbelanghebbende tegen de plaatsvervanger op grond van art. 1994 tweede lid B.W. mogelijk zijn indien de plaatsvervanger in zijn contractuele verplichting ex art. 1927 B.W. (zorgplicht van bewaarnemers) is tekortgeschoten.¹⁶⁶⁸ Uit art. 1382 B.W. kan immers geen verplichting voortvloeien om goederen van derden te bewaren, terwijl die verplichting bij substitutie (via art. 1994 B.W.) wel rechtstreeks uit de wet zou voortvloeien.¹⁶⁶⁹

iii) Bankoverschrijvingen

402. Een andere tendens toont zich in de evolutie in het toepassingsgebied van de rechtstreekse vordering van art. 1994 tweede lid B.W. Steeds meer nemen andere contractuele technieken de rol van de rechtstreekse vordering over. Dit bewijst het geval valt waarbij de bank van een opdrachtgever (bank-opdrachtgever, *banquier remettant*) de bank van de begunstigde (bankbestemming, *banquier destinataire*) ermee belast om een opdracht tot overschrijving uit te voeren (d.w.z. een schuld van zijn opdrachtgever te betalen).¹⁶⁷⁰ Betwist is of de opdrachtgever de bank van de begunstigde op grond van art. 1994 tweede lid B.W. rechtstreeks kan aanspreken.

Op het eerste gezicht is de rechtspositie van de tweede bank voor drie verschillende kwalificaties vatbaar: een uitvoeringsagent, een onderlasthebber of een toetreders tot de overeenkomst tussen de cliënt en de eerste bank.

Vroeger – en dit is nog steeds de meerderheid – werd steevast voor de kwalificatie van onderlasthebber en dus voor de toepassing van de rechtstreekse vordering geopteerd. Op die manier kan de opdrachtgever de tweede bank rechtstreeks aanspreken.¹⁶⁷¹ Zo vertolkte de Rechtbank van

¹⁶⁶⁷ Een voorbeeld daterend van vóór de uitvoeringsagenten-cassatierechtspraak: Kh. Antwerpen 27 oktober 1970, *R.H.A.* 1970, (381) 387. Contra Kh. Antwerpen 20 maart 1964, *R.H.A.* 1965, (37) 48.

¹⁶⁶⁸ Antwerpen 30 juni 1975, *R.H.A.* 1975-76, 209.

¹⁶⁶⁹ Brussel 3 juli 1954, *R.H.A.* 1955, 141.

¹⁶⁷⁰ P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, p. 312, voetmoot 3.

¹⁶⁷¹ Brussel 30 april 1980, *Bank Fin.* 1981, 209, noot A. BRUYNEEL (belang voor herroeping van overschrijvingsorder); Kh. Brussel 23 juni 1983, *T.B.H.* 1987, 760; Bergen 13 februari 1984, *R.R.D.* 1984, 281; Bergen 25 september 1984, *Bank Fin.* 1985, nr. 6, p. 35; Kh. Bergen 14 mei

Koophandel en het Hof van Beroep te Antwerpen de mening dat de tweede bank geen uitvoeringsagent maar wel een onderlasthebber is, aangezien ze “*een intellectuele, juridische opdracht*” heeft uitgevoerd.¹⁶⁷² Die visie ligt ook in de lijn van de wijze waarop De Page het verschil tussen een lasthebber en een uitvoeringsagent ooit uitdrukte: “*L’instrument “juridique” du débiteur, c’est le mandataire; l’instrument “en fait”, c’est l’agent d’exécution.*”¹⁶⁷³

Volgens sommigen stuit die visie evenwel op de opvatting dat de opdracht tot het uitvoeren van een bankoverschrijving niet als een lastgeving kan worden gekwalificeerd.¹⁶⁷⁴ Bovendien zou het bestaan van de rechtstreekse vordering volgens sommigen onverenigbaar zijn met het feit dat de onderlasthebber, gezien de inherente aard van de overschrijving, zowel aan de opdrachtgever als aan de eerste bank wordt opgedrongen.¹⁶⁷⁵ Ten slotte heeft de tweede bank eerder in haar verhouding met de begunstigde de hoedanigheid van lasthebber en is zij tegenover de eerste bank enkel een bewaarnemer.

Als alternatief stelt Wéry dan ook voor om in de overeenkomst tussen de twee banken een derdenbeding ten voordele van de opdrachtgever te lezen.¹⁶⁷⁶

Een andere, gezaghebbende (minderheids)stroming vergelijkt de aard van een bankoverschrijving veeleer met die van een vervoerovereenkomst. Om evenwel toch hetzelfde wenselijk geachte resultaat van een rechtstreekse aanspraak te bereiken, stelt ze als alternatieve grondslag de toetreding tot een instelling, nl. die van de bankoverschrijving, voor.¹⁶⁷⁷

1987, *T.B.H.* 1989, 58; Bergen 2 december 1987, *D.C.C.R.* 1989-90, 52, noot M.F. ANTOINE; Kh. Brussel 2 september 1998, *T.B.H.* 1999, 691, verwijzende noot; A. BRUYNEEL, “Le virement”, in *La Banque dans la vie quotidienne*, Brussel, JBB, 1986, p. 414-415, nr. 34; M. CABRILLAC, *Le chèque et le virement*, Parijs, Litec, 1980, p. 219, nr. 401. H. DE PAGE, *Traité*, III, p. 608, nr. 611bis; D. DEVOS, o.c., in *Het kontrakt en de derden. De externe gevolgen. De derden medeplichtigheid*, Brussel, 1995, p. 198, nr. 9; L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, II, Brussel, Bruylant, 1978, p. 89, nr. 755; M. CABRILLAC en J.-L. RIVES-LANGE, *Encycl. Dalloz. Droit commercial, tw. Virement*, nr. 86-88 (dubbele hoedanigheid van de tweede bank: onderlasthebber van de opdrachtgever en lasthebber van begunstigde). Over de hoedanigheid van de bank als lasthebber, zie H. DE PAGE, *Traité*, III, p. 608, nr. 611bis.

¹⁶⁷² Antwerpen 23 oktober 1993, *T. Not.* 1994, 79 als bevestiging van Kh. Antwerpen 12 november 1991, *T. Not.* 1992, 137 (te crediteren bankrekening op andere naam dan voorziene begunstigde).

¹⁶⁷³ H. DE PAGE, *Traité*, III, p. 397, nr. 402.

¹⁶⁷⁴ P. WERY, “La nature juridique du virement bancaire de fonds”, *J.T.* 1988, p. 389, nr. 21.

¹⁶⁷⁵ J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 327, nr. 445 (om die reden valt ook de kwalificatie van uitvoeringsagent weg, cf. *supra*, nr. 170).

¹⁶⁷⁶ P. WERY, o.c., *J.T.* 1988, p. 390, nr. 25 (met als gevolg dat exonerationclausules uit die overeenkomst wel tegenstelbaar zijn).

¹⁶⁷⁷ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes*, IV, p. 332-333, nr. 451; Kh. Brussel 10 september 1986, *T.B.H.* 1987, 755 (optreden in kader van bewaargeving van cliënt van tweede bank). Zie ook M.F. ANTOINE, o.c., *D.C.C.R.* 1989-90, 55-61.

Toch blijft de discussie tussen de twee belangrijkste stromingen niet zonder enig belang omdat, ter onderscheid met de meerderheidsopvatting inzake de rechtstreekse vordering op grond van art. 1994 tweede lid B.W., een contracttoetreding tot een rechtstreekse contractuele band in *twee* richtingen leidt (ook al komt een dergelijke aanspraak in de praktijk van bankoverschrijvingen niet zo vaak voor).

iv) Gerechtsdeurwaarders

403. De derde ontwikkeling i.v.m. de toepassing van de rechtstreekse vordering op grond van art. 1994 tweede lid B.W. houdt verband met een reeds in een andere context besproken¹⁶⁷⁸ principiësarrest van het Hof van Cassatie dd. 7 december 1995. Het Hof sluit namelijk de toepassing van art. 1994 B.W. uit, wanneer een advocaat aan een gerechtsdeurwaarder een opdracht geeft die tot diens monopoliebevoegdheid behoort. Op die manier kon de advocaat zich voor de fouten van de gerechtsdeurwaarder niet op de aansprakelijkheidsbeperking ex art. 1994 eerste lid B.W. beroepen. Aanvankelijk werd de motivering van dit arrest zo opgevat dat het de draagwijdte van rechtstreekse aanspraken zou inperken, maar uiteindelijk heeft het, ondanks de restrictieve interpretatie van de rechtstreekse vordering, in combinatie met een arrest van het Antwerpse Hof van Beroep tot een verruiming van rechtstreekse aanspraken geleid, ditmaal via de grondslag van de vertegenwoordiging, zij het los van de rechtstreekse vordering ex art. 1994 tweede lid B.W.

Het probleem van de rechtstreekse aanspraak in de verhouding tussen gerechtsdeurwaarder en cliënt van de advocaat deed zich al eerder voor in Frankrijk. In het geval dat leidde tot het Franse principiësarrest dat de rechtstreekse vordering in de *twee* richtingen aanvaardde,¹⁶⁷⁹ vorderde een gerechtsdeurwaarder de vergoeding van zijn kosten, voorschotten en honorarium rechtstreeks van de oorspronkelijke opdrachtgever. Niets laat vermoeden dat het Franse Hof eraan twijfelde of de tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder via een juridisch raadgever een substitutie van lasthebber in de zin van art. 1994 tweede lid B.W. uitmaakte. Meer nog, het Hof van Cassatie besliste dat de lastgever de onderlasthebber op basis van art. 1994 tweede lid C. Civ. rechtstreeks kan aanspreken en dat “*par voie de conséquence*”, ook omgekeerd, de plaatsvervanger (gerechtsdeurwaarder) de lastgever (cliënt van de advocaat) rechtstreeks kan aanspreken.¹⁶⁸⁰

¹⁶⁷⁸ Cf. *supra*, nr. 241.

¹⁶⁷⁹ Cf. *supra*, nr. 396.

¹⁶⁸⁰ Cass. fr. (civ. I) 27 december 1960, D. 1961, Jur., 491, noot J. BIGOT.

In het cassatiearrest van 7 december 1995¹⁶⁸¹ ging het Belgische Hof van Cassatie minder ver, doordat het de rechtstreekse vordering om de reeds uiteengezette redenen niet van toepassing achtte. Terwijl dit cassatiearrest betrekking had op art. 1994 eerste lid B.W. en dus op de aansprakelijkheid van de advocaat tegenover zijn cliënt voor het onzorgvuldige optreden van de gerechtsdeurwaarder, kwam voor het Hof van Beroep te Antwerpen een geval van aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder zelf aan bod. Daarin werd namelijk beslist dat “*er tussen de cliënt en de gerechtsdeurwaarder een rechtstreeks contracteel verband is totstandgekomen*”.¹⁶⁸²

404. Zowel in België als in Frankrijk zijn de annotators overtuigd van de billijkheid van het bekomen resultaat.¹⁶⁸³

Tegelijk illustreert die combinatie van gevallen dat het Belgische Hof van Cassatie zijn mosterd deels uit de rechtspraak van zijn Franse evenknie haalt, maar tegelijk rekening houdt met de kritiek van de Franse rechtsleer op die rechtspraak. Met zijn arrest van 7 december 1995 heeft het Belgische Hof van Cassatie zich namelijk aangesloten bij het alternatief dat een annotator bij het Franse cassatiearrest had voorgesteld. Die annotator was namelijk van het standpunt vertrokken dat “*la substitution – le terme l’indique – suppose que le mandataire se décharge sur autrui de tout ou partie d’une tâche que ce mandataire pouvait lui-même assurer*.” Er ligt zijn inziens dan ook geen substitutie voor in geval van een “*mission pour laquelle ce mandataire n’était pas compétent parce qu’il ne pouvait ni matériellement ni juridiquement l’assurer*”,¹⁶⁸⁴ maar in verband met een mogelijke rechtstreekse aanspraak stelt hij wel dat “*(a)yant agi avec l’autorisation et pour le compte du mandant, le mécanisme de la représentation aurait permis de l’affirmer*.”¹⁶⁸⁵

405. Al krijgt die rechtspraak van de auteurs betrekkelijk weinig aandacht, toch vergelijken steeds meer onder hen de rechtspositie van hen die betrokken zijn bij een meerpartijenverhouding in geval van aanneming dan wel in geval van lastgeving.

¹⁶⁸¹ Cass. 7 december 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1094, *Bull.* 1995, 1129, *R.W.* 1996-97, 778, noot P. DEPUYDT, *A.J.T.* 1996-97, 10, noot S. GEEROMS.

¹⁶⁸² Antwerpen 16 februari 1998, *R.W.* 1998-99, 92, noot I. CLAEYS, “Over vertegenwoordiging in de relatie cliënt – advocaat – gerechtsdeurwaarder”.

¹⁶⁸³ Voor Frankrijk zie J. BIGOT, noot onder Cass. fr. (civ. I) 27 december 1960, *D.* 1961, Jur., p. 492, kol. 1.

¹⁶⁸⁴ J. BIGOT, noot onder Cass. fr. (civ. I) 27 december 1960, *D.* 1961, Jur., p. 492, kol. 2, sub A.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 493, kol. 1, sub A. De gelijkenis met de Franstalige bewoordingen van het Belgische Hof zijn dan ook opvallend: “*Que la substitution visée à cette article implique que le substitué exécute en tout ou en partie la mission du mandataire originaire*”. Wat verder heet het dat de gerechtsdeurwaarder “*exécute nécessairement une mission qui n’a pas été confiée à celui-ci*” (Cass. 7 december 1995, *Bull.* 1995, 1129).

Tot nog toe blijft de vergelijking doorgaans steken op het niveau van de contractanten onderling. Op grond van art. 1994 eerste lid B.W. is de oorspronkelijke lasthebber voor de contractuele tekortkomingen van zijn plaatsvervanger namelijk in het geheel niet aansprakelijk, wanneer de lastgever zelf die welbepaalde persoon als plaatsvervanger heeft aangewezen, óf wanneer de lasthebber uitdrukkelijk of stilzwijgend de macht heeft gekregen om iemand – zonder aanwijzing van een bepaalde persoon – in zijn plaats te stellen en hij daarbij een vervanger heeft gekozen die niet “*blijkbaar onbevoegd of onvermogen*” is (geen *culpa in eligendo*). Onlangs nam Wéry de verregaande immunitet of onverantwoordelijkheid van de oorspronkelijke lasthebber tegenover de lastgever op de korrel, omdat lastgeving niet langer zoals voorheen een vriendendienst maar meestal een professionele dienstverlening uitmaakt.¹⁶⁸⁶ Al wordt steeds meer aanvaard dat een oorspronkelijke lasthebber als gevolg van de substitutie niet zomaar uit de driehoeksverhouding verdwijnt en nog toezicht moet uitoefenen op en bijstand verlenen aan de plaatsvervanger,¹⁶⁸⁷ toch lijkt de weg naar een gelijkschakeling met het beginsel van de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad niet open zolang art. 1994 eerste lid B.W. blijft bestaan.¹⁶⁸⁸

De vergelijking tussen aanneming en lastgeving kan evengoed naar de aansprakelijkheid van de plaatsvervanger zelf tegenover de lastgever worden doorgetrokken. Die vergelijking sluit nauw aan bij het onderscheid tussen rechtshandelingen (lastgeving) en materiële handelingen (aanneming), dat van Gerven, meer in het algemeen, reeds lang heeft bekritiseerd: “*Het in dit verband door de wet gemaakte onderscheid tussen rechtshandelingen en materiële handelingen leidt er nu toe dat twee zaken die in de praktijk steeds verenigd voorkomen (...) in rechte op verschillende wijze worden behandeld. (...) Het is duidelijk dat men deze moeilijkheden en de hieruit voortspruitende rechtsonzekerheid beter zou vermijden door eenvormige, aan de speciale aard van de aanstellingsverhouding aangepaste wetsbepalingen op te stellen. Maar dit is een probleem de lege ferenda.*”¹⁶⁸⁹

Toch blijft het traditionele onderscheid in behandeling van onderlastgeving en –aanneming significant te noemen, zowel waar een onderaannemer tegen de hoofdopdrachtgever een rechtstreekse vordering kan laten gelden terwijl de onderlasthebber de lastgever in principe niet rechtstreeks kan aanspreken, als waar een lastgever tegen de onderaannemer een rechtstreekse vordering kan laten gelden terwijl een hoofdopdracht-

¹⁶⁸⁶ M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1982, p. 210, nr. 24; P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, 316.

¹⁶⁸⁷ P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, 318-319.

¹⁶⁸⁸ Zie ook P. WÉRY, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1998, 319-320.

¹⁶⁸⁹ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 139, p. 449.

gever tegenover de onderaannemer-uitvoeringsagent dan weer niets kan ondernemen.

c. Doorwerking van overeenkomst en voorlopig besluit

406. Een ander onderscheid tussen de rechtstreekse vordering bij onderaanneming en die bij onderlastgeving situeert zich op het vlak van de doorwerking van de overeenkomst waarbij de aangesprokene partij is.¹⁶⁹⁰

Waar een bouwheer als verweer tegen een rechtstreekse vordering van de onderaannemer zich op grond van de bedingen uit zijn eigen overeenkomst met de hoofdaannemer kan verweren, heeft het Hof van Cassatie niet aanvaard dat een onderlasthebber als verweer tegen een rechtstreekse vordering van de lastgever een exoneratieclausule uit zijn eigen overeenkomst met de oorspronkelijke lasthebber aan de lastgever tegenwerpt. In het concrete geval beriep de ondercommissionair zich aldus zonder succes op de exoneratieclausule uit de algemene voorwaarden met de in de plaats stellende commissionair-verzender.¹⁶⁹¹

Die doorwerkingsregel bij onderlastgeving wordt door het Hof hierdoor verklaard, dat het recht van de lastgever een persoonlijk en rechtstreeks recht is dat van de overeenkomst van de onderlasthebber losstaat.

Waarom geldt die ratio dan niet voor de onderaanneming? Speelt het een rol dat de rechtstreekse vordering telkens in de omgekeerde richting speelt (de lastgever tegen de onderlasthebber en de onderaannemer tegenover de bouwheer)?

De doorwerkingsregeling die de onderlastgeving beheerst, kan bovendien niet op de algemene instemming van de rechtsleer rekenen. Met name P. Van Ommeslaghe ziet niet in hoe de doorwerkingsregel van het Hof van Cassatie uit de algemene regeling inzake rechtstreekse vorderingen zou kunnen voortvloeien. Het principe van de niet-tegenstelbaarheid van excepties uit de onderlastgeving is precies strijdig met het beginsel dat het bestaan van een rechtstreekse vordering er niet toe leidt dat de positie van de schuldenaar wordt verzaamd.

¹⁶⁹⁰ Zie vanuit een rechtsvergelijkend perspectief S. WHITTAKER, "Privity of Contract and the Law of Tort: the French Experience", *O.J.L.S.* 1995, 327-370.

¹⁶⁹¹ Cass. 16 december 1977, *Arr. Cass.* 1978, 472, *Pas.* 1978, I, 444, *R.W.* 1977-78, 2514, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1981, 465, noot P.A. FORIERS; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 111, nr. 146. H. DE PAGE, *Traité*, V, nr. 417, p. 415; *R.P.D.B.*, tw. *Mandat*, nr. 637-638; X, noot 3 onder Cass. 9 februari 1973, *Arr. Cass.* 1973, 579; Brussel 3 maart 1972, *R.H.A.* 1972, 17; Antwerpen 18 februari 1976, *R.H.A.* 1975-76. Dit belet niet dat het te betalen bedrag wel aan de dubbele beperking is onderworpen (vgl. G. VINEY, "Sous-contrat et responsabilité civile", in *Mélanges Roger O. Dalq. Responsabilité et assurances*, Brussel, Larcier, 1994, p. 612, nr. 2).

Alleen in het kader van de theoretische verklaring van Foriërs (lastgevingsovereenkomst tussen oorspronkelijke lastgever en onderlasthebber) is de doorwerkingsregel zijns inziens ook begrijpelijk.¹⁶⁹²

Een oud Frans cassatiearrest haalt dan weer aan dat een onderlasthebber zich tegen een rechtstreekse vordering niet kan verweren door een beroep te doen op een vonnis over hetzelfde voorwerp gewezen tussen de lastgever en de oorspronkelijke lasthebber.¹⁶⁹³

407. Samenvattend blijkt de positie van een onderschuldenaar (oonaannemer dan wel onderlasthebber) alleen dan niet verschillend, wanneer de voorwaarden van een rechtstreekse contractuele band op grond van vertegenwoordiging vervuld zijn. Op die gevallen van vertegenwoordiging na (waar de onderschuldenaar niet langer onderschuldenaar is maar rechtstreeks schuldenaar van de hoofdschuldeiser wordt) is de rechtspositie van de onderschuldenaar maar ook die van de hoofdschuldenaar telkens verschillend.

De vraag rijst evenwel of voor die onderscheiden behandeling een redelijke verantwoording bestaat. Maakt het onderscheid tussen een rechtshandeling en een materiële handeling een voldoende rechtvaardiging voor het verschil in behandeling uit? Geldt hetzelfde voor de omstandigheid dat de doorgegeven opdracht tot de monopoliebevoegdheid van de onderschuldenaar (zoals een gerechtsdeurwaarder) behoort? Moet een dergelijke uitsluiting van substitutie worden uitgebreid tot alle gevallen waarin de hoofdschuldenaar feitelijk niet in staat is om de handeling te verrichten?¹⁶⁹⁴ ...

d. Andere rechtssystemen

408. Om op de voorgaande vragen te kunnen antwoorden, kunnen we uit andere rechtssystemen niet zoveel inspiratie putten.

In de gevallen waarin de lasthebber volgens het Engelse recht tot onderlastgeving kan overgaan (gevallen van *delegation*), staat de onderlasthebber in principe niet in een contractuele band met de lastgever, maar enkel met de oorspronkelijke lasthebber. Een dergelijke band bestaat alleen dan wanneer de lastgever een dergelijke *delegation* uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend heeft toegelaten (“*if the agent has a clear authority to create such privity*”) of achteraf heeft bekrachtigd. Daarnaast is er ook nog plaats voor buitencontractuele aansprakelijkheid van de onderlasthebber die

¹⁶⁹² P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations”, *R.C.J.B.* 1986, p. 188-189, nr. 84.

¹⁶⁹³ Cass. fr. (req.) 28 oktober 1924, *D.H.* 1924, 683.

¹⁶⁹⁴ Vgl. *supra*, nr. 243 et seq.

tegenover de lastgever *negligently* handelt, “*provided such liability is not inconsistent with the contractual structure put in place by the principal and agent.*”¹⁶⁹⁵ Aangezien het Engelse recht zich, zoals verder besproken, voor die vraag vooral op buitencontractueel vlak beweegt, is het ook logisch dat, zoals de Engelse auteur Whittaker opmerkt, het tot nog toe nog niet de vraag heeft gesteld of een rechtstreekse aanspraak, zoals in Frankrijk met de onderaanneming en de onderlastgeving gebeurt, in twee richtingen moet verlopen.¹⁶⁹⁶

In het Nederlandse recht zijn de *action directe* net als de *action oblique* – in Nederland duidt men deze termen doorgaans in het Frans aan – nagenoeg onbekend en moeten schuldeisers meestal genoeg nemen met een derdenbeslag.¹⁶⁹⁷

§ 3. NAUW MET OVERGEDRAGEN ZAAK EN HOEDANIGHEID SAMENHANGENDE VERBINTENIS

409. Overeenkomsten kunnen ook met elkaar samenhangen doordat ze op dezelfde overgedragen (roerende of onroerende) zaak betrekking hebben. Dan rijst de vraag opnieuw of, over de hoofden van de onmiddellijke contractpartijen heen, een rechtstreekse aanspraak in verband met die zaak kan ontstaan, meer bepaald of een verbintenis¹⁶⁹⁸ met betrekking tot een welbepaald vermogensbestanddeel ook automatisch met de overdracht van dat vermogensbestanddeel overgaat, d.w.z. los van een algemene wettelijke bepaling of van enige wilsuiting zoals een cessie, contracttoetreding of derdenbeding.¹⁶⁹⁹

In zijn meest eenvoudige verschijningsvorm peilt die vraag naar de mate waarin een uiteindelijke koper of bestemming (*utilisateur final*) tegen de oorspronkelijke verkoper (*vendeur initial, remote seller*) over een *contractuele* vordering beschikt.¹⁷⁰⁰

Op te merken is dat het hier niet gaat om de vraag of een overeenkomst van een rechtsvoorganger aan de rechtverkrijgenden onder bijzondere titel

¹⁶⁹⁵ *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*, (1995) 2 A.C., 145. Zie over dit alles *Chitty on Contracts*, II, nr. 31-037; J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford, University Press, 1998, 638-639.

¹⁶⁹⁶ S. WHITTAKER, “French Experience”, 329.

¹⁶⁹⁷ J.B.M. VRANKEN, “De derde in het overeenkomstenrecht”, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6288, p. 716, nr. 6

¹⁶⁹⁸ Niet in de zin van een verplichting, maar in de werkelijke zin van een rechtsband met recht en correlatieve verplichting.

¹⁶⁹⁹ In de praktijk komt die vraag niet zozeer bij “aflopende” overeenkomsten, maar vooral bij overeenkomsten met opeenvolgende prestaties voor (zie D. VEAUX, *J.Cl.Civ.*, tw. *Art. 1165*, Fasc. 20, nr. 66).

¹⁷⁰⁰ In het oude recht (vóór het ontstaan van het B.W.) was een dergelijke overdracht traditioneel nog uit den boze (zie F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, 1878, p. 20, nr.17).

tegenstelbaar is, maar wel over die of de *verbindende kracht* van de overeenkomst zich tot de rechtverkrigenden onder bijzondere titel uitstrekt.¹⁷⁰¹

Het hier te bespreken rechtstreekse recht is een objectief mechanisme dat van de wil van de partijen losstaat. Hierbij wordt dan ook niet nader ingegaan op de hypothesen waarbij op een gemeenrechtelijke grondslag een rechtstreekse contractuele band tussen de verderstaande contractanten ontstaat.

410. Hierna komen na een uitgebreide, gezamenlijke bespreking van het Belgische en Franse recht (A), het Nederlandse (B), Engelse (C) en Duitse recht (D) aan bod. Tevens gaan we in op de rechtstreekse aanspraken bij de internationale koop alsook op enkele internationaal-Europese tendensen (E).¹⁷⁰²

A. België en Frankrijk

411. Hoewel het relativiteitsbeginsel zoals dit in de huidige rechtspraak wordt ingevuld, in België en in Frankrijk de algemene theorie van contractgroepen dwarsboomt,¹⁷⁰³ zijn het Franse en het Belgische¹⁷⁰⁴ (maar ook het Nederlandse) rechtsstelsel toch bereid om met betrekking tot eigendomsoverdragende contractgroepen het relativiteitsbeginsel in zekere mate te doorbreken. Al zijn de eerste fundamenteën voor die uitzondering reeds in de rechtspraak van de negentiende eeuw gelegd, toch blijft onduidelijkheid bestaan over de grondslag (1), de reikwijdte (2) en de rechtspositie (3-4) van de betrokken partijen.

1. Grondslag

412. In de rechtsleer ontbrak het niet aan de nodige creativiteit om de overdracht van een schuldvordering bij opeenvolgende koopovereenkomsten of, meer in het algemeen, bij de gevallen waar een titularis van een nauw met een zaak verbonden schuldvordering de eigendom van die zaak overdraagt, te verklaren. De meest uiteenlopende theorieën werden naar voren geschoven.¹⁷⁰⁵

¹⁷⁰¹ *J.Cl.Civ.*, tw. *Art. 1165*, Fasc. 20, nr. 1.

¹⁷⁰² Voor een beknopt rechtsvergelijkend overzicht, C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, p. 483-487, nr. 483-485.

¹⁷⁰³ Cf. *infra*, nr. 470 et seq.

¹⁷⁰⁴ Waarbij in België zelfs van een algemeen rechtsbeginsel wordt gesproken (J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 517, nr. 6.

¹⁷⁰⁵ Zie ook het overzicht in R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 311, nr. 10; A. MEINERTZHAGEN, *Les principaux contrats (première partie)*, in H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, p. 299-304, nr. 215.

De onenigheid mag vandaag de dag dan wel in grote mate tot academische beschouwingen beperkt blijven, de keuze voor een bepaalde theorie is toch determinerend voor de vraag of het leerstuk op een bepaald geval in de toekomst al dan niet van toepassing zal zijn (enkel bij koop of ook erbuiten?), alsook voor de mate waarin excepties uit het ene of het andere contract tegen de eiser kunnen worden ingeroepen.

a. Artikel 1122 B.W.

413. Eén van de eerste en nog steeds frequent genoemde grondslagen is art. 1122 B.W., dat erfgenamen en rechtverkrijgenden in de schoenen van de oorspronkelijke contractpartijen plaatst: “*Men wordt geacht te hebben bedongen voor zichzelf en voor zijn erfgenamen en rechtverkrijgenden, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk bepaald is of uit de aard van de overeenkomst voortvloeit.*”

Die grondslag zou het voordeel bieden dat ze een cumulatieve aanspraak van de rechtsvoorganger en de rechtsopvolger mogelijk maakt.¹⁷⁰⁶

414. De interpretatie van artikel 1122 B.W. blijft evenwel in grote mate betwist.

Volgens een nu toch wel verouderde interpretatie volgt uit het naast elkaar vermelden van de begrippen erfgenamen en rechtverkrijgenden, dat de bedoelde rechtverkrijgenden andere personen moeten zijn dan de erfgenamen (rechtverkrijgenden onder algemene titel) en bijgevolg geen andere bedoeld kunnen zijn dan rechtverkrijgenden onder bijzondere titel, zoals een koper, een ruiler, een begiftigde en een legataris onder bijzondere titel.¹⁷⁰⁷ Op die manier kon art. 1122 B.W. inderdaad tot grondslag dienen van de overdracht van nauw met een overgedragen zaak verbonden rechten.

Die visie stuit evenwel op meerdere bezwaren. Enerzijds hoeft het begrip “rechtverkrijgenden” niet noodzakelijk te slaan op de categorie van de rechtsopvolgers onder bijzondere titel, maar kan het evenzeer bedoeld zijn om naast de erfgenamen in de werkelijke zin van het woord ook de algemene legatarissen en de legatarissen onder algemene titel te beogen.¹⁷⁰⁸ Beide hoedanigheden (erfgenaam en rechtverkrijgende) komen trouwens nog in andere bepalingen voor, die ook daar evenwel enkel bedoeld zijn om de algemene rechtsopvolgers en die onder algemene titel te viseren: zo speelt de bewijswaarde van een erkende onderhandse akte volgens

¹⁷⁰⁶ P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte*, p. 348-350, nr. 365-367.

¹⁷⁰⁷ Zie o.m. M. PLANIOL, G. RIPERT (door P. ESMEIN), *Traité pratique de droit civil français*, VI, *Obligations*, Parijs, L.G.D.J., 1952, nr. 331, p. 423.

¹⁷⁰⁸ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 882, nr. 753.

art. 1322 B.W. niet alleen tussen de ondertekenaars ervan, maar ook “*tussen hun erfgenamen en rechtverkrijgenden*”.¹⁷⁰⁹

Doordat de wetgever, anderzijds, de rechtsopvolgers onder algemene titel op hetzelfde niveau heeft geplaatst als de erfgenamen, zijn zij gehouden tot hetgeen hen baat én schaadt. Indien de term in art. 1122 B.W. ook de rechthebbenden onder bijzondere titel omvat, zou het begrip “*bedingen*” een verschillende betekenis moeten hebben, naargelang het gaat om rechtsopvolgers onder bijzondere titel (bedingen in de zin dat enkel de actieve zijde doorwerkt) dan wel om rechtsopvolgers onder algemene titel (contracteren in de zin dat de actieve én passieve zijde doorwerken). Om aan die kritiek te verhelpen, laten de voorstanders van die ene strekking art. 1122 B.W. tot de rechtverkrijgenden onder bijzondere titel uitstrekken, maar beperken zij de doorwerking op grond van die bepaling tot de kwalitatieve rechten. Op die manier wordt verklaard dat rechtsopvolgers onder bijzondere titel slechts voor wat de (kwalitatieve) rechten betreft in de positie van hun rechtsvoorganger treden. Voor de overgang van een verbintenis naar een rechtverkrijgende onder bijzondere titel moeten dus twee voorwaarden vervuld zijn: een *kwalitatief* recht en geen *verplichting*.¹⁷¹⁰

Waar die visie vroeger wellicht de meerderheidsopvatting is geweest,¹⁷¹¹ lijkt ze vandaag de dag niet langer toonaangevend.¹⁷¹² Zo aanvaardt de grote meerderheid van de jongste Franse rechtsleer, in tegenstelling tot de oude Franse rechtsleer,¹⁷¹³ niet langer art. 1122 B.W. als grondslag voor het leerstuk van de automatische overgang van bepaalde nauw met een zaak verbonden rechten en beperkt ze de reikwijdte van die wetsbepaling

¹⁷⁰⁹ Zie o.m. W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 424.

¹⁷¹⁰ Voor een dergelijke legalistische visie is het niet verwonderlijk dat uit de zogenaamde rationaliteit van de wetgever een argument wordt geput: *bedingen* kan alleen slaan op de actieve zijde omdat dit ook in het voorgaande artikel (met betrekking tot het derdenbeding) het geval is.

¹⁷¹¹ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 25-37, nr. 8-30, vooral p. 26, nr. 10.a; P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte, o.c.*, p. 344-346, nr. 362. Zie ook R. HAYOIT DE TERMICOURT, concl. onder Cass. 18 oktober 1945, *Pas.* 1945, I, p. 242, kol. 1. De toepassing van art. 1122 B.W. lijkt vooral op het oude Nederlandse equivalent (art. 1354 oud B.W.) geïnspireerd te zijn (voor een uitgebreid historisch onderzoek terzake zie C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, 165-241).

¹⁷¹² Er wordt steeds meer een beroep gedaan op art. 1615 B.W. i.p.v. op art. 1122 B.W. (zie ook de opmerking van C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 240, nr. 271). Voor Ghestin slaat “*stipuler*” hier op “*contracter*” (J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 385, nr. 332).

¹⁷¹³ Eén van de meest toonaangevende auteurs gaat nochtans de andere richting uit: G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, XII, Les obligations*, Parijs, 1906, p. 284, nr. 226 (niet art. 1122 C. Civ. maar het adagium *accessorium sequitur principale*, dat een principe is inzake eigendomsoverdracht).

tot de rechtsopvolgers onder algemene titel.¹⁷¹⁴ Dat Pothier aanhanger was van de omgekeerde visie, is vandaag de dag als enig overblijvend dragend element voor de oude visie slechts weinig overtuigend.

415. Tegen de moderne visie zou pleiten dat ze aan art. 1122 B.W. alle betekenis ontnemt omdat het principe van de overdracht van verbintenissen ten gevolge van de substitutie van de rechtsvoorganger door de rechtsopvolger onder algemene titel reeds in andere, erfrechtelijke wetsbepalingen is neergeschreven.

De originaliteit van art. 1122 B.W. ligt evenwel in de mate dat het de overdracht van *contractuele* verbintenissen aan twee mogelijke beperkingen onderwerpt: de andersluidende overeenkomst en de aard van de overeenkomst.¹⁷¹⁵

Van een meerderheidsvisie die art. 1122 B.W. als grondslag neemt voor de automatische overgang van een nauw met een overgedragen zaak verbonden schuldvordering is dus niet langer sprake zodat het meer gepast lijkt om naar een andere, minder positivistische grondslag te zoeken.¹⁷¹⁶

416. In de rechtsleer en rechtspraak die de toepassing van art. 1122 B.W. voorstaan, is het vooral de bedoeling dat de bouwheer op die grondslag als rechtsopvolger onder bijzondere titel van de hoofdaannemer rechtstreeks de onderaannemer zou kunnen aanspreken.¹⁷¹⁷

Zowel de huidige rechtsleer die het beginsel van *accessorium sequitur principale* als grondslag van de theorie aanneemt¹⁷¹⁸ als het Hof van Cassatie dat niet art. 1122 maar art. 1615 B.W. als wettelijke bepaling voor de automatische overdracht van een nauw met een zaak verbonden recht aanwijst,

¹⁷¹⁴ In België reeds door H. DE PAGE, *Traité*, I, nr. 120bis, B, 2°. Zie S. AUBERT, *Encycl. Dalloz*, tw. *Ayant cause*, nr. 31; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les obligations*, p. 386-387, nr. 660 (“*En réalité, la jurisprudence n’a jamais puisé un principe de solution dans ce texte*”); H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II/1, *Obligations. Théorie générale*, Parijs, Montchrestien, 1998, p. 873, nr. 753 (“*L’article 1122 C. civ. n’est donc ici d’aucun secours*”); J. MESTRE, *R.T.D. Civ.* 1999, 834-835; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 1996, p. 396, nr. 475; D. VEAUX, *J.Cl. Civ.*, tw. *Art. 1165*, Fasc. 20, nr. 43.

¹⁷¹⁵ W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 135-136. Zie ook H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 879, nr. 749. Vgl. ook C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 238, nr. 267.

¹⁷¹⁶ Vgl. met J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l’effet relatif du contrat*, p. 29, nr. 23: “*Ce n’était plus chercher le sens de ce texte, c’était lui imposer un sens, au mépris de celui des mots.*”

¹⁷¹⁷ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 29, nr. 15; F. LAURENT, XXIV, p. 229, nr. 229; P. RIGAUX, “*Considérations concernant le contrat de promotion*”, in J. GILLARDIN (ed.), *Statuts et responsabilités des édificateurs. L’architecte, l’entrepreneur et le promoteur*, Brussel, Saint-Louis, 1989, 115; P. RIGAUX, *Le droit de l’architecte, o.c.*, p. 355, nr. 372; P. RIGAUX, “*Les groupes de contrats: jurisprudence belge et française*”, *J.T.* 1993, 471-472.

¹⁷¹⁸ W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 137

is het er vandaag de dag over eens dat die automatische overdracht niet in de verhouding tussen een bouwheer en een onderaannemer speelt. De bouwheer blijft een derde ten aanzien van de overeenkomst tussen zijn hoofdaannemer en de onderaannemer, zo stelde het Hof van Beroep te Bergen in een vaak geciteerd arrest van 30 juni 1995.¹⁷¹⁹ De relatieve werking van een overeenkomst heeft tot gevolg dat een rechtstreekse aanspraak enkel mogelijk is wanneer in de onderaannemingsovereenkomst een derdenbeding ten voordele van de bouwheer is gestipuleerd.

b. Rechtstreekse vordering

417. Evenmin wordt in de Belgische rechtsleer de verklaring via de categorie van de rechtstreekse vordering in de technische zin van het woord nog langer ernstig genomen.¹⁷²⁰ Het gaat weliswaar om een rechtstreeks recht, maar niet om een rechtstreekse vordering.¹⁷²¹

Allereerst worden rechtstreekse vorderingen in België alleen aanvaard, als daarvoor een uitdrukkelijke wettelijke basis voorhanden is.¹⁷²²

Bovendien is de oorspronkelijke schuldeiser hier niet langer schuldeiser, zoals bij een werkelijke rechtstreekse vordering, aangezien zijn vordering precies op de rechtsopvolger is overgegaan, tenzij hij er – uitzonderlijk – wel nog belang bij heeft.¹⁷²³

Daarentegen gaat een aanspraak op de rechtsopvolger over, ook als die zijn eigen medecontractant daarvoor niet kan aanspreken.¹⁷²⁴ Omdat het nu juist een wezenskenmerk van de rechtstreekse vordering is dat de schuldeiser steeds schuldeiser is van de tussenstaande persoon (onmiddellijke contractant), opteren van Gerven en Dirix eerder voor de theorie van de kwalitatieve rechten.¹⁷²⁵

¹⁷¹⁹ Bergen 30 juni 1995, *J.L.M.B.* 1997, (372) 374, noot B. LOUVEAUX.

¹⁷²⁰ In die zin nog H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 689-691, nr. 718.

¹⁷²¹ A. VERHOEVEN, “De juridische grondslag van kwalitatieve rechten en plichten”, *Jura Falc.* 1988-89, 147.

¹⁷²² C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 265, nr. 2.

¹⁷²³ Cf. *infra*, nr. 422.

¹⁷²⁴ A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, “Les ventes en chaîne, la responsabilité “in solidum” et le recours contributoire, une coexistence difficile”, *R.C.J.B.* 1996, p. 45, nr. 6.

¹⁷²⁵ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 30-31, nr. 16, p. 112-113, nr. 149; W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenisrecht*, 136-137. Zie ook M. DAMBRE, “De vordering van de koper van een gebouw tegen de aannemer of architect: rechtstreekse vordering of uitoefening van een kwalitatief recht?” (noot onder Brussel 15 februari 1988), *T.B.B.R.* 1990, p. 322-323, nr. 10-13.

Ook zou de houder van een kwalitatief recht geen *eigen* recht (wat bij een rechtstreekse vordering wel het geval is), maar alleen dat van de rechtsvoorganger laten gelden.¹⁷²⁶

Ten slotte gaat de kwalificatie van rechtstreekse vordering evenmin op, omdat de vraag naar tegenstelbaarheid van contractuele clausules op dezelfde wijze zou moeten worden geregeld als bij de rechtstreekse vordering van een lastgever tegen een onderlasthebber, met name niet-tegenstelbaarheid van een exoneratieclausule uit de overeenkomst van de aangesprokene-onderlasthebber.¹⁷²⁷ De toepassing van die regel in de verhouding koper-bouwheer-aannemer zou betekenen dat de overdracht van het onroerend goed tot een verslechtering van de positie van de aangesproken aannemer zou leiden, wat niet nuttig wordt geacht.¹⁷²⁸ Net zoals bij een cessie van een schuldvordering, moet de aangesprokene zich kunnen beroepen op excepties uit zijn eigen rechtsverhouding.¹⁷²⁹

c. Wil van de betrokken partijen

418. Bepaalde auteurs koppelden de rechtstreekse overgang aan de wil van de betrokkenen,¹⁷³⁰ zoals een vermoeden van cessie of een stilzwijgende cessie, al dan niet in combinatie met de accessoriumtheorie.¹⁷³¹ Anderen zijn of waren dan weer voor het stilzwijgend derdenbeding te vinden.¹⁷³²

Die theorieën zijn evenwel op niet meer dan een fictie gebaseerd. De verklaring van het derdenbeding zou bovendien niet verenigbaar zijn met het vereiste dat de bedinger een eigen belang moet vertonen.¹⁷³³

¹⁷²⁶ R. HAYOIT DE TERMICOURT, concl. onder Cass. 18 oktober 1945, *Pas.* 1945, I, p. 242, kol. 1, nagevolgd door M. DAMBRE, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1990, p. 322, nr. 9.

¹⁷²⁷ Cf. *supra*, nr. 406 et seq.

¹⁷²⁸ M. DAMBRE, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1990, p. 320, nr. 7. Contra Brussel 1 februari 1989, *Res Jur. Imm.* 1990, 123.

¹⁷²⁹ Cass. 27 september 1984, *R.C.J.B.* 1987, 511, noot Y. MERCHERS ("Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé", p. 526, nr. 20).

¹⁷³⁰ Zie voor een overzicht van oudere rechtsleer: P. MALINVAUD, noot onder Cass. fr. (civ. I) 5 januari 1972, *J.C.P.* 1973, nr. 17.340, nr. 2-3.

¹⁷³¹ M. COZIAN, *L'action directe*, Parijs, L.G.D.J., 1969, p. 61, nr. 94; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 476-477, nr. 232; P. VAN OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in X, *La transmission des obligations*, Brussel, Bruylant, 1980, (81) 128-129, nr. 41.

¹⁷³² P. en M.-A. FLAMME, *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence*, Brussel, Larcier, 1991, p. 100, nr. 125 (zij het in het kader van onderaanneming). Zie terzake ook G. BONET, B. GROSS, "La réparation des dommages causés aux constructions par les vices des matériaux", *J.C.P.* 1974, I, nr. 2.602; J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, "La stipulation pour autrui", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 397, nr. 20; R. SAVATIER, "Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1934, (525) 536-537, nr. 18.

¹⁷³³ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 29, nr. 33; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 472-474, nr. 230.

Het is dan ook meer gepast om de overgang van rechtswege te kunnen funderen,¹⁷³⁴ wat niet belet dat partijen in afwijking van dit principe kunnen overeenkomen dat de rechtsopvolger de vordering niet verkrijgt of dat de rechtsvoorganger bij de vordering nog belang kan hebben, zoals bijvoorbeeld de minderwaarde die hij bij verkoop heeft moeten ondergaan.¹⁷³⁵

d. Accessoriumtheorie en kwalitatieve rechten; mate van behoud vordering rechtsvoorganger

419. Vandaag de dag kiest een ruime meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer in Frankrijk en België voor de accessoriumtheorie,¹⁷³⁶ terwijl het Nederlandse recht voor de theorie van de kwalitatieve rechten heeft geopteerd, al heeft het begrip kwalitatieve rechten ook in de Nederlandstalige literatuur bij ons doorgang gevonden.¹⁷³⁷ Meer nog, in de hedendaagse rechtsleer wordt de accessoriumtheorie steevast in één adem met de leer van de kwalitatieve rechten genoemd. Dit verraadt ook dat de beide theorieën in het Belgische recht eigenlijk worden gecombineerd.

Volgens de accessoriumtheorie wordt nagegaan of het recht of de vordering eerder aan de persoon van de overdrager dan wel aan de overgedragen zaak is verbonden. Volgens de leer van de kwalitatieve rechten primeert “(n)iet de band tussen recht en zaak [...] maar het belang van de zaak voor een persoon in kwaliteit van eigenaar”.¹⁷³⁸

¹⁷³⁴ M. DAMBRE, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1990, p. 317-318, nr. 4-5.

¹⁷³⁵ Zie Luik 6 december 1994, *J.L.M.B.* 1995, 1317.

¹⁷³⁶ Cass. 5 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 382. Zie o.m. H. COUSY, *Problemen van produkt-aansprakelijkheid*, p. 260, nr. 176; Y. HANNEQUART, A. DELVAUX, “La responsabilité des édificateurs: état actuel de quelques problèmes et perspectives”, in J. GILLARDIN (ed.), *Statuts et responsabilités des édificateurs. L’architecte, l’entrepreneur et le promoteur*, Brussel, Saint-Louis, 1989, 180; G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, 416 (Viney bekritiseert de accessoriumtheorie onder meer omdat de uiteindelijke bestemming van de zaak tegen elke schakel in de ketting over een aanspraak beschikt). In het Franse recht wordt dezelfde theorie gehanteerd, ook met dezelfde grondslag of eerder “obligation propter rem” (eigendomsoverdracht) (R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 317, nr. 20). Volgens Dalcq kiest het Hof van Cassatie voor de optiek van de rechtstreekse vordering (R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 311-312, nr. 11). Hij wordt gevolgd door Walschot, voor wie “het bestaan van een rechtstreekse vordering tussen een ondercontractant en een hoofdcontractant – of omgekeerd – en de uitbreidbaarheid van deze vordering niet in het algemeen maar per contractvorm moet worden onderzocht.” (F. WALSCHOT, “Onderovereenkomsten”, in *L’interdépendance des contrats – Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1997, 72).

¹⁷³⁷ Zie vooral E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 28-38, nr. 13-32; W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*, 136-137. Verdere verwijzingen in J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 532, noot 116.

¹⁷³⁸ A. VERHOEVEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1988-89, 156.

Wanneer beide theorieën worden samengevoegd, moet er niet alleen tussen het recht en de zaak een nauwe band bestaan in de zin dat het betrokken recht inherent aan de zaak moet zijn verbonden, maar moet de vordering ook vasthangen aan een welbepaalde hoedanigheid die van de rechtsvoorganger op de rechtsopvolger is overgegaan.¹⁷³⁹

420. De rechtstreekse aanspraak wordt in de rechtspraak en rechtsleer meestal aan een wetsbepaling gekoppeld.

Het Belgische Hof van Cassatie combineerde reeds in zijn basisarrest van 8 juli 1886 de grondslag van art. 1122 B.W. met de accessoriumtheorie (*accessorium sequitur principale*), waarvan een aanspraak op grond van art. 1792 B.W. de eerste toepassing vormde: “*que l’acheteur est l’ayant cause du vendeur pour tous les droits qui sont attachés à l’immeuble vendu, qui en constituent des accessoires*”.¹⁷⁴⁰ Ook al blijven sommigen de accessoriumtheorie met art. 1122 B.W. combineren,¹⁷⁴¹ toch is de accessoriumtheorie zelfstandiger geworden¹⁷⁴² en heeft ze art. 1122 B.W. als grondslag definitief verdrongen.¹⁷⁴³

Meestal wordt die theorie aan een bepaling uit het kooprecht (art. 1615 B.W.) gekoppeld, maar via art. 1135 B.W. en het adagium van *Accessorium sequitur principale* zou die grondslag volgens sommigen ook buiten de context van de koopovereenkomst kunnen worden veralgemeend.¹⁷⁴⁴ Toch wordt de theorie in haar toepassing doorgaans beperkt tot contracten waarbij aan de bestemming de eigendom wordt overgedragen.¹⁷⁴⁵

¹⁷³⁹ W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 137.

¹⁷⁴⁰ Cass. 8 juli 1886, *Pas.* 1886, I, 300, concl. adv.-gen. MESDACH DE TER KIELE. Zie ook Rb. Brussel 21 maart 1888, *J.L.M.B.* 1990, (454) 461 (de twee grondslagen sluiten elkaar niet uit). Art. 1122 B.W. ook vermeld in Cass. 9 mei 1901, *Pas.* 1901, I, 229 (overgang buitencontractuele aanspraak).

¹⁷⁴¹ M. DAMBRE, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1990, p. 323, nr. 13; E. DIRIX, “De aansprakelijkheidsvordering tegen aannemer en architect en de verkoop van het gebouw in de loop van het geding” (noot onder Cass. 15 september 1989), *T.B.H.* 1990, p. 389, nr. 1; Y. HANNEQUART, “La responsabilité de l’architecte face aux immixtions du maître de l’ouvrage et face au promoteur” (noot onder Cass. 21 september 1979), *R.C.J.B.* 1982, p. 512, nr. 23.

¹⁷⁴² J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 527, nr. 22. Cf. *supra*, nr. 206.

¹⁷⁴³ Zie in die zin J.F. HENROTTE, “Les actions en responsabilité contractuelle dirigées à l’encontre des architectes et entrepreneurs se transmettent-elles aux clients des promoteurs?” (noot onder Bergen 12 maart 1998), *J.L.M.B.* 2000, 158. Herbots kiest voor een gemengde theorie van kwalitatieve rechten, vermoeden van overdracht en propter rem overdracht gewonnen (J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 546, nr. 45).

¹⁷⁴⁴ E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 477, nr. 233.

¹⁷⁴⁵ Zo is de theorie niet bruikbaar voor personen die een goed gebruiken maar niet in eigendom hebben (voor een toepassing en kritiek zie E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, 480-488).

421. Alhoewel het kwalitatieve recht van rechtswege (automatisch of *de plano*) overgaat met de overdracht van de zaak waarop het recht betrekking heeft, kan de rechtsvoorganger zelf zowel naar Frans als naar Belgisch recht in bepaalde gevallen toch nog een aanspraak doen gelden.

Als gevolg van een uitspraak van het Belgische Hof van Cassatie is wat verwarring ontstaan omtrent de grondslag voor het behoud van die aanspraak. In zijn arrest van 15 september 1989 oordeelde het Hof namelijk dat, wanneer de zaak *tijdens* een geding wordt verkocht, de aanspraak in het vermogen van de rechtsvoorganger blijft “*tenzij in de verkoopvoorwaarden of bij een afzonderlijke akte is bedongen dat die vordering aan de koper wordt overgedragen*”.¹⁷⁴⁶

De motivering van dit arrest vond in de ogen van Herbots, daarin door een quasi-unanieme rechtsleer gevolgd, terecht, geen genade. De overdracht van de aanspraak is niet afhankelijk van de wil van de contractpartijen, maar gebeurt op een objectieve wijze.¹⁷⁴⁷ Alleen wanneer een andersluidend beding in de overeenkomst is opgenomen of wanneer de rechtsvoorganger (ook buiten enige toepassing van subrogatie) bij het behoud van de aanspraak een rechtstreeks en zeker belang heeft, kan de rechtsvoorganger nog steeds zelf een aanspraak laten gelden.¹⁷⁴⁸ Het genoemde criterium van een rechtstreeks en zeker belang (*intérêt direct et certain*) was reeds door het Franse Hof van Cassatie aanvaard. Zo kan een rechtsvoorganger-promotor tegen de aannemer nog een vordering instellen wanneer hij door de syndicus van de medeëigendom aansprakelijk wordt geacht voor de gebreken in het onroerend goed dat hij heeft laten bouwen en waarin hij na voltooiing verschillende appartementen heeft verkocht.¹⁷⁴⁹

In de omgekeerde situatie had het Brusselse Hof van Beroep eerder geoordeeld dat, wanneer de oorspronkelijke bouwheer pas ná de overdracht van het onroerend goed een proces heeft laten opstarten, hij niet meer over de nodige hoedanigheid beschikt om die vordering op ontvan-

¹⁷⁴⁶ Cass. 15 september 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 70, *T.B.H.* 1990, 387, noot E. DIRIX (ratio: rechtszekerheid in procesvoering), *R.C.J.B.* 1992, 509, noot J.H. HERBOTS (tienjarige aansprakelijkheid architect). Contra Luik 21 juni 1965, *J.L.* 1965-66, 43. Wel mogelijke toepassing van procedure van gedinghervatting (wegens wijziging in hoedanigheid van eigenaar; zie arrest van Lichterveldse uitweg, Cass. 1 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, p. 827, nr. 369).

¹⁷⁴⁷ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 516, nr. 4.

¹⁷⁴⁸ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 546, nr. 43; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 487, nr. 239 (blijvend kritisch over accessoriumtheorie). Zie ook Bergen 24 februari 1993, *J.L.M.B.* 1994, 556 (tienjarige aansprakelijkheid).

¹⁷⁴⁹ Cass. fr. (civ. III) 20 april 1982, *Gaz. Pal.* 1982, Panor., 258. Geen hoedanigheid meer in Cass. fr. (civ. III) 12 november 1974, *D.* 1975, Somm., 13. Zie ook nog Cass. fr. (civ. III) 21 maart 1979, *J.C.P.* 1979, IV, p. 184, kol. 3.

kelijke wijze in te stellen.¹⁷⁵⁰ Volgens een vernietigingsarrest van 28 juni 1990 oordeelde het Hof van Cassatie in verband met een vordering op grond van burenhinder dat de rechtsvoorganger het vereiste belang bij die rechtsvordering niet verliest enkel omdat hij geen eigenaar meer zou zijn. Uit de relativiteit van de overeenkomst op zich volgt nog niet dat de derde de verkoopovereenkomst tussen overdrager en overnemer zou kunnen invoeren om eruit af te leiden dat de overdrager niet langer het vereiste belang bij de ingestelde rechtsvordering kan aantonen.¹⁷⁵¹

422. Al blijft de juridische grondslag nog in zekere mate betwist, toch zijn de beleidsmatige redenen voor de derdenwerking in dergelijke situaties heel sterk.

Al van bij het begin vond die rechtstreekse aanspraak één van haar verklaringen in de zogenaamde “procedurele economie”: de eiser hoeft de tussenschakel niet bij het geding te betrekken, hij kan de procedure *omisso medio* voeren zodat een cascade van vorderingen wordt vermeden.¹⁷⁵² Meestal ligt de reden van de eiser voor het uitoefenen van die rechtstreekse aanspraak evenwel elders, met name om een faillissement van de rechtstreekse medecontractant of een nadelige clause uit zijn eigen contract (zoals een exoneratie) te ontwijken.¹⁷⁵³ Niettemin kunnen die redenen op zich al een rechtstreekse aanspraak rechtvaardigen. Ten sotte biedt de rechtstreekse aanspraak het voordeel dat het slachtoffer niet nog eens een afzonderlijke fout hoeft te bewijzen.¹⁷⁵⁴

Volgens sommige auteurs biedt die rechtstreekse aanspraak vanuit een verzekeringsrechtelijk perspectief een bijkomend voordeel. Wanneer een rechtssysteem ervoor kiest om de cascade van opeenvolgende vorderingen te laten volgen, moet elk van de tussenpersonen zich afzonderlijk verzekeren. Volgens die auteurs is dit niet wenselijk omdat de verzekeraars met de mogelijkheid van regresvorderingen geen rekening zouden houden.¹⁷⁵⁵ Die reden is op zich al niet met zekerheid te staven, maar er is nog een, misschien wel zwaarder wegende, factor van verzekeringsrechtelijke aard die tegen de rechtstreekse aanspraak pleit. Waar de uiteindelijke schade-

¹⁷⁵⁰ Brussel 21 november 1975, *R.W.*1977-78, 1592, fel bekritiseerd door P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte*, p. 347, nr. 364.

¹⁷⁵¹ Cass. 28 juni 1990, *R.W.* 1990-91, 1402, noot E. DIRIX (wel mogelijke toepassing van de procedure van gedinghervatting ex art. 815 Ger.W.).

¹⁷⁵² MESDACH DE TER KIELE, concl. onder Cass. 8 juli 1886, *Pas.* 1886, p. 302, kol. 2 (“*il paraît naturel et licite de supprimer un circuit d'actions et d'inutiles complications de procédure*”). Zie ook G. VAN HECKE, “La responsabilité du fabricant” (noot onder Cass. 3 april 1959), *R.C.J.B.* 1960, p. 217, nr. 5; B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, p. 263, nr. 532.

¹⁷⁵³ Zie H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 690, nr. 718, p. 698-699, nr. 722.

¹⁷⁵⁴ Zie ook S. WHITTAKER, “French experience”, 344.

¹⁷⁵⁵ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 514-515, nr. 4; P. MALAURIE, L. AYNES en P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, p. 279, nr. 416.

lijder namelijk een rechtstreekse aanspraak tegen de oorspronkelijke verkoper kan richten, kan hij tegelijkertijd ook nog tegen de tussenschakels een aanspraak doen gelden. Dit leidt ertoe dat meerdere personen zich tegelijk voor eenzelfde feit moeten verzekeren. In die zin zou de voorkeur van economen wel eens eerder kunnen uitgaan naar concentratie van aansprakelijkheid.

De analyse van de Franse auteur Jamin, die de rechtstreekse vordering in de brede zin van het woord beslaat, is evenzeer op beleidsmatige redenen gestoeld. In navolging van Demolombe en Labbé ziet hij twee wijzen waarop een persoon het contractuele veld kan betreden, enerzijds, op subjectieve wijze via de wilsovereenstemming en, anderzijds, op objectieve wijze door de overdracht van een bepaalde waarde in het vermogen van een ander.

Naargelang van het voorwerp van de rechtstreekse vordering (betaling of aansprakelijkheid) onderscheidt Jamin eigenlijk twee soorten rechtstreekse vorderingen: “*l’un et l’autre mettent en oeuvre un principe de justice commutative: transfert de valeur qui nécessite sa contrepartie dans le premier cas; dommage subi qui postule un rétablissement de l’équilibre rompu dans le second*”,¹⁷⁵⁶ zoals een aanspraak van een onderaannemer tegen een bouwheer respectievelijk van een slachtoffer tegen een verzekeraar. Daarbij wordt de rechtstreekse vordering gekenmerkt door “*une prise en compte de l’analyse économique d’un contrat qui ne peut se réduire qu’à un échange de consentement ... que caractérise en l’occurrence ce transfert de valeur*”.¹⁷⁵⁷

Zo functioneert de rechtstreekse aanspraak uiteindelijk als een correctief op de principes van derdenwerking van overeenkomsten, net zoals ook het verbod van rechtsmisbruik en de vertrouwensleer correcties zijn op respectievelijk de verbindende kracht van overeenkomsten en de wilsleer.¹⁷⁵⁸

423. Functioneel bekeken is de rechtstreekse vordering ontstaan omdat een onderverkrijger van een bepaalde zaak vóór het ontstaan ervan niet via een efficiënte eigen vordering was beschermd. In de negentiende eeuw kon een onderverkrijger zich niet op de delictuele aansprakelijkheid beroepen. Alleen een zijdelingse vordering, met alle nadelen vandien, was beschikbaar. Het technische middel om de bescherming alsnog te realiseren, werd dan in het accessoriumbeginsel gevonden.

¹⁷⁵⁶ C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 295, nr. 47.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 292-293, nr. 44.

¹⁷⁵⁸ Vgl., wat die twee correcties betreft, W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 54-61 (goede trouw) en 53-54 (vertrouwensleer), met de stelling van L. CORNELIS, *Algemene theorie*, p. 21-24, nr. 16.

Die weg kan nu worden verlaten. De rechtstreekse contractuele aanspraak was immers slechts nodig in een tijd dat de koper slechts over een zijdelingse vordering zou beschikken, maar intussen zou de koper ook over een delictuele vordering beschikken.¹⁷⁵⁹

Meer nog, in de huidige ontwikkelingen is volgens Jamin naar Frans recht zelfs een totale ommekeer mogelijk: tegen een onderaannemer zou een bouwheer voortaan gezien de samenhang – *connexité* – tussen beide overeenkomsten een contractuele aanspraak moeten kunnen laten gelden, terwijl een aanspraak tegen een leverancier voortaan delictueel van aard zou zijn.¹⁷⁶⁰

2. Reikwijdte

424. De accessoriumtheorie is vooral in twee opzichten beperkt te noemen.

I. Overdracht van rechten, niet van verplichtingen

425. De accessoriumtheorie biedt enkel een grondslag voor de overdracht van rechten maar niet van verplichtingen. Dit wordt traditioneel gemotiveerd door het beginsel dat het gemakkelijker aanvaardbaar is om van een derde een schuldeiser te maken dan een schuldenaar,¹⁷⁶¹ en dat de verandering van schuldeiser op minder bezwaren stuit dan de verandering van schuldenaar (omdat een schuldenaar onrechtstreeks via het algemene pandrecht ex art. 7-8 Hyp.W. ook zijn goederen verbindt).¹⁷⁶²

Alleen wanneer het een last betreft die onlosmakelijk met het kwalitatieve recht is verbonden, is er wel van een overdracht van een verplichting sprake.¹⁷⁶³ De overgang van kwalitatieve rechten doet ook de correlatieve of onlosmakelijk ermee verbonden verplichtingen overgaan, in overeenstemming met het adagium “*Wie de lusten wil, moet ook de lasten dragen*”.¹⁷⁶⁴

Vanzelfsprekend heeft dit gebrek aan doorwerking van verplichtingen geen uitstaans met de doorwerking bij *zakelijke* rechten ten aanzien van de rechtverkrijgenden onder bijzondere titel. Die vorm van doorwerking vloeit immers voort uit de aard van de zakelijke rechten alsook uit het beginsel

¹⁷⁵⁹ C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 292, nr. 44.

¹⁷⁶⁰ C. JAMIN, “La relativité du lien obligatoire” (Chronique), *J.C.P.* 1992, I, nr. 3608, p. 368-369. Helaas geeft Jamin geen verdere invulling aan het criterium van “connexité”.

¹⁷⁶¹ D. VEAUX, *J.Cl.Civ.*, tw. Art. 1165, Fasc. 20, nr. 45.

¹⁷⁶² F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 14, p. 18 (“*on cède les créances, on ne cède pas les dettes*”).

¹⁷⁶³ W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 137.

¹⁷⁶⁴ Een mogelijke grondslag is de contractoetreding; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 36-37, nr. 28-30. Cass. fr. 16 november 1857, *D.* 1858, I, 104 (huur suikerveld). Cf. *supra*, nr. 227 et seq.

van *Nemo plus juris*.¹⁷⁶⁵ Een treffende illustratie van dit onderscheid stamt nog van Laurent. Wanneer een erfdiensbaarheid met een strafbeding in geval van niet-naleving van die erfdiensbaarheid ten laste van een goed wordt bedongen, dan gaat wel die erfdiensbaarheid bij overdracht van het betrokken goed over, maar niet de ermee verbonden verbintenis uit het strafbeding.¹⁷⁶⁶ Het hoeft geen verwondering te wekken dat sommige auteurs een verdergaande derdenwerking op een zakenrechtelijk mechanisme proberen te steunen. De meest befaamde poging is wel die van de zakelijke verbintenis.¹⁷⁶⁷

II. Aard van samenhang van overeenkomsten

426. Zelfs na het arrest-*Besse* dat de theorie van de contractgroepen in Frankrijk de doodsteek heeft gegeven,¹⁷⁶⁸ blijft de reikwijdte van een rechtstreekse aanspraak op grond van een nauw met een overgedragen zaak verbonden schuldvordering in dat land (b) nog steeds groter dan in België (a).

a. België

427. Waar de accessoriumtheorie op bepaalde gevallengroepen onbetwist van toepassing is (i), bestaat er over andere toepassingen meer twijfel (ii).

i) Onbetwiste toepassingen

428. In het kader van samenhangende overeenkomsten¹⁷⁶⁹ doen zich verscheidene toepassingen van de accessoriumtheorie voor.

¹⁷⁶⁵ Zie o.m. G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XII, *Les obligations*, Parijs, 1906, p. 284, nr. 226; J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, p. 72-74, nr. 90-92 (het adagium geldt alleen als het overgedragen recht wordt ingeperkt door een recht van dezelfde kwaliteit, zoals de omvang van het eigendomsrecht alleen door zakelijke rechten kan worden beperkt); F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 13, p. 17 ("tout droit réel démembre la propriété"); H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 881, nr. 752.

¹⁷⁶⁶ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, 1878, p. 19, nr. 15.

¹⁷⁶⁷ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 15-16, nr. 22 (begrip), p. 885-888, nr. 755.

¹⁷⁶⁸ Cf. *infra*, nr. 473.

¹⁷⁶⁹ Buiten de context van aaneengeschakelde overeenkomsten bestaan nog andere toepassingen van die rechtstreekse aanspraak, zoals uit de opsomming van Herbots blijkt: de overdracht van een vordering tegen een huurder wegens huurschade, wat stilzwijgend uit de omstandigheden van een verkoop kan worden afgeleid (dus niet zomaar van rechtswege), de vordering tegen een zaakverzekeraar, de buitencontractuele vorderingen inherent aan het goed (Cass. 9 mei 1901, *Pas.* 1901, I, 229) of de vordering wegens burenhinder (J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 522-524, nr. 11-16). Niet de (persoonlijke) vordering tot vergoeding veroorzaakt aan privé-goederen door natuurrampen (Cass. 22 maart 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 942, *Bull.* 1990, nr. 438, p. 844). Zie ook de opsomming van E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 30-32, nr. 16-21.

De meest bekende toepassing doet zich voor in een ketting van koopovereenkomsten (*ventes successives*). De uiteindelijke koper van een roerend goed kan namelijk niet alleen tegen zijn eigen verkoper maar ook tegen de oorspronkelijke verkoper een aanspraak maken op vrijwaring voor verborgen gebreken (art. 1641 B.W.),¹⁷⁷⁰ op vrijwaring wegens uitwinning (art. 1626 B.W.)¹⁷⁷¹ en zelfs, als de Franse cassatierechtspraak terzake wordt nagevolgd, op conforme levering.¹⁷⁷² Er ligt niet meteen een reden voor waarom tussen de onderscheiden vorderingen zou zijn te onderscheiden.¹⁷⁷³ In dezelfde lijn geniet ook de koper van een handelszaak van de verplichting van niet-concurrentie waartoe de eerste overdrager zich tegenover de tweede overdrager heeft verplicht.¹⁷⁷⁴

In beginsel gaat de aanspraak tegen de verkoper over met de overdracht van de zaak¹⁷⁷⁵ en wel bij wijze van toebehoren (art. 1615 B.W.).

¹⁷⁷⁰ Zie o.m. Cass. 4 januari 1984, *R.W.* 1986-87, 545 (art. 1645 B.W.; verwond door ontploffing limonadefles); Brussel 6 oktober 1975, *J.T.* 1975, 696 (verpakkingsmachine); Kh. Gent 5 september 1991, *T.G.R.* 1991, 161; Luik 26 mei 1992, *J.L.M.B.* 1995, (251) 253, noot P. HENRY (gebroken fietsketting); Kh. Gent 17 september 1993, *T. Aann.* 1996, 283, noot W. ABBELOOS. In Frankrijk reeds Cass. fr. (civ.) 12 november 1884, *D.* 1885, I, 357 (onderverrijger locomotief); Cass. fr. (civ. I) 4 februari 1963, *J.C.P.* 1963, II, nr. 13.159, noot R. SAVATIER, *S.* 1963, Jur., 193, noot R. MEURISSE, becommentarieerd door G. CORNU, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1963, 564 (geen zijdelingse vordering); Cass. fr. (civ. I) 5 januari 1972, *J.C.P.* 1973, II, 17.340, noot P. MALINVAUD (tweedehandse auto); Cass. fr. (civ. III) 8 juli 1992, *J.C.P.* 1992, IV, nr. 2652. Zie voor een overzicht van de overige rechtspraak J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 515, noot 10.

¹⁷⁷¹ Cass. 5 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 382, *Pas.* 1981, I, 398, *R.W.* 1981-82, 886 (verkoop schlamm). Zie reeds MESDACH DE TER KIELE, concl. onder Cass. 8 juli 1886, *Pas.* 1886, I, 302. Zie ook E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 30, nr. 16.

¹⁷⁷² Cass. fr. (civ. I) 9 maart 1983, *Bull. civ.* 1983, I, nr. 92, met commentaar van P. REMY, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1983, 753 (art. 1184 B.W. en gebrekkige "autoclave"); Cass. fr. (Ass. plén.) 7 februari 1986, *J.C.P.* 1986, II, nr. 20.616, noot P. MALINVAUD, *D.* 1986, Jur., 293, noot A. BENABENT (non-conformiteit); Cass. fr. (civ. III), 8 februari 1995, *D.* 1995, IR, 72. Ook met betrekking tot de aanspraak van een bouwheer tegen de fabrikant in Frankrijk: Cass. fr. (civ. I) 23 juni 1993, *D.* 1993, IR, 182. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 849, nr. 793. Herbots haalt de problematiek wel aan maar neemt geen standpunt, J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 521, nr. 9. Niet bij b.v. een schending van een informatieverplichting (zie D. PHILIPPE, "Le devoir de conseil et la responsabilité quasi-délictuelle" (noot onder Cass. 26 maart 1992), *J.L.M.B.* 1994, 39-40).

¹⁷⁷³ Zie ook G. DURRY, commentaar bij Cass. (civ. I) 9 oktober 1979, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1980, (354) 356.

¹⁷⁷⁴ R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 319, nr. 23; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 32, nr. 20; A. VERHOEVEN, *o.c.*, *JuraFalc.* 1988-89, 145. Voor Frankrijk, Cass. fr. (civ. I) 3 december 1996, zoals becommentarieerd door J. MESTRE, "Créanciers d'une obligation de non-concurrence par transmission", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1997, 421-422.

¹⁷⁷⁵ Cass. 8 juli 1886, *Pas.* 1886, I, 300, concl. adv.-gen. MESDACH DE TER KIELE (aangaande tienjarige aansprakelijkheid); Cass. 5 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 382, *Pas.* 1981, I, 398, *R.W.* 1981-82, 886 (vordering tot uitwinning bij verkoop schlamm).

429. Daarnaast is een rechtstreekse aanspraak ook voorhanden bij een ketting waarbij een aannemingsovereenkomst door één of meerdere koopovereenkomsten wordt gevolgd. De tienjarige aansprakelijkheid van een aannemer of een architect voor zware gebreken bij grote werken ex art. 1792 jo. 2270 B.W. (*garantie décennale*) die contractueel van aard is,¹⁷⁷⁶ gaat namelijk automatisch of van rechtswege met de overdracht van het gebouw over.¹⁷⁷⁷

Een bevestiging van dit algemeen rechtsbeginsel gaf de wetgever met de wet-Breyne van 9 juli 1971, waarvan art. 6 voorziet in een gelijkaardige rechtstreekse aanspraak van de opeenvolgende eigenaars van te bouwen of in aanbouw zijnde huizen of appartementen tegen de oorspronkelijke verkoper van het huis of appartement, de promotor.¹⁷⁷⁸

Waar de rechtstreekse band traditioneel enkel bij de tienjarige aansprakelijkheid wordt toegepast,¹⁷⁷⁹ breken sommige auteurs de lans om wat voor de tienjarige vrijwaringsverplichting geldt, ook op de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid van toepassing te maken.¹⁷⁸⁰ In die zin heeft het

¹⁷⁷⁶ Cass. 15 september 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 70, *Pas.* 1990, I, 65, *T.B.H.* 1990, noot E. DIRIX, *R.C.J.B.* 1992, 509, noot J.H. HERBOTS (bij overdracht in de loop van het geding is een bedongen overdracht noodzakelijk, cf. *supra*, nr. 422); Cass. 17 oktober 1968, *Arr. Cass.* 1969, (188) 194. Zie o.m. lange lijst van referenties in A. BRUYNEEL, B. GLANSBORFF, "La responsabilité du constructeur-vendeur. La mise en oeuvre de l'article 1792 du Code civil suppose-t-elle nécessairement l'existence d'un contrat d'entreprise?". *J.T.* 1966, p. 126, nr. 3, noot 11. Contra W. DELVA, "Over de juridische aard van de tienjarige aansprakelijkheid van architecten en aannemers", *T.P.R.* 1964, (33) 34-35 ("een wettelijke aansprakelijkheid die op een voortgezette contractuele verantwoordelijkheid van architecten en aannemers steelt").

¹⁷⁷⁷ Cass. 8 juli 1886, *Pas.* 1886, I, 300, noot adv.-gen. MESDACH DE TER KIELE (grondslag art. 1122 B.W.); Brussel 7 december 1955, *Pas.* 1957, II, 73; Brussel 24 februari 1964, *Ann. Not.* 1964, (241) 251, noot P. MAHILLON; Brussel 26 september 1974, *B.R.H.* 1975, 325; Brussel 21 november 1975, *R.W.* 1977-78, 1592; Brussel 15 februari 1988, *T. Aann.* 1992, 70, noot P. RIGAUX, *T.B.B.R.* 1990, 309, noot M. DAMBRE; Brussel 1 februari 1989, *Res Jur. Imm.* 1990, 123; Rb. Antwerpen 24 mei 1989, *T. Aann.* 1990, 60; Brussel 26 oktober 1990, *J.L.M.B.* 1992, (364) 366, verwijzende noot P.H.; Bergen 11 februari 1992, *J.L.M.B.* 1994, 542; Brussel 8 april 1992, *T. Aann.* 1994, (55) 57 (samenvatting), *J.L.M.B.* 1992, 1290; Bergen 11 maart 1994, *J.L.M.B.* 1994, (1294) 1297, verwijzende noot B.L. (motivering). Zie o.m. H. DE PAGE, *Traité*, IV, nr. 902, p. 1044; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 31, nr. 17. Zie voor Frankrijk: Cass. fr. (civ. I) 28 november 1967, *D.* 1968, Jur., 163, verwijzende noot (ex-aandeelhouder in ontbonden "bouwvenootschap") "*protection légale attachée à la propriété de l'immeuble*"; Cass. fr. (civ. III) 23 maart 1968, *D.* 1970, Jur., 663, noot P. JESTAZ (m.b.t. een vennootschap waarin een onroerend goed werd ingebracht; "*ce droit accompagne, en tant qu'accessoire, la chose vendue et s'identifie avec elle*"); Cass. fr. (civ. III) 12 november 1974, *D.* 1975, Somm., p. 13, kol. 2; Cass. fr. (civ. III) 3 januari 1969, *J.C.P.* 1969, II, nr. 15.863, noot G. LIET-VEAUX, *D.* 1969, Jur., 411, verwijzende noot; Cass. fr. (civ. III) 28 oktober 1975, *J.C.P.* 1975, IV, p. 371, kol. 2-3; Cass. fr. (civ. III) 22 februari 1978, *J.C.P.* 1978, IV, 135; Cass. fr. (civ. III) 21 maart 1979, *J.C.P.* 1979, IV, p. 184, kol. 3.

¹⁷⁷⁸ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 518, nr. 6.

¹⁷⁷⁹ Rb. Brugge 18 maart 1980, *Res Jur. Imm.* 1980, (209) 215-217.

¹⁷⁸⁰ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 521, nr. 10.

Bergense Hof van Beroep de accessoriumtheorie reeds effectief toegepast op de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid van de architect (dus buiten de hypothese van de tienjarige aansprakelijkheid, zoals bijvoorbeeld de aansprakelijkheid wanneer nog geen oplevering heeft plaatsgevonden).¹⁷⁸¹ Hetzelfde beginsel moet ook gelden voor de gemeenrechtelijke contractuele aansprakelijkheid van aannemers (voor verborgen gebreken ontdekt na de oplevering, die niet onder het toepassingsgebied van de tienjarige aansprakelijkheid vallen).¹⁷⁸²

ii) *Betwiste toepassingen: aanspraak tegen onderaannemer en leverancier*

430. Problematischer is de rechtspositie van een onderaannemer of van een leverancier tegenover de bouwheer of diens latere onderverkrijgers.

Beide problemen mogen niet, ook al gebeurt dit traditioneel wel, over dezelfde kam worden geschoren. Het gaat om twee verschillende situaties. In het geval van de onderaannemer volgen twee aannemingsovereenkomsten elkaar op (met eventueel daarna nog één of meerdere kopen). In het geval van de leverancier gaat het dan weer om, eerst, een koop en, daarna, een aanneming (met eventueel daarna nog één of meerdere kopen).

431. Volgens de meerderheidsvisie is het bestaan van een rechtstreekse aanspraak in beide gevallen uitgesloten: een bouwheer of één van diens onderverkrijgers kan zich niet tegen de onderaannemer¹⁷⁸³ of tegen de

¹⁷⁸¹ Bergen 24 februari 1993, *J.L.M.B.* 1994, (556) 558.

¹⁷⁸² Cass. fr. (civ. III) 26 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, III, nr. 168. P. RIGAUX, *Le droit de l'architecte*, o.c., p. 346, nr. 363 (“*l'action décennale n'est que le quod plerumque fit*”), gevolgd door E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 469, nr. 227.

¹⁷⁸³ Brussel 9 mei 1986, *T. Aann.* 1988, (237) 243, noot M.-A. FLAMME (“*n'étant pas des "tiers acquéreurs"*” tegenover de onderaannemer); Brussel 28 oktober 1987, *J.T.* 1988, 665, noot F. GLANSDORFF, *J.L.M.B.* 1988, 312, noot P. RIGAUX (geen rechtstreekse vordering van bouwheer tegen ingenieur-raadgever (beton- en stabiliteitsstudie) op grond van tienjarige aansprakelijkheid); Luik 7 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 296, noot B. LOUVEAUX (geen enkele rechtstreekse vordering – gebrekkige dakwerken en waterinfiltratie); Antwerpen 2 november 1994, *T. Aann.* 1996, 422 (geen contractuele vordering – gebrekkige dakwerken); Bergen 30 juni 1995, *J.L.M.B.* 1997, 372, noot B. LOUVEAUX; Luik 20 juni 1996, *J.L.M.B.* 1997, 382 (geen contractuele maar wel buitencontractuele vordering – brand bij dakwerken). M.-A. FLAMME en P. FLAMME, *Le droit des constructeurs*, Brussel, T.Aann. 1984, p. 177, nr. 196; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, “La sous-traitance”, *J.T.* 1983, p. 379, nr. 52; A. DELVAUX, D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, *Rép. Not.*, IX/8, *Contrats divers*, Brussel, Larcier, 1991, p. 205-206, nr. 265; J. WILLEMS, “Les responsabilités et les moyens de pression”, *Act. Dr.* 1991 (Droit de la construction, vol. 1), (1170) 1192-1196. Zie ook D. PHILIPPE, “Le devoir de conseil et la responsabilité quasi-délictuelle” (noot onder Cass. 26 maart 1992), *J.L.M.B.* 1994, 39-40.

leverancier van materialen¹⁷⁸⁴ keren, wanneer de onderaannemer of leverancier enkel met de aannemer in een contractuele verhouding staan.¹⁷⁸⁵

Traditioneel wordt het beperkte toepassingsgebied gelinkt aan art. 1615 B.W. dat de grondslag vormt voor de overdracht van rechten *propter rem*, aangezien die bepaling enkel op koop- en niet op aannemingsovereenkomsten van toepassing is. Het toebehoren van een zaak (waaronder nauw met de zaak verbonden aansprakelijkheidsvorderingen) gaat op de medecontractant alleen over bij een koop en niet bij een aannemingsovereenkomst. De vordering van een aannemer tegen zijn onderaannemer of zijn leverancier gaat niet over op de opdrachtgever van de aannemer of op de opeenvolgende verkrijgers van het bouwwerk.¹⁷⁸⁶

432. Een belangrijke stroming in de rechtsleer uit felle kritiek op het gebrek aan een rechtstreekse aanspraak in de vorengenoemde situatie. Opnieuw valt het op dat de pijlen van kritiek quasi-uitsluitend van Frans-talige zijde afkomstig zijn.

Zo ziet Limpens-Meinertzhagen voornamelijk in de toenadering tussen de koop en de aanneming een teken waarom een rechtstreekse contractuele aanspraak tegen de leverancier niet langer is uit te sluiten.¹⁷⁸⁷

In navolging van de Franse auteur Néret wijst Glansdorff er op zijn beurt op dat een verschil in behandeling tussen de bestemming van een zaak (opeenvolgende koopovereenkomsten) en de bestemming van een dienst (koop of aanneming gevolgd door aanneming) niet gerechtvaardigd is. Zijns inziens is het niet relevant dat een overdracht van eigendom voortvloeit uit een verplichting om te geven (koop) dan wel uit een verplichting om te doen (aanneming), als criterium om te kunnen uitmaken of rechtstreekse aanspraken tussen verderstaande contractanten mogelijk zouden moeten zijn: “*Dés lors qu’un contrat d’entreprise emporte, comme une vente, un transfert de propriété, les droits attachés à la chose se transmettent en toute hypothèse à titre d’accessoires au nouveau propriétaire, quel que soit le moment auquel s’opère le transfert de propriété (...). Il importe peu que cette transmission procède d’une*

¹⁷⁸⁴ Brussel 9 mei 1986, *T. Aann.* 1988, (237) 243, noot M.-A. FLAMME (“*n’étant pas des “tiers acquéreurs”*” tegenover de onderaannemer; dus ook geen rechtstreekse aanspraak tegen de leverancier van de onderaannemer – bij beslagen ruiten geen toepassing van tienjarige aansprakelijkheid); Brussel 4 september 1986 (niet gepubliceerd), zoals geciteerd in F. GLANSDORFF, *o.c.*, *J.T.* 1988, p. 669, kol. 2, nr. 5 in fine. Vgl. G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 59, nr. 2.

¹⁷⁸⁵ Wanneer de overeenkomst van de onderaannemer of de leverancier in het voordeel van de bouwheer een uitdrukkelijk derdenbeding bevat, kan de bouwheer tegen de onderaannemer of leverancier wel een rechtstreekse aanspraak laten gelden (Bergen 30 juni 1995, *J.L.M.B.* 1997, 372, noot B. LOUVEAUX).

¹⁷⁸⁶ R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 318, nr. 21.

¹⁷⁸⁷ A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, noot onder Cass. 7 december 1973, *T. Aann.* 1975, p. 195, nr. 26.

obligation de donner (vente) ou d'une obligation de faire (contrat d'entreprise) (...). Er hoeft in dit opzicht geen onderscheid te bestaan tussen degene die zelf nieuwe pannen op het dak legt en rechtstreeks van een leverancier dakpannen koopt of degene die de pannen door een aannemer laat leggen en daarom ook de aannemer zelf de pannen laat leggen.¹⁷⁸⁸

Glansdorff pleit daarom voor een analogische toepassing van art. 1615 B.W. op de aannemingsovereenkomst, wat dan impliciet – en dus los van de wil – in samenhang met art. 1135 B.W. een rechtstreekse aanspraak tegen de onderaannemer of de leverancier zou rechtvaardigen.¹⁷⁸⁹

Delvaux sluit zich aan bij de opvatting dat het onderscheid tussen aanneming en koop het verschil in behandeling ten aanzien van onderaannemers en leveranciers niet rechtvaardigt.¹⁷⁹⁰

Een rechtstreekse aanspraak zou volgens Glansdorff en Rigaux niet alleen billijk zijn, maar zou ook van meer economisch realisme getuigen.¹⁷⁹¹ Vanuit het perspectief van de *efficiëntie* of de “nuttigheid” (*utility*) heeft een rechtstreekse aanspraak namelijk het voordeel dat de koper, voorzover de rechtstreekse aanspraak onder het samenloopverbod valt, voortaan ook de korte termijn van art. 1648 B.W. moet eerbiedigen en dat onmiddellijk de persoon wordt aangesproken op wiens schouders de rekening van de schadevergoeding uiteindelijk moet terechtkomen.¹⁷⁹²

Volgens Flamme vereist de billijkheid dat een rechtstreekse aanspraak tegen de onderaannemer mogelijk moet zijn omdat de wetgever wel in de omgekeerde zin (onderaannemer tegen bouwheer) een rechtstreekse vordering heeft gecreëerd.¹⁷⁹³ Louveaux is tot nog toe de enige auteur die het aandurft voor te stellen om het Arbitragehof wegens het gebrek aan een rechtstreekse aanspraak van de bouwheer tegen de onderaannemer te adiëren wegens schending van het gelijkheidsbeginsel: de bouwheer

¹⁷⁸⁸ F. GLANSDORFF, “Le droit de la vente – A la recherche d’un équilibre”, in *La vente*, Brussel, JBB, 1987, 32.

¹⁷⁸⁹ F. GLANSDORFF, *o.c.*, *J.T.* 1988, p. 669, nr. 5, kol. 1. Zie ook A. DELVAUX, “Transmissibilité des actions en responsabilité”, *Act. Dr.* 1992 (Droit de la construction), 359, vooral 363-368; Y. HANNEQUART, “La responsabilité de l’architecte face aux immixtions du maître de l’ouvrage et face au promoteur”, *R.C.J.B.* 1982, p. 514, nr. 24 (cliënt van promotor tegen bouwheer).

¹⁷⁹⁰ A. DELVAUX, “De l’action du maître d’ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l’entrepreneur (état de jurisprudence)” (noot onder Luik 26 februari 1993), *T. Aann.* 1995, 208.

¹⁷⁹¹ F. GLANSDORFF, *o.c.*, *J.T.* 1988, p. 668, nr. 2; P. RIGAUX, “A propos du concours de responsabilités” (noot onder Brussel 28 oktober 1987), *J.L.M.B.* 1988, 320.

¹⁷⁹² M. DAMBRE, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1990, p. 317, nr. 3.

¹⁷⁹³ P. FLAMME, M.-A. FLAMME, *Le contrat d’entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, p. 103, nr. 128. Zie ook P.-H. DELVAUX, “De l’action du maître d’ouvrage contre le sous-traitant ou le fournisseur de l’entrepreneur (état de la jurisprudence)” (noot onder Luik 26 februari 1993), *T. Aann.* 1995, 204; G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges R.O. Dalq*, Brussel, Larcier, 1994, (611) p. 631, nr. 27 (via een wetgevende ingreep). Cf. supra, nr. 180 et seq.

wordt in vergelijking met de onderaannemer gediscrimineerd aangezien ze verschillend worden behandeld wanneer ze zich in dezelfde situatie van insolventie van de hoofdaannemer bevinden.¹⁷⁹⁴

433. Ondanks die ferme kritiek in de rechtsleer blijft de rechtspraak de rechtstreekse aanspraak van een bouwheer tegen de *onderaannemer* weigeren, al wijzen verschillende hoven van beroep wel de vinger naar de wetgever en geven ze expliciet te kennen dat ze het niet-optreden van de wetgever betreuen.¹⁷⁹⁵ Tot nog toe heeft bij mijn weten slechts één arrest aan een bouwheer een rechtstreekse contractuele aanspraak tegen een onderaannemer op grond van diens tienjarige aansprakelijkheid verleend.¹⁷⁹⁶

Tegen de *leverancier* van een aannemer kregen een aantal bouwheren dan weer wel in meerdere rechterlijke uitspraken een rechtstreekse contractuele aanspraak toegewezen.¹⁷⁹⁷ In één geval stond het Hof van Beroep te Luik zonder nadere verantwoording een quasi-delictuele vordering toe.¹⁷⁹⁸

In het voordeel van een rechtstreekse aanspraak pleit, zoals blijkt uit de gevallen voor de Kortrijkse Rechtbank van Koophandel en het Luikse Hof van Beroep, dat, al wordt meestal voorgehouden dat de koper van een zaak twee vorderingen kan combineren (tegen zijn onmiddellijke contractant en tegen de oorspronkelijke verkoper),¹⁷⁹⁹ de rechtstreekse medecontractant van de bouwheer, de aannemer, voor gebreken in de geleverde materialen toch niet steeds in dezelfde mate aansprakelijk is als de

¹⁷⁹⁴ B. LOUVEAUX, *o.c.*, *J.L.M.B.* 1997, 376, overgenomen door P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 173, nr. 5.

¹⁷⁹⁵ Luik 7 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 296, noot B. LOUVEAUX; Bergen 30 juni 1995, *J.L.M.B.* 1997, 372, noot B. LOUVEAUX.

¹⁷⁹⁶ Brussel 25 juni 1992, *J.L.M.B.* 1992, 1272, *T. Aann.* 1994, 158 (art. 1122, 1135, 1615 B.W.), zonder nadere commentaar bekritiseerd door J.H. HERBOTS, C. PAUWELS, E. DEGROOTE, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten 1988-1994", *T.P.R.* 1997, p. 1101, nr. 753 ("In de huidige stand van het recht, en bij gebreke aan wetgevende tussenkomst, kan men het met deze stelling niet eens zijn."). Vgl. G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 59-60, nr. 3.

¹⁷⁹⁷ F. GLANSDORFF, *o.c.*, in *La vente*, Brussel, JBB, 1987, 32. Kh. Kortrijk 24 april 1981, *T. Aann.* 1984, 228, noot L.A. DIEUSAERT (motivering – oxyderende en dus afschilferende stenen – geen tienjarige aansprakelijkheid); Kh. Hasselt 13 mei 1992, *T. Aann.* 1995, 16, verwijzende noot, terzake gevolgd door Antwerpen 11 oktober 1994, *T. Aann.* 1995, 20 (gebrekkige gevelpanelen); Kh. Gent 17 september 1993, *T. Aann.* 1996, 283, noot W. ABBELOOS (lekkende waterleidingen); Gent 26 januari 1995, *A.J.T.* 1995-96, 49, verwijzende noot (afbrokkelende bakstenen). Zie ook het overzicht in J.-P. VERGAUWE, "Action directe dans le droit de la construction", *T. Aann.* 1998, 237-238.

¹⁷⁹⁸ Luik 26 februari 1993, *T. Aann.* 1995, 202-208 (samenvatting), noot A. DELVAUX.

¹⁷⁹⁹ Zo oordeelde het Franse Hof van Cassatie dat een professioneel verkoper niet kan beweren van de gebreken van een verkochte zaak niet op de hoogte te zijn, zelfs wanneer de leverancier rechtstreeks aan de cliënt heeft geleverd (Cass. fr. (civ. I) 8 juni 1999, *J.C.P.* 1999, Affaires, 1074 (samenvatting)).

onderaannemer of leverancier. Zo kan het voorkomen dat de verplichting tot schadevergoeding wegens verborgen gebreken slechts op de leverancier maar niet op de rechtstreekse medecontractant – de aannemer – weegt, omdat enkel de eerste als een gespecialiseerde verkoper kan worden beschouwd (en aldus wordt vermoed te kwader trouw te zijn – art. 1646 B.W.). De aansprakelijkheid van de onmiddellijke contractant valt met andere woorden niet noodzakelijk samen met die van de fabrikant.¹⁸⁰⁰

434. De enige reden waarom een aannemer volgens de meerderheidsvisie een nauw met een zaak verbonden aanspraak tegen een onderaannemer of leverancier niet aan de bouwheer kan overdragen, berust uiteindelijk op de beperkte reikwijdte die aan art. 1615 B.W. wordt toegekend.¹⁸⁰¹ De overgang van het toebehoren op grond van die wetsbepaling geldt alleen bij koopovereenkomsten, terwijl een dergelijke wetsbepaling niet is opgenomen inzake aannemingsovereenkomsten. Alleen een verkoper kan bepaalde nauw met een zaak verbonden aanspraken als accessorium overdragen, een aannemer kan dit niet.

Toch lijkt art. 1615 B.W. eerder een toepassing van het wel verderreikende beginsel *Accessorium sequitur principale* dat, zij het via de omweg van art. 1135 B.W., ook voor aannemingsovereenkomsten geldt.

Ook andere bepalingen inzake koopovereenkomsten laten trouwens, via een omweg, op aannemingsovereenkomsten hun sporen na. Zo is de korte termijn van art. 1648 B.W. met betrekking tot de aanspraak voor lichte verborgen gebreken volgens vaststaande cassatierechtspraak weliswaar niet rechtstreeks op aannemingsovereenkomsten van toepassing, maar vereist diezelfde rechtspraak tegelijk dat de vordering inzake aannemingsovereenkomsten binnen een nuttige termijn na ontdekking van het gebrek is in te stellen, alhoewel geen expliciete wetsbepaling in die richting wijst.¹⁸⁰² Om welke reden zouden we dan niet aanvaarden dat een aannemer zijn aanspraak tegen de onderaannemer op grond van diens tienjarige aansprakelijkheid (ja zelfs, die op grond van lichtere verborgen gebreken)

¹⁸⁰⁰ L. A. DIEUSAERT, noot onder Kh. Kortrijk 24 april 1981, *T. Aann.* 1984, 236.

¹⁸⁰¹ In de meer algemene, los van de bijzondere contracten geformuleerde bewoordingen, wordt hetzelfde resultaat bereikt. Niet alleen is een vordering van een bouwheer tegen de onderaannemer niet met zekerheid als inherent aan het overgedragen gebouw te beschouwen, maar heeft de bouwheer ook niet de hoedanigheid waarin de aannemer de vordering heeft verkregen, nl. niet als eigenaar maar als oprichter van het gebouw (W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 137). Bekeken vanuit het criterium of het recht voor de verwerver van nut is (waarbij de feitelijke omstandigheden mede bepalend zijn), kan men evenwel tot een ander resultaat komen (zie criterium van J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, p. 23, nr. 10).

¹⁸⁰² Voor verdere verwijzingen zie W. ABBELOOS, D. ABBELOOS, *o.c.*, *A.J.T.* 2000-2001, p. 531, nr. 71.

of zijn aanspraak tegen de leverancier van de nodige materialen op grond van verborgen gebreken automatisch aan de bouwheer doorgeeft?

Een dergelijke koerswijziging zou uiteindelijk veel gelijkenis vertonen met de nu reeds gehuldigde rechtspraak in Frankrijk in verband met eigendomsoverdragende kettingen.¹⁸⁰³ Met dit criterium blijven ook de grenzen van de rechtstreekse aanspraak duidelijk afgebakend:¹⁸⁰⁴ zo zou een huurder zich nog steeds niet tegen de aannemer op het voordeel van een rechtstreekse contractuele aanspraak (in voorkomend geval enkel op art. 1382 B.W.¹⁸⁰⁵ of op de zijdelingse vordering¹⁸⁰⁶) kunnen beroepen, omdat hij de gehuurde zaak per definitie niet in eigendom heeft overgenomen.

b. Frankrijk

435. Waar het Belgische recht terzake elke wettelijke bepaling, met uitzondering van art. 6 Wet-Breyne, ontbeert, zijn de vrijwaringsverplichtingen van aannemers en verkopers in het Franse recht intussen, zij het in beperkte mate, in de wetgeving geïncorporeerd. Zo bepaalt art. 1646-1 tweede lid C. Civ. met het oog op de koop van nog te bouwen onroerende goederen dat de erin opgenomen garanties ook aan de opeenvolgende eigenaren van het onroerend goed toekomen. De aansprakelijkheid van een aannemer op grond van art. 1792 C. Civ. strekt zich dan weer uit tot “*le maître ou l’acquéreur de l’ouvrage*”.¹⁸⁰⁷

436. Los van die wetgevende uitingen van de accessoriumtheorie is het toepassingsgebied van de theorie er nog ruimer dan in België. Het centrale criterium is het al dan niet eigendomsoverdragend karakter van een overeenkomst. Volgens de Franse rechtsleer is het namelijk logisch en opportuun dat aan alle eigenaren van een goed een rechtstreekse contractuele aanspraak toekomt, wat ook de aard van de overeenkomst was die tot die aanspraak aanleiding gaf en dus zelfs wanneer geen homogene ketting van overeenkomsten voorlag.

¹⁸⁰³ Cf. *infra*, nr. 436.

¹⁸⁰⁴ Bij een ketting van een koop gevolgd door een schenking is de rechtsleer voor een rechtstreekse aanspraak gewonnen, ook al kan een begiftigde tegenover zijn schenker geen vordering tot vrijwaring op grond van verborgen gebreken laten gelden (B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, p. 250, nr. 503).

¹⁸⁰⁵ Kh. Brussel 28 februari 1973, *B.R.H.* 1975, 325; J.-P. VERGAUWE, *o.c.*, *T. Aann.* 1998, 226-227.

¹⁸⁰⁶ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 530, nr. 25 (tegelijk bekritiseert hij dit onderscheid: waarom zou de vrijwaring voor verborgen gebreken niet bij wijze van accessorium van het verhuurde goed overgaan?).

¹⁸⁰⁷ In de Franse wet-Spinetta zijn de problemen verzekeringsmatig opgelost via het zogenaamde *l’assurance à double détention* (J.-P. VERGAUWE, *o.c.*, *T. Aann.* 1998, 246).

Na een pleidooi voor een uitbreiding van de accessoriumtheorie in de rechtsleer en na een twist tussen de eerste en de derde kamer, besliste het Franse Hof van Cassatie in algemene vergadering dat de bouwheer zich kan keren tegen de leverancier van de in een onroerend goed geïncorporeerde goederen, ook al stond die laatste enkel met de aannemer in een contractueel verband.¹⁸⁰⁸

De aanwezigheid van een onderaannemer in de ketting vormt evenmin een belemmering voor de contractuele vordering van de bouwheer tegen de leverancier.¹⁸⁰⁹

Aan de basis van die rechtspraak ligt de regeling inzake de doorwerking van overeenkomsten. Net zoals in België leidt het contractuele karakter van die rechtstreekse aanspraken er volgens het Franse Hof namelijk toe dat de vrijwaringsbepalende clausules uit de eerste overeenkomst toepasselijk zijn op de contractuele aanspraak van de derde. Het contract is in zijn integraliteit van toepassing.¹⁸¹⁰

De weg die het Franse recht met het cassatiearrest van 7 februari 1986 is ingeslagen door aan een bouwheer tegen de leverancier een contractuele vordering toe te kennen, stuitte in de Franse rechtsleer op ferme kritiek,¹⁸¹¹ zodat het onwaarschijnlijk lijkt dat het Belgische recht dezelfde richting zal uitgaan. Het Besse-arrest waarmee het Franse Hof van Cassatie de theorie van de contractgroepen een mokerslag heeft toegediend, verhindert weliswaar dat een onderaannemer rechtstreeks door een bouwheer op contractuele basis zou kunnen worden aangesproken,¹⁸¹² maar vormt

¹⁸⁰⁸ Cass. fr. (ass. plén.) 7 februari 1986 (2 arresten), *J.C.P.* 1986, II, nr. 20.616, noot P. MALINVAUD, *D.* 1986, Jur., 293, noot A. BENABENT (in casu betrof het een vordering wegens niet-conformiteit van de goederen met de overeenkomst). Voordien was de situatie niet duidelijk. Aanvankelijk leek alleen een delictuele vordering mogelijk (Cass. fr. (com.) 26 juni 1978, *D.* 1978, IR, 453, *Bull. civ.* 1978, IV, nr. 177, met verwijzing in noot naar Cass. fr. (civ. III) 18 april 1972, *Bull. civ.* 1972, III, nr. 233; zie ook kritiek in G. DURRY, noot onder Cass. fr. (civ. I) 27 januari 1981, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1981, (634) 636). In 1984 achtte de eerste kamer van het Hof van Cassatie de vordering van de bouwheer tegen de fabrikant van gebrekkige dakpannen echter “nécessairement de nature contractuelle” achtte (Cass. fr. (civ. I) 29 mei 1984, *D.* 1985, Jur., 213, noot A. BÉNABENT, *J.C.P.* 1985, II, nr. 20.387, noot P. MALINVAUD), terwijl nog geen maand daarna in quasi-dezelfde feitsituatie de derde kamer dan weer voor de delictuele weg koos (Cass. fr. (civ. III) 19 juni 1984, *D.* 1985, Jur., 213, noot A. BENABENT, *J.C.P.* 1985, II, nr. 20.387, noot P. MALINVAUD). Zie voor een vroeg pleidooi voor een contractuele vordering: G. BONET, B. GROSS, *o.c.*, *J.C.P.* 1974, I, nr. 2602 (impliciet derdenbeding). Die rechtspraak betekent nog niet dat de onderverkrijger van een machine die onvoldoende werd hersteld toen de machine nog eigendom was van de verkoper, tegen de hersteller op contractuele basis een aanspraak tot schadevergoeding kan maken (Cass. fr. (com.) 25 mei 1982, *J.C.P.* 1982, IV, p. 276, kol. 2).

¹⁸⁰⁹ Cass. fr. (civ. III) 9 januari 1991, *R.C.A.* 1991, nr. 89.

¹⁸¹⁰ Cass. fr. (civ. III) 26 mei 1992, *J.C.P.* 1992, IV, nr. 2.156, p. 503, nr. 14-15.

¹⁸¹¹ G. VINEY, “Les chaînes de contrats” (Chronique), *J.C.P.* 1992, I, nr. 3572, p. 158 (“*Le rapprochement de ces solutions laisse pour le moins perplexe...*”).

¹⁸¹² Cf. *infra*, nr. 472.

geen belemmering voor de contractuele aard van de rechtstreekse aanspraak bij eigendomsoverdragende contractgroepen. Om die reden maakt de rechtsleer voortaan stevast een onderscheid tussen eigendomsoverdragende en andere contractgroepen: alleen bij de eerste categorie zijn over de individuele overeenkomsten heen contractuele aanspraken tussen de leden van een contractgroep mogelijk.¹⁸¹³ Zo kan een huurder van materieel de oorspronkelijke fabrikant nog steeds niet op contractuele grond aanspreken¹⁸¹⁴ (tenzij op grond van cessie van die schuldvordering, zoals meestal het geval is bij leasing¹⁸¹⁵). Zo kan de theorie van contractgroepen evenmin een grondslag bieden voor de contractuele aard van de rechtstreekse aanspraken van een gebruiker van software die met zijn overeenkomst niet zozeer een eigendomsrecht maar wel een recht op gebruik verwerft.¹⁸¹⁶

437. Wel kan discussie bestaan over het begrip *translatieve of eigendomsoverdragende overeenkomsten*. In de strikte zin van het woord is er van een dergelijke overeenkomst slechts sprake wanneer de eigendomsoverdracht gebeurt op een afgeleide (*dérivé*), niet-oorspronkelijke (*originaire*) wijze.¹⁸¹⁷ Voor het ontstaan van een rechtstreekse aanspraak zou dit betekenen dat de laatste overeenkomst in de ketting geen aannemingsovereenkomst kan zijn, maar een koopovereenkomst moet zijn. Bij een aannemingsovereenkomst tot het oprichten van een gebouw is er immers eigendomsverwerving door natrekking. In het Franse recht is men het er blijkbaar over eens geworden de translatieve overeenkomsten te overstijgen, in de zin dat rechtstreekse vorderingen ook bij de oorspronkelijke wijzen van eigendomsverkrijging horen.¹⁸¹⁸ Of beter, de theorie is niet alleen van toepassing bij overeenkomsten die een echte eigendomsoverdracht inhouden maar

¹⁸¹³ G. VINEY, *Introduction*, nr. 189-2, p. 343.

¹⁸¹⁴ Op grond van de (quasi-)delictuele aansprakelijkheid van de aannemer: Cass. fr. (civ. III) 31 januari 1978, *D.* 1978, IR, p. 382, kol. 1 (met verdere verwijzingen in voetnoot); Cass. fr. (civ. III) 10 december 1980, *J.C.P.* 1981, IV, p. 80, kol. 2. Sommigen pleiten voor een rechtstreekse vordering tot vrijwaring bij leasing (J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 854-856, nr. 797-798).

¹⁸¹⁵ Zie M. ESPAGNON, noot onder Cass. fr. (civ. I) 27 januari 1993, *Droit de l'Informatique* 1995, afl. 2, 47, noot 7.

¹⁸¹⁶ Zie M. ESPAGNON, *o.c.*, *Droit de l'Informatique* 1995, afl. 2, 46; G. VINEY, *Introduction*, nr. 189-4, p. 344.

¹⁸¹⁷ Zie het overzicht in D. MAZEAUD, noot onder Cass. fr. (civ. I) 7 juni 1995, *D.* 1996, Jur., 396, nr. 5 (*l'accession*).

¹⁸¹⁸ Zie ook M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 3, noot 3.

ook, meer in het algemeen, zodra met de overeenkomst een eigendomsverwerving gepaard gaat.¹⁸¹⁹

Recent is de discussie eens te meer aangewakkerd. Ditmaal oordeelde de derde civiele kamer van het Franse Hof van Cassatie dat “*ayant relevé que [le ...] sous-traitant [...] engageait sa responsabilité vis-à-vis du maître de l’ouvrage sur le fondement délictuel, la cour d’appel a retenu, à bon droit, que le fournisseur de ce sous-traitant [...], devait, à l’égard du maître de l’ouvrage, répondre de ses actes sur le même fondement*”¹⁸²⁰ Het is vooralsnog onduidelijk of dit arrest een ommekeer betekent ten aanzien van de leer uit het arrest van 7 februari 1986 (of m.a.w. de rechtstreekse aanspraak van de bouwheer tegen een leverancier van de aannemer voortaan quasi-delictueel en niet langer contractueel), dan wel of de tussenkomst van een onderaannemer tussen de aannemer en de leverancier verhindert dat de rechtstreekse aanspraak van de bouwheer tegen de leverancier contractueel van aard zou zijn.

438. Die theorie mag evenwel niet de indruk doen wekken dat de overdracht het principe uitmaakt; de overdracht van rechtswege blijft een uitzondering.¹⁸²¹ Zo strekt de overdracht zich niet uit tot die vorderingen tot vergoeding van de schade die vóór de verkrijging aan de zaak werd toegebracht.¹⁸²²

Evenmin betreft de overdracht de *verplichting* tot betaling van de prijs waartoe de koper is gehouden en evenmin het recht op aanspraak van de koper op grond van de gemeenrechtelijke contractuele aansprakelijkheid.¹⁸²³ De overdracht geldt enkel met betrekking tot de vrijwaringsaansprakelijkheid. Het is natuurlijk niet uitgesloten dat rechtstreekse verplichtingen op grond van bijzondere wettelijke bepalingen mogelijk zijn,¹⁸²⁴ zoals bijvoorbeeld de eerbiediging van een huurcontract bij de koop van een gehuurde woning (art. 1743 B.W.) of het voortbestaan van de arbeidsovereenkomsten bij een overdracht van onderneming, waaruit een

¹⁸¹⁹ P. JOURDAIN, “La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l’arrêt d’Assemblée plénière du 12 juillet 1991”, *D.* 1992, Chron., p. 150, nr. 7.

¹⁸²⁰ Cass. fr. (civ. III), 28 november 2001, *R.C.A.* 2002, 16, *J.C.P.* 2002, II, 445, noot D. MAINGUY.

¹⁸²¹ S. AUBERT, *Encycl.Dalloz*, tw. *Ayant cause*, nr. 23; D. VEAUX, *J.Cl.Civ.*, tw. *Art. 1165*, Fasc. 20, nr. 77.

¹⁸²² M. PLANIOL, G. RIPERT (door P. ESMEIN), *Traité pratique de droit civil français*, VI, *Obligations*, Parijs, L.G.D.J., 1952, nr. 331, p. 422.

¹⁸²³ Cass. fr. (civ. III) 7 mei 1986, *Bull. civ.* 1986, III, nr. 62 (moeilijk te begrijpen volgens P. JOURDAIN, *o.c.*, *D.* 1992, Chron., p. 151, nr. 9). Zie o.m. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, p. 883, nr. 754. Jourdain legt dit zo uit dat het in dit geval geen verkoper of fabrikant is, maar een aannemer/architect die rechtstreeks wordt aangesproken (P. JOURDAIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1990, 288-289, met verdere verwijzingen).

¹⁸²⁴ Voor een overzicht van specifieke wettelijke toepassingen in het Franse recht zie D. VEAUX, *J.Cl.Civ.*, tw. *Art. 1165*, Fasc. 20.

theorie van *obligations réelles* was afgeleid,¹⁸²⁵ maar die theorie heeft bij ons nooit voet aan wal gekregen omdat ze strijdig is met de structuur van ons vermogensrecht (beperkt aantal zakelijke rechten¹⁸²⁶ versus persoonlijke rechten met correlatieve plichten die eveneens zakelijk versus persoonlijk van aard zijn, geen tussencategorie).

3. Optie voor buitencontractuele aansprakelijkheid

439. Het is betwist of de rechtstreekse aanspraak op grond van een nauw met een zaak verbonden recht contractueel dan wel quasi-delictueel van aard is.

Nochtans is die aard om verschillende redenen van belang. In de eerste plaats rijst de vraag naar de toepasselijkheid van de samenlooptheorie alleen wanneer de aanspraak een contractueel karakter heeft.¹⁸²⁷ De aard van de rechtstreekse aanspraak bepaalt bovendien in welke mate contractuele clausules kunnen doorwerken,¹⁸²⁸ en welke overeenkomst precies de aanspraak vorm geeft. Is de aanspraak contractueel van aard, dan speelt b.v. de korte termijn van art. 1648 B.W. ten aanzien van een vordering op grond van verborgen gebreken en is ook de sanctie van ontbinding mogelijk.¹⁸²⁹

Dalcq koppelt de kwalificatie van die rechtstreekse aanspraak aan de grondslag ervan. Steunt de aanspraak op een cessie van accessoire rechten en vorderingen, dan is hij noodzakelijk contractueel, terwijl hij quasi-delictueel van aard zou zijn wanneer het zou gaan om een werkelijke rechtstreekse vordering in de technische zin van het woord omdat de titularis van de vordering dan geen partij is (wat op zich al een betwistbare argumentatie is¹⁸³⁰). Vandaag de dag zijn beide van de genoemde grondslagen, zoals reeds gezegd,¹⁸³¹ intussen verworpen en resten alleen nog de accessoriumtheorie en de nauw ermee verwante theorie van kwalitatieve rechten.

¹⁸²⁵ D. VEAUX, *J.Cl.Civ.*, tw. Art. 1165, Fasc. 20, nr. 43 (op grond van art. 1122 C.Civ.).

¹⁸²⁶ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale*, Parijs, Montchrestien, 1991, p. 887, nr. 755.

¹⁸²⁷ R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 312, nr. 11.

¹⁸²⁸ *Ibid.*, p. 322-323, nr. 28-29 (Dalcq vraagt zich af in welke mate het arrest van 16 december 1977, cf. *supra*, nr. 406 van toepassing is).

¹⁸²⁹ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 519-520, nr. 8.

¹⁸³⁰ Cf. *supra*, nr. 32. De vordering verliest haar contractuele aard immers nog niet door de loutere overdracht van de vordering, "*car seul le mécanisme de transmission est d'origine légale*" (P. JESTAZ, noot onder Cass. fr. (civ. III) 23 maart 1968, *D.* 1970, Jur., p. 665, kol. 1).

¹⁸³¹ Cf. *supra*, nr. 417 et seq.

In navolging van Cousy, Dirix en Meinertzhagen-Limpens gaat de voorkeur eerder uit naar de contractuele visie.¹⁸³² Vanuit beleidsmatig oogpunt vallen de voordelen van de contractuele kwalificatie, waaronder de eenheid inzake de verjarings- en aansprakelijkheidsregeling, alvast niet te ontkennen.¹⁸³³

440. Eens de contractuele kwalificatie aanvaard, rijst de vraag of het samenloopverbod geldt waardoor er in die verhouding voor de toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid geen plaats overblijft. Wellicht is dit een vals probleem omdat in ons positief recht de voorwaarden voor de toepassing van delictuele aansprakelijkheid niet zo gauw zullen zijn vervuld.¹⁸³⁴ Toch zijn bepaalde auteurs van mening dat de uiteindelijke koper of de eindbestemming in bepaalde gevallen tegen de eerste verkoper nog een buitencontractuele vordering kan instellen, in de mate dat de fout het kader van de uitvoering van contractuele verbintenissen overschrijdt.¹⁸³⁵

Zo pleit het trio Simont, De Gavre en Foriers voor het oude onderscheid tussen enerzijds de gebreken die enkel het gebruik van de zaak beïnvloeden waarvoor enkel art. 1615 B.W. speelt en anderzijds de gevaarlijke gebreken waarvoor de delictuele aansprakelijkheid wel kan gelden.¹⁸³⁶ Die auteurs wijzen de opvatting van Dieux af als zou de buitencontractuele aansprakelijkheid, met inbegrip van eerstgenoemde hypothese, kunnen spelen, voorzover de toepassingsvoorwaarden ervan zijn voldaan.¹⁸³⁷

¹⁸³² H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, p. 259, nr. 175; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 30, nr. 16; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1996, p. 55, nr. 17 (daarom ook geen *in solidum* aansprakelijkheid); A. VERHOEVEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1988-89, 146.

¹⁸³³ Zie P. MALINVAUD, noot onder Cass. fr. (civ. I) 28 mei 1984 en Cass. fr. (civ. III) 19 juni 1984, *J.C.P.* 1985, II, nr. 20.387 (die er ook de eerbied voor het samenloopverbod aan toevoegt).

¹⁸³⁴ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 201-202, nr. 228.

¹⁸³⁵ Zie o.m. A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 196-197, nr. 29 (met verwijzingen naar het Franse en Nederlandse recht). De theorie van de uitvoeringsagent is geen hinderpaal voor de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de leverancier tegenover de bestemming (cf. *supra*, nr. 142).

¹⁸³⁶ L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux", *R.C.J.B.* 1995, p. 208, nr. 57. In die zin ook Bergen 10 juni 1985, *T. Aann.* 1990, 244, noot P. FLAMME ("*pas responsabilité extra-contractuelle par le seul fait de lancer sur le marché des objets qui présentent certains 'vices cachés'*"). Het gebrekkige noch het gevaarlijke karakter van een product bewijst reeds de fout. Er moet bijkomend worden aangetoond door welke fout (in de conceptie, fabricage, controle of voorlichting) het gebrek of het gevaar is ontstaan (H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, p. 291-292, nr. 200; W. VAN GERVEN, *o.c.*, *S.E.W.* 1970, 287).

¹⁸³⁷ X. DIEUX, "Les chaînes et groupes de contrat", p. 144-145, nr. 10.

In het Franse recht heeft het Hof van Cassatie na een lange controverse¹⁸³⁸ beslist dat de vordering van de onderverkrijger tegen de fabrikant “*nécessairement contractuelle*” is.¹⁸³⁹ Die beslissing vloeit niet alleen uit de juridische theorie van het samenloopverbod voort (juridisch argument), maar ook beleidsmatig is men het erover eens dat de onderverkrijger niet meer rechten moet kunnen doen gelden dan de rechtstreekse medecontractant van de fabrikant (billijkheidsargument).¹⁸⁴⁰

Waar Herbots in een oudere annotatie verdedigt dat de uiteindelijke koper in het Belgische recht hetzij voor contractuele, hetzij voor buitencontractuele aansprakelijkheid kan opteren en naar het Franse recht enkel verwijst in de mate dat dit systeem eerder de omgekeerde richting zou uitgaan,¹⁸⁴¹ is hij in een meer recent en uitgebreider artikel en ditmaal in navolging van de Franse rechtspraak de enkele contractuele kwalificatie genegen, zij het dat een delictuele vordering in uitzonderlijke gevallen (volgens zijn verfijningstheorie¹⁸⁴²) nog mogelijk zou zijn.¹⁸⁴³ In diens eerste opvatting stond Fagnart aan zijn kant,¹⁸⁴⁴ in zijn tweede opvatting Kruit-hof.¹⁸⁴⁵

Wat de Belgische rechtspraak betreft, staat er volgens het Hof van Beroep te Brussel voor een buitencontractuele vordering geen ruimte

¹⁸³⁸ C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 284-285, nr. 33. Men vindt een grondige argumentatie in het voordeel van het samenloopverbod in P. JESTAZ, *o.c.*, *D.* 1970, Jur., p. 665, kol. 2 (i.v.m. 10-jarige aansprakelijkheid). Cass. fr. (com.) 26 juni 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, nr. 177, *D.* 1978, IR, 453 (fabrikant tegen bouwheer, quasi-delictueel); Cass. fr. (civ. II) 8 juni 1979, *D.* 1980, Jur., 563, noot M. ESPAGNON (installatie bakkersoven in verkeerde omstandigheden; koper tegenover aannemer van verkoper, quasi-delictueel).

¹⁸³⁹ Zie Cass. fr. (civ. I) 9 oktober 1979, *Bull. civ.* 1979, I, nr. 241, *D.* 1980, IR, 222, noot C. LARROUMET (Lamborghini-arrest; verkoop gebrekkige wagen; het belang ligt in de toepassing van de korte termijn ex art. 1648 C.Civ.), *Gaz. Pal.* 1980, Jur., 249, noot A. PLANCQUEEL, met commentaar van G. DURRY, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1980, 354; Cass. fr. (com.) 17 mei 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, nr. 182 (verkoop gebrekkige vrachtwagen; de onderverkrijger kan een *actio redhibitoria* tegen de fabrikant instellen), *D.* 1983, IR, 479, noot C. LARROUMET; Cass. fr. (civ. I) 4 maart 1986, *Bull. civ.* 1986, I, nr. 57 (verkoop basiselement pluimveevoeder). Zie ook R.O. DALCQ, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 311, nr. 10; J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, Parijs, L.G.D.J., 1983, p. 346-347, nr. 332; G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, 418. Zie vanuit een Engels perspectief, S. WHITTAKER, “French Experience”, 344-345.

¹⁸⁴⁰ B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, p. 253-254, nr. 510.

¹⁸⁴¹ J. HERBOTS, “De nalatige antiquairs” (noot onder Cass. 8 april 1983), *R.W.* 1983-84, kol. 168, nr. 5.

¹⁸⁴² Cf. *supra*, nr. 125 et seq.

¹⁸⁴³ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 519, nr. 7.

¹⁸⁴⁴ J.-L. FAGNART, “La responsabilité du fait des produits. Etat actuel du droit belge”, *D.A.O.R.* 1986-87, p. 214, nr. 13.

¹⁸⁴⁵ R. KRUITHOF, “Overzicht”, *T.P.R.* 1983, p. 614, nr. 108.

open,¹⁸⁴⁶ terwijl die keuze volgens het Hof van Beroep te Luik dan weer wel zou openstaan.¹⁸⁴⁷

Zoals uit het vierde deel zal blijken, pleit Dieux voor een meer uitgebreide toepassing van de (quasi-)delictuele aansprakelijkheid gecombineerd met een doorwerking van contractuele clausules. In zijn visie zou de uiteindelijke bezitter van een geleverde zaak niet alleen beschikken over een contractuele vordering waardoor de schuldenaar alle excepties uit zijn eigen rechtsverhouding kan opwerpen, maar mogelijks ook over een buitencontractuele vordering waarbij in het kader van zijn theorie van de gerechtvaardigde verwachtingen bepaalde aansprakelijkheidsbeperkingen uit de overeenkomst van de schuldenaar kunnen doorwerken. Een aantal auteurs vinden dat die opvatting te ver gaat en vragen zich af: “*N'est-ce pas aller fort loin et ne faut-il pas à la fois mettre en doute cette référence dans le cadre aquilien à des limites de responsabilité spécifiquement contractuelles et cette extension prônée pour l'accueil du recours aquilien?*”¹⁸⁴⁸ In ieder geval komt de opvatting van Dieux (nog) niet met het positieve recht overeen, maar in een rechtsvergelijkend perspectief is de idee niet onmiddellijk af te schieten, zoals verder uitgebreider in het vierde deel naar voren zal komen.

4. Doorwerking: een harmonieus evenwicht?

441. De hiervoor genoemde ontkenning van een delictuele aanspraak in het Belgische en Franse recht vindt traditioneel haar verklaring in de bekommernis om de wisselwerking tussen de opeenvolgende overeenkomsten te eerbiedigen. Op die manier zou ze in combinatie met de rechtstreekse aanspraak van de accessoriumtheorie of van de kwalitatieve rechten tot een zorgvuldig evenwicht van de belangen van de schuldeiser (“*son besoin d'indemnisation*”) en die van de onderschuldenaar (“*son souci de prévision*”) leiden.¹⁸⁴⁹

Op de vraag in welke mate de clausules van de opeenvolgende overeenkomsten doorwerken, heerst een onverdeelde unanimiteit.¹⁸⁵⁰ De aanspraak

¹⁸⁴⁶ Brussel 26 september 1974, *B.R.H.* 1975, 325.

¹⁸⁴⁷ Luik 26 mei 1992, *J.L.M.B.* 1995, 251, noot P. HENRY. Hierbij wordt verwezen naar Van Ryn en Heenen, die terzake van de samenloop het minderheidsstandpunt verdedigen (verfijnings-theorie). Bovendien was er in het concrete geval een misdrijf voorhanden, zodat het samenloopverbod geenszins speelde.

¹⁸⁴⁸ Zie discussie in A. DELVAUX, J.-N. KRAEWINKELS, “Questions actuelles relatives aux intervenants dans la construction et leurs responsabilités avant la réception agrégation”, in *Droit de la construction*, CUP, 1996, (35) 160-162, citaat 162.

¹⁸⁴⁹ C. JAMIN, o.c., in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 293, nr. 44.

¹⁸⁵⁰ Toch bekritiseert de Nederlandse auteur Vranken die regeling: “*Zo moet hij (eiser), omdat het contract van de aangevallene beslissend is, een in de verhouding A-B geldig beding, bijvoorbeeld een verval-, exoneratie- of boetebeding, tegen zich laten gelden, ook als hij dit had kunnen afweren indien hij rechtstreeks met A had gecontracteerd.*” (J.B.M. VRANKEN, “De derde in het overeenkomsten-

van een uiteindelijk bestemming wordt enkel ingeperkt door de contractuele clausules (en de andere verweermiddelen en excepties) uit de *oorspronkelijke* rechtsverhouding¹⁸⁵¹ en niet door die uit de tussenliggende of de uiteindelijk rechtsverhouding.¹⁸⁵² Zoals bij een cessie van een schuldvordering, is het immers de aanspraak van de rechtsvoorganger die als accessorium aan de rechtsopvolgers wordt overgedragen.¹⁸⁵³ Het gaat niet om een eigen recht maar wel om dat van de rechtsvoorganger.¹⁸⁵⁴ Wanneer het oorspronkelijke contract niet zou doorwerken, dan zou men niet langer kunnen volhouden dat de rechtsopvolger slechts een nieuwe schuldeiser is van een reeds bestaande rechtsvordering.¹⁸⁵⁵

Die doorwerkingsregeling was trouwens één van de belangrijkste factoren (als niet de belangrijkste) waarom de theorie van de contractgroepen werd verworpen.¹⁸⁵⁶ In de oorspronkelijke versie van die theorie was een rechtstreekse aanspraak immers aan een dubbele beperking (nl. clausules uit beide overeenkomsten)¹⁸⁵⁷ onderworpen, wat de rechten van het slachtoffer in te sterke mate inperkte.¹⁸⁵⁸

recht”, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6289, p. 737, nr. 32). Hij vertolkt deze mening omdat hij – ten onrechte – lijkt te denken dat de vordering tegen de verderstaande derde exclusief is, namelijk met uitsluiting van de vordering tegen de rechtstreekse medecontractant.

¹⁸⁵¹ Brussel 6 oktober 1975, *J.T.* 1975, 696; Brussel 1 februari 1989, *Res Jur. Imm.* 1990, 123 (exceptio non adimpleti contractus); H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, p. 262, nr. 177; H. DE PAGE, *Traité*, IV, p. 197, nr. 166, p. 181, nr. 146; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 30-31, nr. 16; E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *T.P.R.* 1988, p. 1201, nr. 33; Y. HANNEQUART, “La responsabilité de l’architecte face aux immixtions du maître de l’ouvrage et face au promoteur” (noot onder Cass. 21 september 1979), *R.C.J.B.* 1982, p. 513, nr. 23; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, p. 151, nr. 316; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1996, p. 46, nr. 7; L. SIMONT, J. DE GAVRE, “Examen de jurisprudence (1969 à 1975). Les contrats spéciaux”, *R.C.J.B.* 1976, p. 423, nr. 52. Voor het Franse recht: zie Cass fr. (civ. I) 7 juni 1995, *D.* 1996, IR, 14 noot O. TOURNAFOND, *D.* 1996, Jur. 395, noot D. MAZEAUD; B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, p. 252, nr. 507.

¹⁸⁵² Brussel 7 december 1955, *Pas.* II, 1957, 73 (exoneratieclausule); Luik 6 december 1994, *J.L.M.B.* 1995, 1317; H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, p. 262, nr. 177; M. DAMBRE, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1990, p. 322-323, nr. 10-12; H. DE PAGE, *Traité*, IV, p. 1044, nr. 902 (“n’a pour objet que d’affranchir celui au bénéfice duquel elle est souscrite de la responsabilité dont il est légalement tenu”); J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 513, nr. 2; W. VAN GERVEN, *o.c.*, *S.E.W.* 1970, 281.

¹⁸⁵³ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 537-539, nr. 35-36; A. VERHOEVEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1988-89, 146.

¹⁸⁵⁴ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 513, nr. 2, p. 517, nr. 5.

¹⁸⁵⁵ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 37, nr. 47.

¹⁸⁵⁶ Cf. *infra*, nr. 469 et seq.

¹⁸⁵⁷ Zie onder meer Cass. fr. (civ. I) 8 maart 1988, *J.C.P.* 1988, II, nr. 21.070, noot P. JOURDAIN; dit arrest behoort sinds het *Besse*-arrest niet langer tot het geldende recht.

¹⁸⁵⁸ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 539, nr. 36.

442. In de Franse rechtsleer hielden sommige auteurs voor dat de doorwerking er misschien op een andere manier dan in België zou zijn georganiseerd.¹⁸⁵⁹ Dat kan nu niet langer worden volgehouden. Onlangs nog opteerde de derde civiele kamer van het Franse Hof van Cassatie op grond van de verbindende kracht van overeenkomsten (art. 1134 C. civ.) voor een doorwerking van de oorspronkelijke rechtsverhouding.¹⁸⁶⁰

De Franse rechtspraak biedt trouwens heel wat illustraties die ook in België bruikbaar zijn. Zo is de oplevering (*réception*) tegenstelbaar aan de latere kopers van een gebouw, omdat de tienjarige vrijwaringsvordering als accessorium van de zaak overgaat op allen die de verkoper in de eigendom ervan als rechtsopvolger, zelfs onder bijzondere titel, opvolgen.¹⁸⁶¹ Ook de verjaringstermijn uit de oorspronkelijke rechtsverhouding, zoals bijvoorbeeld de tienjarige termijn die in Frankrijk tussen handelaren geldt, is op de vordering van een bouwheer tegen een fabrikant (een leverancier van de aannemer) van toepassing.¹⁸⁶² Of nog, een clause uit de oorspronkelijke overeenkomst die de vrijwaringsverplichting tot één jaar beperkt, is aan de bouwheer (of aan de persoon die in diens rechten is gesubrogeerd) tegenwerpelijk, omdat deze zich alle verweermiddelen moet laten tegenwerpen die de aangesprokene tegen zijn eigen medecontractant had kunnen inroepen.¹⁸⁶³ Tegen de oorspronkelijke verkoper van een informaticasysteem kan een koper die een *actio redhibitoria* (koopvernietigende vordering) instelt, een rechtstreekse aanspraak doen gelden op dezelfde wijze waarop zijn voorganger (de eerste koper) dit had kunnen doen: de verkoper “*ne peut être tenu de restituer davantage qu’il n’a reçu, sauf à devoir des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé*”.¹⁸⁶⁴ Verder kan een oorspronkelijke verkoper zich ook nog beroepen op de door hem be-

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 539, nr. 36. Geen dubbele beperking volgens P. JOURDAIN, “Groupes de contrats: suite”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1993, 133-134. Zie ook de vraagtekens van C. JAMIN, “L’action directe”, *J.C.P.* 1992, I, nr. 3570, p. 149-150.

¹⁸⁶⁰ Cass. fr. (civ. III) 26 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, III, nr. 175, met de commentaar van G. VINEY, “Action contractuelle d’un tiers au contrat”, *J.C.P.* 1992, I, nr. 3.625, p. 503; P. JOURDAIN, *o.c.*, *D.* 1992, p. 151, nr. 13. Zie ook Cass. fr. (soc.) 22 mei 2002, *D.* 2002, IR, 1885, noot (exoneratiebeding uit overeenkomst van bouwheer met tussenverkoper niet in te roepen door onderaannemer m.b.t. vordering die met eigendom van zaak is overgegaan).

¹⁸⁶¹ Cass. fr. (civ. III) 12 juni 1991, *Bull. civ.* 1991, III, nr. 166. De datum van de oplevering moet ten aanzien van de kopers geen vaste datum in de zin van art. 1328 B.W. hebben.

¹⁸⁶² Cass. fr. (civ. III) 9 januari 1991, *Bull. civ.* 1991, III, nr. 10.

¹⁸⁶³ Cass. fr. (civ. III) 26 mei 1992, *Bull. civ.* 1992, III, nr. 175.

¹⁸⁶⁴ Cass. fr. (civ. I) 27 januari 1993, *Bull. civ.* 1993, I, nr. 45, *Droit de l’Informatique* 1995, afl. 2, 45, noot M. ESPAGNON. Een gelijkaardige oplossing zou wellicht naar Belgisch recht gelden (zie commentaar op een ouder Frans cassatiearrest dat in de omgekeerde richting ging: L. SIMONT, J. DE GAVRE, “Examen de jurisprudence (1969 à 1975). Les contrats spéciaux”, *R.C.J.B.* 1976, p. 423, nr. 52). Zie reeds Cass. fr. (civ. I) 4 februari 1963, *J.C.P.* 1963, II, nr. 13.159, noot R. SAVATIER; Cass. fr. (com.) 17 mei 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, nr. 182, *D.* 1983, IR, 479, noot C. LARROUMET.

dingen exoneratieclausules of clausules die het toepasselijke recht of de rechterlijke bevoegdheid bepalen.¹⁸⁶⁵

443. Het gebrek aan doorwerking van de clausules uit het eigen contract van de eiser is één van de belangrijkste factoren die het ontstaan van die rechtstreekse aanspraak verklaren.¹⁸⁶⁶ Was voor de zijdelingse vordering gekozen, dan zou een exoneratieclausule uit het contract van de eiser wel hebben doorgewerkt.

Zodra in opeenvolgende verkopen de toepassing van de delictuele aansprakelijkheid zou worden aanvaard, wordt in de rechtsleer algemeen erkend dat aan de rechtstreekse contractuele aanspraak niet langer behoefte bestaat.¹⁸⁶⁷

Het is opvallend dat het risicobeginsel in deze context de vordering van de uiteindelijke koper tegen de oorspronkelijke verkoper niet verhindert, ook als hij in zijn contract met zijn onmiddellijke verkoper-medecontraquant een exoneratiebeding zou hebben aanvaard. In de verhouding tussen een bouwheer en een onderaannemer legt, eigenaardig genoeg, alleen al het potentieel bestaan van een exoneratiebeding in de hoofdovereenkomst nagenoeg elke vordering tegen een onderaannemer lam.

444. Een andere vraag is het of de aangesprokene zijn rechtstreekse aansprakelijkheid op voorhand contractueel kan uitsluiten.¹⁸⁶⁸ Wanneer de rechtstreekse aanspraak op art. 1615 B.W. is gebaseerd en aangezien die bepaling van suppletieve aard is, kan de oorspronkelijke verkoper zijn aansprakelijkheid uitsluiten.¹⁸⁶⁹

In het kader van vrijwaring voor verborgen gebreken is er van aansprakelijkheid slechts sprake in geval van kwade trouw van de verkoper, maar wordt deze vermoed te kwader trouw te zijn en is bovendien een exoneratiebeding niet langer mogelijk wanneer hij in de hoedanigheid van

¹⁸⁶⁵ M. ESPAGNON, noot onder Cass. (civ. I) 27 januari 1993, *Droit de l'Informatique* 1995, afl. 2, 46-47.

¹⁸⁶⁶ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 782, nr. 722, p. 865, nr. 815.

¹⁸⁶⁷ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 829, nr. 771.

¹⁸⁶⁸ Geheel anders is de vraag in het geval waarbij ná de overdracht van een kwalitatief recht een dading tussen de schuldenaar en de rechtsvoorganger van de schuldeiser wordt gesloten. Mijns inziens kan die dading niet aan de rechtsopvolger worden opgeworpen zonder hem erbij te betrekken. Nochtans geeft E. DIRIX (*Obligatoire verhoudingen*, p. 32, nr. 21) de omgekeerde indruk met zijn voorbeeld van opeenvolgende verkoop van percelen "Staat-vastgoedmaatschappij-promotoren", waarbij de Staat had beloofd een brug in de nabijheid te bouwen maar uiteindelijk met de vastgoedmaatschappij een minnelijke schikking treft. De projectontwikkelaars zouden alleen tegen de vastgoedmaatschappij kunnen vorderen omdat die laatste hun recht heeft laten teloorgaan.

¹⁸⁶⁹ R. KRUIHOF, "De produktenaansprakelijkheid in de levensmiddelensector", in R. KRUIHOF e.a. (ed.), *Levensmiddelenrecht*, Brussel, CED.Samsom, 1979, 284.

professioneel verkoper optreedt.¹⁸⁷⁰ In Frankrijk ontstond betwisting over de doorwerking in gevallen waarbij de oorspronkelijke contractanten beide professionelen zijn in dezelfde specialiteit. Naar Frans recht is een clausule die de vrijwaring voor verborgen gebreken beperkt, tussen professionelen *in dezelfde specialiteit* namelijk wel geldig. Volgens het Franse Hof van Cassatie werkt die clausule ook door naar een onderverkrijger, al heeft die zelf niet de hoedanigheid van professioneel in dezelfde specialiteit.¹⁸⁷¹ Een geldig – want tussen twee professionelen met dezelfde specialiteit gesloten – exoneratiebeding of een andere aansprakelijkheidsbeperkende clausule uit de oorspronkelijke overeenkomst is dus ook geldig tegenover de uiteindelijke koper, zelfs al is die koper een consument.¹⁸⁷²

Viney veroordeelt die rechtspraak omdat een dergelijk exoneratiebeding alleen al op grond van het gemeen verbintenissenrecht ongeldig is: over een fundamentele verbintenis van de verkoper is een exoneratie onmogelijk.¹⁸⁷³ Bovendien zou een dergelijke clausule alleen dan geldig mogen zijn, wanneer ze ten aanzien van het slachtoffer voldoende transparant is, m.a.w. wanneer het slachtoffer ervan op de hoogte is.¹⁸⁷⁴ Ten slotte, en vooral, zou die rechtspraak verkopers enkel aanmoedigen om een tussenschakel tussen te voegen en in de overeenkomst met die tussenschakel systematisch een exoneratiebeding in te voegen, om zo aan de consumentenbescherming te ontsnappen.¹⁸⁷⁵

De rechtspraak die aan professionelen met dezelfde specialisatie toelaat om een exoneratie van hun vrijwaringsaansprakelijkheid voor verborgen gebreken in hun verkoopcontract in te lassen, wordt in België evenwel niet aanvaard, zodat de invloed ervan op de accessoriumtheorie ook minder relevant is.¹⁸⁷⁶

Buiten de aansprakelijkheidsbeperkende bedingen is het in de Franse rechtspraak heel moeilijk om een lijn te trekken en duikt hetzelfde verhaal

¹⁸⁷⁰ V. PIRSON, *o.c.*, *T.B.B.R.* 2001, p. 438, nr. 33, met verdere verwijzingen aldaar.

¹⁸⁷¹ Cass. fr. (civ. III) 26 mei 1992, zoals besproken in G. VINEY, “Chronique. Responsabilité civile”, *J.C.P.* 1992, I, nr. 3625, nr. 14; Cass fr. (civ. I) 7 juni 1995, *D.* 1996, IR, 14 noot O. TOURNAFOND, *D.* 1996, Jur. 395, noot D. MAZEAUD.

¹⁸⁷² P. JOURDAIN, “Groupes de contrats: suite”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1993, 134; C. LARROUMET, *o.c.*, *J.C.P.* 1988, I, nr. 3.357, nr. 9. Een andere mening in de gedachte van consumentenbescherming G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, 423-424.

¹⁸⁷³ G. VINEY, “Action contractuelle d’un tiers au contrat” (Chronique), *J.C.P.* 1992, I, nr. 3625, p. 503, nr. 15.

¹⁸⁷⁴ Zie ook D. MAZEAUD, noot onder Cass. fr. (civ. I) 7 juni 1995, *D.* 1996, Jur., p. 398, nr. 10.

¹⁸⁷⁵ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 806, nr. 747. Zie ook C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 33-34, nr. 41-42, p. 37, nr. 47 (zelfstandige rechtsverhouding in plaats van overdracht).

¹⁸⁷⁶ Zie ook E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 485, nr. 238, noot 104.

op als in de context van het derdenbeding.¹⁸⁷⁷ Zo blijkt een schadebeding niet door te werken. Dit wordt doorgaans door haar autonome karakter verklaard. Die verklaring valt evenwel bleek uit, aangezien daarmee nog niet het onderscheid tussen bevoegdheidsbedingen (wel doorwerking)¹⁸⁷⁸ en arbitragebedingen (geen doorwerking)¹⁸⁷⁹ is uit te leggen.

B. Nederland

445. Een accessoriumtheorie of theorie van afhankelijk recht is in het Nederlandse recht nu uitgesloten omdat nevenrechten slechts aan vorderingen (en niet aan zaken) verbonden kunnen zijn (art. 6:142 N.N.B.W.) en omdat de vordering van de derde zelfstandig overdraagbaar is (art. 3:7 jo. 3:6 N.N.B.W.).¹⁸⁸⁰

Hetzelfde resultaat kan in het Nederlandse recht evenwel via de kwalitatieve rechten worden bereikt via de vergelijkbare maar ruimere¹⁸⁸¹ theorie van kwalitatieve rechten¹⁸⁸² die, zoals gezegd,¹⁸⁸³ ook in België enige navolging heeft gekend. De kwalitatieve rechten zijn een categorie van contractuele rechten die de houder ervan op grond van zijn hoedanigheid van eigenaar van een zaak (*qualitate qua*) kan doen gelden en die dan ook bij overdracht van de betrokken zaak, behoudens andersluidend beding, overgaan. Met de nieuwe codificatie werd de theorie uitdrukkelijk in art. 6:251 N.N.B.W. geïncorporeerd, dat de functie van het vroegere equivalent van art. 1122 B.W. (oud art. 1354 N.B.W.) zou overnemen.¹⁸⁸⁴

De theorie is evenwel beperkter in de mate dat de rechtsopvolger niet langer zijn rechtstreekse medecontractant kan aanspreken (zodat de ratio van de accessoriumtheorie ook niet meer geldt).¹⁸⁸⁵

¹⁸⁷⁷ Cf. *supra*, nr. 294 et seq.

¹⁸⁷⁸ Cass. fr. (civ. I) 30 oktober 1991, *J.C.P.* 1992, IV, nr. 24, becommentarieerd door C. JAMIN, "L'action directe", *J.C.P.* 1992, I, nr. 3570 (bouwheer tegenover fabrikant). Zie ook de commentaar van D. MAZEAUD, noot onder Cass. fr. (civ. I) 7 juni 1995, *D.* 1996, Jur., p. 397, nr. 7-8.

¹⁸⁷⁹ Cass. fr. (civ. I) 6 november 1990, *Bull. civ.* 1990, I, nr. 230. Voor een analyse zie P. DELEBECQUE, "La transmission de la clause compromissoire", *Rev. arb.* 1991, 19-32; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 852, nr. 794, p. 878, nr. 832.

¹⁸⁸⁰ J.B.M.VRANKEN, "De derde in het overeenkomstenrecht", *W.P.N.R.* 1997, nr. 6289, p. 737, noot 31.

¹⁸⁸¹ B. KORTMANN en D. FABER, "Contract and Third Parties", in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 254. Zo hoeft de vordering niet voort te vloeien uit een eigendomsoverdragende overeenkomst (C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 34-35, nr. 43).

¹⁸⁸² J.B.M.VRANKEN, "De derde in het overeenkomstenrecht", *W.P.N.R.* 1997, nr. 6289, p. 737, nr. 31.

¹⁸⁸³ Cf. *supra*, nr. 419 et seq.

¹⁸⁸⁴ Zie o.m. C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 241-244, nr. 273-276.

¹⁸⁸⁵ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 35, nr. 44.

Het criterium om uit te maken of een recht kwalitatief van aard is, ligt in het vereiste van het overblijvend *belang* van de rechtsvoorganger: wanneer de vervreemder niet langer enig belang heeft bij de betwiste vordering, dan gaat de vordering over naar de werkelijke belanghebbende,¹⁸⁸⁶ al krijgt die daarmee nog niet de hoedanigheid van partij bij die overeenkomst.¹⁸⁸⁷

446. Net zoals in België en Frankrijk,¹⁸⁸⁸ kan aan de overgang van een kwalitatief recht een verplichting tot het voldoen van een tegenprestatie verbonden zijn.¹⁸⁸⁹

Het Nederlandse recht zet evenwel nog een stap verder, in de zin dat ook kwalitatieve verplichtingen tot dulden of nalaten op zich kunnen overgaan, indien de partijen die overdracht hebben afgesproken met betrekking tot een aan de schuldenaar toebehorend registergoed en die afspraak in een notariële akte werd gevat en die akte in de openbare registers werd ingeschreven.

447. Ook in Nederland is lang niet iedereen opgezet met de toepassing van contractuele constructies op dit soort van situaties.¹⁸⁹⁰ Zo is Vranken onder meer omwille van de doorwerking van het laatste contract geen voorstander van de contractuele theorie en opteert hij voor de eventuele toepassing van de onrechtmatige daad, met oog voor de samenhang in de maatschappelijke realiteit.¹⁸⁹¹

C. Engeland

448. Meestal wordt erop gewezen dat het Duitse en het Engelse recht geen dergelijke automatische overdracht van nauw met een overgedragen zaak

¹⁸⁸⁶ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 242, nr. 274.

¹⁸⁸⁷ J.G.A. LINSSEN, *o.c.*, *N.J.B.* 1995, 1270.

¹⁸⁸⁸ Cf. *supra*, nr. 426. Zo is het algemeen aanvaard dat wanneer A een zaak aan B overdraagt met de last voor B om een dienst te verrichten en daarna B de zaak aan C overdraagt, A het recht heeft om zijn verbintenis tegenover C op te schorten zolang B de dienst niet verricht heeft (zie o.m. B. KORTMANN en D. FABER, "Contract and Third Parties", in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 255).

¹⁸⁸⁹ Art. 6:251, § 2 N.N.B.W. Zie J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, p. 27-28, nr. 12 (voorbeeld van overgang van jaarabonnement bij glazenwasser in geval van verkoop van flatgebouw); C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 242-243, nr. 274.

¹⁸⁹⁰ A.S. HARTKAMP, "Boekbespreking H.C.F. Schoordijk, De aansprakelijkheid van een producent voor defecte producten tegenover opvolgende kopers", *W.P.N.R.* 1990, nr. 5962.

¹⁸⁹¹ J.B.M. VRANKEN, "De derde in het overeenkomstenrecht", *W.P.N.R.* 1997, nr. 6289, p. 737, nr. 33 en p. 738, nr. 35.

verbonden rechten huldigen.¹⁸⁹² Weliswaar is het mogelijk dat er toepassing is van een *transferred loss claim*, dat B (b.v. vroegere eigenaar van een gebouw) aanspraak kan maken voor de schade van C (b.v. nieuwe eigenaar), maar dit houdt geen rechtstreekse aanspraak in van C, wat dan ook buiten het bestek van dit proefschrift valt.¹⁸⁹³

In het Engelse recht wordt strikt aan de *privity* (relativiteit) vastgehouden.¹⁸⁹⁴ Wanneer een gekocht goed achteraf blijkt door een verborgen gebrek te zijn aangetast, beschikt de koper (en hij alleen) enkel over een vordering tegen de verkoper-medecontractant.¹⁸⁹⁵ Uitzonderlijk is wel een rechtstreekse aanspraak mogelijk van bijvoorbeeld een bouwheer tegen een onderaannemer, zoals wanneer de onderaannemer een *direct warranty* aflevert in ruil voor diens aanwijzing door de bouwheer in de hoofdaaneming.¹⁸⁹⁶ Het is ook mogelijk dat de aannemer zich ten voordele van de opeenvolgende kopers een *collateral warranty* verbindt. Via hetzelfde mechanisme van een *collateral warranty* is er in het Engelse recht sprake van een contractuele aanspraak, wanneer bijvoorbeeld een verklaring van de fabrikant de koper ertoe heeft aangezet om een welbepaald product te kopen en de koper voor een voldoende *consideration* heeft gezorgd door de aannemer de instructie te geven om dat produkt aan te wenden.¹⁸⁹⁷

449. Wat de mogelijkheid van een buitencontractuele aanspraak betreft, wordt naar het volgende deel verwezen.

Met betrekking tot gebrekkige gebouwen (*defects of construction*) geldt evenzeer dat een aannemer tegenover de eigenaar van het gebouw in *tort* voor de zuivere vermogensschade niet aansprakelijk is.¹⁸⁹⁸ Met de *Defective Premises Act 1972* is evenwel voorzien in een overdraagbare aansprakelijkheid van de kwalitatieve gebreken van *dwellings*,¹⁸⁹⁹ maar het is niet het oorspronkelijke contract maar wel de wet zelf die de standaard bepaalt

¹⁸⁹² Zie b.v. B. KORTMANN en D. FABER, "Contract and Third Parties", in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 255.

¹⁸⁹³ Meer in W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 130.

¹⁸⁹⁴ W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 181-182.

¹⁸⁹⁵ H. BEALE, *o.c.*, in X, *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, Parijs, L.G.D.J., 2001, 62.

¹⁸⁹⁶ H. BEALE, *o.c.*, 57.

¹⁸⁹⁷ H. BEALE, *o.c.*, 50; H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, p. 197-198, nr. 133; B.S. MARKESINIS, S. DEAKIN, "The Random Element of their Lordships' Infallible Judgment: An Economic and Comparative Analysis of the Tort of Negligence from Anns to Murphy", *Mod.L.R.* 1992, 628; D. HARRIS, D. TALLON, *Contract Law Today. Anglo-French ComParijsons*, Oxford 1989, p. 318-321, nr. 33-36.

¹⁸⁹⁸ *Murphy v. Brentwood D.C.* (1991) 1 AC, 398; W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 316-317; W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 180-182.

¹⁸⁹⁹ Een verdere uitwerking van die *statute* in W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 321-323.

waaraan het gepresteerde moet voldoen. Het is met andere woorden geen *derivative* aanspraak zoals in het Belgische en Franse recht.¹⁹⁰⁰

D. Duitsland

450. Het Duitse recht kent aan een koper geen rechtstreekse, contractuele aanspraak tegen een in de ketting verderstaande verkoper toe. Zij het in een andere context (een eerste koper die aanspraak tot vergoeding van de schade van een tweede koper laat gelden), stelt het BGH dat “*bei einer Käuferkette eine Vertragshaftung des ersten Verkäufers für die durch seine Vertragsverletzung bei den jeweiligen weiteren Käufern entstehenden Schäden zu einer dem Grundgedanken des Vertragsrecht fremden und unerträglichen Schadenshäufungen führen würde*”. En wat verder in het arrest luidt het: “*Es entspricht nicht der Billigkeit, dass sich die Ansprüche des weiteren Käufers nach dem zwischen ihm und seinem Verkäufer geschlossenen Verträge regeln. Steht ihm nach den Vertragsbestimmungen ein Schadensersatzanspruch nicht zu, so ist auch aus Billigkeitsgründen kein zwingender Anlass gegeben, ihm über seinen Verkäufer Ersatz auf Kosten des Erstverkäufers nur deshalb zu verschaffen, weil der Erstverkäufer dem Erstkäufer auf Schadensersatz haftet.*”¹⁹⁰¹

De belangrijkste overweging voor de afwezigheid van een rechtstreekse contractuele aanspraak komt hierop neer: wanneer een producent aan zijn eigen koper tegen een bepaalde prijs een goed levert, dan kan de eindafnemer die producent niet op grond van zijn eigen overeenkomst (d.w.z. die tussen de eindafnemer en de tussenpersoon) aanspreken om de enkele reden dat die tussenpersoon hogere kwaliteitsverwachtingen zou hebben geschapen en de eindafnemer een hogere prijs zou hebben betaald. Met andere woorden, bij een rechtstreekse aanspraak zou de te volgen standaard verschillend en dus onduidelijk en niet objectief zijn. Alleen wanneer de geleverde zaak ook gevaarlijk is en zo een rechtsgoed bedreigt, is bij aansprakelijkheid van de producent tegenover de eindafnemer een objectieve standaard mogelijk. “*Wo es an dieser Objektivierbarkeit fehlt, bleibt eine Verpflichtung des Herstellers auf bestimmte Standards gegenüber dem Endabnehmer wohl nur denkbar, wenn er – wie im zu entscheidenden Fall eines Subunternehmers – den Inhalt der vertraglichen Pflichten und Rechte aus dem Vertrag des End-*

¹⁹⁰⁰ S. WHITTAKER, “Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions”, 202-203.

¹⁹⁰¹ Zie BGH 10 juli 1963, *BGHZ* 40, (91) 107; BGH 26 november 1968 (*Hühnerpestfall*), *BGHZ* 51, 91 (96) (“*Schutzwirkung zugunsten des Dritten ... Ein solches Verhältnis liegt bei einem Kauf oder einem Werkvertrag in aller Regel nicht vor*”); BGH 14 mei 1974, *N.J.W.* 1974, 1503; LG Köln 23 november 1977, *N.J.W.* 1978, 329 (verkoop verkeerde brandstof voor wagens: geen contractuele aanspraak, ook niet op grond van een VSD). Zie ook BGH 21 juni 1967, *BGHZ* 48, (119) 120.

*abnehmers kennt oder kennen muss, weil sich seine eigenen Verpflichtungen auf den Inhalt eines solchen anderen Vertrages beziehen.*¹⁹⁰²

451. De uiteindelijke bestemming beschikt traditioneel evenmin over een vordering op grond van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*.¹⁹⁰³ Ook een aanspraak op grond van *Drittschadensliquidation* is niet mogelijk: uit het feit alleen dat de eerste verkoper weet dat schade met grote waarschijnlijkheid enkel bij de eindverbruiker zal intreden, vloeit nog geen contractuele aanspraak voort.¹⁹⁰⁴

Wel is gebeurlijk een *Garantievertrag* ontstaan tussen de verkoper en de latere verkrijgers die bij de contractsluiting daarop zijn voortgegaan.¹⁹⁰⁵ Het bestaan van dergelijke garantie mag evenwel niet overhaast worden afgeleid. Zo valt uit loutere reclame nog geen “*unmittelbar, wenn auch stillschweigend, abgeschlossener Garantievertrag*” af te leiden.¹⁹⁰⁶

452. Wel valt één en ander te zeggen voor een *quasikontraktliche Sonderrechtsbeziehung* op grond van de vertrouwensleer. Op die gedachte had het BGH in zijn *Hühnerpestfall* gealludeerd, al ging het in dit geval niet om opeenvolgende koopovereenkomsten waarbij de eindverbruiker al zijn vertrouwen op de producent had gelegd. Een veearts had een inentingsproduct tegen hanepest gekocht, waarna een boer in diens persoon zijn vertrouwen had gesteld maar er toch de gevreesde pest uitbrak.¹⁹⁰⁷ Concreet paste het BGH de genoemde theorie niet toe, omdat de boer *alleen* op de dierenarts (en niet op de producent van het product) zijn vertrouwen had gelegd, zodat het in concreto over die vertrouwensgrond niet hoefde te oordelen.

In een tweede stap, zes jaar later, preciseerde het Hof dat het door een ketting tot stand gebrachte sociale contact tussen eindverbruiker en fabrikant *op zich* niet voldoende is om een contractuele of quasi-contractuele *Sonderbeziehung* tot stand te brengen. Die grondslag “*würde die im geltenden Haftungssystem bewusst gezogene Grenze zwischen vertraglichem und deliktischem Bereich weitgehend aufheben, ohne sie durch einen rechtlich und wirtschaftlich praktikableren Massstab zu ersetzen.*” De wilsautonomie blijft het criterium voor de risicoverdeling bij contractkettingen: “*sie hat die Beteiligten einander*

¹⁹⁰² P. SCHLECHTRIEM, “Deliktshaftung des Subunternehmens gegenüber dem Bauherrn wegen Minderwerts seines Werks – Eine neue Entscheidung des House of Lords”, *Versicherungsrecht*, 1983, *25 Jahre Karlsruher Reform. Jubiläumsausgabe*, 66.

¹⁹⁰³ Cf. *infra*, nr. 510 et seq.

¹⁹⁰⁴ BGH 26 november 1968, *BGHZ* 51, (91) 95.

¹⁹⁰⁵ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 56, nr. 79, met referenties in voetnoot 157.

¹⁹⁰⁶ BGH 26 november 1968, *BGHZ* 51, (91) 98.

¹⁹⁰⁷ BGH 26 november 1968, *BGHZ* 51, (91) 99-101.

in rechtlich selbständige, hintereinandergeschaltete Kaufverträge rechtsgeschäftlich zugeordnet.” Om de risicoverdeling anders te organiseren, zou de wetgever moeten tussenkomen om aldus een *Neuordnung des Kaufrechts* te organiseren.¹⁹⁰⁸

E. Internationale/Europese tendensen

453. De uiteenlopende houding van de Europese rechtssystemen ten aanzien van de relatie tussen de uiterste schakels van een koopketting komt vooral bij een internationale koop tot uiting. Wanneer de oorspronkelijke verkoper en koper elk in een ander land zijn gevestigd, dan rijst de vraag voor welk gerecht een aansprakelijkheidsvordering moet worden gebracht en welk recht de verhouding tussen de oorspronkelijke verkoper en de uiteindelijke bestemming beheerst.

1. Internationale koop

454. Met betrekking tot de toepasselijkheid van het Weense Koopverdrag¹⁹⁰⁹ oordeelde het Franse Hof van Cassatie dat dit verdrag enkel de rechten en verplichtingen regelt die tussen de verkoper en de koper gelden en dat een onderverkrijger ten aanzien van de oorspronkelijke verkoper geen koper is in de zin van het verdrag. Bij een ketting van overeenkomsten is het Weens koopverdrag daarom niet van toepassing op de verhouding tussen een buitenlandse fabrikant en een Franse bestemming, zelfs niet, zoals in casu, wanneer tussen die twee door middel van een garantie een contractuele band bestaat. Enkel de rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen koper en verkoper worden door dit verdrag geregeld. Om het Weens Koopverdrag toe te passen, moet een feitenrechter kunnen vaststellen dat tussen de oorspronkelijke verkoper en de “onderverkrijger” rechtstreeks een koopovereenkomst werd gesloten.¹⁹¹⁰

In de rechtsleer kan dit arrest niet op algemene instemming rekenen. Zo doorbreekt het volgens Viney de doelstelling van het verdrag, met name het bereiken van een evenwichtige aansprakelijkheidsregeling.¹⁹¹¹ Ze gaat evenwel niet zover dit arrest als een signaal te beschouwen waarmee het Franse Hof van Cassatie de toekomst van rechtstreekse aanspraken bij kettingen op de helling wil zetten.

¹⁹⁰⁸ BGH 14 mei 1974, *N.J.W.* 1974, 1503 (gebrekkige buizen – waterleidingsschade).

¹⁹⁰⁹ Voor de tekst, zie W.J.H. WIGGERS, *International Commercial Law – Source materials*, o.c., 296-312.

¹⁹¹⁰ Cass. fr. (civ. I) 5 januari 1999, *Bull. civ.* 1999, I, nr. 6, D. 1999, Jur., 383, noot C. WITZ (gebrekkige koelinstallatie; geïnterpreteerd zijn artikelen 1 en 4 van het Weens koopverdrag).

¹⁹¹¹ G. VINEY, “Responsabilité civile. Chronique”, *J.C.P.* 2000, I, nr. 199, p. 74, nr. 7

Witz gaat een stap verder door te oordelen dat “*le présent arrêt semble bien sonner le glas de l'action directe dans les chaînes internationales de vente*”¹⁹¹² en dat voortaan tussen de fabrikant en de uiteindelijke onderverkrijger eerder de delictuele aansprakelijkheid van toepassing is.¹⁹¹³

Het Weens koopverdrag is lang niet de enige (of de eerste) gelegenheid waarbij in een internationale context voor een strikte visie op de relativiteit wordt geopteerd.

2. Hof van Justitie

a. EEX-Verdrag/Verordening: algemeen

455. De vraag naar rechtstreekse aanspraken bij koopkettingen rijst ook in het kader van het zgn. EEX-Verdrag.¹⁹¹⁴ In dit verdrag verschilt de rechterlijke bevoegdheid over geschillen naargelang die contractuele dan wel delictuele verbintenissen betreffen. Geschillen ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst kunnen worden voorgelegd aan de rechterlijke instantie van de plaats van uitvoering van de overeenkomst (*place of performance of the obligation, forum executionis contractus*), terwijl de geschillen met betrekking tot een verbintenis uit onrechtmatige daad voor een rechtbank van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan (*forum loci delicti*), wordt gebracht.

Die bijzondere bevoegdheidsregels (respectievelijk art. 5, sub 1 en art. 5, sub 3 EEX-verdrag) vormen een uitzondering op de algemene bevoegdheidsregel (art. 2 EEX-verdrag) op grond waarvan de rechtbank van de woonplaats van de verweerder bevoegd is. Als uitzondering op de algemene regel zijn de “bijzondere bevoegdheden” dan ook restrictief te interpreteren.

456. Aangezien de concepten van verbintenissen uit overeenkomst en uit onrechtmatige daad niet in alle verdragssluitende staten dezelfde lading

¹⁹¹² C. WITZ, noot onder Cass. fr. (civ. I) 5 januari 1999, *D.* 1999, Jur., 383.

¹⁹¹³ C. WITZ, *o.c.*, p. 38, kol. 1: hij wijst erop dat zo de situatie van vóór het cassatiearrest van 9 oktober 1979 wordt hersteld.

¹⁹¹⁴ Verdrag van Brussel 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (vanaf 1 maart 2002 vervangen door Verordening EG nr. 44/2001 Raad 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB. L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1-23). Zie over dit verdrag en voor de tekst ervan H. VAN HOUTTE, M. PERTEGÁS SENDER (eds.), *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 410 p. Voor een overzicht van IPR-oplossingen buiten het EEX-verdrag in verband met contractuele en delictuele aansprakelijkheid zie P. NYGH, *Autonomy in international contracts*, Oxford, Clarendon, 1998, 234-257.

dekken, moest het Luxemburgse Hof van Justitie zich in het kader van het EEX-verdrag over de betekenis ervan uitspreken.

Over de verbintenis uit onrechtmatige daad en de verbintenis uit overeenkomst stelt het Hof van Justitie in *Kalfelis* en *Réunion Européenne* respectievelijk *Peters*, *Arcado*, *Handte* en *Réunion Européenne* dat beide in de context van het EEX-verdrag autonome en onafhankelijke begrippen zijn. De inhoud van de begrippen moet niet worden bepaald aan de hand van het interne recht dat volgens de regels van internationaal privaatrecht (*lex causae*) van toepassing is, maar moet doorheen de structuur en doelstellingen van het verdrag worden verduidelijkt.¹⁹¹⁵ Welnu, het verdrag is volgens het Hof van Justitie vooral op een “zekere en voorzienbare toewijzing van bevoegdheid” gericht.¹⁹¹⁶

In *Arcado/Haviland* twijfelt advocaat-generaal Slynn dan weer of die autonome interpretatie van de genoemde verdragsconcepten niet tot nog meer conflictsituaties zal aanleiding geven, te meer daar het Hof van Justitie in *Tessili/Dunlop*¹⁹¹⁷ voor de bepaling van de plaats van uitvoering van de overeenkomst wel de *lex causae* toepast.¹⁹¹⁸

In *Peters* houdt advocaat-generaal Mancini niet alleen rekening met die structuur en doelstellingen van het verdrag, maar ook met het *ius commune* terzake (dit is, de algemene beginselen die aan de Europese rechtsstelsels gemeenschappelijk zijn). Zo stelt hij vast dat, behoudens de sui-generis-regeling in Nederland en het terzake verdeelde Duitse rechtssysteem, “in de rechtsorden van de Lidstaten de mening overheerst, dat zowel op de handeling tot oprichting van een vereniging als op de betrekkingen tussen deze laatste en haar leden het contractenrecht moet worden toegepast”.¹⁹¹⁹

Toch is het twijfelachtig of de autonome interpretatie wel voortvloeit uit de algemene beginselen die terzake in het recht van de verschillende Europese lidstaten het onderscheid tussen contractuele en delictuele verbintenissen zouden beheersen. De onafhankelijke interpretatie vindt haar grondslag veeleer in de afzonderlijke beleidsoverwegingen die voor het toekennen van de rechterlijke bevoegdheid bepalend zijn.¹⁹²⁰ Dit blijkt ook uit het verschil in motivering van de advocaat-generaal en het Hof zelf

¹⁹¹⁵ H.v.J. nr. C-189/87, 27 september 1988 (*Kalfelis/Schröder*), *Jur. H.v.J.* 1988, p. 5585, nr. 16; H.v.J. nr. C-34/82, 22 maart 1983 (*Peters/Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*), *Jur. H.v.J.* 1983, p. 1002, nr. 10; H.v.J. nr. C-51/97, 27 oktober 1998 (*Réunion Européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor*), *Jur. H.v.J.* 1998, I, p. 6541, nr. 15.

¹⁹¹⁶ H.v.J. nr. C-364/93, 19 september 1995 (*Marinari/Lloyd's*), *Jur. H.v.J.* 1995, I, p. 2741, nr. 19.

¹⁹¹⁷ H.v.J., nr. C-12/76, 6 oktober 1976 (*Tessili/Dunlop*), *Jur. H.v.J.* 1976, I, 1473.

¹⁹¹⁸ Adv.-gen. SLYNN, concl. onder H.v.J. nr. C-9/87, 8 maart 1988 (*Arcado/Haviland*), *Jur. H.v.J.* 1988, p. 1549.

¹⁹¹⁹ Adv.-gen. MANCINI, concl. onder H.v.J. nr. C-34/82, 22 maart 1983 (*Peters/Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*), *Jur. H.v.J.* 1983, p. 1009.

¹⁹²⁰ Adv.-gen. F.J. JACOBS, concl. onder H.v.J. nr. C-26/91, 17 juni 1992 (*Handte/TMCS*), *Jur. H.v.J.* 1992, I, p. 3985, nr. 26.

in *Peters*: de advocaat-generaal besteedt veel energie aan een analyse van de beginselen die aan de nationale rechtssystemen gemeen zijn, terwijl de aandacht van het Hof enkel uitgaat naar de doelstellingen en de structuur van het verdrag (eisen van goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting).¹⁹²¹ Terwijl de advocaat-generaal in dat geval naar de algemene beginselen terzake op zoek gaat, opteert hij er elders voor om niet de *lex causae* toe te passen, omdat die “steeds zal variëren al naar gelang in de diverse rechtsstelsels een verschillende opvatting bestaat over het begrip “verbintenis uit overeenkomst””.¹⁹²² Met die redenering geeft hij impliciet toe dat algemene beginselen terzake niet relevant zijn.

457. Van beide begrippen geeft advocaat-generaal Jacobs in *Handte* de volgende definitie: “Contractuele aansprakelijkheid kan worden gedefinieerd als burgerlijke aansprakelijkheid voor de niet-nakoming van een verbintenis die iemand krachtens een overeenkomst tussen de partijen jegens een ander heeft aangegaan. Aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad kan worden gedefinieerd als burgerlijke aansprakelijkheid voor de niet-nakoming van een door het recht, los van enige overeenkomst tussen partijen, opgelegde verbintenis”.¹⁹²³ Meestal wordt de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad als een restcategorie geformuleerd: “elke rechtsvordering (...) die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een “verbintenis uit overeenkomst” in de zin van artikel 5, sub 1”.¹⁹²⁴ Ook Jacobs definieert de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad als “elke vorm van niet-contractuele aansprakelijkheid”.¹⁹²⁵

In *Réunion Européenne* wordt de definitie herhaald: onder de verbintenissen uit overeenkomst valt niet “een situatie waarin er geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig jegens een andere partij is aangegaan.”¹⁹²⁶ In dit geval stelde een belanghebbende op grond van het cognossement een vordering in tot vergoeding wegens beschadiging van de lading peren ten gevolge van een gebrek in de koelinstallatie. Uit het afgegeven cognossement bleek evenwel niet dat er vrijwillig een contractuele relatie was ontstaan tussen de bestemmeling (verzekerde van Réunion Européenne)

¹⁹²¹ H.v.J. nr. C-364/93, 19 september 1995 (Marinari/Lloyd’s), *Jur. H.v.J.* 1995, I, p. 2738, nr. 10.

¹⁹²² Adv.-gen. MANCINI, concl. onder H.v.J. nr. C-34/82, 22 maart 1983 (Peters/Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging), *Jur. H.v.J.* 1983, p. 1011.

¹⁹²³ Adv.-gen. F.J. JACOBS, concl. onder H.v.J. nr. C-26/91, 17 juni 1992 (Handte/TMCS), *Jur. H.v.J.* 1992, I, p. 3982, nr. 16.

¹⁹²⁴ H.v.J. nr. C-189/87, 27 september 1988 (Kalfelis/Schröder), *Jur. H.v.J.* 1988, p. 5585, nr. 17-18; H.v.J. nr. C-51/97, 27 oktober 1998 (Réunion Européenne/Spliethoff’s Bevrachtingskantoor), *Jur. H.v.J.* 1998, I, p. 6543, nr. 22.

¹⁹²⁵ Adv.-gen. F.J. JACOBS, concl. onder H.v.J. nr. C-26/91, 17 juni 1992 (Handte/TMCS), *Jur. H.v.J.* 1992, I, p. 3980, nr. 11.

¹⁹²⁶ H.v.J. nr. C-51/97, 27 oktober 1998 (Réunion Européenne/Spliethoff’s Bevrachtingskantoor), *Jur. H.v.J.* 1998, I, p. 6542, nr. 17.

van de goederen en de werkelijke zeevervoerder (Spliethoff's) die namelijk niet zelf het cognossement had afgegeven (dat was wel RCC).¹⁹²⁷

b. EEX-Verdrag/Verordening: rechtstreekse aanspraak

458. Het arrest-*Handte* beantwoordt in het kader van het EEX-verdrag de meer specifieke vraag naar het lot van een rechtstreekse aanspraak met betrekking tot een met een zaak nauw verbonden schuldvordering.

In casu had Handte Duitsland een afzuigstelsel verkocht aan Handte Frankrijk die het stelsel op zijn beurt verkocht aan T.M.L.S. Frankrijk, die het gebruikte voor polijstmachines voor metaal gekocht van Bula Zwitserland. Het schadelijgende T.M.L.S. Frankrijk daagde de drie betrokken partijen voor het Franse gerecht.

Het Hof van Beroep achtte zich ten aanzien van Handte Duitsland op grond van art. 5, sub 1 EEX-verdrag bevoegd voor de aansprakelijkheidsvordering wegens gebreken aan de verkochte zaak zelf.

Het Hof van Justitie oordeelde evenwel dat een rechtstreekse aanspraak van de uiteindelijke koper tegen de oorspronkelijke fabrikant, in de zin van het EEX-verdrag, niet van contractuele aard is. Op basis van een korte rechtsvergelijking blijkt namelijk dat alleen Frankrijk, België en Luxemburg een dergelijke vordering als contractueel aanzien,¹⁹²⁸ terwijl andere landen meestal geen rechtstreekse aanspraak toekennen, behoudens een vordering uit onrechtmatige daad in geval van lichamelijke schade of schade aan goederen.¹⁹²⁹

Waar het arrest-*Handte* enkel stelde dat die vordering *niet contractueel* in de zin van het EEX-verdrag kan worden genoemd, heeft het Hof van Justitie in zijn arrest *Réunion Européenne* bevestigd dat een *aansprakelijkheidsvordering* die niet contractueel is, dan wel *delictueel* is in de zin van art. 5, 3° EEX-Verdrag.¹⁹³⁰

459. De Handte-uitspraak zou enkel bedoeld zijn om de rechterlijke bevoegdheid te kunnen bepalen. Advocaat-generaal Jacobs kan dan ook stellen dat het EEX-verdrag een gerecht dat krachtens art. 5, sub 1 bevoegd is, niet belet “*de vordering te behandelen als een vordering uit onrechtmatige daad,*

¹⁹²⁷ H.v.J. nr. C-51/97, 27 oktober 1998 (*Réunion Européenne/Spliethoff's* Bevrachtingskantoor), *Jur. H.v.J.* 1998, I, p. 6542, nr. 19. Zie voor een commentaar H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé* 1999, 333-337.

¹⁹²⁸ Wat blijkbaar uit het oog wordt verloren, is dat een dergelijke contractuele aanspraak ook volgens het Nederlandse recht mogelijk is, nl. op grond van de kwalitatieve rechten (cf. *supra*, nr. 445 et seq.).

¹⁹²⁹ Adv.-gen. F.J. JACOBS, concl. onder H.v.J. nr. C-26/91, 17 juni 1992 (*Handte/TMCS*), *Jur. H.v.J.* 1992, I, p. 3983, nr. 20.

¹⁹³⁰ H. GAUDEMET-TALLON, *o.c.*, *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé* 1999, 333-337.

noch een gerecht dat krachtens artikel 5, sub 3, bevoegd is, de vordering te behandelen als een vordering uit overeenkomst.”¹⁹³¹ Zoals reeds gezegd, zijn de beleidsoverwegingen die aan het EEX-verdrag en aan het materiële recht ten grondslag liggen, immers totaal verschillend.¹⁹³²

En toch gaan de bewoordingen en de motieven van de uitspraak verder en raken ze ook materieelrechtelijke snaren. Dat arrest gaat immers uit van de stelling dat er tussen de uitersten van een ketting van overeenkomsten geen contractuele verbintenis ontstaat, omdat het gaat om een “*situatie waarin er geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig heeft aangegaan jegens een andere*”.¹⁹³³ Die uitersten zijn met elkaar niet contractueel verbonden. Zelfs bij een keuze voor een contractuele verbintenis is nog uit te maken of de clausules uit het ene dan wel het andere contract op de aanspraak wordt toegepast. Ten slotte is die aansprakelijkheid in de meeste Lidstaten niet contractueel van aard, zodat bepaalde auteurs ervoor pleiten dat ook het materiële recht in de zin van *Handte* wordt gewijzigd.¹⁹³⁴ Het is dan ook niet verwonderlijk dat ook de meest gezaghebbende auteurs ervoor opteren om de rechtstreekse aanspraak van de uiteindelijke bestemming tegen de oorspronkelijke verkoper delictueel van aard te maken, wat daarenboven het voordeel met zich meebrengt dat de grondslag en de regeling van de rechtstreekse vordering daardoor minder onzeker zou worden.¹⁹³⁵

Er is nog op te merken dat niet alle in het *Handte*-arrest of de erbij horende conclusie aangehaalde argumenten even relevant zijn. Zo is de aansprakelijkheid op grond van de productaansprakelijkheidsrichtlijn volgens Jacobs als een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te beschouwen, omdat afwijkingen bij overeenkomst zijn uitgesloten.¹⁹³⁶ Een uitsluiting van de mogelijkheid om in een overeenkomst een exoneratiebeding in te lassen, betekent evenwel nog niet dat de aansprakelijkheid delictueel van aard is: in de meeste rechtssystemen kunnen zowel bij contractuele als bij delictuele¹⁹³⁷ aansprakelijkheid exoneraties worden bedongen. Van een verouderde opvatting getuigt evenzeer de uitspraak als zou de contractuele aansprakelijkheid enkel een vorm van risico-aansprakelijkheid (*strict*

¹⁹³¹ H.v.J. nr. C-26/91, 17 juni 1992 (*Handte/TMCS*), *Jur. H.v.J.* 1992, I, p. 3984, nr. 24.

¹⁹³² Zie ook Adv.-gen. F.J. JACOBS, concl. onder H.v.J. nr. C-26/91, 17 juni 1992 (*Handte/TMCS*), *Jur. H.v.J.* 1992, I, p. 3985, nr. 26; H.v.J. nr. C-364/93, 19 september 1995 (*Marinari/Lloyd's*), *Jur. H.v.J.* 1995, I, p. 2740-2741, nr. 18.

¹⁹³³ H.v.J. nr. C-26/91, 17 juni 1992 (*Handte/TMCS*), *Jur. H.v.J.* 1992, I, p. 3994, nr. 15.

¹⁹³⁴ M. DECKER, “Contract or tort: a conflict of characterisation”, 42 *ICLQ* 1993, (366) 369; C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 293, nr. 44.

¹⁹³⁵ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 853, nr. 795.

¹⁹³⁶ Adv.-gen. F.J. JACOBS, concl. onder H.v.J. C-26/91, 17 juni 1992 (*Handte/TMCS*), *Jur. H.v.J.* 1992, I, p. 3989, nr. 38.

¹⁹³⁷ Maar volgens sommigen nog niet in Frankrijk (cf. *supra*, nr. 46).

liability) zijn, want er bestaat ook op contractueel vlak zoiets als een middenverbintenis waarbij de tekortkoming aan de zorgvuldigheid (of de fout) juist een element van de aansprakelijkheid uitmaakt, terwijl op buitencontractueel vlak ook zoiets bestaat als een resultaatsverbintenis wanneer een wettelijke verplichting met een welbepaald gebod of verbod wordt geschonden.¹⁹³⁸

3. Europese wetgever

460. In tegenstelling tot de geschetste rechtspraak met betrekking tot het EEX-verdrag sluit de Europese wetgever dan weer de omgekeerde, nl. contractuele, optie niet uit.

Volgens de recente richtlijn van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (*directive on consumer goods guarantees, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*),¹⁹³⁹ is een verkoper tegenover consumenten aansprakelijk voor elk gebrek aan overeenstemming van de goederen met de overeenkomst voorzover dit gebrek reeds bij de aflevering van de goederen bestaat.¹⁹⁴⁰ De richtlijn bevat een minimumgarantie die de consument bij niet-conformiteit van de goederen in iedere Europese lidstaat in ieder geval tegen de verkoper moet kunnen laten gelden. Ze moest tegen 1 januari 2002 in het nationale recht worden omgezet.¹⁹⁴¹

In artikel 12 van die richtlijn wordt erop gewezen dat de problematiek van een eventuele rechtstreekse aanspraak van de consument tegen de producent voorlopig niet wordt geregeld, maar wel naar de toekomst wordt verschoven. In het verslag dat die richtlijn zal moeten evalueren “*wordt onder meer aandacht besteed aan de mogelijkheid producenten rechtstreeks aansprakelijk te stellen; indien passend, zal het verslag vergezeld gaan van voorstellen.*” Blijkbaar is terzake geen compromis bereikt.

Ook voor het regres dat een aansprakelijk gestelde eindverkoper op “*de aansprakelijke persoon of personen in de contractuele keten*” kan nemen, beperkt de richtlijn er zich toe naar het nationale recht te verwijzen: “*De persoon of personen op wie de eindverkoper verhaal kan nemen alsmede de rechtsvorderingen en de wijze van procederen worden bepaald door het nationale recht.*”¹⁹⁴² Het kan hierbij gaan om de producent, een eerdere verkoper in dezelfde contrac-

¹⁹³⁸ Cf. *supra*, nr. 77.

¹⁹³⁹ Richtl. Parl. en Raad nr. 1999/44, *PB. L.* 7 juli 1999, afl. 171, 12. Voor een vroege commentaar op deze richtlijn zie H. EHMANN, “Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie”, *J.Z.* 1999, 853-864.

¹⁹⁴⁰ Art. 3.

¹⁹⁴¹ Een dergelijke lange termijn was nodig omwille van het “*ingewikkelde karakter*” van de materie (zie motivering raad sub art. 9). De Belgische wetgever heeft de termijn niet gehaald.

¹⁹⁴² Art. 4 in fine.

tuele keten of enige andere tussenpersoon. Uit die bepaling blijkt nog eens dat de uitspraken van het Europese Hof van Justitie in het kader van het EEX-Verdrag geenszins noodzakelijkerwijze een weerslag op het materiële recht zullen hebben.

Toch is een rechtstreekse aanspraak in de toekomst op Europees niveau niet uit te sluiten, aangezien ook Engelse auteurs stilaan voor die idee gewonnen raken.¹⁹⁴³

§ 4. CONTRACTGROEPEN

461. De meest verstrekkende poging tot uitbreiding van de contractuele aansprakelijkheid in het kader van samenhangende overeenkomsten¹⁹⁴⁴ is de theorie van de contractgroepen (*groupes de contrats, linked/connected contracts*) die de inhoud van de relativiteit van de overeenkomst heroriënteert. Volgens die leer van Franse origine¹⁹⁴⁵ krijgt een overeenkomst die tot een contractgroep behoort, *Aussenwirkung*, d.w.z. werking buiten de kring van de onmiddellijke contractpartijen. Bepaalde personen verwerven een rechtstreekse contractuele aanspraak tegen een schadeverwekkende contractant met wie ze zelf volgens het traditionele relativiteitsbeginsel niet in een contractuele relatie staan, omdat ze via een andere overeenkomst waarbij ze wel partij zijn op één of andere nader te specificeren wijze toch nauw verbonden zijn met die ene overeenkomst op grond waarvan ze een aanspraak maken. De contractgroep vervoegt, ja zelfs, vervangt tot op zekere hoogte, het naast elkaar bestaan van de tot dan toe autonoom gedachte overeenkomsten.

462. Nu reeds knoopt het positieve recht op andere vlakken aan de nauwe samenhang tussen overeenkomsten rechtsgevolgen vast. Wanneer de band tussen twee overeenkomsten zo nauw is dat hun lot ondeelbaar met elkaar

¹⁹⁴³ Aldus H. BEALE, o.c., in X, *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, Parijs, L.G.D.J., 2001, 62.

¹⁹⁴⁴ De theorie van contractgroepen heeft noodzakelijkerwijze tot gevolg dat niet alle rechtstreekse vorderingen over één kam kunnen worden gescheurd. Er zijn minstens twee categorieën van rechtstreekse vorderingen: deze die bestaan in het kader van een contractgroep en de andere (zoals de rechtstreekse vordering tegen een aansprakelijkheidsverzekeraar). In die visie vormt het bestaan van rechtstreekse vorderingen in geval van contractgroepen het gemeen recht, maar buiten die context blijft het bestaan van rechtstreekse vorderingen een uitzondering waarvoor nog steeds een specifieke wettelijke grondslag is vereist (zie o.m. M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 306, nr. 331 (onderscheid tussen rechtstreekse vorderingen “internes ou externes aux groupes de contrats”); B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, p. 280, nr. 560).

¹⁹⁴⁵ Het werk van Teyssié (dat niet tot de problematiek van driepartijenverhoudingen beperkt blijft) heeft de weg geopend, maar de werken van Néret en van Bacache-Gibeili die op niet onbelangrijke punten van elkaar verschillen, verdienen evenveel aandacht.

verbonden is, dan kan de afwikkeling van de ene overeenkomst als gevolg van die ondeelbaarheid een impact hebben op de afwikkeling van de andere overeenkomst.¹⁹⁴⁶ Dit is wat men de *Binnenwirkung* van een overeenkomst noemt.¹⁹⁴⁷

Daarnaast wordt die theorie van contractgroepen ook soms als legitimatie van de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad ter sprake gebracht.¹⁹⁴⁸

Die rechtsgevolgen hebben evenwel enkel betrekking op de verhoudingen tussen de partijen bij elke individuele overeenkomst afzonderlijk en niet op een verhouding tussen niet-contractpartijen waartoe de huidige thesis beperkt blijft.

463. De theorie van de contractgroepen heeft reeds een lange weg achter zich (A-B) en het is zeer de vraag of het eindpunt van de ontwikkeling reeds is bereikt. Algemeen worden Teyssié met zijn doctoraatsthesis over contractgroepen in het algemeen en Néret met zijn thesis over onderovereenkomsten in het bijzonder, beide van de zeventiger jaren, als de “*founding fathers*” van die nieuwe theorie beschouwd (C).¹⁹⁴⁹ Op het eind van de tachtiger jaren beleefde de theorie haar hoogtepunt, toen de eerste civiele kamer van het Franse Hof van Cassatie stap voor stap de theorie in haar rechtspraak incorporeerde (D). Daarop stelden de eerste en de derde civiele kamer van het Franse Hof van Cassatie zich verdeeld op ten aanzien van de theorie die met het *Besse*-arrest in het begin van de negentiger jaren de doodsteek kreeg (E). Toch geeft een bepaalde strekking in de rechtsleer tegen het eind van het tweede millennium, onder andere met de thesis van Bacache-Gibeili de moed niet op en blaast ze de theorie weer nieuw leven in, al is de rechtspraak haar (voorlopig?) nog niet in de voetstappen getreden (F). Over de Franse landsgrenzen heen heeft de theorie van de contractgroepen ook de nodige aandacht van de rechtsleer gekregen (G). Uiteindelijk was haar invloed wel beperkt, zeker nu het hoogste gerechtshof van het land vanwaar de theorie afkomstig is, de theorie heeft afgeketst.

¹⁹⁴⁶ Zie o.m. P.-H. DELVAUX, “Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 360, nr. 1; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 104, nr. 286-1; G. VINEY, “Groupes de contrats et responsabilité du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 334, nr. 1. Zie voor een toepassing Cass. 8 september 1995, *Pas.* 1995, I, 785 (exclusieve verkoop en concessie).

¹⁹⁴⁷ Cf. *supra*, nr. 17.

¹⁹⁴⁸ G. VINEY, “Groupes de contrats et responsabilité du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, 335-359.

¹⁹⁴⁹ Voordien had vooral Durry al gepleit voor een verruimde contractuele aansprakelijkheid omdat hij de betrokkenen bij samenhangende overeenkomsten geen echte derden vond, zij het nog zonder enig concept van contractgroepen te ontwikkelen (zie G. DURRY, “Variations sur la responsabilité de l’acconier”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1969, 773-776).

A. *Uitgangspunt: probleemstelling*

464. De theorie van de contractgroepen is ontstaan om aan een tweevoudig probleem te ontkomen.

Op strikt-juridisch vlak leidde de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie volgens de rechtsleer tot een ongerechtvaardigde assimilatie van contractuele en delictuele fouten.¹⁹⁵⁰ Waar het Hof er weliswaar in theorie vanuit gaat dat een eiser voor de toepassing van de delictuele aansprakelijkheid een fout moet bewijzen die van de overeenkomst kan worden losgemaakt (*une faute détachable du contrat*), werd dit principe door het Hof evenwel slechts op een formele wijze gecontroleerd. Zodra een feitenrechter zonder meer een afzonderlijke delictuele fout vaststelde, werd dit ook door het Hof als waar aangenomen; zodra de feitenrechter de cassatieformule overnam, kwam het niet tot een censuur door het Hof van Cassatie. Op die manier werd een contractuele fout *ipso facto* als een buitencontractuele fout beschouwd, werd het onderscheid tussen contractuele en delictuele fouten slechts naar de mond beleden en werd de verbindende kracht van de interne gevolgen van een overeenkomst, onder het mom van de tegenstelbaarheid, naar derden toe uitgebreid. De relativiteit van de overeenkomst werd onrechtstreeks doorbroken doordat niet tegelijk de relativiteit van de contractuele fout werd aanvaard. Of zoals Jourdain het kernachtig uitdrukt: “*Car de deux choses l’une; soit on autorise la victime à se prévaloir de l’inexécution contractuelle, mais il faut admettre réciproquement le débiteur à opposer son contrat, ce qui doit conduire à reconnaître une nature contractuelle à sa responsabilité; soit, dans une conception stricte de l’effet relatif des conventions, si l’on ne veut pas permettre au débiteur d’opposer son propre contrat à la victime, on doit reconnaître une certaine relativité à la faute contractuelle*”.¹⁹⁵¹

Dit juridisch bezwaar werd door een tweede kritiek van beleidsmatige aard versterkt. Eén van de functies die een overeenkomst vervult, is precies dat de toekomst erdoor meer voorzienbaar wordt: bij het sluiten van een overeenkomst vertrouwen de contractpartijen in het vervolg op de voorzieningen die ze in hun contract hebben ingebouwd. Wanneer de delictuele aansprakelijkheid nu tussen de contractpartijen op een ongebreidelde wijze wordt toegepast, raakt het contractuele evenwicht verstoord, aangezien in het domein van de delictuele aansprakelijkheid van een contractant de doorwerking van eventuele contractuele clausules niet wordt aanvaard. Wanneer een derde beweert door de niet-uitvoering van een zuiver contractuele verbintenis schade te hebben geleden, dan moet de

¹⁹⁵⁰ Die assimilatie is ook één van de redenen voor het samenloopverbod (C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 49, nr. 68).

¹⁹⁵¹ P. JOURDAIN, “La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l’arrêt d’Assemblée plénière du 12 juillet 1991”, *D.* 1992, Chron., p. 155, nr. 33.

aangesproken contractant ook de kans krijgen om als verweer tegen een dergelijke aanspraak de door hem voorziene contractuele clausules in te roepen. De aansprakelijkheid van een contractant tegenover een derde voor schade die volgt op de niet-uitvoering van een zuiver contractuele verbintenis, is ten aanzien van de schadelijdende derde een lovenswaardig belang, maar het belang van de aangesproken contractant bij de toepassing van de door hem voorziene contractuele regeling – voorzover die regeling aan de geldigheidsvoorwaarden inzake overeenkomsten voldoet – is dit evenzeer. Welnu, door de theorie van de contractgroepen wordt gepoogd tussen die twee belangen een evenwicht te bereiken, door de aansprakelijkheid van een contractant tegenover een derde in een groep van contracten te contractualiseren. Zodoende wordt de schuldenaar beschermd in de mate dat zijn voorzieningen niet langer door de tussenkomst van een derde worden verstoord.¹⁹⁵²

B. Andere methodes

465. Aan de basis van de theorie van de contractgroepen ligt het axioma dat de enige weg om een belangenevenwicht te bereiken, door het contractuele veld loopt. De legitieme doelstellingen van de aanhangers van die theorie zijn evenwel nog via andere middelen te bereiken, maar de Franse auteurs komen daar meestal niet eens toe. Het werk van Néret bijvoorbeeld toont de obsessie van de Franse rechtsleer om een rechtstreekse aanspraak tussen leden van een contractgroep hetzij als contractueel, hetzij als delictueel te beschouwen. Zo schrijft hij: “*Il est donc nécessaire d’opter entre la nature délictuelle ou contractuelle de l’action.*”¹⁹⁵³ De werkelijkheid is evenwel meer gedifferentieerd doordat tussen het contractuele en het delictuele veld een grotere wisselwerking mogelijk is.

Het ene alternatief bestaat erin om een rechtstreekse aanspraak bij nauw verbonden samenhangende overeenkomsten uit een nieuwe bron van verbintenissen te laten ontspringen. De slaagkans van dit alternatief hangt af van de gehanteerde theorie van bronnen van verbintenissen. De ene keer wordt gepleit voor een open systeem,¹⁹⁵⁴ de andere keer en meestal voor een (quasi-)gesloten systeem van bronnen van verbintenissen. In ieder geval heeft de rechtspraak en rechtsleer, buiten het Burgerlijk Wetboek om, al nieuwe bronnen van verbintenissen erkend, aangezien ze al langer de

¹⁹⁵² *Ibid.*, p. 150, nr. 4; I. MARCHESSAUX, “L’opposabilité du contrat aux tiers”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 94, nr. 32. Meteen zou ook de tegenstelling zijn opgeheven tussen de tegenstelbaarheid van de overeenkomst als feit en de onmogelijkheid om zich op clausules te beroepen (V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, o.c., in *L’interdépendance des contrats – Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, Vlaamse Pleitgenootschap Balie, 1997, 40).

¹⁹⁵³ J. NÉRET, *Le sous-contrat*, p. 267, nr. 370.

¹⁹⁵⁴ Zie voor de Nederlandse rechtskring J. SMITS, *Het vertrouwensbeginsel*.

verbintenis uit eenzijdige wilsuïting en die uit ongerechtvaardigde verrijking algemeen erkennen, ook al zouden beide dan wel hun verantwoording vinden in de beginselen die aan het B.W. ten grondslag liggen. Dit alternatief houdt dus een pleidooi in voor een nieuw soort van quasi-contract, al zou ook die werkwijze heel wat tijd, inspanning en pleidooien vergen vooraleer een nieuwe bron van verbintenissen aan de bestaande lijst zou worden toegevoegd.¹⁹⁵⁵

Bij wijze van tweede alternatief voor de theorie van contractgroepen kan de nauwe band tussen twee samenhangende overeenkomsten ook via een meer uitgebreide doorwerking van overeenkomsten in het (reeds bestaande) domein van de delictuele aansprakelijkheid tot zijn recht komen. De tegenstelbaarheid van overeenkomsten blijft immers niet beperkt tot het bestaan van de overeenkomst, maar strekt zich ook uit tot de clausules ervan.¹⁹⁵⁶ In de volgende delen van de onderhavige thesis wordt verdedigd dat die methode nog het minst inbreuk lijkt te maken op de traditionele beginselen van ons verbintenissenrecht al heeft ze nog niet echt voet aan Belgische bodem gekregen, terwijl de kritiek op de assimilatie van contractuele en delictuele fouten eerder als een vals probleem kan worden weggeuifd (zeker in het Belgische recht en temeer daar in andere rechtstelsels het probleem niet eens bestaat). Maar eerst volgt in dit hoofdstuk nog de bespreking van de methode waarvoor de voorstanders van de contractgroepen pleiten.¹⁹⁵⁷

C. Geleidelijke ontwikkeling

466. De voorstanders van de theorie van contractgroepen¹⁹⁵⁸ gaan er, zoals gezegd, van uit dat een contractant niet alleen tegenover zijn medecontract-

¹⁹⁵⁵ Op die methode wordt weliswaar gewezen, maar niet nader ingegaan door M. BACACHE-GIBEILL, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 315, nr. 342.

¹⁹⁵⁶ Cf. *supra*, nr. 108.

¹⁹⁵⁷ Hier is ook nog even te wijzen op het verregaande en daarom ook algemeen afgekeurde voorstel van Huet. In zijn thesis stelt hij voor om een strak onderscheid te maken tussen de contractuele prestatie en de aansprakelijkheid. Voor de vordering tot nakoming van de contractuele prestatie blijft de relativiteit in al haar sterkte gelden indien de prestatie niet of slechts gebrekkig werd uitgevoerd. De contractuele aansprakelijkheid daarentegen wordt uitgebreid en objectiever ingekleurd: het is niet langer de juridische hoedanigheid (van contractpartij dan wel van derde), maar wel het voorwerp van de prestatie dat de contractuele van de delictuele aansprakelijkheidsregels zou moeten onderscheiden. Dit betekent dat de contractuele aansprakelijkheid van toepassing zou zijn wanneer de schade is ontstaan door de zaak die het voorwerp van de prestatie uitmaakt. Op die manier zou wel aan de “*besoin de prévision des contractants*” voldaan zijn (J. HUET, *Responsabilité contractuelle et délictuelle*, vooral p. 680, nr. 717, p. 691-693, nr. 728; voor een kritiek zie G. VINEY, *Introduction*, p. 443, nr. 242).

¹⁹⁵⁸ Voor een overzicht van de voorstanders van de *groupes de contrats*, zie M. ESPAGNON, noot onder Cass. fr. (civ. II) 8 juni 1979, *D.* 1980, Jur., 565.

tant op contractuele grondslag aansprakelijk is, maar evenzeer tegenover die personen die op een nader te speciëren wijze via een andere overeenkomst nauw verbonden zijn met de overeenkomst waarbij de aangesprokene partij is (*rappports contractuels secondaires* of *actions médiates en responsabilité au sein des groupes de contrats*¹⁹⁵⁹) en die we om die reden niet langer op ondubbelzinnige wijze “derde” kunnen noemen.

Volgens sommige auteurs gaat die leer als uitzondering op het relativiteitsbeginsel niet zo ver dat de leden van de contractgroep die niet in een onmiddellijke contractband tot elkaar staan, elkaar tot uitvoering van elkaars overeenkomst kunnen aanspreken.¹⁹⁶⁰ Volgens de meerderheid van die rechtsleer verantwoordt het bestaan van een contractgroep evenwel niet alleen de rechtstreekse vordering tot schadevergoeding maar evenzeer die tot uitvoering in natura. Zo bijvoorbeeld zou de onderhuurder rechtstreeks de verhuurder kunnen aanspreken, opdat die aan verstoringen in het genot van het verhuurde goed een eind zou maken.¹⁹⁶¹

De hardste noot om kraken is wel de afbakening van de grenzen van een contractgroep. Weliswaar kan er tussen twee of meerdere overeenkomsten vlug een band ontstaan, maar daarom is die band nog niet nauw te noemen. Om na te gaan volgens welk criterium de band tussen twee overeenkomsten zo nauw is dat er van een contractgroep sprake is, vertrekt Teyssié vanuit de feitelijke werkelijkheid¹⁹⁶² en maakt hij zo een catalogoog van contractgroepen op.¹⁹⁶³ Zijn basisonderscheid is dat tussen enerzijds de “contractkettingen” (*chaînes de contrats*) die een lineaire structuur vertonen en dus een opeenvolging van overeenkomsten behelzen¹⁹⁶⁴ en anderzijds de “samenhangende contracten” (*ensembles de contrats*)¹⁹⁶⁵ waarvan de

¹⁹⁵⁹ Naar de woorden van B. Teyssié.

¹⁹⁶⁰ I. MARCHESSEAU, “L’opposabilité du contrat aux tiers”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 95, nr. 33.

¹⁹⁶¹ J. NÉRET, *Le sous-contrat*, p. 272, nr. 379.

¹⁹⁶² Het gaat om een economische conceptie van de overeenkomst: de realisatie van één economische operatie staat centraal (zie J. GHESTIN, “Introduction”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, 10).

¹⁹⁶³ Teyssié behandelt de invloed van de contractgroepen op de aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden. Zo kan een contract van de groep leiden tot een verzwakking of versterking van een ander contract of tot een uniformisering van de betrokken contracten (cf. *supra*, nr. 17). Zie ook de catalogoog van X. DIEUX, “Les chaînes et groupes de contrats”, p. 113-115, nr. 3.

¹⁹⁶⁴ Teyssié onderscheidt verder tussen de “*chaînes par addition*” en de “*chaînes par diffraction*”: bij de eerste soort volgen de overeenkomsten elkaar in tijd op zoals bij opeenvolgende koopovereenkomsten, terwijl bij de tweede soort de overeenkomsten weliswaar ná elkaar worden gesloten maar er in de duur sprake is van een samenvallen (“*conjonction*”) van die overeenkomsten, zoals bij onderovereenkomsten.

¹⁹⁶⁵ Een ander vaak terugkomend onderscheid is dat tussen homogene (zoals een ketting van koopovereenkomsten of onderovereenkomsten) en heterogene contractgroepen (zoals een aanneming gevolgd door een koop), naargelang de overeenkomsten in de groep al dan niet

structuur circulair is omdat telkens één sleutelpersonage centraal staat.¹⁹⁶⁶ Dit onderscheid bepaalt meteen ook de twee criteria die op het bestaan van een contractgroep wijzen, met name het voorwerp en de oorzaak, twee traditionele geldigheidsvereisten voor overeenkomsten of rechtshandelingen in het algemeen.¹⁹⁶⁷ Bij contractkettingen hebben de betrokken overeenkomsten een gemeenschappelijk voorwerp, terwijl de samenhangende contracten zich door een gemeenschappelijke oorzaak kenmerken in de zin dat contractpartijen een gemeenschappelijk doel nastreven (*but commun*). De hantering van beide begrippen in die context stuitte op veel kritiek, omdat enerzijds het voorwerp slechts in heel beperkte mate gemeenschappelijk kon worden genoemd en op die manier de notie van het voorwerp verschaalt (b.v. in een ketting van aanneming en koop is het voorwerp veel ruimer dan de zaak waarop het slaat) en omdat anderzijds de oorzaak niet zo gemeenschappelijk is als Teyssié ons wil voorhouden (b.v. de doelstelling van een leverancier is niet zo gericht op het te realiseren economisch project).¹⁹⁶⁸

Néret beperkte zijn studie tot een subcategorie van de contractgroepen, met name de onderovereenkomsten. Opdat er van een ondercontract en dus van een nauwe band tussen twee overeenkomsten sprake zou zijn, moeten twee overeenkomsten dezelfde doelstelling op het oog hebben: beide zijn gericht op de voldoening van dezelfde bestemming of begunstigde van de prestatie. Volgens Néret zijn er twee fundamentele legitimatiegronden voor een rechtstreekse aanspraak van de bestemming van een dienst. Aan de ene kant ziet hij niet in, wellicht samen met Savatier,¹⁹⁶⁹ waarom een koper van een zaak zich wel rechtstreeks tot de oorspronkelijke verkoper zou mogen richten maar een bestemming van een dienst niet

van dezelfde aard zijn. Nog een ander onderscheid stamt van Delvaux, al lijkt hij zelf niet echt overtuigd van het belang van zijn indeling in het licht van het relativiteitsbeginsel: contractgroepen met een lineaire structuur (schuldenaar van hoofdovereenkomst is schuldeiser van onderovereenkomst), contractgroepen met een “*structure rayonnante*” (contracten van hetzelfde type met verschillende personen met zelfde doel) en contractgroepen met een triangulaire of circulaire structuur (zoals leasing) (P.-H. DELVAUX, “Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 361, nr. 2). Vranken spreekt hier dan ook terecht van een “*erg vërgaande onderscheidingsdrijf*” (J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6289, p. 736, nr. 25).

¹⁹⁶⁶ Hier maakt hij verder een onderscheid tussen wederzijds afhankelijke (*interdépendants*) samenhangende contracten en deze met eenzijdige afhankelijkheid (*à dépendance unilatérale*). Bij de eerste soort staan de overeenkomsten op dezelfde voet (zoals bij vervoercontracten met verschillende vervoerders) en bij de tweede soort is er één hoofdovereenkomst terwijl de andere overeenkomsten accessoir, ondergeschikt zijn aan de eerste (zoals bij leasing of stuwadoor bij transport).

¹⁹⁶⁷ Zie voor een kritiek op de vereisten van voorwerp en oorzaak: C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 282, noot 109.

¹⁹⁶⁸ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 815-187, nr. 757.

¹⁹⁶⁹ R. SAVATIER, “La vente de services”, *D.* 1971, Chron., 223.

tegen de oorspronkelijke dienstverlener. Aan de andere kant komt het voordeel van de verbintenis om te doen rechtstreeks in het vermogen van de bestemming, zonder eerst dat van de tussenpersoon te moeten passeren.¹⁹⁷⁰

Bacache-Gibeili ziet de nauwe band tussen twee overeenkomsten dan weer in het voorwerp van de verbintenis van twee (of meer) contracten, in de zin van de beloofde prestatie. Haar verdienste ligt onder meer in een nauwgezette analyse van de begrippen “overeenkomst”, “verbintenis” en “prestatie”, waarop het voorwerpvereiste telkens betrekking kan hebben. Uit een contract vloeien meerdere verbintenissen in de zin van rechtsbanden voort (met een recht of schuldvordering aan de ene kant en – in het spiegelbeeld ervan – een verplichting of schuld aan de andere kant). Het voorwerpvereiste in de eigenlijk zin slaat precies op de verbintenis.¹⁹⁷¹ Zodra één van de verbintenissen van het ene contract identiek is aan een, zij het accessoire, verbintenis van het andere contract, dan is er sprake van een contractgroep.¹⁹⁷²

Ten slotte ziet Espagnon een band tussen de twee overeenkomsten in de begunstiging van de schuldeiser door de uitvoering van een contract waarbij deze geen partij is: “*Tiers à la formation de ces sous-contrats, le créancier principal est néanmoins le bénéficiaire de leur exécution*”.¹⁹⁷³

Ziedaar het overzicht van een reeks uiteenlopende theorieën, waarmee is aangetoond dat het heel moeilijk is om de categorie van contractgroepen precies af te bakenen.

467. Het bestaan van een rechtstreekse aanspraak op grond van een contractgroep belet niet dat de aanspraak tegen de rechtstreekse medecontractant blijft bestaan.¹⁹⁷⁴ Het bestaan van een contractgroep houdt immers geen overdracht van schuldvordering in. “*Le lien contractuel médiat né de l’enchaînement des contrats n’exclut nullement en effet le lien contractuel*

¹⁹⁷⁰ J. NÉRET, *Le sous-contrat*, p. 264-265, nr. 364.

¹⁹⁷¹ Zie voor verdere verwijzingen I. CLAEYS, “Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming?”, *T.B.H.* 1999, p. 841-842, nr. 5.

¹⁹⁷² Bij rechtstreekse vorderingen tot betaling (te onderscheiden van de rechtstreekse aansprakelijkheidsvorderingen) stelt Bacache-Gibeili nog een bijkomende vereiste van gelijkheid van oorzaak van de verbintenis in de zin van voorwerp-oorzaak. Een “derde” kan immers tegen een contractant slechts een aanspraak tot betaling doen gelden, wanneer de beloofde wederprestatie uit zijn eigen contract overeenstemt met de wederprestatie uit het contract van de aangesproken contractant. Zo kan een onderaannemer tegen de bouwheer op betaling slechts aanspraak maken in de mate waarin de wederprestatie van de onderaannemer gelijk is aan de wederprestatie die de hoofdaannemer tegenover de bouwheer verschuldigd is.

¹⁹⁷³ M. ESPAGNON, noot onder Cass. fr. (civ. II) 8 juni 1979, *D.* 1980, Jur., 564-565. Zie ook E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 193, nr. 263.

¹⁹⁷⁴ Voor een vergelijkbare opmerking op het vlak van vertegenwoordiging en kwalitatieve rechten, cf. *supra*, nr. 249 en nr. 196 et seq.

*immédiat créé par l'accord des volontés.*¹⁹⁷⁵ De aanspraak tegen de verderstaande schakel is alleen een bijkomende mogelijkheid (*facilité*).¹⁹⁷⁶

Toch is het onderscheid tussen een overdracht van schuldvordering en een contractgroep feitelijk gezien niet altijd glashelder, zoals ook het verschil tussen contracttoetreding en meerpartijenovereenkomsten enerzijds en contractgroepen anderzijds.¹⁹⁷⁷ Interferenties tussen juridische categorieën zijn onvermijdelijk. *“Il arrive parfois cependant que les rapports entre le destinataire du service et le substitut finissent par éclipser ceux qui existent entre chacun des extrêmes et l'intermédiaire. (...) Effacement des rapports entre l'intermédiaire et le destinataire du service et glissement vers une cession ... La sous-traitance ne dégénère-t-elle pas insensiblement en “co-traitance”? Effacement des rapports entre l'intermédiaire et le substitut et glissement vers un ensemble “cumulatif” ... Une disqualification vient sanctionner l'abandon, par le sous-contrat, de ses caractères propres.*¹⁹⁷⁸

D. Bloeiperiode: Franse cassatierechtspraak

468. In navolging van de geschetste rechtsleer heeft de eerste (civiele) kamer van het Franse Hof van Cassatie op het eind van de tachtiger jaren de theorie van de contractgroepen, in twee fases, effectief aanvaard, zodat bijvoorbeeld een rechtstreekse aanspraak van een bouwheer tegen een onderaannemer niet langer op delictuele maar enkel op contractuele grondslag mogelijk was.

In een eerste fase paste het Hof in het zogenaamde *Clic Clac Photo*-arrest of *Néret*-arrest¹⁹⁷⁹ de contractuele aansprakelijkheid toe op de relatie tussen de twee uitersten bij een onderovereenkomst. In casu had een aannemer die zich tot de vergroting van diapositieven had verbonden, zijn opdracht doorgegeven aan een onderaannemer die de diapositieven daarop had verloren. Het Hof van Cassatie vernietigde het arrest dat de onderaannemer tegenover de oorspronkelijke opdrachtgever delictueel aansprakelijk stelde: *“dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette personne que d'une action de nature nécessairement contractuelle, qu'il peut exercer directement dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur*

¹⁹⁷⁵ G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, 418.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*, 419, sub b).

¹⁹⁷⁷ Het is dan ook moeilijk om strikt het domein van de meerpartijenovereenkomst buiten een bespreking van contractgroepen te houden (zie in die zin nochtans X. DIEUX, “Les chaînes et groupes de contrats”, p. 112-113, nr. 2).

¹⁹⁷⁸ J. NÉRET, *Le sous-contrat*, p. 342, nr. 480.

¹⁹⁷⁹ Zo genoemd naar de inspirator van het Hof door J. MESTRE, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989, 75.

substituée.¹⁹⁸⁰ Dezelfde idee werd wat later nog eens toegepast bij een zogenaamde onderbewaargeving. In casu had een tekenaar zijn tekeningen aan een ander in bewaring gegeven. Bij het einde van de overeenkomst had de bewaarnemer een vervoerder ingeschakeld om de tekeningen bij het einde van het contract terug te sturen. De vervoerder die door het Hof als een onderaannemer werd beschouwd, kon rechtstreeks door de bewaargever-eigenaar worden aangesproken.¹⁹⁸¹

In een tweede fase breidde het Franse Hof van Cassatie die rechtspraak uit in het arrest van het beschadigde vliegtuig of het zogenaamde Teysié-arrest¹⁹⁸² en was het bereid om de theorie van de contractgroepen overkört in het Franse positieve recht te incorporeren. Ditmaal had de Parijse luchthaven zich bij wijze van aanneming tegenover een Noorse luchtvaartmaatschappij verbonden om de vliegtuigen van die laatste van de inschepingsplaats naar de vluchtbaan te verplaatsen. Voor die operatie gebruikte de luchthaven een van de fabrikant Saxby gekochte tractor die op zijn beurt een onderdeel (*vanne pneumatique*) van fabrikant Soderep bevatte. Bij één van de verplaatsingsoperaties kwam de tractor plots los van de afstootbaar en botste zo tegen een vliegtuig van de Noorse maatschappij. Achteraf bleek het ongeval aan een gebrek in de *vanne pneumatique* te wijten. Omwille van de exoneratieclausule in het contract met de luchthaven was een rechtstreekse aanspraak tegen de twee verderstaande contractanten de enige uitweg voor de Noorse maatschappij om zijn schade alsnog te kunnen verhalen. Het arrest dat die vordering op grond van delictuele aansprakelijkheid had toegestaan, werd door het Franse Hof van Cassatie vernietigd omdat de vordering noodzakelijk van contractuele aard was: “*que, dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n’ont souffert du dommage que parce qu’ils avaient un lien avec le contrat initial; qu’en effet, dans ce cas, le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d’une action de nature contractuelle, même en l’absence de contrat entre eux*”.¹⁹⁸³

¹⁹⁸⁰ Cass. fr. (civ. I) 8 maart 1988, *J.C.P.* 1988, II, nr. 21.070, noot P. JOURDAIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1988, 741 (J. MESTRE), *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1988, 551 (P. REMY) (cassatie).

¹⁹⁸¹ Cass. fr. (civ. I) 31 oktober 1989, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21.568, noot R. DE QUENAUDON. Eigenlijk betrof het eerder een bewaargeving gevolgd door een overeenkomst van transport van goederen (zie noot). Volgens de annotator bij dit geval zijn ook een rechtstreekse aanspraak in de omgekeerde richting (tot betaling) en een soort bilaterale rechtstreekse aanspraak nodig.

¹⁹⁸² Zo genoemd naar de inspirator van het Hof door J. MESTRE, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989, 75.

¹⁹⁸³ Cass. fr. (civ. I) 21 juni 1988, *J.C.P.* 1988, II, nr. 21.125, noot P. JOURDAIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989, 74 en 107 (*convention d’assistance aéroportuaire* – verbreking m.b.t. de toepassing van de delictuele aansprakelijkheid).

Op die manier vond het Hof een weg om de exoneratieclausule, overeenkomstig het risicobeginsel,¹⁹⁸⁴ te laten doorwerken.

Een dag later dan het Teyssié-arrest van de eerste civiele kamer besloot de derde civiele kamer evenwel aan het klassieke standpunt te blijven vasthouden: “*l’obligation de résultat d’exécuter des travaux exempts de vices, à laquelle le sous-traitant est tenu vis-à-vis de l’entrepreneur principal, a pour seul fondement les rapports contractuels et personnels existant entre eux et ne peut être invoquée par le maître de l’ouvrage, qui est étranger à la convention de sous-traitance*”.¹⁹⁸⁵ De toepassing van contractuele aansprakelijkheid tussen niet-contractpartijen zou neerkomen op een schending van het traditionele relativiteitsbeginsel.

E. Bezwaren en einde theorie

469. De rechtsleer die de theorie van de contractgroepen bepleitte en de rechtspraak van de eerste (civiele) kamer van het Franse Hof van Cassatie stuitten op veel kritiek, omdat die theorie niet alleen tot grote rechtsonzekerheid leidde maar ook tegen de tendens van een grotere slachtofferbescherming inging alsook tot onoplosbare onverenigbaarheden tussen de clausules van de samenhangende overeenkomsten leidde.

Alleen al uit de formulering van het *Teyssié*-arrest maar ook uit de uiteenlopende theorieën terzake blijkt de rechtsonzekerheid: dit arrest vereist weliswaar een nauwe band tussen twee overeenkomsten maar wat daaronder moet worden verstaan, komt niet uitdrukkelijk tot uiting. Het valt inderdaad moeilijk om de grens van de theorie van contractgroepen precies af te bakenen,¹⁹⁸⁶ om zo uit te maken in welke gevallen een contractgroep voorligt en wanneer niet.

¹⁹⁸⁴ Over dit beginsel, cf. *supra*, nr. 189 et seq. en *infra*, nr. 623.

¹⁹⁸⁵ Cass. fr. (civ. III) 22 juni 1988, *Bull. civ.* 1988, III, nr. 115, *J.C.P.* 1988, II, nr. 21.125 (schrijnwerk huis – verwerping grief m.b.t. niet-toepassing contractuele aansprakelijkheid). Zie ook Cass. fr. (civ. III) 13 december 1989, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21.554, noot L. BOUILLOUX-LAFONT, *D.* 1990, IR, p. 11, kol. 1 (aanspraak hoofdaannemer tegen onderaannemer van onderaannemer). Over de vergelijkbare houding van de Franse Raad van State, die een stilzwijgend contract door goedkeuring van onderaannemer door bouwheer verwerpt, zie L. BOUILLOUX-LAFONT, noot onder Cass. fr. (civ. III) 13 december 1989, *J.C.P.* 1990, II, nr. 21.554, nr. I.A). Over de moeilijk te interpreteren houding van de handelskamer in die tijd zie P. JOURDAIN, “Des résistances et des limites à la jurisprudence sur la responsabilité contractuelle directe dans les groupes de contrats”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1990, 287-291.

¹⁹⁸⁶ G. VINEY, *Introduction*, p. 438, nr. 240.

470. Wat de slachtofferbescherming betreft,¹⁹⁸⁷ waren de pijlen van kritiek vooral op de rechtsgevolgen van die theorie gericht. Voornamelijk onder invloed van Néret was de contractuele aansprakelijkheid op grond van een contractgroep aan een dubbele, cumulatieve beperking onderhevig, met name aan de beperkingen die zowel uit het contract van de schuldenaar als uit dat van de schuldeiser voortvloeien. De schuldeiser kan niet méér eisen dan wat uit zijn overeenkomst met de tussenpersoon voortvloeit en de schuldenaar kan tot niet méér gehouden zijn dan waartoe hij zich in zijn eigen overeenkomst met de tussenpersoon heeft verbonden.¹⁹⁸⁸ Op die manier zou de belangenafweging te sterk in het voordeel van de schadeverwekker doorwegen.¹⁹⁸⁹

Vanuit angelsaksische hoek kwam de kritiek dat de *Néret*- en *Teyssié*-arresten niet op (contractuele) zuivere vermogensschade (gebrekkige uitvoering), maar op (delictuele) zaakschade (verloren of gestolen goederen) betrekking hadden en daarenboven niet bedoeld zijn om een nieuwe aansprakelijkheid te doen ontstaan maar, integendeel, om een bestaande delictuele aansprakelijkheid uit te sluiten of minstens te beperken.¹⁹⁹⁰

In de *Néret*-theorie werd ook met de wettelijke consumentenbescherming een loopje genomen, aangezien een professioneel die met een andere professioneel handelt, aan de consument bedingen kan tegenwerpen die in een verhouding professioneel-consument niet geldig zouden zijn.¹⁹⁹¹

In België vond de theorie in de ogen van Rigaux dan ook geen genade in de mate dat “*elle aboutit à juger de la responsabilité du défendeur en fonction de règles contractuelles qui ne sont pas nécessairement celles du contrat auquel il a adhéré.*”¹⁹⁹²

Ten slotte waren ook onverenigbaarheden tussen clausules uit beide betrokken overeenkomsten onvermijdelijk. Terwijl van verjaringstermijnen of exoneratieclausules nog kan worden gezegd dat de kortste respectievelijk

¹⁹⁸⁷ Een ander eigenaardig nevengevolg van de theorie van contractgroepen bestond erin dat de contractuele aansprakelijkheid in ruimere mate openstond voor een ondercontractant dan voor de echtgenote van de rechtstreekse contractant. In een arrest van 13 december 1989 had het Franse Hof van Cassatie geoordeeld dat een echtgenote van een contractant niet de hoedanigheid van contractant verkrijgt door het enkele feit dat de rechten of verplichtingen uit de overeenkomst van de echtgenoot, in casu een koop van een auto met leasing, in gemeenschap vallen (zie J. MESTRE, “De la qualité de cocontractant” (noot onder Cass. fr. (civ. II) 13 december 1989), *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1990, 645-647; Cass. fr. (civ. II) 13 december 1989, *J.C.P.* 1990, IV, 66).

¹⁹⁸⁸ C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 283, nr. 31.

¹⁹⁸⁹ G. VINEY, *Introduction*, p. 438, nr. 240.

¹⁹⁹⁰ S. WHITTAKER, “French Experience”, 356.

¹⁹⁹¹ P. JOURDAIN, *o.c.*, D. 1992, p. 154, nr. 25.

¹⁹⁹² P. RIGAUX, “Les groupes de contrats: jurisprudences belge et française”, *J.T.* 1993, p. 472, kol. 2.

de strengste van toepassing is, valt voor bevoegdheidsbedingen de minst of meest bezwaarlijke niet onmiddellijk aan te wijzen.¹⁹⁹³

471. Bovenop de genoemde beleidsmatige bezwaren bleek de theorie ook nog een te grote en dus ongerechtvaardigde inbreuk op de relativiteit van overeenkomsten in te houden. Weliswaar proberen de auteurs op verschillende wijzen het omgekeerde aan te tonen, maar uiteindelijk betreft het eerder vergezochte constructies. Zo probeert Néret een derde tussencategorie tussen partij en derde te creëren: een lid van een contractgroep is geen derde en dus speelt het probleem van relativiteit niet. In reactie op Néret stelt Bacache-Gibeili enerzijds dat een persoon ofwel een partij ofwel een derde is en dat er geen tussencategorie bestaat, maar probeert zij anderzijds met alle geweld aan te tonen dat niet alleen de medecontractanten maar ook de uitersten bij een contractgroep als contractpartijen zijn te kwalificeren: omdat de “derde” tot een contractpartij wordt verheven, is er opnieuw geen inbreuk op de relativiteit van de overeenkomst en betreft het veeleer een toepassing van dit beginsel.¹⁹⁹⁴ In haar redenering is de verbindende kracht van een overeenkomst niet langer op de wilsautonomie gebaseerd, maar wel op de wet die erop gericht is de voorzieningen van de partijen en de vergeldende rechtvaardigheid (*corrective justice, justice commutative*) alle eer aan te doen. Het enige principiële verschil tussen de visie van Néret en Bacache-Gibeili is dat tussen het partij- en derdebegrip de “derde” bij samenhangende overeenkomsten bij de eerste tot een tussencategorie en bij de tweede tot een ondercategorie van het partijbegrip behoort. Terwijl de aanhangers van de theorie van contractgroepen juist ervan uitgaan dat het huidige positieve recht tegen de strikte principes inzake relativiteit ingaat,¹⁹⁹⁵ begaan ze uiteindelijk dezelfde zonde die ze in evenveel woorden aanklagen. Hun theorie van contractgroepen is een drastische ingreep in de betekenis van de relativiteit van de overeenkomst alsook in de ermee samenhangende wilsautonomie (en zo ook in de begrippen van contractpartij en derde), zodat ook de preciese betekenis van het overeenkomstenbegrip onduidelijk wordt aangezien de hoedanigheid van contractpartij in die theorie niet langer in principe aan de wil van de partijen wordt verbonden.¹⁹⁹⁶

472. Uiteindelijk bleek de theorie van de contractgroepen in de ogen van de algemene vergadering van het Franse Hof van Cassatie tegen die bezwaren niet bestand. In één van de intussen befaamd geworden Franse

¹⁹⁹³ P. JOURDAIN, *o.c.*, D. 1992, p. 154, nr. 25.

¹⁹⁹⁴ G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, 417 en 422.

¹⁹⁹⁵ Cf. *supra*, nr. 465.

¹⁹⁹⁶ C. JAMIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 282-283, nr. 30.

cassatiearresten, het *Besse*-arrest, wuifde het Hof de toepassing van de contractuele aansprakelijkheid weg, wellicht omdat het de – mogelijks onverwachte – gevolgen van de theorie van contractgroepen niet voldoende kon inschatten.

Opnieuw betrof het een onderaanneming, ditmaal van loodgieterswerken met betrekking tot een woonhuis. Indien de aanspraak contractueel van aard was geweest, dan zou de vordering op grond van de op de hoofdovereenkomst toepasselijke termijn (tienjarige termijn van art. 1792/2270 B.W.) verjaard zijn, zoals ook het Hof van Beroep te Nancy had aangenomen. Het Franse Hof van Cassatie bleek uiteindelijk niet bereid om de relativiteit van de overeenkomst te doorbreken en zo tussen de twee uitersten van een contractketting een contractuele rechtsverhouding mogelijk te maken: “*le sous-traitant n’est pas contractuellement lié au maître de l’ouvrage*”.¹⁹⁹⁷

473. Met het *Besse*-arrest kwam dan ook een (voorlopig?) eind aan de geschiedenis van de theorie van de contractgroepen. Sindsdien staan de eerste en derde (civiele) kamer van het Franse Hof van Cassatie op dezelfde lijn. Sindsdien beslisten beide kamers dat, zolang een onderaannemer met de bouwheer niet contractueel verbonden is, hij tegenover die bouwheer ook niet contractueel aansprakelijk kan zijn.¹⁹⁹⁸

Het *Besse*-arrest reikt niet zo ver dat het de rechtspraak met betrekking tot de accessoriumtheorie in het gedrang zou brengen. Volgens een unanieme Franse rechtsleer is een rechtstreekse aanspraak in eigendomsoverdragende contractkettingen (*chaînes de contrats translatifs*) met het *Besse*-arrest niet gebannen.¹⁹⁹⁹

¹⁹⁹⁷ Cass. fr. (ass. plén.) 12 juli 1991, *D.* 1991, Jur., 549, noot J. GHESTIN, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21.743, noot G. VINEY, *R.C.A.* 1991, Comm., nr. 277, *D.* 1991, Somm., 321, noot (verbreking op grond van grief m.b.t. toepassing van contractuele aansprakelijkheid). De hoofdaannemer Alhada had de opdracht om voor Besse een huis te bouwen en had een deel van het loodgieterswerk aan de onderaannemer Protois opgedragen.

¹⁹⁹⁸ Derde kamer: Cass. fr. (civ. III) 11 december 1991, *Bull. civ.* 1991, III, nr. 319, *D.* 1994, Somm., 153-154 (verschrijving “*contractuel*”) (herstellingswerken onroerend goed – verwerping van grief m.b.t. toepassing van delictuele aansprakelijkheid). Eerste kamer: Cass. fr. (civ. I) 23 juni 1992, *R.C.A.* 1992, Comm., nr. 347, *D.* 1994, Somm., 153-154 (verschrijving “*contractuel*”) (verwerping grief m.b.t. toepassing van delictuele aansprakelijkheid); Cass. fr. (civ. I) 7 juli 1992, *Bull. civ.* 1992, I, nr. 221, *D.* 1994, Somm., 153-154 (verschrijving “*contractuel*”) (herstel wijnkelder – verbreking arrest m.b.t. toepassing van contractuele aansprakelijkheid); Cass. fr. (civ. I) 16 februari 1994, *J.C.P.* 1994, IV, nr. 1047, *D.* 1994, Somm., 210, noot P. DELEBECQUE (aanspraak van architect tegen aannemer niet contractueel op grond van contractgroep). Handelskamer: Cass. fr. (com.) 4 mei 1993, *Bull. civ.* 1993, IV, nr. 173, *D.* 1994, Somm., 153-154 (verschrijving “*contractuel*”; bouwheer electriciteitscentrale tegen onderaannemer).

¹⁹⁹⁹ Cf. *supra*, nr. 436 et seq. P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*, p. 106, nr. 290-3; P. JOURDAIN, *o.c.*, *D.* 1992, Chron., (149) 150, nr. 6.

Daarnaast blijft ook de buitencontractuele aansprakelijkheid tussen de uiteinden van een contractenketting nog van toepassing, zo blijkt uit de rechtspraak van ná het *Besse*-arrest.²⁰⁰⁰

F. Toch nog een heropleving?

474. Door de verwerping van de theorie van de contractengroepen blijven zo wel de problemen bestaan die haar aanhangers eerder hadden aangekaart.²⁰⁰¹

Wellicht daarom en mede dank zij de recente thesis van Bacache-Gibeili²⁰⁰² (ook al is die op haar verenigbaarheid met de relativiteit van overeenkomsten bekritiseerbaar), is de theorie nog niet volledig uitgeblust. Genoemd auteur heeft namelijk geprobeerd om aan het bestaan van een contractgroep andere en meer aanvaardbare rechtsgevolgen te koppelen. Zij is ervan overtuigd dat de theorie door het Franse Hof enkel niet is aanvaard omwille van de praktische moeilijkheden die ermee gepaard gaan. Die moeilijkheden probeert ze te verhelpen,²⁰⁰³ door weliswaar nog steeds de contractuele aansprakelijkheid te bepleiten maar die tegelijk niet langer op beide betrokken overeenkomsten (zowel die van de schuldenaar als die van de schuldeiser), maar wel, in navolging van Viney,²⁰⁰⁴ enkel op de overeenkomst van de schuldenaar te baseren. Het contract van de schuldeiser is wel nog relevant voor de vraag naar het al dan niet (nog) bestaan van de rechtstreekse aanspraak, maar niet voor de regeling die op de rechtstreekse aanspraak van toepassing is. Alleen de overeenkomst van de verweerder is maatgevend voor de regeling die voor de rechtstreekse aanspraak geldt. Daar waar de vroegere auteurs redeneerden dat een rechtstreekse aanspraak voor een derde niet tot een betere situatie mag leiden dan in geval van een aanspraak tegenover een rechtstreekse medecontract-

²⁰⁰⁰ Cf. *infra*, nr. 489 et seq., nog steeds een assimilatie tussen contractuele en delictuele fouten (zie J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1996, 1287, nr. 32.322, noot 368).

²⁰⁰¹ Zie ook G. VINEY, "Chronique. Responsabilité civile", *J.C.P.* 1993, I, nr. 3.664, p. 145, nr. 4. Vanuit Nederlands perspectief, R.J.P. KOTTENHAGEN, "Contractuele of delictuele aansprakelijkheid", *N.T.B.R.* 1995, p. 138, nr. 6.

²⁰⁰² Tot een vergelijkbaar resultaat komt ook F. LEBORGNE (*L'action en responsabilité dans les groupes de contrats – Etude de droit interne et de droit international privé*, proefschrift Rennes I, 1995, microfiche: delictuele aansprakelijkheid in geval van een "atteinte à la sécurité" en contractuele aansprakelijkheid in geval van een "défaut d'utilité d'un bien"), zij het dat hij daarvoor geen wijziging van de klassieke visie van de relativiteit van de overeenkomst nodig acht (p. 132, noot 150) en hij voornamelijk uit het internationaal privaatrecht start. Een andere aanhanger van de theorie sinds het Besse-arrest is F. FIECHTER-BOULVARD, *La transmission de l'engagement dans les contrats en chaîne*, proefschrift Grenoble, 1992, 464 p. (autonome cessie als grondslag).

²⁰⁰³ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 8, nr. 11.

²⁰⁰⁴ G. VINEY, o.c., in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, 424.

tant, stelt Bacache-Gibeili: “*L’action directe est un avantage accordé au créancier dans le respect des prévisions du débiteur défaillant.*”²⁰⁰⁵ Volgens Viney zou de consumentenbescherming een bijkomende grens uitmaken voor de doorwerking van de clausules van de overeenkomst van de schuldenaar. Indien aldus een exoneratieclausule in het contract van de verweerder is opgenomen, is het mogelijk dat die clausule wel in zijn verhouding met andere professionelen geldig is, maar niet ten aanzien van de (verderstaande) consument.²⁰⁰⁶

Nog op een andere manier komt Bacache-Gibeili tot een preciezer evenwicht tussen de betrokken belangen. De contractuele aansprakelijkheid bij contractgroepen past zij enkel toe bij tekortkomingen aan zogenaamde zuiver contractuele verbintenissen. Bij een tekortkoming aan contractuele verbintenissen die op delictueel vlak hun evenknie hebben, is er alleen plaats voor delictuele aansprakelijkheid, ook wanneer het leden van een contractgroep betreft. Zodra er delictuele schade voorligt, is de delictuele aansprakelijkheid van toepassing. Op die manier worden de leden van contractgroepen en andere derden niet op een onderscheiden manier behandeld. Bacache-Gibeili gaat met andere woorden uit van een strikt onderscheid tussen contractuele en delictuele aansprakelijkheid. Alleen wanneer delictuele aansprakelijkheid geen toepassing kan vinden, is er binnen contractgroepen plaats voor contractuele aansprakelijkheid. De functie van de theorie beperkt zich met andere woorden tot die gevallen waar de delictuele aansprakelijkheid nog niet bestond, zodat de theorie ook niet langer tegen de tendens van slachtofferbescherming ingaat. De theorie leidt er immers toe dat een lid van een contractgroep een (contractuele) aanspraak verwerft, terwijl hij zonder die theorie helemaal geen aanspraak zou hebben, althans voorzover niet langer een assimilatie van contractuele en delictuele fouten plaatsvindt. De benadering van Bacache-Gibeili heeft de functionaliteit aan haar kant, terwijl het werk van Teyssié eerder een conceptuele benadering is en veeleer van de concrete realiteit vertrekt waaraan rechtsgevolgen worden gekoppeld.²⁰⁰⁷

Toegepast op de rechtstreekse aanspraak van de bouwheer tegen de onderaannemer, betekent die theorie dat de aanspraak enkel wordt beperkt door de regeling die op de overeenkomst tussen de aannemer en de onderaannemer van toepassing is, zodat een eventueel exoneratiebeding uit de hoofdovereenkomst tussen de bouwheer en de hoofdaannemer niet langer een rechtstreekse aanspraak in de weg staat. Bacache-Gibeili ziet er ook geen graten in dat een contractpartij zo haar eigen bedingen omzeilt,

²⁰⁰⁵ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, 324.

²⁰⁰⁶ G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, 423-424.

²⁰⁰⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, 151. Over de idee van zuiver contractuele verbintenissen zie ook P. JOURDAIN, *o.c.*, D. 1992, p. 155, nr. 32-33.

aangezien het precies haar bedoeling is om met behulp van een rechtstreekse aanspraak aan de nadelige gevolgen van haar eigen contract te ontsnappen.²⁰⁰⁸

Een resultaat dat dus resoluut tegen de Belgische cassatierechtspraak van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent en de haar toegedichte ratio van het risicobeginsel ingaat.²⁰⁰⁹ Blijkbaar bekijkt de Belgische rechtspraak de problematiek te veel vanuit een zekerheidsrechtelijk perspectief, doordat ze ervan uitgaat dat de enige reden om een rechtstreekse aanspraak te doen gelden ligt in het ontsnappen aan de insolventie van de rechtstreekse medecontractant. Nochtans kan het voorhanden zijn van een rechtstreekse aanspraak van bij het begin, bij het sluiten van de overeenkomst, de bedoeling zijn geweest, opdat zo een bijkomende garantie voor compensatie zou bestaan, zij het in eerbied voor de contractuele voorzieningen van de schuldenaar.

De voorgaande analyse krijgt de steun van heel wat vooraanstaande auteurs, waaronder Viney en Ghestin. De door hen voorgestane uitbreiding van de contractuele aansprakelijkheid beperkt zich dan wel tot de categorie van onderovereenkomsten, onder meer omdat de uitbreiding precies voor die categorie uiterst nuttig is en omdat het begrip van contractgroepen te divers en te “flou” is.²⁰¹⁰

G. Receptie in andere rechtssystemen?

475. In België is de rechtspraak nooit zo ver gegaan als in Frankrijk, wellicht onder meer omdat de advocatuur met dit deel van de Franse literatuur weinig vertrouwd was. In één gepubliceerd arrest blijkt een eiser zich op de theorie te beroepen om een onderaannemer alsnog te kunnen aanspreken, maar het Brusselse Hof van Beroep heeft de claim zonder veel woorden afgewezen.²⁰¹¹ Uit de reeds besproken arresten van 15 september 1977 en 13 april 1984²⁰¹² blijkt trouwens dat het Belgische Hof van Cassatie evenmin geneigd is om een rechtstreekse contractuele aanspraak op grond van het vernieuwende concept van contractgroepen te aanvaarden.

²⁰⁰⁸ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 323, nr. 350.

²⁰⁰⁹ Cf. *supra*, nr. 189 et seq.

²⁰¹⁰ G. VINEY, o.c., in *Mélanges Roger O. Dalq. Responsabilité et assurances*, Brussel, Larcier, 1994, (611) 631-632, nr. 28. Zie ook J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 829, nr. 771.

²⁰¹¹ Brussel 28 oktober 1987, *J.T.* 1988, 665, noot F. GLANSDORFF.

²⁰¹² Cass. 15 september 1977, *Arr. Cass.* 1978, 62, *Pas.* 1978, I, 57, *R.W.* 1978-79, 325, verwijzende noot, *R.C.J.B.* 1978, 423, noot F. GLANSDORFF, R.O. DALCQ, *R.G.A.R.* 1979, nr. 10.074, verwijzende noot, *R.P.S.* 1979, 32 (verloren pand); Cass. 13 april 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1083, *Pas.* 1984, I, 1022, *R.W.* 1984-85, 1643, noot (ziekmakende container). Cf. *supra*, nr. 122-123.

Wat de rechtsleer betreft, was er eigenlijk alleen aan Franstalige zijde een (zij het niet ver dragende) echo te horen.²⁰¹³ Opvallend is wel het aanvankelijke pleidooi van de Belgische auteur Montero voor de incorporatie van die theorie in het Belgische recht. Dit is niet zo eigenaardig aangezien het Belgische Hof van Cassatie door de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent ervoor heeft geopteerd om zo goed als elke rechtstreekse verhouding tussen de uitersten in contractgroepen uit te sluiten. Een gemakkelijksoplossing die in het licht van de in Frankrijk zo vaak gehoorde roep om de billijkheid of een evenwichtige belangenverdeling niet licht is te begrijpen. Met zijn contractuele theorie meent Montero een belangenevenwicht te realiseren: “*Chacun y trouve son avantage: le sous-traitant n’est pas surpris par une action qui mettrait en jeu sa responsabilité dans des conditions différentes de celles qu’il a prévues, l’entrepreneur fait l’économie d’une action récursoire contre le sous-traitant le maître dispose des voies d’exécution contre le sous-traitant et se prémunit face à l’éventuelle insolvabilité de l’entrepreneur.*”²⁰¹⁴

In de Duitse rechtsleer stelt Rohe recent nog in zijn proefschrift het concept van de *Netzverträge* centraal, een aldaar reeds eerder voorgesteld dogmatisch model om contractuele aanspraken over de schakels van de ketting heen te verantwoorden. Zijn bedoelingen zijn evenwel beperkt. Het is er hem vooral om te doen om de resultaten die in het Duitse recht nu al worden bereikt, niet langer te gronden op constructies die op oneigenlijke wijze worden gebruikt.²⁰¹⁵

In Engeland hebben bij mijn weten alleen J.N. Adams en R. Brownsword gepleit voor een gelijkaardige uitzondering op het relativiteitsbeginsel op basis van het concept van *network contracts*.²⁰¹⁶ Een groep van contracten zou alleen dan onder een dergelijk netwerk vallen, indien een hoofdcontract een *overall objective* stelt en het doel van alle andere contracten erop gericht is dat doel te bevorderen.²⁰¹⁷ Zoals elders heeft dit voorstel ook in Engeland weinig weerklank gevonden. Als er dan al aandacht aan wordt besteed, dan wordt het vlug van de hand gedaan; zo bekritiseert S.

²⁰¹³ Pleidooi voor een veralgemening van de rechtstreekse vordering in A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T.Aann.* 1975, 183-202. Aan Vlaamse zijde wijst Herbots op een andere zwakte van de theorie: de band tussen twee overeenkomsten kan zo zwak zijn dat de theorie niet meer kan spelen. Hij geeft het voorbeeld van een huurder die een aannemer had ingeschakeld voor werken in zijn appartement, en de relatie van die aannemer met een volgende huurder (J.H. HERBOTS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1992, p. 537, nr. 34).

²⁰¹⁴ E. MONTERO, *o.c.*, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.445, nr. 28.

²⁰¹⁵ M. ROHE, *Netzverträge*. (onderscheid tussen decentrale en hiërarchische netten).

²⁰¹⁶ J.N. ADAMS, R. BROWNSWORD, “Privity and the concept of a network contract”, (1990) 10 *Legal Studies*, 12-37.

²⁰¹⁷ *Ibid.*, 27.

Whittaker de theorie vooral omwille van haar fictief en vaag karakter,²⁰¹⁸ hetzelfde geluid dat ook al eerder in Frankrijk was te horen.

H. **Besluit: doorwerking!**

476. Al heeft het Franse Hof van Cassatie de theorie van contractgroepen afgeketst, het leert ons dat ook het Franse recht op zoek gaat naar een zekere mate van doorwerking van contractuele clausules over de schakels van een contractenketting heen. In het volgende deel zal blijken dat die ratio ook in het Duitse recht achter het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* steekt.

De theorie van de contractgroepen faalde uiteindelijk omdat ze niet het nodige belangenevenwicht bereikte en tot onbillijk geachte resultaten leidde. Zij veroorzaakt onbillijkheid omdat de overeenkomst doorwerkt waar ze niet hoeft door te werken, maar door de laksheid waarmee de vereiste van de onafhankelijke buitencontractuele fout in het Franse recht wordt ingevuld, ontstaan er ook onbillijke situaties omdat de doorwerking van contracten op buitencontractueel vlak heel beperkt is.²⁰¹⁹

Telkens valt het op hoe elke auteur en niet in het minst Bacache-Gibeili steeds weer strikt aan het onderscheid tussen contractuele en delictuele aansprakelijkheid vasthoudt en juist dit onderscheid aangrijpt om een wijziging in de principes van de relativiteit te bekomen, al noemen ze het niet altijd bij naam. Hoe je de woorden nu draait of keert, uiteindelijk komt de theorie toch neer op een wijziging van de inhoud van het relativiteitsbeginsel alsook van de wilsautonomie als grondslag van de overeenkomst. Op het eerste gezicht is het werk van Bacache-Gibeili heel aantrekkelijk: het mondt immers uit door de logica. Maar recht is nu eenmaal niet strak logisch, zo bewijst de in het volgende deel besproken rechtspraak van de Hoge Raad.

Het project betreft een wijziging van de afweging van de belangen van een derde-slachtoffer en die van een aansprakelijke contractant. Moeten de clausules van één dan wel van beide contracten de aanspraak beperken? Wanneer wordt de zorg om het contractuele evenwicht zo groot dat de delictuele aansprakelijkheid door de contractuele aansprakelijkheid moet worden vervangen?²⁰²⁰

²⁰¹⁸ S. WHITTAKER, "Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions", 198-200.

²⁰¹⁹ Vgl. C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 42, nr. 56.

²⁰²⁰ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 4, nr. 6.

Uitgangspunt in Frankrijk was dat de economische realiteit zorgde voor een groeiende delictuele aansprakelijkheid van contractanten die als excessief werd aangezien. Vooral het coherentieargument werd sterk naar voren gehaald: bij translatieve contracten worden de contractuele voorzieningen geëerbiedigd, maar dit is niet het geval bij de andere contracten.²⁰²¹

²⁰²¹ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 8, nr. 11. De idee van contractgroepen wordt in verband gebracht met het leerstuk van de kwalitatieve rechten of de accessoriumtheorie (zie o.m. P.-H. DELVAUX, “Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d’autrui”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 360, nr. 1). Een afzonderlijke uiteenzetting van de contractgroepen, de kwalitatieve rechten en de rechtstreekse vorderingen is omwille van een klaar betoog weliswaar noodzakelijk maar toch enigszins artificieel, aangezien de drie theorieën alle op één of andere wijze met elkaar verbonden zijn. Ze hebben alle met elkaar gemeen dat ze een uitzondering vormen op het traditionele beginsel van de relativiteit van overeenkomsten. Zo kan de leer van de kwalitatieve rechten als een toepassing van de leer van de contractgroepen worden beschouwd, met name wat de eigendomsoverdragende (translatieve) contractgroepen betreft. De theorieën van de contractgroepen en van de kwalitatieve rechten zijn beide in zekere zin een *species* van een rechtstreekse vordering, maar op haar beurt kan de rechtstreekse vordering aan de hand van een theorie van contractgroepen worden verklaard.

BESLUIT DEEL III

477. De bedoeling van dit derde deel was meervoudig, *id est* na te gaan (1) in welke mate een contractant een contractuele aanspraak kan laten gelden tegen een derde die via een samenhangende overeenkomst met de overeenkomst van de aanspraak makende contractant is verbonden, (2) in welke mate de ene dan wel de andere overeenkomst op die aanspraak van toepassing is of “doorwerkt”, en (3) in welke mate een contractueel model ook ten aanzien van een rechtstreekse aanspraak van een hoofdopdrachtgever tegen een uitvoeringsagent haalbaar is.

Dit besluit is niet de plaats om per contractuele techniek het antwoord op die vragen opnieuw te herhalen, maar wel om de voor- en de nadelen tegenover elkaar af te wegen.

Wanneer een contractuele techniek de geschiedenis heeft overleefd, dan kan dit enkel indien ze de belangen van elke betrokkene op een evenwichtige wijze behartigt. Dit evenwicht komt tot uiting in de wijze waarop een overeenkomst op de aanspraak doorwerkt. Het betreft het spanningsveld “*dat ontstaat wanneer de derde zich enerzijds op de bescherming van contractuele normen kan beroepen, doch zich anderzijds wenst te onttrekken aan het regime dat de contractuele aansprakelijkheid beheerst.*”²⁰²² Zo is het voor de accessoriumtheorie essentieel dat de overeenkomst van de aangesprokene op de aanspraak van toepassing is. Het langdurige bestaan van die techniek is precies door die doorwerking gegarandeerd: het slachtoffer beschikt over een rechtstreekse aanspraak tegen de verder in de ketting staande contractant, terwijl de verwachtingen van die laatste dank zij de doorwerking niet worden doorkruist. Omgekeerd is de korte levensloop van de theorie van de contractgroepen te wijten aan een onevenwichtige doorwerkingsregeling: door de doorwerking van zowel de hoofd- als de onderovereenkomst was algemeen erkend dat het slachtoffer er te bekaaid van af komt. Aangezien de doorwerking centraal staat, is het ook niet verwonderlijk dat een auteur als Viney naar een meer algemene theorie inzake doorwerking op zoek gaat, wanneer zij in de rechtspraak in verband met de doorwerking bij de kwalitatieve rechten, contracttoetreding en derdenbeding alleen maar incoherentie meent te vinden.²⁰²³

Doorgaans gaat men ervan uit dat de doorwerking van contractuele clausules afhankelijk is van de – contractuele dan wel delictuele – aard van de aansprakelijkheid. In navolging van het Nederlandse model lijkt die methode evenwel niet de meest geschikte, en lijkt de essentie zelf centraler te moeten staan. Het evenwicht tussen de belangen kan slechts worden

²⁰²² C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 53, nr. 75.

²⁰²³ G. VINEY, *Introduction*, p. 439-440, nr. 240-1.

bereikt door niet de nevenvraag (contractueel of delictueel), maar wel de centrale vraagstelling (doorwerking of niet) werkelijk centraal te stellen. In hetzelfde spoor ligt de opvatting dat niet zozeer de kwalificatie van contract of onrechtmatige daad belangrijk is als wel de toerekening van aansprakelijkheid.²⁰²⁴

Ten aanzien van de rechtstreekse aanspraak tegen een uitvoeringsagent weegt dit doorwerkingsvoordeel evenwel niet op tegen de nadelen die aan die contractuele weg vasthangen.

Wat de casuïstische modellen betreft, kunnen zij dan wel in het huidige recht nu en dan een handige sluipteg zijn om de quasi-immuniteit te vermijden, maar zij leiden tot een oneigenlijk gebruik van nuttige instrumenten die precies daardoor een onzekere invulling krijgen.

Wat de structurele modellen betreft, wordt het Belgische recht meer dan om het even welk ander rechtssysteem door een strikt legaliteitsbeginsel gekenmerkt. Alleen als het in de wet is bepaald, is het mogelijk om een rechtstreekse aanspraak boven de onmiddellijke contractpartijen te creëren. Dit beginsel komt duidelijk tot uiting in de rechtspraak die tussen de middellijke vertegenwoordigde en de derde-mededcontractant geen rechtsband aanvaardt, hoewel de algemene tendens in de andere richting gaat. De rechtstreekse vordering is een andere mooie illustratie, waar het Belgische Hof van Cassatie er strikt aan vasthoudt om enkel de lastgever een rechtstreekse vordering tegen de onderlasthebber toe te kennen en niet in omgekeerde richting. Naast het doorwerkingsvraagstuk is het legaliteitsbeginsel dan ook de tweede reden waarom een uitvoeringsagent niet op een structurele wijze tegenover de hoofdopdrachtgever contractueel aansprakelijk zou kunnen zijn.

Dit legaliteitsbeginsel is ook fel te bekritisieren in de mate dat het rechtssysteem zich op die manier gemakkelijk aan incoherenties kan blootstellen. Ook het Franse systeem dat halverwege heeft halt gehouden, is bekritisieerbaar. Waarom beschikt een bouwheer tegenover een door de aannemer ingeschakelde leverancier over een contractuele vordering, terwijl hij tegenover een door de aannemer ingeschakelde onderaannemer een buitencontractuele aanspraak kan laten gelden? In de Franse rechtsleer is men ook niet ongevoelig voor dit incoherentiebezwaar.²⁰²⁵

Of anders gezegd, de wijze waarop de derdenwerking in ons recht is georganiseerd, is al te vaak op een bijzondere soort van overeenkomst geaxeerd. Ons rechtssysteem koppelt de juridische regeling vast aan de

²⁰²⁴ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 60, nr. 83, met verdere referenties.

²⁰²⁵ C. JAMIN, "La relativité du lien obligatoire", *J.C.P.* 1992, I, nr. 3.608, p. 369, kol. 1.

bijzondere overeenkomst en niet aan de verbintenis.²⁰²⁶ Aan die methode is – in vergelijking met de *common law* – het voordeel verbonden dat goed afgebakende uitzonderingen mogelijk zijn, maar tevens het nadeel dat feitelijk nauwverwante situaties op een onderscheiden wijze worden behandeld. Daarom rijst de vraag of het onderscheid tussen verbintenissen en bijzondere overeenkomsten wel in die mate gewenst is en of de derdenwerking niet veeleer aan de verbintenis dan aan de overeenkomst is te verbinden.

Zo ziet Jamin, in het spoor van Viney,²⁰²⁷ twee alternatieve oplossingen voor het gesignaleerde incoherentieprobleem. Ofwel, en dit lijkt Jamin te verkiezen, kiest men in plaats van de accessoriumtheorie voor de gedachte van de samenhang (*connexité*) tussen de twee contracten, zodat ook de bouwheer en de onderaannemer de “echte” schuldeiser respectievelijk schuldenaar zijn en waarbij alleen het oorspronkelijke contract maatgevend zou zijn.²⁰²⁸ Ofwel opteert men in alle gevallen voor de toepassing van de delictuele aansprakelijkheid. Bij de formulering van dit alternatief slaat Jamin de spijker precies op de kop: “*au risque de se tromper d’adversaire, c’est cette dérive relative au régime de l’action qu’il convient d’endiguer, au lieu de faire injustement porter la critique sur le principe même de sa nature délictuelle*”.²⁰²⁹ Niet de delictuele aard van een rechtstreekse aanspraak tegen een uitvoeringsagent is vatbaar voor kritiek, maar wel de bestaande doorwerkingsregeling die eraan vasthangt.

²⁰²⁶ Zie M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 116, nr. 128; S. WHITTAKER, o.c., *O.J.L.S.* 1995, 369: “they are rooted in the Romanist tradition of French contract law, which is as much concerned with the incidents of particular contracts as with general propositions applicable to all contracts”.

²⁰²⁷ G. VINEY, “Les chaînes de contrats”, *J.C.P.* 1992, I, nr. 3.572, p. 158 (“pour le moins perplexe”).

²⁰²⁸ Op een ander plaats lijkt hij dan weer enkel voorstander van een dergelijke contractuele aansprakelijkheid wanneer één van de bestanddelen van beide contracten, te weten het *voorwerp*, identiek is omdat dit concept minder “flou” zou zijn (C. JAMIN, “L’action directe”, *J.C.P.* 1992, I, nr. 3.570, 150). In die annotatie ziet hij het probleem van de doorwerking van bedingen bij een rechtstreekse vordering vooral in het onderscheid tussen de opvatting ervan als een eigen recht dan wel als een afgeleid recht.

²⁰²⁹ C. JAMIN, “La relativité du lien obligatoire”, *J.C.P.* 1992, I, nr. 3.608, p. 369, kol. 1.

**DEEL IV. SAMENHANGENDE
OVEREENKOMSTEN EN
BUITENCONTRACTUELE
AANSPRAKELIJKHEID**

INLEIDING

478. Wanneer een schadelijgende contractueel betrokkene bij een samenhangende overeenkomst geen van de in het derde deel besproken contractuele technieken ter beschikking staat, op basis waarvan hij zodanig in de contractuele kring zou worden betrokken dat hij ten aanzien van de niet-nagekomen overeenkomst de hoedanigheid van schuldeiser of zelfs van contractpartij bekomt, rijst de vraag naar de wijze waarop en de mate waarin een rechtstreekse aanspraak bij samenhangende overeenkomsten in verschillende Europese rechtssystemen alsnog op de leest van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid kan worden geschoeid.

Al krijgt elk rechtssysteem met het vraagstuk van de rechtstreekse buitencontractuele aanspraak bij samenhangende overeenkomsten te kampen, toch bemoeilijkt de verscheidenheid in het juridische instrumentarium inzake buitencontractuele aansprakelijkheid een degelijke resultaatgerichte rechtsvergelijking. Voor ieder rechtstelsel is dan ook een beknopt overzicht van de systeemeigen concepten vereist, zodat een horizontale vergelijking tussen de verschillende rechtstelsels, hoe saai die ook kan zijn, de enig haalbare weg blijkt te zijn.

De uiteindelijke bedoeling van dit deel is na te gaan hoe elk rechtssysteem vorm geeft aan de twee filters die bepalen of een aanspraak van een contractueel betrokkene al dan niet succesvol zal zijn. De ene filter bepaalt of een aanspraak in principe al dan niet mogelijk is, de andere filter in welke mate de doorwerking van de overeenkomst de principieel mogelijke aanspraak beïnvloedt, ja zelfs ongedaan maakt.

Achtereenvolgens komen het Belgische en het Franse (I), het Duitse (II), het Nederlandse (III) en het Engelse recht (IV) aan bod. Aangezien de feitelijke omstandigheden van elk individueel geval telkens centraal staan, zal dit deel meer dan elders een korte weergave van *cases* bevatten.

HOOFDSTUK I. BELGISCH EN FRANS RECHT

479. In het Belgische en het Franse recht staan de derden- en doorwerking van samenhangende overeenkomsten als trefwoord niet bekend, met uitzondering van de theorie van de contractgroepen in Frankrijk.²⁰³⁰ Het vertrekpunt ligt er veeleer in de ruimere problematiek van aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden, één van de in het eerste deel beschreven coëxistentiesituaties. Opdat een overeenkomst op buitencontractueel vlak naar derden toe zou kunnen doorwerken, zijn twee elementen bepalend. Enerzijds moet, zoals in het eerste deel is besproken, de aanspraak op de tegenstelbaarheid van de overeenkomst kunnen steunen en mag ze niet op de relativiteit ervan stuiten.²⁰³¹ Anderzijds moet het slachtoffer aantonen dat de aangesproken contractant naast een contractuele fout tegelijk een buitencontractuele fout heeft begaan (§ 1).

Tot daar lopen de principes van het Belgische en het Franse recht in het algemeen parallel, maar gezien de typisch Belgische quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent verdient de meer specifieke vraag naar het bestaan van een rechtstreekse aanspraak bij samenhangende overeenkomsten een afzonderlijke bespreking van beide rechtssystemen (§ 2 en 3).

§ 1. VOORWAARDE: BUITENCONTRACTUELE FOUT

480. Voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van een contractant tegenover een derde is het soms noodzakelijk dat die derde zich op de tegenstelbaarheid van een overeenkomst kan beroepen, maar die tegenstelbaarheid is geen voldoende voorwaarde. De traditionele aansprakelijkheidsvoorwaarden van fout, schade en oorzakelijk verband tussen fout en schade moeten evenzeer zijn vervuld. In dit kader gaat alle aandacht naar de foutvoorwaarde.²⁰³² Zoals voor alle hierna bestudeerde rechtstelsels, geldt als gevolg van de relativiteit van overeenkomsten ook in het Belgische en Franse recht het beginsel dat een wanprestatie alleen in geval van bijzondere omstandigheden tegelijkertijd op buitencontractueel vlak

²⁰³⁰ Over de contractgroepen, cf. *supra*, nr. 461 et seq.

²⁰³¹ Cf. *supra*, deel I, nr. 98 et seq.

²⁰³² Schade en causaliteit spelen wel een belangrijke rol in de Belgische theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent (cf. *supra*, nr. 190 et seq.).

foutief (of onrechtmatig) kan zijn (A).²⁰³³ Alleen wordt dit beginsel niet altijd even zuiver toegepast (B).

A. *Principe: niet-zuiver contractuele fout/onafhankelijke delictuele fout*

1. Belgisch recht

481. Opdat een contractuele fout tegenover een medecontractant tegelijk een buitencontractuele fout tegenover een derde zou uitmaken, stelt het Belgische Hof van Cassatie steevast de in een formule gegoten voorwaarde “*dat hij die een contractuele fout begaat, jegens derden buitencontractueel aansprakelijk kan zijn, indien die tekortkoming aan de contractuele verplichtingen terzelfder tijd en los van het contract schending oplevert van de voor eenieder geldende algemene zorgvuldigheidsverplichting*”.²⁰³⁴ Eenzelfde feit kan een dubbele juri-

²⁰³³ Die discussie (fout of onrechtmatigheid onafhankelijk van overeenkomst, *independent tort claim*) heeft aan belang ingeboet ten gevolge van de omzetting van de Europese richtlijn inzake productaansprakelijkheid in de Europese Lidstaten. Voortaan is het binnen het toepassingsgebied van die richtlijn immers de wettelijke regeling die de inhoud van de aanspraak van een derde tegen een producent bepaalt (zie C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 55, nr. 77). Toch blijft de discussie relevant voor de niet door de richtlijn bestreken schade (zie onlangs D. MEDICUS, “Entscheidungen des BGH als Marksteine für die Entwicklung des allgemeinen Zivilrechts”, *N.J.W.* 2000, (2921) 2924).

²⁰³⁴ Cass. 20 juni 1997, *Arr. Cass.* 1997, 673, *Bull.* 1997, 708, *R.W.* 1998-99, 435, *Verkeersrecht* 1998, 81 (aanneming van dakwerken). Zie voorheen reeds Cass. 12 december 1958, *Pas.* 1959, I, 383, *R.C.J.B.* 1960, 204, noot G. VAN HECKE, *R.G.A.R.* 1960, nr. 6.425 (verkoper van gebrekkig gelast reservoir tegenover werknemer van koper van compressor waarin reservoir was ingewerkt), vermeld door R.O. DALCQ, *Les Nouvelles, Droit civil*, V, nr. 403; Cass. 5 februari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 632, *Pas.* 1981, I (ten aanzien van derde aansprakelijk verklaarde bouwheer tegen architect op quasi-delictuele grondslag, waardoor de verjaringstermijn van art. 1792 en 2270 B.W. niet van toepassing is; zie ook Cass. 21 oktober 1965, *Pas.* 1966, I, 240, noot P.M.); Cass. 11 juni 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1168, *Pas.* 1981, I, 1159, *R.W.* 1981-82, kol. 1748 (baggerwerken in Albertkanaal om brokstukken te verwijderen; soms ten onrechte als ontkenning van schadevoorwaarde voor uitvoeringsagent beschouwd, zo M. DOUTREWE, noot onder 24 mei 1983, *J.L.* 1984, 443); Cass. 21 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 641, *Pas.* 1988, I, 602, *R.W.* 1988-89, 675, noot E. DIRIX, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.563 (hoofdvervoerder van zandsteen die een beroep had gedaan op twee andere vervoerders, aangesproken door een bij nat wegdek en ijzervorming weggegeden verkeersslachtoffer; Dirix wijst er terecht op dat er misschien zelfs geen wanprestatie voorligt: kan men het nalaten voorzorgsmaatregelen te treffen met het oog op de veiligheid van de weggebruikers als een wanprestatie beschouwen? Wel is het bestaan van het contract een noodzakelijk element om tot de aansprakelijkheid te besluiten, maar het contract wordt enkel als feitelijk gegeven ingeroepen); Cass. 29 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1309, *Pas.* 1989, I, 1196, *R.P.S.* 1989, 175, verwijzende noot J. VAN RYN, X. DIEUX (bestuurder V.Z.W.); Cass. 26 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 722, *J.L.M.B.* 1994, 38, noot P. DENIS (gebrekkige informatie onderaannemer). Vgl. Cass. 14 mei 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1069, *Pas.* 1981, I, 1069 (gerechtsdeurwaarderlasthebber delictueel aansprakelijk tegenover derden). Zie ook enkele interessante toepassingen in de lagere rechtspraak: Brussel 12 januari 1966, *Pas.* 1967, II, 4 (vordering

dische kwalificatie toegemeten krijgen. Een feitencomplex dat als een contractuele wanprestatie kwalificeerbaar is, kan tegelijkertijd op basis van een andere juridische grondslag tot een aanspraak van een derde aanleiding geven.²⁰³⁵

In de rechtsleer wordt dit beginsel evenzeer zonder veel omhaal aangevaard: de basisartikelen van Van Ryn²⁰³⁶ en van Limpens²⁰³⁷ en het proefschrift van Dirix getuigen van de houding dat het om een evidentie gaat.²⁰³⁸ Gemengde fouten, d.w.z. tegelijk contractuele en delictuele fouten, sluiten de coëxistentie van beide aansprakelijkheidsvormen niet uit. De enige beperking voor de coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid heeft tot gevolg dat een zuiver contractuele fout de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid uitsluit.²⁰³⁹

van de leveranciers van Fruition tegen de bestuurders van die vennootschap ongegrond, omdat geen delictuele fout is bewezen. In casu is hoogstens een tekortkoming aan het verleende mandaat aanwezig (geen toezicht op de directeur om het verbod van aankoop te doen eerbiedigen). De Beheerraad had op 18 juni 1958 immers de beslissing genomen om geen verdere aankopen meer te verrichten. Wat later verrichtte de directeur Keizer toch nog een aantal bestellingen. Een contractuele tekortkoming brengt niet met zich mee “dat zij noodzakelijk, ditmaal op aquiliaans gebied, tegenover derden ook verantwoordelijk zijn”; “het louter feit dat geïntimeerde een schade heeft ondergaan haar evenmin toelaat te beweren dat een contractuele tekortkoming van appellanten tegenover de door hun beheerde vennootschap automatisch een aquiliaanse fout tegenover haarzelf uitmaakt”; “dat een contractuele tekortkoming doorgaans niet aanleiding tot de aquiliaanse verantwoordelijkheid tegenover derden zal geven; dat zulks slechts zal geschieden wanneer de schending van het contract een gans toevallig en bijkomend element van voormelde verantwoordelijkheid uitmaakt of wanneer uit de aard zelf van de overeenkomst blijkt dat zij de algemene voorzichtigheidsplicht van de medekontraktant tegenover derden uitbreidt”; Kh. Antwerpen 30 juni 1992, *R.H.A.* 1993, 108 (voorbeeld van zuiver contractuele fout. De eiser is verkoper en geen derde-cognossementshouder. “De buiten-contractuele vordering kan enkel doorgaan indien de contractuele wanprestatie van de vervoerder ook een miskennis uitmaakt van de algemene zorgvuldigheidsplicht die aan iedereen is opgelegd (coëxistentie)”). In casu werden huden boven stalen buizen gestouwd, wat in casu een louter contractuele wanprestatie inhield. In die hoedanigheid (maar wel als bevrachter-inlader) kan de verkoper tegen de zeevervoerder geen vordering instellen); Luik 6 januari 1998, *R.H.A.* 1998, (55) 62 (ondiepte in Maas – aannemer die instaat voor baggeren, niet delictueel aansprakelijk tegenover schadelijgende derde). Zie ook de illustraties in X. DIEUX en D. WILLERMAIN, “La responsabilité civile du prestataire de services à l’égard des tiers”, in X, *Les contrats de service*, Brussel, JBB, 1994, 214-217 en in E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 196-197, nr. 266.

²⁰³⁵ X. DIEUX, D. WILLERMAIN, *o.c.*, in X, *Les contrats de service*, Brussel, JBB, 1994, p. 214, nr. 2.

²⁰³⁶ J. VAN RYN, “Zijn contractuele fout en verantwoordelijkheid tegenover derden uitgesloten?”, *R.W.* 1934-35, 160-166.

²⁰³⁷ J. LIMPENS, “Responsabilité du contractant envers les tiers”.

²⁰³⁸ E. DIRIX, “Over de coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid” (noot onder Cass. 21 januari 1988), *R.W.* 1988-89, p. 676, nr. 1. Zie ook H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 167, nr. 8.

²⁰³⁹ B. CLAESSENS, *o.c.*, *A.J.T.* 1997-98, p. 80, nr. 5; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, “Overzicht”, *T.P.R.* 1995, 1528, nr. 200. Zie b.v. Kh. Antwerpen 2 september 1960, *R.H.A.* 1961, 236 (commissionair-expediteur: contractuele fout niet *ipso facto* een delictuele fout).

482. Zoals zo vaak, wordt ook dit beginsel pas doorheen zijn toepassingen verduidelijkt. In het steeds weerkerende typevoorbeeld kan het slachtoffer van een liftongeval niet alleen tegen de eigenaar van de lift een aanspraak laten gelden, maar ook tegen de onderhoudsfirmas die zich contractueel tegenover de eigenaar(s) van de lift ertoe heeft verbonden om voor het onderhoud ervan in te staan.²⁰⁴⁰

Wanneer een aannemer zich ertoe verbindt om op bepaalde terreinen niet alleen gebouwen af te breken maar ook om kelders en andere putten dicht te gooien, dan begaat hij niet alleen een contractuele fout tegenover zijn opdrachtgever maar ook een delictuele fout tegenover een derde die met zijn vrachtwagen in een opengelaten put doorzakt: het gaat immers om een fout die “*une situation périlleuse*” doet ontstaan.²⁰⁴¹

Evenzeer wanneer een fabrikant via een distributieketting gebrekkig voeder in het verkeer brengt waardoor dieren vergiftigd raken, wordt zijn delictuele aansprakelijkheid tegenover de eigenaar van die dieren in het gedrang gebracht.²⁰⁴²

In een recent vergelijkbaar geval is een gespecialiseerd professioneel aannemer die zich contractueel tot het vellen van bomen heeft verplicht, delictueel aansprakelijk (en zelfs alléén hij) tegenover Electrabel op wiens elektriciteitslijnen de bomen door onzorgvuldig vellen waren gevallen.²⁰⁴³

483. Een andere toepassing van die theorie doet zich ook voor op het vlak van de reglementering inzake eerlijke handelspraktijken, voorzover althans wordt aanvaard dat een handelaar foutief handelt in de zin van art. 1382-1383 B.W. wanneer hij een handeling stelt die strijdig is met de eerlijke

²⁰⁴⁰ Zie W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbindenissenrecht*, 156. Voor een ouder geval waarbij alleen de contractuele aansprakelijkheid (volgens de kettingschakels) werd ingeroepen, zie Cass. fr. (civ.) 8 juni 1948, *J.C.P.* 1949, II, nr. 4778, noot R. SAVATIER. Wel blijft de eigenaar zelf aansprakelijk, hetzij op grond van art. 1382 B.W. (vgl. Cass. 14 januari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 43 (vermietiging – kabelschade): “*dat de zorgvuldigheidsplicht van de opdrachtgever van werken om schade aan derden te vermijden, tegenover die derden niet ophoudt doordat de opdrachtgever de uitvoering van die zorgvuldigheidsplicht contractueel aan een aannemer heeft opgedragen*”), hetzij op grond van art. 1384, eerste lid B.W. (Gent 15 mei 1995, *T. Aann.* 1996, 369, noot L. TEINTENIER; zie ook Gent 6 januari 1998, *R.H.A.* 1998, (55) 61 in verband met baggeringsopdracht van openbare orde), of art. 1386 B.W. (P. COLLE, K. TROCH, o.c., in J. ROGGE (ed.), *Aansprakelijkheid, veiligheid en verzekering in de bouw*, Antwerpen, Kluwer, *De Verz.* Dossiers-6, 2000, p. 33, nr. 42). Zie ook Luik 19 januari 1988, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.565.

²⁰⁴¹ Brussel 24 april 1948, *R.G.A.R.* 1949, nr. 4447.

²⁰⁴² Brussel 16 juni 1951, *R.G.A.R.* 1951, nr. 4.833. Voor een geval bij een koopketting waar het op de markt gebrachte goed niet uit zijn aard gevaarlijk was: Brussel 21 april 1955, *R.G.A.R.* 1956, nr. 5766.

²⁰⁴³ Bergen 11 juni 1993, *J.T.* 1993, 741. Alleen de aannemer is aansprakelijk, de eigenaar van de bomen alsook de exploitant van het terrein waren ten opzichte van Electrabel niet aansprakelijk: “*en s’adressant à un entrepreneur spécialisé dans l’abattage des arbres et le défrichage des sols, la s.a. Alluma et la s.a. Unal remplissaient correctement leur obligation générale de prudence*”.

handelsgebruiken door de beroepsbelangen van andere handelaars of ambachtslui te schaden of proberen te schaden (art. 93 W.H.P.C., oud art. 54 W.H.P.).²⁰⁴⁴ Op de Antwerpse markt voor haventrafiek had een handelaar de voorwaarden van zijn concessieovereenkomst met de Antwerpse stad niet correct nageleefd. De feitenrechter kende de vordering tot staken toe aan een andere handelaar, die deze contractuele tekortkoming als grondslag van zijn vordering had ingeroepen. Het Hof van Cassatie vernietigde dit arrest, omdat de feitenrechter niet had vastgesteld of de contractuele tekortkoming een schending oplevert van het verbod om een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad te stellen. Een niet-contractant kan in zijn vordering tegen een contractant alleen dan slagen, “*indien die tekortkoming terzelfder tijd en los van het contract schending oplevert van het verbod een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad te stellen*”.²⁰⁴⁵

In geval van een tekortkoming aan een concessieovereenkomst moet een derde dus het bewijs leveren van een (gelijktijdige) inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm en zo van de toepasselijkheid van art. 1382 B.W. en in casu oud art. 54 W.H.P.²⁰⁴⁶ Zo zijn tekortkomingen aan een niet-concurrentiebeding op zich slechts handelingen “*welke slechts uit het bijzonder oogpunt der contractuele verbintenissen laakbaar zouden zijn*” en geen onrechtmatige daad die een vordering tot staken mogelijk maakt.²⁰⁴⁷ Volgens het Hof van Beroep te Luik had een handelaar dan weer een delictuele fout begaan, omdat hij in strijd met zijn contract met Seca tot verkoop van drank en voeding was overgegaan, terwijl hij tegelijk kennis had van het (ook bij een overeenkomst met Seca toegekend) exclusief recht van zijn buur-handelaar tot diezelfde verkoophandelingen.²⁰⁴⁸

484. De loutere niet-nakoming van een in een aannemingsovereenkomst voorziene uitvoeringstermijn vormt niet tegelijkertijd een tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsplicht in de zin van art. 1382-1383 B.W.²⁰⁴⁹

Die voorwaarde van een afzonderlijke buitencontractuele fout was dan weer wel vervuld in het recente geval waarbij een uitvoeringsagent van BP, vooraleer de bestelde stookolie bij de besteller over te pompen, had nage laten de brandstofketel van de besteller na te zien (en zo de verluchtungs-

²⁰⁴⁴ J. STUYCK, W. VAN GERVEN, *Mededingingsrecht*, 2A, *Handelspraktijken*, in R. DILLEMANS, W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, Story, 1985, p. 89, nr. 97. Anders in L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 70-74, nr. 45-47.

²⁰⁴⁵ Cass. 4 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 563 (tekortkoming aan concessieovereenkomst in Antwerpse haventrafiekmarkt).

²⁰⁴⁶ Voorz. Kh. Antwerpen 30 mei 1991, *R.H.A.* 1993, 147.

²⁰⁴⁷ Cass. 25 november 1943, *Arr. Verbr.* 1944, 32.

²⁰⁴⁸ Luik 25 oktober 1990, *Jaarboek Handelspraktijken 1990*, 1991, 269, noot P. DE VROEDE (zie ook Voorz. Kh. Verviers 16 mei 1990, *Jaarboek Handelspraktijken 1990*, 1991, 348).

²⁰⁴⁹ Brussel 14 januari 1991, *T. Aann.* 1994, 9, noot K. D’HULST.

opening te zien waarvan hij de dop had moeten losschroeven) en eveneens had nagelaten de slang zelf aan te sluiten, wat van een professioneel nochtans mag worden verwacht. Door die nalatigheden raakte de visvijver van een buur van de stookoliebesteller vervuild en stelde die buur tegen de uitvoeringsagent een delictuele aansprakelijkheidsvordering in. Het Hof van Cassatie verwierp de voorziening tegen het arrest van de feitenrechter die een delictuele vordering tot schadevergoeding had ingewilligd, omdat *“de omstandigheid dat de miskennis van de op een ieder rustende voorzichtigheidsverplichting tevens een tekortkoming aan een contractuele verbintenis is, niet belet dat hij die de tekortkoming heeft begaan, onverschillig of hij een contractpartij is dan wel de uitvoerder door wie deze zich laat vervangen, buitencontractueel aansprakelijk is voor de schade aan derden met wie hij geen overeenkomst heeft gesloten”*.²⁰⁵⁰

485. De meest frequente toepassing van de terzake gehanteerde formule situeert zich op het vlak van de bestuurdersaansprakelijkheid. Een bestuurder is tegenover een schuldeiser van de vereniging delictueel aansprakelijk, wanneer hij niet enkel een beheersfout heeft begaan maar door een tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsplicht aan de schuldeiser schade heeft veroorzaakt, zo bijvoorbeeld wanneer hij heeft nagelaten om de formaliteiten voor het bekomen van een subsidie te vervullen in combinatie met een geheel van gedragingen, zoals *“de onbedachtzaamheid van de bestuurders en (...) hun schuldige daadloosheid, hun onverschilligheid tegenover de verplichtingen van hun functie, hun misprijzen voor de belangen van de schuldeisers”*.²⁰⁵¹

Een bestuurder of zaakvoerder van een vennootschap is tegenover de schuldeisers van de vennootschap evenzeer buitencontractueel aansprakelijk, wanneer hij verbintenissen in naam van de vennootschap aangaat waarvan hij wist dat de vennootschap nooit in staat zou zijn de verbintenissen na te komen.²⁰⁵²

486. Volgens een bepaalde strekking in de rechtsleer is er op het terrein van de aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden niet alleen ruimte voor het begrip van een louter contractuele fout, maar ook voor dat van een louter contractuele schade. Waar Van Quickenborne op dit begrip wel kritiek uitoefent waar het om tweepartijenverhoudingen en dus

²⁰⁵⁰ Cass. 25 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 237, *R.C.J.B.* 1992, 493, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11.990. Over dit arrest, cf. *supra*, nr. 124.

²⁰⁵¹ Cass. 29 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1309, *Pas.* 1989, I, 1196, *R.P.S.* 1989, 175, verwijzende noot J. VAN RYN, X. DIEUX (organisatie muziekfestival).

²⁰⁵² Rb. Antwerpen 13 januari 1998, *R.W.* 1999-2000, 988, noot E. DE BEUCKELAER (industriële betonvloer pluimveebedrijf). Zie evenwel H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, “Overzicht”, *T.P.R.* 2000, p. 1953, nr. 184.

om het samenloopprobleem gaat,²⁰⁵³ laat hij het begrip in driepartijenverhoudingen wel nog een rol spelen, ook al getuigen ook zijn bewoordingen van enige voorzichtigheid en voorwaardelijkheid: “*même si la notion du dommage purement contractuel présentait quelque utilité pour la solution du problème (... de) la détermination des conditions dans lesquelles un tiers peut se prévaloir de l’inexécution d’un contrat*”.²⁰⁵⁴

Toch is in de rechtspraak van het Hof van Cassatie enkel een niet-louter contractuele fout vereist, opdat een contractant tegenover een derde aansprakelijk zou zijn. Een afzonderlijk schadevereiste zou weinig nut vertonen: in geval van louter contractuele schade is ook de fout noodzakelijkerwijze louter contractueel, want de relativiteit van de overeenkomst vereist dat het voordeel van de overeenkomst alleen door een contractpartij kan worden afgedwongen.

Wellicht wordt die discussie door de dubbele betekenis van het begrip “contractuele schade” veroorzaakt. Wanneer dit enkel op het door het contract beoogde voordeel zou slaan, dan spreekt het vanzelf dat een derde dit voordeel voor zich niet kan opeisen. In die zin omschrijft het Belgische Hof van Cassatie de positie van derden tegenover een contract als volgt: “*evenals dat zij niet rechtstreeks de miskennis van een contractuele verbintenis kunnen aanvoeren, zich evenmin rechtstreeks kunnen beroepen op de schade die uit de slechte uitvoering van het contract volgt, welke schade bestaat in het verlies van het voordeel dat de medecontractant normaliter uit de uitvoering van het contract kon halen*”.²⁰⁵⁵ Wat misschien rechtstreeks niet kan, kan wel onrechtstreeks. Wanneer het begrip “contractuele schade” daarentegen ook schade aan de persoon of aan andere goederen omvat, dan kan het voor de vergoeding ervan op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels geen belemmering vormen.

De schadevoorwaarde zoals die in de huidige verdwijningsleer op de aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent wordt toegepast, geldt in ieder geval niet ten aanzien van de meer algemene coëxistentieproblematiek.

In de context van coëxistentie is de voorwaarde van de niet-contractuele schade dan ook weinig zinvol.²⁰⁵⁶

²⁰⁵³ Cf. *supra*, nr. 129.

²⁰⁵⁴ M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1988, p. 365, nr. 31.

²⁰⁵⁵ Cass. 25 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 237, *R.C.J.B.* 1992, 493, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11.990, noot J.-L. FAGNART (met eigen klemtoon).

²⁰⁵⁶ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, p. 1475, nr. 249. Zie nochtans J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Brussel, Larcier (dossiers du J.T.), 1997, p. 15, nr. 6. Als verwarrend voorbeeld in de rechtspraak: Luik 19 januari 1988, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.565.

2. Frans recht

487. In dezelfde lijn staat de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie, dat voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van een contractant tegenover een derde het vereiste van een *fait dommageable indépendant du contrat* stelt.²⁰⁵⁷

Wanneer bijvoorbeeld een aannemer en een architect beide in een afzonderlijke contractuele verhouding met de bouwheer staan, dan worden zij in hun onderlinge verhouding als derden beschouwd en kunnen zij elkaar niet contractueel, maar enkel delictueel aanspreken: indien een architect een gebrek aan toezicht wordt verweten, dan moet dit gebrek “*être envisagé en lui-même, en dehors de tout point de vue contractuel, et (...) doit être précisé le caractère quasi-délictuel de la faute génératrice du dommage*”.²⁰⁵⁸

Toen het Franse Hof van Cassatie de rechtstreekse aanspraak van een bouwheer tegen een leverancier van zijn aannemer nog niet als zuiver contractueel aanzag,²⁰⁵⁹ kon een bouwheer zich tegen de leverancier van een gebrekkig product nog op (quasi-)delictuele basis keren, voorzover die laatste niet rechtstreeks met de bouwheer had gecontracteerd: ook toen was een contractuele relatie voor het bestaan van een rechtsverhouding niet vereist, voorzover er althans sprake was van een “*faute envisagée en elle-même en dehors de tout point de vue contractuel*”.²⁰⁶⁰

488. Voor de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van een vennootschap of van een vereniging tegenover derden wordt evenzeer een bijzondere vereiste gesteld.

In de tachtiger jaren sprak het Franse Hof van Cassatie van een *faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat* tussen de bestuurde vennootschap en de derde-medcontractant. Zo had een bestuurder van een verkopende vennootschap twee cheques ter betaling aanvaard, terwijl hij goed wist dat de wissel die eerder al voor dezelfde prestatie ter betaling was uitgegeven, al in het verkeer was gebracht en die prestatie zo al door een derde op grond van die wissel was betaald. Die feiten waren voor het Franse

²⁰⁵⁷ O.m. Cass. fr. (civ. II) 3 december 1953, *J.C.P.* 1954, II, nr. 8.025, noot R. SAVATIER, met commentaar van G. DURRY, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1954, 209-302, nr. 3 (contract met toezicht van gevangenen – eigenaar gestolen dieren); Cass. fr. (civ. I) 7 november 1962, *J.C.P.* 1963, II, nr. 12.987, noot P. ESMEIN; Cass. fr. (civ. I) 23 mei 1978, *Bull. civ.* 1978, I, nr. 201.

²⁰⁵⁸ Cass. fr. (civ. I) 7 november 1962, *J.C.P.* 1963, II, nr. 12.987, noot P. ESMEIN (ingestort balkon door gebruik van slechts één in plaats van twee ijzers – vernietiging wegens niet-vaststelling van afzonderlijke delictuele fout).

²⁰⁵⁹ Wat wel gebeurde met het principesarrest van Cass. fr. (ass. plén.) 7 februari 1986, *J.C.P.* 1986, II, nr. 20.616, noot P. MALINVAUD; cf. *supra*, nr. 437.

²⁰⁶⁰ Cass. fr. (civ. I) 23 mei 1978, *Bull. civ.* 1978, I, 69 (gebrekkige verwarmingsinstallatie – vernietiging wegens afwijzing van aanspraak omdat er tussen beide personen geen rechtsverhouding zou zijn hoewel de bouwheer zich op een afzonderlijke delictuele fout beroept).

Hof van Cassatie niet voldoende om tot de delictuele aansprakelijkheid van de vennootschapsbestuurder te besluiten.²⁰⁶¹

Sinds de negentiger jaren hanteert het Hof het criterium van een *faute détachable de ses fonctions*²⁰⁶² of van een *faute séparable des fonctions*.²⁰⁶³ Zo ook kan een lasthebber slechts delictueel aansprakelijk zijn wanneer hij een “*faute détachable*” heeft begaan.²⁰⁶⁴

Met betrekking tot de persoonlijke buitencontractuele aansprakelijkheid van aangestelden tegenover derden heeft de handelskamer van het Franse Hof van Cassatie een vergelijkbaar criterium van een “*faute personnelle*” uitgewerkt; die persoonlijke fout is uitgesloten wanneer hij “*dans le cadre de la mission*” handelt.²⁰⁶⁵

B. Assimilatie

489. Het negatieve criterium van de zuiver contractuele fout of het positieve criterium van de onafhankelijke delictuele fout luidt eenvoudiger dan zijn toepassing. De Page die in zijn *Traité* zoals de meeste auteurs slechts enkele lijnen aan het probleem wijdde, nam een restrictieve houding aan; volgens hem is het criterium meestal niet voldaan.²⁰⁶⁶

In de zestiger en vooral zeventiger jaren was er evenwel een tendens in de Franse rechtsleer en zo ook in bepaalde Belgische rechtsleer om het criterium alleen nog maar naar de mond te belijden. De auteurs wezen op een verregaande mate van assimilatie van contractuele en delictuele

²⁰⁶¹ Zie Cass. fr. (com.) 4 oktober 1988, *Bull. civ.* 1988, IV, nr. 265 (vernietiging). Ook Cass. fr. (com.) 4 juni 1991, *Rev. soc.* 1992, 55, noot Y CHARTIER; Cass. fr. (com.) 14 januari 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, nr. 13, *Rev. soc.* 1992, 798.

²⁰⁶² Cass. fr. (civ. II) 19 februari 1997, *Bull. civ.* 1997, II, nr. 53 (aankoop vliegtuigticket door voorzitter van vereniging), vergelijkbaar met het criterium uit de administratieve rechtspraak voor de persoonlijke aansprakelijkheid van openbare ambtenaren, met name de “*faute personnelle détachable du service*” in arrest-Pelletier van 30 juli 1873 (zie G. VINEY, noot onder Cass. fr. (com.) 12 oktober 1993, *D.* 1994, Jur., 126, sub B); Cass. fr. (com.) 27 januari 1998, *D.* 1998, 605, noot D. GIBIRILA; Cass. fr. (com.) 28 april 1998, *J.C.P.* éd. E, 1998, 1258, noot Y. GUYON. Voor een bespreking vanuit Belgisch perspectief V. SIMONART, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1999, p. 767-771, nr. 42.

²⁰⁶³ Cass. fr. (civ. III) 17 maart 1999, *D.* 1999, Somm., 264, noot P. DELEBECQUE. Zie G. VINEY, “Chronique. Responsabilité civile”, *J.C.P.* 1999, 1189-1190.

²⁰⁶⁴ Cf. ...

²⁰⁶⁵ Althans in de interpretatie door Viney van Cass. fr. (com.) 12 oktober 1993, *D.* 1994, Jur., 124, noot G. VINEY, *J.C.P.* 1995, II, 22493, noot F. CHABAS (die het arrest als een “*arrêt d'espèce*” ziet).

²⁰⁶⁶ H. DE PAGE, *Traité*, II, p. 908, nr. 927, onder meer met verwijzingen naar de restrictieve formule van Cass. fr. (civ.) 3 december 1953, zoals becommentarieerd in H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, “Jurisprudence française”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1954, p. 299, nr. 3 (vordering tegen aannemer die gevangenen had tewerkgesteld: “*quand cette faute a une existence indépendante du contrat lui-même*”), en naar Brussel 16 juni 1951, *R.G.A.R.* 1951, nr. 4.833. Zie G. VINEY, *Introduction*, p. 394-395, nr. 213 (*faute “détachable du contrat”*).

fouten.²⁰⁶⁷ De feitenrechters besteedden zo goed als geen aandacht aan de toetsing van de feiten aan dit criterium²⁰⁶⁸ en het Hof van Cassatie stelde zich vaak tevreden met een impliciete vaststelling van een delictuele fout. Volgens de interpretatie in de rechtsleer kwam men vlug tot het besluit dat de feitenrechter een schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht “*impliciet maar zeker*” heeft vastgesteld.²⁰⁶⁹ In een gegeven context werden de voorwaarden van het genoemd beginsel meestal *ipso facto* als voldaan geacht.²⁰⁷⁰ In die lijn lag ook de rechtspraak van vóór het stuwadoorsarrest, toen in België ook een contractuele wanprestatie van een uitvoeringsagent gemakkelijk in een onrechtmatige daad tegenover de hoofdopdrachtgever werd omgezet.²⁰⁷¹

Met het stuwadoorsarrest merkten verschillende auteurs dan ook op dat het Belgische Hof van Cassatie een paradox huldigt: terwijl het de buitencontractuele aansprakelijkheid tussen contractpartijen (en van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever) op de meest verregaande manier probeert uit te sluiten, wordt de coëxistentie van contractuele aansprakelijkheid tegenover een medecontractant en buitencontractuele aansprakelijkheid tegenover een derde bijzonder gemakkelijk aanvaard.²⁰⁷²

490. Vandaag de dag ziet de meerderheid van de *Belgische* rechtsleer diezelfde assimilatietendens in de rechtspraak niet langer.²⁰⁷³ Zo beklemtoont Cornelis dat de contractuele en de buitencontractuele fout lang niet altijd met elkaar samenvallen aangezien de inbreuk telkens op een andere norm wordt gepleegd.²⁰⁷⁴ Dieux oordeelt dan weer dat de Franse rechtsleer al

²⁰⁶⁷ *J. Cl. Civ.*, tw. Art. 1382 à 1386. *Responsabilité civile*, 1998, Fasc. 130-1, nr. 82 (P. JOURDAIN).

²⁰⁶⁸ G. VINEY, *Introduction*, p. 395, nr. 213.

²⁰⁶⁹ Cass. 12 december 1958, *Pas.* 1959, I, 383, *R.C.J.B.* 1960, 204, noot G. VAN HECKE, *R.G.A.R.* 1960, nr. 6.425; Cass. 11 juni 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1168, *Pas.* 1981, I, 1159, *R.W.* 1981-82, kol. 1748; Cass. 21 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 641, *Pas.* 1988, I, 602, *R.W.* 1988-89, 675, noot E. DIRIX, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.563.

²⁰⁷⁰ Voor België: H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 169-170, nr. 9; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, p. 1465, nr. 244, litt. A. Voor andere landen: M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, 21; C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, 416, voetnoot 11; C. VON BAR, discussiebijdrage, in *Einbeziehung Dritter in den Vertrag* (Karlsruher Forum 1998), Karlsruhe, Versicherungswirtschaft, 1999, 109.

²⁰⁷¹ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, “Overzicht”, *T.P.R.* 1980, p. 1472, nr. 247.

²⁰⁷² H. COUSY, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, p. 174-175, nr. 16; I. DE WEERDT, *o.c.*, *Eur. Vervoerr.* 1989, p. 545, nr. 48; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 180, nr. 244; W. VAN GERVEN, S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 207-208.

²⁰⁷³ Naast de verder volgende verwijzingen, zie ook P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution des contrats de services par autrui”, 269: “*On sait, au contraire* (nl. in vergelijking met Frankrijk), *combien la jurisprudence belge s’est montrée exigeante sur ce point.*”

²⁰⁷⁴ L. CORNELIS, *Principes*, I, p. 127-128, nr. 69 (“*formule rituelle*”).

te vlug een louter contractuele wanprestatie en dus assimilatie ziet en dat de professionele aard van de fout eigenlijk een lagere drempel voor de toepassing van de delictuele aansprakelijkheid uitmaakt, al mag ook een professionele fout niet automatisch met een delictuele fout worden gelijkgeschakeld.²⁰⁷⁵

491. De huidige *Franse* rechtsleer wijst er meer en meer op dat de vereiste van een afzonderlijke delictuele fout ook in Frankrijk nog steeds bestaat.²⁰⁷⁶ Van die houding getuigt heel wat rechtspraak.

In de bouwsector staan architect en aannemer vaak niet met elkaar, maar enkel met de bouwheer in een contractuele relatie. Als dan bijvoorbeeld blijkt dat de architect niet voldoende heeft gecontroleerd of de aangenomen constructie voldoende robuust en waterdicht is, kan de bouwheer een aansprakelijkheidsvordering instellen tegen de aannemer die op zijn beurt de architect in vrijwaring roept. Terzake vernietigde het Franse Hof van Cassatie in een arrest van 27 september 1984 de beslissing van een Parijse feitenrechter, die de architect tegenover de aannemer aansprakelijk had verklaard op grond van de tekortkoming aan de opdracht die hij van de bouwheer had gekregen “*sans rechercher si le manquement relevé pouvait, envisagé en lui-même et en dehors de tout point de vue contractuel, constituer une faute à l’égard de l’entrepreneur, et sans préciser le caractère quasi délictuel du manquement générateur du dommage invoqué par celui-ci*”.²⁰⁷⁷

Uit een cassatiearrest van 18 november 1992 blijkt niet alleen dat een leverancier en een onderaannemer tegenover een bouwheer een onder-

²⁰⁷⁵ X. DIEUX, D. WILLERMAIN, o.c., in X, *Les contrats de service*, Brussel, JBB, 1994, p. 225-227, nr. 7.

²⁰⁷⁶ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, G. VINEY, *Introduction*, p. 401-402, nr. 215; *J. Cl. Civ.*, tw. Art. 1382 à 1386. *Responsabilité civile*, Fasc. 130-1, 1998, nr. 83 (P. JOURDAIN). Cass. fr. (civ. III) 3 januari 1969, *D.* 1969, Jur., 411 (architect tegenover rechtsopvolgers bouwheer; “*aucune faute extérieure au contrat*”); Cass. fr. (civ. III) 31 januari 1969, *J.C.P.* 1969, II, nr. 15.937, noot G. LIET-VEAUX, met commentaar in G. DURRY, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1969, 776-777, nr. 3 (aannemer tegen architect wegens gebrek aan insecticidebehandeling van hout); Cass. fr. (civ. III) 26 april 1983, *Gaz. Pal.* 1984, Jur., 180, noot A. PLANQUEEL (ietwat onduidelijk arrest – levering gebrekkige dakpannen; leverancier die niet tegelijk fabricant is, wordt niet vermoed een delictuele fout tegenover de bouwheer (in contractuele relatie met aannemer) te hebben begaan; de verkoop van een gebrekkig product is een contractuele tekortkoming); Cass. fr. (civ. III) 14 mei 1985, *Bull. civ.* 1985, III, nr. 79 (ook levering gebrekkige dakpannen – geen delictuele aansprakelijkheid van leverancier die niet de fabrikant is); Cass. fr. (civ. III) 14 mei 1985, *J.C.P.* 1985, IV, p. 261, kol. 2-3 (levering gebrekkige dakpannen); CA Parijs 8 maart 1974, *Gaz. Pal.* 24 juli 1974, II, somm. 211, noot D.S., *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1974, 814-815, noot G. DURRY (levering van autovoorruiet anders dan besteld – door gebroken voorruit gestorven passagier – geen aansprakelijkheid van garagist want slechts contractuele fout – kritiek van Durry daar “*il est de principe qu’une faute contractuelle est en même temps une faute délictuelle à l’égard des tiers*”).

²⁰⁷⁷ Cass. fr. (civ. III) 27 september 1984, *Bull. civ.* 1984, III, nr. 153.

scheiden juridische positie aannemen (rechtstreekse vordering met toepassing van korte termijn, respectievelijk delictuele aansprakelijkheid),²⁰⁷⁸ maar ook dat een feitenrechter moet onderzoeken of de rechtstreeks aangesproken onderaannemer al dan niet een (quasi-) delictuele fout heeft begaan.²⁰⁷⁹

In een arrest van 11 april 1995 waarin het Franse Hof van Cassatie volgens Viney niet langer de weg van de assimilatie bewandelt, heeft het Hof een door de rechter voldoende “gekaracteriseerde” fout gezien in het feit dat een lasthebber de wederpartij (Franse televisiestations) ertoe heeft aangezet om het contract niet na te komen en zich niet tegen het ongeoorloofde gebruik van bepaalde bandopnames heeft verzet. De feitenrechter had in voldoende mate het bestaan van quasi-delictuele fouten vastgesteld, die van de verbintenissen uit het lastgevingscontract zijn los te maken. Hij heeft de feiten zodanig kunnen analyseren dat er ook buiten het contractuele perspectief sprake was van een fout.²⁰⁸⁰

In een arrest van 13 januari 2000 heeft het Parijse Hof van Beroep de aanspraak van een bouwheer tegen een onderaannemer dan weer niet aanvaard, omdat de omstandigheid dat de schade zijn oorzaak in de werken van onderaanneming vindt, nog niet voldoende is om een fout in de uitvoering van die werken aan te tonen.²⁰⁸¹ Dit arrest sluit evenwel de mogelijkheid van een rechtstreekse aanspraak niet uit.

492. En toch interpreteren een aantal auteurs een reeks andere recente Franse cassatiearresten, alsof ze nog steeds diezelfde assimilatie zouden huldigen.²⁰⁸² Zo had een feitenrechter een uitbetaling van een onregelmatige²⁰⁸³ cheque door een bank aan de schuldeiser van de trekker ervan niet alleen als een contractuele fout, maar ook als een delictuele fout ten opzichte van derden gekwalificeerd. In casu was de derde een andere schuldeiser die ook een cheque aan de bank had aangeboden maar aan

²⁰⁷⁸ Cf. *supra*, nr. 431 et seq.

²⁰⁷⁹ Cass. fr. (civ. III) 18 november 1992, *Bull. civ.* 1992, III, nr. 299 (gecondenseerd glaswerk).

²⁰⁸⁰ Cass. fr. (civ. I) 11 april 1995, *R.C.A.* 1995, nr. 238, *D.* 1995, Somm., 231, noot P. DELEBECQUE. In de cassatiezaak gaat de vordering tegen de lasthebber uit van een betrokken derde, maar niet van een derde-medecontractant wiens vorderingen tegen een lasthebber gemakkelijker zouden worden aanvaard (zie P. DELEBECQUE, “La faute délictuelle ou quasi délictuelle du mandataire” (noot onder Cass. fr. (civ. I) 11 april 1995), *D.* 1995, Somm., 231-232).

²⁰⁸¹ CA Parijs 13 januari 2000, *RD Imm.* 2000, 184-185 (samenvatting).

²⁰⁸² Zie naast de hierna behandelde arresten ook nog Cass. fr. (civ. III) 24 februari 1993, zoals beschreven door P. JOURDAIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1993, 364 (hoofdaannemer tegenover buur aansprakelijk – tekortkoming aan verbintenis tegenover onderaannemer tot toezicht, informatie en bijstand); Cass. fr. (civ. I) 15 december 1998, *Bull. civ.* 1998, I, nr. 368 (althans volgens de interpretatie van P. DELEBECQUE, noot onder Cass. fr. (civ. I) 26 januari 1999, *D.* 1999, Somm., 263-264).

²⁰⁸³ De cheque bevatte niet de in casu vereiste twee handtekeningen.

wie de bank betaling ervan wegens gebrek aan actief van de cliënt had geweigerd. Het Hof van Cassatie overweegt niets anders dan dat er inderdaad een delictuele fout voorligt.²⁰⁸⁴

Volgens een arrest van 12 maart 1991 begaat een handelshuurder tegenover een huurder een delictuele fout, wanneer zijn huurcontract met de exploitant van een winkelcentrum bepaalt dat hij de exclusiviteit van de andere huurders moet eerbiedigen en desondanks goederen verkoopt waarvan de verkoop precies aan die huurder is voorbehouden.²⁰⁸⁵

Volgens een arrest van 22 april 1992 kan een juridisch raadgever van een huurder van een pand waarin een handelszaak wordt uitgebaat, tegenover de verhuurder van dit pand quasi-delictueel aansprakelijk zijn. Bij de cessie van de huur had de raadgever namelijk niet voldoende advies gegeven om met de belangen van de eigenaar van het pand rekening te houden, wat meteen een professionele en zo ook een quasi-delictuele fout opleverde ten aanzien van de eigenaar van het pand.²⁰⁸⁶

In een vernietigingsarrest van 16 december 1992 wordt een vastgoedmakelaar aansprakelijk gesteld, niet alleen contractueel tegenover de verkopers (tekortkoming aan een informatieverplichting waardoor de partijen dwaalden), maar ook delictueel tegenover de andere partijen (koper en bank) omdat hij een professionele fout heeft begaan.²⁰⁸⁷

Het arrest van 13 oktober 1992 betrof dan weer een professioneel lasthebber van vruchtgebruikers, die zonder de toestemming van de naakte eigenaar het goed in handelshuur had gegeven. De lasthebber is tegenover de naakte eigenaar delictueel aansprakelijk, omdat hij ertoe gehouden is de hoedanigheid van zijn lastgever te onderzoeken.²⁰⁸⁸

Volgens een arrest van 11 december 1991 ten slotte zou een onderaannemer tegenover een bouwheer op grond van art. 1382 B.W. voor de schade ten gevolge van gebreken aansprakelijk zijn.²⁰⁸⁹

Al blijft het in deze korte schets van de recente rechtspraak onduidelijk welke richting het Franse Hof van Cassatie nu al dan niet wil inslaan, geeft het Hof in een recente, maritieme zaak duidelijker aanwijzingen. Een koper die krachtens zijn FOB-koopcontract voor het vervoer van het

²⁰⁸⁴ Cass. fr. (com.) 4 juni 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, nr. 197, *D.* 1992, Somm., 399, noot D.R. MARTIN (“foin de la ‘faute délictuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel’”).

²⁰⁸⁵ Cass. fr. (com.) 12 maart 1991 zoals besproken door P. JOURDAIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1992, 567-568.

²⁰⁸⁶ Cass. fr. (civ. I) 22 april 1992, *R.C.A.* 1992, nr. 269.

²⁰⁸⁷ Cass. fr. (civ. I) 16 december 1992, *Bull. civ.* 1992, I, nr. 316. Met dit arrest zou ook een afzonderlijke regeling voor professionele aansprakelijkheid ontstaan (G. VINEY, “Chronique. Responsabilité civile”, *J.C.P.* 1993, I, nr. 3664, p. 145, nr. 7-8).

²⁰⁸⁸ Cass. fr. (civ. I) 13 oktober 1992, *Bull. civ.* 1992, I, nr. 250.

²⁰⁸⁹ Cass. fr. (civ. III) 11 december 1991, *J.C.P.* 1992, IV, nr. 570 (samenvatting).

gekochte goed moest zorgen, had een vervoercontract gesloten met een bedrijf die op zijn beurt een bevrachtingovereenkomst met een redervervrachter (*fréteur*) had gesloten. Toen de verkoper de goederen bij het schip aanbood, weigerde de kapitein van de reder de goederen op het schip te laden, zodat de verkoper hoge kosten opliep. Nadat de verkoper zijn kosten op de koper had verhaald, wil deze laatste zijn schadevergoedingslast recupereren van de reder en diens kapitein. De feitenrechter had de vordering afgewezen omdat de weigering van de goederen door de kapitein een wanprestatie van de reder uitmaakte en er tussen de procespartijen geen contractuele band bestond. Volgens het Hof is daarmee niet voldoende gemotiveerd waarom een delictuele fout in deze concrete zaak niet voorhanden was.²⁰⁹⁰ Annotator Delebecque is niet tevreden met deze uitspraak die volgens hem een “(*triste formule*)” hanteert omdat ze niet echt in de richting van een bescherming van het slachtoffer gaat en bepaalde fouten onbestraft laat, ook omdat “(*en l’espèce, il paraît difficile de dire que le fait pour les fréteurs de pas recevoir à leur bord la marchandise prévue – fait qui matérialise incontestablement une faute contractuelle – peut également constituer une faute délictuelle.*)”²⁰⁹¹ Ondanks die kritiek wil het Franse Hof van Cassatie wellicht vooral bereiken dat een feitenrechter voldoende feitelijke vaststellingen doet vooraleer hij het bestaan van een delictuele fout afwijst, in welk geval de kans op vernietiging van een beslissing van een lagere rechter kleiner lijkt te zijn.²⁰⁹²

Tussen de twee uitersten in (voor- en tegenstanders van assimilatie) nemen een aantal auteurs de jongste tijd ook een meer gematigde tussenpositie in.²⁰⁹³ Zo probeert Jourdain de twee stellingen te verzoenen door een onderscheid te maken tussen de contractuele verbintenissen van algemene aard en de meer specifiek contractuele verbintenissen. De specifiek contractuele verbintenissen zijn “*celles qui tendent à assurer l’utilité ou l’efficacité des prestations objet du contrat*”, de meer algemene zijn bijvoorbeeld de veiligheidsverbintenissen.²⁰⁹⁴ Terwijl voor de algemene verbintenissen het principe van de relativiteit van de contractuele fout geldt, is de categorie van de specifiek contractuele verbintenissen *a priori* beperkt tot de contractpartijen.²⁰⁹⁵

²⁰⁹⁰ Cass. fr. (com.) 2 april 1996, *D.* 1996, Jur., 559, noot P. DELEBECQUE.

²⁰⁹¹ P. DELEBECQUE, noot onder Cass. fr. (com.) 2 april 1996, *D.* 1996, Jur., 562, nr. 10.

²⁰⁹² Bij de Belgische leer van de uitvoeringsagent is de taak van een feitenrechter juist omgekeerd: vaststellen of de voorwaarden voor aansprakelijkheid wel zijn nageleefd, anders kan er van aansprakelijkheid geen sprake zijn.

²⁰⁹³ Zie voor een overzicht, P. JOURDAIN, “Faute contractuelle. Relativité. Faute délictuelle à l’égard des tiers”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1992, 568.

²⁰⁹⁴ P. JOURDAIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1993, 362; P. JOURDAIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1994, 366.

²⁰⁹⁵ P. JOURDAIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1992, 568.

Samen met Bacache-Gibeili, pleit Viney voor een gelijkaardig onderscheid tussen de essentieel contractuele verbintenissen en de accessoir contractuele verbintenissen.²⁰⁹⁶ Indien een derde een feit inroept dat een tekortkoming aan een essentiële verbintenis van het contract inhoudt, moet hij een afzonderlijke buitencontractuele fout aantonen. Indien een derde zich daarentegen beroept op de schending van een accessoire contractuele verbintenis die slechts op een vertaling van de algemene zorgvuldigheidsplicht neerkomt, dan is daarmee *ipso facto* ook de delictuele fout bewezen.²⁰⁹⁷ Al geven beide auteurs toe dat de rechtspraak zelf niet altijd in de lijn van hun voorgesteld onderscheid ligt (wat precies door o.m. Ghestin in dit voorstel wordt bekritiseerd),²⁰⁹⁸ toch lijkt het een aanvaardbare compromisstelling.

Heel recent laat raadsheer P. Sargos in een verslag bij een arrest van 17 november 2000 toch een ander geluid horen. Voor hem is het criterium van een verplichting die onafhankelijk van een contractueel perspectief bestaat, moeilijk te begrijpen en ziet hij het als een soort sofisme. De werkelijke grondslag van het recht van de derde ligt voor hem in de tegenstelbaarheid van het contract.²⁰⁹⁹ Die visie verklaart dan ook de verregaande overweging in het arrest van 18 juli 2000: “*que les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l’exécution défectueuse de celui-ci lorsqu’elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d’autre preuve.*”²¹⁰⁰ Het volstaat zonder meer de wanprestatie in te roepen.

In Frankrijk is het nog geen uitgemaakte zaak wanneer een wanprestatie al dan niet met de delictuele aansprakelijkheid tegenover een derde gepaard gaat. In ieder geval kiest dit rechtstelsel niet voor een alles-of-niets benadering.²¹⁰¹

§ 2. SAMENHANGENDE OVEREENKOMSTEN IN BELGIË

A. Algemeen en verwijzing

493. De zonet beknopt besproken buitencontractuele aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden vormt de context voor de meer

²⁰⁹⁶ G. VINEY, *Introduction*, p. 402-403, nr. 215.

²⁰⁹⁷ G. VINEY, *Introduction*, p. 402-403, nr. 215. Vgl. G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, 419.

²⁰⁹⁸ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, p. 420, nr. 367.

²⁰⁹⁹ Overweging 39 van het verslag van P. SARGOS, op www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm.

²¹⁰⁰ Cass. fr. (civ. I), 18 juli 2000, *Bull. civ.* 2000, I, nr. 221 (onvoldoende toezicht op patiënt in gezondheidsinstelling).

²¹⁰¹ Zie recent M. BILLIAU, “Regards sur l’application par la Cour de Cassation de quelques principes du droit des contrats à l’aube du XXI^e siècle”, in X, *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, (119) p. 136, nr. 16.

specifieke probleemstelling van rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten. Hierna komt de aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden slechts ter sprake, in zoverre die derden door een overeenkomst met de medecontractant van de aangesproken contractant verbonden zijn en in zoverre die overeenkomst ook een specifieke objectieve band vertoont met een andere overeenkomst. Derden die enkel een familiale band met één van de contractanten hebben, vallen hier dus buiten, evenals derden met een contractuele band maar wiens contract met het andere contract geen objectieve band heeft. In vergelijking met de algemene categorie van de aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden heeft de specifieke categorie van samenhangende overeenkomsten haar eigen specifieke²¹⁰² problemen. Een dergelijke groep ligt voor wanneer twee of meer op zich staande overeenkomsten (*contrats juxtaposés*) – zonder dat er van een meerpartijenovereenkomst sprake is – nauw met elkaar verbonden zijn, hetzij door een gemeenschappelijk voorwerp, hetzij door een gemeenschappelijk doel, zodat de afwikkeling van de ene overeenkomst noodzakelijkerwijze ook voor de afwikkeling van de andere overeenkomst gevolgen heeft.²¹⁰³ Elk rechtssysteem worstelt met de toepasselijke regeling voor aanspraken van een derde tegen een contractant in een groep van aaneengeschakelde of samenhangende overeenkomsten.

Het is intussen een internationaal gangbare metafoor geworden dat de hoofdbekommernis bij samenhangende overeenkomsten erin bestaat om het gevaar van een “kortsluiting in de contractuele verhoudingen”²¹⁰⁴ (*short-circuiting of the contractual structure*) te bezweren. Dit kernprobleem splitst zich op in twee fundamentele subvragen. Is buiten de gevallen waarin een derde over een contractuele aanspraak beschikt,²¹⁰⁵ een buitencontractuele aanspraak van een derde tegen een contractant bij een samenhangende overeenkomst mogelijk *omisso medio*, met weglating van een schakel in de ketting? En zo ja, in welke mate werkt de contractuele regeling van één of beide van de aaneengeschakelde overeenkomsten dan ook naar de aanspraak van de derde door? De ene vraag peilt naar het bestaan van een aanspraak, de andere naar de graad van doorwerking.

494. Waar het Belgische en het Franse recht bij de algemene coëxistentieproblematiek nog enigszins op elkaar aansluiten, is dit niet langer het geval met de positie van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdpdracht-

²¹⁰² Zie ook de indeling van *J. Cl. Civ., tw. Art. 1146 à 1155. Responsabilité civile*, 1994, Fasc. 176-2, nr. 30-41 (M. ESPAGNON).

²¹⁰³ Cf. *supra*, nr. 9.

²¹⁰⁴ Naar de titel van J.P.L. CAHEN, “Kortsluiting in contractuele verhoudingen”: E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, p. 355, nr. 17; -, *Obligatoire verhoudingen*, p. 199, nr. 269

²¹⁰⁵ Cf. *supra*, deel III.

gever. Daarom is hier wel een afzonderlijke behandeling van beide rechtssystemen aangewezen. Naar Belgisch recht is de juridische positie van een bij een aaneengeschakelde overeenkomst betrokkene afhankelijk van de vraag of de aangesproken contractant al dan niet als een uitvoeringsagent kan worden beschouwd.

Voor wat de rechtspositie van een uitvoeringsagent betreft, verwijzen we naar het tweede deel.

B. Samenhangende overeenkomsten zonder uitvoeringsband

495. Een bespreking van de derdenwerking bij samenhangende overeenkomsten kan zich niet beperken tot de rechtspositie van een uitvoeringsagent. Overeenkomsten kunnen nog op andere wijzen nauw aan elkaar vasthangen, zonder dat de ene overeenkomst strekt tot de uitvoering van de andere overeenkomst. Zo kan de band tussen overeenkomsten erin bestaan dat ze beide gericht zijn op de realisatie van eenzelfde doel. Hier komen we onder meer op het terrein van wat men graag “nevenovereenkomsten”²¹⁰⁶ (*cocontrats*,²¹⁰⁷ *contrats jumelés*²¹⁰⁸) noemt. Meestal wordt louter naar de Franse rechtsleer terzake verwezen. De Belgische rechtsleer of rechtspraak is over die materie uiterst karig en dit heeft zo zijn redenen.

De feitsituaties zijn heel divers. Distributienetwerken (concessies en franchise) of agentschap zijn het voorbeeld bij uitstek. Voor het vervoer van een goed kan een expediteur een contract voor achtereenvolgens zee- en landvervoer sluiten. Een initiatiefnemer van een publiciteitscampagne kan nauw samenhangende maar afzonderlijke contracten sluiten met een ontwerper, een industrieel en een verdeler.²¹⁰⁹ Met de koop van een goed hangt vaak een leningovereenkomst samen. Wanneer een hoofdaannemer twee onderaannemers heeft ingeschakeld, dan is een vordering van de ene onderaannemer tegen de andere niet *onontvankelijk*, alleen omdat er geen contractuele band voorligt; een onderaannemer kan nog een delictuele fout hebben begaan, die in oorzakelijk verband staat met de schade van een andere onderaannemer.²¹¹⁰

²¹⁰⁶ Zo ontstaat een kluwen van samenhangende overeenkomsten wanneer een bouwheer (of een promotor) achtereenvolgens een architectenovereenkomst en een aannemingsovereenkomst sluit (V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, o.c., in *L'interdépendance des contrats. Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, BVBj, 1997, p. 25, voetnoot 8).

²¹⁰⁷ Zie o.m. P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, Parijs, Cujas, 1993, p. 392, nr. 696.

²¹⁰⁸ D. VEAUX, “Effets des conventions à l’égard des tiers – Règles générales”, *J. Cl. Civ.*, tw. *Art. 1165*, Fasc. 10, nr. 32 (zelfde doelstelling op het oog).

²¹⁰⁹ V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, o.c., in *L'interdépendance des contrats. Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, BVBj, 1997, 27.

²¹¹⁰ Brussel 17 februari 1989, *R.G.A.R.* 1991, nr. 11.816 (waterschade, tegellegger tegen schrijnwerker; in casu geen fout).

Kan een bouwheer ageren tegen een leverancier van zijn aannemer, een huurder tegen de architect of de aannemer die de verhuurder had ingeschakeld, een koper tegen de landmeter op wiens diensten de verkoper een beroep had gedaan? Of nog, wanneer tussen een jeansfabrikant en een wasserijonderneming een wasserijcontract wordt gesloten en die onderneming met het oog op de uitvoering van dergelijke contracten aan een derde een boiler heeft gekocht, kan de jeansfabrikant de derde-verkoper die de boiler niet tijdig heeft geleverd, rechtstreeks aanspreken?

1. Rechtstreekse aanspraak

496. Óf uitersten bij een reeks nevenovereenkomsten op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid een rechtstreekse aanspraak kunnen doen gelden, kan niet zoals bij de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent in het algemeen worden beantwoord. Het antwoord hangt te nauw samen met de feitelijke omstandigheden van elke zaak, zodat de feitenrechter er soeverein of vrij over kan oordelen.

Juridisch gezien gelden hier in ieder geval niet langer de restrictieve voorwaarden voor de aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent, maar wel de algemene en tevens minder restrictieve leer van coëxistentie. Opdat van een rechtstreekse aanspraak sprake zou zijn, moet een buitencontractuele fout bewezen worden. Wel staat het relativiteitsbeginsel op de voorgrond via de autonomie van deze contracten, die gebaseerd is op het vermoeden dat de partijen hun contract wilden losmaken van het andere contract. Wanneer dit vermoeden niet met de realiteit overeenstemt, is er ook geen reden meer voor die autonomie, zoals bij triangulaire of circulaire structuren.²¹¹¹ Omwille van het behoud van het contractuele evenwicht wordt ook hier meestal een buitencontractuele vordering ontkend, zowel op grond van de afwezigheid van vergoedbare schade via de invulling door het risicobeginsel als op grond van de doorbreking van het causaal verband.²¹¹²

Een aantal toepassingen maken de vage beginselen wat concreter.

Wanneer een ingenieur tegenover de bouwheer een toezichtplicht op zich heeft genomen en hij met de aannemer niet in een contractuele relatie staat, kan deze aannemer mogelijks toch een delictuele vordering tegen de ingenieur instellen: “*que le défaut de surveillance (...) ne constitue pas à son égard une faute contractuelle, cette faute, envisagée en elle-même, constitue*

²¹¹¹ X. DIEUX, “Les chaînes et groupes de contrats”, p. 119, nr. 5.

²¹¹² E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, 222-233, nr. 296-312; V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, o.c., in *L'interdépendance des contrats. Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, BVBJ, 1997, 43-44.

à l'égard des tiers une négligence qui oblige son auteur à en réparer les conséquences.²¹¹³

Wanneer het Wegenfonds aan een aannemer de opdracht geeft om afbraakmateriaal weg te nemen, dan heeft het niets van doen met de wijze waarop die aannemer zich daarop van dat gevaarlijk afbraakmateriaal ontdoet. De boer wiens grond met dat afbraakmateriaal was opgevuld en wiens koeien door de in het afbraakmateriaal vervatte metaalslakken zijn vergiftigd, kan geen aanspraak doen gelden tegen het Wegenfonds dat van de bestemming van de metaalslakken noch van de overeenkomst tussen de boer en de aannemer op de hoogte was.²¹¹⁴

Bij joint ventures (*associations d'entreprises*) waarbij elk van de partijen het bij een basisovereenkomst op zich neemt om daarna met de op te richten vennootschap "satellietovereenkomsten" te sluiten, is de gebeurlijke aansprakelijkheid tegenover de andere partijen bij de basisovereenkomst in geval van toerekenbare niet-nakoming van een satellietovereenkomst, behoudens andersluidend beding, alleen buitencontractueel van aard.²¹¹⁵

Wanneer een bouwheer zijn architect laat vervangen, dan beschikt de ene architect tegen de andere over een quasi-delictuele vordering, aangezien ze in hun onderlinge relatie als derden kunnen worden beschouwd, zo stelt het Brusselse Hof van Beroep, zelfs al maakt het schadeverwekkend feit tegelijk een contractuele tekortkoming ten aanzien van de bouwheer uit, zolang er maar een fout is "*indépendamment de tout point de vue contractuel*".²¹¹⁶

De te voren genoemde beginselen spelen slechts in die gevallen waar twee contracten minstens door een eenheid van doel of voorwerp aaneengeschakeld zijn. Soms is die samenhang slechts schijnbaar en is er eigenlijk geen specifiek probleem. Wanneer aldus een eigenaar verschillende boven elkaar liggende appartementen aan verschillende personen verhuurt, dan ontstaan er twee huurcontracten naast elkaar. Toch rijst er geen enkel probleem van relativiteit, wanneer de ene huurder bij bovenmatige hinder rechtstreeks de andere huurder aanspreekt.²¹¹⁷

²¹¹³ Cass. fr. (civ. III) 3 juli 1968, *J.C.P.* 1969, II, nr. 15.860, kritische noot B. SOINNE, met commentaar van G. DURRY, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1969, 776, nr. 3 (aannemer tegen ingenieur, alhoewel beide slechts contractueel met de bouwheer waren verbonden).

²¹¹⁴ Antwerpen 23 januari 1986, *R.W.* 1986-87, 324, noot C. PAUWELS.

²¹¹⁵ J. DE GARCIA, "Les joint ventures", in *L'interdépendance des contrats. Onderlinge afhankelijkheid van overeenkomsten*, Brussel, BVBJ, 1997, 118-119.

²¹¹⁶ Brussel 4 juni 1974, *T. Aann.* 1976, 77, kritische noot J.-L. FAGNART (besproken in R. KRUIHOF, "Overzicht", *T.P.R.* 1983, p. 614-615, nr. 108).

²¹¹⁷ Zie in motivering Cass. 17 september 1981, *R.C.J.B.* 1987, 359, noot M. VANWIJCK-ALEXANDRE (verhuurder niet aansprakelijk tegenover de ene onderhuurder voor hinder van de andere onderhuurder).

2. Doorwerking

497. Indien een rechtstreekse aanspraak in principe mogelijk is, rijst de vraag of bepaalde contractuele clausules niet dienen door te werken.

Buiten de hypothese van samenhangende contracten is er geen plaats voor doorwerking. Wanneer aldus een inlichtingenkantoor onjuiste en ongunstige informatie over derden doorgeeft, dan is het tegenover die derde delictueel aansprakelijk, zonder dat de exoneratie die m.b.t. het verstrekken van de informatie werd bedongen, tegen de derde kan worden ingeroepen.²¹¹⁸

Binnen de categorie van samenhangende overeenkomsten rijst de vraag of er sprake is van een inbreuk op de goede werking van de overeenkomsten als een exoneratiebeding niet zou doorwerken, een ratio die juist aan de grondslag van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent zou liggen.²¹¹⁹

Centraal staat het beroemde landmetersarrest, waarin de overeenkomst van landmeting tussen een verkoper en een landmeter nauw samenhangt met de verkoop van het gemeten onroerend goed. In de koopovereenkomst exonereerde de verkoper zich voor een eventuele verkeerde aanduiding van de oppervlakte van het onroerend goed. De landmeter had enkel met de verkoper en niet met de koper een contractuele relatie. Wanneer blijkt dat de reële oppervlakte niet met de (grotere) gemeten oppervlakte overeenstemt, kan de landmeter te zijnen gunste geen beroep doen op de exoneratieclausule uit het koopcontract.²¹²⁰ Volgens het Hof van Cassatie zou de doorwerking van dit beding strijdig zijn met de relativiteit van een koopovereenkomst, indien een derde er zelf rechten aan zou kunnen ontleen door zich van zijn aansprakelijkheid te bevrijden. Wanneer een buitencontractuele vordering overeenkomstig de algemene coëxistentieregel beschikbaar is, is een doorwerking buiten de grenzen van het derdenbeding niet mogelijk, ook al zou het dan ook om een doorwerking ten gunste van derden gaan.²¹²¹

Het is opvallend dat de auteurs die op grond van het risicobeginsel met volle kracht de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent verdedigen, het

²¹¹⁸ Kh. Brussel 27 juni 1977, *B.R.H.* 1978, 219. Die feiten zijn niet te vergelijken met die van *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* (A.C. 1970, 1004), waarin het ging om informatie over een klant die de verweerder gaf aan een derde en waarin doorwerking van het exoneratiebeding naar die derde toe inderdaad meer begrijpelijk is. Zie ook E. DIRIX, "Exoneratiebedingen", *T.P.R.* 1988, 1196.

²¹¹⁹ Cf. *supra*, nr. 189 et seq.

²¹²⁰ Cass. 27 september 1974, *Arr. Cass.* 1975, 125, *Pas.* 1975, I, 113, *R.W.* 1974-75, 944, *T. Not.* 1975, 37, verwijzende noot.

²¹²¹ B. KORTMANN, D. FABER, o.c., in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 258.

dan weer met het landmetersarrest niet kunnen vinden.²¹²² In hun visie zou de koper inderdaad het risico van een verkeerde meting volledig op zich hebben genomen, en zou het hem aan vergoedbare schade ontbreken of zou minstens het causaal verband zijn verbroken.²¹²³

Toch is het goed verdedigbaar dat de koper in de feitenconstellatie van het landmetersarrest kan hebben verwacht dat hij ondanks de exoneratie van de verkoper toch nog de landmeter kan aanspreken.²¹²⁴ Hiermee wil ik niet zeggen dat het exoneratiebeding altijd of nooit zou moeten (of mogen) doorwerken, maar alleen dat het risicobeginsel juist met zich meebrengt dat de omstandigheden van het geval allesbepalend zijn. Indien bijvoorbeeld de landmeter in zijn overeenkomst met de verkoper zelf een (geldig) exoneratiebeding had opgenomen en de verkoper hetzelfde beding in de koopovereenkomst had overgenomen, dan is het goed denkbaar dat de koopovereenkomst erop was gericht om de exoneratie niet alleen ten voordele van de verkoper maar ook van de koper te laten spelen.

§ 3. SAMENHANGENDE OVEREENKOMSTEN IN FRANKRIJK

1. *Rechtstreekse aanspraak*

498. Wie zich de Belgische rechtspraak heeft eigen gemaakt en nog meer degene die ook het Engelse en Nederlandse recht kent,²¹²⁵ is verbaasd dat het in Frankrijk vaak niet eens ter discussie staat óf er bij samenhangende overeenkomsten al dan niet een rechtstreekse aanspraak zou moeten bestaan. De aanspraak bestaat; alleen bestaat er betwisting over de contractuele dan wel delictuele aard ervan.²¹²⁶ Zo trok de Franse rechtsleer vanaf de zeventiger jaren wel fel van leer tegen de assimilatie tussen een contractuele en een buitencontractuele fout, maar stelde hij onmiddellijk de contractuele aansprakelijkheid als alternatief voor:²¹²⁷ op die manier zou

²¹²² E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 217, nr. 291, p. 221, nr. 294, p. 227-228, nr. 303; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 1201-1202, nr. 34 (met een paar voorbeelden).

²¹²³ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 100-101, nr. 36, p. 227-228, nr. 303; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, "Overzicht", *T.P.R.* 1995, 1240-1241, nr. 36.

²¹²⁴ Nog een landmetersarrest in Gent 7 november 1912, *Pas.* 1912, II, 321.

²¹²⁵ Cf. *infra*, hfdst. III en IV.

²¹²⁶ Cf. *supra*, nr. 461 et seq. Rechtstreekse aanspraken van derden tegen werknemers zijn de jongste jaren het voorwerp van hevige discussie. Nadat het Franse Hof van Cassatie in algemene vergadering, in het Costedoat-arrest, de exclusieve aansprakelijkheid van de werkgever en dus de immuniteit van de werknemer tot principe had verheven (Cass. fr. (ass.plén.) 25 februari 2000, *D.* 2002, Jur., 673, noot P. BRUN, *J.C.P.* 2000, II, nr. 10.295), heeft het onlangs een uitzondering op die immuniteit gemaakt in geval van een door een werknemer gepleegd (opzettelijk) misdrijf (Cass. fr. (ass.plén.) 14 december 2001, *D.* 2002, Jur., 2002, 1230, noot J. JULIEN).

²¹²⁷ G. VINEY, *Introduction*, p. 388, nr. 209.

het contractueel evenwicht gevrijwaard blijven en zouden de slachtoffers-contractpartij en –derde op gelijke wijze worden behandeld. Die theorie van contractgroepen mag dan wel zijn afgeketst, het Hof van Cassatie laat nog steeds de buitencontractuele weg openstaan voor bijvoorbeeld een rechtstreekse aanspraak van de bouwheer tegen de onderaannemer,²¹²⁸ al voegde de derde burgerlijke kamer daar wel aan toe dat de bouwheer een afzonderlijke delictuele fout moet bewijzen.²¹²⁹ Die nuancering is niet zozeer van tel als er tegelijk een inbreuk op de veiligheid van personen of zaken voorligt als wel daarbuiten, zoals bij een vertraging in de uitvoering van het contract of een onvolledige of niet-conforme uitvoering.²¹³⁰

499. Die algemene tendens mag de ogen niet doen sluiten voor enkele andersluidende tendensen. Volgens de Franse *Conseil d'Etat* heeft de wet van 31 december 1975 die aan de onderaannemer een rechtstreekse vordering tegen de bouwheer verleent,²¹³¹ aldus “*ni pour objet, ni pour effet de créer à la charge des sous-traitants des obligations contractuelles vis-à-vis du maître de l'ouvrage*”: tegenover de bouwheer is alleen de hoofdaannemer tot de zorgvuldige nakoming van het contract gehouden.²¹³² Volgens Viney betekent dit arrest dat een bouwheer in de context van openbare werken volgens de Franse administratieve rechtspraak niet alleen geen enkele contractuele, maar ook geen buitencontractuele aanspraak tegenover de onderaannemer kan richten.²¹³³

De Franse wetgever van zijn kant heeft ervoor geopteerd om in één specifieke feitenconstellatie een immuniteit te verlenen die vergelijkbaar is met de meer algemene immuniteit van de uitvoeringsagent in België. Volgens het recht van vóór de wetgevende ingreep kon een stuwadoor namelijk tegenover de verzender van goederen aansprakelijk zijn, ook al was die laatste contractueel enkel met de vervoerder verbonden en ook al was de stuwadoor slechts een onderaannemer.²¹³⁴ Met de wet van 18 juni

²¹²⁸ Cass. fr. (civ. I) 23 juni 1992, *J.C.P.* 1992, IV, nr. 2.445, *R.C.A.* 1992, nr. 347. Zie ook G. VINEY, “Les chaînes de contrats et la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle”, *J.C.P.* 1994, I, nr. 3.664, p. 144, nr. 1, kol. 1.

²¹²⁹ Cass. fr. (civ. III) 18 november 1992, *Bull. civ.* 1992, III, nr. 299, *J.C.P.* 1993, IV, nr. 240.

²¹³⁰ G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Roger O. Dalq. Responsabilité et assurances*, Brussel, Larcier, 1994, p. 629, nr. 25.

²¹³¹ Cf. *supra*, nr. 373.

²¹³² Conseil d'Etat 6 maart 1987, *D.* 1987, Somm., 432 (2de zaak), noot.

²¹³³ G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Roger O. Dalq. Responsabilité et assurances*, Brussel, Larcier, 1994, p. 623, nr. 16.

²¹³⁴ Cass. fr. (com.) 3 juni 1964, *J.C.P.* 1965, II, nr. 14.163, noot M. DE JUGLART, E. DU PONTAVICE (1^o zaak): “*Le contrat de transport maritime sous connaissement implique par sa nature le droit pour le destinataire de se prévaloir de la convention intervenue entre transporteur et acconier aux fins de délivrance de la marchandise*” (contractuele aansprakelijkheid in casu). Cass. fr. (com.) 4 december 1968, *J.C.P.* 1969, II, nr. 15.980, noot P. CHAUVEAU, *D.* 1969, Jur., 291,

1966 wou de wetgever die cassatierechtspraak ongedaan maken. Eigenlijk was het aanvankelijk zijn bedoeling om de aansprakelijkheid van de stuwadoor op die van de vervoerder af te stemmen, zodat eerstgenoemde zich te zijnen gunste op de exoneratieclausules alsook op de verjaringsregeling uit de vervoerovereenkomst zou kunnen beroepen. De ingreep ging evenwel verder: voortaan kreeg de stuwadoor het voordeel dat hij enkel door zijn rechtstreekse medecontractant mocht worden aangesproken.²¹³⁵ Daarmee bereikte de Franse wetgever hetzelfde resultaat als het Belgische Hof van Cassatie in zijn stuwadoorsarrest, maar heeft hij die leer dan wel tot de stuwadoor beperkt.²¹³⁶ Die regel zou vooral door concurrentieredenen zijn ingegeven: minder aansprakelijkheid betekent meteen een lagere productiekost en dus meer competitieve prijzen,²¹³⁷ met het voordeel dat de mate van aansprakelijkheid binnen voorzienbare grenzen wordt gehouden, wat ook de verzekering van de aan het stuwadoorsberoep verbonden risico's vergemakkelijkt.²¹³⁸

In Frankrijk lijkt die oplossing nooit voor veralgemening vatbaar geweest te zijn.²¹³⁹ Het volstaat dat een contractuele schuldenaar niet in grotere mate aansprakelijk is dan contractueel voorzien of dat een uitvoeringsagent niet méér aansprakelijk is dan de hoofdschuldenaar, maar een volledige immuniteit gaat de Franse rechtsleer te ver.²¹⁴⁰ Viney noemt de wetgevende ingreep zelfs een “*réaction brutale*”.²¹⁴¹ In de lagere rechtspraak is er zelfs binnen het bereik van de genoemde wet een tendens om tussen de ladingbelanghebbende en de stuwadoor toch stilzwijgende vertegenwoordiging toe te passen.²¹⁴² Dit was mogelijk door een ruimere interpretatie

noot R. RODIERE, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1969, p. 773, nr. 2 noot G. DURRY (op kaai gevallen antieke meubelen van Henry Ford II).

²¹³⁵ Art. 52 Loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes, *D.* 1966, Lég., (295) 296: “*L’entrepreneur de manutention opère pour le compte de celui qui aura requis ses services, et sa responsabilité n’est engagée qu’envers celui-ci qui seul a une action contre lui.*” Dit geldt vanzelfsprekend enkel voor de belanghebbende op de gestouwde goederen en niet voor de toevallige voorbijganger die slachtoffer wordt van een onrechtmatige daad van de stuwadoor of voor de eigenaar van andere goederen (R. RODIERE, noot onder Cass. fr. (com.) 4 december 1968, *D.* 1969, Jur., p. 293).

²¹³⁶ G. VINEY, *Introduction*, p. 399, nr. 214 (“*assez radicale*”); A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *o.c.*, *T. Aann.* 1975, p. 189-190, nr. 14.

²¹³⁷ J.H. HERBOTS, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, p. 1089, nr. 52.

²¹³⁸ G. DURRY, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1969, 774.

²¹³⁹ G. VINEY, *Introduction*, p. 399, nr. 214. Zie ook de kritiek van J. NÉRET, *Le sous-contrat*, p. 251-252, nr. 348. Een auteur vroeg zich af of die regeling voor veralgemening vatbaar was (P. CHAUVEAU, noot onder Cass. fr. (com.) 4 december 1968, *J.C.P.* 1969, II, nr. 15.980, laatste zin (“*Il sera intéressant de voir si demain le germe ainsi semé se développera en une théorie plus générale*”)).

²¹⁴⁰ G. DURRY, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1969, 776.

²¹⁴¹ G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, (399) 409; G. VINEY, *Introduction*, p. 399, nr. 214 (“*cette réaction brutale est restée isolée.*”).

²¹⁴² J. NÉRET, *Le sous-contrat*, p. 250-251, nr. 347.

van art. 81 van dezelfde wet, volgens welke de stuwadoor ervan op de hoogte moet worden gebracht wanneer de vervoerder voor rekening van de bestemming optreedt.²¹⁴³ Zo was een stuwadoor door de bestemming van pindanoten aangesproken doordat hij de pindanoten niet voldoende tegen de regen had beschermd. Het arrest dat een rechtstreekse aanspraak van de bestemming tegen de stuwadoor toeliet, werd niet vernietigd omdat de stuwadoor er in casu kennis van had dat de diensten voor rekening van de bestemming moesten worden verricht.²¹⁴⁴

2. Doorwerking

500. Buiten de specifieke stuwadoorscontext is de buitencontractuele aansprakelijkheid dus onverkort toepasselijk op een derde die bij een samenhangende overeenkomst betrokken is, zij het met een variërende flexibilititeit ten aanzien van het vereiste van de onafhankelijke buitencontractuele fout. Aangezien dit evenzeer geldt voor de uitvoeringsagent die in het algemeen geen quasi-immuniteit geniet en bovendien de theorie van de contractgroepen niet is aanvaard, blijft dan wel het probleem bestaan hoe het contractuele evenwicht alsnog wordt bewaard of hoe het risicobeginsel wordt in stand gehouden. Het Franse recht aanvaardt in beginsel geen doorwerking van contractuele clausules naar een derde toe, zowel wanneer die (buiten de grenzen van het derdenbeding) in het voordeel²¹⁴⁵ van de derde zouden uitdraaien, als wanneer ze in het nadeel van de derde zouden spelen. Die afwezigheid van doorwerking is klassiek te noemen en heeft onder meer hiermee te maken dat de bepalingen van art. 1382-1383 C. civ. in het Franse rechtssysteem soms als van openbare orde worden beschouwd.²¹⁴⁶

Daarmee is het laatste woord nog niet gezegd en lijkt de eindstreep nog niet gehaald. Zodra rechtstreekse aanspraken op buitencontractueel vlak worden aanvaard, zal ook de vraag naar doorwerking op de voorgrond blijven staan. Opvallend is hier alvast de gedachtengang van de gezaghebbende auteur Viney die inzake de doorwerking van contractuele clausules een stap verder durft te zetten. Enerzijds is haar houding verrassend te noemen, daar ze al in 1993 pleitte voor het “*principe que l’application du régime délictuel ne peut faire obstacle – directement ou indirectement – au respect*

²¹⁴³ P. BONASSIES, noot onder Cass. fr. (com.) 28 mei 1974, *D.M.F.* 1974, 718-725.

²¹⁴⁴ Cass. fr. (com.) 28 mei 1974, *D.M.F.* 1974, 717, noot P. BONASSIES.

²¹⁴⁵ B. KORTMANN, D. FABER, *o.c.*, in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 252-253.

²¹⁴⁶ *Ibid.*, 1994, 257. Zie ook G. VINEY, *Introduction*, p. 398, nr. 214.

*du contrat.*²¹⁴⁷ Anderzijds is haar houding ook traditioneel en tegelijk wat dubbelzinnig. Alhoewel ze ervoor pleit dat een derde de overeenkomst dient te eerbiedigen, stelt ze toch: “*lorsque celui-ci comporte des clauses qui risquent de lui nuire gravement en paralysant son droit à réparation, comme les clauses exclusives ou restrictives de responsabilité ou les clauses attributives de compétence, il n’y a, à notre avis, pas plus de raison de les lui opposer sans son consentement qu’on ne pourrait le faire au créancier cocontractant lui-même*”.²¹⁴⁸ Met die stelling probeert ze, met verwijzingen naar het Duitse en Zwitserse recht, tegemoet te komen aan de bezwaren tegen zowel de traditionele visie van de assimilatie van contractuele en buitencontractuele fout als de moderne visie van de contractgroepen. In een bespreking van recente rechtspraak brengt ze een vergelijkbaar criterium aan: “*toutes les dispositions contractuelles qui sont susceptibles de gêner sérieusement la mise en oeuvre du droit à réparation ou de réduire ce droit*”.²¹⁴⁹ Die houding leidt er niet alleen toe dat de toepassing van contractuele aansprakelijkheid en volledige doorwerking van elkaar worden gesplitst,²¹⁵⁰ maar ook dat contractuele clausules, waaronder ook exonerationclausules, ook tegenstelbaar kunnen zijn bij toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid.

De traditie van niet-doorwerking op buitencontractueel vlak is evenwel sterk, zo sterk dat zelfs Nederlandse juristen die doorwerking in hun eigen rechtssysteem gewoon zijn, er in hun rechtsvergelijkende bijdragen niet eens aan denken om voor het Franse recht te suggereren het Nederlandse voorbeeld te volgen. Zij beperken er zich veeleer toe te suggereren dat de regel van de onafhankelijke delictuele fout strenger moet worden toegepast.²¹⁵¹

501. Bij wijze van besluit is het bij een vergelijking tussen het Franse en het Belgische recht opvallend hoe ver die twee rechtssystemen op dit vlak uiteenlopen. De Franse theorie van de contractgroepen en de Belgische

²¹⁴⁷ G. VINEY, “Chronique. Responsabilité civile”, *J.C.P.* 1993, nr. 3.664, p. 145, nr. 6. Zie ook later G. VINEY, “Les chaînes de contrats et la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle”, *J.C.P.* 1994, I, nr. 3.664, p. 145, nr. 4 en 6, kol. 1; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 466, nr. 226 met verdere verwijzingen naar Franse rechtsleer.

²¹⁴⁸ G. VINEY, *Introduction*, p. 439, nr. 240-1.

²¹⁴⁹ G. VINEY, “La situation du tiers bénéficiaire de l’obligation inexécutée”, *J.C.P.* 1995, I, nr. 3.853, p. 265, nr. 2.

²¹⁵⁰ G. VINEY, *o.c.*, *J.C.P.* 1995, I, nr. 3.853, p. 264, nr. 1.

²¹⁵¹ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 261, nr. 294 (“*Anders gezegd: ook Franse juristen zullen moeten nagaan onder welke omstandigheden partijen jegens derden een zorgplicht hebben ten aanzien van de uitvoering van hun overeenkomst*”).

quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent hebben met elkaar gemeen,²¹⁵² dat beide de rechten van de benadeelde meer beperken dan wat traditioneel het geval was. In Frankrijk werd de theorie van contractgroepen, waarmee zelfs het Franse Hof van Cassatie (en dan nog alleen de eerste kamer) slechts enkele jaren heeft gedweept, evenwel precies omwille van de negatieve repercussies ervan voor de slachtoffers afgewezen.²¹⁵³ Het mag dan ook verwonderen dat de Belgische theorie van de uitvoeringsagent die al bijna drie decennia standhoudt, onverminderd steun blijft vinden, alhoewel het slachtoffer door dit leerstuk in een nog nadeliger positie staat dan wat in de theorie van de contractgroepen het geval was. Het Belgische leerstuk is voor de schadelijder met name nadeliger omdat van rechtstreekse aanspraken sowieso geen sprake is, ook al bevat geen van beide samenhangende overeenkomsten een exoneratie- of enig andere nadelige clause, terwijl die rechtstreekse aanspraak in die hypothese wel mogelijk is in de Franse theorie van de contractgroepen.

²¹⁵² Nochtans zo voorgesteld in X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, p. 176, nr. 73 (“*orientation radicalement différente*”); X. DIEUX, “Les chaînes et groupes de contrats”, p. 129, nr. 7.

²¹⁵³ Cf. *supra*, nr. 470 et seq.

HOOFDSTUK II. DUIJS RECHT

502. Zoals in de andere bestudeerde rechtssystemen, ontstaat er ook in het Duitse recht in principe geen rechtstreekse contractuele band tussen een hoofdopdrachtgever en een onderaannemer of een andere uitvoeringsagent.²¹⁵⁴ Dit wil evenwel niet zeggen dat er tussen beide nooit een rechtsverhouding ontstaat.

In het algemeen is de toepassing van de *buitencontractuele* aansprakelijkheid in die verhouding alleen mogelijk, wanneer er een inbreuk voorligt op een eigendomsrecht (*Eigentumsverletzung*) of op een ander beschermd rechtsgoed in de zin van § 823, I BGB. Die nader door het BGH ingevulde wetsbepaling somt op limitatieve wijze de beschermde rechten en rechtsgoederen op en komt neer op een inperking van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, een functie die in het Engelse recht door het concept van de *duty of care* wordt waargenomen. Zoals in het Engelse recht, is zuivere vermogensschade op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheidsnormen traditioneel slechts in beperkte mate vergoedbaar.²¹⁵⁵ In het kader van samenhangende overeenkomsten is een rechtstreekse aanspraak dan ook vaak, zij het niet altijd, reeds afwezig omdat het zuivere vermogensschade betreft.

Onder meer omwille van die beperkte vergoedbaarheid van zuivere vermogensschade op buitencontractueel vlak heeft het Duitse recht in het algemeen de weg van de contractuele aansprakelijkheid verruimd via de originele rechtsfiguur van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, terwijl het Engelse recht vandaag de dag eerder opteert voor de meer directe weg van de verruiming van het bestaan van een *duty of care*. Het Duitse recht heeft daarmee in het contractenrecht een figuur ontwikkeld die eigenlijk meer buitencontractuele dan contractuele trekken vertoont, meteen de reden waarom een bespreking eerder hier thuishoort dan in het derde (contractuele) deel.

Na een algemene inleiding tot het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, gaan we na of deze sterk evoluerende rechtsfiguur bij samenhangende overeenkomsten de basis voor een rechtstreekse aanspraak kan vormen (§ 1).

²¹⁵⁴ BGH 23 April 1981, *N.J.W.* 1981, 1779. Zie ook BGH 15 juni 1971, *B.G.H.Z.* 56, 269 (geen contractuele aanspraak van onderaannemer tegen hoofdopdrachtgever); BGH 13 december 1973, *WM* 1974, 197 (geen contractuele aanspraak van onderaannemer tegen bouwopdrachtgever; H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart, 2002, 65); *Palandt* 1997, § 631, Anm. 9; W. KLEINE-MÖLLER, H. MERL, W. OELMAIER, *Handbuch des privaten Baurechts*, München, Beck, 1992, p. 127, § 7: het kernwoord is “*rechtliche Eigenständigkeit des Nachunternehmervertrags*”.

²¹⁵⁵ Cf. *supra*, nr. 33.

In de mate dat toch ook het spoor van de buitencontractuele aansprakelijkheid wordt bereden, volgt daarna een bespreking van de vaststaande rechtspraak over de doorwerking van contractuele clausules, zowel ten voordele als ten nadele van derden, op buitencontractueel vlak (§ 2).

§ 1. VERTRAG MIT SCHUTZWIRKUNG FÜR DRITTE

503. Met het *Vertrag/Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte* (*contract with protective effects *via-à-vis* third parties²¹⁵⁶/contract protective of third parties) of de *Schutzbereichserweiterung* heeft het Duitse recht het domein van de contractuele aansprakelijkheid *ratione personae* uitgebreid (*vertraglicher Drittschutz*). Het bestaan van die typisch germanistische rechtsfiguur is in het Zwitserse recht nog betwist,²¹⁵⁷ maar maakt zowel in het Duitse als in het Oostenrijkse recht deel uit van het vaststaande recht, al is het toepassingsgebied ervan, zeker bij samenhangende overeenkomsten, nog heel onzeker en is er na een opwaartse nu een neerwaartse trend aan de gang.

Vooraleer het belang van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* (in dit hoofdstuk verder tot Vsd afgekort) op de problematiek van de rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten toe te spitsen (D-E), zoeken we eerst naar zijn grondslag door het van twee nauw verwante figuren te onderscheiden (A), gaan we vervolgens in op de oorspronkelijke functie die het Vsd beoogde en nog steeds beoogt te vervullen (B) alsook op zijn evoluerende toepassingsvoorwaarden (C).

A. *Drittschadensliquidation* en *derdenbeding*: *subjectief of objectief?*

504. Het is niet altijd gemakkelijk om het Vsd van de *Drittschadensliquidation* en van het gewone *derdenbeding* te onderscheiden.

De *Drittschadensliquidation* vormt, net zoals het Vsd, een originele rechtsfiguur uit het Duitse recht. In het algemeen gaat het om die driepartijenverhoudingen waarbij een persoon die aanspraakgerechtigd zou zijn mocht hij zelf de berokkende schade geleden hebben, de schade die ten gevolge van een toevallige omstandigheid door een derde wordt geleden (*Drittschaden*), zelf kan afwikkelen (*liquidieren*).

Het onderscheid tussen het Vsd en de *Drittschadensliquidation* is evenwel niet glashelder. Nochtans verschilt het rechtsgevolg wezenlijk van elkaar: waar een derde door het Vsd een eigen, persoonlijke aanspraak toekomt,

²¹⁵⁶ Vertaling van B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 50.

²¹⁵⁷ Zie het recente overzicht van T. PROBST, "Schweizerische Anmerkung BGH, Urteil vom 2. Juli 1996, BGH – Zur Reichweite des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter", *ERPL* 1999, 109-114 met verdere referenties naar zowel rechtsleer als rechtspraak.

verleent de *Drittschadensliquidation* aan de derde slechts een middellijke bescherming: de contracterende schuldeiser kan zelf een aanspraak doen gelden voor de schade die de derde heeft geleden,²¹⁵⁸ zij het dat hij die aanspraak wel aan de schadelijgende derde kan cederen.

Aangezien de rechtsleer er nog niet in is geslaagd om een systematisch onderscheidingscriterium te ontwikkelen, beperken de realisten zich tot een beschrijving van gevalsgroepen. Het staat immers vast dat gevallen van *Drittschadensliquidation* niet onder het Vsd vallen en omgekeerd.²¹⁵⁹ Waar het hier te ver zou gaan om een exhaustief overzicht te geven, passen toch twee aantekeningen. Ten eerste, in het kader van samenhangende overeenkomsten is het vooral belangrijk dat de middellijke vertegenwoordiging niet onder het Vsd maar onder de *Drittschadensliquidation* valt.²¹⁶⁰ Ten tweede, de overlapping is vooral denkbaar in de gevallen waarbij het Vsd werd uitgebreid tot die waarbij bepaalde personen ten gevolge van een fout van een notaris testamentair niet worden begunstigd, alsook tot het betalingsverkeer dat uit meerdere schakels bestaat (“mehrgliedrigen Zahlungsverkehr”).²¹⁶¹ In de mate dat het Vsd ook bij de schending van *Leistungspflichten* toepassing vindt,²¹⁶² gaat het zelfs om de omgekeerde beweging van wat bij de *Drittschadensliquidation* gebeurt: “*wird bei dieser der Schaden eines Dritten in einen ihm fremden Schadensersatzanspruch “eingeleitet”, so wird bei jenem dem Dritten für seinen Schaden ein (an sich fremder) Anspruch “zugeleitet”*“.²¹⁶³

505. Aangezien het Vsd de contractuele derdenbescherming op een objectieve wijze uitbreidt, vertoont het grote gelijkenissen met het vermoeden van derdenbeding uit het Franse recht,²¹⁶⁴ maar in tegenstelling tot het Franse vermoeden van derdenbeding heeft de Duitse rechtspraak het aangedurfd om een originele constructie op touw te zetten die de wetgever niet heeft voorzien en die niet langer aan een fictief wilslement vasthangt.²¹⁶⁵

²¹⁵⁸ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 515-516 (wijst de criteria *Schadensverlagerung/Schadenshäufung* en de aard van de beschermde belangen of soort schade af).

²¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 541, nr. 4.

²¹⁶⁰ Cf. *supra*, nr. 345.

²¹⁶¹ J. KÖNDGEN, “Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag”, in E. LORENZ (ed.), *Einbeziehung Dritter in den Vertrag* (Karlsruher Forum 1998), 1999, Karlsruhe, Versicherungswirtschaft, 15.

²¹⁶² Cf. *infra*, nr. 511.

²¹⁶³ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 540, nr. 4.

²¹⁶⁴ Cf. *supra*, nr. 270 et seq.

²¹⁶⁵ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 187, nr. 253. In § 311 (3) van het BGB n.F. (in werking getreden op 1 januari 2002) wordt het bestaan van de rechtsfiguur wel erkend: “*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Masse Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragschluss erheblich beeinflusst.*”

Althans, dit is de situatie na een lange evolutie in de rechtspraak. Het Vsd werd voor het eerst in 1917 door het *Reichsgericht* aangewend: in casu stelde de staat aan één van zijn ambtenaren een dienstwoning ter beschikking, maar had hij nagelaten die woning vooraf te ontsmetten nadat een tuberculosebesmet persoon er had gewoond, zodat hij ook tegenover de besmet geraakte inwonende dochter van die ambtenaar aansprakelijk kan worden geacht.²¹⁶⁶ In die tijd was nog niet letterlijk sprake van een Vsd en werd het geval nog als een toepassing van het derdenbeding beschouwd (*Vertrag zugunsten Dritter*, § 328 BGB). Pas na kritiek van zowel Larenz als Gernhuber op de integratie van dergelijke gevallen in de categorie van het derdenbeding, ontwikkelde het BGH in een arrest van 15 mei 1959 de autonome rechtsfiguur van het Vsd,²¹⁶⁷ al liet het Hof na om de grondslag van die originele constructie aan te duiden zodat het debat terzake aan de rechtsleer wordt overgelaten.

Terwijl een derdenbeding aan een derde een recht verleent om een contractuele prestatie van de schuldenaar in actieve zin op te eisen (*Leistungsanspruch*), is het Vsd enkel bedoeld als een middel om bij de uitvoering van een overeenkomst de belangen van derden te beschermen en beschikt de derde bij schending van *Schutzpflichten* enkel over een aanspraak tot vergoeding van schade (*Schadensersatzanspruch*).²¹⁶⁸ Functioneel gezien verwoordt Bayer het onderscheid als volgt: het derdenbeding is een *Richtungsveränderung der vertraglich geschuldeten Leistung*, terwijl het Vsd eerder de functie van *Haftungserweiterung* vervult.²¹⁶⁹

506. Anders dan het derdenbeding, houdt het Vsd niet langer aan het wilselement vast en is het objectief vast te stellen. Toch hanteert het BGH nog steeds de constante formulering dat een Vsd slechts kan bestaan voorzover dit in overeenstemming is met de “*Sinn und Zweck des Vertrags unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben*”. Al zou het bestaan van een Vsd uiteindelijk op de goede trouw zijn terug te voeren,²¹⁷⁰ zou het bestaan van een Vsd dus nog steeds afhankelijk zijn van de interpretatie (het nagaan van de zin en draagwijdte) van de overeenkomst en dus van

²¹⁶⁶ RG 5 oktober 1917, *RGZ* 91, 21 (de oplossing ware identiek geweest in geval van een gewone huur). Zie ook de gasmetercase (RG 10 februari 1930, *RGZ* 127, 218, explosie gastoestel waardoor huishoudster gekwetst raakt) zoals besproken in E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 187, nr. 253.

²¹⁶⁷ BGH 15 mei 1959, *N.J.W.* 1959, 1676 (Capuzolfall), zoals geciteerd door J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 513. Reeds impliciet in BGH 28 mei 1957, *B.G.H.Z.* 24, (325) 327 (vervoercontract – aanspraak kind tegen spoorwegmaatschappij).

²¹⁶⁸ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 515, nr. 5; P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, Mohr, 1994 (2de ed.), p. 266-267, nr. 551.

²¹⁶⁹ W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 185.

²¹⁷⁰ BGH 15 februari 1978, *B.G.H.Z.* 70, (327) 330. Zie ook E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 188, nr. 255.

de wil van de partijen. Van geval tot geval kan een rechter beslissen dat de derdenbescherming voortvloeit uit een stilzwijgende wilsverklaring of uit de aanvullende uitleg van contracten.²¹⁷¹

Die werkwijze wordt bekritiseerd in de mate dat het Vsd op een fictie berust en de rechterlijke macht niet naar een verdere legitimering voor die rechtsfiguur meent te moeten zoeken (wat vergelijkbaar is met de rol die de wil speelt bij de veiligheidsverbintenis (*obligation de sécurité*), ook al gaat het dan om een objectieve uitbreiding van overeenkomsten tussen partijen²¹⁷² en niet ten behoeve van derden). De wil van de partijen om de betrokken derde bescherming te verlenen, is dan ook maar een *Scheinbegründung*.²¹⁷³

In rechtsvergelijkende studies wordt het Vsd dan ook eerder als een buitencontractuele figuur voorgesteld, waarbij het criterium van de wil (intentie-test) uit-er-aard niet relevant is.²¹⁷⁴

Schlechtriem gaat reeds in die richting wanneer hij stelt: “*Die Kriterien der Rechtsprechung für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in diesen Fällen* (nl. waar het Vsd enkel wordt aangewend om § 831 BGB te omzeilen)²¹⁷⁵ *haben m.E. nur noch die Bedeutung einer Konkretisierung der Verkehrspflichten des in Anspruch genommenen Schadensverursachers.*”²¹⁷⁶ Toch trekt Schlechtriem de lijn nog niet volledig door in de zin dat het Vsd in de andere gevallen (in de gevallen van de testamentair ontgoochelden en die waarin een *Gutachten* aan derden wordt uitgereikt) een werkelijk derdenbeding zou betreffen.

Bayer ziet in de recentere rechtspraak een ander onderscheid: in geval van een verhouding waarbij de bedinger voor het wel en wee van de derde moet zorgen, wordt de derdenbescherming van de wil van de partijen losgeweekt, terwijl er in de andere toepassingsgevallen dan weer wel nog indiciën van de wil van de partijen nodig zouden zijn. Bayer is persoonlijk evenwel net de omgekeerde visie genegen als wat hij in de rechtspraak meent te ontdekken: bij de wel-en-wee-gevallen is de hypothetische (of fictieve) wil gezien de gelijklopende belangen tussen de schuldeiser en de derde juist wel nog te verdedigen, maar bij de andere gevallen staat de derdenbescherming duidelijk los van de wil van de partijen, vooral daar de belangen van de schuldeiser vaak aan de belangen van de derde tegengesteld zijn. In de visie van die auteur zou het BGH dan ook beter stellen dat de contractuele derdenbescherming zich intussen volkomen van de wil van de partijen heeft losgemaakt en op basis van rechterlijke rechtsontwikkeling veeleer

²¹⁷¹ § 157 BGB.

²¹⁷² Cf. *supra*, nr. 41, 63 en 272.

²¹⁷³ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 518-519.

²¹⁷⁴ Zie H. KÖTZ, *International Encyclopedia*, VII-13, p. 24, nr. 25.

²¹⁷⁵ Cf. *infra*, nr. 508.

²¹⁷⁶ P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, p. 270, nr. 558.

berust op een objectieve afweging van de betrokken belangen, zodat een contractuele aanspraak voorhanden is daar waar de derde bij de uitvoering van een overeenkomst uit de aard van het geval en op voorzienbare wijze in zijn belang kan worden geschonden.²¹⁷⁷ Dit toch wel verregaande voorstel kan zeker niet op unanieme instemming rekenen aangezien daarin het belang van de derde op zich voor een contractuele aanspraak zou volstaan.

Die uitweiding over de grondslag van het Vsd is onder meer van belang om te weten in welke mate de contractuele wil de derdenbescherming kan uitsluiten. Indien de derdenbescherming van de wil van de contractpartijen afhangt, zouden die partijen door een uitdrukkelijk beding die derdenbescherming ook volledig uitsluiten. De derde mag nu juist niet aan het goeddenken van de contractpartijen worden uitgeleverd opdat de derdenbescherming van de “*Willkür der Vertragsparteien*” niet zou afhangen.²¹⁷⁸ De contractuele aansprakelijkheid wordt dan ook in het Duitse positieve recht op een objectieve wijze, d.w.z. los van de wil van de contractpartijen, naar derden toe uitgebreid.

B. Oorspronkelijke functie: remedie voor gebrekkig deliktsrecht

507. Volgens een unanieme rechtsleer en rechtspraak is die rechterlijke rechtsontwikkeling een “*rechtpolitisch erwünschte Haftung*”²¹⁷⁹ wegens “*die Notwendigkeit, den Sozialwirkungen der Schuldverhältnisse Rechnung zu tragen in komplexen wirtschaftlichen Verhältnissen*”.²¹⁸⁰ In oorsprong is die uitbreiding van de contractuele aansprakelijkheid met name wenselijk en noodzakelijk geacht als remedie voor de gebreken van het Duitse buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Het Duitse *Deliktsrecht* wordt namelijk in twee belangrijke opzichten inferieur geacht aan de andere Europese rechtstelsels.

Aan de ene kant kan een aansteller zich onder het Duitse recht bevrijden van zijn objectieve buitencontractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen (*Verrichtungsgehilfen*): de *Geschäftsherr* kan zich met name van zijn buitencontractuele aansprakelijkheid bevrijden, indien hij kan bewijzen dat hij bij de keuze van zijn hulppersonen zorgvuldig is te werk gegaan en dat hij, voorzover van toepassing, “*Vorrichtungen und Gerätschaften*” op een zorgvuldige wijze heeft verstrekt respectievelijk aangeschaft en op eenzelfde

²¹⁷⁷ W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 192-193.

²¹⁷⁸ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 519-520, nr. 1 sub d) en p. 531-532, sub k).

²¹⁷⁹ P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, Mohr, 1994 (2de ed.), p. 271, nr. 560.

²¹⁸⁰ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 529.

wijze de uitvoering van de operatie heeft geleid.²¹⁸¹ Bij de contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen (*Erfüllungsgehilfen*) is een dergelijke bevrijdingsmogelijkheid niet voorzien:²¹⁸² de contractuele schuldenaar moet, ook als hem geen verwijt treft, voor de daden van zijn hulppersonen instaan.²¹⁸³

Aan de andere kant is de vergoedbaarheid van zuiver economische schade of zuivere vermogensschade (*reine Vermögensschäden, pure economic loss*) in het Duitse recht van buitencontractuele aansprakelijkheid beperkter dan in andere rechtsstelsels. Het betreft schade in het vermogen, zonder dat die gepaard gaat met schade aan de fysieke integriteit van een persoon of een bepaalde zaak of zaken die hem toebehoren. Dit concept is vreemd aan het Belgische of Franse recht en eigen aan het Duitse en het Engelse recht (al bestaan er in het Engelse recht inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid wel belangrijke uitzonderingen op de beperkte vergoedbaarheid van dergelijke schade, voornamelijk op het vlak van *negligent misrepresentations* en professionele aansprakelijkheid). Welnu, in het Duitse recht valt zuivere vermogensschade slechts onder de buitencontractuele aansprakelijkheid, indien de aangesprokene een *Schutzgesetz* heeft miskend of op opzettelijke wijze tegen de goede zeden heeft gehandeld.²¹⁸⁴ De meer algemene norm van onrechtmatige daad die slechts op limitatieve wijze een aantal belangen beschermt,²¹⁸⁵ kan daarentegen geen aanleiding geven tot de vergoeding van zuivere vermogensschade. Zowel in het Duitse als in het Engelse recht wordt zuivere vermogensschade traditioneel als een typisch contractuele schade aangezien. Het is dan ook niet verrassend dat het Duitse rechtssysteem, waar de relativiteit van de overeenkomsten niet zo strikt is als in het Engelse recht, aan een derde toelaat zich op de contractuele aansprakelijkheid te beroepen (meer bepaald bij *positive Forderungsverletzung*) om aldus op de vergoeding van zijn zuivere vermogensschade aanspraak te maken.

De regeling inzake verjaringstermijnen was nog een andere reden waarom een derde zich bij gelegenheid eerder op het Vsd wenst te beroepen dan op de buitencontractuele aansprakelijkheid. Onder de regeling van het BGB vóór 1 januari 2002 kon de verjaringstermijn voor een contractuele rechtsvordering aldus langer zijn dan een buitencontractuele rechtsvordering (§ 195 en 852 BGB: respectievelijk 30 en 3 jaar), al kan de

²¹⁸¹ § 831 BGB.

²¹⁸² § 278 BGB.

²¹⁸³ Voor een toepassing van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* om die reden, reeds het hierboven aangehaalde RG 5 oktober 1917, *RGZ* 91, (21) 22.

²¹⁸⁴ Respectievelijk § 823 Abs. II en § 826 BGB. Zie uitgebreider W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*, 245-246.

²¹⁸⁵ § 823 Abs. I BGB.

contractuele termijn gezien de veelheid van specifieke termijnen ook korter uitvallen.

Het belang van die rechtsfiguur zou wel eens sterk kunnen dalen indien de wetgever de genoemde bepalingen inzake onrechtmatige daad zou wijzigen. Met name Schlechtriem, de Duitse specialist met betrekking tot het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, heeft terzake voorgesteld om § 831 BGB af te schaffen en een veralgemeende buitencontractuele aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade in te voeren.²¹⁸⁶

C. Toepassingsvoorwaarden en gevalsgroepen

1. Toepassingsvoorwaarden

508. Voor de toepassing van het Vsd is het niet voldoende dat de schade van de derde voorzienbaar is. Evenmin kan zomaar om het even welke derde zich op het Vsd beroepen om zijn schade op een contractuele schuldenaar te verhalen. Bij de afbakening van het toepassingsgebied van het Vsd zijn Duitse juristen er vooral om bezorgd om het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid niet volledig op te heffen.²¹⁸⁷ Daarenboven is het Vsd aan beperkende voorwaarden (*Tatbestandselemente*) onderworpen opdat een contractuele schuldenaar zijn risico's nog zou kunnen inschatten en de kring van aanspraakgerechtigden redelijk zou blijven.²¹⁸⁸ Beperkende voorwaarden worden noodzakelijk geacht om het hoofd te bieden aan een mogelijk *Gefahr der Ausuferung von Schadensersatzansprüchen*, wat herinnert aan de wens van Cardozo om een “*liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class*” te vermijden.²¹⁸⁹

²¹⁸⁶ P. SCHLECHTRIEM, “Vertragliche und ausservertragliche Haftung”, in Bundesministerium der Justiz, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, II, Bundesanzeiger, 1981, 1591-1679. Bij een andere gelegenheid acht Schlechtriem het mogelijk om op het vlak van professionele aansprakelijkheid de *Berufspflichten* eventueel als *Schutzgesetze* te omschrijven: er zou een wettelijke regeling nodig zijn om de kring van beschermde personen te omschrijven (P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, Mohr, 1994 (2de ed.), p. 271, nr. 560).

²¹⁸⁷ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 525; H.-J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, München, Beck, 1994 (4de ed.), p. 438, nr. 786.

²¹⁸⁸ B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 53. BGH 26 november 1968, *B.G.H.Z.* 51, (91) 96 (*Hühnerpestfall*: “*die Gefahr, dass der Schuldner das Risiko, das er bei Abschluss eines Vertrages eingeht, nicht mehr einkalkulieren kann*”); E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 189, nr. 256.

²¹⁸⁹ Zie *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), zoals weergegeven in R.A. EPSTEIN, *o.c.*, 1315, citaat 1317.

Ondanks die bekommernissen (of wellicht daarom) zijn de toepassingscriteria van het Vsd aan een voortdurende ontwikkeling onderhevig.²¹⁹⁰

509. Als eerste toepassingsvoorwaarde moet de schadelijgende derde zich in de nabijheid (*Leistungsnähe, proximity*²¹⁹¹) of in het risicobereik (*Gefahrenbereich*) van de overeenkomst bevinden. Voor bescherming komen alleen in aanmerking, de personen die op een vergelijkbare wijze als de medecontractant onderworpen zijn aan de risico's die aan de niet-behoorlijke nakoming van de contractuele verbintenissen kleven. Het is evenwel niet voldoende dat een derde in concreto gevaar loopt, maar het komt erop aan dat hij door zijn band met de verschuldigde prestatie bij de uitvoering een positie inneemt die bij vergelijkbare situaties regelmatig aan de schuldeiser toekomt,²¹⁹² wat beknopt in de vereiste van de *Drittbezogenheit der vertraglichen Leistung* wordt uitgedrukt. Op die manier komen derden voor een bescherming op grond van het Vsd niet in aanmerking, indien zij slechts op toevallige wijze bij de uitvoering van de overeenkomst betrokken raken.²¹⁹³ In de zienswijze van Gernhuber geeft die voorwaarde meteen ook een specifieke legitimatie aan die vorm van derdenbegunstiging: “*dass eine aus der Sozialwirkung des Schuldverhältnisses abgeleitete Drittberechtigung ihm weit mehr Plausibilität sichert als eine Drittberechtigung, die ihre Legitimation im realen oder hypothetischen Parteiwillen sucht.*”²¹⁹⁴

Ten tweede moet het volgens het BGH voor de schuldenaar bij het sluiten van de overeenkomst ook duidelijk (kunnen) zijn dat de derde zich in de nabijheid van de overeenkomst bevindt. Die vereiste wordt doorgaans beknopt als de *Erkennbarkeit der Drittbezogenheit* weergegeven. De derdenbescherming van het Vsd is immers slechts verdedigbaar indien de schuldenaar bij het sluiten van de overeenkomst zijn aansprakelijkheidsrisico kan inschatten.²¹⁹⁵ Gezien het bijkomende contractuele risico dat de schuldeiser met het Vsd op zich moet nemen, is dit element toch slechts een pover (of onvoldoende) alternatief voor de normale wederkerigheid in een contractuele verhouding.²¹⁹⁶ Het zorgt wel voor een duidelijker afbakening van de kring van de door het Vsd beschermde kring van personen, ook al

²¹⁹⁰ H.-J. MUSIELAK, *o.c.*, p. 438, nr. 786; H. STOLL, “Deutsche Anmerkung BGH, Urteil vom 2. Juli 1996, BGH – Zur Reichweite des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter”, *E.R.P.L.* 1999, 104.

²¹⁹¹ B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 54.

²¹⁹² H.-J. MUSIELAK, *o.c.*, p. 439, nr. 787.

²¹⁹³ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 520, nr. 2. Zie o.m. BGH 10 mei 1951, *B.G.H.Z.* 2, 94 (opname vrouw in ziekenhuis – geen aanspraak van man tot risicoloze toegang tot ziekenhuis); OLG Düsseldorf 3 oktober 1974, *N.J.W.* 1975, 596 (moeder van in ziekenhuis behandelde zoon).

²¹⁹⁴ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 530, sub g).

²¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 531, sub i); H.-J. MUSIELAK, *o.c.*, p. 439, nr. 788.

²¹⁹⁶ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 522, sub d).

is het niet vereist dat de schuldenaar het aantal of de naam van de te beschermen derde kent.²¹⁹⁷

In die gevallen waarbij het Vsd de basis vormt voor de vergoeding van vermogensschade die voortvloeit uit de schending van *Leistungspflichten*,²¹⁹⁸ zou tevens de voorwaarde gelden dat de beschermde derde ook in vertrouwen op de deskundigheid van de contractuele schuldenaar is voortgegaan (*Vertrauen, reliance*).

Ten slotte moet de derde ook nood hebben aan bescherming op grond van het Vsd of, zoals dat heet, *schutzbedürftig* zijn, ook al wordt die voorwaarde niet in alle handboeken, laat staan in rechtsvergelijkende boeken, vermeld. Om die reden kan hij zich niet op het Vsd beroepen als hij reeds op basis van een andere rechtsgrond tegen een schuldenaar over een eigen contractuele aanspraak beschikt.²¹⁹⁹ Precies die voorwaarde zal hierna centraal komen te staan bij de bespreking van samenhangende overeenkomsten.

2. Evoluties

510. De toepassing van het Vsd is niet altijd even ruim geweest. Lange tijd eiste het BGH als bijkomende voorwaarde dat de contractuele schuldeiser (*Versprechensempfänger*) voor het wel en wee (*Wohl und Wehe, *for better or for worse*) van de betrokken derde moest instaan. Er moest tussen de contractuele schuldeiser en de derde een relatie van persoonsrechtelijke inslag bestaan, zoals een huur-, arbeids- of familierelatie. Die bijzondere band heeft betrekking op de relatie tussen de contractuele schuldeiser en de derde, niet tussen de contractuele schuldeiser en schuldenaar. Om die reden kon de uiteindelijke bestemming van een verkochte zaak volgens het BGH tegen de oorspronkelijke verkoper op die derdenbescherming geen aanspraak maken, ook al bestond er tussen de eerste verkoper en zijn koper een bijzondere beschermingsplicht.²²⁰⁰

De beperkende functie van die voorwaarde wordt vandaag de dag wellicht eerder vervuld door de voorwaarde van de *Schutzbedürftigkeit*, al is

²¹⁹⁷ BGH 2 november 1983, *N.J.W.* 1984, 355; BGH 26 november 1986, *N.J.W.* 1987, (1758) 1760.

²¹⁹⁸ Cf. *infra*, nr. 511.

²¹⁹⁹ H.-J. MUSIELAK, *o.c.*, p. 439, nr. 788.

²²⁰⁰ BGH 26 november 1968, *B.G.H.Z.* 51, 91 (96) (Hühnerpestfall – boerderij, in contractuele relatie met dierenarts, aanspraak tegen fabrikant); BGH 14 mei 1974, *N.J.W.* 1974, 1503 (gebrekkige “Kunststoffrohre”); LG Köln 23 november 1977, *N.J.W.* 1978, (329) 330 (klant van pompstation geen contractuele aanspraak tegen leverancier van pompstation). Andere voorbeelden bij J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 521. Zie ook in die zin E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 190, nr. 256. Volgens du Perron zou de uitsluiting van een rechtstreekse aanspraak bij opvolgende overeenkomsten voortvloeien uit het vereiste van de *Leistungsnähe* (C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 56, nr. 79).

ook die voorwaarde aan hevige kritiek onderhevig.²²⁰¹ Het is helemaal niet duidelijk of de onderaannemer de begunstigde van de tussen de hoofdaannemer en de opdrachtgever gesloten overeenkomst is en hij aldus bijvoorbeeld een aanspraak op vergoeding kan maken voor de schade die hij leed ten gevolge van de instorting van een door de opdrachtgever ter beschikking gestelde loopbrug.²²⁰²

Zodra het BGH het Vsd ook toepaste in gevallen waar de band van de contractuele schuldeiser en de derde er enkel in bestond dat eerstgenoemde voor de zaken van de derde diende te zorgen, heeft het de wel-en-wee-voorwaarde laten vallen.²²⁰³ Bovendien, zolang het Vsd slechts werd toegepast in gevallen waar het slachtoffer persoonsschade of zaakschade leed, was die voorwaarde nog begrijpelijk. Met de toepassing van het Vsd op zuivere vermogensschade heeft het BGH die vereiste langzamerhand opgeheven,²²⁰⁴ zodat de aard van de schade niet langer relevant is.²²⁰⁵ Voortaan zou de wel-en-wee-rechtspraak alleen nog haar nut vertonen in de zin dat een wel-en-wee-verhouding geen andere concrete aanknopingspunten behoeft om tot een stilzwijgende *Schutzpflicht* ten gunste van de derde te besluiten.²²⁰⁶ Volgens sommige auteurs moet de contractuele schuldeiser tegenover de derde nog steeds tot een *Schutzpflicht* gehouden zijn: de contractuele schuldeiser moet er een zeker belang bij hebben om de derde te beschermen, hij moet een beschermenswaardig belang hebben bij de *Einbeziehung* van de derde in het *Schutzbereich des Vertrags*. In dit kader spreekt Gernhuber van een *Beziehung des Dritten zum Anschlussgläubiger*, waarbij die ook in tweede graad kan plaatsvinden (*Vertrag zugunsten Dritter mit Schutzwirkung für Vierte*).²²⁰⁷ Toch lijkt dit een steeds minder belangrijk criterium. Volgens Markesinis moet dit vereiste zo worden ingevuld dat de objectieve belangen de gevolgtrekking moeten mogelijk maken dat de partijen tegenover de derde impliciet een *duty of care* hebben.²²⁰⁸

²²⁰¹ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 526.

²²⁰² BGH 15 juni 1971, *B.G.H.Z.* 56, (269) 271-272 (de indruk wordt gewekt dat het Vsd van toepassing zou kunnen zijn, terwijl de feitenrechter het Vsd niet van toepassing achtte wegens het karakter van “normaler” *Werkvertrag ohne personenrechtlichen Einschlag*).

²²⁰³ H. BERG, “Zur Abgrenzung von vertraglicher Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation”, *N.J.W.* 1978, (2018) 2019, sub II.

²²⁰⁴ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 530, sub h).

²²⁰⁵ *Ibid.*, p. 514, nr. 3.

²²⁰⁶ W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, 190. BGH 2 november 1983, *N.J.W.* 1984, (355) 356 (onzorgvuldige waardering van hoevegebouwen door waarderingsexpert); BGH 26 november 1986, *N.J.W.* 1987, (1758) 1759 (onzorgvuldige controle van tussenbalans door belastingadviseur). Gernhuber bekritiseert dit laatste omdat het BGH daarmee de rechtspraak enkel beschreef maar niet een maatstaf meegaf (J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 539, nr. 2).

²²⁰⁷ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 514-515, nr. 4 (naast de vereiste van *Drittbezug der Pflicht (Anschlussverhältnis)*).

²²⁰⁸ B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 54.

511. Daarnaast was het aanvankelijk enkel de bedoeling om via het Vsd het voordeel van een aantal accessoire contractuele verplichtingen (*obligations de diligence et sécurité, secondary obligations, Schutzpflichten/ Sorgfalt- und Obhutspflichten/ weitere Verhaltenspflichten*) naar derden toe uit te breiden.

Daarin is met het *Testamentfall* van het BGH evenwel verandering gekomen: voortaan kunnen ontgoochelde erfgenamen zich keren tegen de notaris die bij het opstellen van een testament onzorgvuldig is geweest.²²⁰⁹ Daardoor kan het voordeel van het Vsd ook betrekking hebben op de contractuele hoofdverplichting²²¹⁰ (*primary obligation*²²¹¹, *Hauptleistungspflicht*) zolang het gaat om *erkennbar drittbestimmte Leistungen*. Dit betekent nog niet dat, om bij het concrete geval te blijven, een notaris die een testament moet opstellen, door de begunstigen ertoe kan worden gedwongen om de prestatie uit te voeren, maar alleen dat hij bij niet-nakoming van de overeenkomst ten aanzien van die begunstigen wel tot schadevergoeding gehouden kan zijn.²²¹² De derde staat geen *Leistungsanspruch* ter beschikking, maar alleen een *Schadensersatzanspruch*.²²¹³

3. Gevalsgroepen

512. De zonet beschreven evolutie doet blijken dat in het toepassingsgebied van het Vsd een dualisme onvermijdelijk is, enerzijds die gevallen waar de schending van een accessoire gedragsregel tot schade van een derde leidt, anderzijds die waar de derde bij de niet-nakoming van een primaire contractuele prestatie schadevergoeding kan vorderen.²²¹⁴

Dit opkomend dualisme is een mooie illustratie van de wijze waarop recht ontwikkelt wanneer het alleen door de rechtspraak wordt uitgebouwd. Rechters-recht komt slechts geval per geval tot stand, zodat de

²²⁰⁹ BGH 6 juli 1965, J.Z. 1966, 141. Terwijl er in Engeland telkens in tort eerst gevallen inzake *negligent misstatements* waren en dan pas die inzake de *disappointed beneficiaries* (*poorly rendered professional service*), ging het in het Duitse recht op contractueel vlak net omgekeerd (H. KÖTZ, *European Contract Law*, 253-254).

²²¹⁰ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 513 (“*ohne Vorbereitung im Schriftum*”).

²²¹¹ Vertaling van B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 50.

²²¹² P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, Mohr, 1994 (2° ed.), p. 60, nr. 117.

²²¹³ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 534-538. Zie ook E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 188, nr. 254 (“*geen Leistungsansprüche, enkel Schutzansprüche*”).

²²¹⁴ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 513 (*Verhaltenspflichten en Leistungspflichten*). “*Es handelt sich jetzt nicht mehr darum, Dritten Schutz zu gewähren angesichts der vielfältigen Sozialwirkungen, die fremde Schuldverhältnisse haben können, sondern darum, die Wirkungen der Verletzung von Leistungspflichten (nach den für sie geltenden vertraglichen und gesetzlichen Regelungen) dorthin zu verlagern, wo der Schaden eintrat.*” (J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 541, nr. 6). Om de aanspraken toch te beperken, lijkt het vereist dat “*Verbindung von Leistung und Drittinteresse ist im jeweiligen Einzelfall notwendig auf wenige (zumeist gar: auf einen) Dritte beschränkt*” (J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 540, nr. 3).

graad aan rechtszekerheid en stabiliteit lager ligt dan bij wetgevers-recht.²²¹⁵ Deze evolutie wordt nog duidelijker in de mate dat de centrale aandacht, zelfs in de genoemde dualistische visie, niet langer naar de voorwaarden van het Vsd maar naar de typische gevals groepen uitgaat.

Aan de werkwijze van gevals groepen is het eigen dat de meest onderscheiden catalogeringen mogelijk zijn. Om van de reikwijdte van de theorie een beeld te krijgen, is het voldoende om bij wijze van voorbeeld de indeling van Gernhuber weer te geven: personenvervoer voor de personen die de contractuele schuldeiser op bevoegde wijze kan laten vervoeren, woninghuur voor hen die de huurder op bevoegde wijze in de *Wohngemeinschaft* opneemt, de medische behandeling en de opvangcentra voor kinderen, de huur van handelszaken voor zaakschade bijvoorbeeld van een bewaargever van zaken in een voor professionele bewaring verhuurde ruimte, en de *Werkverträge* voor hen voor wie de prestatie bestemd is.²²¹⁶

D. Vsd en samenhangende overeenkomsten

513. Problematisch voor een rechtstreekse aanspraak bij samenhangende overeenkomsten is vooral de jongst opgedoken vereiste dat de derde *schutzbedürftig* moet zijn om zich op het voordeel van een Vsd te kunnen beroepen. Sommige uitspraken van het BGH doen met name vermoeden dat de bescherming op basis van het Vsd beperkt is tot *vertragslose Dritte*.²²¹⁷ Bescherming op grond van een Vsd zou niet mogelijk zijn, zo luidt de steeds weerkerende formule, “*wenn der Dritte durch andere vertragliche Ansprüche, wenn auch gegen einen anderen Schuldner, ausreichenden rechtlichen Schutz genießt*”.²²¹⁸ Zo ontkende het BGH een rechtstreekse aanspraak van een onderhuurder tegen de hoofdverhuurder voor schade veroorzaakt door gebrekkige dakgoten en waterafvoerleidingen, omdat de onderhuurder reeds tegen de onderverhuurder over een contractuele aanspraak met dezelfde inhoud beschikt.²²¹⁹ In een ander geval stond het BGH de eigenaar van te vervoeren goederen bij diefstal ervan weliswaar toe een aanspraak op grond van het Vsd te richten tegen de bewakingsfirma met wie de contractant van de eigenaar had gecontracteerd, maar niet tegen de werknemer van die bewakingsfirma omdat de eigenaar reeds de bewakingsfirma zelf kan aanspreken.²²²⁰

²²¹⁵ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 463-464.

²²¹⁶ *Ibid.*, 522-524.

²²¹⁷ J. KÖNDGEN, “Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag”, in E. LORENZ (ed.), *Einbeziehung Dritter in den Vertrag* (Karlsruher Forum 1998), 1999, Karlsruhe, Versicherungswirtschaft, (3) 11-12.

²²¹⁸ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 526.

²²¹⁹ BGH 15 februari 1978, *B.G.H.Z.* 70, (327) 330.

²²²⁰ BGH 16 juni 1987, *N.J.W.* 1987, (2510) 2511.

De rechtsleer reageert verdeeld op die inperking van het Vsd. Sommige auteurs bekritiseren haar, omdat ze enkel bij *Drittschadensliquidation* zinvol is: het wezen van het Vsd verzet er zich tegen dat de derde op grond van het Vsd geen (eigen) aanspraak zou kunnen doen gelden omdat hij de hoofdschuldenaar toch al kan aanspreken.²²²¹ Volgens anderen is die beperking van de derdenbescherming dan weer terecht, voorzover “*die Gefährdung des Dritten auf dessen eigenem Schuldverhältnis beruht und durch das fremde Schuldverhältnis nicht verstärkt wird.*”²²²²

514. Alhoewel het BGH nog niet rechtstreeks een geval van aansprakelijkheid van een onderaannemer tegenover een hoofdopdrachtgever is vorgelegd,²²²³ is wel een en ander af te leiden uit het zgn. *Nitrierofen*-geval dat op rechtstreekse aanspraken bij zelfstandige nevenovereenkomsten betrekking heeft. In de casus die tot het arrest van 2 juli 1996²²²⁴ aanleiding gaf, verbond G, een verder niet in de procedure betrokken onderneming, er zich toe om staal (“*Nitriergut*”) van beide procespartijen te harden. De opdrachtgevers waren de verplichting opgelegd om enkel vetvrij en droog staal aan te leveren. Zij wisten daarenboven dat hun staal voor de verhitting ervan soms samen met dat van anderen in de oven moest worden geplaatst. Doordat het staal van de verweerder *in casu* niet met G’s regels in overeenstemming was, volgde een explosie die aan het staal – eigendom van de eiser schade veroorzaakte. De schadelijgende opdrachtgever sprak de andere opdrachtgever aan tot schadevergoeding op buitencontractuele zowel als op contractuele basis op grond van het Vsd.

Terwijl het Landesgericht de aanspraak op grond van onrechtmatige daad (§ 823, I BGB) en het Oberlandesgericht op basis van Vsd-beginselen had toegewezen, vernietigde het BGH de beslissing omdat het Vsd in casu niet van toepassing was.

In het algemeen is, zo oordeelt het BGH, een derdenbescherming op grond van het Vsd niet nodig, indien die derde zijn schade reeds kan verhalen op basis van een contractuele aanspraak – tegen om het even wie, dus niet noodzakelijk de derde tegen wie de eiser op grond van een Vsd opkomt – en indien die aanspraak eenzelfde of toch minstens vergelijkbare

²²²¹ H. BERG, “Zur Abgrenzung von vertraglicher Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation”, *N.J.W.* 1978, (2018) 2019, sub II, in fine. Zie ook de vergelijkbare kritiek op dit criterium van H. STOLL, *o.c.*, *E.R.P.L.* 1999, 108 (“*Im übrigen ist nicht zu verstehen, weshalb die Haftung eines anderen die Beklagte entlasten soll*”).

²²²² J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 531, sub j.

²²²³ P. SCHLECHTRIEM, “Deliktshaftung des Subunternehmens gegenüber dem Bauherrn wegen Minderwerts seines Werks – Eine neue Entscheidung des House of Lords”, *Versicherungsrecht*, 1983, *25 Jahre Karlsruher Reform. Jubiläumssausgabe*, (64) 65.

²²²⁴ BGH 2 juli 1996, *N.J.W.* 1996, 2927, *J.Z.* 1997, 358, noot W. LORENZ met commentaren van H. STOLL, T. PROBST, P. DORIS, *E.R.P.L.* 1999, 101-120.

inhoud heeft als de aanspraak die hem anders via een Vsd zou toekomen. Blijkbaar is het BGH het vooral hierom te doen een oeverloze uitdeining van de kring van aanspraakgerechtigden te vermijden. In casu is het niet alleen zo dat de eiser met de hoofdprestatie van de verweerder (betaling van het werkloon) niet in de nabijheid (*Leistungsnähe*) komt, maar ook dat de eiser aan bescherming op grond van het Vsd geen nood heeft omdat hij zelf en los van het contract van de verweerder contractuele vrijwaringsaanspraken tegen de onderneming G kan laten gelden (§ 633 BGB).²²²⁵

In een arrest van vroegere datum stuitte, zoals gezegd, ook de rechtstreekse aanspraak van een onderhuurder tegen zijn hoofdverhuurder op dezelfde regel. Andere derden kunnen op grond van het Vsd tegen een verhuurder wel een aanspraak laten gelden juist omdat zij *vertragslos* zijn.²²²⁶

Uit de combinatie van het *Nitrierofen*- en het onderhuur-geval zou men kunnen afleiden dat een hoofdopdrachtgever evenmin een beroep zou kunnen doen op een bescherming die voortvloeit uit de tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer gesloten overeenkomst. Die zienswijze vindt trouwens steun in een obiter dictum van het BGH (in een geval waarin hoofdaannemer en onderaannemer tegenover elkaar stonden: “*Der Nachunternehmer schuldet seine Leistung allein dem Hauptunternehmer, nicht dem Bauherrn*”).²²²⁷

515. Die rechtspraak belet niet dat de vordering van een opdrachtgever tegen een enkel met de aannemer contracterende fabrikant van een gebrekkig goed wel op grond van een Vsd mogelijk is voorzover er sprake was van een *Garantieerklärung*: “*Massgeblich ist die wirtschaftliche Funktion, die die Garantie für den begünstigten Endabnehmer als Dritten zu erfüllen hat.*” Zo had in het al wat oudere *Isolier-Glasfall*²²²⁸ de aannemer glaswerken uit te voeren waarvoor hij via een tussenpersoon (F) speciaal “*Isolierglas*” van een fabrikant van dergelijk glas (S) had gekocht. Na enkele jaren bleek het glas gebrekkig te zijn omdat het aandampte (“*Kondenswasser*”). Terwijl zijn aanspraak tegen de aannemer al was verjaard, was de aanspraak van de opdrachtgever tegen de fabrikant S wel nog succesvol op basis van een Vsd (“*Garantievertrag zugunsten des Klägers als Endabnehmer*”),²²²⁹ ook al sluit het hier wel nauw bij een werkelijk derdenbeding aan.²²³⁰ Dit geval onder-

²²²⁵ Het opperste gerechtshof verwees dan ook terug naar de feitenrechter die moet beslissen of een aanspraak op grond van onrechtmatige daad toewijsbaar is. Cf. *infra*, nr. 521 et seq.

²²²⁶ BGH 15 februari 1978, B.G.H.Z. 70, (327), 330, N.J.W. 1978, 883 (waterinsijpeling waardoor schade aan meubelzaak van onderhuurder).

²²²⁷ BGH 23 April 1981, N.J.W. 1981, 1779. Zie ook M. ROHE, *Netzverträge*, 370.

²²²⁸ BGH 28 juni 1979, B.G.H.Z. 75, (75) 78.

²²²⁹ De verjaring van de vordering tegen de aannemer was geen hinderpaal omdat de garantie van de fabrikant “*unabhängig von den örtlichen Gegebenheiten und Umständen*” was gegeven.

²²³⁰ In die zin K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, p. 220, § 17, I, voetnoot 5.

scheidt zich van de onderhuur-zaak, omdat de eindafnemer op grond van die garantieverklaring méér rechten kon doen gelden dan op grond van zijn eigen overeenkomst met de aannemer. Dit geval betreft evenwel een apart probleem dat beperkt is tot het geval waarbij de producent ten behoeve van de eindafnemer een uitdrukkelijke garantie verstrekt.

516. Ondanks de restrictieve tendens in de rechtspraak en in strijd met het eerder vermeld obiter dictum van het BGH, neigt een meerderheid in de Duitse rechtsleer (waaronder Lorenz, Schlechtriem en de Engelse Markesinis) ertoe om het Vsd toch ook tot de aanspraak van de bouwheer tegen de onderaannemer te laten uitstrekken.²²³¹ Volgens Kötz, fel onder invloed van de Amerikaanse ervaring, is er weliswaar weinig gevallen-materiaal, maar zou het Vsd in een *Junior Books*-situatie (*special relationship*)²²³² toch kunnen worden aangewend, ook al is het wél duidelijk dat in een ketting van koopcontracten geen rechtstreekse aanspraak mogelijk is. Ook het geval van de onderhuur is voor Lorenz niet overtuigend genoeg, al is het zijns inziens wel terecht dat de huurder tegen een andere huurder van een appartement in hetzelfde huis geen aanspraak op grond van een Vsd kan maken.²²³³

De huidige rechtstoestand in Duitsland is enkel te begrijpen met een blik op de concrete realiteit. Het is namelijk een courante praktijk dat aannemers op voorhand (in de algemene voorwaarden van de hoofdaannemers) al hun aanspraken (*Gewährleistungsansprüchen; warranty claims*) tegen onderaannemers aan de hoofdopdrachtgever overdragen.²²³⁴ Dit verklaart wellicht waarom het BGH nog niet te oordelen kreeg over een rechtstreekse aanspraak van een bouwheer tegen een onderaannemer, vergelijkbaar met *Junior Books* van de House of Lords, het *Besse*-arrest van het Franse Hof van Cassatie en het nalatige-stuwadoors-arrest van het Belgische Hof van Cassatie. Met andere woorden, partijen in de Duitse bouwwereld lijken

²²³¹ B.S. MARKESINIS, "An Expanding Tort Law – The Price of a Rigid Contract Law", 1987 (103) *L.Q.R.*, 359; P. SCHLECHTRIEM, *o.c.*, *Versicherungsrecht*, 1983, 25 *Jahre Karlsruher Reform. Jubiläumsausgabe 1983*, p. 65, voetnoot 10. Over de *Vertragswirklichkeit* die ingaat tegen de enge *Trennungstheorie* met *zwei Verträge, die völlig isoliert voneinander gesehen werden* zie F. NICKLISCH, "Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft", *N.J.W.* 1985, 2361-2370; B. SCHLÜNDER, "Gestaltung von Nachunternehmerverträgen in der Praxis", *N.J.W.* 1995, 1057-1061.

²²³² Cf. *infra*, nr. 573.

²²³³ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, p. 228, § 17, II.

²²³⁴ H. KÖTZ, "The doctrine of privity of contract in the context of contracts protecting the interests of third parties", *Tel Aviv University Studies in Law* 1990, (195) 206; B.S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, *The German Law of Contracts and Restitution*, 278; B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 52; B.S. MARKESINIS, *o.c.*, 1987 (103) *L.Q.R.*, (354) 359; P. SCHLECHTRIEM, *o.c.*, *Versicherungsrecht*, 1983, 25 *Jahre Karlsruher Reform. Jubiläumsausgabe 1983*, (64) 64-65.

hun verantwoordelijkheid terzake op te nemen, door de contractuele structuur niet zodanig op te zetten dat de bouwheren onmogelijk de onderaannemers kunnen raken. Die constructie heeft trouwens ook het voordeel dat de onderaannemer zich enkel binnen de perken van zijn eigen overeenkomst gehouden weet.²²³⁵

E. Nieuwe functie: doorwerking van overeenkomst

517. Nu het Vsd niet langer enkel op *Schutzpflichten* maar ook op *Leistungspflichten* kan slaan,²²³⁶ is het belang van het Vsd in een rechtsvergelijkende studie niet langer louter academisch, in de zin dat een geval in het ene rechtssysteem op een buitencontractuele grondslag en in een ander op een contractuele grondslag zijn beslag krijgt, maar veeleer in de zin dat het aantoonst waarop het aankomt, nl. doorwerking van overeenkomsten om het contractuele evenwicht te bewaren.

Het praktische belang van het Vsd ligt – voor onze doeleinden – met name hierin dat een doorwerking van aansprakelijkheidsbedingen uit de oorspronkelijke overeenkomst op contractueel vlak traditioneel makkelijker denkbaar is dan op buitencontractueel vlak. In het kader van het Duitse Vsd gelden de tussen de oorspronkelijke contractpartijen afgesproken aansprakelijkheidsbepalingen immers evenzeer tegenover de beschermde derde, omdat de rechten van die derde die uit de overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser zijn afgeleid, niet verder reiken dan de rechten van de schuldeiser tegenover zijn schuldenaar.²²³⁷

Alhoewel het Vsd oorspronkelijk was ontstaan omwille van de inefficiënte regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid die enkel aan het Duitse systeem eigen zijn, wordt die rechtsfiguur nu in rechtsvergelijkende studies hier en daar zelfs opgehemeld omwille van haar voordelen op het vlak van de doorwerking van de overeenkomst naar derden toe of, beter, omwille van de eerbied voor de economie van de overeenkomst.²²³⁸

²²³⁵ B.S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, *The German Law of Contracts and Restitution*, 280.

²²³⁶ Zij het dat de derde enkel *Schadensersatzansprüche* geen *Leistungsansprüche* ter beschikking staan.

²²³⁷ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, p. 533-534, sub d). BGH 15 juni 1971, *B.G.H.Z.* 56, (269) 272 (aanspraak van onderaannemer tegen opdrachtgever voor verwondingen wegens instorting van door opdrachtgever ter beschikking gestelde loopbrug). Dirix wijst op een minderheidsstelling die de vordering een autonoom karakter geeft (E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 189, nr. 255, met verwijzing naar ESSER en SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, 2, 1972, 215 et seq.).

²²³⁸ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 59, nr. 82; H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, 1996, 385; B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 51; B.S. MARKESINIS, "An Expanding Tort Law – The Price of a Rigid Contract Law", *L.Q.R.* 1987, (354) 371; B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, o.c., *Mod. L.R.* 1992, 627.

Dit zou meteen de stelling bevestigen dat de gewenste doorwerking van een overeenkomst in bepaalde gevallen bepalend is voor de aard van aansprakelijkheid (en niet omgekeerd dat de doorwerking door de aard van de aansprakelijkheid wordt bepaald²²³⁹).

Die – nieuwe – functie wordt ook meer en meer in Duitse handboeken erkend: het Vsd functioneert niet alleen aansprakelijkheidsverwekkend, maar kan in omstandigheden ook aansprakelijkheidsbevrijdend werken. Zo werkt de verjaringsregeling die tussen contractpartijen geldt, ook door naar de derden die het voordeel van een Vsd genieten of kan een exoneratieclausule de aanspraak van de derde lamleggen. Kötz formuleert het treffend als volgt: “*It is very important that a professional sued by a third party for misleading information or poor performance of a service should be able to raise the defence that the duties he undertook towards his contractor were restricted or that his liability was limited. In other words, he should be liable to the third party only if and to the extent that he would be liable to his contractor under the contract. This is easily achieved if the third party’s claim is based on the contract or derived from it: if his claim is laid in tort it may be more difficult to qualify it by reference to provisions in a contract to which he himself was not a party.*”²²⁴⁰

Toegepast op de onderaannemingscontext zou dit betekenen dat, als het Vsd dan al van toepassing zou zijn, niet zozeer de clausules uit het hoofdcontract (tussen bouwheer en hoofdaannemer) aan de onderaannemer tegenstelbaar zijn als wel de clausules uit de onderaannemingsovereenkomst (tussen hoofd- en onderaannemer) aan de bouwheer.²²⁴¹ Zo kreeg het BGH te oordelen over een geval waarbij een onderaannemer bij de uitvoering van bepaalde werken een bouwsteiger ter beschikking had gekregen die naderhand evenwel gebrekkig bleek te zijn en zo de onderaannemer schade berokkende. Omdat de buitencontractuele aanspraak reeds was verjaard, riep de onderaannemer het Vsd in. Zo het al van toepassing zou zijn, stuitte het evenwel op het exoneratiebeding uit de hoofdovereenkomst.²²⁴²

518. Hoe aantrekkelijk het doorwerkingsvoordeel van de contractuele weg ook is, toch zijn er verschillende bezwaren mee verbonden.

²²³⁹ Cf. *supra*, nr. 477.

²²⁴⁰ H. KÖTZ, *European Contract Law*, 254.

²²⁴¹ B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 310, tweede al. In een andere context (schade kind van werknemer/huurder door onverwachte reactie van dier van werkgever/verhuurder), zie BGH 13 februari 1975, *N.J.W.* 1975, 867 (“*Keinesfalls kann dieser (Schutzbereich) weiter reichen als der Schutzbereich des Hauptgläubigers*”).

²²⁴² BGH 15 juni 1971, *B.G.H.Z.* 56, 269. Zie ook VISSER, J., *De werking van contractuele bepalingen ten nadele van derden – Een vergelijkende studie van het recht van zeven Westeuropese landen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 26.

Ten eerste is het in het Duitse recht zeer betwist of de aansprakelijkheid tegenover derden kan worden uitgesloten, wat op een bijkomend nadeel van die constructie wijst in vergelijking met de buitencontractuele weg. Aangezien het VSD op de goede trouw in de zin van § 242 BGB berust, moeten de derde en de medecontractant, alvast volgens Larenz, gelijk worden behandeld, zodat een contractpartij die aansprakelijkheid inderdaad kan uitsluiten voorzover die ook ten aanzien van zijn medecontractant is uitgesloten.²²⁴³

Ten tweede blijft er in een aantal omstandigheden naast het Vsd toch nog vrije ruimte bestaan voor een buitencontractuele aanspraak, zodat de doorwerking van de oorspronkelijke overeenkomst niet vlekkeloos verloopt. Zoals bij het derdenbeding,²²⁴⁴ kan de derde die zich op een Vsd kan beroepen, opteren voor de buitencontractuele aansprakelijkheid voorzover de toepassingsvoorwaarden daarvan vervuld zijn.²²⁴⁵ Zo kan de derde er belang bij hebben indien hij op *Schmerzensgeld* (*morele schadevergoeding, indemnité pour préjudice moral, pain and suffering/ non-material loss*) aanspraak maakt, omdat die soort van schade in het Duitse recht in de context van buitencontractuele aansprakelijkheid wel, in die van de contractuele aansprakelijkheid geen vergoedbaar belang uitmaakt.²²⁴⁶ Meestal is de buitencontractuele aansprakelijkheid omwille van de aard van de schade (*reiner Vermögensschaden*) uitgesloten, maar het is mogelijk dat de onrechtmatige daad op een opzettelijke wijze werd begaan en tegen de goede zeden ingaat zodat § 826 BGB (waarbij zuivere vermogensschade wel vergoedbaar is) in werking treedt.²²⁴⁷

Meer fundamenteel tegen de aanlokkelijke aantrekkingskracht van het Vsd is het bezwaar dat door de aandacht te leggen op de aard van de aansprakelijkheid, de vraag slechts wordt verplaatst. Bepaalde rechtsleer gaf de voorkeur aan de contractuele weg die het Duitse recht volgt omdat die beter de passieve doorwerking van overeenkomsten zou verklaren (een ander voordeel is dat de kring van derden gemakkelijker begrensbaar zou

²²⁴³ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, p. 229, § 17, II. Zie ook de eerder besproken BGH 15 juni 1971, *B.G.H.Z.* 56, (269) 274.

²²⁴⁴ Cf. *supra*, nr. 292-293.

²²⁴⁵ Voor een toepassing van tegelijk het Vsd en de onrechtmatige daad, zie BGH 28 januari 1976, *N.J.W.* 1976, 712 (winkeluitbater tegenover kind die moeder bij boodschappen vergezelt). Zelfs wanneer de samenloopleer op dergelijke gevallen van toepassing zou zijn, dan nog is samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid naar Duits recht in beginsel toegelaten (cf. *supra*, nr. 55).

²²⁴⁶ § 253 jo. 847 BGB.

²²⁴⁷ Zie voor twee gevallen waar een beroep op § 826 BGB uiteindelijk wordt afgewezen omdat er geen opzet (*Vorsatz*) was bewezen: BGH 6 juli 1970, *N.J.W.* 1970, 1737, noot (borg verkeerde bankinformatie); BGH 26 november 1986, *N.J.W.* 1986, 1758, noot (belastingadviseur – verkoop aandelen).

zijn²²⁴⁸). Maar zo ontstaat alleen weer een nieuw probleem, nl. de zoektocht naar de criteria op grond waarvan die aansprakelijkheid contractueel is, wat duidelijk wordt bij de talloze pogingen tot afbakening van het Vsd. “Men dient dan immers te verklaren waarom de aansprakelijkheid jegens de betrokken derde een contractueel karakter heeft, hoewel deze derde geen partij is bij de overeenkomst – tenzij diens partijerschap uit de te geven verklaring zou volgen.”²²⁴⁹

519. Waar het al onduidelijk is of bij samenhangende overeenkomsten naar Duits recht überhaupt op grond van het Vsd een rechtstreekse aanspraak ter beschikking staat, dan nog rijst de vraag of de eraan gekoppelde regeling wel zo gunstig is als soms wordt beweerd. Inderdaad, het Vsd wordt zo vaak geprezen omdat het eigenlijk neerkomt op een doorwerking van contractuele clausules op buitencontractueel vlak (waarbij § 334 BGB vaak als basis wordt aangenomen).²²⁵⁰ De meeste auteurs aanvaarden trouwens dat het Vsd in wezen een buitencontractuele bescherming inhoudt,²²⁵¹ alleen wordt het juridisch-technisch niet zo voorgesteld. “Dieses Ergebnis lässt sich ohne weiteres erzielen, wenn man den Anspruch des Dritten als aus dem Vertrag hergeleitet oder durch ihn begründet ansieht. Hingegen mag es schwieriger sein, eine deliktische Haftung gegenüber dem Dritten nach Massgabe vertraglicher Abreden zu begrenzen, an denen der Dritte selbst nicht beteiligt war.”²²⁵² Het probleem met die methode is evenwel dat exoneratieclausules in principe altijd zouden moeten doorwerken. In de literatuur bestaat er evenwel een tendens om die algemene regel te doorbreken en meer ruimte open te laten voor een expliciete belangenafweging. Indien *Treu und Glauben* als grondslag van het Vsd wordt aanvaard, zou die de grens van de *Schutzwirkung* uitmaken.²²⁵³

Daarbij komt nog dat een aanspraak op grond van het Vsd enkel verklaart dat clausules uit de overeenkomst van de aangesproken verweerder doorwerken, maar niet dat eventuele clausules uit de hoofdovereenkomst een rechtstreekse aanspraak kunnen verhinderen. Op dit vlak zal naderhand blijken dat de buitencontractuele weg ook in dit opzicht superieur is aan de contractuele weg.

²²⁴⁸ P. SCHLECHTRIEM, *o.c.*, *Versicherungsrecht*, 1983, 25 Jahre Karlsruher Reform. Jubiläumsausgabe, 66.

²²⁴⁹ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 59, nr. 82.

²²⁵⁰ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 352, nr. 411.

²²⁵¹ Vgl. evenwel met Markesinis en Deakin die Engelse buitencontractuele cases via een contractueel model uitleggen (B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 116 et seq.: “one way of explaining cases such as *Hedley Byrne and White v. Jones* is to view them as legitimate but limited exceptions to the privity rule in contract law. The source of the duty to take care lies in a contract to which the plaintiff is not a party, but of which he is effectively the intended beneficiary”).

²²⁵² H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 385.

²²⁵³ E.B. RANK-BERENSCHOT, *o.c.*, 300.

§ 2. BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID EN DOORWERKING

520. De weg van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* mag in de context van samenhangende overeenkomsten dan al niet met zekerheid openliggen en ook de ermee verbonden rechtsgevolgen mogen dan al, ondanks de lof van bepaalde rechtsvergelijkende literatuur, niet altijd even wenselijk zijn, toch rijst de vraag in welke mate het Duitse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht de ruimte voor rechtstreekse aanspraken in samenhangende overeenkomsten openlaat. Zoals eerder vermeld, kan de derde ook bij samenhangende overeenkomsten de buitencontractuele aansprakelijkheid van de verwerende contractant pas in het gedrang brengen, indien hij de aantasting van een op grond van § 823 BGB beschermd rechtsgoed of recht kan doen gelden.

In de eerder besproken *Nitrierofen*-case vergenoegde het BGH er zich niet mee de Vsd-oplossing af te wijzen,²²⁵⁴ maar zond het de zaak terug naar de beroepsrechter die alsnog moest uitmaken of de ene cliënt tegenover de andere cliënt van de onderneming G een buitencontractuele fout had begaan door staal te leveren dat niet aan de eisen van G voldeed. Centraal staat met name de vraag wie tot het toezicht op de staat van dat staal gehouden was, de firma G zelf dan wel de aangesproken cliënt van G.²²⁵⁵ Wanneer die cliënt de controle van het staal aan G heeft overgelaten omdat hij zelf niet in staat was om de conformiteit ervan met de voor de operatie gestelde vereisten na te gaan, dan was die cliënt alvast geen buitencontractuele fout te verwijten.

521. Zijn de voorwaarden voor toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid vervuld, dan rijst in het Duitse recht op een nadrukkelijke manier de vraag naar de doorwerking van contracten op buitencontractueel vlak.²²⁵⁶ In vergelijking met het Franse en het Belgische recht, wordt een dergelijke doorwerking niet zo problematisch geacht, aangezien zelfs tussen contractpartijen onderling een grotere wisselwerking tussen contractuele clausules en de buitencontractuele aansprakelijkheid wordt geduld.²²⁵⁷

²²⁵⁴ Cf. *supra*, nr. 514.

²²⁵⁵ W. LORENZ, noot onder BGH 2 juli 1996, *J.Z.* 1997, 361. Vanuit een Grieks perspectief zie P. DORIS, noot onder BGH 2 juli 1996, *ERPL* 1999, 114-120.

²²⁵⁶ RG 4 januari 1909, *RGZ* 70, 174; RG 30 januari 1911, *RGZ* 75, (169) 172 (buitencontractuele aanspraak van eigenaar aan de beperkingen van het door een expediteur gesloten vervoercontract onderworpen); BGH 13 mei 1955, *B.G.H.Z.* 17, 214, 217; BGH 23 maart 1966, *B.G.H.Z.* 46, 140, 142; BGH 4 juni 1975, *B.G.H.Z.* 64, 355; BGH 7 februari 1979, *N.J.W.* 1979, 2148.

²²⁵⁷ Cf. *supra*, nr. 57. De afwijzing van buitencontractuele aansprakelijkheid tegenover derden kan dus niet op een Duits samenloopverbod worden gesteund, aangezien het Duitse recht een dergelijk verbod niet eens kent (vgl. evenwel E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 199, nr. 268).

Een onderscheid is te maken, naargelang de doorwerking in het voor- dan wel in het nadeel van de derde speelt.

A. Doorwerking ten gunste van derden

522. De buitencontractuele aansprakelijkheid maakt het in het Duitse recht mogelijk dat niet alleen de clausules uit de overeenkomst van de aangesproken verweerder naar een derde toe kunnen doorwerken, maar ook dat een exoneratieclausule uit de overeenkomst van de eiser ten voordele van de derde doorwerkt. Technisch gebeurt dit via het afzonderen van een clausule van de rest van de overeenkomst. Zo kan een onderaannemer zich op een exoneratieclausule uit de hoofdaannemingovereenkomst beroepen via de weg van het Vsd: die techniek noemt men de *Haftungsausschluss mit Schutzwirkung für Dritte*.²²⁵⁸

Dit doorwerkingsvoordeel maakt van het Vsd het Duitse instrument bij uitstek om niet alleen op een offensieve wijze maar ook op een defensieve wijze een beroep te doen op andermans contract waarmee hij op een nader te bepalen wijze verbonden is (*defensive/offensive Drittwirkung*). Wanneer een contractueel betrokken derde op delictuele basis wordt aangesproken, is het hem toegestaan om zich te beroepen op een clausule, zoals een exoneratie- of verjaringsclausule, uit de samenhangende overeenkomst die de aansprekende benadeelde met zijn medecontractant heeft gesloten.

Voor die zogenaamde defensieve werking van het Vsd gelden dezelfde voorwaarden als voor de offensieve werking ervan.²²⁵⁹ de contractuele – ditmaal niet de schuldeiser maar – schuldenaar moet bij de bescherming van de derde een belang vertonen, de activiteit van de derde moet in het *Pflichtenbereich* van de contractuele schuldenaar liggen en in hoofde van de contractuele schuldeiser moet dit alles kenbaar zijn. De aansprakelijkheid van de derde kan slechts in dezelfde omvang worden uitgesloten als die van de contractant zelf.²²⁶⁰

523. Wanneer bijvoorbeeld een bus wordt verhuurd of uitgeleend aan een onderneming die op haar beurt een derde toestaat ermee te rijden, dan kan die derde die bij een ongeval de bus op foutieve wijze heeft beschadigd en omwille van die foutieve gedraging rechtstreeks door de verhuurder of uitlener wordt aangesproken, zich beroepen op de korte verjaringstermijn die op de hoofdhuur- of leningovereenkomst van toepassing is. Zonder die doorwerking zou de hulppersoon immers in zijn eigen contractuele verhou-

²²⁵⁸ Zie b.v. J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, II, Heidelberg, Müller, 1977, p. 243, § 36-V.

²²⁵⁹ Cf. *supra*, nr. 508 et seq.

²²⁶⁰ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 230-231, § 17, II.

ding de aan de verhuurder of uitlener betaalde schadevergoeding op zijn eigen contractant kunnen verhalen, zodat een resultaat zou worden bereikt dat niet in overeenstemming is met de wettelijke verjaringsregeling aangezien de last, buiten de wettelijke termijn om, toch nog op de schouders van de huurder of de ontlener zou terechtkomen.²²⁶¹

Evenzo kunnen hulppersonen van een huurder van een wagen die door hen op onzorgvuldige wijze werd beschadigd (door na het koken het vuur te laten aanliggen), een beroep doen op de korte contractuele verjaringstermijn die op de huurovereenkomst van toepassing is, voorzover ze het huurgebruik in overeenstemming met de overeenkomst met of voor de huurder uitoefenen.²²⁶²

Hetzelfde geldt voor de toezichthouders op kinderen in verband met de huur van kamers in een hotel: zij kunnen zich op de korte verjaringstermijn beroepen.²²⁶³

De doorwerking ten gunste van derden werd vooral in de zeevervoersector aanvaard. Centraal staat een arrest van 7 juli 1960 waarbij een schip, met als lading (niet voldoende met het schip vastgemaakte) ijzerconstructieonderdelen, door een onzorgvuldigheid van de ondervoerder gezonken was. In de algemene voorwaarden die de hoofdvervoerovereenkomst beheersten, was ten voordele van de vervoerder een exoneratiebeding opgenomen. Tegen de delictuele aanspraak wegens zaakbeschadiging (§ 823 BGB) kan ook de ondervoerder zich (naar een bestaande gewoonte) volgens het BGH op die clausule beroepen. Bij een uitlegging naar de zin en het doel van de exoneratieclausule is een duidelijke relatie voorhanden tussen de gewoonlijke vrachtprijzen en het risico dat de vervoerder op zich neemt (een lagere vrachtprijs met exoneratie en de opdrachtgever neemt een transportverzekering). De rechtspositie van de opdrachtgevers mag niet veranderen (in casu verbeteren), enkel omdat toevallig een ondervoerder de opdracht heeft uitgevoerd. Zoals een delictuele aanspraak in het algemeen kan worden uitgesloten, kan dat ook ten gunste van een derde.²²⁶⁴ Die rechtspraak is sindsdien herhaalde malen bevestigd.²²⁶⁵

²²⁶¹ BGH 7 februari 1968, *B.G.H.Z.* 49, 278 (verjaring) (met vele verwijzingen). Voorwaarde is wel dat het gebruik door een hulppersoon in het hoofdcontract niet uitgesloten was.

²²⁶² BGH 19 september 1973, *N.J.W.* 1973, (2059) 2061 (i.v.m. § 558 BGB).

²²⁶³ BGH 29 maart 1978, *B.G.H.Z.* 71, (175) 178-180.

²²⁶⁴ BGH 7 juli 1960, *VersR* 1960, 727.

²²⁶⁵ BGH 21 januari 1971, *VersR* 1971, 412 (blik met waterschade; "*In der Rheinschiffahrt besteht aber seit längerer Zeit die Übung, den Schiffsführer in Freizeichnungsklauseln zugunsten der Reederei einzubeziehen*"); over hetzelfde geval BGH 21 oktober 1971, *VersR* 1972, 40 (in casu niet voldoende gemotiveerd); BGH 28 april 1977, *VersR* 1977, 717 (door chemicaliën beschadigde tabak: verjaringsmiddel uit hoofdvervoerovereenkomst: "*Da aber diese Fracht (tussen vervoerder en ondervoerder) auch an der Haftungslage zwischen Hauptfrachtführer und Verlader ausgerichtet ist, erscheint es billig und sachgerecht, hierin den Unterfrachtführer (sowie dessen Schiffer) einzubeziehen,*

Ook wanneer in de overeenkomst tussen een eigenaar-afzender en een expediteur de voorwaarden van de aan het vervoer deelnemende ondernemers toepasselijk worden gemaakt, is er sprake van een beding ten gunste van die deelnemers die zich op hun eigen voorwaarden kunnen beroepen voorzover het om in (in casu zee-) vervoerszaken gebruikelijke bedingen gaat. Dit is onder meer het geval met bevrijdingsclausules voor ladingsschade. In casu bevatte het contract van de reder een bevrijdingsclausule in zijn eigen voordeel. De reder trad evenwel ook op als kapitein van het schip. Ook in die hoedanigheid werkt de clausule door, omdat de clausule anders weinig zin zou hebben en omdat er ook geen reden voor bestaat om de reder die zijn schip zelf niet bevaart, beter te behandelen dan de reder-kapitein. Opnieuw verwijst het BGH naar de transportverzekeringen die juist met het oog op een lage transportprijs worden genomen. Wat de doorwerking naar de bemanning in het algemeen betreft, is geen uitdrukkelijke Himalaya-clausule vereist; het is voldoende dat het contractuele doel (met verwijzing naar § 328 Abs. 2 BGB) of de *“Interessenlage es naheliegend, vernünftig und sachgerecht erscheinen lassen, dass die Klauseln ihnen ebenfalls zugute kommen sollen.”*²²⁶⁶

B. Doorwerking ten nadele van derden

524. Maar het BGH gaat verder en aanvaardt niet alleen doorwerking ten gunste, maar ook ten nadele van derden.²²⁶⁷ In het vervoersrecht heeft het BGH zich verschillende malen voor een doorwerking van aansprakelijkheidsbeperkingen uitgesproken.²²⁶⁸ Reeds in 1909 had een eigenaar zijn twee meubelwagens afgeleverd aan een expediteur (*Spediteur*), die op zijn beurt voor het vervoer de spoorwegmaatschappij had ingeschakeld. Alhoewel tussen de eigenaar en de vervoerder geen contractuele band voorligt, moet de eigenaar toch rekening houden met de wettelijke exoneratie waarop de spoorwegmaatschappij een beroep kan doen omdat de eigenaar er niet in het ongewisse van kon zijn dat de expediteur zijn goederen op de spoorweg zou doen vervoeren. Het zou tegen de goede trouw indruisen wanneer hij in weerwil van de bepalingen van de vervoerovereenkomst die *“mit seinem Wissen und Willen”* is tot stand gekomen, uit de *Eisenbahngesetz* probeert rechten af te leiden.²²⁶⁹

sofern dieser sich nicht (und damit auch sein Schiffer) auf eigene haftungsbeschränkende oder fristverkürzende Klauseln berufen kann”); BGH 9 juli 1973, *VersR* 1973, 1038.

²²⁶⁶ BGH 26 november 1979, *VersR* 1980, 572 (geen onderscheid te maken tussen binnenwateren en zeevaartvervoer).

²²⁶⁷ Dat daartussen een onderscheid moet worden gemaakt, zie BGH 26 november 1979, *VersR* 1980, 572.

²²⁶⁸ Zie voor een uitvoerige bespreking van de achterliggende feitelijke situaties, R. ZWITSER, “Derdenwerking in Duitsland”, *N.T.B.R.* 2000, 365-374.

²²⁶⁹ RG 4 januari 1909, *RGZ* 70, 174.

In een andere zaak (door cement beschadigde betonijzer) heeft het BGH, daarin gevolgd door de lagere rechtspraak,²²⁷⁰ op grond van § 242²²⁷¹ eveneens aanvaard dat een exoneratieclausule uit de overeenkomst van de aangesproken verweerder tegen de eigenaar van de goederen kan doorwerken, wanneer de eigenaar weet of ermee moet rekening houden dat zijn eigendom voor het vervoer wordt doorgegeven aan een expediteur die volgens welbepaalde voorwaarden met een exoneratiebeding werkt of aan een vervoerder wiens algemene voorwaarden hij kent of met wiens voorwaarden hij rekening dient te houden.²²⁷²

Wat later herhaalde het BGH zijn kernoverweging “*dass sich der Eigentümer vertragliche Haftungsbeschränkungen entgegenhalten lassen muss, wenn er weiss oder nach den Umständen damit rechnen muss, dass sein Eigentum zwecks Durchführung der von ihm gewollten Beförderung einem Spediteur übergeben wird, der nach den ADSp arbeitet, und einem Frachtführer, dessen besondere Geschäftsbedingungen er kennt oder mit denen er rechnen muss*”.²²⁷³

525. Anders is het als het vervoercontract voor de afzender alleen het middel vormt om zijn eigen verplichtingen tegenover de eigenaar te vervullen: de manier waarop dit wordt bereikt, is voor de eigenaar van geen belang. Op die manier kunnen de eventuele delictuele aanspraken van de eigenaar niet worden belemmerd door afspraken die zonder zijn toedoen tussen de “Transportverpflichteten” en de aangesprokene zijn afgesproken, zodat het exoneratiebeding uit het vervoercontract hier niet kan doorwerken. Doorwerking ligt alleen voor als iemand de opdracht krijgt om in eigen naam maar voor rekening van de opdrachtgever een vervoercontract te sluiten waarvoor bepaalde aansprakelijkheidsbeperkingen gebruikelijk zijn: in dit geval zijn die beperkingen als het ware “*durch den Auftrag im voraus gebilligt*”. De opdrachtgever *wil* het vervoercontract zoals dat gewoonlijk wordt gesloten.²²⁷⁴

Nog een andere beperking van de doorwerking tegen derden komt in het arrest van 13 mei 1955 tot uiting. In casu had een spoorwegmaat-

²²⁷⁰ OLG Hamburg 16 september 1976, *VersR* 1977, 811.

²²⁷¹ Aanvankelijk werd nog verwezen naar § 328 BGB (derdenbeding), BGH 25 november 1911, *RGZ* 77, 317, alhoewel ook daar al sprake is van *Treu und Glauben*. Zie ook de opmerking van R. ZWITSER, *o.c.*, *N.T.B.R.* 2000, 368.

²²⁷² BGH 12 juli 1974, *N.J.W.* 1974, 2177, *VersR* 1974, 1121.

²²⁷³ BGH 18 juni 1976, *VersR* 1976, 1129 (verplaatsen boor- en freesmachines). Mogen de genoemde beginselen van vervoersrecht door de Duitse wetgever met de *Transportrechtreformgesetz* dan wel in grote mate zijn beïnvloed, toch belet dit niet dat de gemeenrechtelijke beginselen blijven bestaan voorzover de wetgeving er niet van afwijkt (I. KOLLER, in E. LORENZ, (ed.), *Einbeziehung Dritter in den Vertrag* (Karlsruher Forum 1998), 1999, Karlsruhe, Versicherungswirtschaft, 119-122, niet behandeld in R. ZWITSER, *o.c.*, *N.T.B.R.* 2000, 365, noot 4).

²²⁷⁴ BGH 25 november 1911, *RGZ* 77, 317.

schappij zich ten aanzien van een suikerfabriek verbonden tot de heen-transport van suikerbieten en de terugtransport van nat diervoeder naar mevrouw H. Daarvoor gebruikt ze een wagon dat voordien voor vervoer van oud lood was vervoerd. De koeien van mevrouw H. moeten ten gevolge van een loodvergiftiging genoodslacht worden. Voor die schade wordt H. vergoed door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de suikerfabriek, die de vordering van H. op de spoorwegmaatschappij aan zich laat cederen en op grond daarvan een vordering tegen de spoorwegmaatschappij (vervoerder) instelt. Al was een contractuele vordering op grond van een derdenbeding hier ook denkbaar geweest, het geschil werd op een delictuele basis gevoerd. Door de wagon niet voldoende tegen loodresten te beschermen, heeft de spoorwegmaatschappij volgens het hof niet alleen haar contractuele plicht tegenover de suikerfabriek verzuimd, maar ook een inbreuk op een algemene *Verkehrspflicht* begaan. Een doorwerking van de aansprakelijkheidsbeperking voorzien in de *Eisenbahnverkehrsordnung* wees het hof af, omdat die alleen betrekking heeft op de schade aan het vervoerde goed maar niet op de schade aan andere goederen van derden waarmee het vervoercontract niets van doen heeft.²²⁷⁵ Voor de doorwerking van een contractuele regeling is inderdaad vereist dat de schade waarvoor de vergoeding wordt gevorderd, onder het toepassingsgebied van die regel valt.

Ten slotte moet wel duidelijk zijn dat de aansprakelijkheidsbeperking niet alleen voor contractuele, maar ook voor buitencontractuele aanspraken is bedoeld. Zo werd in de vervoersverhouding waarop het arrest van 23 maart 1966 betrekking had, de doorwerking van de aansprakelijkheidsbeperking ex § 430 HGB niet aanvaard, omdat die niet geldt voor een aanspraak op grond van § 823, I BGB die uitgaat van een derde-eigenaar van het beschadigde goed die bij de vervoerovereenkomst geen partij was.²²⁷⁶

C. Doorwerking ten gunste én ten nadele van derden

526. In een aantal gevallen kan de doorwerking zelfs tegelijkertijd ten gunste en ten nadele van derden spelen. Zo kan een werknemer zich te zijnen gunste beroepen op de aansprakelijkheidsbeperkingen uit de onderexpeditieovereenkomst, die op hun beurt tegen de eigenaar van de

²²⁷⁵ BGH 13 mei 1955, *B.G.H.Z.* 17, p. 214, nr. 36.

²²⁷⁶ BGH 23 maart 1966, *B.G.H.Z.* 46, (140) 141: “Hierbei geht es nicht um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Eigentümer des beschädigten Gutes sich Haftungsbeschränkungen entgegenhalten lassen muss, die dem Vertragspartner des Frachtführers – gemäss vertraglicher Vereinbarung oder kraft Gesetzes – gegenüber wirksam sind. Es handelt vielmehr um die Vorfrage, ob die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Haftung des Frachtführers aus einem Frachtvertrag die Anwendung der Vorschriften über unerlaubte Handlung (...) ausschliessen oder begrenzen”.

goederen doorwerken. Voor beide vormen van doorwerking kon het OLG Celle zich beroepen op de hoogste rechtspraak van het BGH.

Enerzijds moet een eigenaar zich de aansprakelijkheidsbeperkingen uit de onderexpeditieovereenkomst waarbij hij geen partij is, laten tegenwerpen wanneer hij weet of in de omstandigheden ermee moet rekening houden dat de goederen aan een andere expediteur of vervoerder worden overgeleverd met wie dezelfde voorwaarden worden overeengekomen als tussen de opdrachtgever en de hoofdexpediteur. Het zou neerkomen op een “*unzulässige Rechtsausübung*” wanneer hij er zich tegenover de vervoerder op zou beroepen dat hij geen rekening had moeten houden met het feit dat die voorwaarden tussen de expediteur en de onderexpediteur of vervoerder zouden gelden.

Anderzijds kunnen werknemers zich weliswaar in principe niet op de verweermiddelen uit de overeenkomst van de werkgever beroepen, maar uitzonderlijk kunnen ze dat wel “*nur wo Vertragszweck und Interessenlage die Einbeziehung der Hilfspersonen in den Schutzbereich rechtfertigen*”. Daarvoor past het Hof de criteria van het Vsd toe: de werknemer is gezien zijn nabijheid ten aanzien van de prestatie en de eraan gekoppelde risico's “*schutzbedürftig*”, de werkgever heeft ten aanzien van hem een beschermings- en verzorgingsverplichting en beide zijn aan de derde “*erkennbar*”.²²⁷⁷ Die redenering werd ook door het BGH in zijn arrest van 21 december 1993 gevolgd: de werknemer van de vervoerder kan zich tegen een delictuele aanspraak van de opdrachtgever verweren door een beroep te doen op de exonatieclausule uit de overeenkomst tussen de expediteur en de vervoerder.²²⁷⁸

§ 3. BESLUIT

527. Sommige rechtsvergelijkende bijdragen pleiten voor de toepassing van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* wegens het eraan verbonden voordeel dat de contractueel voorziene clausules ook tegen de aanspraakmakende derde werkt.

In de context van samenhangende overeenkomsten lijkt de toepasselijkheid van die methode evenwel zeer onzeker te zijn, omdat de kring van derden heel moeilijk is af te bakenen.

Niettemin is uit de geanalyseerde rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* gebleken dat het zogenaamde voordeel van het Vsd evenzeer van toepassing is op de buitencontractuele aansprakelijkheid ex § 823 BGB.

²²⁷⁷ OLG Celle 23 december 1982, *VersR* 1983, 683.

²²⁷⁸ BGH 21 december 1993, *N.J.W.* 1994, 852 (gekanteld voertuig waardoor scheepsmotoren werden beschadigd).

Ten gunste van derden kan een overeenkomst doorwerken, buiten de grenzen van een derdenbeding om, via de defensieve werking van het Vsd. Maar zelfs ten nadele van derden is een doorwerking mogelijk. Al beperken de toepassingsgevallen ervan in het Duitse recht zich wel voornamelijk tot het (zee)vervoerrecht, toch is geen enkele reden voorhanden om die rechtspraak niet buiten het (zee)vervoersrecht om te veralgemenen, een vaststelling die trouwens bij de volgende analyse van het Nederlandse recht wordt bevestigd, ook al wordt doorwerking aldaar niet steeds aan de hand van dezelfde criteria bereikt.

HOOFDSTUK III. NEDERLANDS RECHT

528. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt het Nederlandse recht inzake rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten²²⁷⁹ opvallend anders gestructureerd te zijn dan het Belgische positieve recht. Enerzijds heeft een theorie zoals de Belgische quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent er niet het daglicht gezien; zelfs een ondergeschikte kan rechtstreeks door de medecontractant van zijn werkgever worden aangesproken. Anderzijds aanvaardt de Hoge Raad wel, in de lijn van het Duitse recht, een zekere mate van doorwerking van contractuele clausules tegenover buitencontractuele aanspraken.

Toch mag uit die verschillende houding niet worden afgeleid dat het Nederlandse rechtssysteem niet dezelfde bekommernis deelt als die waaraan het Belgische Hof van Cassatie met de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent en het Franse Hof eertijds, met zijn theorie van de contractgroepen, proberen tegemoet te komen, met name het bewaren van het contractuele evenwicht.

Het verschil in houding tussen België en zeker Frankrijk enerzijds en Nederland anderzijds komt aldus op twee manieren tot uiting. Aan de ene kant houdt het Nederlandse recht zich strikt vast aan de regel dat een wanprestatie niet *ipso facto* een onrechtmatige daad jegens een derde uitmaakt (§ 1). Veel verrassender, althans vanuit een romanistisch standpunt bekeken, is, aan de andere kant, toch wel de rechtspraak van de Hoge Raad die in buitencontractuele verhoudingen een ruimere mate van doorwerking van contractuele bedingen zowel ten gunste als ten nadele van derden voorstaat. De (ter zake zeer omvangrijke) rechtsleer wil die doorwerkingsgraad zowaar nog uitgebreider zien dan wat de Hoge Raad tot nog toe voor mogelijk houdt (§ 2).

§ 1. VOORWAARDE: BUITENCONTRACTUELE FOUT

A. Concretisering in rechtsleer

529. Zoals hun Franse collega's zijn ook de Nederlandse auteurs er terecht om bezorgd dat een derde die een contractant aanspreekt, zich niet op een loutere wanprestatie beroept, maar een afzonderlijke buitencontractuele

²²⁷⁹ Niet aan bod komt de op 1 juli 1982 in werking getreden Wet van 4 juni 1981 bekend onder de naam "Wet Ketenaansprakelijkheid", waarin een hoofdaannemer tegenover de belastings- of de socialezekerheidsschuldeiser hoofdelijk aansprakelijk kan zijn voor de door de onderaannemer niet afgedragen premies sociale verzekeringen of loonbelasting. Het gaat immers niet om een aanspraak *binnen* de samenhangende overeenkomsten.

fout van die contractant aantoon. Het handelen van een contractpartij moet in diens verhouding tegenover derden niet aan contractuele normen, maar aan algemene zorgvuldigheidsnormen worden getoetst. Een feit kan alleen in geval van bijzondere omstandigheden benevens een wanprestatie ook een onrechtmatige daad uitmaken,²²⁸⁰ wat in Nederland ook wel eens de “reflexwerking” van het beginsel van relativiteit van overeenkomsten wordt genoemd.²²⁸¹

Ondanks die principiële eensgezindheid bestaan toch een aantal belangrijke nuanceverschillen in de visies van de rechtsleer. Zo hangt Kortmann een meer beperkende benadering aan dan de minder terughoudende Hoge Raad. Als alternatief voor de identificatiegedachte die achter het Belgische nalatige-stuwadoorsarrest steekt, pleit Kortmann voor een toepassing van de relativiteit van de onrechtmatige daad: alleen ten aanzien van degene met wie de schadeverwekker kon rekening houden en dus alleen ten aanzien van hen van wiens bestaan hij op de hoogte is, kan een handeling onrechtmatig zijn.²²⁸²

Ten aanzien van de vaststelling of een buitencontractuele fout al dan niet voorligt, hanteert ook de Nederlandse auteur Cahen een uiterst terughoudend taalgebruik wanneer hij betoogt: *“Ik meen voldoende duidelijk te hebben gemaakt dat een hoge onrechtmatigheidsdrempel sterk de voorkeur verdient. Interventie door derden brengt moeilijk berekenbare risico’s voor contractanten met zich mee en tast hun autonomie aan om de gevolgen van de wanprestatie naar eigen inzicht te regelen. De tussenkomst van de derde moet daarom een hoge uitzondering blijven.”* Bij de nadere concretisering van de afzonderlijke buitencontractuele fout neemt hij dan toch weer heel wat factoren in aanmerking, waaronder het feit dat de hoofdopdrachtgever zelf het initiatief voor het sluiten van een onderovereenkomst heeft genomen, dat de hoofdopdrachtgever bij de transactie betrokken is geweest en dat de overeenkomst de strekking had om bijzondere verantwoordelijkheid tegenover bepaalde derden op te nemen. Ondanks die waslijst aan factoren blijft Cahen de gevallen waarin een derde tegen een contractant een aanspraak kan doen gelden, evenwel beschouwen als *“een collectie van uitzonderingen, die hun gemeenschappelijke rechtvaardiging hierin moeten vinden dat behalve contractinterventie de derde geen andere mogelijkheid heeft om zijn schade vergoed*

²²⁸⁰ E. DU PERRON, “‘Hadden wij dan iets afgesproken? Ik ken u niet’. Rechtsbeginselen en de derdenwerking van overeenkomsten”, A.A. 1991, p. 852, nr. 3.2.2.; C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 63, nr. 88-89.

²²⁸¹ Al kan de assimilatie tussen contractuele en delictuele fouten dogmatisch nog met het relativiteitsbeginsel in overeenstemming zijn, toch zou dit beginsel er onrechtstreeks onder te lijden krijgen, mocht een wanprestatie tegenover een derde niet slechts *onder omstandigheden* tevens onrechtmatig zijn, zie C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 271, nr. 311.

²²⁸² S.C.J.J. KORTMANN, “De werking van exoneratie-bedingen tegen “derden”. Bespiegelingen naar aanleiding van het Securicor-arrest”, *T.P.R.* 1986, (827) 838, nr. 16.

*te krijgen, dan wel dat van hem in redelijkheid niet gevraagd kan worden een andere weg te bewandelen.*²²⁸³

Aan het recente proefschrift onder de titel van “Overeenkomst en derden” van Du Perron komt de verdienste toe dat hij met de complexe werkelijkheid rekening houdt door een hele reeks omstandigheden in aanmerking te nemen die wijzen op de noodzaak aan bescherming van derdenbelangen: (1) de aard van het belang van de derde: de schending van een absoluutrechtelijk beschermd belang, met inbegrip van gevolgschade, leidt veel vlugger tot een onrechtmatigheidsbesluit dan zuivere vermogensschade en onbehoorlijk handelen vlugger dan niet-handelen; (2) de voorzienbaarheid van de schade (die nauw verwant is met het opgewekte vertrouwen); (3) de omvang van de schade of van het derdenbelang; (4) de ernst van de wanprestatie; (5) de overeenkomst ziet op het derdenbelang, wat op zich evenwel niet voldoende is want uit de afwezigheid van een derdenbeding kan soms worden afgeleid dat die bescherming juist niet gewenst was; (6) de contractpartij heeft omtrent de prestatie bij de derde vertrouwen opgewekt of weggenomen (norm- of concreet vertrouwen; beperkingen van verwachtingen invloed op zowel vertrouwen als aansprakelijkheid); (7) de hoedanigheid van de partij (beroepshalve of bedrijfsmatig verrichten van prestatie; monopoliepositie;²²⁸⁴ feitelijke spilpositie, althans bij parallel lopende belangen); (8) de hoedanigheid van de derde (van een persoon die beroepshalve optreedt wordt eerder verwacht in een eigen contractuele risicoregeling te voorzien dan van een particulier); (9) de bezwaarlijkheid van een zorgplicht (de mate waarin een partij zwaarder wordt belast dan verwacht; de *deterrence*-idee; de doorwerking van contractuele verweermiddelen als de keerzijde van een zorgplicht, tenzij er reeds op andere gronden een aanspraak voorhanden is (zoals ingeval van een schending van eigendomsrecht); de aard van de overeenkomst); (10) nog andere factoren aangezien het vraagstuk een onderdeel is van de meer algemene vraag “*van de reikwijdte van de zorgvuldigheidsnorm in het algemeen*”, waarbij macro-economische overwegingen belangrijker kunnen zijn dan het relativiteitsbeginsel.²²⁸⁵

De verdienste van de concretiseringspogingen van Cahen en Du Perron ligt niet hierin dat daarmee het laatste woord is gezegd. Het is zelfs onmogelijk om een exhaustieve lijst van factoren op te stellen, zodat die factoren slechts de vorm van richtlijnen kunnen aannemen. De verdienste ligt veeleer in het zoeken naar een lijn waar anderen de kwestie doorgaans afdoen als een feitenkwestie zonder meer.

²²⁸³ J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, 14-16 (eerste citaat p. 14, tweede p. 16).

²²⁸⁴ Zie bijvoorbeeld de grief in HR 21 januari 2000, *N.J.* 2000, nr. 553 (Sungreen- of Curaçao-arrest).

²²⁸⁵ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 283-302, nr. 326-352.

Uit die werkwijze volgt trouwens ook dat de structuur van overeenkomsten eigenlijk geen factor op zich is of althans niet de enige factor kan zijn om een rechtstreekse aanspraak te ontkennen. Zo is het criterium van “*dezelfde prestatie*” of “*eenheid van prestatie*” te restrictief.²²⁸⁶ Voor de Belgische quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent betekent dit dat het niet opgaat de buitencontractuele aansprakelijkheid te ontzeggen, enkel omdat de structuur van de samenhangende overeenkomsten erin bestaat dat de ene overeenkomst erop gericht is de andere overeenkomst uit te voeren.

De breedste ruimte voor een buitencontractuele aanspraak bij samenhangende overeenkomsten laten die Nederlandse auteurs, die – in een ruimer debat – benadrukken dat het inhoudelijke onderscheid tussen wanprestatie en onrechtmatige daad of tussen contract en contact steeds meer inkrimpt.²²⁸⁷ Waar doorgaans een rechtstreekse aanspraak van een uiteindelijke koper tegen een producent van goederen voor de door een slachtoffer geleden transactieschade – ter onderscheid met product schade²²⁸⁸ – niet zo vlug wordt aanvaard, acht Schoordijk aldus een aanspraak op grond van onrechtmatige daad goed verdedigbaar: “*Producenten (...) dienen zich te realiseren dat zij aan het begin van een distributieketen staan, waarin opvolgende verkrijgers vaak slechts als doorgeefluik fungeren.*”²²⁸⁹ Andere auteurs zoals Du Perron reageren tegen die tendens naar een uniform toerekeningsproces dat overeenkomst en onrechtmatige daad overkoepelt. Het onderscheid tussen wanprestatie en onrechtmatige daad blijft volgens hem zijn kracht behouden, behalve dan in de enkele grensgevallen die dan weer niet moeten worden overdreven.²²⁹⁰

B. Concretisering in rechtspraak

530. Uit het voorgaande beknopte overzicht van de recente rechtsleer blijkt duidelijk een andere benadering dan die we in Frankrijk of België gewoon zijn. De (weliswaar diverse) rechtsleer schuift er niet alleen een algemene maar (of juist daarom) nietszeggende regel naar voren, maar probeert tevens zoveel mogelijk factoren aan te wijzen die richtinggevend

²²⁸⁶ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 276-277, nr. 318.

²²⁸⁷ F.B. BAKELS, “Vloeiend verbintenisrecht”, *RM Themis* 1996, 42-56; J.B.M. VRANKEN, “Schaalvergroting in het vermogensrecht”, *N.J.B.* 1995, (1400) 1404.

²²⁸⁸ Zie over die begrippen en hun potentiële overlapping D.W.F. VERKADE, P. VAN SINT TRUIDEN, J.F.C. MAASSEN, *Produkt in gebreke. Produktaansprakelijkheid naar Nederlands en EEG-recht*, Deventer, Tjeenk Willink, 1990, 23-24. Zie ook H. COUSY, *Problemen van produktaansprakelijkheid*, p. 9, nr. 1.

²²⁸⁹ A.S. HARTKAMP, “Boekbespreking H.C.F. SCHOORDIJK, De aansprakelijkheid van een producent voor defecte producten tegenover opvolgende kopers”, *W.P.N.R.* 1990, nr. 5962, p. 348-349, nr. 1.

²²⁹⁰ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 31, nr. 26, p. 269-270, nr. 308.

zijn voor de vraag of een contractant tegenover een derde aansprakelijk is. Het vereiste van bijkomende omstandigheden wordt nader geconcretiseerd en niet zomaar als een feitenkwestie afgedaan. Een identiek benaderingsverschil treffen we ook aan (hoe kon het ook anders?) bij de vergelijking van de rechtspraak van beide rechtssystemen. In schrill contrast met de Franse en Belgische cassatierechtspraak poneert de Hoge Raad niet alleen een algemene regel, maar concretiseert en motiveert hij die ook nader en uitgebreider aan de hand van de omstandigheden van het geval.

Centraal staan steeds weer drie basisarresten van de Hoge Raad. Het *Atiba*-arrest is de eerste en meest befaamde beslissing.²²⁹¹ In casu had de aannemer Atiba zich jegens de Nederlandse Staat contractueel verbonden tot de aanleg van een centrale verwarming, waarbij de Staat voor de levering van isolatiemateriaal een zekere Degens als verplichte onderaannemer had aangewezen. Ter compensatie voor de opgelegde keuze van die onderaannemer nam de Staat het in de hoofdaannemingsovereenkomst op zich om in te staan voor 85% van de meerkosten die de aannemer in geval van wanprestatie van de onderaannemer zou moeten dragen. Bij een effectieve wanprestatie van de aangewezen onderaannemer heeft de Staat de aannemer overeenkomstig die clausule vergoed. Over de vraag of de Staat daarna de onderaannemer rechtstreeks op grond van een onrechtmatige daad kon aanspreken, oordeelde de Hoge Raad dat de omstandigheden van het geval daartoe voldoende bijzonder waren. In de eerste plaats was het belang van de Staat bij een goede nakoming van de onderaannemingsovereenkomst niet toevallig of contingent, aangezien de Staat de onderaannemer zelf had aangewezen.²²⁹² Bovendien komt een rechtstreekse aanspraak van de Staat niet neer op een verzwaring van de situatie van de onderaannemer, aangezien die toch sowieso de schade van zijn contractant-hoofdaannemer had moeten vergoeden. Een andere bijzondere factor lag erin dat de onderaannemer *wist* of minstens behoorde te weten dat de aannemer veel duurder vervangingsmateriaal zou moeten aanschaffen en de staat contractueel – althans gedeeltelijk – voor die meerkost zou moeten instaan. Evenzeer bijzonder was de omstandigheid dat de onderaannemer bewust contractbreuk had gepleegd, omdat de verkoop aan een derde hem meer voordeel opleverde dan wanneer hij de overeenkomst met Atiba zou naleven (verrijkingsfactor). Op grond van het geheel van die omstandigheden was de onderaannemer²²⁹³ zo nauw bij het door de hoofdaannemer van de Staat aangenomen werk betrokken, dat hij “*naar behoorlijk zakelijk en*

²²⁹¹ HR 3 mei 1946 (Staat der Nederlanden/Degens), *N.J.* 1946, nr. 323, concl. proc.-gen. BERGER; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 226, nr. 300.

²²⁹² J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, 15.

²²⁹³ Het is niet onmiddellijk duidelijk waarom in casu Degens niet eerder een verkoper dan een onderaannemer kan worden genoemd.

*maatschappelijk inzicht met de belangen van de Staat in het bijzonder rekening had dienen te houden.*²²⁹⁴

In *Radio Modern/Edah* had een huurder van een pand in een winkelcentrum er zich contractueel toe verbonden om bepaalde artikelen niet te verkopen. Wanneer de huurder uiteindelijk die verbintenis niet nakwam, rees de vraag of de overige huurders die wanpresterende huurder rechtstreeks op grond van onrechtmatige daad konden aanspreken, alhoewel zij enkel met de verhuurder in een contractuele relatie stonden (en er *in casu* in de huurovereenkomsten geen derdenbeding was voorzien). Volgens de Hoge Raad is een dergelijke vordering uit onrechtmatige daad mogelijk omdat het vertrouwen van de overige huurders was beschaamd. “*Beschamen van dit vertrouwen is een onrechtmatige daad*”.²²⁹⁵

In het derde steeds weer genoemde geval had een huurder aan zijn advocaat de opdracht gegeven om een huurverlenging aan te vragen. Die advocaat was evenwel slechts op het laatste nippertje tot de huurverlenging overgegaan, zodat er omtrent de ontvankelijkheid van de vordering discussie was gerezen. In de procedure omtrent de huurverlenging zelf was de vordering onontvankelijk verklaard, weliswaar ten onrechte maar tegen die beslissing hadden de procespartijen geen rechtsmiddel aangewend. Daarna liet de eveneens schadelijdende onderhuurder een rechtstreekse aanspraak tegen de advocaat van de hoofdhuurder gelden. Zelfs al was het verzoek tot huurverlenging tijdig, toch heeft de advocaat onzorgvuldig gehandeld doordat hij zo lang had gewacht totdat er risico's ontstonden dat de ontvankelijkheid van het verzoek in twijfel werd getrokken. De gedraging van de advocaat vormde dan ook niet alleen een wanprestatie tegenover zijn cliënt (de hoofdhuurder), maar ook een onrechtmatige daad tegenover de onderhuurder.²²⁹⁶ Het was in de opdracht van de advocaat – een professioneel – begrepen om het belang van de onderhuurder te beschermen.

531. In die drie basisarresten maakte een feitencomplex, telkens met betrekking tot samenhangende overeenkomsten, tegelijk een wanprestatie en een onrechtmatige daad uit. Die rechtspraak betekent niet dat een wanprestatie automatisch een onrechtmatige daad is, maar veeleer dat een rechter op bijzondere omstandigheden moet kunnen wijzen om een dergelijke “assimilatie” te kunnen verantwoorden. Reeds in 1926 stelde de Hoge Raad in het *Cremers*-arrest dat het weliswaar niet uitgesloten is dat eenzelfde

²²⁹⁴ Naar de woorden van de conclusie van de advocaat-generaal Berger bij het arrest.

²²⁹⁵ HR 12 oktober 1979 (*Radio Modern/Edah*), *N.J.* 1980, nr. 117, concl. adv.-gen. J.K. FRANX en noot G.J. SCHOLTEN. Vgl. een vergelijkbaar feitencomplex in het eerder aangehaalde Franse cassatiearrest van Cass. fr. (com.) 12 maart 1991 zoals besproken door P. JOURDAIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1992, 567-568

²²⁹⁶ HR 2 april 1982 (*Smael, De Ridder/Moszkowicz*), *N.J.* 1983, nr. 367, concl. adv.-gen. J.K. FRANX, noot C.J.H. BRUNNER.

handeling tegelijk een wanprestatie en een onrechtmatige daad oplevert, maar dat die handeling daarvoor ook op zichzelf en los van de overeenkomst onrechtmatig moet zijn.²²⁹⁷

Sindsdien werd het bestaan van een onafhankelijke onrechtmatige daad nog in verschillende rechterlijke aanspraken aanvaard.²²⁹⁸ Ook in de arresten die de doorwerking van contractuele verweermiddelen tegenover een derde toelaten, waarover straks meer, is de eerste stap telkens dat een feit tegelijk een wanprestatie en een onrechtmatige daad uitmaakt. Volgens het moffenkitarrest is de levering van een ondeugdelijk product (waterdoorlatend riooldichtingsmateriaal) niet zonder meer, maar slechts onder de *vastgestelde omstandigheden* onrechtmatig. Volgens de annotatie van Scholten is de onderlinge waarde van de omstandigheden niet uit het arrest af te leiden, al was het *in casu* wel belangrijk dat de producent door zijn reclame een zekere mate van verantwoordelijkheid had opgenomen en dat hij zo zekere verwachtingen had opgewekt, niet alleen bij de aannemers maar ook bij de aanbesteders die de aannemers het gebruik van dat product opleggen.²²⁹⁹

In het *Securicor I*-arrest is eveneens, onafhankelijk van de contractuele verplichtingen uit de overeenkomst tot vervoer van geld, een buitencon-

²²⁹⁷ HR 11 juni 1926 (Cremers/Otten), *N.J.* 1926, 1049. *In casu* maakte Otten een aanspraak op een pandrecht op een voorraad wijnen van een failliete onderneming waarbij Cremers als curator optrad. Daarop volgde een overeenkomst tussen curator Cremers *qualitate qua* en Otten om de betrokken voorraad wijnen te verkopen en de opbrengsten ervan bij een bank te deponeren tot een gerechtelijke overheid zich over het pandrecht van Otten in de ene of andere zin had uitgesproken. In weerwil van die overeenkomst leverde de curator een deel van de wijnvoorraad aan de derde-eigenaar. Wat later erkende een rechterlijke beslissing toch het pandrecht van Otten die dan ook tegen de curator een aanspraak op grond van onrechtmatige daad liet gelden. De Hoge Raad vernietigde de beslissing van de feitenrechter die de vordering van Otten tegen de curator Cremers gegrond had verklaard. De Hoge Raad oordeelde hierbij niet zelf dat het om een zuivere wanprestatie ging, maar nam die vaststelling enkel over van de feitenrechter.

²²⁹⁸ HR 22 april 1966, *N.J.* 1966, nr. 304, concl. MINKENHOF. De gemeente Wormer had het onderhoud van een weg langsheen de rivier Zaan tegenover het Heemraadschap Wormer overgenomen. De eigenaars van de pakhuizen langs die weg hadden het eerder bij een overeenkomst met het Heemraadschap op zich genomen om het onderhoud van de schoeiing langs de dijk voor eigen rekening te nemen. Door de wegverharding was er veel meer autoverkeer, zodat de weg én de schoeiing zakten. De eigenaar van de weggezakte schoeiing is aansprakelijk tegenover de gemeente aangezien die laatste niet aan haar eigen verplichting kon voldoen zonder dat de eigenaar zijn eigen verplichting tot onderhoud van de schoeiing voldeed. In die omstandigheden was de wanprestatie van de eigenaar tegenover het Heemraadschap tegelijk onrechtmatig tegenover de derde (gemeente).

²²⁹⁹ HR 25 maart 1966 (H.I.M./gemeente Heemskerk), *N.J.* 1966, nr. 279, concl. adv.-gen. M.S. VAN OOSTEN en noot G.J. SCHOLTEN. Cf. *infra*, nr. 540.

tractuele norm geschonden. Daartoe is opzettelijke schadetoebrenging alvast niet vereist.²³⁰⁰

532. Heel wat aandacht kreeg de recente zaak die tot het *Mooijman/Netjes*-arrest van 29 mei 1998 aanleiding gaf. Het ging om een aanneming- en een koopovereenkomst die nauw met elkaar samenhangen. *In casu* had een bouwheer aan aannemer Netjes de opdracht gegeven om een villa te bouwen, terwijl diezelfde bouwheer bij Mooijman een serre (een “zonneranda”) had gekocht.

Uit de omstandigheden bleek dat Netjes een aantal brochures van Mooijman in zijn showroom had gelegd, dat Mooijman bij het aanvragen van de bouwvergunning voor de serres een tekening van Netjes had aangevend en dat Netjes een aantal bouwkundige aanpassingen had uitgevoerd opdat Mooijman de serres zou kunnen bouwen. In die bouwkundige aanpassingen waren evenwel een aantal fouten geslopen, waardoor de plaatsing van de serres niet op verantwoorde wijze kon plaatsvinden. De serreverkoper vergoedt de koper en spreekt daarop rechtstreeks de aannemer aan, op grond van wanprestatie dan wel van onrechtmatige daad, al stond de serreverkoper enkel met de bouwheer in een rechtstreekse contractuele relatie. In de uitspraak waarbij de feitenrechter de vordering op beide gronden had afgewezen, zag de Hoge Raad geen graten wat de wanprestatie betrof,²³⁰¹ maar wel wat de onrechtmatige daad betrof.

Volgens de Hoge Raad, maar tegen de mening van de feitenrechter en van advocaat-generaal en hoogleraar Hartkamp in, waren de omstandigheden dusdanig dat de serreverkoper tegen de aannemer een buitencontractuele aanspraak kon doen gelden: de feitelijke samenwerking tussen de verkoper en de aannemer was dusdanig dat de aannemer niet alleen tegenover de koper van de woning gehouden kan zijn.²³⁰²

Er moet vanuit gegaan worden “*dat hier, ofschoon tussen partijen geen overeenkomst bestaat, wel sprake is van een feitelijke samenwerking, die onder meer hierdoor wordt gekenmerkt dat Mooijman haar werkzaamheden slechts kon verrichten indien de (...) met het oog daarop door Netjes aan te brengen bouwkundige aanpassingen aan bepaalde haar bekende eisen voldeden. Een zodanige feitelijke samenwerking zal in beginsel meebrengen dat Netjes niet alleen jegens haar contractuele wederpartijen – de kopers van de woningen – maar ook op grond van*

²³⁰⁰ HR 12 januari 1979 (Securicor/Schadeverzekering Maatschappij NV), *N.J.* 1979, nr. 362, concl. Adv.-gen. BERGER en noot A.R. BLOEMBERGEN. Cf. *infra*, nr. 543.

²³⁰¹ Cf. *supra*, nr. 218.

²³⁰² HR 28 mei 1998, *N.J.* 1999, p. 487, noot J.B.M. VRANKEN; H.C.F. SCHOORDIJK, “Samenwerking en samenwerkingsovereenkomst”, *W.P.N.R.* 1998, nr. 6.320, p. 427-431 (pleit zoals J.B.M. VRANKEN eerder voor de contractuele weg).

hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens Mooijman gehouden is de aanpassingen deugdelijk uit te voeren".

De feitenrechter had ter zake onvoldoende inzicht gegeven in zijn redenering dat de omstandigheden niet volstonden om een aanspraak op een onrechtmatige daad te baseren.

Uiteindelijk is de beslissing fel met de feiten verweven, wat de opmerking van Vranken uitlokt dat die toespitsing op de feiten "erop wijst dat het verschijnsel samenhangende rechtsverhoudingen juridisch gezien nog betrekkelijk in de kinderschoenen staat. Pas na enige tijd zal het mogelijk zijn meer algemene (richt)lijnen te ontwikkelen." De term "feitelijke samenwerking" zou hierbij volgens hem een goede dienst kunnen bewijzen.²³⁰³ Sinds dit arrest is trouwens het begrip "samenhangende verhoudingen" beslist het in zwang geworden kernwoord geworden.²³⁰⁴

533. Gezien die uitdrukkelijke motivering in de arresten van de Hoge Raad is het niet zo verwonderlijk dat de rechtsleer er zich niet, zoals in België en (zij het in mindere mate) Frankrijk, beperkt tot een verwijzing naar enkele oude en uiterst beknopte basisartikelen die enkele concrete geallegaten opsommen zonder dat auteurs zich wagen tot het opstellen van een typologie van relevante factoren. Als gevolg van de verdergaande concretisering door de Hoge Raad is de Nederlandse rechtsleer gebeten door de systematiseringsdrang, ook al bevindt ook die zich nog in een beginfase.

§ 2. DOORWERKING VAN CONTRACTUELE BEDINGEN

534. Het beginsel van relativiteit is in het N.N.B.W. niet langer opgenomen, niet alleen vanuit de gedachte dat het beginsel als vanzelfsprekend wordt geacht, maar ook met de bedoeling om in de rechtspraak ruimte open te laten voor eventuele uitzonderingen. Inspelend op vroegere rechtspraak van de Hoge Raad, bevat het N.N.B.W. zelf reeds voor een aantal bijzondere overeenkomsten specifieke bepalingen die in een doorwerking van contractuele bedingen jegens een derde voorzien.²³⁰⁵ Maar ook buiten

²³⁰³ J.B.M. VRANKEN, noot onder HR 28 mei 1998, *N.J.* 1999, nr. 98, p. 500, nr. 8.

²³⁰⁴ F.W.J. MEIJER, "Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling", *W.P.N.R.* 1998, nr. 6.329-6.330; H.C.F. SCHOORDIJK, "Samenwerking en samenwerkingsovereenkomst", *W.P.N.R.* 1998, nr. 6.320, p. 427-431; J.B.M. VRANKEN, "Samenhangende rechtsverhoudingen I", *N.J.* 1999, nr. 97, p. 485-487; J.B.M. VRANKEN, "Samenhangende rechtsverhoudingen II" (noot onder HR 29 mei 1998), *N.J.* 1999, nr. 98, p. 499-501; J.B.M. VRANKEN, "Van de buitenlandse leestafel", *W.P.N.R.* 1999, nr. 6.346, p. 139-140. Recent nog: J.B.M. VRANKEN, "Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie", *W.P.N.R.* 2002, nr. 6.472.

²³⁰⁵ Cf. *infra*, bewaarneming, vervoer, reis.

die uitdrukkelijke wetsbepalingen om, heeft de Hoge Raad in verschillende arresten voor doorwerking ruimte vrijgemaakt.

Nog steeds is het uitgangspunt dat alleen contractpartijen aan hun contractueel bedongen clausules gebonden zijn, zodat het relativiteitsbeginsel ook in het Nederlandse recht nog zijn actualiteitswaarde behoudt.²³⁰⁶ Bij uitzondering, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, is evenwel een grotere doorwerkingsgraad toegelaten dan in België.

Het zij nogmaals beklemtoond dat de doorwerkingsvraag slechts aan bod komt op voorwaarde dat de hulppersoon of enige andere verweerder ook onrechtmatig heeft gehandeld. Dat is pas het geval als die ook wist of moest verwachten dat andermans belang betrokken was.²³⁰⁷

Aanvankelijk werd het debat over doorwerking in Nederland vooral gelanceerd in het kader van de middellijke vertegenwoordiging. Die discussie heeft dan ook zijn vruchten afgeworpen, aangezien de wetgever uitdrukkelijk stelling heeft ingenomen.²³⁰⁸ Het kader is evenwel breder dan de middellijke vertegenwoordiging en strekt zich uit tot alle samenhangende overeenkomsten, zoals ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad en uit de eerste geschriften van de terzake toonaangevende Cahen blijkt.²³⁰⁹ In de context van aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden bij samenhangende overeenkomsten,²³¹⁰ blijft de contractuele bescherming in buitencontractuele verhoudingen een *hot topic* in de Nederlandse literatuur alsook in de rechtspraak van de Hoge Raad. Ondanks het grote aantal geschriften inzake de doorwerking van contractuele bedingen (*third-party-effect/ external effect of exemption clauses*) of, enger, van contractuele verweermiddelen op de vordering inzake onrechtmatige daad is een toepassingszekere status nog niet bereikt.

A. Algemeen

535. Een Nederlandse typologie van doorwerkingsgevallen heeft lang op zich laten wachten. Aanvankelijk beperkte de rechtsleer zich tot een beschrijving en een al dan niet kritische bespreking van de criteria uit de rechtspraak van de Hoge Raad.

²³⁰⁶ ASSER-HARTKAMP, II, p. 380, nr. 382.

²³⁰⁷ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 70-71, nr. 100.

²³⁰⁸ Cf. *supra*, nr. 351 et seq.

²³⁰⁹ Zoals du Perron en Vranken stelden, gaat het zelfs nog verder dan de context van samenhangende overeenkomsten, maar dit gaat de grenzen van dit proefschrift te buiten.

²³¹⁰ Over de doorwerking buiten die context (nl. zorgplichten in verband met opgewekt vertrouwen), zie C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 316-322, nr. 366-371: beslissend is “*of de derde redelijkerwijs diende te begrijpen dat de partij haar prestatie slechts mede ten behoeve van hem wilde verrichten indien hij zou aanvaarden dat dit beding de gevolgen van een gebrek in die prestatie zou beheersen*” (p. 319, nr. 368).

De typologie die de Franse rechtsleer in het kader van de leer van de contractgroepen heeft uitgewerkt,²³¹¹ heeft zoals in België wel wat aandacht gekregen, maar verdient volgens de huidige Nederlandse rechtsleer geen navolging. Naast de irrelevantie van sommige aldaar gehanteerde onderscheidingscriteria,²³¹² richt de kritiek er zich vooral op dat men met meer omstandigheden rekening moet houden dan louter met de structuur van de relatie tussen samenhangende overeenkomsten.²³¹³

Volgens de typologie van Vranken is een onderscheid tussen gevallen van rechtsopvolging en andere samenhangende overeenkomsten verhelderend, omdat de twee situaties feitelijk van elkaar verschillen, al gaan ze beide in de richting van een doorwerking van het contract van de aangesproken verweerder (de “aangevallene”).²³¹⁴

Met zijn thesis *Overeenkomst en derden* die zich hoofdzakelijk tot het interne Nederlandse recht beperkt, heeft Du Perron zich eveneens aan een dergelijke typologie gewaagd die ook voor rechtsvergelijkende doeleinden haar nut zal bewijzen. Vooral zijn onderscheid tussen zelfstandige en onzelfstandige overeenkomsten is hierbij verhelderend.²³¹⁵ Bij de categorie van de *zelfstandige* overeenkomsten is de oorspronkelijke overeenkomst niet bedacht op de overeenkomst die de wederpartij met een derde over zijn belang sluit. De contractant die in een dergelijk kader ten aanzien van het belang van een derde een dienst verricht, kan zich in sommige omstandigheden op de voorwaarden van zijn eigen overeenkomst beroepen. Hierbij rijst niet de vraag naar een beroep op de voorwaarden uit de andere overeenkomst. De categorie van de *onzelfstandige* overeenkomsten, zoals onderovereenkomsten en overeenkomsten met een voorbereidend karakter, is goed vergelijkbaar met de Belgische categorie van de uitvoeringsagent. Bij die overeenkomsten vertoont de doorwerking van contractuele verweermiddelen een dubbel gelaat: ze kan zowel ten gunste als ten nadele van een derde spelen. In het ene geval verweert de aangesproken verweerder zich met een clause uit de overeenkomst van de aansprekende eiser, in het andere geval met één uit zijn eigen overeenkomst.²³¹⁶

536. Naargelang van welk contract centraal staat, wordt in de Nederlandse literatuur doorgaans het onderscheid tussen twee typen van gevallen gemaakt.

²³¹¹ Cf. *supra*, nr. 466 et seq.

²³¹² J.B.M. VRANKEN, “De derde in het overeenkomstenrecht”, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6.289, p. 736, nr. 28.

²³¹³ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 273, nr. 315.

²³¹⁴ J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6.288 en vooral nr. 6.289, p. 738, nr. 37.

²³¹⁵ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 275-283, nr. 317-325.

²³¹⁶ *Ibid.*, p. 322-323, nr. 373.

Wanneer alleen de overeenkomst van de eiser in het voordeel van de ondergeschikte of zelfstandige tussenpersoon kan doorwerken (maar niet de eigen voorwaarden van de ondergeschikte of zelfstandige tussenpersoon), dan spreekt men van de gevallen van de paardensprong of, met inspiratie uit het maritieme recht, de *Himalaya*-cases. Het gaat om gevallen waarbij de overeenkomst van de aansprekende eiser centraal staat en het betreft derden die aan de zijde van de schuldenaar betrokken zijn. Het betreft dan de spreekwoordelijke “*sigaar uit eigen doos*”²³¹⁷ of het koekje van eigen deeg.

Aan de andere kant zijn er de zgn. *expeditie*gevallen die, zoals uit de voorbeelden blijkt, veel meer omvatten dan die alleen. Bij dit tweede type van gevallen gaat het met name om derden die aan de zijde van de schuldeiser betrokken zijn (zoals de eigenaar aan de zijde van de expediteur of middellijk vertegenwoordiger, of huurder of andere gebruiksgerechtigde). Hier rijst meestal alleen de vraag of het exoneratiebeding uit het contract van de aangesproken verweerder *tegen* de eigenaar doorwerkt.²³¹⁸

537. Al mag du Perron voor zijn onderscheid tussen zelfstandige en onzelfstandige overeenkomsten zijn mosterd deels uit het Belgische recht hebben gehaald, de twee rechtsstelsels hechten aan dit onderscheid niet dezelfde gevolgen. Het Belgische equivalent voor de categorie van onzelfstandige overeenkomsten is de leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent,²³¹⁹ maar de vraag naar indirecte doorwerking van contractuele verweermiddelen rijst terzake in België niet omdat er doorgaans niet eens een rechtstreekse aanspraak voorhanden is. Alleen bij zelfstandige overeenkomsten zou een onrechtstreekse doorwerking van contractuele clausules denkbaar zijn, ware het niet dat het Hof van Cassatie strikt aan het relativiteitsbeginsel vasthoudt en elke vorm van doorwerking op buitencontractueel vlak afwijst.

B. Rechtspraak van de Hoge Raad

538. Aangezien het onderscheid van Du Perron tussen zelfstandige en onzelfstandige overeenkomsten zo goed bij het Belgische onderscheid aansluit, volgt de hierna volgende bespreking van de doorwerking van overeenkomsten hetzelfde stramien. Bij zelfstandige overeenkomsten staan vooral

²³¹⁷ Naar de woorden van J.G.A. LINSSEN, “Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht”, *N.J.B.* 1995, (1265) 1271.

²³¹⁸ Zie het onderscheid van C.J.H. BRUNNER, “Het beroep op contractuele exoneratiebedingen door en tegen derden”, *W.P.N.R.* 1985, nr. 5733, p. 231, nr. 2.

²³¹⁹ Al is die leer wellicht nog enger, afhankelijk van de vraag of de voorbereidende overeenkomsten er al dan niet toebehoren (cf. *supra*, nr. 146 et seq.).

het moffenkitarrest van 25 maart 1966 en het arrest van de gegaste uien van 7 maart 1969 centraal, meteen ook de chronologisch eerste arresten inzake doorwerking. Ter zake van de onzelfstandige overeenkomsten (ondergeschikten en hulppersonen) zijn dit de basisarresten-*Securicor-I* van 12 januari 1979, *Citronas* van 20 juni 1986, *Vojvodina* van 9 juni 1989 en *Curaçao* van 21 januari 2000.

1. Zelfstandige overeenkomsten

539. De Hoge Raad liet de mogelijkheid van doorwerking van contractuele bedingen ten laste van derden voor het eerst open in het zogenaamde moffenkitarrest (ondeugdelijk riooldichtingsmateriaal).²³²⁰ *In casu* had de gemeente Heemskerk aan een aannemer de opdracht gegeven om een riolenstelsel aan te leggen. Afgaande op de reclame van de fabrikant HIM ter zake, had de gemeente aan de aannemer opgelegd om de moffenkit (een product ter afdichting van rioolbuizen) van de fabrikant HIM te gebruiken. Volgens die reclame maakt dit product de riolen (die in Nederland meestal beneden de grondwaterstand liggen) waterdicht, maar naderhand bleek het voor dit doel niet geschikt te zijn en dus ondeugdelijk. De gemeente laat het riolenstelsel herstellen om het waterdicht te krijgen en wil die bijkomende kosten op de fabrikant HIM verhaald zien. Ten aanzien van de vordering van de gemeente tegen de fabrikant van de moffenkit op grond van onrechtmatige daad, rees de vraag of het aansprakelijkheidsbeperkend beding uit de verhouding tussen de aannemer en de fabrikant (de verkoopvoorwaarden beperken de aansprakelijkheid tot het factuurbedrag) doorwerkt naar de buitencontractuele verhouding tussen de fabrikant en de gemeente.

Volgens de Hoge Raad kon de fabrikant zich in casu niet op de doorwerking van het exoneratiebeding uit zijn eigen overeenkomst beroepen, ook al zijn dergelijke bedingen algemeen gebruikelijk en ook al was de gemeente er in casu zelfs van op de hoogte. Toch laat dit arrest voor de eerste keer de mogelijkheid van uitzonderingen op het relativiteitsbeginsel open, aangezien het over de relativiteit van overeenkomsten spreekt als een beginsel dat per definitie ook uitzonderingen inhoudt.²³²¹ In plaats van de zaak eenvoudig weg af te doen door op het relativiteitsbeginsel te steunen, doet de Hoge Raad ter afwijzing van de doorwerking tegen de derde veel-er een beroep op de bijzondere omstandigheden van het geval: “*dat het in art. 1376 B.W. uitgedrukte beginsel dat overeenkomsten alleen van kracht zijn*

²³²⁰ HR 25 maart 1966 (H.I.M./Gemeente Heemskerk), *N.J.* 1966, nr. 279, concl. adv.-gen. M.S. VAN OOSTEN, noot G.J. SCHOLTEN.

²³²¹ G.J. SCHOLTEN, noot onder HR 25 maart 1966, *N.J.* 1966, nr. 279, p. 684, nr. 3 (daarin ook meer over de historische rol van Drion en Cahen terzake).

tussen de handelende partijen, en aan derden niet ten nadele strekken, geen uitzondering lijdt voor het geval dat een aanbesteder, afgaande op de reclame van degene die zeker materiaal in de handel brengt, aan zijn aannemer het gebruik van zodanig materiaal heeft voorgeschreven, terwijl in de verkoopvoorwaarden, waaronder de aannemer dat materiaal van de handelaar heeft betrokken, een beperking van de aansprakelijkheid wegens levering van ondeugdelijk materiaal tot het door de aannemer verschuldigde factuurbedrag is vervat, ook niet wanneer het van algemene bekendheid is, en het de Gemeente destijds bekend was, dat bouwmaterialen onder zodanige beperking van aansprakelijkheid plegen te worden verkocht”.

540. De eerste positieve toepassing van doorwerking van aansprakelijkheidsregelingen op het niveau van de Hoge Raad kwam er met het gegaste uien-arrest.²³²² In casu had Noordermeer, die van de Klerk uien had gekocht, aan die laatste toestemming gegeven om de uien door Roteb, de reinigingsdienst van de Rotterdamse gemeente, te laten gassen om zo de larve van de uienmot te verdelgen. De gemeente had zich tegenover de Klerk evenwel vooraf van mogelijke aansprakelijkheid bevrijd, omdat ze niet wist of naast de larven ook de uien zelf zouden worden vernietigd. Wat te vrezen was, werd ook bewaarheid: door de vergassing zijn de uien effectief waardeloos geworden.

Volgens de Hoge Raad zijn de omstandigheden van het geval dusdanig dat de aanspraak van de eigenaar van de uien tegen de gemeente Rotterdam op de exoneratie stuit: *“dat (de eigenaar) immers blijkens ‘s Hof’s arrest zonder enige beperking of nadere omschrijving aan de Klerk toestemming heeft gegeven haar uien, die in de cellen van de Klerk waren opgeslagen, door de Roteb te laten gassen, daarbij aan de Klerk de vrije hand latende bij het regelen van de opdracht aan de Roteb, en aldus een situatie in het leven heeft geroepen waarin de Gemeente, zo zij alle aansprakelijkheid voor de gevolgen die de gasbehandeling voor de uien zou hebben, heeft uitgesloten, er van heeft kunnen uitgaan dat die aansprakelijkheidsbeperking voor alle in de Klerk’s cellen opgeslagen en aan de Roteb ter behandeling gegeven uien zou gelden”.*

541. Een potentiële moderne toepassing van die theorie zou liggen in het telecommunicatierecht. Bij een certificatie dienstverlener (CA, certification authority) kan een persoon die een elektronisch document met een elektronische handtekening ondertekent, een certificaat (een soort van elektronisch identiteitsbewijs) aanvragen. Op die manier weet de ontvanger van het document welke persoon het document heeft verstuurd. Indien tussen die persoon en een derde op een elektronische wijze één of andere overeenkomst tot stand komt, zal die derde op de juistheid van het certifi-

²³²² HR 7 maart 1969 (Noordermeer/gemeente Rotterdam), *N.J.* 1969, nr. 249, concl. adv.-gen. M.S. VAN OOSTEN, noot G.J. SCHOLTEN.

caat vertrouwen. Welnu, in een overeenkomst met een CA wordt quasi-altijd een exonerationbeding ingelast waardoor de vraag rijst of die clausules ook niet naar de vertrouwende derde toe doorwerkt.²³²³

2. Onzelfstandige overeenkomsten

542. Waar de criteria voor doorwerking bij zelfstandige overeenkomsten al niet in het algemeen te formuleren zijn, is dit nog minder het geval bij onzelfstandige overeenkomsten waar het probleem van doorwerking, zoals aangegeven, in tweevoud rijst. Niet alleen kan de aangesprokene zich onder bepaalde omstandigheden verweren met de voorwaarden uit zijn eigen overeenkomst, maar kan hij zich ook, buiten de gevallen van een derdenbeding of andere contractuele technieken om, op de overeenkomst van de eiser beroepen. Of, om de literaire termen van Van Dunné te gebruiken, de derde kan zowel het haasje als de jager zijn.²³²⁴ De kernvraag is inderdaad of het contract van de aanvaller dan wel van de aangevallene centraal staat.²³²⁵

Volgens de enen zou een werking tegen derden hier in de regel niet denkbaar zijn,²³²⁶ terwijl anderen voorhouden dat in het algemeen de exonerationclausules uit de onderovereenkomst wel tegen de hoofdpdrachtgever doorwerken.²³²⁷ Uit het hierna volgende overzicht van de rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad er zich van onthoudt om een algemene regel te stellen, en elke uitspraak geval per geval, à la common law, nauw op de specifieke omstandigheden toespijdt.

²³²³ S. VAN DER HOF, S. HUYDECOPER, “Zwartepieten met certificatenaanbieders. De risicoverdeling in de Certification Practice Statement van BelSign”, *Computerrecht* 1998, (5) 218-219. Wel is de volgende uitspraak weinig gemotiveerd: “*Degene die gebruik maakt van de service en het certificaat, gaat op deze wijze ook een overeenkomst met de CA aan. Daarmee zouden vragen over toepasselijkheid van voorwaarden weggenomen kunnen worden*”. Zie intussen evenwel de ingreep van de wetgever in art. 14 van de Wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten, *B.S.* 29 september 2001.

²³²⁴ J.M. VAN DUNNE, *Verbintenissenrecht*, II, Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen, 1997, 629.

²³²⁵ J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6288-6289.

²³²⁶ S.C.C.J. KORTMANN, “Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest”, in *Beginselen van vermogensrecht. BW-krant jaarboek 1993*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 145-146, nr. 7.

²³²⁷ Zie R.J.P. KOTTENHAGEN, “Contractuele of delictuele aansprakelijkheid”, *N.T.B.R.* 1995, 140.

In de feiten die tot het vernietigingsarrest van *Securicor I*²³²⁸ hebben geleid, had Makro haar gelden toevertrouwd aan Securicor ter uitvoering van een vervoerovereenkomst tussen de bank van Makro (tussenpersoon Vlaer & Kol) en Securicor. Bij de beroving van een geldtransport kwam evenwel vast te staan dat Securicor haar contractuele verplichtingen niet voldoende was nagekomen.²³²⁹ De overeenkomst tussen de bank en de geldtransporteur, waarbij Makro geen partij was, bevatte evenwel een aansprakelijkheidsbeding.

Volgens de Hoge Raad moet Makro die contractuele aansprakelijkheidsbeperking uit de vervoersvoorwaarden onder de gegeven omstandigheden tegen zich laten gelden. De Hoge Raad komt tot dit besluit op grond van de volgende bijzondere omstandigheden: (1) Securicor maakt haar bedrijf van het vervoeren van geld en geldswaarden voor derden, (2) het geld zou dagelijks bij Makro worden opgehaald, (3) hetgeen ook effectief gebeurde. Wellicht houdt de eerstgenoemde omstandigheid in dat Makro ermee had moeten rekening houden dat professionele vervoerders gewoonlijk een dergelijke aansprakelijkheidsbeperking bedingen en dat Makro niet had mogen stilzitten wanneer zij dit beding niet tegen zich wou laten keren.²³³⁰ Relevante – ten aanzien van de doorwerking – negatieve omstandigheden zijn door de feitenrechter niet vastgesteld: “*Dit (in casu doorwerking) zou slechts anders zijn als de aansprakelijkheidsbeperking van dien aard was dat Makro met het bestaan van een dergelijk beding geen rekening had behoeven te houden of als zij o.g.v. gedragingen van Securicor of van omstandigheden die aan Securicor bekend waren er op mocht vertrouwen dat de betr. aansprakelijkheidsclausule niet tegenover haar zou gelden.*”

Het eerste zinsdeel van de geciteerde overweging rechtvaardigt het feit dat een derde niet met een onredelijk beding hoeft rekening te houden.

543. Nauw verwant met de feitsituatie uit de Belgische stuwadoors-arresten zijn de arresten *Citronas*, *Vojvodina* en *Curaçao*.

In de eerste twee stuwadoorsgevallen deed de stuwadoor een beroep op zijn eigen stuwadoorsvoorwaarden (de zgn. Rotterdamse Stuwadoors Conditie) en meer in het bijzonder op de erin vervatte exoneratieclau-

²³²⁸ HR 12 januari 1979 (Securicor/Schadeverzekering Maatschappij NV), *N.J.* 1979, nr. 362, andersluidende concl. adv.-gen. BERGER en noot A.R. BLOEMBERGEN. De Hoge Raad gaat niet de contractuele weg (middellijke vertegenwoordiging of contracttoetreding) op, zoals gesuggereerd in de middelen.

²³²⁹ Voorbeelden zijn: de auto te ver van de bank geparkeerd, niet de nodige spoed aan de dag gelegd, bij het uitstappen niet voldoende de omgeving in het oog gehouden, de helmen niet opgezet, de defecte sirene niet opgezet, enz.

²³³⁰ A.R. BLOEMBERGEN, noot onder HR 12 januari 1979, *N.J.* 1979, nr. 362, p. 1153, nr. 3, kol. 2. Waarom heeft de Hoge Raad dit dan niet in zoveel woorden zo gesteld (S.C.J.J. KORTMANN, *o.c.*, *T.P.R.* 1986, (827) 845, nr. 25).

sules, maar werd de doorwerking ten voordele van de stuwadoor en ten nadele van de ladingeigenaar/ladingbelanghebbende niet aanvaard.²³³¹ In het *Citronas*-arrest was er op de terreinen van de stuwadoor een wilde staking aan de hand. Wanneer de belanghebbende Citronas de toestemming vroeg om ondanks de wilde staking de terreinen van de stuwadoor te betreden om zo haar partij sinaasappelen te doen vervoeren, beging het stuwadoorsbedrijf een fout door niet op dit verzoek in te gaan, al wist het dat die goederen aan bederf onderhevig waren. In het *Vojvodina*-arrest gaf een diefstal van de in afwachting van doorvervoer opgeslagen hammen aanleiding tot het juridisch dispuut.

De volgende algemene overweging van de Hoge Raad in het Citronas-arrest is van principiële aard en wordt doorgaans als een synthese van de vroegere arresten in verband met doorwerking aangezien: *“Daarbij moet onder meer worden gedacht – kort samengevat – aan het op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen van degene die zich op het beding beroept dat hij dit beding zal kunnen invoeren ter zake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen (HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249) en voorts aan de aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept (HR 12 jan. 1979, NJ 1979, 362). Bij beantwoording van de vraag waar de grens ligt zal voorts mede rekening moeten worden gehouden met het stelsel van de wet, in het bijzonder indien de wet aan bepaalde daarin geregelde overeenkomsten binnen zekere grenzen werking jegens derden toekent en het betreffende geval in dit stelsel moet worden ingepast.”*²³³²

De Hoge Raad vindt het terecht dat de lagere rechter in casu het louter bedrijfsmatig handelen van de stuwadoor op zich niet voldoende acht om het beding tegen derden te kunnen laten gelden, evenmin als het bedrijfsmatig handelen van de eiser en de algemene bekendheid in de kring waartoe de derde behoort dat die bedingen gewoonlijk worden ingevoegd. Ook de omstandigheid dat Citronas bij de vervoerovereenkomst betrokken was (doordat zij uitlevering van de goederen kon eisen), geeft aan de stuwadoor nog niet het nodige vertrouwen dat diens voorwaarden ook tegenover Citronas zouden gelden.

Op zich betekent die motivering evenwel nog niet dat een stuwadoor in geen enkel geval op zijn eigen clausules een beroep zou kunnen doen; de uitspraak van de feitenrechter geeft alleen *“niet blijkt van een onjuiste*

²³³¹ HR 20 juni 1986 (Deka-Hanno Stuwadoorsbedrijf/Citronas), *N.J.* 1987, nr. 35, conclusie adv.-gen. J.K. FRANX, noot W.C.L. VAN DER GRINTEN (Khaly Freezer – eerste stuwadoorsarrest); HR 9 juni 1989 (Vojvodina/ECT), *N.J.* 1990, nr. 40, concl. adv.-gen. J.K. FRANX, noot J.L.P. CAHEN (tweede stuwadoorsarrest). Zie commentaar van R.E. JAPIKSE, “Derdenwerking en Zeerecht”, in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 339-354.

²³³² HR 20 juni 1986 (Deka-Hanno Stuwadoorsbedrijf/Citronas), *N.J.* 1987, nr. 35, concl. adv.-gen. J.K. FRANX, noot W.C.L. VAN DER GRINTEN, p. 153, overweging 3.4. Voor een toepassing van die criteria J.L.P. CAHEN, noot onder HR 9 juni 1989, *N.J.* 1990, nr. 40, p. 169.

rechtsopvatting en kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder worden getoetst.”

Toch stelt de Hoge Raad in een onmiddellijk daarop volgende overweging dat een beroep door de stuwadoor op zijn eigen clausules in strijd zou zijn met het stelsel van de wet. Dit wettelijk stelsel (van vóór het N.N.B.W.) voorziet immers alleen in een zekere derdenwerking van vervoerovereenkomsten ter bescherming van ondergeschikten maar niet van zelfstandige opdrachtnemers. Terecht wordt die overweging evenwel bekritiseerd in de mate dat het stelsel van de wet een andere hypothese op het oog heeft: de ondergeschikte kan een beroep doen op de voorwaarden uit het hoofdcontract van de eiser, terwijl het hier gaat om doorwerking van de eigen contractvoorwaarden van de stuwadoor.²³³³ Het is inderdaad een andere vraag of een stuwadoor zich kan beroepen op de *Himalaya*-clausules uit het vervoercontract.²³³⁴ Een *Himalaya*-clausule is een exoneratiebeding ten voordele van ondergeschikte of zelfstandige hulppersonen in het vervoerrecht, gebaseerd, in Engeland, op de vertegenwoordiging of, in Nederland, op het derdenbeding.²³³⁵

544. De Hoge Raad kan geen vaste lijn trekken omdat de concrete omstandigheden van het geval precies beslissend zijn.²³³⁶ Door erop te wijzen dat eventuele doorwerking op het stelsel van de wet moet aansluiten, probeert de Hoge Raad toch ietwat te verdoezelen dat hij hier aan “*judicial activism*” doet en moet doen.²³³⁷ Uiteindelijk koos de Hoge Raad in het Citronas-arrest wel voor een aanknopings bij de wettelijke regeling van het vervoersrecht, maar het is evengoed te verdedigen dat in bepaalde omstandigheden een aanknopings aan het recht inzake bewaarneming (art. 7:608) meer gepast lijkt.²³³⁸ Met name Haak en Zwitser verdedigen dat de doorwerkingsregeling inzake bewaarnemingovereenkomsten op een analogische wijze

²³³³ S.C.J.J. KORTMANN, *o.c.*, *T.P.R.* 1986, 855; W.C.L. VAN DER GRINTEN, “Derdenwerking van aansprakelijkheidsbedingen” (noot onder HR 20 juni 1986), *N.J.* 1987, nr. 35, p. 167, kol. 1.

²³³⁴ Een vervoercontract is niet alleen bindend voor de oorspronkelijke contractpartijen – zijnde de vervoerder en de afzender – maar ook voor hen die na presentatie van het cognossement tot de vervoerovereenkomst toetreden.

²³³⁵ Cf. *infra*, nr. 552 et seq.

²³³⁶ S.C.J.J. KORTMANN, *o.c.*, *T.P.R.* 1986, 855.

²³³⁷ Zie over de problematiek van het beleid van de rechter in Nederland, MARTENS, “Rede van de President van de Hoge Raad bij zijn afscheid: De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter” (website-Hoge Raad-Actualiteit 30-03-2000).

²³³⁸ ASSER-HARTKAMP, II, p. 385, nr. 386a.

op andere gevallen zoals de stuwadoorsgevallen zou moeten worden toegepast.²³³⁹

545. De voorlopig laatste stap zette de Hoge Raad in zijn Antilliaanse Curaçao-arrest (ook *Sungreen*-arrest genoemd) van 21 januari 2000.²³⁴⁰ Opnieuw betrof het een stuwadoorsgeval, maar in tegenstelling tot de twee andere zaken had de feitenrechter *in casu* geoordeeld dat de exoneratie-clausule uit de algemene voorwaarden van de stuwadoor uit zijn overeenkomst met de vervoerder wel moet doorwerken in de relatie tussen de stuwadoor en de ladingbelanghebbende.

De Hoge Raad die de grieven verwerpt, wijst vooral op de nauwe verwevenheid van de doorwerkingsproblematiek met de feiten van een geval en op de eruit voortvloeiende beperkte toetsingsmogelijkheden door de Hoge Raad. Opvallend is vooral de precisering dat de drie genoemde criteria (de vrije hand geven, het gewekt vertrouwen en het wettelijk stelsel) niet cumulatief vervuld moeten zijn opdat van doorwerking sprake zou zijn.²³⁴¹ Wat het wettelijke stelsel betreft, hoeven aan die drie criteria geen zwaardere eisen te worden gesteld als het stelsel geen bescherming biedt; er wordt enkel verwacht dat het stelsel niet verkeerd wordt uitgelegd.²³⁴²

C. Grondslag? Redelijkheid en billijkheid

546. Tegenover de Nederlandse rechtspraak waarin de doorwerking van exoneratiebedingen ten laste van derden vaststaat, blijft een Belgisch en menig ander jurist buiten de Nederlandse rechtskring staan met de vraag hoe die rechtspraak dan wel met het relativiteitsbeginsel verzoenbaar is.²³⁴³

Het is dan ook niet zo verwonderlijk dat een aantal Nederlandse auteurs de doorwerking van contractuele clausules tegen derden als een vals probleem probeerden voor te stellen, omdat de zogenaamde derde bij nader toezien eerder een contractpartij zou zijn.²³⁴⁴ Eén van de vertegenwoor-

²³³⁹ K.F. HAAK, R. ZWITSER, *Opdracht aan hulppersonen*, 236-245. Zie de opmerking terzake van J.B.M. VRANKEN, "Doorwerking exoneratiebeding ten nadele van een derde" (noot onder HR 21 januari 2000), *N.J.* 2000, nr. 553.

²³⁴⁰ HR 21 januari 2000 (ODS/Curaçao), *N.J.* 2000, nr. 553, concl. adv.-gen. STRIKWERDA, noot J.B.M. VRANKEN (door verkeerde vervoerwijze beschadigde buizen – derde stuwadoorsarrest). Voor een eerste commentaar: K.F. HAAK, "Doorwerking exoneratie-clausules ten nadele van derde: Citronas- en ECT-leer revisited? Toepassing concordantie-beginsel" (noot onder HR 21 januari 2000), *N.T.B.R.* 2000, 241-244.

²³⁴¹ J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, *N.J.* 2000, nr. 553.

²³⁴² *Ibid.*, nr. 553, nr. 5.

²³⁴³ Een helder en bijzonder prozaïsch overzicht in M. VAN DUNNE, *Verbindenissenrecht*, II, 1997, 628-633. Zie voor een ouder overzicht E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 201-203, nr. 272-273.

²³⁴⁴ E. DU PERRON, *o.c.*, *A.A.* 1991, p. 850, nr. 2.2, kol. 2.

digers van die strekking is Kortmann die de doorwerking aan de hand van de contractuele constructie van de (partiële, al dan niet middellijke) vertegenwoordiging verantwoordt.²³⁴⁵ Die visie stuit niet alleen op het fictieve karakter van de vertegenwoordiging, maar verklaart evenmin wanneer de tussenschakel de opdrachtgever vertegenwoordigt en wanneer niet.²³⁴⁶

Drion vertegenwoordigt de strekking volgens welke de bezitsbescherming van derden-verkrijgers te goeder trouw ex art. 3:86 N.N.B.W. (vergelijkbaar met het Belgische art. 2279 B.W.) van de goederenrechtelijke naar de verbintenisrechtelijke sfeer wordt uitgebreid: wanneer een houder van een zaak (zoals een huurder en een vruchtgebruiker) die zaak aan een derde toevertrouwt, dan is de overeenkomst die de houder met een derde sluit en de daarbij afgesproken aansprakelijkheidsbeperking, ook aan de rechthebbende van de zaak tegenwerpelijk.²³⁴⁷

Aubel plaatst de doorwerking dan weer in het perspectief van de onrechtmatigheid van een gedraging en dat dit onrechtmatig karakter door toestemming of risicoaanvaarding wordt weggenomen.²³⁴⁸

Die doorwerking die een kortsluiting in de contractuele verhoudingen probeert te voorkomen, kan ten slotte ook door het vertrouwensbeginsel worden gerechtvaardigd; ook wanneer de exonerant of vrijtekenaar ervan op de hoogte is dat zijn medecontractant niet de eigenaar is van de zaak, kan doorwerking via het vertrouwens- en toedoenbeginsel gerechtvaardigd zijn.

547. Vandaag de dag lijkt een meerderheid in de rechtsleer als grondslag te opteren voor de redelijkheid en billijkheid, die de rechtsband tussen de aangesproken contractant en de derde moeten beheersen.²³⁴⁹ Nu staat immers vast dat die algemene norm niet alleen speelt in contractuele

²³⁴⁵ S.C.J.J. KORTMANN, *“Derden”-werking van aansprakelijkheidsbedingen*, Deventer, Kluwer, 1977, 190 p. (bekritiseerd in P. VAN SCHILFGAARDE, noot onder HR 12 januari 1979 (Securicor-arrest), *A.A.* 1979, 556-561; idem, recensie “S.C.J.J. Kortmann/”Derden”-werking van aansprakelijkheidsbedingen”, *RM Themis* 1981, 299-302); S.C.J.J. KORTMANN, *o.c.*, *T.P.R.* 1986, 827-855. Brunner ziet de lastgeving in het algemeen als één van de grondslagen voor doorwerking, los van de vraag of de lasthebber in eigen naam dan wel in andermans naam handelde omdat het contract uiteindelijk ten goede van de lastgever komt (C.J.H. BRUNNER, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1985, nr. 5734, p. 245). Zie recent nog H.L.E. VERHAGEN, *Agency*, 59-60.

²³⁴⁶ F.B. BAKELS, *o.c.*, *RM Themis* 1996, (42) 48, kol. 2. Zie de repliek van S.C.J.J. KORTMANN, *o.c.*, *T.P.R.* 1986, 846-851, nr. 27-32.

²³⁴⁷ Zie de bespreking van C.P. AUBEL, *En passant de tweede hand. Over beperking van aansprakelijkheid tegenover derden*, Deventer, Kluwer, 1972, 38.

²³⁴⁸ *Ibid.*, 75 p.

²³⁴⁹ ASSER-HARTKAMP, II, p. 383, nr. 386; J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, 18; M.W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 277-278.

verhoudingen tussen contractanten onderling, maar evenzeer in buitencontractuele verhoudingen tussen een contractant en een derde.²³⁵⁰

Die visie sluit aan bij de steeds toenemende tendens de aandacht niet meer te richten op de vraag of de oorsprong van de doorwerking nu al dan niet in een contractuele verhouding ligt. Er wordt m.a.w. gepoogd om de doorwerkingsvraag los te koppelen van de oorsprong van de normen. Zo mijdt Bakels zoveel mogelijk de abstracte vraag of er al dan niet een contract voorhanden is omdat de contractuele en buitencontractuele normen toch naar elkaar toe groeien, maar richt hij zijn aandacht veeleer op “*de wijze waarop en de mate waarin de belangen van partijen met elkaar zijn verstrengeld*”.²³⁵¹ Voor beide normen zouden toch dezelfde toerekeningsfactoren gelden.²³⁵¹ In dezelfde zin stelt Du Perron: “*De dogmatische vraag of iemand hetzij partij is bij een overeenkomst, hetzij enkel partij bij een of meer verbintenissen uit die overeenkomst, hetzij slechts contractueel betrokken derde, blijkt aldus in veel gevallen niet van belang voor de wijze waarop men de betrokken rechtsverhouding moet afwikkelen.*”²³⁵² Dezelfde idee is trouwens al verschillende keren naar voren gekomen.²³⁵³ Ook al kan eenzelfde (grens)geval hetzij onder contractenregels, hetzij onder het leerstuk van de onrechtmatige daad worden opgelost, toch blijft het onderscheid tussen de bronnen van verbintenissen essentieel vanuit het oogpunt van de legitimatie van een rechterlijke uitspraak. Of voor een bepaald geval de ene dan wel de andere paraplu wordt geopend, is niet zo belangrijk, maar wel *waarom* die bepaalde paraplu wordt geopend (en die redenen kunnen bij beide bronnen gedeeltelijk samenvallen).

D. Concretisering

548. In een volgende stap vergt de open norm van de redelijkheid en billijkheid een nadere invulling aan de hand van relevante (positieve en negatieve) omstandigheden, al blijft het onzeker welke factoren nu precies als richtsnoeren voor de derdenwerking van contractuele bedingen kunnen gelden.

Nederlandse commentatoren stellen telkens opnieuw vast dat de factoren die door de Hoge Raad of de lagere rechters worden gehanteerd,

²³⁵⁰ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 84, nr. 95.

²³⁵¹ F.B. BAKELS, *o.c.*, *RM Themis* 1996, 43, kol. 2.

²³⁵² C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 98, nr. 113 (hij vergelijkt zijn visie ook uitdrukkelijk met BAKELS, *o.c.*, *RM Themis* 1996, p. 97, nr. 111, wat niet betekent dat hij zich volledig van het onderscheid tussen contract en onrechtmatige daad distantieert (cf. *supra*, nr. 52)).

²³⁵³ Vgl. *supra*, nr. 69.

uitblinken door hun rechtsonzekerheid.²³⁵⁴ Om die reden noemde de Groningse hoogleraar Brunner het doorwerkingvraagstuk zelfs een *lawyer's paradise*.²³⁵⁵ Met de volgende bewoordingen lijkt de moed van Cahen²³⁵⁶ in zijn zoektocht naar richtsnoeren wel in zijn schoenen te zakken: “*C aan een exoneratieclausule binden, op de inhoud waarvan hij geen enkele invloed kon uitoefenen, is dus lang niet altijd gewenst. Hem zonder voorbehoud het recht geven van de overeenkomst A-B afstand te nemen evenmin. Voor dit dilemma bestaat geen algemene regel waar wij op terug kunnen vallen. Er zal per geval over de doorwerking moeten worden beslist.*”

Er wordt dan ook niet langer naar een algemene regel gezocht, omdat veeleer van geval tot geval is te oordelen.²³⁵⁷ Volgens Bakels is de onzekerheid “*de prijs die moet worden betaald voor een meer verfijnd en genuanceerd rechtssysteem, waaraan niet afdoet dat de Hoge Raad en de wetgever oog dienen te houden voor het belang van de rechtszekerheid. Daarom is het inderdaad gewenst dat, waar mogelijk, deelregels worden geformuleerd. Zulke deelregels zijn bijvoorbeeld dat een aansprakelijkheidsbeding, overeengekomen tussen een contractant en een door hem op eigen initiatief ingeschakelde hulppersoon, behoudens bijzondere omstandigheden niet doorwerkt tegen de wederpartij van bedoelde contractant en, omgekeerd, dat een door een lasthebber binnen de grenzen van zijn opdracht aanvaard beding de lastgever (wel) bindt. Naar het zich laat aanzien zijn zij in de literatuur al geaccepteerd.*”²³⁵⁸

549. Er is een opvallende opsplitsing in het doctrinale gedachtegoed. Voor sommigen zoals Cahen, Schoordijk en Van Schilfgaard is de betrokkenheid van de derde of het zogenaamde economische moment essentieel. Anderen zoals Bakels en Bloembergen leggen de nadruk op het vertrouwen in de gelding en doorwerking van het beding.

²³⁵⁴ Zie onder meer A.R. BLOEMBERGEN, *o.c.*, *N.J.* 1979, nr. 362, p. 1153-1154; R.E. JAPIKSE, *o.c.*, in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 339-354; S.C.J.J. KORTMANN, *o.c.*, *T.P.R.* 1986, (827) 844, nr. 24.

²³⁵⁵ C.J.H. BRUNNER, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1985, nr. 5733, p. 232, nr. 3.

²³⁵⁶ Cahen ligt aan de oorsprong van de theorie van contractueel betrokken derden, dit zijn “*derden die in een bijzondere betrekking tot de overeenkomst staan, omdat voor hun schade een contractuele voorziening bestaat*” (J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, 17); “*contractueel betrokken derde is iemand zelden bij toeval. Kortom, zijn aanwezigheid berust gewoonlijk op aanvaarding. Maar dan wel aanvaarding in deze uitgerekte betekenis, dat allen met de mogelijkheid rekening hielden of tenminste behoorden te houden. Dat scheidt tussen hen een rechtsband, geen contractuele band, maar wel een die door redelijkheid en billijkheid wordt beheerst (...) Het kan echter voorkomen dat iemand onvoorbereid in die positie komt te verkeren. Die berust dan niet op aanvaarding vooraf. Wanneer de zaken zich nochtans zo hebben toegedragen dat hij voor die positie medeverantwoordelijk is, zie ik geen reden hem anders te behandelen dan de “gewone” contractueel betrokken derde*” (J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, 18).

²³⁵⁷ J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, 17.

²³⁵⁸ F. B. BAKELS, *o.c.*, *RM Themis* 1996, 55.

Voor Brunner is een doorwerking van de eigen voorwaarden van een hulppersoon (bijvoorbeeld uit een onderaanneming) tegen de hoofdpdrachtgever (bijvoorbeeld een bouwheer) dan weer niet mogelijk: de bouwheer heeft met dit contract niets te maken, tenzij evenwel de hoofdpdrachtgever de hoofdschuldenaar heeft verplicht om met een welbepaalde onderaannemer of leverancier een contract te sluiten.²³⁵⁹ De doorwerking zou dan ook niet ten aanzien van de “hulppersoon” spelen.²³⁶⁰

Du Perron acht een doorwerking van contractuele clausules naar een derde toe mogelijk, naarmate de band met de uitvoering van de overeenkomst sterker is of, misschien wel, als de band juridisch van aard is. Meteen relateert hij die stellingname door die positie niet zo vlug aan te nemen zowel ten aanzien van exoneratiebedingen als bij de aansprakelijkheid van hulppersonen.²³⁶¹

Het criterium is niet de instemming van de derde met de contractuele regeling, maar wel de “*mate waarin het recht het belang van de derde bij de correcte uitvoering van de overeenkomst (...) beperkt.*”²³⁶² Uit de benadering van Du Perron onthouden we vooral dat de derdenwerking zeer flexibel is en verschilt naargelang van het type doorwerking dat men wil bereiken en van de wijze waarop in de overeenkomst met de derdenbelangen wordt rekening gehouden.²³⁶³

550. Algemeen wordt aangenomen dat de Hoge Raad eigenlijk drie doorwerkingscriteria of “*factoren van gewicht voor de al dan niet gebondenheid van derden aan exoneratieclausules*” hanteert.²³⁶⁴

Centraal staat het vertrouwens- of toedoenbeginsel dat toch wel de basis vormt voor de doorwerking van exoneratieclausules naar derden toe.²³⁶⁵

Daarnaast hecht de Hoge Raad expliciet belang aan de bijzondere relatie tussen de derde en de aangesprokene en de aard van de overeenkomst en het beding in kwestie. Een relatie kan bijzonder zijn als de derde rechtstreeks bij de uitvoering van de overeenkomst betrokken was of vanwege de achterliggende rechtsverhouding tussen de derde en de weder-

²³⁵⁹ C.J.H. BRUNNER, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1985, nr. 5.734, p. 247-248, nr. 7: een uitzondering op de uitzondering geldt alweer “*indien onzorgvuldig gedrag van de onderaannemer of leverancier grond was om de aannemer op te dragen met hem te contracteren.*”

²³⁶⁰ F. B. BAKELS, *o.c.*, *RM Themis* 1996, p. 54, kol. 1; ASSER-VAN DER GRINTEN, p. 107-108, nr. 118 (exoneratie uit hoofdovereenkomst zou moeten doorwerken).

²³⁶¹ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 65, nr. 90.

²³⁶² *Ibid.*, p. 64, nr. 89.

²³⁶³ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 93-94, nr. 106 (essentie van zijn verhaal).

²³⁶⁴ J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, 22.

²³⁶⁵ *Ibid.*, 21.

partij van de aangesprokene.²³⁶⁶ Ten slotte moet de doorwerking ook in het zogenaamde stelsel van de wet passen.

Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt aldus dat de doorwerking van contractuele clausules naar derden toe niet alleen aan de hand van het vertrouwensbeginsel kan worden verklaard, maar dat er bijkomende criteria of factoren voorhanden zijn.²³⁶⁷ Bij de voorstelling van het Nederlandse recht in een rechtsvergelijkend perspectief gaat het dus niet op om het vertrouwensbeginsel als enige factor van doorwerking over te houden, wat de leer van de doorwerking te fel zou verschrallen.

In ieder geval is de zoektocht naar de criteria nog niet definitief afgesloten. Zo benadrukt Bakels het belang van de “concrete gevalsvergelijking” en voegt er in voetnoot aan toe: “Verder past daarin het stellen van hoge(re) eisen aan de motiveringsplicht van de rechter, waarop de Hoge Raad zijn greep heeft versterkt door op onderdelen een verschuiving van de grens tussen recht en feit tot stand te brengen, mede met behulp van de techniek van enuntiatieve “lijsten” van in de motivering te betrekken gezichtspunten.”²³⁶⁸

E. Wettelijke regelingen

551. Het N.N.B.W. bevat een aantal bepalingen die de doorwerking bij specifieke overeenkomsten of voor bijzondere categorieën voortaan uitdrukkelijk regelen, al zijn de auteurs – en met het Curaçao-arrest nu ook de Hoge Raad – het erover eens dat ze voor verdere ontwikkelingen in de rechtspraak geen rem mogen betekenen.²³⁶⁹

De meest algemene wetsbepaling is het dwingendrechtelijke²³⁷⁰ art. 6:257 N.N.B.W. In tegenstelling tot het Belgische recht,²³⁷¹ beschikt een werknemer niet over een quasi-absolute immuniteit,²³⁷² maar een ondergeschikte kan zich wel beroepen op de exoneratiebedingen uit de hoofdovereenkomst en andere eruit voortvloeiende (contractuele of wettelijke) verweermiddelen, ook al is hij bij die overeenkomst zelf geen partij.²³⁷³ Dit wordt veelal de regeling van de “paardesprong”²³⁷⁴ genoemd. Die regeling

²³⁶⁶ J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, 21-22.

²³⁶⁷ Zie ook C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 99, nr. 114.

²³⁶⁸ F. B. BAKELS, o.c., *RM Themis* 1996, 44, voetnoot 15.

²³⁶⁹ Zie o.m. J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, 18.

²³⁷⁰ Art. 6:250 N.N.B.W.

²³⁷¹ Sinds de invoering van art. 18 WAO.

²³⁷² Nochtans werd daarvoor wel gepleit door C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 344, nr. 400.

²³⁷³ In het oude recht bestond die regeling niet en werd op het stilzwijgend derdenbeding een beroep gedaan.

²³⁷⁴ ASSER-HARTKAMP, II, p. 426, nr. 435; M. VAN DUNNE, *Verbintenissenrecht*, p. 629; bij de paardesprong “uit het schaakspel, probeert een speler niet zijn tegenpartij te slaan, in een rechtstreekse aanval, maar vindt er een omtrekkende beweging plaats.”

moet vooral worden gezien in samenhang met het principiële regresrecht dat een werknemer tegen de werkgever kan laten gelden (art. 6:170 derde lid N.N.B.W.). Door de uitoefening van dit regres zou namelijk een rechtstreekse aanspraak tegen de werknemer uiteindelijk tot een verstoring van de hoofdovereenkomst leiden.²³⁷⁵

Versillende auteurs zien voor de rechtspraak toch de mogelijkheid²³⁷⁶ om de toepassing van art. 6:257 N.N.B.W. uit te breiden van de ondergeschikten tot (althans sommige) zelfstandige hulppersonen, zonder dat daarom het dwingendrechtelijk karakter van die bepaling voor die groep wordt overgenomen.²³⁷⁷ De in art. 6:257 N.N.B.W. voorziene doorwerking betreft evenwel niet de voorwaarden van de overeenkomst tussen de hulp-persoon en zijn eigen opdrachtgever, omdat de oorspronkelijke hoofdopdrachtgever daar volledig buiten staat.²³⁷⁸

552. Op het terrein van het zeevervoer is een bepaling van dezelfde strekking als art. 6:257 N.N.B.W. ingevoerd in de zogenaamde Himalaya-regel van art. 8:365 N.N.B.W. Tegen een buitencontractuele aanspraak kan een ondergeschikte van een partij bij een exploitatieovereenkomst (dit is een overeenkomst van bevrachting van vervoermiddel of van vervoer van personen of zaken ermee)²³⁷⁹ de verweermiddelen uit die overeenkomst inroepen, “*als ware hijzelf bij de overeenkomst partij*”. Hetzelfde geldt voor de ondergeschikten van een expediteur.²³⁸⁰

Die bescherming beperkt zich niet tot een ondergeschikte, maar strekt zich uit tot een niet-ondergeschikte die partij is bij exploitatieovereenkomsten.²³⁸¹

553. Nog in het zeevervoerrecht genieten de expediteur en de vervoerder van een wettelijke derdenbescherming (art. 8:70-72 respectievelijk art. 8:362-364 N.N.B.W.). Zo kunnen beide zich tegen een buitencontract-

²³⁷⁵ R. ZWITSER, “Bescherming van de stuwadoordoor door Himalaya-clausules”, *N.T.B.R.* 1998, (53) 55, kol. 2.

²³⁷⁶ ASSER-HARTKAMP, II, p. 426-427, nr. 435.

²³⁷⁷ C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 73-74, nr. 103; J.G.A. LINSSEN, *o.c. N.J.B.* 1995, 1272. Zie ook C.J.H. BRUNNER, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1985, nr. 5.734, p. 247, nr. 6; ASSER-VAN DER GRINTEN, p. 107, nr. 118 (de aan die opvatting tegengestelde ministeriële verklaring bij de parlementaire voorbereiding zou daarbij niet relevant zijn omdat de minister een voorbeeld aanhaalde van een exoneratiebeding waarop ook een contractant zelf zich niet zou kunnen beroepen, nl. wanneer de uitvoerder “*een geheel onbekwame werknemer stuurt die grote schade veroorzaakt*”, p. 108, nr. 188).

²³⁷⁸ C.J.H. BRUNNER, “Het beroep op contractuele exoneratiebedingen door en tegen derden”, *W.P.N.R.* 1985, nr. 5734, p. 247, nr. 7.

²³⁷⁹ Zoals gedefinieerd in art. 8:361 N.N.B.W.

²³⁸⁰ Art. 8:72 N.N.B.W.

²³⁸¹ ASSER-HARTKAMP, II, p. 426, nr. 435.

tuele vordering van een derde verweren met behulp van de bedingen uit de met hun opdrachtgever gesloten overeenkomst, voor wat de expediteur betreft, wanneer de overeenkomst niet naar behoren of laattijdig werd uitgevoerd, en voor wat de vervoerder betreft, wanneer hij terzake van dood of letsel van een persoon of terzake van beschadiging van een zaak wordt aangesproken. Het toepassingsgebied van die bepalingen is evenwel beperkt: zo kan een stuwadoor zich niet op zijn eigen condities beroepen omdat hij geen vervoerder is.²³⁸²

554. Inzake bewaarneming zijn evenzeer specifieke bepalingen inzake derdenbescherming ingevoerd.²³⁸³ Volgens art. 7:608 eerste lid N.N.B.W. is een onderbewaarnemer voor met betrekking tot de zaak geleden schade tegenover de hoofdbewaargever rechtstreeks op buitencontractuele grondslag aansprakelijk, maar kan hij zich wel beroepen op de beperkingen van de hoofdbewaargevingsovereenkomst.²³⁸⁴

Die bepaling wordt tevens aangegrepen om de niet-toepasselijkheid van art. 6:257 N.N.B.W. op niet-ondergeschikten te omzeilen. Zodra feitelijk houderschap over een bepaald goed overgaat of bepaalde taken van bewaarneming worden overgedragen, ligt een analogische bepaling voor de hand.²³⁸⁵ Op die manier zou een onderbewaarnemer bij tegengestelde clausules in de hoofd- en de onderbewaarneming een dubbele kans hebben, in de zin dat hij zich kan beroepen op de voor hem meest voordelige regeling.²³⁸⁶

F. Nog verdergaande rechtsleer

555. Voor de ogen van een Belgisch jurist is de doorwerking van contractuele clausules tegen derden niet vanzelfsprekend. Het oogt dan ook nog eigenaardiger wanneer verschillende auteurs voor een verdergaande doorwerking pleiten dan wat de Hoge Raad aanvaardt.

Zo vindt voormalig advocaat-generaal bij de Hoge Raad en Tilburgs hoogleraar Vranken de benadering van de Hoge Raad nog te restrictief

²³⁸² K.F. HAAK, "De door paardesprongen bedreigde stuwadoor", in *Haven en Handel*, Deventer, Kluwer, 1992, (37) 40.

²³⁸³ Voor een extensieve interpretatie van bewaarneming: R. ZWITSER, "Een mooi vonnis over derdenwerking", *N.T.B.R.* 1997, 115-119.

²³⁸⁴ Zoals art. 8:364 N.N.B.W., gaan art. 7:608 tweede en derde lid N.N.B.W. zelfs nog een stap verder aangezien een onderbewaarnemer (lid 3), zoals een hoofdbewaarnemer (lid 2), zich ook tegen een aanspraak van een buitenstaander kan beroepen op de beperkingen uit de hoofdbewaarnemingsovereenkomst (zie hierover J.G.A. LINSSEN, *o.c.*, *N.J.B.* 1995, p. 1272, kol. 2).

²³⁸⁵ J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, 56.

²³⁸⁶ *Ibid.*, 56-57.

en pleit hij voor een juridische vertaling voor de feitelijke samenhang tussen overeenkomsten, althans in verticale verhoudingen (d.w.z. groepen van overeenkomsten die alle op dezelfde prestatie betrekking hebben). Zijn uitgangspunt is met name “*dat het contract van de aangevallene beslissend is.*”²³⁸⁷ Doorwerking moet niet alleen onder zeer bijzondere omstandigheden mogelijk zijn (zoals uit de huidige rechtspraak voortvloeit). Aangezien een extra-aanspraak van een derde tegenover een contractant in samenhangende overeenkomsten ook een keerzijde heeft vanuit het oogpunt van het contractuele evenwicht en de risico-inschatting van de aangesproken contractant, werken contractbedingen dan ook door ten nadele van de derde, voorzover die bedingen de toets van de redelijkheid en billijkheid en de algemene regelen inzake algemene voorwaarden kunnen doorstaan.²³⁸⁸ In die lijn is hij geen voorstander van de Franse rechtspraak volgens welke bedingen uit de hoofdovereenkomst (met toepassing van de accessoriumtheorie) *altijd* tegenwerpelijk zijn aan de derde, “*ook als hij dit had kunnen afweten indien hij rechtstreeks met A had gecontracteerd.*”²³⁸⁹ Vranken is zelfs van mening dat regelen van aanvullend recht die op de overeenkomst van de aangevallene van toepassing zijn, ook in de gegeven omstandigheden moeten kunnen doorwerken, zoals bijvoorbeeld de minder verregaande aansprakelijkheid van een bruikleengever (art. 7A:1790 N.N.B.W.).²³⁹⁰

In zijn thesis pleit ook Du Perron voor een grotere mate van doorwerking dan wat de Hoge Raad nu lijkt voor te staan. Zijn systeem is gebaseerd op het onderscheid tussen autonome en heteronome normen. In het eerste geval is de doorwerking volledig, in het tweede geval “*slechts indien de heteronome norm inhoudelijk zozeer met de autonome norm is verweven dat dit doorwerking van het contractuele regime rechtvaardigt.*” Vranken acht dit onderscheid terecht te vaag en te beperkt.²³⁹¹

G. Onderscheid naargelang soort clausules?

556. Waar de doorwerking volgens de bewoordingen van de Hoge Raad in het *Securicor* Arrest nog alleen op aansprakelijkheidsbedingen betrekking had, hanteerde de Hoge Raad in zijn latere doorwerkingsarresten een ruimer concept, met name de contractuele bedingen in het algemeen. Op

²³⁸⁷ J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, W.P.N.R. 1997, nr. 6.289, p. 739, nr. 41.

²³⁸⁸ *Ibid.*, p. 738-739, nr. 38.

²³⁸⁹ *Ibid.*, nr. 6.289, p. 737, nr. 32.

²³⁹⁰ *Ibid.*, nr. 6.289, p. 739, nr. 39.

²³⁹¹ *Ibid.*, nr. 6.289, p. 737-738, nr. 34. Voor een repliek op die kritiek zie C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 269-270, nr. 309.

zich doen de huidige woorden van de Hoge Raad dan ook vermoeden dat de doorwerking verder kan reiken dan alleen maar exoneratieclausules.

Eenzijds betekent dit dat niet alleen exoneratieclausules, maar ook arbitrage- en bevoegdheidsbedingen voor eventuele doorwerking in aanmerking kunnen komen.²³⁹² Dit wil nog niet zeggen dat de doorwerking op gelijke wijze geschiedt. De mate van doorwerking is onder andere afhankelijk van de aard van het contractuele beding. Zo is een exoneratiebeding volgens Du Perron veel sneller vatbaar voor doorwerking dan bijvoorbeeld een arbitrage- of een forumclausule.²³⁹³

Anderzijds zou uit het brede begrip “contractuele bedingen” voortvloeien dat doorwerking niet alleen bij wijze van verweer kan plaatsvinden, zoals ten aanzien van exoneratiebedingen en andere aansprakelijkheidsbeperkingen of arbitrage- en forumclausules, maar ook als grondslag van een aanspraak ten aanzien van bedingen die het uitvoeren van een vorderingsrecht precies mogelijk maken. Het gaat daarbij telkens om bedingen van een contractant die werken ten nadele van een derde, in het eerste geval belemmert het beding een vordering van een derde tegen een contractant (een defensief beroep op contractuele bedingen), in het tweede geval maakt het een vordering van een contractant tegen een derde mogelijk (een offensief beroep op contractuele bedingen).

557. Is het hek hiermee van de dam? Die brede visie op doorwerking wordt doorgaans als zijnde té breed bekritiseerd, wat ook blijkt uit bepaalde rechtspraak. Bij onderhuur, onderaanneming, onderbewaarneming, opeenvolgende overeenkomsten van koop-verkoop of vervoer is het uitgangspunt nog steeds een strikte scheiding van twee afzonderlijke overeenkomsten.²³⁹⁴

Zo had huurder Wibra van verhuurder Dijkers jegens wie hij een koopoptie (de hoofdoptie) had bedongen, de toestemming bekomen om het goed onder dezelfde voorwaarden, dus met inbegrip van een koopoptie (de onderoptie) aan van Schagen in onderhuur te geven. Weliswaar is het niet ondenkbaar dat de onderhuurder in bepaalde omstandigheden te zijnen gunste op de hoofdoptie een beroep zou kunnen doen, maar hij beperkt er zich in casu toe om de onderoptie tegen de verhuurder in te roepen zodat de vraag naar derdenwerking van de hoofdoptie niet eens ter sprake kwam. De Hoge Raad wijst de derdenwerking van de onderoptie tegen de verhuurder af: een toestemming tot onderhuur, zij het zonder voorbehoud en onder dezelfde voorwaarden als de hoofdhuur, staat nog niet gelijk met een huurovername of een subrogatie. Waar de Hoge Raad

²³⁹² Voor verdergaande beschouwingen over de lagere rechtspraak terzake: R.E. JAPIKSE, *o.c.*, in *Liber Amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 339-354.

²³⁹³ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 371-373, nr. 429.

²³⁹⁴ J.G.A. LINSSEN, *o.c.*, *N.J.B.* 1995, (1265) 1269.

nauwelijks ingaat op de omstandigheden die een eventuele doorwerking zouden kunnen rechtvaardigen, is dit niet het geval in de conclusie van de advocaat-generaal Franx.²³⁹⁵ Volgens hem zou het ten aanzien van de onderhuurder niet opgaan wel een accessoir recht zoals een koopoptie tegen de derde-hoofdverhuurder te kunnen inroepen en dan weer niet de meest essentiële huurdersbevoegdheid, met name het recht op genot van het gehuurde goed.²³⁹⁶ Daarenboven staft hij zijn stelling aan de hand van een rechtsvergelijkend en met name van Larenz afkomstig argument: “*Rechtsbescherming voor de “verdediger” brengt niet zonder meer mee rechtsbescherming voor de aanvalleur*”. Dat de Hoge Raad doorwerking van een exoneratiebeding aanvaardt, betekent nog niet dat ook doorwerking van een contractuele afspraak tegen derden mogelijk moet zijn.²³⁹⁷

In het recente Moksel-arrest²³⁹⁸ van de Hoge Raad lezen een aantal auteurs dan toch weer dat ook doorwerking in de zin van een offensief beroep van de aanvalleur op één van zijn eigen contractuele bedingen ten nadele van de aangesproken derde mogelijk moet zijn. In dit reeds in een andere context aan bod gekomen²³⁹⁹ arrest had een middellijk vertegenwoordigde (Moksel) aan zijn vertegenwoordiger (ATF) de opdracht gegeven om een grote partij halve varkens te laten bewaren. In de overeenkomst met de middellijke vertegenwoordiger had de derde-medecontractant (KVV) een algemene voorwaarde ingelast volgens welke de bewaarnemer de recht-hebbende op de goederen als bewaargever mocht beschouwen. Bij faillissement van de middellijke vertegenwoordiger voert de derde-medecontractant onder meer aan dat hij zich tegenover de middellijk vertegenwoordigde via de constructie van derdenwerking van contractuele bedingen op de genoemde algemene voorwaarde kan beroepen en daarom betaling van het bewaarloon van hem kan eisen. De Hoge Raad verwierp de doorwerking in dit geval op grond van het stelsel van de wet (via een anticipatieve toepassing van art. 7:421 N.N.B.W.). Volgens het nieuwe wettelijke stelsel mag een derde-medecontractant bij faillissement of niet-nakoming van de middellijke vertegenwoordiger de middellijk vertegenwoordigde weliswaar rechtstreeks aanspreken, maar dit is slechts mogelijk voorzover de opdrachtgever in zijn relatie met zijn vertegenwoordiger niet reeds is nagekomen (slotzin art. 7:421 N.N.B.W.). Bij toepassing van het oude wettelijke stelsel moet de doorwerking *a fortiori* worden afgewezen.

²³⁹⁵ HR 30 juni 1978 (van Schagen/Dickers), *N.J.* 1978, nr. 694, concl. adv.-gen. J.K. FRANX, noot G.J. SCHOLTEN.

²³⁹⁶ J.K. FRANX, concl. onder HR 30 juni 1978, *N.J.* 1978, nr. 694, p. 2287, kol. 2.

²³⁹⁷ *Ibid.*, nr. 694, p. 2287, kol. 1.

²³⁹⁸ HR 28 juni 1996, *N.J.* 1997, nr. 494, concl. adv.-gen. A.S. HARTKAMP, noot W.M. KLEIJN.

²³⁹⁹ Cf. *supra*, nr. 254.

Bij de analyse van dit arrest loert evenwel een interpretatiegevaar: het aldaar gebruikte argument van de derdenwerking en de middellijke vertegenwoordiging staan niet geheel los van elkaar: de doorwerking is in casu met name niet verenigbaar met de wettelijke regeling inzake middellijke vertegenwoordiging.²⁴⁰⁰ Zo vraagt Meijer zich af of er wél van doorwerking sprake zou zijn indien Moksel het bewaarloon aan zijn rechtstreekse medecontractant nog niet zou hebben betaald,²⁴⁰¹ maar gezien het wettelijk stelsel is het antwoord vanzelfsprekend positief. Niet zozeer de constructie van doorwerking als wel de regeling van middellijke vertegenwoordiging zijn hierbij relevant.²⁴⁰² Om dezelfde reden is het Moksel-arrest niet relevant voor de vraag of de doorwerkingsmogelijkheid beperkt blijft tot nevenrechten (zoals de koopoptie in HR 30 juni 1978), dan wel ook betrekking kan hebben op de kern van de prestatie (zoals de betaling van bewaringsloon in Mokselarrest).

Ondanks de meer algemene strekking van de woorden van de Hoge Raad lijkt een meerderheid in de rechtsleer de mogelijkheid van doorwerking dan ook tot de contractuele *verweermiddelen* te beperken.²⁴⁰³

§ 3. BESLUIT

558. Waar een rechtsstelsel om allerlei redenen die we onder de noemer billijkheid kunnen samenvatten, niet opteert voor de quasi-immuniteit, moet het naar andere wegen zoeken om het contractuele evenwicht te bewaren. Het moet factoren aangeven om de grens te trekken tussen die gevallen waar een aanspraak mogelijk is en die waar een aanspraak niet mogelijk is. Het Nederlandse voorbeeld toont aan dat dit doel niet zo eenvoudig is te bereiken en dat het resultaat zal afhangen van een interactie tussen de rechtspraak en de rechtsleer. Vooraleer een aanspraak van een contractant tegenover een derde gegrond is, zijn in dit systeem vooral twee filters voorhanden, enerzijds de reeks van bijzondere omstandigheden opdat een aanspraak van een derde tegen een contractant in principe voorhanden zou zijn, anderzijds de reeks van factoren voor de doorwerking van een contractueel beding tegen een derde. Soms wordt het geheel nog gecompliceerd, doordat daarnaast ook nog buiten de grenzen van het derdenbeding ten gunste van een derde doorwerking mogelijk is. Dat de

²⁴⁰⁰ HR 28 juni 1996, *N.J.* 1997, nr. 494, p. 2656, noot W.M. KLEIJN. In de annotatie splitst de commentator de argumentatie al te veel op (enerzijds doorwerking, anderzijds middellijke vertegenwoordiging; W.M. KLEIJN, noot onder HR 28 juni 1996, *N.J.* 1997, nr. 494, p. 2657, kol. 2).

²⁴⁰¹ S.Y.T. MEIJER, "Middellijke vertegenwoordiging, derdenwerking en retentierecht", *N.T.B.R.* 1997, (88) 91.

²⁴⁰² J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6.289, p. 738, nr. 37, p. 739, nr. 41.

²⁴⁰³ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 307 et seq. (hfdst. 7).

Nederlandse wetgever in zijn jongste codificatie voor een aantal bijzondere overeenkomsten uitdrukkelijk specifieke uitzonderingen heeft ingevoerd, neemt niet weg dat de doorwerkingsgevallen uit het algemeen verbintenissenrecht hun relevantie blijven behouden.

Toch gaat het te ver te beweren, zeker in het licht van het recente Curaçao-arrest,²⁴⁰⁴ dat de Citronas-uitspraak²⁴⁰⁵ bevestigt dat “*de rechtspraak van het Hof van Cassatie duidelijk voorop loopt*”.²⁴⁰⁶ Net zoals de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent in de Franse rechtsleer onrechtvaardig wordt genoemd, distantiëren de Nederlandse auteurs die wel op de hoogte zijn van de Belgische rechtspraak van de quasi-immuniteit, zich uitdrukkelijk van die oplossing, zoals blijkt wanneer Van der Grinten over de Belgische oplossing stelt: “(z)o ver zouden wij niet willen gaan.”²⁴⁰⁷

²⁴⁰⁴ Cf. *supra*, nr. 545.

²⁴⁰⁵ Cf. *supra*, nr. 543.

²⁴⁰⁶ E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 1199, nr. 31.

²⁴⁰⁷ ASSER-VAN DER GRINTEN, p. 108, nr. 118. Minder zeker is Kortmann: “*De vraag is of de rechtspraak van het Hof van Cassatie bij ons geen navolging verdient. Wellicht rechtvaardigt de maatschappelijke eenheid tussen vervoerder en stuwadoor-hulppersoon dat deze ... niet als een echte derde wordt beschouwd ...*” Maar al vlug keert ook hij zich van deze oplossing af: “*Op dit moment zijn er echter geen aanwijzingen dat de Nederlandse rechter in die richting denkt.*” (S.C.J.J. KORTMANN, “Exoneratiebedingen”, *T.P.R.* 1988, p. 1249, nr. 41).

HOOFDSTUK IV. ENGELS RECHT

§ 1. COËXISTENTIE MAAR GEEN ASSIMILATIE

559. Zoals eerder gezegd, maakt coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid ook in het Engelse recht sinds *Donoghue v. Stevenson* geen probleem meer uit.²⁴⁰⁸

“(T)he mere fact that the defendant’s conduct constituted a breach of his contract with the plaintiff does not prevent the plaintiff recovering “in tort” if the conduct would have been tortious in the absence of the contract (...). This does not, however, mean that a breach of contract is ipso facto a tort, seeing that some contractual duties are strict and may be breached without any negligence (...). But whenever the breach is due to unreasonable conduct the tendency will be for consequent harm to be actionable in tort, since contractors normally “assume responsibility” and contract is undeniably a relationship “equivalent to contract.”²⁴⁰⁹

Deze passage van Weir getuigt ervan dat een assimilatie tussen contractuele en buitencontractuele fouten in de Franse zin wordt afgewezen, maar zodra een contractuele wanprestatie met een inbreuk op de fysieke integriteit of op het eigendomsrecht gepaard gaat, is aan de voorwaarden van de onafhankelijke buitencontractuele fout voldaan, indien de wanprestant onzorgvuldig heeft gehandeld: “(b)ut the right not to be injured or to have one’s property damaged by another’s negligence exists independently of any contractual undertaking by A.”²⁴¹⁰

§ 2. CONTRACTUELE WEG?

560. In de rechtsleer hebben heel wat gezaghebbende auteurs ervoor gepleit om de aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden op een contractuele wijze te organiseren. Zo verkiezen Markesinis en Deakin het Duitse contractuele voorbeeld van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* omwille van de eraan gekoppelde controlemechanismen. In geval van contractuele aansprakelijkheid kan een verweerder immers zijn eigen contractuele regeling aan de derde tegenwerpen en is op die manier, in zijn verhouding met zowel de derde als zijn rechtstreekse contractuele

²⁴⁰⁸ Cf. *supra*, nr. 37.

²⁴⁰⁹ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 80. Zie ook J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 324: “the privity fallacy was a distorted outgrowth of a sensible concern not to allow every breach of contract to generate a tort claim by any third party who had an interest in the performance of that contract.”

²⁴¹⁰ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 13, nr. 2.13.

schuldeiser, dezelfde regeling van toepassing.²⁴¹¹ Met die visie staan zij trouwens niet alleen.²⁴¹² Zo volgt ook Whittaker liever het spoor van de uitzondering op de relativiteit dan dat van de buitencontractuele aansprakelijkheid.²⁴¹³

Na een rechtsvergelijkende analyse is de *House of Lords* die stelling evenwel niet bijgetreden, omdat een contractuele band tussen een contractant en een derde onverenigbaar is met zowel het beginsel van de *privity of contract* als het vereiste van de *consideration*.²⁴¹⁴ Doordat een derde namelijk al geen tegenprestatie verricht in ruil voor de prestatie van de aangesproken contractant, stuit een eventuele contractuele vordering, enerzijds, al op het *consideration*-vereiste, het Engelse geldigheidsvereiste voor overeenkomsten dat een soort van wederkerigheidsbeginsel inhoudt en daarom ook vaak met het continentale *causa*-vereiste wordt vergeleken.²⁴¹⁵ Anderzijds maakte tot voor kort het strikte relativiteitsbeginsel, de *privity of contract*, om het even welke contractuele aanspraak van een derde tegen een contractant evenzeer onmogelijk. De relativiteit van overeenkomsten werd zo strikt geïnterpreteerd dat zelfs een derdenbeding geen verbindende kracht had. Niettegenstaande de versoepeling van het strikte relativiteitsbeginsel door de invoering van het derdenbeding door de *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*,²⁴¹⁶ ziet het er niet onmiddellijk naar uit dat de contractuele sfeer even sterk wordt uitgebreid als in het Duitse recht. Het recent ingevoerde derdenbeding is immers nog niet te vergelijken met de objectieve uitbreiding door het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*.²⁴¹⁷

²⁴¹¹ B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, p. 15, voetnoot 60. Voor een kritiek hierop in een situatie van ontgoochelde erfgenamen: K. BARKER, "Are we up to Expectations? Solicitors, Beneficiaries and the Tort/Contract Divide", (1994) 14 *O.J.L.S.*, 137-150.

²⁴¹² S. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, "Privity, Transitivity and Rationality", (1991) 54 *Mod.L.R.*, 48-71: twee principes rechtvaardigen het dat een rechtstreekse aanspraak mogelijk moet zijn, het *breakdown*-beginsel (als de contractuele vordering tegen de medecontractant is geblokkeerd omwille van diens faillissement, een exonatiebeding, een minnelijke schikking of verjaring) en het *subsumption*-beginsel (als twee contracten organisch met elkaar verbonden zijn, omdat het doel en zelfs het bestaan van een onderovereenkomst afhankelijk is van de hoofdovereenkomst). Zie ook de idee van een "network contract" in J.N. ADAMS, R. BROWNSWORD, "Privity and the concept of a network contract", (1990) 10 *Legal Studies*, 12-37.

²⁴¹³ S. WHITTAKER, "Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions", 203.

²⁴¹⁴ Zie de tekst van *White v. Jones*, in W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 219-224.

²⁴¹⁵ Zie over de relatie tussen *causa* en *consideration*, K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 388-399.

²⁴¹⁶ Cf. *supra*, nr. 268.

²⁴¹⁷ Over de invloed van die *Act*, cf. *supra*, nr. 268, 290.

§ 3. DUTY OF CARE EN ZUIVERE VERMOGENSSCHADE

A. Algemeen

561. De aansprakelijkheid van contractanten tegenover derden bij samenhangende overeenkomsten is in de *common law* slechts te begrijpen tegen de achtergrond van het algemene systeem van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid (*negligence*). Om die aansprakelijkheid in toom te houden, beschikt het Engelse recht over een bijkomend controlemechanisme,²⁴¹⁸ de *duty of care*.²⁴¹⁹ Dit mechanisme wordt onder andere²⁴²⁰ aangewend om, in het algemeen, de aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade (*pure economic loss*) te beperken (deze §), maar ook, meer in het bijzonder, om de rechtstreekse aansprakelijkheid bij samenhangende overeenkomsten in te perken (§ 4).

De *duty of care* is een structureel element van de buitencontractuele aansprakelijkheid dat voor romanistische juristen onbekend is, zij het dat haar functie bekend staat onder het leerstuk van de naar Belgisch en Frans recht afgewezen relativiteit van de onrechtmatige daad. Voor continentale juristen komt het er vooral op aan die *duty of care* niet te verwarren met de algemene zorgvuldigheidsverplichting, het continentale equivalent van de *standard of care* (*breach of duty*; criterium van de *reasonable man* of de *bonus pater familias*). De *duty of care* is niet de standaard waaraan het gedrag van een burger moet voldoen, maar wel een beperking van de situaties waarin de algemene zorgvuldigheidsplicht überhaupt een rol speelt. Een Engels

²⁴¹⁸ B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 71-72; W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 91 (“*primary control device*”); W.V.H. ROGERS, “Keeping the Floodgates Shut: ‘Mitigation’ and ‘Limitation’ of Tort Liability in the English Common Law”, in J. SPIER, *The Limits of Liability. Keeping the Floodgates Shut*, Den Haag, Kluwer, 1996, (75) 82 et seq.

²⁴¹⁹ Door C.E. DU PERRON (zie C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten*, p. 57, nr. 80) vertaald als *zorgplicht*. Hier behouden we toch het originele concept omdat een vertaling er m.i. niet voldoende recht aan doet.

²⁴²⁰ Zie verder W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*. De bespreking van de *duty of care* in dit proefschrift blijft tot de zuivere vermogensschade beperkt, al strekt het belang ervan zich verder uit. Zo staat de aard van de schade ook centraal bij discussies inzake psychiatrische schade (*mental shock / psychiatric injury*). Daarnaast speelt de hoedanigheid van de eiser of verweerder ook een rol bij *wrongful life*-gevallen en bij overheidsimmunititeiten. Ten slotte speelt ook het onderscheid tussen *acts* en *omissions* een belangrijke rol (B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 72-73). De aard van de *pre-tort relationship* speelt voornamelijk een rol bij zuiver economische of financiële schade (B.S. MARKESINIS en S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 74). Hoewel de voornoemde factoren niet tot uiting komen in *Anns of Donoghue*, zijn ze toch heel belangrijk (T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 15). Telkens worden in elk van de genoemde categorieën nadere criteria uitgewerkt om uit te maken of een *duty of care* al dan niet voorligt (zie b.v. voor de *nervous shock*-cases, W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 98-99). Bij persoonsschade is in principe niet meer vereist dan de voorzienbaarheid van de schade, maar “*a closer or more direct nexus will be required with reference to some types of damage or some types of conduct.*” (W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 100).

rechter komt er pas toe om het gedrag van een persoon aan de standaard van de algemene zorgvuldigheidsplicht te toetsen, voorzover er tussen beide een bijzondere relatie bestaat die aan de vereiste van een *duty of care* voldoet. Om het bestaan van een *duty of care* vast te stellen, is het dan ook niet voldoende om een gedraging met behulp van de test van de voorzienbaarheid te toetsen, “*thereby effectively reducing all decisions in this field to questions of fact. But this comfortable option is, alas, not open to us*”, zo schrijven Markesinis en Deakin.²⁴²¹ Dit citaat maakt duidelijk dat de vaststelling van het al dan niet bestaan van een *duty of care* een rechtskwestie en geen feitenkwestie is.²⁴²² In dit opzicht verschilt de *duty of care* evenzeer van het oorzakelijk verband (*causation*) dat, alhoewel een rechtsbegrip,²⁴²³ veel meer aan de feiten gebonden is, terwijl de *duty of care* een meer algemene categorie van gevallen kan uitsluiten.²⁴²⁴

Voor een verweerder heeft dit controlemechanisme het bijkomende voordeel dat het vóór elk ander vereiste (*preliminary*) wordt beoordeeld, zodat de verweerder bij afwezigheid van een dergelijke relatie niet alleen niet aansprakelijk is maar zijn gedrag voor de rechter ook niet onmiddellijk volledig wordt blootgelegd.²⁴²⁵

562. Met betrekking tot persoonsschade en zuivere fysieke schade is de vaststelling van de redelijke voorzienbaarheid van de schade van de verweerder in principe voldoende opdat van een *duty of care* sprake zou zijn.²⁴²⁶

Voor de vergoedbaarheid van zuivere vermogensschade is evenwel meer vereist. De redelijke voorzienbaarheid van de schade is dan slechts één van de drie fases om tot het bestaan van een *duty* te spreken.

Aan de oorsprong van de afzondering van de zuivere vermogensschade ligt voornamelijk de vrees dat een ongenueanceerde vergoedbaarheid van die schade tot excessieve of beter, onbepaalde,²⁴²⁷ aansprakelijkheid zou leiden of, om de traditionele formule te gebruiken, dat daardoor de *flood-gates* worden geopend. In *Ultramares* spreekt Cardozo van een vrees voor een “*liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an*

²⁴²¹ B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 75, met de woorden van Lord Goff.

²⁴²² *Ibid.*, 77.

²⁴²³ Zie voor het Belgische recht, H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, “Overzicht”, *T.P.R.* 2000, p. 1891, nr. 151.

²⁴²⁴ *Clerk & Lindsell on Torts*, 222-223, nr. 7-08.

²⁴²⁵ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 15 (“*not only ensure that the defendant need not pay but also preclude an inquiry into his actual conduct*”).

²⁴²⁶ Wel genuanceerd met *Marc Rich & Co. v. Bishop Rock Marine Co.* (1996) 1 A.C., 211. Zie ook W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 183.

²⁴²⁷ Zie voor verdere nuances o.m. J. STAPLETON, *Economic Loss: a Wider Agenda*, 254-255 (“*indeterminate number of claims*” en “*indeterminacy of each claim*”).

indeterminate class”.²⁴²⁸ Uit de rechtssystemen die zuivere vermogensschade op buitencontractueel vlak wel vergoedbaar achten, zoals het Belgische en Franse recht, lijkt die vrees evenwel op drijfzand te zijn gebouwd. Zo geven ook bepaalde Angelsaksische auteurs over die vrees vlug toe dat “(t)he fact (...) remains that this has not happened in other systems (such as the French or Dutch) where the opposite, liberal, rule prevails.”²⁴²⁹

Naast dit beleidsmatig argument steunt de beperkte vergoedbaarheid van zuivere vermogensschade in *negligence* traditioneel ook op een systeemargument. Met name staat het Engelse recht weigerachtig tegen de vergoeding van zuivere vermogensschade in *tort*, omdat die schade als typisch contractueel van aard wordt beschouwd. Het is precies eigen aan een overeenkomst dat ze beoogt een voordeel tot stand te brengen, terwijl *tort* er enkel toe strekt om het *status quo* te behouden. Een overeenkomst is immers een “*means of protecting financial interests*”.²⁴³⁰

B. Historische evolutie

563. Met behulp van een concept als die van de *duty of care* kan de *House of Lords* op de grenzen van de buitencontractuele aansprakelijkheid een grote mate van controle uitoefenen. Veel meer dan in romanistische rechtssystemen spelen beleidsoverwegingen daarbij een expliciete rol. De *duty of care* is dan ook een flexibel instrument. Het prijskaartje voor die grotere flexibiliteit is dat de test voor het al dan niet bestaan ervan tot op vandaag tot vele betwistingen aanleiding blijft geven. Voor een algemeen inzicht in de *duty* is daarom een kort overzicht van de historische ontwikkelingen in dit concept op zijn plaats.

De geschiedenis van de *duty of care* begon in 1932 met *Donoghue v. Stevenson*, wellicht de belangrijkste case voor de ontwikkeling van de buitencontractuele aansprakelijkheid in de *common law*: het geval gaf niet alleen een stimulans aan de aansprakelijkheid van de producent voor gevaarlijke producten (*product liability*), maar ook het fameuze *neighbour principle* van Lord Atkin kwam erin tot uitdrukking, een algemeen beginsel van onrechtmatige daad dat meteen gestalte gaf aan de afgezonderde en voordien ontbrekende *tort of negligence*.²⁴³¹ Waar de *duty of care* aanvankelijk beperkt bleef tot de bescherming van eigendom en van de fysieke integriteit, rees al gauw de vraag naar de uitbreiding ervan naar zuivere vermogensschade.

²⁴²⁸ Zie *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), zoals weergegeven in R.A. EPSTEIN, *o.c.*, 1315, citaat 1317.

²⁴²⁹ B.S. MARKESINIS en S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 58 en ook 88.

²⁴³⁰ *Ibid.*, 90 en ook 10.

²⁴³¹ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 38.

De tweede mijlpaal in het Engelse buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht is *Hedley Byrne*. Met dit arrest sloeg de *House of Lords* een eerste gat in de muur van het verbod van vergoeding van zuivere vermogensschade in *negligence*. Nadat de advertentieonderneming Hedley Byrne aan haar eigen bank naar een referentie over de kredietwaardigheid van één van haar klanten (Easipower) had gevraagd, ontving die bank een ten onrechte positieve referentie van Heller, de bank van de genoemde klant en beweerde daarop te zijn voortgegaan om een lot orders door te geven waarvoor zij de aansprakelijkheid op zich nam. Volgens de *House of Lords* is sprake van een *duty of care* die tot vergoeding van zuivere vermogensschade noopt, wanneer een partij informatie heeft gevraagd van een persoon die terzake een bijzondere kennis heeft en de informatieverstrekker wist of moest weten dat de informatieontvanger op die kennis is voortgegaan.²⁴³² In de ontwikkeling van de rechtspraak na *Hedley Byrne* begon een grote zoektocht naar de grenzen van de vergoedbaarheid van zuivere vermogensschade en zo ook van de *duty of care*. In *Spartan Steel* maakte de eloquente Lord Denning in de *Court of Appeal* duidelijk dat uit *Hedley Byrne* niet volgde dat voortaan elke vorm van zuivere vermogensschade in principe vergoedbaar was.²⁴³³ Voorlopig bleef die vergoedbaarheid beperkt tot de categorie van *negligent misstatements*.

Het theoretische kader voor de voorwaarden van de buitencontractuele aansprakelijkheid heeft daarop een geleidelijke wijziging ondergaan. Volgens de oorspronkelijke *two stage test* die Lord Wilberforce in *Anns v. Merton*²⁴³⁴ had geformuleerd, bestond de eerste stap erin na te gaan of er sprake is van een *sufficient relationship of proximity or neighbourhood (reasonable contemplation likely to cause damage to)*, in welk geval een *prima facie duty of care* voorlag. In een tweede stap konden beleidsmatige redenen (*policy*) bij wijze van uitzondering alsnog de buitencontractuele aansprakelijkheid uitsluiten. De last om te bewijzen dat een dergelijke uitzondering voorlag, rustte op de verweerder. Met andere woorden, de *tort of negligence* was uitgegroeid tot een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor voorzienbare schade.

Die test behoort nu tot de geschiedenis omdat de formulering ervan geleidelijk werd verlaten ten voordele van de *three stage test* zoals ook

²⁴³² *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners*, (1934) A.C., 465 (H.L.; *negligent misstatements*). Met *Hedley Byrne* wordt de dissent van wijlen Lord Denning in *Candler v. Crane, Christmas & Co.* (1951) 2 K.B. 164 (C.A.) meteen ook de meerderheid (zie H.C.F. SCHOORDIJK, "Lord Denning 1899-1999", *N.J.B.* 1999, (724) 725). In het concrete geval van *Hedley Byrne* stuitte de aanspraak uiteindelijk wel nog op de doorwerking van een exoneratiebeding uit het document waarin de informatie werd verstrekt (*reference*).

²⁴³³ *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. Ltd.*, (1973) Q.B. 27, zoals weergegeven in W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*, 177-183.

²⁴³⁴ *Anns v. Merton London Borough*, A.C. 1978, 728 (H.L.).

geformuleerd in *Caparo Industries*.²⁴³⁵ Van dan af aan moet achtereenvolgens geval per geval worden nagegaan of (1) de schade voorzienbaar is; (2) of er een voldoende nauwe band (*proximity*) tussen eiser en verweerder bestaat en (3) of de aansprakelijkheid van de verweerder billijk, rechtvaardig en redelijk (*fair, just and reasonable*) is. Om te beoordelen of er sprake is van een voldoende nauwe band, is de centrale test voortaan dat de aansprakelijke de verantwoordelijkheid voor een bepaalde handeling op zich heeft genomen (*assumption of responsibility*),²⁴³⁶ al is het heel onduidelijk hoe dit is in te vullen.²⁴³⁷ Om die centrale test wat concreter en met meer objectieve criteria in te vullen, worden de gevallen in verband met zuivere vermogensschade in een viertal categorieën opgesplitst: 1) *relational loss*;²⁴³⁸ 2) *negligent misstatement*; 3) *negligent performance of services* en, in het kader van dit proefschrift het belangrijkste, 4) *defective products/buildings*.²⁴³⁹

De meest recente en bediscuteerde stap in de vergoedbaarheid van zuiver economische schade is *White v. Jones*.²⁴⁴⁰ Een Engelse advocaat (*solicitor*) had van zijn cliënt de opdracht gekregen om diens testament te wijzigen omdat die niet langer (zoals in zijn vorig testament) zijn dochters wou onterven. De advocaat verzuimde evenwel tijdig op te treden zodat de cliënt kwam te overlijden vooraleer het testament was gewijzigd. De ontgoochelde personen die bij een effectieve wijziging van het testament zouden zijn begunstigd, spreken dan ook de Engelse advocaat aan tot vergoeding van hun schade. Na een rechtsvergelijkende blik aanvaardt de House of Lords de buitencontractuele aansprakelijkheid van de advocaat tegenover de ontgoochelde begunstigde legatarissen. De advocaat is

²⁴³⁵ *Caparo Industries Plc. v. Dickman*, (1990) 2 A.C., 605 (H.L. – Schots) (accountant). Reeds eerder door de Privy Council geuit in *Yuen Kun-yeu v. Attorney-General of Hong Kong* (1988) A.C.175, vooral 194 (Lord Keith of Kinkel) (P.C.) (overheid die *deposit-taking companies* registreert) en later bevestigd door de *overruling* van *Anns v. Merton* in *Murphy v. Brentwood D.C.*, (1991) 1 A.C., 398 (H.L.) (gebrekkige fundamenten). Zie hierover W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort law*, 50-54.

²⁴³⁶ Lord Goff in *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*, (1995) 2 A.C., 180 (H.L.) (*reliance* alleen voor *causation* belangrijk bij *negligent misstatement*-gevallen) en in *White v. Jones*, (1995) 2 A.C., 207 (H.L.). Waar in *Hedley Byrne* Lord Devlin op deze test reeds de nadruk legt (p. 529-530), legt Lord Morris of Borth-y-Gest nog de nadruk op de *reliance* (p. 503). Zie ook *Clerk & Lindsell on Torts*, p. 272, nr. 7-55.

²⁴³⁷ S. WHITTAKER, “Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions”, 204.
²⁴³⁸ Het gaat om schade met betrekking tot een zaak waarover de eiser op het ogenblik van de schade zelf geen eigendomsrecht beschikt, maar waarmee hij toch op één of andere manier een bepaalde band heeft (zoals een opeenvolgende verkrijger of een persoon die één of ander gebruiksrecht heeft).

²⁴³⁹ *Clerk & Lindsell on Torts*, p. 271, nr. 7-54.

²⁴⁴⁰ *White v. Jones*, A.C. 1995, 2, 207. Voor een rechtsvergelijkende bespreking: E. DIRIX, *o.c.*, *Eur. Rev. Priv. Law* 1996, 354-361; E.J.H. SCHRAGE, “Overeenkomst of onrechtmatige daad”, *W.P.N.R.* 1998, nr. 6333-6334.

aansprakelijk omdat hij de verantwoordelijkheid op zich heeft genomen (*assumption of responsibility*); daarbij is niet vereist dat de legatarissen in hun handeling op het zorgvuldig gedrag van de advocaat zijn voortgegaan (in vroegere rechtspraak werd de rol van de *reliance* dan ook overbeklemtoond). In zijn uitspraak beklemtoont Lord Goff dat bij een omgekeerde beslissing er helemaal geen *remedy* ter beschikking zou staan, wat voor de schadelijder op een fundamentele onrechtvaardigheid zou neerkomen. Stapleton verklaart die case eerder uit het perspectief van de schadeverwekker, met name door de *deterrence*-ratio: bij gebrek aan aansprakelijkheid in dit geval zou de advocaat niet worden ontmoedigd om onzorgvuldig te werk te gaan.²⁴⁴¹

Met de *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* lijkt het niet de bedoeling om de buitencontractuele aard van de aanspraak in de *White v. Jones*-situatie in een contractuele aanspraak om te zetten. De Law Commission drukt het verschil met een derdenbeding met een wel zeer fijnzinnig criterium uit: “*The solicitor’s express or implied promise to use reasonable care is not one by which the solicitor is to confer a benefit on the third party. Rather it is one by which the solicitor is to enable the client to confer a benefit on the third party.*”²⁴⁴²

564. Uit dit beknopte overzicht blijkt dat de *duty of care* zeker en vast een flexibel instrument is, maar dat haar toepassingsvoorwaarden niet in rechtszekerheid uitmunten. Weliswaar blijft de huidige rechtspraak naar de drie genoemde criteria verwijzen, maar uiteindelijk is het centrale *proximity*-vereiste tegelijk allesomvattend en nietszeggend. Het is niet veel meer dan een verborgen verwijzing naar beleidsredenen,²⁴⁴³ het is een besluit (*conclusion*)²⁴⁴⁴ van een redenering veeleer dan een bruikbare manier aan de hand waarvan een concreet geval kan worden opgelost. Zo stelt Lord Steyn onlangs nog in *Mark Rich* over de drie criteria dat “*these three matters overlap with each other and are really facets of the same thing.*”²⁴⁴⁵ In *Spartan Steel* verwoordde Lord Denning het als volgt: “*The more I think about these cases, the more difficult I find it to put each into its proper pigeon-hole. ... So much so that I think the time has come to discard those tests which have proved so elusive.*”²⁴⁴⁶ In *Caparo Industries* wijst Lord Roskill er dan weer op dat het

²⁴⁴¹ J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 325-326.

²⁴⁴² LAW COMMISSION, *Privity*, p. 4, nr. 1.9., p. 82, nr. 7.20, p. 87, nr. 7.36. Het gaat om het onderscheid tussen “*a promise to confer a benefit on a third party*” en “*a promise of potential benefit to a third party*” (p. 83, nr. 7.24, p. 84, nr. 7.25). Ook de tweede test van het derdenbeding zou niet vervuld zijn (p. 90, nr. 7.48).

²⁴⁴³ B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 85-86.

²⁴⁴⁴ W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 99-100; R. COOKE, “An Impossible Distinction”, (1991) 107 *L.Q.R.*, 54.

²⁴⁴⁵ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 50.

²⁴⁴⁶ *Ibid.*, 58.

slechts gaat om “*but label or phrases descriptive of the very different factual situations*”.²⁴⁴⁷ Daar komt nog bij dat de gestrengheid van *proximity* van geval tot geval verschilt. Zo moet de band tussen de eiser en verweerder bij informatie- of adviesverstrekking zelfs “*equivalent to contract*” zijn.²⁴⁴⁸ Bewijst die onduidelijkheid niet dat vragen van buitencontractuele aansprakelijkheid niet in dergelijk algemene categorieën te vatten zijn en in grote mate feitenkwesies zijn die van geval tot geval hun oplossing moeten vinden?

565. De onduidelijke lijn in de rechtspraak zet bepaalde recente rechtsleer ertoe aan om een alternatief systeem uit te bouwen. Op het vlak van de vergoedbaarheid van zuivere vermogensschade is Weir alvast een groot voorstander van een duidelijke regel: “*There seems to be good reason to have a clear rule on the point even if no other reason could be given for it, though actually it can*”.²⁴⁴⁹ Het meest toonaangevend is hier zeker de Oxfordse hoogleraar Stapleton die in de plaats van een catalogoog van gevalsgroepen een lijst van beleidsmatige factoren voorstelt waaraan het bestaan van een *duty of care* moet worden getoetst, zoals het bewaren van het contractuele evenwicht (*anti-circumvention principle*), het gevaar van onbepaalbare aansprakelijkheid, het betreden van de wetgevende macht en de redelijke alternatieven voor bescherming.²⁴⁵⁰ Zij maakt daarbij een onderscheid tussen personen die in het geheel van de gebeurtenissen *causaal* dan niet belangrijk zijn.

Aansprakelijkheid van causaal niet-belangrijke personen (*peripheral parties*) is doorgaans niet wenselijk om een tweetal redenen. Enerzijds kunnen die zichzelf tegen het risico hebben beschermd, door b.v. een verzekeringsovereenkomst te sluiten. Zelfs wanneer de potentiële schadelijder te zijner bescherming zelf niets kon ondernemen, kan aansprakelijkheid van causaal niet belangrijke personen, anderzijds, niet gewenst zijn.

Die stelling van Stapleton is gebaseerd op de veronderstelling dat het recht van de buitencontractuele aansprakelijkheid een belangrijke (zij het soms symbolische) rol speelt om potentiële schadeverwekkers te ontmoedigen (*deterrence*) en dat die functie kan teloorgaan – want niet meer tot uiting komt²⁴⁵¹ – indien te veel onbelangrijke personen in de causale keten aansprakelijk zijn. Die aansprakelijkheidsbeperking moet onder de banier van de *duty* en niet onder die van de *breach* plaatsvinden, omdat “*(r)eliance*

²⁴⁴⁷ Geciteerd in W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 98.

²⁴⁴⁸ *Ibid.*, 101.

²⁴⁴⁹ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 62.

²⁴⁵⁰ J. STAPLETON, *Economic Loss: a Wider Agenda*, 291-292.

²⁴⁵¹ “*Desire to prevent the dilution of the notions of deterrence and individual responsibility on which the coherence of tort law depends*” (J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 317).

*on finding no breach (or that the damage was too remote) in all but rare cases may provide case by case flexibility but it does not achieve this important signalling and suppresses the important value on which the pattern of no-liability outcomes is based.*²⁴⁵²

Maar ook met betrekking tot causaal belangrijke schadelijders kan aansprakelijkheid niet gewenst zijn, dit keer niet zozeer omdat het niet belangrijk zou zijn om die persoon voor de toekomst te ontmoedigen het laakbare gedrag nog te stellen (dit is het wel), maar wel omdat de schade­lijder in geval van aansprakelijkheid van de schadeverwekker een *free-rider* zou zijn, d.w.z. omdat hij dan niet de kosten zou moeten ondergaan waartoe een eigen (zoals b.v. een contractuele) en efficiënte bescherming wel zou leiden. Daarmee nuanceert ze de stelling van de rechtspraak als zou er geen buitencontractuele aansprakelijkheid mogen zijn wanneer de benadeelde eigen alternatieven heeft tot zelfbescherming (*alternative means of protection*) omdat die stelling al te zeer op de compensatiegedachte steunt. Zij legt veeleer het accent op de alternatieven tot ontmoediging (het principe van *adequate opportunities for deterrence*): wanneer een potentiële benadeelde de potentiële schadeverwekker zelf op efficiënte wijze kan ontmoedigen, moet hij zich in haar visie dan ook niet op de buiten­contractuele aansprakelijkheid kunnen beroepen, zelfs al is hij een causaal belangrijke persoon.²⁴⁵³

Markesinis en Deakin zijn in hun beoordeling van dit alternatief – overdreven – hard, omdat dit in hun visie louter theoretische oefeningen zonder veel praktische impact blijven: “*Such exercises ... though highly stimulating for legal theorists, are not likely to have much effect in the bulk of tort litigation.*”²⁴⁵⁴

§ 4. DUTY OF CARE EN SAMENHANGENDE OVEREENKOMSTEN

566. In het kader van de *duty of care* en de behoedzame en bijwijlen onduidelijke uitbreiding van de buitencontractuele aansprakelijkheid naar zuivere vermogensschade toe, wordt ook het Engelse rechtssysteem geconfronteerd met de discussie van het al dan niet bestaan van een rechtstreekse aanspraak bij samenhangende overeenkomsten (A) en, indien aanvaard, met de eventuele doorwerking van contractuele clausules (B-D). In dit rechtssysteem wordt die discussie dus niet binnen het foutbegrip gevoerd, maar wel binnen het genoemde aan romanistische rechtssystemen onbekend concept dat aan het soort schade wordt gelinkt.

²⁴⁵² J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 315.

²⁴⁵³ *Ibid.*, 301-345.

²⁴⁵⁴ B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, p. 61-62, vooral voetnoot 234.

De *duty of care* is dan ook de Engelse techniek om de buitencontractuele aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent te beperken. De vraag blijft beperkt tot zuivere vermogensschade, aangezien een rechtstreekse aanspraak voor fysieke schade op het principe van *Donoghue v. Stevenson* kan worden gegrond.²⁴⁵⁵ Het voor de aansprakelijkheid vereiste voldoende speciaal belang in hoofde van de benadeelde spreekt van zelf in geval van fysieke schade. Bij zuivere vermogensschade zou er onder meer wegens de kans op excessieve aansprakelijkheid méér vereist zijn,²⁴⁵⁶ maar in het geval van samenhangende overeenkomsten lijkt het excuus van de *floodgates* toch niet werkelijk op te gaan.²⁴⁵⁷ De kring van aanspraakgerechtigde derden is er per definitie beperkt.

A. Aanspraak

567. In tegenstelling tot het Belgische en, zij het in mindere mate, het Franse recht hangt het bestaan en de aard van een rechtstreekse aanspraak bij samenhangende overeenkomsten in het algemeen van in den beginne niet zozeer af van de aard van het betroffen contract (opeenvolgende koop, onderlastgeving dan wel onderaanneming), maar is telkens hetzelfde (zij het onduidelijke) criterium van toepassing.

Terwille van de vergelijking met het Belgische recht, worden de gevallen hierna toch zoveel mogelijk per soort overeenkomst gegroepeerd. Die werkwijze vindt ten dele ook steun bij de Engelse rechtsleer zelf. Gefascineerd als hij is door het Franse voorbeeld, stelt aldus de Engelse auteur Whittaker voor om dat voorbeeld van specifieke contracten als uitzonderingen op de *privity* na te volgen. Zo zou het uit de aard van het contract volgen dat een uitzondering nodig is in een situatie zoals in *White v. Jones*. Een rechtstreekse aanspraak zou tevens (in beide richtingen) voorhanden moeten zijn in geval van een bezoldigde onderlastgeving waarbij de onderlasthebber op de hoogte is van de positie van de principaal. Bij verkoop en gebouwen zou een rechtstreekse aanspraak dan weer alleen bij een wettelijke tussenkomst mogelijk zijn.²⁴⁵⁸

Om toch niet het gevaar te lopen op die manier het Engelse recht te vertekenen, proberen we in het besluit dit opnieuw recht te trekken door de originaliteit van het Engelse recht in de verf te zetten.

²⁴⁵⁵ P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 384-385.

²⁴⁵⁶ J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 325.

²⁴⁵⁷ J. STAPLETON, *Economic Loss: a Wider Agenda*, 266-267.

²⁴⁵⁸ S. WHITTAKER, "Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions", 191-230.

1. Opeenvolgende koopovereenkomsten

568. Bij de koop van zowel roerende als onroerende goederen wordt, zoals eerder gezegd, een rechtstreekse contractuele aanspraak naar Frans voorbeeld niet aanvaard.²⁴⁵⁹

Een buitencontractuele aanspraak staat de uiteindelijke koper evenmin ter beschikking, wanneer hij daarmee rechtstreeks van de oorspronkelijke verkoper vergoeding van zijn transactieschade wil bekomen.²⁴⁶⁰ In *Muirhead* (kreeftencase) had een visgroothandel pompen aangekocht om de in de zomer gevangen kreeften te kunnen bewaren om ze zo in de winter met een grotere winstmarge te kunnen verkopen. De pompen waren nodig om het water van de levensnoodzakelijke zuurstof te voorzien. Omdat de van Frankrijk afkomstige elektrische motors van de pompen niet op het Engelse voltagebereik waren afgestemd, vielen ze stil en veroorzaakten ze veel schade. Volgens Lord Goff, toen nog in de *Court of Appeal*, beschikt de uiteindelijke koper, voor de vergoeding van zijn zuivere vermogensschade,²⁴⁶¹ niet over een rechtstreekse aanspraak tegen de Franse leverancier van de gebrekkige motors, zodat hij “*must on the law as it stands look to his immediate vendor and not to the ultimate manufacturer for his remedy.*”²⁴⁶² In de relatie met de uiteindelijke koper is de Franse leverancier in de feitelijke omstandigheden van de zaak niet tot een *duty of care* gehouden, aangezien de partijen met opzet hun contractuele verhoudingen zo hadden geconstrueerd “*in order to achieve the result that (apart from any special arrangements) there should be no direct liability inter se.*”²⁴⁶³

569. Een rechtstreekse aanspraak ontbreekt naar Engels recht evenzeer bij overeenkomsten met betrekking tot gebrekkig opgerichte gebouwen (*defects of construction*).²⁴⁶⁴ Volgens de *common law* is een aannemer tegenover de uiteindelijke, verder in de ketting staande verkrijger van een gebouw buitencontractueel niet aansprakelijk.²⁴⁶⁵ In *D. & F. Estates* had de bouwheer *Church Commissioners* aan de aannemer *Wates* de opdracht gegeven

²⁴⁵⁹ Cf. *supra*, nr. 448 et seq.

²⁴⁶⁰ Zie naast de referenties in de volgende voetnoten, o.m. P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 385. De discussie betreft natuurlijk niet de aansprakelijkheid voor de schade veroorzaakt door een gebrekkig product (productaansprakelijkheid in de enge zin van het woord) waarop *Donoghue v. Stevenson* slaat.

²⁴⁶¹ Wel voor de schade aan de kreeften en de eruit voortvloeiende economische schade (*Muirhead v. Industrial Tank Specialties*, (1986) 1 *Q.B.*, (507) 533). Vgl. *Spartan Steel & Alloys v. Martin & Co Ltd.*, (1973) *Q.B.* 27, zoals weergegeven in W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 177-183.

²⁴⁶² *Muirhead v. Industrial Tank Specialties*, (1986) 1 *Q.B.*, (507) 529 (C.A.)

²⁴⁶³ *Muirhead v. Industrial Tank Specialties*, (1986) 1 *Q.B.*, (507), 528 (C.A.).

²⁴⁶⁴ Zie o.m. LAW COMMISSION, *Privity*, p. 45, nr. 3.14.

²⁴⁶⁵ *Murphy v. Brentwood D.C.* (1991) 1 *A.C.*398 (H.L.); W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 316.

om een appartementenblok op zijn land te bouwen. Na de uitvoering van die opdracht bleek het door een onderaannemer uitgevoerde pleisterwerk gebrekkig te zijn, wat schade opleverde aan D. & F. Estates die het goed voor 98 jaar in *lease* hadden. De schade van die laatste ten gevolge van het gebrekkige pleisterwerk (kosten van herstel) is als zuivere vermogensschade op buitencontractuele basis niet rechtstreeks verhaalbaar op de aannemers, net zomin als de schade van de huurders van een appartement voor de versterking in hun genot tijdens de herstelwerken.²⁴⁶⁶

In *Murphy v. Brentwood D.C.* maakte een koper van een huis wegens de gebrekkige fundering hiervan een aanspraak op schadevergoeding tegen een lokale overheidsinstantie, die tot opdracht had om het huis na te kijken maar wiens ingenieurs een berekeningsfout niet hadden opgemerkt. De eigenaar van het gebouw die dit tegen een groot verlies had verkocht, kan volgens de *House of Lords* de lokale overheid niet aanspreken, omdat het om zuivere vermogensschade gaat en er geen reden bestaat om een onderscheid te maken tussen roerende en onroerende goederen.²⁴⁶⁷ Voor loutere gebreken in de kwaliteit van een goed kan alleen de contractuele weg openstaan. Een buitencontractuele aanspraak is alleen voorhanden wanneer er sprake zou zijn van persoons- of eigendomsschade. Daarmee kwam de *House of Lords* formeel terug op een vroegere beslissing *Anns v. Merton*, waarin aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade van (in casu) gebouwinspecteurs van een lokale overheid maar ook van hoofd- en onderaannemers tegenover opeenvolgende eigenaren van een nieuwbouw, ongeacht de bestemming ervan, werd aanvaard. Het precedent van *Anns* wordt niet langer gevolgd, omdat dit op een onaanvaardbare “*indefinitely transmissible warranty of quality*” zou neerkomen.²⁴⁶⁸ Toch wordt de *overruling* van *Anns v. Merton* niet gevolgd in andere systemen van de common law zoals Canada, Australië en Nieuw-Zeeland.²⁴⁶⁹

Met de *Defective Premises Act 1972* opteerde de wetgever evenwel voor de overdraagbaarheid van de aanspraak tot vergoeding voor kwalitatieve gebreken van woningen (*dwelling*s) die het goed voor bewoning ongeschikt maken. Die overdraagbaarheid geldt ten voordele van elkeen die een belang in een woning verwerft. Ze slaat ook op de aanspraken tegen onderaannemers,²⁴⁷⁰ aangezien die wet een aanspraak mogelijk maakt tegen elke “*person taking on work for or in connection with the provision of a dwelling*”

²⁴⁶⁶ *D. & F. Estates Ltd. v. Church Commissioners for England*, (1989) 1 A.C., 177 (H.L.) (gebrekkig pleisterwerk).

²⁴⁶⁷ Zie o.m. Lord Bridge of Harwich, in *Murphy v. Brentwood D.C.*, (1991) 1 A.C., 475 (H.L.) (onderscheid tussen *dangerous defects* en *defects of quality*).

²⁴⁶⁸ Lord Bridge in *Murphy*, 480 en Lord Keith in *Murphy*, 469.

²⁴⁶⁹ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 47-48, note 6. Voor details en nuances terzake I.N. DUNCAN WALLACE, “Defective work: inadequacy of sanctions?”, *Bouwwrecht* 1999, (474) 484-485, nr. 19.

²⁴⁷⁰ W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 321-323.

voorzover het goed “*fit for habitation*” is.²⁴⁷¹ De regeling voor de rechtstreekse aanspraak die op grond van die wet kan bestaan, is evenwel niet volledig vergelijkbaar met de Belgische en Franse rechtstreekse vordering. De standaard waaraan een gebouw moet voldoen, is namelijk niet die van de oorspronkelijke overeenkomst, maar is wettelijk bepaald.²⁴⁷² De draagwijdte van die wet is ook beperkt, aangezien de rechtsvordering onderworpen is aan een zeer korte (zesjarige) verjaringstermijn vanaf de voltooiing van het bouwwerk,²⁴⁷³ zodat gebrekkige bouw mede onder druk van de bouwlobby niet voldoende wordt ontmoedigd.

570. Zowel in *Muirhead* als in *Murphy* blijkt dus dat rechtstreekse buitencontractuele aanspraken voor kwaliteitsgebreken naar Engels recht in het algemeen zijn uitgesloten. Zelfs Lord Keith of Kinkel in *Junior Books* waagt er zich niet aan om aan dit principe te raken: “*To introduce a general liability covering such situations would be disruptive of commercial practice, under which manufacturers of products commonly provide the ultimate purchaser with limited guarantees usually undertaking only to replace parts exhibiting defective workmanship and excluding any consequential loss. (...) The purchaser of a defective product normally can proceed for breach of contract against the seller who can bring his own supplier into the proceedings by third party procedure, so it cannot be said that the present state of the law is unsatisfactory from the point of view of available remedies.*”²⁴⁷⁴ De buitencontractuele aansprakelijkheid van een oorspronkelijke verkoper tegenover de uiteindelijke koper kan dus niet worden gegrondvest op *Junior Books*, een geval van onderaanneming mét rechtstreekse aansprakelijkheid en waarover hierna meer.²⁴⁷⁵

2. Onderaanneming en -lastgeving

571. Minder eensluidend is de Engelse rechtspraak in haar afwijzing van rechtstreekse aanspraken bij onderaanneming en -lastgeving.

Voorafgaand is er nog aan te herinneren dat er in bepaalde omstandigheden wel een contractuele aanspraak voorhanden is. Weliswaar wordt er in de regel geen rechtstreekse contractuele band tussen een hoofdopdrachtgever en een onderaannemer aanvaard, maar uitzonderlijk ontstaat tussen hen wel een dergelijke band wanneer de opdrachtgever ten aanzien van de hoofdaannemer te kennen geeft dat hij enkel een bepaalde met

²⁴⁷¹ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 48-49.

²⁴⁷² S. WHITTAKER, “Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions”, 201-203.

²⁴⁷³ Zie voor de ontwikkeling terzake I.N. DUNCAN WALLACE, *o.c.*, *Bouwrecht* 1999, p. 485, nr. 20, p. 486, nr. 23 (“*the increase of defective work can only be expected to increase*”).

²⁴⁷⁴ *Junior Books v. Veitschi Co.*, (1983) A.C., (520) 537 (H.L.).

²⁴⁷⁵ W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, p. 105, voetnoot 1, p. 335.

name genoemde persoon als onderaannemer wenst én er tussen hen een *collateral contract* ontstaat.²⁴⁷⁶ Andere²⁴⁷⁷ nuances van het gebrek aan enige contractuele band treffen we nog aan in de toepassing van *bailment*²⁴⁷⁸ en *implied contracts*.

572. In *Junior Books*²⁴⁷⁹ was tussen de bouwheer en de (nochtans bij naam aangewezen) onderaannemer-vloerspecialist Veitchi alvast geen sprake van een rechtstreekse contractuele band, zodat de vraag naar de eventuele toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid centraal kwam te staan. De onderaannemer werd tegenover de opdrachtgever Junior Books wegens scheuren in de vloer effectief buitencontractueel aansprakelijk gesteld,²⁴⁸⁰ maar in de uitspraak zelf wezen de Lords Fraser, Keith of Kinkel en Roskill reeds op de beperkte draagwijdte ervan, terwijl Lord Brandon of Oakbrook zelfs een *dissenting opinion* schreef die intussen tot de toonaangevende is uitgegroeid. Eén van de twee redenen waarom Lord Brandon of Oakbrook in *Junior Books* de meerderheid van de toenmalige rechters niet volgde, was het bestaan van een *ketting*: “*The effect ... would be, in substance, to create, as between two persons who are not in any contractual relationship with each other, obligations of one of those two persons to the other which are only really appropriate as between persons who do have such a relationship between them.*”²⁴⁸¹

Ook al zijn de huidige rechtsleer en rechtspraak er eensgezind in geslaagd om de draagwijdte van *Junior Books* fel in te perken, toch is de test niet zo eenduidig. Zo stelde Treitel voor dat een buitencontractuele aanspraak van een bouwheer tegen een onderaannemer voor de vergoeding van zuivere vermogensschade alleen op grond van *misperformance* en niet op grond van *nonperformance* denkbaar is, maar met de recente beslissing van het *House of Lords* in *White v. Jones* lijkt die stelling niet langer verdedigbaar.²⁴⁸² In *Muirhead* is Lord Goff dan weer van oordeel dat *Junior*

²⁴⁷⁶ *Nottingham Co-operative Soc. Ltd. v. Cementation Ltd.* (1989) 1 *Q.B.* 71, alsook andere geciteerde arresten in G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 1995, p. 535. Zie ook *The Eurymedon* in verband met *collateral contracts* en *agency* (cf. *supra*, nr. 252).

²⁴⁷⁷ B. KORTMANN, D. FABER, *o.c.*, in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 258.

²⁴⁷⁸ Cf. *infra*, nr. 594 et seq.

²⁴⁷⁹ J. HERBOTS, *o.c.*, *R.W.* 1983-84, kol. 167, nr. 3 (*J'Aire Corp. v. Gregory*, 24 Cal. 3d 799 (1979) –vergelijkbaar Amerikaans geval); I. CORBISIER, “Les différents tiers au contrat”, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 128, noot 136.

²⁴⁸⁰ Het betreft wel degelijk zuivere vermogensschade en geen fysieke schade, zoals nochtans Lord Wilberforce probeerde te verdedigen. Of om de prachtige taal van Weir in een oudere editie te gebruiken: “*By making a bad thing you do not damage it: you damage a thing by making it worse than it is. It is idle for Lord Wilberforce to say that there was material, physical damage. You do not turn a horse into a cow by calling it a cow, as you will quickly discover when you try to milk it.*” (T. WEIR, *A Casebook on Tort*, Londen, Sweet & Maxwell, 1988 (6^{de} ed.), 65).

²⁴⁸¹ *Junior Books v. Veitchi Co.*, (1983) *A.C.*, (520) 551, rov. E-F (H.L.).

²⁴⁸² Cf. *supra*, nr. 563.

Books niet toepasselijk is op een “ordinary purchase of chattels”.²⁴⁸³ Nu en dan wordt *Junior Books* als een toepassing uit de *Hedley Byrne*-stal gezien, althans wanneer deze case zo is te interpreteren dat ze berust op het principe van *assumption of responsibility*.²⁴⁸⁴ Lord Bridge ziet het specifieke van *Junior Books* in de “uniquely proximate relationship” tussen beide procespartijen.²⁴⁸⁵

Een ruime meerderheid leert dat de case geen principiële arrest uitmaakt en op de precieze omstandigheden van het geval afgesneden is:²⁴⁸⁶ de onderaannemers waren met name genoemd²⁴⁸⁷ en bekleedden een professionele hoedanigheid, de opdrachtgever vertrouwde op hun gespecialiseerde kennis en de onderaannemer was ervan op de hoogte dat gebreken in de vloer moesten worden hersteld en wel tot economische schade moesten leiden.²⁴⁸⁸ Weir zet zich zelfs in felle bewoordingen van dit geval af, omdat het “so confused the law that the defenders settled for a huge sum rather than face an appeal to the House of Lords as it was then constituted”.²⁴⁸⁹

De hedendaagse waarde van *Junior Books* is wellicht het best te begrijpen vanuit het bredere perspectief dat *Anns v. Merton* met zijn uitgebreide vergoedbaarheid van zuivere vermogensschade niet langer van het geldende recht deel uitmaakt; *Junior Books* is nu eenmaal één van de meeste radicale uitingen van dit principe geweest.²⁴⁹⁰

Een aantal auteurs wijzen zelfs de aanspraak in de feitelijke context zelf in *Junior Books* af op grond van de reden waarom de bouwheer niet de hoofdaannemer zelf heeft aangesproken: de hoofdaannemer was met name met de bouwheer in de vorm van een minnelijke schikking (*settlement*) overeengekomen een bepaalde som te betalen als vergoeding voor het risico dat de vloer gebrekkig zou blijken te zijn en het zou dan ook onrechtvaardig zijn om het risico van een gebrekkige vloer op de onderaannemers-

²⁴⁸³ *Muirhead v. Industrial Tank Specialties*, (1986) 1 *Q.B.*, (507), 528-529 (C.A.).

²⁴⁸⁴ Lord Keith in *Murphy v. Brentwood DC*, (1991) 1 *A.C.* (398) 466; B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 108; W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 142. Zie ook Lord Oliver in *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs.*, (1989) 1 *A.C.*, (177) 215, rov. D (H.L.). Zie de bespreking hiervan in J. STAPLETON, *Economic Loss: a Wider Agenda*, 283.

²⁴⁸⁵ Zie *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs.*, (1989) 1 *A.C.*, (177) 202 (H.L.).

²⁴⁸⁶ Zie o.m. Lord Fraser of Tullybelton in *Junior Books* (p. 533, rov. D): “strictly on its own facts”; *Clerk & Lindsell on Torts*, nr. 1-07, p. 7; M. BRAZIER, J. MURPHY, *Street on Torts*, Londen, Butterworths, 1999, 226.

²⁴⁸⁷ Zie vooral de uitgebreide bespreking van L.J. Bingham in *Simaan General Contracting Co. v. Pilkington Glass Ltd. (No. 2)*, (1988) 1 *Q.B.*, 758 (C.A.); W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 142 (partijen stonden “in a “uniquely proximate” relationship with them, more so than is normally the case between a building owner and a sub-contractor”). A. RODGER, “Some Reflexions on *Junior Books*”, in P. BIRKS (ed.), *The Frontiers of Liability*, Oxford, U.Press, 1994, (64) 66, merkt op dat de onderaannemers niet door de bouwheer maar door de architect worden benoemd.

²⁴⁸⁸ Zie de lijst van acht factoren opgesomd door Lord Roskill, in *Junior Books*, (1983) 1 *A.C.*, 1983, 546.

²⁴⁸⁹ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 61.

²⁴⁹⁰ W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 96.

verweerders af te wentelen. Die redenering gaat slechts op, indien de bouwheer met de schikking het risico van eventuele andere schade volledig op zichzelf wou nemen en die risicoaanvaarding ook geldt ten aanzien van een rechtstreekse aanspraak tegen andere betrokkenen zoals de onderaannemer. Het bestaan van een rechtstreekse aanspraak hangt met andere woorden af van de interpretatie van de minnelijke schikking.²⁴⁹¹

573. In latere rechtspraak vormt de strenge Engelse relativiteit van overeenkomsten dan ook een hinderpaal voor een buitencontractuele aanspraak van de bouwheer tegen de onderaannemer. In *Simaan General Contracting* stelde Bingham in de *Court of Appeal* kernachtig dat “*a direct responsibility for the quality of goods (...) is (...) inconsistent with the structure of the contract the parties have chosen to make.*”²⁴⁹² In casu had een hoofdaannemer aan zijn onderaannemer de uitdrukkelijke verplichting opgelegd om van glasproducent Pilkington groen glas af te nemen. Toen het glas gebrekkig bleek te zijn omdat het niet de vereiste groene kleur had (in de islamitische traditie de kleur van de vrede), kreeg de hoofdaannemer niet de volledige overeengekomen prijs van zijn opdrachtgever-sjeik. Volgens de *Court of Appeal* kan de hoofdaannemer tegen de glasproducent geen buitencontractuele aanspraak tot vergoeding van zijn zuivere vermogensschade doen gelden en moet hij veeleer de contractuele ketting volgen omdat de eiser en de verweerder niet in een bijzondere relatie tot elkaar staan (geen *duty of care*). De Engelse rechtsleer vindt voor deze houding een verklaring in de onmogelijkheid om de toepasselijke regeling te bepalen, mocht een rechtstreekse aanspraak tegen een producent toch mogelijk zijn: “*how would a standard of “defectiveness of quality” be set, since that is something which must be related to the terms of the contract (in particular, the price) between the manufacturer and the intermediary (...)? Further, what would be the effect of exclusions or limitations of liability in the contract between the manufacturer and the intermediary?*”²⁴⁹³

Zoals bij onderaanneming, nam de rechtspraak ook bij onderlastgeving een restrictieve houding aan. In het geval van *Balsamo v. Medici* had een onderlasthebber de verkoopopbrengst verkeerdelijk aan een bedrieger uitbetaald. Ook al vindt rechter Walton daarmee een economisch ongelukkige beslissing te nemen, de onderlasthebber is volgens hem niet rechtstreeks buitencontractueel aansprakelijk tegenover de oorspronkelijke lastgever. Zo'n rechtstreekse aanspraak zou alleen voorhanden zijn wanneer de onderlasthebber tevens als een *sub-bailee* kan worden beschouwd.²⁴⁹⁴

²⁴⁹¹ P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, Clarendon, 1995, 383, noot 40; D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *o.c.*, (1991) 54 *Mod.L.R.*, (48) 49-50, 70-71.

²⁴⁹² *Simaan General Contracting Co. v. Pilkington Glass Ltd.*, (1988) 1 *Q.B.*, 781, rov. G (C.A.).

²⁴⁹³ W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 338.

²⁴⁹⁴ *Balsamov. Medici*, (1984) 1 *W.L.R.*, 951 en vooral 961 (C.D.). Bemerkt hoe hij een onderscheid maakt met *Junior Books*. Over *bailment*, cf. *infra*, nr. 594 et seq.

574. In *Henderson* (onderlastgeving) lijkt het *House of Lords* een verzoening tussen *Junior Books* (onderaanneming) en *Simaan General Contracting* (ketting van onderaanneming en koop) tot stand te willen brengen. De schadelijgende Lloyd's Names (*indirect Names*²⁴⁹⁵) hadden grote verliezen geleden en verweten de *managing agents* onverantwoorde verzekeringsrisico's te hebben onderschreven. Die *managing agents* stonden enkel met de *member's agents* in een contractuele relatie en waren onderlasthebber ten opzichte van de *indirect Names*.

Opnieuw aanvaardt de *House of Lords* een rechtstreekse buitencontractuele aanspraak, ditmaal van de onderlasthebbers tegenover de Lloyd's Names,²⁴⁹⁶ al benadrukt het Hof wel bij monde van Lord Goff dat het hier net zoals in *Junior Books* om een uitzonderlijk geval gaat. "(It may well prove to be inconsistent with an assumption of responsibility which has the effect of, so to speak, short circuiting the contractual structure so put in place by the parties".²⁴⁹⁷ Het uitzonderlijke van het geval in *Henderson* zou met name liggen in de mate dat "claims against managing agents, whether by the members' agents under the sub-agency agreement or by the indirect Names in tort, will in both cases have the purpose, immediate or ultimate, of obtaining compensation for the indirect Names."²⁴⁹⁸

De Engelse hoogleraar Whittaker ziet evenwel terecht niet in waarin het uitzonderlijke van deze case precies ligt, zodat hij dan ook even grote problemen van juridische voorspelbaarheid verwacht zoals indertijd met *Junior Books*.²⁴⁹⁹

In ieder geval is uit het bestaan van een ketting van overeenkomsten niet per definitie af te leiden dat de partijen een rechtstreekse aanspraak uitsluiten.

Een vaak geciteerde uitspraak van Lord Scarman uit de *Tai Hing*-case luidt als volgt: "Their Lordships do not believe that there is anything to the advantage of the law's development in searching for a liability in tort where parties are in a contractual relationship".²⁵⁰⁰ Gelet op *Henderson* kan die propositie niet langer in zijn algemeenheid van het Engelse recht deel uitmaken.²⁵⁰¹ De uitspraak in *Tai Hing* behoudt nog steeds zijn betekenis, voorzover "attempts have been made to use the general duty of care in tort to override the

²⁴⁹⁵ De *direct Names* zijn dan weer de *members' agents* die tegelijk *managing agent* zijn.

²⁴⁹⁶ Over het onderscheid tussen *Henderson* (*authorised sub-agents*) en *Balsamov. Medici* (*unauthorised*) zie *Chitty on Contracts*, I, p. 77, nr. 1-077.

²⁴⁹⁷ *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*, (1995) 2 A.C., 195.

²⁴⁹⁸ *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*, (1995) 2 A.C., 195.

²⁴⁹⁹ S. WHITTAKER, "Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions", 204-205.

²⁵⁰⁰ *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, (1985) 1 A.C., 107, rov. B (P.C.).

²⁵⁰¹ W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 11.

allocation of responsibility between the parties by contract."²⁵⁰² In een contractuele context is een buitencontractuele aanspraak enkel mogelijk, voorzover enkel de contractuele en buitencontractuele *remedy* verschillende kenmerken vertonen, maar niet langer wanneer de inhoud (*substance*) van de *duty* verschillend zou zijn.²⁵⁰³ Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht mag niet tot méér plichten leiden dan wat tussen de partijen contractueel is overeengekomen.²⁵⁰⁴

De rechtstreekse aanspraak is wel steeds voorhanden in geval van een inbreuk op de fysieke integriteit of het eigendomsrecht van de eiser, in welk geval het criterium van de *assumption of responsibility* niet relevant is, alhoewel de onderaannemer wel de bescherming kan genieten van de contractuele, door de bouwheer toegestane exoneratieclausule.²⁵⁰⁵

575. De impact van de *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* op dit vraagstuk is niet zo ingrijpend. Ten voordele van de opeenvolgende eigenaars (van een gebouw) die op buitencontractueel vlak in principe weinig bescherming genieten, is het voortaan weliswaar mogelijk om in de overeenkomst van de potentiële schadeverwekker een afdwingbaar derdenbeding in te voegen²⁵⁰⁶ en is het niet langer nodig om aan elke eigenaar een *collateral warranty* te verlenen,²⁵⁰⁷ maar nu reeds sluiten de *collateral warranties* typischerwijze zelfs de vergoedbaarheid van *consequential economic loss* uit.²⁵⁰⁸

Bij gebrek aan een uitdrukkelijk derdenbeding in het relevante contract, zal de tweede test van het derdenbeding ("*purport to benefit*") niet tot een vermoeden van derdenbeding doen besluiten.

Zeker in de bouwindustrie wordt een ketting van contracten zo begrepen dat de *remedies* tot de rechtstreekse contractant beperkt blijven. Hetzelfde geldt voor een koper met betrekking tot de kwaliteit van de

²⁵⁰² *Ibid.*, 10. Lord Scarman had trouwens zelf gezegd dat "*it is possible to identify tort as well as contract as a source of the obligations owed by the one to the other. Their Lordships do not, however, accept that the parties' mutual obligations in tort can be any greater than those to be found expressly or by necessary implication in their contract*" (*Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, (1985) 1 A.C., 107, rov. G). Zie ook *Banque Financière de la Cité S.A. v. Westgate Insurance Co. (Banque Keyser Ullmann v. Skandia Insurance Co.)*, (1991) 2 A.C., (249) 256 (H.L.): "*Where there is a concurrent duty in contract and in tort, then in the area which the contract covers the parties must be treated as having defined conclusively the whole content of the duty and impliedly excluded any wider one ... The qualification does not exclude the operation of the law of tort in an area outside the scope of the contract terms*".

²⁵⁰³ In die zin W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 10-11.

²⁵⁰⁴ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 80.

²⁵⁰⁵ *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.* (1995) 2 A.C., 196, rov. A-B.

²⁵⁰⁶ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 1, nr. 1.2, p. 78, nr. 7.10, p. 87, nr. 7.37.

²⁵⁰⁷ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 120, nr. 10.13.

²⁵⁰⁸ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 44-45, nr. 3-14/15.

goederen,²⁵⁰⁹ alsook voor een bouwheer ten opzichte van een onderaannemer.²⁵¹⁰

Zo zouden ook de feiten uit *Junior Books* volgens de *Law Commission* niet voldoen aan de test voor het vermoeden van derdenbeding, omdat dit vermoeden door de structuur van de ketting is weerlegd, zodat er alleen nog een *remedy* tegenover de hoofdaannemer overblijft.²⁵¹¹ In de rechtsleer wordt daarover toch weer twijfel geuit, omdat deze uitspraak enkel is gebaseerd op de vooronderstelling dat partijen willen dat een vordering alleen mogelijk is tegen diegene met wie ze gecontracteerd hebben. Nochtans maken concrete contractpartijen niet noodzakelijk steeds die veronderstelling.²⁵¹²

576. Net ná de uitspraak in *Junior Books*, in 1984, kon men nog leren dat de situatie in het Engelse en Belgische recht totaal verschillend was:²⁵¹³ een rechtstreekse aanspraak stond in het Engelse recht in ruimere mate ter beschikking dan in het Belgische. Intussen heeft de *House of Lords* zijn positie enigszins gemilderd, terwijl het Belgische Hof van Cassatie aan de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent blijft vasthangen.

In het Belgische recht nemen een onderaannemer (het prototype van de uitvoeringsagent) en een onderlasthebber een onderscheiden rechtspositie in. Terwijl een onderaannemer ten aanzien van de hoofdopdrachtgever krachtens vaststaande cassatierechtspraak van een quasi-immuniteit geniet, moet een onderlasthebber zich krachtens een specifieke wettelijke regeling een rechtstreekse vordering van de hoofdlastgever laten welgevallen (art. 1994, tweede lid B.W.).

Daarentegen maakt het Engelse recht geen onderscheid naargelang van de aard van bijzondere overeenkomsten. Zo gaat het in *Henderson* namelijk om een *agency* tot het sluiten van verzekeringsovereenkomsten, maar haalt Lord Goff evenzeer voorbeelden uit de bouwwereld aan (aanneming). Evenmin wordt tussen leveranciers en onderaannemers een onderscheid gemaakt, zo blijkt zowel uit *Henderson* als uit *Simaan General Contracting*. Of een buitencontractuele aanspraak mogelijk is, wordt van geval tot geval beslist. Het resultaat is op de omstandigheden van elk individueel geval afgesneden.

Het Engelse recht neemt dus niet een even radicale houding in als het Belgische recht waarin het ofwel alles (in het geval van een onderlasthebber) ofwel niets (in het geval van een uitvoeringsagent) is.

²⁵⁰⁹ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 81, nr. 7.18.

²⁵¹⁰ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 88, nr. 7.38.

²⁵¹¹ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 90, nr. 7.47.

²⁵¹² C. MACMILLAN, *o.c.*, *Mod.L.R.* 2000, 725.

²⁵¹³ J. HERBOTS, *o.c.*, *R.W.* 1983-84, kol. 167, nr. 4.

3. Andere samenhangende overeenkomsten

577. In de gevallen waar overeenkomsten op een andere manier met elkaar zijn verbonden dan dat de ene overeenkomst op de uitvoering van de andere overeenkomst is gericht en afgezien van de opeenvolgende koopovereenkomsten, neemt het Engelse recht opnieuw een zeer genuanceerde houding aan (meer dan wat, althans op het eerste gezicht, uit het Belgische landmetersarrest²⁵¹⁴ voortvloeit).

In *Gran Gelato* met name neemt een toekomstig uitbater van een Italiaans ijssalon in Londen een tienjarige huur van de kelder- en benedenverdieping van twee aanpalende panden over (“*sale*”). Vóór de totstandkoming van de *conveyancing transaction* stelt de advocaat van de hoofdhuurder tegenover de toekomstige onderhuurder²⁵¹⁵ de juridische situatie verkeerd voor (*misrepresentations*). Volgens de advocaat zou de hoofdverhuurder krachtens zijn hoofdhuurovereenkomst geen rechten kunnen laten gelden die de onderhuur kunnen inperken, alhoewel er in de hoofdhuur wel degelijk zogenaamde *redevelopment break clauses* stonden volgens welke de hoofdverhuurder aan de huur mits opzegging na vijf (in plaats van na tien) jaar een einde kon maken, *quod in casu*. De onderhuurder wou zijn huurrecht doorverkopen, maar omwille van de genoemde clausules toonde niemand nog belangstelling.

Volgens de Engelse rechter kan de onderhuurder enkel tegen de hoofdhuurder een aanspraak doen gelden, maar niet tegen diens advocaat aangezien een *duty of care* tussen beide ontbreekt. Een rechtstreekse aanspraak wordt zelfs absurd genoemd, al blijft die bevinding beperkt tot “*inquiries before contract in a normal conveyancing transaction*”. Drie factoren zijn daarbij cruciaal: (1) in de context van een “*contract for sale of an interest in land*” geeft de advocaat de informatie voor rekening van de verkoper; (2) de onderhuurder beschikt al over een *remedy* tegen de hoofdhuurder (*seller*); en (3) er zijn geen bijkomende redenen waarom er wel een *duty of care* en dus een rechtstreekse aanspraak mogelijk zou moeten zijn. De insolventie van de onmiddellijke contractpartij voor een rechtstreekse aanspraak evenmin een goede grond opleveren: “*That those with whom one deals may become insolvent is an ordinary risk of everyday life.*”²⁵¹⁶ Dat de overnemer de rekening van de advocaat zelf heeft betaald, is al evenmin voldoende; bij betaling door de cliënt zelf (in casu hoofdhuurder) wordt de advocatenrekening uiteindelijk toch via de prijs voor de overname aan de overnemer

²⁵¹⁴ Cf. *supra*, nr. 113.

²⁵¹⁵ Bemerkt dat niet zo duidelijk is of onderhuur dan wel overneming van huur wordt bedoeld.

²⁵¹⁶ *Gran Gelato Ltd. v. Richcliff (Group) Ltd.* (1992) Ch. (560) vooral 570-571 (Sir Donald Nicholls; advocaat bij huur ijswinkel).

doorgerekend, zodat de al dan niet rechtstreekse betaling economisch gezien geen verschil uitmaakt.²⁵¹⁷

In andere gevallen wordt een *duty of care* wel vlugger in een relatie gelezen. Aldus stond in *Smith v. Eric S. Bush* een taxateur (*valuer*) die enkel in een contractuele relatie stond met een hypothecaire schuldeiser (*mortgagee*), in een *duty of care* relatie met de hypothecaire schuldenaar (*mortgagor*),²⁵¹⁸ omdat de taxateur van het bestaan van de hypothecaire schuldenaar op de hoogte was en ook wist dat die in vertrouwen op het advies van de taxateur zouden reageren.²⁵¹⁹ Indien die laatste tegen de taxateur geen vordering had kunnen doen gelden, dan zou hij helemaal geen *remedy* hebben gehad.²⁵²⁰

B. Contractuele structuur: risicobeginsel?

578. In bepaalde omstandigheden beroept een Engelse rechter zich op een contractueel beding om eruit af te leiden dat de eiser het risico niet naar een derde toe kan verschuiven omdat hij dit precies op zichzelf heeft willen nemen.

In *Harvey*²⁵²¹ gaf een eigenaar aan een aannemer de opdracht om zijn zwembad uit te breiden. Die aannemer besteedde de dakwerken uit aan een onderaannemer “*to the same terms and conditions as those of the main contract*”. Bij die werken maakte de onderaannemer van zijn soldeerlamp evenwel op een zodanig verkeerde wijze gebruik, dat het zwembad en de uitbreiding ervan afbrandde. Volgens de hoofdaannemingsovereenkomst rustte het brandrisico op de opdrachtgever alleen.

Bij de beoordeling van de aanspraak van de hoofdopdrachtgever tegen de onderaannemer was er volgens de *Court of Appeal* geen voldoende nauwe relatie tussen beide en was de onderaannemer tegenover de hoofdopdrachtgever dan ook niet tot een *duty of care* gehouden. “*The court held that this allocation of risk formed part of the contractual context in which the subcontractor had taken on the work*”. Het Hof verwierp dan ook het beroep tegen de uitspraak van de rechter “*that any duty of care which would otherwise have*

²⁵¹⁷ *Gran Gelato Ltd. v. Richcliff (Group) Ltd.* (1992) Ch. (560) 572.

²⁵¹⁸ *Smith v. Eric S. Bush*, (1990) 1 A.C., 831 (H.L.) (naar beneden gestorte schoorsteen).

²⁵¹⁹ Zo haalt ook Sir Donald Nicholls nog een Nieuw-Zeelandse uitspraak aan waarbij de advocaten van een *borrower* tegenover de *lender* aansprakelijk waren omwille van een “*assumed personal responsibility to the mortgagee for the accuracy of their certificate*.” (*Gran Gelato Ltd. v. Richcliff (Group) Ltd.* (1992) Ch. (560) 571-572, met verwijzing naar *Allied Finance and Investments Ltd. v. Haddow & Co.* (1983) N.Z.L.R. 22.).

²⁵²⁰ Zo legt Sir Donald Nicholls het verschil uit tussen beide cases in *Gran Gelato v. Richcliff (Group) Ltd.* (1992) Ch. (560) 570-571.

²⁵²¹ (1989) 1 W.L.R. 828 (C.A.) (afgebrand zwembad).

been owed by the defendants to the plaintiff had been qualified by the terms of the respective contracts between the parties".²⁵²²

Uit de contractuele context kan dus voortvloeien dat de hoofdopdrachtgever het bewuste risico op zich heeft willen nemen en bijgevolg niet via een buitencontractuele aanspraak naar de onderaannemer kan doorschuiven.

579. De afwezigheid van een rechtstreekse aanspraak mag evenwel niet automatisch uit het enkele bestaan van samenhangende overeenkomsten worden afgeleid. In andere gevallen van samenhangende overeenkomsten kunnen contractuele bedingen met zich meebrengen dat het risico juist niet op de eisende contractant ligt. Het bestaan van een risicobeginsel houdt niet in dat een aanspraak bij samenhangende overeenkomsten steeds ongegrond zou moeten zijn.

Getuige van die houding is de recente Schotse uitspraak van de *House of Lords* in *British Telecom*,²⁵²³ met slechts één opinie van de hand van Lord Mackay of Clashfern. Voor de uitvoering van opfrissings- en herstellingswerken in het Glasgowse *telephone switching station* had BT een hoofdaannemer ingeschakeld. Volgens die overeenkomst was BT ertoe gehouden om met betrekking tot welbepaalde risico's, waaronder brand, een verzekeringsovereenkomst te sluiten zowel voor de hoofdaannemer als voor de *nominated subcontractors* (*id est* onderaannemers die uiteindelijk door een architect zijn geselecteerd en goedgekeurd), en moest die verzekeringsovereenkomst een beding bevatten dat de verzekeraars tegen de hoofdaannemer of tegen die ene categorie van onderaannemers geen subrogatoir recht zouden kunnen uitoefenen. Thomson die effectief ook brand en daarmee fysieke zaakschade veroorzaakte, was één van de andere soort onderaannemers, zogenaamde *domestic subcontractors*, in wiens voordeel de verzekeringsovereenkomst dus niet speelde. Tegen de delictuele aanspraak van BT verweerde Thomson er zich mee dat het contractuele kader het onredelijk en onrechtvaardig maakte om Thomson tegenover BT een *duty of care* op te leggen.

Lord Mackay overwoog terecht: "*if the terms of a contract are to be taken into account it must be right to take account of all the terms of the contract that are relevant to the question.*"²⁵²⁴ Aangezien het verzekeringsvoordeel niet slaat op de categorie van onderaannemers waartoe Thomson behoort, komen

²⁵²² *Norwich City Council v. Harvey*, (1989) 1 W.L.R., p. 831, rov. C-D.

²⁵²³ *British Telecommunications Plc. v. James Thomson & Sons (engineers) Ltd.*, (1999) 1 W.L.R., 9 (H.L. – Schots) (afgebrand telefoonschakelaarstation). Voor een eerste commentaar zie J. CONVERY, "Standard Form Building Contracts and Duty of Care", (1999) *Mod.L.R.*, 766-776 (die nader ingaat op het onderscheid met *Marc Rich*).

²⁵²⁴ *British Telecommunications Plc. v. James Thomson & Sons (engineers) Ltd.*, (1999) 1 W.L.R., p.16, C-D.

de contractuele clausules in de omstandigheden van dit geval eerder neer op een versterking dan op een verzwakking van een *duty of care* van Thomson tegenover BT.²⁵²⁵ De Lord ging daarbij uitdrukkelijk niet in op de “*criticisms of allowing contractual provisions to which parties to litigation were not themselves parties to be considered in deciding whether or not a duty of care between the parties to the litigation existed.*”²⁵²⁶

Dit geval illustreert meteen voor het Engelse recht dat de tegenstelbaarheid van een overeenkomst ook in het nadeel van een derde kan uitlopen. Vanuit een economisch standpunt bekeken, moet de verzekeraar tegen die categorie van onderaannemers wel over een subrogatoir recht beschikken omdat hij anders slechts tegen een hogere verzekeringspremie zou hebben gecontracteerd.²⁵²⁷

Gezien de nadruk op de omstandigheden van het geval volgt het Engelse recht bovendien geen alles-of-niets benadering zoals dat in België wel gebeurt.

Toch is er ook kritiek tegen die beslissing te noteren: “*the absence of protection against subrogation does not of itself generate a duty of care.*”²⁵²⁸ Die ene clause legt op zichzelf nog niet uit waarom het rechtvaardig zou zijn om in de relatie tussen eiser en verweerder een *duty of care* te lezen. Het valt tevens op dat de *House of Lords* niet ingaat op de verenigbaarheid met *Harvey* en evenmin op de criteria van *Marc Rich* die nochtans ook op fysieke zaakschade betrekking heeft.²⁵²⁹ Fysieke schade kan inderdaad ook problematisch zijn in die gevallen waar de contractuele achtergrond met een *duty of care* onverzoeenbaar zou kunnen zijn.²⁵³⁰

580. Zowel in *Harvey* als in *B.T.* was een specifiek contractueel beding doorslaggevend voor de vraag of de contractuele context een rechtstreekse aanspraak uitsluit dan wel versterkt. In andere gevallen is het de – meer algemene – contractuele structuur die bepaalt of een rechtstreekse aanspraak al dan niet mogelijk is.

In *Greater Nottingham*²⁵³¹ krijgt de hoofdaannemer van *Greater Nottingham* de opdracht om diens gebouwen uit te breiden. De hoofdaannemer geeft

²⁵²⁵ *British Telecommunications Plc. v. James Thomson & Sons (engineers) Ltd.*, (1999) 1 *W.L.R.*, p. 16, D-E (“*the contractual provisions reinforce rather than negative the existence of a duty of care toward B.T. by Thomson in the circumstances of the present case*”).

²⁵²⁶ *British Telecommunications Plc. v. James Thomson & Sons (engineers) Ltd.*, (1999) 1 *W.L.R.*, p. 16, F.

²⁵²⁷ *British Telecommunications Plc. v. James Thomson & Sons (engineers) Ltd.*, (1999) 1 *W.L.R.*, p. 16, A.

²⁵²⁸ J. CONVERY, *o.c.*, (1999) 62 *Mod.L.R.*, 773.

²⁵²⁹ *Ibid.*, 771 (*Marc Rich*, cf. *infra*, nr. 582 heeft betrekking op internationale regels en niet zomaar op een private overeenkomst, op een verweerder die niet met het oog op winst handelde en die onrechtstreekse schade veroorzaakte).

²⁵³⁰ J. CONVERY, *o.c.*, (1999) 62 *Mod.L.R.*, 772.

²⁵³¹ *Greater Nottingham Cooperative Society v. Cementation Piling & Foundations*, (1989) 1 *Q.B.*, 71 (C.A.) (onzorgvuldig aangebrachte heipalen).

vervolgens aan *Cementation Piling* de opdracht om heipalen (*piles*) te plaatsen waarop de uitbreiding uiteindelijk kan worden gebouwd. Tussen de hoofdopdrachtgever en de onderaannemer bestond zelfs een beperkte directe contractuele band, een zogenaamde *collateral contract of warranty* waarbij de onderaannemer zich tot zorgvuldigheid bij de design had verbonden maar waarbij niets werd bedongen over de wijze van uitvoering van het contract.

Rechter Purchas wijst erop dat de centrale vraag luidt “*what impact upon the otherwise close relationship should the existence of the contract between the subcontractors and the employers have upon tortious liability*”.²⁵³² Evenmin als in *Simaan en Muirhead*,²⁵³³ wordt de onderaannemer rechtstreeks tegenover de hoofdopdrachtgever aansprakelijk bevonden. Ditmaal wordt een meer uitgestrekte rechtstreekse contractuele band, boven wat effectief is overeengekomen, met een *assumption of responsibility* inconsistent geacht. Alhoewel de relatie tussen opdrachtgever en onderaannemer zo mogelijk nog dichter is dan in *Junior Books*, ligt er toch geen *duty of care* voor.²⁵³⁴

581. In *Marc Rich*²⁵³⁵ is de rol van de (wettelijk omkaderde) contractuele structuur nog duidelijker. Een zeevervoerder krijgt de opdracht om bepaalde goederen te vervoeren. Pas na enkele kleine scheepsherstellingen krijgt de zeevervoerder van een classificeringsfirma een certificaat om de reis met het schip weer aan te vatten, maar toch zinkt het schip onderweg tot op de zeebodem. Door de wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen kon de eigenaar van de verloren goederen slechts een deel van het verlies van de zeevervoerder zelf recupereren.

Alhoewel het ditmaal (zoals in BT) om fysieke schade en niet om zuivere vermogensschade gaat, botst zijn buitencontractuele aanspraak tegen de classificeringsonderneming op het veto van de *House of Lords*: “*The dealings between shipowners and cargo owners are based on a contractual structure, the Hague Rules and tonnage limitation, on which the insurance of international trade depends. Underlying it is the system of double insurance of cargo.*” Als belangrijkste argument wijst Lord Steyn erop dat het toekennen van een aanspraak “*in this case will be to enable cargo owners, or rather their insurers, to disturb the balance created by the Hague Rules and Hague Visby Rules as well as by tonnage limitation provisions, by enabling cargo owners to recover in tort against a peripheral party*”

²⁵³² *Greater Nottingham*, 99.

²⁵³³ Cf. *supra*, nr. 569.

²⁵³⁴ *Greater Nottingham*, 105 (Woolf). Vgl. de kritiek van J. STAPLETON, *Economic Loss: a Wider Agenda*, 287-288 (“*an erroneous assumption that if the arrangements are close but silent on the issue this is strong, even determinative support for a finding of no duty*”).

²⁵³⁵ *Marc Rich & Co. v. Bishop Rock Marine Co.* (1996) 1 A.C., (211) 242 (H.L.) (gezonken gecertificeerd schip).

to the prejudice of the protection of shipowners under the existing system.”²⁵³⁶ Een *duty of care* zou leiden tot een “*outflanking of the bargain between shipowners and cargo owners*”.²⁵³⁷ Voor de benadeelde maakt de contractuele aanspraak reeds een voldoende bescherming uit.

582. Hetzelfde resultaat van *Marc Rich* had ook kunnen worden bereikt in termen van *policy* of in termen van *just, fair and reasonable*.²⁵³⁸ Zo was er volgens Rogers tussen de procespartijen wel een voldoende nauwe band (*proximity*), maar pleitten de beleidsredenen tegen het aanvaarden van een *duty of care* in deze context.²⁵³⁹

Die redenering doet juist denken aan het al zo vaak genoemde risicobeginsel. In dezelfde lijn ligt ook de opmerking van Weir dat “*in the absence of an explicit exclusion of tort liability the court may find that to impose liability in tort would be incompatible with the transactional set-up or background, including closely-linked arrangements with third parties.*”²⁵⁴⁰

Volgens Stapleton gaat er van de redenering van het risicobeginsel of, zoals ze het noemt, het *anti-circumvention principle*, niet voldoende verklarende kracht uit. Ze noemt dit beginsel, dat beweert na te gaan wat de werkelijke bedoeling van de partijen was (*actual commercial understanding*), een kringredenering, een loutere, niet-gestaafde bewering, een fictie.²⁵⁴¹ Uit de contractuele structuur volgt immers niet dat de benadeelde het risico op zich moet nemen of alleen maar een contractuele aanspraak tegen zijn eigen contractant kan laten gelden.

In de plaats van die subjectieve weg stelt zij daarom een objectief criterium voor: had de eiser al dan niet voldoende adequate of realistische mogelijkheden om zichzelf te beschermen of, beter, om de verweerder voldoende te kunnen ontmoedigen?²⁵⁴² Er moet worden afgewogen of de eiser efficiënter op eigen kosten de verweerder kan ontmoedigen dan wel of het recht van de buitencontractuele aansprakelijkheid (met de ermee verbonden kosten) daarvoor moet tussenkomen. In die efficiëntie-analyse mag de eiser niet zomaar als een *free-rider* kunnen handelen en van de buitencontractuele aansprakelijkheid profiteren, als hij zelf goedkoper de nodige impulsen (*incentives*) kan geven om de verweerder voldoende te

²⁵³⁶ Zie ook tekst in T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 52 (c). Centraal staat het contract van vervoer en niet zozeer dat tussen de vervoerder en de classificeringsmaatschappij.

²⁵³⁷ Zie tekst in T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 53.

²⁵³⁸ *Ibid.*, 53.

²⁵³⁹ W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 102.

²⁵⁴⁰ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 80.

²⁵⁴¹ J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 330-331.

²⁵⁴² “*Could P, absent these protective terms, have been able to secure the protection for himself?*” De vraag rijst ook wanneer er effectief een bescherming bestaat (J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 339).

ontmoedigen. Het antwoord hangt af van de marktstructuur en van de vraag of de eiser al dan niet voldoende onderhandelingsmacht heeft.

Precies hierin ligt evenwel de zwakte van de argumentatie van Stapleton. Aan de hand van dit criterium meent zij namelijk de rechtstreekse aanspraak uit de *Henderson*-case te kunnen verklaren, maar het feit dat de *Names* niet de nodige onderhandelingsmacht hadden om zelf de nodige bedingen af te dwingen, berust slechts op een vermoeden, zo geeft Stapleton tussen de lijnen van haar betoog door ook zelf toe.²⁵⁴³ Geheel overtuigend is evenmin de toepassing van haar criterium op de aansprakelijkheid van onderaannemers tegenover de bouwheer of op de aanspraak van opeenvolgende kopers tegen een aannemer die ze slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk acht.²⁵⁴⁴ Volgens haar wegen de procedurele besparingen van een rechtstreekse aanspraak minder zwaar door dan de “*open-endedness*” van een dergelijke aanspraak en rust het faillissementsrisico (*broken contractual chain*) op de contractant zelf.²⁵⁴⁵

Ten slotte moet Stapleton nog een tweede criterium inroepen om te verklaren dat de kopers van consumentengoederen voor gebreken terzake de producent niet rechtstreeks kunnen aanspreken.²⁵⁴⁶ Bij de toepassing van het eerste criterium beschikt een consument immers niet over de nodige onderhandelingsmacht, al is de bescherming uit het dwingende kooprecht (met de nietigheid van exoneraties tegenover consumenten) wel vrij groot.²⁵⁴⁷ Een uiteindelijke koper zou dan geen rechtstreekse aanspraak kunnen laten gelden, omdat een rechtssysteem geen behoefte heeft aan twee inhoudelijk identieke aanspraken (wat de complexiteit alleen maar zou vergroten). Toch geeft ze toe dat dit criterium moeilijk met *Henderson* te verzoenen is.²⁵⁴⁸

C. Doorwerking en Himalaya-clausules

583. In ieder rechtssysteem heeft een hoofdaanemingovereenkomst met een exoneratiebeding dat tevens in de vorm van een derdenbeding wordt geformuleerd, tot gevolg dat de hoofdopdrachtgever het risico op zich neemt en het niet langer naar de onderaannemer kan doorschuiven. Ook toen het Engelse recht nog geen derdenbeding kende, ging het risico-beginsel in ieder geval ook zo ver, althans in het recht van vervoer over zee.

²⁵⁴³ J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 339 (“presumably”).

²⁵⁴⁴ *Ibid.*, 336-337.

²⁵⁴⁵ *Ibid.*, 337-338.

²⁵⁴⁶ J. STAPLETON, “Tort, Insurance and Ideology”, (1995) 58 *Mod.L.R.*, (820) 839.

²⁵⁴⁷ J. STAPLETON, *Economic Loss: a Wider Agenda*, 273-274.

²⁵⁴⁸ J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 339-340.

A contrario betekent die rechtspraak evenwel dat zonder een dergelijke clause een rechtstreekse aanspraak tegen een uitvoeringsagent wel mogelijk is.

Het principe van doorwerking komt tot uiting in de discussie omtrent de zogenaamde *Himalaya*-clausules (die in Nederlandse discussies van oudsher bij de bespreking van het derdenbeding ter sprake komen). Lord Goff geeft de typische bewoordingen van een *Himalaya*-clausule als volgt weer:²⁵⁴⁹ “*Without prejudice to the foregoing, every such servant, agent and subcontractor shall have the benefit of all exceptions, limitations, provision, conditions and liberties herein benefiting the carrier as if such provisions were expressly made for their benefit, and in entering into this contract, the carrier, to the extent of these provisions, does so not only on (his) own behalf, but also as agent and trustee for such servants, agents and subcontractors.*”²⁵⁵⁰

1. Vóór Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999

584. Bij het begin van de twintigste eeuw kon een persoon die een overeenkomst van een ander uitvoerde, een beroep doen op de immuniteit die zijn opdrachtgever eventueel genoot. Met name werd de werking van een exoneratiebeding tussen een verzender en een bevrachter (*charterer*) ten gunste van een tweede scheepseigenaar (tijdsbevrachting) aanvaard. De *House of Lords* baseerde die gedachte in *Elder, Dempster* op *possession* en *agency*.²⁵⁵¹ Op basis van die case ontstond de doctrine van de *vicarious immunity* (*vicarious* betekent “in zijn plaats” of “plaatsvervangend”). Die immuniteit is niet vergelijkbaar met de quasi-immuniteit van de Belgische uitvoeringsagent, omdat voor die laatste ook los van het bestaan van een exoneratiebeding uit de hoofdovereenkomst immuniteit bestaat.

De idee van *vicarious immunity* werd evenwel al vlug door de *House of Lords* afgevoerd. Voortaan luidde het principe dat een aanspraak van een hoofdopdrachtgever tegen een uitvoeringsagent in principe mogelijk was, ook al had de hoofdopdrachtgever zich tegenover zijn eigen contractant tot een exoneratiebeding verbonden. Met name in *Midland Silicones* (Engelse nalatige stuwadoorsarrest)²⁵⁵² stelde een eigenaar van goederen

²⁵⁴⁹ Zo genoemd naar het schip in *Adler v. Dickson*, (1955) 1 Q.B., 158 (C.A.; val van loopplank van cruiseschip – geen doorwerking ten gunste van de meester en de “boots” van het schip; onderscheiden van *Elder Dempster* doordat dit betrekking had op “no independent tort unconnected with the performance of the contract”, zie Jenkins L.J., 194).

²⁵⁵⁰ *The Makhutai*, (1996) A.C., p. 662, rov. B.

²⁵⁵¹ Zie de woorden van Viscount Cave in *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, (1924) A.C., (522) 534 (H.L.; geplette palmolievaten onder druk van erbovenop geladen palmkorels). Zie ook de verwijzingen in *The Makhutai*, (1996) A.C., p. 659, rov. D, p. 661, rov. E.

²⁵⁵² *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, (1962) A.C., 446 (H.L., vat “silicone diffusion pump liquid”).

(hoofdpdrachtgever) een buitencontractuele aanspraak in tegen een nalatige stuwadoor. In het Hof heerste niet alleen unanimititeit over het feit dat er tussen de procespartijen geen enkele contractuele relatie bestond, maar volgens een meerderheid in het Hof stond het *privity*-beginsel eraan in de weg dat de stuwadoor zich tegen een buitencontractuele aanspraak kon verweren door een beroep te doen op de aansprakelijkheidsbeperking uit de hoofdovereenkomst tussen de verzender en de vervoerder. Volgens diezelfde meerderheid kon de stuwadoor tegen de eigenaar van de goederen evenmin de aansprakelijkheidsbeperking uit zijn eigen overeenkomst met de vervoerder invoeren. Er was dan ook niet langer sprake van een algemeen principe van *vicarious immunity*.

Lord Denning vocht die beslissing in zijn *dissenting opinion* vanuit twee invalshoeken aan. Zijns inziens is de aansprakelijkheidsbeperking uit de hoofdovereenkomst aan de stuwadoor enkel niet tegenwerpelijk, omdat de beperking in casu alleen in het voordeel van de vervoerder was bedongen. Was het beding evenzeer in het voordeel van de stuwadoor bedongen, dan had de stuwadoor er zich zijns inziens wel op kunnen beroepen. Lord Denning trekt dan ook sterk van leer tegen de meerderheid die net de omgekeerde weg uitgaat als degenen die in de negentiende eeuw op grond van het *privity*-beginsel elke buitencontractuele aanspraak uitsluiten (*privity of contract fallacy*): “*What an irony is here! This “fundamental principle” which was invoked 100 years ago for the purpose of holding that the agents of the carrier were “not liable at all” is now invoked for the purpose of holding that they are inescapably liable, without the benefit of any of the conditions of carriage. How has this come about?*”²⁵⁵³

De andere invalshoek van kritiek is de figuur van de *bailment*. Al was de aansprakelijkheidsbeperking uit de hoofdovereenkomst in casu niet in het voordeel van de stuwadoor bedongen, toch mocht de stuwadoor niet aansprakelijk zijn omwille van de aansprakelijkheidsbeperking uit zijn eigen overeenkomst met de vervoerder. Dit beding kan hij wel invoeren op grond van beginselen van *bailment*: een *bailee* kan met name overeenkomsten sluiten die bindend zijn voor de eigenaar van de goederen, voorzover ze tenminste impliciet zijn goedgekeurd.²⁵⁵⁴ Op beleidsmatig vlak moet de stuwadoor (alook zijn rechtsopvolgers) immers op dezelfde bescherming kunnen rekenen als de vervoerder, omdat hij zich daarop heeft gebaseerd om zich voor een bepaalde waarde te verzekeren.²⁵⁵⁵

²⁵⁵³ *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, (1962) A.C., 484.

²⁵⁵⁴ *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, (1962) A.C., 490. Commentaar en verdere verwijzingen in J.N. ADAMS, R. BROWNSWORD, *o.c.*, (1990) 10 *Legal Studies*, 18-19.

²⁵⁵⁵ *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, (1962) A.C., 491. Cf. *infra*, *The Pioneer Container*, nr. 596.

585. Al bleef die case tot de invoering van de *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de meerderheidsregel,²⁵⁵⁶ toch bevatte de speech van Lord Reid reeds de kiemen van de wijze waarop aan die regel kon worden ontkomen, met name via *agency*.²⁵⁵⁷ Die uitweg greep de *Privy Council* ook gretig aan, te meer daar *Midland Silicones* fel werd bekritiseerd. Zo slaagde het Engelse recht erin om het voordeel van de Himalaya-clausules tot de bedoelde derden te laten uitstrekken via de contractuele omweg van *unilateral contracts*, *collateral contracts* en *agency*.²⁵⁵⁸

In *The Eurymedon*²⁵⁵⁹ had een stuwadoor aan een getransporteerde drilmachine schade veroorzaakt. Volgens het door de bestemming aanvaarde cognossement moest de vervoerder in geval van schade binnen het jaar worden aangesproken. Meer dan een jaar later laat de bestemming tegen de nalatige stuwadoor een aanspraak gelden. De stuwadoor (derde) riep in zijn voordeel in dat hij de temporele aansprakelijkheidsbeperking uit de contractuele relatie tussen de verzender en de vervoerder (cognossement) tegenover de bestemming kon invoeren, zowel tegen een contractuele als tegen een buitencontractuele aanspraak. De *Privy Council* aanvaardt die doorwerking van de aansprakelijkheidsbeperking uit het cognossement tegenover de stuwadoor. Volgens Lord Wilberforce had de vervoerder als *agent* van de stuwadoor gehandeld en maakten de dienstverrichtingen van de stuwadoor een voldoende *consideration* uit voor het aanbod dat de exoneratieclausule vormde.²⁵⁶⁰

Aan de basis van die beslissing liggen voornamelijk overwegingen van commerciële aard (*commercial considerations*), waarop ook al Lord Denning in zijn *dissent* in *Midland Silicones Ltd.* had gealludeerd: “*the effect of denying validity to the clause would be to encourage actions against servants, agents and independent contractors in order to get round exemptions (which are almost invariable and often compulsory) accepted by shippers against carriers, the existence, and presumed efficacy, of which is reflected in the rates of freight.*”²⁵⁶¹ Volgens Markesinis en Deakin noodzaken de gebreken van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht die uitbreiding van het contractenrecht “*in order to extend to third parties the operation of contractual exemption clauses*”.²⁵⁶²

²⁵⁵⁶ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 9, nr. 2.6-2.7.

²⁵⁵⁷ M.D. BOOLS, “Privity of contract”, (1996) *I.J.S.L.*, 307 (“*four-stage test*”).

²⁵⁵⁸ Voor een overzicht van de wijzen waarop het Engelse recht het verbod op derdenbeding probeerde te omzeilen, zie LAW COMMISSION, *Privity*, 9-35.

²⁵⁵⁹ *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.*, (1975) *A.C.*, 154 (P.C., door nalatige stuwadoor beschadigde drilmachine).

²⁵⁶⁰ Zie verder de commentaar van F.M.B. REYNOLDS, “Himalaya Clause Resurgent”, (1974) *90 L.Q.R.*, 301-306.

²⁵⁶¹ *The Eurymedon*, p. 169, rov. B-C.

²⁵⁶² B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 14.

586. In andere rechtsstelsels die tot de common law behoren, was de reactie tegenover *The Eurymedon* eerder afwijzend.²⁵⁶³ Die reactie sluit aan bij de twee *dissents* in *The Eurymedon* die evenzeer interessante overwegingen met betrekking tot de doorwerking bevatten.

Zo wijst Viscount Dilhorne erop dat de meerderheid van het Hof in de clausules leest wat er (zelfs stilzwijgend) niet in staat en benadrukt hij de preventieve functie van buitencontractuele aansprakelijkheid: hij wijst de “*curious, and seemingly irresistible, anxiety to save grossly negligent people from the normal consequences of their negligence*” af.²⁵⁶⁴ De factor dat een cognossement een handelsdocument is, doet zijns inziens evenmin ter zake.²⁵⁶⁵ Met betrekking tot de doorwerkingsvraag verwijst hij naar de tweede dissent.

In die tweede dissent wijst Lord Simon of Glaisdale erop dat de doorwerking uit *Hedley Byrne* niet relevant is omdat de dienstverrichting aldaar gratis is. *Hedley Byrne* biedt dan ook geen steun voor het alternatieve argument van de verweerders, dat de contractuele weg niet moet worden ingeslagen om buitencontractuele aansprakelijkheid te beperken maar dat de uit het cognossement voortvloeiende instemming van de eigenaar van de goederen volstaat. De exoneratie buitencontractueel laten doorwerken “*would seem to provide a revolutionary short cut to a jus quaesitum tertio.*”²⁵⁶⁶

Toch is die buitencontractuele weg voor doorwerking van clausules niet volledig uit te sluiten. Door de contractuele weg open te stellen, moest Lord Wilberforce ook niet meer op de vraag ingaan of “*quite apart from contract, exemptions from, or limitation of, liability in tort may be conferred by mere consent on the part of the party who may be injured*”, wat een “*elaborate discussion*” zou vergen,²⁵⁶⁷ maar door die opmerking laat hij de mogelijkheid toch openstaan.²⁵⁶⁸

587. De constructie van *The Eurymedon* wordt opgevolgd in *The New York Star*. Ditmaal was opnieuw sprake van een eenjarige verjaringsclausule (met Himalaya-clausule) in het voordeel van de stuwadoor wiens aangestelde

²⁵⁶³ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 20, nr. 2.28 “*a decision in favour of the consignees would encourage carriers to insist on reasonable diligence on the part of their employees and contractors. Furthermore, a policy of extending protection to stevedores would merely benefit shipowning nations to the detriment of those countries, such as Australia, which relied on these fleets for their import and export trade.*”

²⁵⁶⁴ *The Eurymedon*, p. 173, rov. A. Vgl. de overwegingen van Lord Goff in *The Makhutai*, (1996) A.C., p. 660, rov. D.

²⁵⁶⁵ *The Eurymedon*, p. 173, rov. C.

²⁵⁶⁶ *The Eurymedon*, p. 182, rov. G. Doorwerking zou bovendien ingaan tegen het precedent van *Midland Silicones Cosgrove v. Horsfall*, *Digest of cases*, 3220-3221 (werknemer met gratis ticket tegen andere werknemer van vervoerder moet zich niet de exoneratie uit het vervoercontract laten tegenwerpen). Zie ook B. COOTE, “Vicarious immunity by an alternative route – II”, (1974) 57 *Mod.L.R.*, 456-457.

²⁵⁶⁷ *The Eurymedon*, p. 168, G-H.

²⁵⁶⁸ B. COOTE, *o.c.*, (1974) 37 *Mod.L.R.*, 457.

bepaalde goederen had meegegeven aan dieven die geen cognossement hadden voorgelegd. Opnieuw aanvaardde de *Privy Council* (bij monde van Lord Wilberforce) de doorwerking van de exoneratieclausule op basis van *agency*.²⁵⁶⁹

Meer dan een decennium later verkiest de *Privy Council* in *The Makhutai* nog steeds niet de weg van een werkelijke uitzondering op de relativiteit (nl. derdenbeding) in te slaan, veeleer dan gebruik te maken van de “*technicalities*” zoals in *The Eurymedon* of *The New York Star*.²⁵⁷⁰

Volgens Lord Goff leidt die werkwijze ertoe “*to discover the existence of a contract (...) in circumstances in which lawyers of a previous generation would have been unwilling to do so.*”²⁵⁷¹ In het rapport van de *Law Commission* heet het dat “*it effectively rewrites the Himalaya clause, which was an agreement between the shipper and the carrier and from which it is difficult to detect an offer of a unilateral contract made by a shipper to the stevedore.*”²⁵⁷²

Ondanks het artificiële karakter van de redenering in *The Eurymedon*, wordt het resultaat meestal toegejuicht: een dergelijke clausule wordt immers gereflecteerd in een lagere vrachtprijs en “*there is no sound commercial reason, or reason of justice, why the consignors should have the benefit of lower freight charges and an unlimited right of action for damages.*”²⁵⁷³

588. De doorwerking van Himalaya-clausules is evenwel in haar bereik beperkt. Zo behoort een bevoegdheidsclausule er niet toe, zo bleek in *The Makhutai*, de naam van een Indonesisch schip.²⁵⁷⁴ In casu bevatte het cognossement (*bill of lading contract*) een clausule die de exclusieve bevoegdheid aan de Indonesische rechtbanken toebedeelde. Opnieuw ging die clausule gepaard met een *Himalaya*-clausule in het vervoerscontract tussen de tijdsbevrachter (*time-charterer*) en de opdrachtgevers. Toen bleek dat de geladen triplex door zeewater was beschadigd, stelden de ladingeigenaren tegen de scheepseigenaren een rechtsvordering zowel op contractuele als op buitencontractuele grondslag voor de rechtbanken van Hong Kong in. Als verweer wilden de scheepseigenaren (ditmaal niet de stuwadaar) die bij het cognossement geen partij waren, van die bevoegdheidsclausule gebruik maken.

In de (gezien het antwoord op de doorwerkingsvraag niet nader onderzochte) veronderstelling dat de scheepseigenaren *subcontractors* in de zin

²⁵⁶⁹ *Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd.*, (1981) 1 W.L.R. 138.

²⁵⁷⁰ *The Makhutai*, (1996) A.C., p. 665, rov. A-C.

²⁵⁷¹ *The Makhutai*, (1996) A.C., p. 664, rov. D.

²⁵⁷² LAW COMMISSION, *Privity*, p. 19-20, nr. 2.27.

²⁵⁷³ D. YATES, *Exclusion Clauses in Contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 1978, p. 108.

²⁵⁷⁴ *The Makhutai*, (1996) A.C., 650 (P.C.) (triplex-case).

van de Himalaya-clausule zijn,²⁵⁷⁵ kunnen ze toch zowel volgens de *Hong Kong Court of Appeal* als de *Privy Council* uit het forumbeding geen voordeel halen.

In tegenstelling tot de verjaringsclausules uit *The Eurymedon* en *The New York Star* en exoneratieclausules die slechts aan één partij een voordeel geven, doen bevoegdheidsclausules wederkerige rechten én verplichtingen ontstaan.²⁵⁷⁶ Ten aanzien van “*rights which entail correlative obligations on the cargo owners*” is er geen plaats voor doorwerking.²⁵⁷⁷

De *Privy Council* komt tot dit besluit op grond van een analyse van de functie van doorwerking: “*That function is, as revealed by the authorities, to prevent cargo owners from avoiding the effect of contractual defences available to the carrier (typically the exceptions and limitations in the Hague-Visby Rules) by suing in tort persons who perform the contractual services on the carrier’s behalf.*”²⁵⁷⁸ Aan die functie wordt nu net niet voldaan door doorwerking te verlenen aan een bevoegdheidsclausule. Het zou immers louter op toeval berusten, wanneer de aangesprokene een voorkeur geeft aan de bevoegde rechter zoals aangewezen in de clausule, aangezien de stuwadoor vaak een andere thuishaven heeft dan de hoofdschuldenaar.²⁵⁷⁹ Een doorwerking zou tegen de relativiteit van het contract ingaan.²⁵⁸⁰

Bij zijn historische schets plaatst Lord Goff opnieuw het argument van de repressieve functie tegenover dat van de contractuele structuur. Hij plaatst de “*anxiety to save grossly negligent people from the normal consequences of their negligence*”²⁵⁸¹ tegenover de “*undesirability, especially in a commercial context, of allowing plaintiffs to circumvent contractual exception clauses by suing in particular the servant or agent of the contracting party who caused the relevant damage, thereby undermining the purpose of the exception, and so redistributing the contractual allocation of risk which is reflected in the freight rate and in the parties’ respective insurance arrangements.*”²⁵⁸²

Een beschrijving van de situatie van vóór de *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* is nog steeds nuttig, niet zozeer omwille van de omzeiling van het *privity*-beginsel als wel omwille van de daaraan voorafgaande vraag of een aanspraak tegen een uitvoeringsagent überhaupt mogelijk is.

²⁵⁷⁵ *The Makhutai* ware ook belangrijk geweest omdat ditmaal niet de stuwadoor maar wel de scheepseigenaar een Himalaya-clausule in zijn voordeel inroept. De *Privy Council* laat echter na om nader op die vraag in te gaan omdat de doorwerking zich niet uitstrekt tot bevoegdheidsclausules en dus het personele bereik niet meer relevant is (*The Makhutai*, (1996) A.C., p. 665, rov. D-E).

²⁵⁷⁶ (1996) A.C., 650.

²⁵⁷⁷ *The Makhutai*, (1996) A.C., p. 666, rov. D.

²⁵⁷⁸ *The Makhutai*, (1996) A.C., p. 666, rov. F-G.

²⁵⁷⁹ *The Makhutai*, (1996) A.C., p. 667, rov. A-E.

²⁵⁸⁰ E. DIRIX, o.c., in *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, (297) 303.

²⁵⁸¹ *The Makhutai*, (1996) A.C., p. 660, rov. D.

²⁵⁸² *The Makhutai*, (1996) A.C., p. 661, rov. D-E.

2. Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999

589. Met de *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* erkent het Engelse recht voortaan wel het bestaan van een derdenbeding,²⁵⁸³ zodat de artificiële constructies van de hiervoor beschreven rechtspraak niet langer nodig zijn.²⁵⁸⁴ Alhoewel zeevervoerovereenkomsten in principe van het toepassingsgebied van die wet zijn uitgesloten (omdat ze onder de specifieke regeling van de *Carriage of Goods by Sea Act 1992* vallen, waarin een bestemming (*consignee*) niet alleen de voordelen maar ook de nadelen van de vervoerovereenkomst moet ondergaan²⁵⁸⁵), heeft de Engelse wetgever die Himalaya-clausules toch expliciet onder het bereik van de wet op het derdenbeding gebracht.²⁵⁸⁶ Onder het toepassingsgebied van de wet vallen met name de aansprakelijkheidsbeperkingen of –uitsluitingen uit zeevervoerovereenkomsten voor “*servants, agents and independent contractors engaged in the loading and unloading process*”.²⁵⁸⁷

Het is evenwel nog steeds denkbaar dat een derde eerder een buitencontractuele vordering wil instellen dan één op grond van een derdenbeding: “*They might have acquired rights outside the contract – for instance, under the law of negligence – and those rights will not be taken away or diminished in any way by the Bill; Clause 7(1) ensures that.*”²⁵⁸⁸

De wet maakt het mogelijk om ook buiten de context van zeevervoerovereenkomsten een onderaannemer door middel van een derdenbeding rechtstreeks tegen een cliënt van een hoofdaannemer te laten ageren.²⁵⁸⁹ Omgekeerd kan ook een exoneratieclausule (een negatief voordeel) het voorwerp uitmaken van een derdenbeding,²⁵⁹⁰ zoals bij een bouwcontract ten voordele van een onderaannemer.²⁵⁹¹

²⁵⁸³ Cf. *supra*, nr. 268.

²⁵⁸⁴ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 47, nr. 3.20. Zie de commentaar op de onzekerheid sinds een uitspraak van Lord Goff in *The Makhutai* (over de vraag of er in de context van zeevervoer niet een volledige uitzondering op de *privity* moet bestaan): R. BARNETT, “The validity of Himalaya clauses – privity of contract on the brink of collapse?”, (1998) *I.J.S.L.*, (178) 180-182; M.D. BOOLS, *o.c.*, (1996) *I.J.S.L.*, 307-309. Lord Irvine of Lairg, 2nd reading in H.L., 11 januari 1999, kol. 23 (“so-called ‘Himalaya clauses’, under which the defences available to the carrier are extended to servants, agents and independent contractors engaged in loading and unloading, will be effective without having to resort to artificial reasoning based on concepts such as implied contract, as has been necessary in the past”).

²⁵⁸⁵ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 140-141, nr. 12.8.

²⁵⁸⁶ Elders wordt al langer het derdenbeding voor die doeleinden gebruikt, zie C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 352-353, nr. 411.

²⁵⁸⁷ Section 6 (5) end.

²⁵⁸⁸ Lord Chancellor, 2nd reading in H.L., kol. 32.

²⁵⁸⁹ LAW COMMISSION, *Privity*, p. 47, nr. 3.21 (voetnoot 42: vroeger reeds was er in hoofde van de cliënt de plicht om rechtstreeks aan *nominated subcontractors* te betalen).

²⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 2, nr. 1.2, p. 50, nr. 3.30, p. 77, nr. 7.10.

²⁵⁹¹ *Ibid.*, 89, nr. 7.43.

De Law Commission benadrukt tevens dat een verdere ontwikkeling van rechten van derden mogelijk is zodat bijvoorbeeld ook werknemers, ook al zijn ze niet genoemd, toch op exoneratieclausules een beroep doen op grond van een principe van *vicarious immunity*.²⁵⁹²

In de lijn van *The Makhutai* en omwille van de bekommernis dat de wet aan derden geen last (*burden*) zou opleggen, wou de Law Commission arbitrage- en bevoegdheidsclausules uit de wet weglaten.²⁵⁹³ Toch heeft de wetgever bij wijze van amendement (in section 8) ten aanzien van de arbitrageclausules (die blijkbaar vooral in bouwcontracten vaak voorkomen²⁵⁹⁴) een ruimere toepassing van het derdenbeding mogelijk gemaakt, waarbij gedaan wordt alsof de derde partij is bij de arbitrageovereenkomst. Nog eens een teken aan de wand dat de invloed van de bouwlobby vrij groot is te noemen.

D. Doorwerking in het algemeen

1. Doorwerking?

590. De vraag blijft of doorwerking van bijvoorbeeld een exoneratiebeding ook mogelijk is wanneer dit beding niet uitdrukkelijk als een derdenbeding wordt geformuleerd. Aan de Himalaya-clausules is het precies eigen dat ze met het oog op de bescherming van de onderaannemers worden geformuleerd, maar een overeenkomst bevat ook vaak een aansprakelijkheidsbeperking zonder dat die uitdrukkelijk in het voor- of nadeel van een derde wordt gestipuleerd. Buiten de context van de Himalaya-clausules blijft de vraag naar doorwerking²⁵⁹⁵ daarom naar Engels recht zelfs na het wetgevend ingrijpen levendig.

In het conceptuele kader van het Engelse recht zou het bestaan van een exoneratiebeding niet langer een *assumption of responsibility* in hoofde van de verweerder laten vermoeden, wat juist vereist is voor het bestaan van een *duty of care* en dus voor een buitencontractuele aanspraak.²⁵⁹⁶

Soms gaat een Engels rechter op subsidiaire wijze in op de vraag naar de doorwerking van clausules, ook al is hij in hoofdorde van mening dat er helemaal – dus ook los van die clausules – geen aanspraak is (zoals in

²⁵⁹² *Ibid.*, p. 65, nr. 5.10.

²⁵⁹³ *Ibid.*, p. 160-163, nr. 14.14-14.19.

²⁵⁹⁴ Lord Wilberforce, 2nd reading in H.L., kol. 27 (Amendments to be debated).

²⁵⁹⁵ Een eventuele doorwerking van contractuele clausules kent evenwel haar grenzen, omdat die clausules ook hier aan de test van de redelijkheid ("*reasonableness standard*") van de *Unfair Contract Terms Act 1977* moeten worden getoetst, maar daarop wordt hier niet nader ingegaan (zie daarover o.m. LAW COMMISSION, *Privity*, p. 154, nr. 13.11; B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 92 en vooral 98; T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 80).

²⁵⁹⁶ *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*, (1995) 2 A.C., 196 (H.L.) (Lord Goff).

België met de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent). Door dan te kiezen voor de doorwerking van een exoneratieclausule moet de rechter dan ook niet meer ingaan op de vraag of een aanspraak afgezien van een exoneratieclausule wel zou bestaan. Daarbij kan die doorwerking betrekking hebben op clausules uit de hoofdovereenkomst of de onderovereenkomst en kan ze zowel ten gunste als ten nadele van de derde uitvallen.

Ook al vond Lord Goff in *Muirhead* de vraag naar doorwerking niet te moeten beantwoorden omdat er sowieso geen rechtstreekse aanspraak ter beschikking staat, stelde hij dat de verweerder op de exoneratieclausule uit diens eigen contract met de tussenpersoon een beroep moet kunnen doen (doorwerking tegen derden).²⁵⁹⁷

In *Pacific Associates*²⁵⁹⁸ had een aannemer van het Dubaise staatshoofd een opdracht aanvaard om in de Perzische Golf te baggeren, maar de informatie van de consultant-ingenieur bleek niet accuraat te zijn omdat de bodem van de te baggeren laguna harder was dan in diens rapport naar voren kwam. De ingenieurs die enkel met de opdrachtgever in een contractuele relatie stonden, moesten de werken superviseren. Indien de werken door onvoorziene omstandigheden werden belemmerd, was de opdrachtgever tegenover de aannemer een bijkomende vergoeding verschuldigd als de ingenieurs een overeenstemmend attest daartoe gaven. Toen zich ook effectief problemen voordeden, wou de ingenieur geen dergelijk attest uitreiken. Tussen aannemer en opdrachtgever kwam een minnelijke overeenkomst tot stand. Voor het bedrag dat de aannemer niet uit die overeenkomst kon putten, sprak hij rechtstreeks de ingenieur aan. Het contract tussen de aannemer en de opdrachtgever bevatte nochtans een clausule dat de ingenieur niet aansprakelijk was (exoneratie).

De *Court of Appeal* verwerpt de aanspraak op grond van twee argumenten.

Allereerst verhindert de contractuele structuur het bestaan van een *duty of care*, zoniet zou er een driepartijenovereenkomst zijn gesloten waarbij de ingenieur betrokken was geweest.²⁵⁹⁹ Er is geen enkele reden om aan te nemen dat de ingenieur de verantwoordelijkheid op zich heeft genomen (*assumption of responsibility*) of dat de aannemer is afgegaan op een recht om tegen de ingenieur te ageren (*reliance*).²⁶⁰⁰

En zelfs al zou tussen de aannemer en de ingenieur wel een voldoende band hebben bestaan, dan nog zijn alle rechters het erover eens dat de exoneratieclausule uit de aannemingovereenkomst het bestaan van die *duty*

²⁵⁹⁷ *Muirhead v. Industrial Tank Specialties*, (1986) 1 Q.B., (507), 530.

²⁵⁹⁸ *Pacific Associates v. Baxter* (1990) 1 Q.B. 993 (C.A.; lagune met harde bodem): *web of contracts* (verwijzing in *The Nicholas H*).

²⁵⁹⁹ *Pacific Associates v. Baxter* (1990) 1 Q.B., 1037 (Russell).

²⁶⁰⁰ *Pacific Associates v. Baxter* (1990) 1 Q.B., 1023.

of care verhindert (doorwerking ten gunste van een derde). In de motiveering speelt de overweging dat de aannemer reeds over een *adequate remedy* tegen de opdrachtgever beschikt, een belangrijke rol.²⁶⁰¹

2. Hoofd- of onderovereenkomst?

591. Als tweede en onmiddellijk ermee verbonden vraagpunt rijst of de bedingen uit de hoofd- dan wel uit de onderovereenkomst doorwerken.

Centraal in die discussie staat telkens de overweging van Lord Roskill in *Junior Books* – zij het wel in een obiter dictum²⁶⁰² aangezien er van een exonatieclausule in casu geen sprake was – dat een exonatieclausule uit een hoofdovereenkomst (*main contract*) in bepaalde omstandigheden de *duty of care* van de onderaannemer en dus diens rechtstreekse aansprakelijkheid tegenover de bouwheer zou kunnen beperken.²⁶⁰³

Op het eerste gezicht doelt Lord Roskill op een doorwerking van een clausule uit de overeenkomst tussen bouwheer en hoofdaannemer ten gunste van de derde-aangesprokene. Toch ontstond onmiddellijk discussie op welke overeenkomst de hoofdovereenkomst nu precies slaat, de overeenkomst tussen de aanspraakmakende bouwheer en de hoofdaannemer of eerder de overeenkomst tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer?

In *Junior Books* betwijfelt Lord Brandon of Oakbrook of een doorwerking wel wenselijk is (zowel bij een ketting van koopovereenkomsten als bij een onderaanneming), omdat het moeilijk is uit te maken aan welke standaard het gedrag van de verweerder dan wel moet worden getoetst: aan zijn eigen contract of veeleer aan het hoofdcontract? En als de standaard al duidelijk in één richting zou wijzen, dan nog stelt hij in verband met de doorwerking van exonatieclausules: “*This illustrates with especial force the inherent difficulty of seeking to impose what are really contractual obligations by unprecedented and, as I think, wholly undesirable extensions of the existing law of delict.*”²⁶⁰⁴ Nog scherper verwoordt hij het in *The Aliakmon*: “*I do not therefore find in the observation of Lord Roskill relied on any convincing legal basis for qualifying a duty of care owed by A to B by reference to a contract to which A is, but B is not, a party.*”²⁶⁰⁵

Lord Fraser of Tullybelton die naar zijn eigen zeggen volledig met Lord Roskill akkoord gaat, lijkt toch eerder voor de doorwerking van clausules uit de onderovereenkomst te pleiten.²⁶⁰⁶

²⁶⁰¹ *Pacific Associates v. Baxter* (1990) 1 Q.B., 1039.

²⁶⁰² *Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, (1986) 2 W.L.R., (902) 915 (H.L.; Lord Brandon).

²⁶⁰³ *Junior Books Ltd. v. Veitschi Ltd.*, (1983) A.C., 546 (H.L. – Schots).

²⁶⁰⁴ *Junior Books Ltd. v. Veitschi Ltd.*, (1983) A.C., 552 (H.L. – Schots).

²⁶⁰⁵ *Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, (1986) 2 W.L.R., 915, rov. F (H.L.).

²⁶⁰⁶ *Junior Books Ltd. v. Veitschi Ltd.*, (1983) A.C., 533-534 (H.L. – Schots).

In dezelfde lijn is ook rechter Goff (toen nog in de *Court of Appeal*) in *Muirhead* van mening dat Lord Roskill eigenlijk het ondercontract bedoelde “*treating it as the main contract under which the relevant services were in fact performed.*”²⁶⁰⁷ Lord Goff (intussen in de *House of Lords*) lijkt aan dit standpunt vast te houden, wanneer hij in *White v. Jones* stelt dat een advocaat in staat moet zijn om tegenover een derde “*any terms of the contract with his client which may limit or exclude his liability*” in te roepen.²⁶⁰⁸

In de rechtsleer heerst evenmin eensgezindheid over de interpretatie van de uitspraak van Lord Roskill. Terwijl Markesinis en Deakin het gezamenlijk bij een algemeenheid houden dat “*(t)hese points have yet to receive proper consideration by our highest court*”,²⁶⁰⁹ neemt Treitel het standpunt in dat het gaat om de (hoofd)overeenkomst tussen hoofdopdrachtgever en hoofdaannemer.²⁶¹⁰ Volgens de persoonlijke visie van Markesinis alludeerde Lord Roskill veeleer op de clausules uit de onderovereenkomst, aangezien hij vaak verwijst naar *Hedley Byrne* waarin de exoneratieclausule ook voortspuit uit de verhouding waarin de aangesproken bank partij was.²⁶¹¹ Verder stelt hij: “*in all these situations the defendant (attorney or sub-contractor, as the case may be), must not be made more extensively liable towards the third party than he would be if sued by his co-contractor. For this to be achieved, however, the cause of action against such defendants will have to be either contractual or, if tort terminology is chosen, it will have to be made clear that the scope and extent of any tortious duty will have to be determined by the underlying contract between attorney/client or owner/contractor.*”²⁶¹²

Rechtsvergelijkende studies van auteurs als Schlechtriem en Vranken (zij het telkens in een andere context) wijzen in hun commentaar op *Junior Books* op hetzelfde hoofdprobleem. Welke standaard is hier maatgevend: het contract van de aanvaller of dat van de aangevallene? Er is een objectieve standaard nodig, maar die lijkt hier niet gegeven.²⁶¹³

592. De vorige overwegingen bleven grotendeels theoretisch van aard, maar het wordt pas concreter wanneer de oplossing van een geval afhan-

²⁶⁰⁷ *Muirhead v. Industrial Tank Specialties*, (1986) 1 *Q.B.*, (507), 525, rov. D.

²⁶⁰⁸ *White v. Jones*, (1995) 2 *A.C.*, 261. In *The Aliakmon* ((1985) 1 *Q.B.*, 396-398 (C.A.)) erkent Lord Goff dat een dergelijke clausule niet zo vaak zal voorkomen.

²⁶⁰⁹ B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, p. 15, noot 60.

²⁶¹⁰ G.H. TREITEL, “Bills of lading and third parties”, (1986) 10 *L.M.C.L.Q.* (294) 302.

²⁶¹¹ B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 310; B.S. MARKESINIS, *o.c.*, (1987) 103 *L.Q.R.*, 395.

²⁶¹² B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 51.

²⁶¹³ P. SCHLECHTRIEM, *o.c.*, *Versicherungsrecht*, 1983, *25 Jahre Karlsruher Reform. Jubiläumsausgabe*, p. 66, kol. 2.

kelijk wordt van het antwoord op de vraag naar de doorwerking van contractuele clausules, zoals ook (zij het slechts) twee maal is gebeurd.²⁶¹⁴

In *Carey*²⁶¹⁵ volgt de Queen's Bench Division wel het principe van de rechtstreekse aanspraak zoals in *Junior Books*, maar verwerpt ze de aanspraak in casu omdat het exoneratiebeding uit de hoofdovereenkomst tussen bouwheer en hoofdaannemer (die op rioolwerken betrekking had) tegenwerpelijk wordt geacht in de verhouding tussen de onderaannemer en (niet de bouwheer maar) een firma van ingenieurs-consultants: “*the contractual setting defines the area of risk which the plaintiffs (...) chose to accept and for which it may or may not have sought commercial insurance.*”²⁶¹⁶

Die uitspraak stuit op een op het Duitse recht geïnspireerde kritiek van Markesinis, *primo* omdat eigenlijk niet de exoneratieclausule uit het hoofdcontract maar wel enkel die uit het contract van de verweerder zou mogen doorwerken²⁶¹⁷ en, *secundo*, wat meer met het concrete geval samenhangt, omdat één van de verweerders een andere, minder verregaande exoneratieclausule had bedongen.²⁶¹⁸ Volgens de rechter waren de verschillen in de bewoordingen van de onderovereenkomsten met die van de hoofdovereenkomsten evenwel niet essentieel.²⁶¹⁹ Het is tevens opvallend dat de rechtbank hier niet voor dezelfde contractuele redenering als in *The Eurymedon* koos, ook al werd de exoneratieclausule uit het hoofdcontract ook uitdrukkelijk ten gunste van de onderaannemer geformuleerd.²⁶²⁰

*The Aliakmon*²⁶²¹ was het tweede geval waarin de doorwerkingsvraag voor de oplossing van het voorgelegde geval bepalend was. Een koper van goederen eiste van de scheepseigenaar op grond van *negligence* vergoeding van de tijdens het zeevervoer opgelopen schade. De beschadiging had (door de ongewone omstandigheden van de zaak) evenwel plaats gevonden op

²⁶¹⁴ Daarbuiten was de doorwerking ook bepalend in *Hedley Byrne*, maar dit wordt hier buiten beschouwing gelaten omdat het aldaar geen situatie van samenhangende overeenkomsten betrof.

²⁶¹⁵ *Southern Water Authority v. Carey and others*, (1985) 2 *AllER*1077 (Q.B.) (gebrekkige riooleringswerken). Bemerkt dat, al mag de beslissing op grond van de oude *Anns v. Merton* case zijn beslist, de rechtbanken waarschijnlijk toch dezelfde redenering zullen aanhouden met betrekking tot de vraag of het “*just and reasonable*” zou zijn om een *duty of care* te aanvaarden (LAW COMMISSION, *Privity*, p. 21, voetnoot 96).

²⁶¹⁶ *Southern Water Authority v. Carey and others*, (1985) 2 *AllER*, p. 1086, b).

²⁶¹⁷ Cf. *supra*, nr. 517.

²⁶¹⁸ B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 310-311; B.S. MARKESINIS, *o.c.*, (1987) 103 *L.Q.R.*, 395.

²⁶¹⁹ *Southern Water Authority v. Carey and others*, (1985) 2 *AllER*, p. 1086, j). Kritiek daarop in B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 311.

²⁶²⁰ B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 309-310.

²⁶²¹ *Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, (1986) 2 *W.L.R.*, 902 (H.L.). In het Duitse recht beschikt de koper in een dergelijk geval over een vordering op grond van *Drittschadensliquidation* (H. KÖTZ, *o.c.*, *Tel Aviv University Studies in Law* 1990, (195), 208-209). In Engeland bestaat veel discussie over de “*third party damage*” rule, zie o.m. I.M. DUNCAN WALLACE, “Third party damage: no legal black hole?”, (1999) 115 *L.Q.R.*, 394-410.

een ogenblik dat het risico van schade weliswaar reeds op de koper lag maar de eigendom van de goederen nog in handen van de verkoper-verzender lag. Wegens het gebrek aan een contractuele aanspraak²⁶²² spreekt de koper van de goederen de eigenaar van het schip *Aliakmon* in *negligence* aan.

Voor de *Court of Appeal* beschikte de koper volgens twee rechters (Sir Donaldson M.R. en – toen nog – L.J. Oliver) helemaal niet over een buitencontractuele vordering, aangezien de koper op het ogenblik van de beschadiging op de goederen een eigendomsrecht noch een titel van bezit kon laten gelden.²⁶²³ Volgens L.J. Oliver kan de doorwerking van de contractuele regeling enkel via een parlementair initiatief worden bereikt en kan die functie niet door de rechterlijke macht worden waargenomen.²⁶²⁴

In een obiter dictum suggereerde L.J. Goff evenwel opnieuw²⁶²⁵ dat een exoneratieclausule kon doorwerken op dezelfde wijze als het *Vetrag mit Schutzwirkung für Dritte* in Duitsland: “it seems to me unthinkable that, if C is to have a direct cause of action against A, that right of action should be uncontrolled by those provisions which regulate A’s liability to B”.²⁶²⁶ de doorwerking heeft met andere woorden betrekking op een exoneratieclausule uit de onderovereenkomst.

In de *House of Lords* die in casu het bestaan van een buitencontractuele aanspraak niet heeft toegekend, maakt Lord Brandon, daarin gevolgd door de auteur Treitel, dan weer een onderscheid met *Junior Books*, omdat het in *The Aliakmon* gaat om een clausule in de overeenkomst niet van de schadelijder-eiser maar van de aansprakelijke-verweerder. Gezien de toestemming van de schadelijder in *Junior Books* is de doorwerking beleidsmatig gezien minder problematisch dan die uit *The Aliakmon*.²⁶²⁷

²⁶²² In casu kon de koper tegen de scheepseigenaar geen rechtstreekse contractuele aanspraak op grond van het cognossement laten gelden. De oorspronkelijke koop was zo gewijzigd dat de koper nooit op grond van het cognossement rechten heeft ontvangen (waardoor de rechten van de verkoper anders aan de koper zouden zijn overgedragen), maar enkel op grond van een koop uit een stapelplaats (*warehouse*) los van het zeevervoer. Het Hof wijst er verschillende keren op dat goed advies ook een beter contract had meegebracht (clausule volgens welke de verkopers voor rekening van de koper hun rechten zouden laten gelden of de verkopers dat recht zouden overdragen), bij monde van Lord Brandon, p. 916-917. Zie ook G.H. TREITEL, “Bills of lading and third parties”, (1986) 10 *L.M.C.L.Q.*, (294) 296-298.

²⁶²³ In casu was er geen contractuele vordering mogelijk gezien de uitdrukkelijke vermelding in een brief dat de koper als *agent* van de verkoper had gehandeld.

²⁶²⁴ *The Aliakmon*, p. 382, B-C.

²⁶²⁵ Cf. *supra*, nr. 568.

²⁶²⁶ *Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.* (*The Aliakmon*) (1985) 1 *Q.B.* (350) 396-397 (C.A. 1984).

²⁶²⁷ Lord Brandon, p. 915-E-F; G.H. TREITEL, *o.c.*, (1986) *L.M.C.L.Q.* (294) 302. Verrassend is het dat de mogelijkheid van de doorwerking in *The Aliakmon* niet door de verweerder maar door de eiser wordt ingeroepen. In diens redenering luidt het namelijk dat door de doorwerking van de contractuele regeling (in casu cognossementsbedingen met toepassing van

593. Het is opvallend dat, volgens Markesinis en Deakin, het optreden van de wetgever voor de doorwerking van contractuele clausules op buitencontractueel vlak noodzakelijk zou zijn.²⁶²⁸ Opnieuw geïnspireerd door het Duitse recht lijken die auteurs ook de contractuele weg voor te staan (niet alleen voor de situatie van de ontgoochelde erfgenamen bij een fout van degene die een geldig testament moest opmaken, maar ook meer algemeen) en dit om verschillende ermee verbonden voordelen. “*A contractual approach would have avoided the open-endedness of the notion of duty of care. It would also have ensured that the any exemption clauses available to protect the negligent attorney/promisor in a (possible) action by his client (promisee) would have also protected him in an action by the plaintiff (third-party beneficiary). Finally, it would have avoided the criticisms levelled against the majority judgment for using the (vague) notion of assumption of responsibility.*”²⁶²⁹

Die opvatting is opnieuw een illustratie van het gevaar dat rechtsvergelijking met zich meebrengt om in een buitenlandse oplossing alleen maar de voordelen te zien, terwijl die oplossing in het land van oorsprong intern sterk wordt bekritiseerd of alleen maar bestaat omwille van de gebreken in het recht van de buitencontractuele aansprakelijkheid.²⁶³⁰

3. Bailment

594. Als bij de doorwerkingsvraag een exoneratieclausule van een onderovereenkomst centraal staat, dan gaat het in werkelijkheid om een werking van een overeenkomst *tegen* een derde. Ook naar Engels recht is een doorwerking tegen een derde moeilijker met het relativiteitsbeginsel te verenigen dan een werking van een contract ten voordele van een derde. Ook daar geldt het principe, ook na en nog duidelijker met de invoering van de *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, dat een uitzondering op de relativiteit alleen in het voordeel (*benefits, rights*), niet in het nadeel (*burdens, obligations*) van de derde mag spelen.²⁶³¹

Afgezien van enkele andere uitzonderingen,²⁶³² is een doorwerking van een exoneratieclausule uit een onderovereenkomst tegen een derde tot nog toe enkel mogelijk geacht op grond van de enge constructie van *bail-*

de *Hague Rules*) de aanvaarding van een buitencontractuele aanspraak niet tot onaanvaardbare resultaten zou leiden.

²⁶²⁸ B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 15.

²⁶²⁹ *Ibid.*, 15 (voetnoten weggelaten).

²⁶³⁰ Cf. *supra*, nr. 517 et seq.

²⁶³¹ LAW COMMISSION, *Privacy*, p. 1, nr. 1.1; p. 6, nr. 2.1; p. 119, nr. 10.10; p. 163, nr. 14.18 (“*a central philosophy of our reform*”).

²⁶³² *Ibid.*, p. 6, nr. 2.1, voetnoot 5.

ment.²⁶³³ Zo aanvaardde de *English Commercial Court* dat een opslagbedrijf als *sub-bailee* een beroep kan doen op de exoneratieclausule uit haar overeenkomst met de vervoerder als verweer tegen een rechtstreekse aanspraak van de verzender, zonder dat zij enige toestemming van de *bailor* moet aantonen. De beslissing was wel zo opgevat dat een *duty* zonder *bailment* niet voorhanden was geweest en de *bailor* zich op de *sub-bailment* moest beroepen om een *duty* te bewijzen (het ging niet om beschadigde goederen – de hypothese van *Midland Silicones* – maar om gestolen goederen).²⁶³⁴ Die case is vooral belangrijk omdat het doet geloven dat overeenkomsten wel degelijk niet-contractpartijen kan beïnvloeden, wat meteen ingaat tegen de principes van *Midland Silicones*, hoewel beide cases van elkaar te onderscheiden zijn.²⁶³⁵

595. Eenzelfde doorwerking tegen een derde kwam aan bod in *The Pioneer Container*, eveneens een beslissing van de *Privy Council (Judicial Committee)* en opnieuw van de hand van Lord Goff.²⁶³⁶ Zoals in *The Makhutai*,²⁶³⁷ draaide de betwisting rond een bevoegdheidsclausule die de bevoegdheid rond geschillen over het contract ditmaal aan een rechtbank in Taiwan toekende. De goedereneigenaars (*cargo owners*) spraken de scheepseigenaar evenwel voor een rechtbank in Hong Kong aan. In tegenstelling tot *The Makhutai*,²⁶³⁸ waar de bevoegdheidsclausule in de hoofdovereenkomst was opgenomen,²⁶³⁹ betrof het ditmaal een bevoegdheidsclausule uit het contract tussen de aangesproken scheepseigenaar-onderaannemer en de vervoerder. De *Privy Council* liet in casu toe om die clausule uit de onderovereenkomst tegen de ladingbelanghebbende (de eigenaar van de goederen) in te roepen.

²⁶³³ Over de vraag of het principe tot de *tort of negligence* kan worden uitgebreid, zie A.B.L. PHANG, "Exception Clauses and Negligence – The Influence of Contract on Bailment and Tort", (1989) 9 *O.J.L.S.*, (418) 421-423. Over de mate waarin die constructie ook met het Nederlandse recht verzoenbaar zou zijn, zie R. ZWITSER, "Van Duitse naar Engelse aanpak bij derdenwerking", *N.J.B.* 2001, 212-218, die zich afzet tegen de redelijkheid en billijkheid als grondslag van doorwerking ten nadele van derden.

²⁶³⁴ *Johnson Matthey & Co Ltd. v. Constantine Terminals Ltd.* (1976) 2 *Lloyd's Rep.* 215 (gestolen zilver), zoals weergegeven door P. HANDFORD, "Exempting the Sub-Bailee", (1977) 40 *Mod.L.R.*, 706-709 en door E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 203, nr. 274. Zie ook X, "Comments", (1977) *LV Canadian Bar Review*, 748 ("As the plaintiffs were unable to establish breach of any duty arising independently of the bailment they had to rely on the bailment to establish a cause of action").

²⁶³⁵ P. HANDFORD, *o.c.*, (1977) 40 *Mod.L.R.*, (706) 709.

²⁶³⁶ *The Pioneer Container*, (1994) 2 *A.C.*, 324 (P.C.).

²⁶³⁷ Cf. *supra*, nr. 588.

²⁶³⁸ *The Makhutai*, (1996) *A.C.*, p. 665-666.

²⁶³⁹ Zie voor een vergelijking met *The Aliakmon* de opmerking in *Norwich City Council v. Harvey*, (1989) 1 *W.L.R.*, p. 833, rov. A.

In *The Pioneer Container* geeft Lord Goff toe dat de *law of bailment* enkel wordt gebruikt om te ontkomen aan die twee fundamentele beginselen van *privity* en *consideration*.²⁶⁴⁰ *Bailment* is nauw verwant met het continentaal houderschap en kan maar moet zich niet voordoen in een contractuele relatie.²⁶⁴¹ De relatie tussen een *bailor* en een *sub-bailee* wordt gelijkgesteld met die tussen een *bailor* en een *bailee*, althans zeker wanneer de *sub-bailee* ervan op de hoogte was dat de goederen de eigendom waren van een ander dan van de *bailee*. Als de *bailee* een voldoende *authority* bezit, dan werkt ook een bevoegdheidsclausule uit de *sub-bailment* door tegen de eigenaar van de goederen.

Een dergelijke doorwerking moet niet worden ontkracht, omdat er tegelijk in het hoofdcontract een Himalaya-clausule vervat zit en daarom tot inconsistenties zou leiden. De enkele aanwezigheid van een Himalaya-clausule betekent nog niet dat de twee alternatieve regelingen niet met elkaar consistent zijn.²⁶⁴²

In het Belgische recht is een dergelijke doorwerking als in de *Pioneer* juist meer problematisch omdat het een werking *tegen* derden is.²⁶⁴³

Wel waren de omstandigheden zo specifiek dat de eigenaar aan de vervoerder de bevoegdheid had verleend om “*on any terms*” een onderovereenkomst te sluiten, zodat we naar Belgisch recht weer in de hypothese van vertegenwoordiging kunnen terechtkomen.²⁶⁴⁴

Een interessant perspectief is dat van Stapleton volgens wie een doorwerking van een clausule voor maar ook tegen een derde niet strijdig is met het relativiteitsbeginsel. Het is zelfs niet belangrijk in welk contract de clausule zich bevindt, de hoofd- of de onderovereenkomst. De doorwerking is louter een gevolg van *tort reasoning*. De verweerder kan zich op de clausules beroepen “*only because they reflect a tripartite commercial understanding as to what was to be the relevant allocation of risk between the parties.*”²⁶⁴⁵

E. Appendix: Amerikaans recht

596. In de Verenigde Staten functioneert het concept van *duty of care* evenzeer als een beperking van zuivere vermogensschade, maar toch reikt

²⁶⁴⁰ *The Pioneer Container*, (1994) 2 A.C., p. 335, rov. E.

²⁶⁴¹ *Clerk & Lindsell on Torts*, nr. 1-11, p. 12 (“*when goods are entrusted by one person (the bailor) to another (the bailee) on express or implicit conditions relating to their use and ultimate return*”). Over de verhouding tussen *possession* en *bailment*, zie de recente studie van X. THUNIS, F. VAN DER MENSBRUGGHE, o.c., *R.I.D.C.* 2000, (77) 86-88 (omvat onze hypothesen van huur, bewaarneming, lening of vervoer).

²⁶⁴² *The Pioneer Container*, (1994) 2 A.C., p. 344, rov. C-G.

²⁶⁴³ E. DIRIX, o.c., in *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 300, nr. 4.

²⁶⁴⁴ Cf. *supra*, deel III.

²⁶⁴⁵ J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence*, 329-330.

de vergoedbaarheid van die schade bij samenhangende overeenkomsten verder dan in Engeland en is vooral de benadering nog meer op de omstandigheden van het geval afgesneden.

Zo aanvaardde de *Supreme Court of California* in 1979 in *J'Aire Corp. v. Gregory*²⁶⁴⁶ een delictuele aanspraak in het volgende geval. Een huurovereenkomst tot uitbating van een luchthavenrestaurant legt aan de verhuurder (County of Sonoma) de verplichting op om de constructie tegen een bepaalde termijn te voltooien en de nodige verwarming- en air conditioning-installaties te hebben voorzien. De door de verhuurder gecontacteerde aannemer voltooit de werken evenwel later dan contractueel voorzien. Alhoewel de huurder niet de medecontractant van de aannemer was en alhoewel zijn schade zuiver contractueel van aard was, aanvaardde het hof de buitencontractuele aansprakelijkheid van de aannemer op grond van een zestal factoren:²⁶⁴⁷ “(1) *The contract entered into between respondent and the county was for the renovation of the premises in which appellant maintained its business. The contract would not have been performed without impinging that business. Thus respondent’s performance was intended to, and did, directly affect appellant.* (2) *Accordingly, it was clearly foreseeable that any significant delay in completing the construction would adversely affect appellant’s business beyond the normal disruption associated with such construction. Appellant alleges this fact was repeatedly drawn to respondent’s attention.* (3) *Further, appellant’s complaint leaves no doubt that appellant suffered harm since it was unable to operate its business for one month and suffered additional loss of business while the premises were without heat and air conditioning.* (4) *Appellant has also alleged that delays occasioned by the respondent’s conduct was closely connected to, indeed directly caused its injury.* (5) *In addition, respondent’s lack of diligence in the present case was particularly blameworthy since it continued after the probability of damage was drawn directly to respondent’s attention.* (6) *Finally, public policy supports finding a duty of care in the present case. The wilful failure or refusal of a contractor to prosecute a construction project with diligence, where another is injured as a result, has been made grounds for disciplining a licensed contractor.”*

In *Ales-Peratis* kon een onderneming van schelpdieren de buitencontractuele foutaansprakelijkheid van een verderstaande fabrikant van blikjes invoeren omdat die blikjes gebrekkig bleken te zijn. Daarmee breidde een Californisch Hof van Beroep het principe van *Biakanya v. Irving* van de onzorgvuldige dienstverlening naar de levering van gebrekkige producten uit. In casu wist de fabrikant immers dat de blikken voor die onderneming bestemd waren voor een specifiek type van schelpdieren waarvoor de blikjes zuurtecorrosie van de schelpdieren (zee-oor) moest weerstaan, quod non.

²⁶⁴⁶ 157 Cal. Rptr. 407 (Supreme Court of California, 1979); B.S. MARKESINIS, *o.c.*, (1987) 103 L.Q.R., 376.

²⁶⁴⁷ Diezelfde factoren waren ook al in *Biakanya v. Irving* (cf. *infra*) aangegeven.

Daarmee staat Californië daarmee niet alleen, maar volgt ze de positie zoals ze reeds bestond in de zestiger-zeventiger jaren rechtspraak in New Jersey, Michigan, Washington en Ohio.²⁶⁴⁸ De buitencontractuele aansprakelijkheid is van toepassing omdat het contract de eiser rechtstreeks aanbelangt en dat het voorzienbaar was dat een vertraging in de werken tot schade aan eiser's zaak zou leiden.

Wat later wordt de factorenanalyse van *Biakanya v. Irving*²⁶⁴⁹ volgens de *Supreme Court of Alaska* in 1984 dan weer beschouwd als een “*rather peculiar case on its facts*”, vergelijkbaar met wat met *Junior Books* in Engeland gebeurde. In casu kon een onderaannemer die de betonnen vloer op zijn kosten heeft moeten herstellen, zich niet buitencontractueel keren tegen de leverancier van beton die in een contractuele relatie stond met de hoofdaannemer.²⁶⁵⁰

F. Besluit

597. De discussie van de rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten wordt in de *common law* rond het begrip van de *duty of care* gevoerd. Aangezien in die context per definitie een nauwe band tussen de betrokkenen bestaat, dient hier niet zozeer de test van *proximity* centraal te staan als wel die van *justice, fairness and reasonableness*.

Uiteindelijk blijkt het bestaan van een rechtstreekse aanspraak eerder uitzonderlijk te zijn maar wanneer er toch één bestaat, dan is er nog plaats voor doorwerking. De uiteindelijke richting waarin de ontwikkeling in Engeland zelf zal uitgaan, is nog steeds niet duidelijk. Waar Markesinis en Deakin op de mogelijke ontwikkeling wijzen dat “*the courts will pay greater regard to the role of contractual standards in this area of the law in shaping the scope and level of tort obligations*”, durven ze toch niet veel verder te gaan dan de nietszeggende boutade: “*Beyond that, it is difficult to predict the future.*”²⁶⁵¹, wat doet denken aan de woorden van Lord Mustill in *White v. Jones*: “*This aspect of the law is far from being fully developed and I need not explore it here.*”²⁶⁵² In *Clerk & Lindsell* wordt dan weer de nadruk gelegd op de “*need to identify something inconsistent in the contract or contractual structure (...) much may depend on whether it would be reasonable to expect the plaintiff to bargain for contractual protection.*”²⁶⁵³

²⁶⁴⁸ *Ales-Peratis Foods International Inc. v. American Can Co.*, 209 Cal. Rptr. 917 (Californian Court of Appeal, 1985).

²⁶⁴⁹ Cf. *infra*, nr. 597.

²⁶⁵⁰ *State of Alaska v. Tyonek Timber Inc.*, 680 P.2d 1148.

²⁶⁵¹ B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, 123. Met dezelfde onzekerheid kampt *Clerk & Lindsell on Torts*, nr. 7-75, p. 293 (met verwijzing naar Canadese gevallen).

²⁶⁵² *White v. Jones*, (1995) 2 A.C., 279 (H.L.).

²⁶⁵³ *Clerk & Lindsell on Torts*, nr. 7-86, p. 306.

De enige case waarbij een stuwadoor ondanks een exoneratiebeding uit de hoofdovereenkomst aansprakelijk werd bevonden, *Scruttons v. Midland Silicones*,²⁶⁵⁴ lijkt intussen niet langer het geldende recht ingevolge de nieuwe benadering voor dit probleem in *Harvey*.²⁶⁵⁵ Het blijft wel een beginsel dat derden niet op clausules uit andere contracten kunnen afgaan (*rely*), maar indien aansprakelijkheid de contractuele structuur doorkruist, dan zou doorwerking toch mogelijk zijn; in ieder geval is de contractuele context niet irrelevant.²⁶⁵⁶ Het is opvallend dat in *Harvey* niet naar *The Eurymedon* wordt verwezen:²⁶⁵⁷ in die laatste case wordt weliswaar het beginsel van de *privity of contract* nog fel beklemtoond, maar zijn de aangesproken stuwadoors toch niet aansprakelijk voor de schade aan de lading, gelet op hun *reliance* op de beperkingen in het vervoercontract.²⁶⁵⁸

Met andere woorden, er zijn twee methodes om doorwerking te verlenen; ofwel door de combinatie van een *collateral contract* en *agency* (contractuele weg), ofwel door het bestaan van een *duty of care* te ontkennen (delictuele weg).²⁶⁵⁹

Als de partijen hun verhoudingen zo hebben gestructureerd om niet met elkaar te contracteren, moet daaruit dan niet voortvloeien dat er geen aansprakelijkheid tussen hen kan bestaan?²⁶⁶⁰ Toch huldigt het Engelse recht geen alles-of-niets houding. Soms is een rechtstreekse aanspraak mogelijk, zoals ook uit *BT* blijkt; alleen kan die wel door de contractuele structuur worden doorkruist.

²⁶⁵⁴ (1962) A.C., 446. Cf. *supra*, nr. 584-585.

²⁶⁵⁵ T. WEIR, *A Casebook on Tort*, 57. *Harvey* is controversieel in de mate dat een *duty of care* niet problematisch was aangezien het gaat om *property damage* (LAW COMMISSION, *Privity*, p. 22, nr. 2.29).

²⁶⁵⁶ W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 9.

²⁶⁵⁷ (1975) A.C., 154. Cf. *supra*, nr. 579 en 586.

²⁶⁵⁸ W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 93, voetnoot 20.

²⁶⁵⁹ *Chitty on Contracts*, I, nr. 1-078, p. 78; J. CONVERY, o.c., (1999) 62 *Mod.L.R.*, (766) 774; LAW COMMISSION, *Privity*, p. 18-21, nr. 2.23-29 (nr. 2.30, p. 22: nog een derde methode van het leerstuk van de *vicarious immunity*).

²⁶⁶⁰ Zie de vraagstelling van W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, 142, met als antwoord: “*Certainly the contractual structure must be borne in mind in deciding whether there should be a liability in tort lest such a liability should disturb the allocation of contractual responsibility.*” (voetnoten weggelaten).

BESLUIT DEEL IV

598. Waar de interne, Belgische rechtsleer al niet onverdeeld achter de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent staat en duidelijk in twee kampen is verdeeld, blijkt uit de voorgaande rechtsvergelijkende analyse dat de bestudeerde rechtssystemen in bepaalde omstandigheden voor de rechtstreekse aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent wel de nodige ruimte openlaten. Meer nog, de quasi-immuniteit wordt als alternatief niet eens ernstig in overweging genomen.

In de mate dat in de Franse rechtspraak nog het assimilatiemodel (verre-gaande assimilatie van contractuele en buitencontractuele fouten) heerst, is de buitencontractuele aansprakelijkheid in principe zonder bijkomende voorwaarden van toepassing. Met dit model heerst er evenwel reeds decennialang een algemene ontevredenheid, omdat die rechtstreekse aansprakelijkheid zonder enige doorwerking van de contractuele regeling gepaard gaat.

Het Duitse recht wordt door een grote onzekerheid gekenmerkt, niet in het minst door de grote twijfel omtrent de verhouding tussen het toepassingsgebied van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. *De lege lata* is het aldus hoogst twijfelachtig of de leer van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* werkelijk geschikt is voor de regeling van aanspraken in aaneengesochte overeenkomsten. Voorzover de buitencontractuele aansprakelijkheid van toepassing is, ziet men evenwel geen graten in de doorwerking van contractuele clausules, zowel ten nadele als, zelfs buiten de hypothese van het derdenbeding, ten voordele van derden.

In het Engelse model kan de buitencontractuele aansprakelijkheid, zij het eerder uitzonderlijk, van toepassing zijn, maar kunnen ook exoneratie-clausules uit de overeenkomst van de schadeverwekker naar de derde toe (en met name ten nadele van die derde) doorwerken. De grenzen van die doorwerking zijn evenwel nog niet duidelijk uitgeklaard.

Het verst gevorderd is het Nederlandse recht, dat dan ook als het prototype kan dienen voor het nu nader uit te werken voorstel voor de doorwerking van contractuele clausules ten aanzien van de buitencontractuele aanspraak in het kader van samenhangende overeenkomsten.

**DEEL V. EEN ALTERNATIEVE
BENADERING**

599. De theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent is bekritiseerbaar. Ze is niet verenigbaar met de tradities uit ons rechtssysteem, ze stuit in de praktijk en niet in het minst in het licht van de recente cassatierechtspraak op heel wat afbakeningsproblemen, de rechtsleer is van in den beginne in twee kampen verdeeld en de doctrinale legitimaties van de aanhangers van dit leerstuk lijken niet te voldoen.²⁶⁶¹ Hoewel de theorie reeds dertig jaar tot ons recht behoort, heeft ze daarenboven buiten onze grenzen bijzonder weinig aantrekkingskracht genoten.²⁶⁶² Integendeel, ze werd doorgaans ofwel niet eens in aanmerking genomen, ofwel zelfs onmiddellijk als onrechtvaardig afgedaan.

Het is evenwel niet alleen de bedoeling om op de quasi-immuniteit kritiek uit te oefenen, maar ook om een alternatief voor te stellen. Om daartoe te kunnen overgaan, hebben we op drie wijzen de problematiek opengetrokken. Allereerst hebben we het fundamentele begrippenarsenaal uiteengerafeld en het relatieve en evolutieve karakter van elk van die begrippen aangetoond.²⁶⁶³ De creativiteit bij de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent blijkt vooral hieruit dat de grenzen tussen de begrippen van contractpartij en derde en die van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid werden verlegd. Daarnaast plaatsten we het geval van de uitvoeringsagent naast enkele andere voorbeelden van samenhangende overeenkomsten, om te zien op welke (vnl. contractuele) wijze, waar nodig, het contractuele evenwicht bewaard blijft.²⁶⁶⁴ Aangezien de contractuele weg om verschillende redenen niet haalbaar leek om de aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent erop te baseren, werd ten slotte in een aantal van de ons omringende rechtssystemen nagegaan in welke mate een uitvoeringsagent wél buitencontractueel aansprakelijk kan zijn en op welke wijze de samenhangende overeenkomsten op die aansprakelijkheid doorwerken.²⁶⁶⁵ Hieruit bleek dat de creativiteit ook op een andere manier is door te voeren en dat het niet noodzakelijk is om de uitvoeringsagent nog langer als een niet-derde te beschouwen.

Voor de formulering van een alternatief voorstel is het nuttig om voorafgaandelijk een synthetisch overzicht te geven van de benadering van de problematiek van rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten. In het licht van de toenemende tendens in Europa om bij het oplossen van burgerrechtelijke problemen uit te gaan van in de Europese rechtsstelsels gemeenschappelijk geldende beginselen, heeft het immers weinig zin om een voorstel te formuleren dat volledig geïsoleerd zou staan (I).

²⁶⁶¹ Cf. *supra*, deel I en II.

²⁶⁶² Cf. *supra*, deel IV.

²⁶⁶³ Cf. *supra*, deel I.

²⁶⁶⁴ Cf. *supra*, deel III.

²⁶⁶⁵ Cf. *supra*, deel IV.

In de loop van het proefschrift is tevens gebleken dat een constitutioneel perspectief op de derdenwerking van overeenkomsten voorlopig quasi-volledig ontbreekt. Nochtans rijst op heel wat punten de vraag of die derdenwerking wel met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel verenigbaar is. Het is niet de bedoeling om op die problematiek diep in te gaan, maar wel om te wijzen op een bijkomend perspectief waarmee bij het voorstellen van een alternatief en het beoordelen ervan in vergelijking met het huidige systeem is rekening te houden (II).

Uit de rechtsleer is gebleken dat er slechts één legitieme bekommernis aan de basis van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent ligt: het bewaren van het contractuele evenwicht dat de contractpartijen hebben uitgewerkt. Voor het uitwerken van een alternatief voorstel staat een inzicht in die bekommernis centraal (III).

Om dit doel op een aanvaardbare manier te bereiken, stellen we daarom voor om de traditionele visie inzake doorwerking van overeenkomsten (IV) te doorbreken en met name op buitencontractueel vlak bij samenhangende overeenkomsten en meer bepaald ten aanzien van de uitvoeringsagent voor een ruimere, zij het nog steeds beperkte doorwerking plaats vrij te maken. Op die manier wordt een dubbele slag geslagen: de huidige quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent kan worden verlaten en het contractuele evenwicht blijft niettemin bewaard (V).

I. VERSCHILLENDE BENADERINGSWIJZEN. EEN RECHTSVERGELIJKENDE SYNTHESE

600. De rechtsvergelijkende analyse had tot doel na te gaan of, en, zo ja, hoe een schadelijker bij samenhangende overeenkomsten de sprong kan wagen (*leapfrogging*) en zo een verder in de ketting staande schakel rechtstreeks kan aanspreken, zonder het ommetje bij zijn eigen medecontractant te moeten doen. Daaruit blijkt alvast dat elk van de bestudeerde rechtssystemen met dit prangende probleem worstelt, maar, in tegenstelling tot het Belgische recht, geenszins nagenoeg elke rechtstreekse aanspraak tegen een uitvoeringsagent afwijst.

Een interpretatie en vergelijking van de uitkomst in de verschillende rechtssystemen viel niet licht, doordat telkens een ruim arsenaal van systeemeigen concepten te voorschijn komt. De vergelijking werd evenmin vergemakkelijkt door de wisselende grenslijnen tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, niet alleen bij een vergelijking tussen de rechtssystemen onderling, maar ook doorheen de tijd binnen één rechtstelsel. Het meest opvallend is wel de Duitse contractuele figuur van de *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* die eigenlijk een buitencontractuele functie vervult.

Ondanks deze en andere verschillen op het vlak van derdenwerking, groeien de Europese rechtssystemen in bepaalde opzichten ook naar elkaar toe. De meest opvallende toenadering van het Engelse recht naar de continentale rechtssystemen toe is alvast de recente wettelijke invoering van het derdenbeding. In Frankrijk heeft het Hof van Cassatie de verschillen met de buurlanden afgeremd door de theorie van de *groupes de contrats* niet langer van zijn rechtspraak deel te laten uitmaken. Voor de nabije toekomst rijst de vraag of de koopgarantierichtlijn en de jurisprudentiële toepassingen van het EEX-verdrag/verordening in de ketting van koopovereenkomsten tot een toenadering tussen de verschillende rechtssystemen zal leiden en welke vorm die toenadering dan wel zou aannemen.

601. In het bredere kader van de samenhangende overeenkomsten is het landschap van het bestaan van een rechtstreekse aanspraak bij samenhangende overeenkomsten heel gediversifieerd. Van eensluidendheid is er geen sprake.

Het heeft weinig zin om de bestudeerde rechtssystemen te ordenen naargelang van de mate waarin en de wijze waarop ze het bestaan van rechtstreekse aanspraken erkennen, zeker daar dit bestaan vaak aan hevige twijfel onderhevig is. In het ene geval is het ene rechtssysteem meer toegankelijk in het toekennen van een rechtstreekse aanspraak dan het andere, in een ander geval dan weer veeleisender. Zo zijn de Fransen nagenoeg onwrikbaar tegenstander van een rechtstreekse aanspraak bij middellijke vertegenwoordiging, passen zij de buitencontractuele aansprakelijkheid op een rechtstreekse aanspraak van een hoofdopdrachtgever tegen een onderaannemer in ruime mate toe, en staan er in specifieke contexten ook diverse contractuele technieken ter beschikking. Toch valt het op dat zij meer en meer bekommerd zijn om de coherentie in de organisatie van de derdenwerking in hun rechtssysteem. Het Nederlandse recht lijkt dan weer meer genuanceerd, in de zin dat het meer is afgestemd op de feiten en de omstandigheden van elk individueel geval. Ook de wettelijke regeling van de middellijke vertegenwoordiging is de weerslag van een evenwichtige belangenafweging. In het Engelse recht heerst dan weer ruime openheid ten aanzien van een rechtstreekse aanspraak bij middellijke vertegenwoordiging, maar is de ingesteldheid ten aanzien van rechtstreekse aanspraken in andere gevallen toch wel restrictiever te noemen.

602. Die ongeordende diversiteit maakt het meer zinvol om de bestudeerde rechtssystemen aan de hand van hun *benaderingswijze* van het probleem van rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten te classificeren.

Aan de ene kant is een alles-of-niets benadering (*all or nothing*) kenmerkend voor het Franse en vooral het Belgische recht. In de ene contractuele situatie wordt een rechtstreekse aanspraak categoriek uitgesloten, in de andere situatie steeds weer aanvaard. Te denken is hier vooral aan de restrictieve interpretatie van rechtstreekse vorderingen, die met zich meebrengt dat een dergelijke vordering wel in de ene richting speelt (b.v. van de lastgever tegen de onderlasthebber) maar niet in de andere richting (b.v. van de onderlasthebber tegen de lastgever, althans in België). Een ander voorbeeld is de categorieke afwijzing in het Belgische recht van rechtstreekse aanspraken bij middellijke vertegenwoordiging. In hetzelfde spoor noemt een Nederlands auteur de Belgische theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringagent niet onterecht “confectiewerk en geen maatwerk”.²⁶⁶⁶ Het Franse assimilatiemodel getuigt van dezelfde radicale ingesteldheid.

Aan de andere kant staan zowel het Nederlandse als het Engelse recht en, in mindere mate, het Duitse recht, waar er in de meeste situaties geen sprake is van een categorieke uitsluiting of aanvaarding van een rechtstreekse aanspraak. Wanneer aldus een rechtstreekse aanspraak in principe mogelijk is, dan nog is een (negatieve) doorwerking van contractuele clausules op buitencontractueel vlak denkbaar.

603. De *radicaliteit* van de alles-of-niets benadering in het Belgische en het Franse recht gaat gepaard met een *versnippering*. Het bestaan van een rechtstreekse aanspraak hangt vaak af van de aard van de betrokken bijzondere overeenkomst. Franse juristen dachten enige tijd die diversificatie te kunnen tegengaan door de algemene theorie van de *groupes de contrats* te ontwikkelen, maar zijn er uiteindelijk niet in geslaagd.

In het Belgische recht blijkt die versnippering bijvoorbeeld uit de confrontatie van de uiterst restrictieve houding met betrekking tot een rechtstreekse aanspraak van een schadelijdende schuldeiser tegen een uitvoeringsagent alsook van een opdrachtgever tegen de medecontractant van een middellijk vertegenwoordiger, met de uiterst permissieve houding met betrekking tot een rechtstreekse, contractuele aanspraak van een uiteindelijke koper tegen een oorspronkelijke verkoper. Van eenzelfde versnippering getuigt het bestaan van rechtstreekse vorderingen, al is die niet geheel gelijklopend met onze zuiderse buur. Zo is het Franse recht niet even restrictief als het Belgische recht ten aanzien van de aanspraak van de middellijke vertegenwoordigde tegen de derde-medecontractant en zeker niet ten aanzien van de aanspraak van de schadelijdende schuldeiser tegen de uitvoeringsagent.

²⁶⁶⁶ J.G.A. LINSSEN, *o.c.*, *N.J.B.* 1995, 1273.

Minder versplinterd, zij het meer restrictief in vergelijking met het Franse recht, is het Engelse recht. Op zijn beurt heerst er wel heel wat onzekerheid, omdat het moeilijk is de lijn te trekken tussen de gevallen waar een rechtstreekse aanspraak mogelijk is en waar niet. Wel staat vast dat zowel bij onderaanneming als bij onderlastgeving een rechtstreekse aanspraak tot de mogelijkheden behoort, zonder dat tussen beide een strikt onderscheid wordt gemaakt.

In vergelijking met het Engelse recht, is het Nederlandse recht evenmin zeer gediversifieerd en is het nog minder restrictief ten aanzien van de aanvaarding van rechtstreekse aanspraken.

II. GELIJKHEIDSBEGINSEL. EEN CONSTITUTIONEEL PERSPECTIEF

A. Algemeen

604. Vanuit een *constitutioneel* perspectief rijst de vraag of het strikte karakter van de alles-of-niets benadering (*all or nothing*) uit het Belgische en Franse recht in combinatie met de versnipperde aanpak, wel met het gelijkheidsbeginsel (art. 10-11 Gec. G.W.) verzoenbaar is.

Wat rechtvaardigt dat een hoofdopdrachtgever een uitvoeringsagent in principe *niet* rechtstreeks kan aanspreken, terwijl dit omgekeerd wel kan? Wat rechtvaardigt dat de wetgever voor welbepaalde overeenkomsten een rechtstreekse aanspraak slechts in één bepaalde richting *altijd* mogelijk maakt, zoals een rechtstreekse vordering van een onderaannemer tegen de bouwheer of van een lastgever tegen de onderlasthebber? Wat rechtvaardigt het dat een koper van een zaak tegen een verderstaande verkoper een rechtstreekse contractuele vordering kan instellen, terwijl een bouwheer dit niet kan tegen een leverancier van een goed dat de aannemer heeft aangekocht?

Voor een rechtssysteem is interne coherentie van levensbelang. Die coherentie heeft nog aan belang gewonnen, sinds de wet de status van onschendbaarheid heeft verloren en het Arbitragehof de bevoegdheid heeft gekregen om een wetgevende norm²⁶⁶⁷ op haar verenigbaarheid met een aantal bepalingen uit de grondwet en in het bijzonder met het constitutionele gelijkheidsbeginsel te toetsen.²⁶⁶⁸ Van die bevoegdheid heeft het

²⁶⁶⁷ Voor de inhoud van dit begrip zie A. ALEN, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 294-297, nr. 382.

²⁶⁶⁸ Art. 142 Gec. G.W.

Hof uitgebreid gebruik gemaakt, zodat dit beginsel een almaar centralere plaats in het juridisch bestel van België inneemt.²⁶⁶⁹

De jongste jaren kan ook de in het privaats- en aansprakelijkheidsrecht gespecialiseerde jurist niet meer om de rechtspraak van het Arbitragehof heen. In dit verband waren in de eerste plaats twee arresten in verband met de onderscheiden aansprakelijkheidspositie van ambtenaren-werknemers en statutaire ambtenaren (waaronder ambtenaren-organen) ophefmakend. Waar de eerste groep van ambtenaren krachtens art. 18 WAO zowel tegenover hun werkgever als tegenover derden slechts wegens opzettelijke, zware of vaak voorkomende lichte fout aansprakelijk kunnen zijn, kunnen de statutaire ambtenaren zich traditioneel niet op die aansprakelijkheidsbeperking beroepen. Waar het Arbitragehof dit onderscheid in behandeling qua aansprakelijkheidspositie aanvankelijk enkel discriminatoir leek te achten in de verhouding tussen de ambtenaar en de overheid die een regresvordering tegen hem uitoefent (en niet in de verhouding tussen de ambtenaar en het slachtoffer),²⁶⁷⁰ is het in een arrest van 9 februari 2000 tot het besluit gekomen dat het onderscheid in beide verhoudingen in het licht van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel niet verantwoord is “*in acht nemend de gelijkheid van de vergeleken arbeidsverhoudingen, met name vanuit het oogpunt van de juridische ondergeschiktheid*”.²⁶⁷¹ Volgens een ander belangwekkend arrest voor het aansprakelijkheidsrecht, het lentearrest van 1995, oordeelde het Arbitragehof het discriminatoir dat een burgerlijke vordering op grond van een als misdrijf te kwalificeren feit aan een veel kortere verjaringstermijn onderworpen was dan een vordering op grond van een niet-strafrechtelijk sanctioneerbare en dus minder laakbare onrechtmatige daad.²⁶⁷² Ten slotte stelde het Arbitragehof in zijn konijnenschade-arresten dat het gelijkheidsbeginsel vereist dat zogenaamde *punitive damages* (toekenning van een vergoeding boven het bedrag dat het slachtoffer werkelijk aan schade heeft geleden) in het Belgische bestel in principe niet kunnen worden toegekend en daarom ook een bijzondere rechtvaardiging behoeven.²⁶⁷³

²⁶⁶⁹ Men raadplege o.a. A. ALEN, *o.c.*, p. 300-302, nr. 387-391; J. THEUNIS, “Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor “*corrigerende ongelijkheden*” en “*doorwerking in private rechtsverhoudingen*”, in X, *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 129-181.

²⁶⁷⁰ Respectievelijk Arbitragehof nr. 20/99, 17 februari 1999, *B.S.* 1 juni 1999, 19.820; Arbitragehof nr. 77/96, 18 december 1996, *A.A.* 1996, 1009, *J.T.* 1997, 197, *J.L.M.B.* 1997, 265, noot P. HENRY. Zie ook W. VAN GERVEN en S. COVEMAEEKER, *Verbindenissenrecht*, 230.

²⁶⁷¹ Arbitragehof nr. 19/2000, 9 februari 2000, website www.arbitrage.be.

²⁶⁷² Arbitragehof nr. 25/95, 21 maart 1995, *B.S.* 31 maart 1995, 8184, *R.W.* 1994-95, 1324, noot P. TRAEEST.

²⁶⁷³ Arbitragehof nr. 5/98, 21 januari 1998, *B.S.* 1998, 10241; Arbitragehof nr. 53/98, 20 mei 1998, 1998, 23628.

605. Het gelijkheidsbeginsel vereist dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk. Meer concreet verloopt een toetsing van een concrete norm aan het gelijkheidsbeginsel vandaag de dag aan de hand van een vijftal fasen.²⁶⁷⁴

Om te weten of een categorie van personen in vergelijking met een andere categorie wordt gediscrimineerd, moeten we eerst nagaan of beide categorieën in een bepaald opzicht wel voldoende met elkaar *vergelijkbaar* zijn. Het nut van die eerste fase is evenwel betwifelbaar, omdat de stelling dat twee categorieën in een bepaald opzicht niet met elkaar zijn te vergelijken, tegelijk inhoudt dat een verschillende behandeling in dit opzicht juist door het gelijkheidsbeginsel geboden is want ongelijke gevallen moeten ongelijk worden behandeld.²⁶⁷⁵

In de tweede plaats moet het doel dat een wetgevende norm nastreeft, ook legitiem of *wettig* zijn.

Ten slotte moet het criterium van onderscheid rekening houdend met de aard, het doel en de gevolgen van de norm (of een combinatie van normen) *objectief, relevant* en *evenredig* zijn. De combinatie van die criteria als ook de marginale toetsing bij het evenredigheidsbeginsel²⁶⁷⁶ laten toe niet al te vlug een discriminatie in een bepaalde situatie te ontwarren. Een zekere terughoudendheid zoals het Arbitragehof die aan de dag legt, is zeker gewenst, al mogen de genoemde criteria niet uit het oog doen verliezen dat een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in grote mate een zaak van waardering is.²⁶⁷⁷

B. Toegepast op derdenwerking

606. Wat houdt dit beginsel in ten aanzien van de wijze waarop de derdenwerking van overeenkomsten in ons rechtssysteem is georganiseerd? Zijn de bestaande verschillen qua rechtsposities wel nog langer verantwoord? Zijn de criteria die bepalen wanneer de band tussen samenhangende overeenkomsten zo nauw is dat een rechtstreekse aanspraak al dan niet mogelijk moet zijn, nog relevant of pertinent te noemen? Een concrete vraag terzake werd het Arbitragehof nog niet voorgelegd.

Uit de grensoverschrijdende bronnen is terzake één en ander te leren. De interne coherentie van een rechtssysteem wordt in onze buurlanden immers even hoog in de vaandel gedragen. Zo is de Franse theorie van de

²⁶⁷⁴ Voor een goed overzicht: F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, *T.P.R.* 1998, (889) 916-958.

²⁶⁷⁵ F. MEERSSCHAUT, "Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraktijk 1992-1997", *T.P.R.* 1998, (889) 922, nr. 60-61.

²⁶⁷⁶ A. ALEN, *o.c.*, 303-304, nr. 392; F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, *T.P.R.* 1998, 950-951, nr. 124-125.

²⁶⁷⁷ A.R. BLOEMBERGEN, "De eenheid van privaatrecht en administratief recht", *W.P.N.R.* 1977, nr. 5.373, p. 20, kol. 1.

groupes de contrats precies een poging van de Franse rechtsleer om de versnippering inzake derdenwerking tegen te gaan. Uit het overzicht van de Engelse en Duitse rechtspraak in het vierde deel is diezelfde bekommernis gebleken. In een systeem zoals het Nederlandse waar rechtstreekse aanspraken doorgaans op een buitencontractuele basis zijn gestoeld, rijst de vraag naar de overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel per definitie minder, omdat de buitencontractuele aansprakelijkheid een regeling vormt die bij uitstek op de concrete omstandigheden van het geval is afgestemd. Uit het vierde deel is evenzeer gebleken dat Amerikaanse rechters steeds weer beklemtonen dat er geen reden bestaat om rechtstreekse aanspraken in geval van onzorgvuldige dienstverlening, gebrekkige producten of (de tussen de vorige twee in liggende) gebreken in gebouwen op verschillende wijze te behandelen.²⁶⁷⁸ De versnippering ten gevolge van het bestaan van een rechtstreekse vordering in het Belgische en Franse recht druist trouwens ook in tegen internationale tendensen, zoals in het *Handte*-arrest van het Hof van Justitie is uiteengezet. Ze vormt trouwens ook een technische belemmering voor de eenmaking van het kooprecht, zoals uit de Europese richtlijn van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen is gebleken.

De vergelijking met een norm uit een vreemde rechtsorde mag dan wel voor de beoordeling door het Arbitragehof niet dienstig zijn,²⁶⁷⁹ de bekommernis om de coherentie op het stuk van de derdenwerking begint ook in de Belgische rechtsleer met mondjesmaat door te sijpelen. Over de verenigbaarheid van de theorie van quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent met andere leerstukken stellen bij mijn weten tot nog toe alleen Bocken en Louveaux reeds uitdrukkelijk een vraag in die richting.²⁶⁸⁰ Montero en Dieux zien geen reden waarom de aansprakelijkheid bij samenhangende overeenkomsten aan andere voorwaarden zou moeten voldoen wanneer het plots een uitvoeringsagent betreft, maar die auteurs proberen die gedachte met de cassatierechtspraak te verzoenen door te stellen dat het Hof van Cassatie zijn stuwadoorsrechtspraak zou hebben verlaten,²⁶⁸¹ een interpretatie die, zoals in het tweede deel werd aangetoond, niet kan

²⁶⁷⁸ *Alas-Peratis Foods International Inc. v. American Can Co.* 209 Cal.Rptr. 917: “*J’Aire dealt with negligence during the construction of a structure which is as close to manufacture as it is to services.*” In de V.S. gaat het dan eerder om de vraag waarom de criteria inzake aansprakelijkheid in geval van onzorgvuldige dienstverlening niet evengoed zouden gelden voor die inzake productaansprakelijkheid. Bij ons rijst eerder de omgekeerde vraag.

²⁶⁷⁹ F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, *T.P.R.* 1998, 921-922, nr. 59.

²⁶⁸⁰ H. BOCKEN, “Het aansprakelijkheidsrecht in de steigers”, *T.P.R.* 1999, (567) 574; B. LOUVEAUX, *o.c.*, *J.L.M.B.* 1997, 376, overgenomen door P. WERY, *o.c.*, *R.R.D.* 1997, p. 173, nr. 5.

²⁶⁸¹ E. MONTERO, *La responsabilité civile des bases de données*, p. 458, nr. 219. Wat Dieux betreft, cf. *supra*, nr. 137.

worden gevolgd. Op andere mogelijke discriminaties werd al op verschillende plaatsen doorheen de thesis gealludeerd.

607. Nu wordt het tijd om te oordelen. Het is niet de bedoeling van onderhavige thesis om elk mechanisme van derdenwerking aan het gelijkheidsbeginsel te toetsen. Toch blijft het vragenwaardig of het onderscheid tussen de aansprakelijkheid voor producten en de aansprakelijkheid voor diensten gerechtvaardigd is,²⁶⁸² in de mate dat bij het eerste model de uiteindelijke consument over aanspreekmogelijkheden tegen zo goed als iedere schakel in de ketting beschikt, terwijl dit arsenaal bij het tweede model veel beperkter lijkt te zijn. Bestaan er in het kader van de rechtstreekse aanspraken, met andere woorden, voldoende objectieve en redelijke verschillen tussen het leveren van een product of het verrichten van een dienst?²⁶⁸³

En wat met de catalogoog van rechtstreekse vorderingen? Traditioneel wordt het bestaan van een rechtstreekse vordering in de Belgische theorievorming gerechtvaardigd doordat er een wettelijke basis voor bestaat. Een rechtstreekse vordering vindt haar grondslag in de wet²⁶⁸⁴ die tot voor kort onschendbaar was. Het is dan ook bijzonder eigenaardig dat er rond de rechtvaardiging niet meer onderzoek wordt gedaan.²⁶⁸⁵

Er wordt wel eens beweerd, vooral in het kielzog van de Franse theorie van de contractgroepen, dat de rechtstreekse, contractuele aanspraak in vergelijking met de delictuele aansprakelijkheid een beperking van de rechten van het slachtoffer inhoudt omdat de rechtstreekse aanspraak van het slachtoffer aan de beperkingen van de overeenkomst van de aangesproken verweerder onderworpen is.

Met betrekking tot de rechtstreekse aanspraak op grond van de accessoriumtheorie wordt het beeld historisch gezien dan wel vertekend, aangezien de rechtstreekse aanspraak niet werd gecreëerd om de rechten van het slachtoffer te beperken, maar wel om bij gebrek aan een delictuele aanspraak toch een rechtstreekse aanspraak aan het slachtoffer te verlenen, zij het dan wel onder voorbehoud van de beperkingen die uit de overeenkomst van de aangesproken verweerder voortvloeien. Die visie wordt

²⁶⁸² E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, 260.

²⁶⁸³ Zie in het kader van aansprakelijkheid van de “producent” van databanken: E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, 37 en 260.

²⁶⁸⁴ C. JAMIN bekritiseert deze positivistische visie, omdat de meeste rechtstreekse vorderingen eigenlijk door de rechtspraak zijn gecreëerd.

²⁶⁸⁵ In de huidige algemene theorievorming in Frankrijk rond de rechtstreekse vordering in het algemeen, voorzover die al bestaat, wordt meer en meer toegegeven dat de eigenlijke grondslag in de billijkheid *tout court* zou liggen. Cf. *supra*, nr. 364. Zie ook E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 500, nr. 249, waarin hij de analogie legt met de algemene rechtsbeginselen die rechtsmisbruik en fraude verbieden en met de vertrouwensleer.

trouwens ook door een rechtsvergelijkende blik bevestigd (cf. advocaat-generaal Jacobs in de zaak-Handte).

In het licht van die historische beschouwing is de accessoriumtheorie oorspronkelijk dus enkel bedoeld als een bijkomend beschermingsmiddel voor de benadeelde. In die optiek is dus geen sprake van een verboden discriminatie van een bepaalde categorie van personen.

Op dezelfde manier behoort het invoeren van een rechtstreekse vordering tot het domein van de beleidsvrijheid van de wetgever of, meer in het algemeen en los van een strikt positivistische of zelfs legalistische visie, tot de “beleidsvrijheid” of de interne grenzen van een rechtssysteem als het onze.

Zelfs in de visie dat de buitencontractuele aansprakelijkheid in de context van samenhangende overeenkomsten vaker open moet staan,²⁶⁸⁶ biedt de rechtstreekse vordering een bijkomend voordeel voor het slachtoffer, omdat ze binnen haar toepassingsgebied *steeds*, zij het onder voorbehoud van een tegenstrijdige clausule uit de overeenkomst van de aangesproken verweerder, tot een aanspraak van het slachtoffer leidt. Bij de delictuele aansprakelijkheid daarentegen kan het vereiste van een delictuele fout (eerste filter, cf. *infra*) het bestaan van een rechtstreekse aanspraak al in de weg staan. Een nadeel van de rechtstreekse vordering bestaat er dan weer in dat ze *steeds* aan de beperkingen van de overeenkomst van de verweerder is onderworpen, terwijl dit automatisme dan weer niet in onze alternatieve benadering van de delictuele aansprakelijkheid voorligt.

608. Het is hier niet de bedoeling te onderzoeken of het doel van de rechtstreekse aanspraak in het algemeen en van de rechtstreekse vordering in het bijzonder lovenswaardig is (de voorgaande bedenkingen daargelaten), maar wij willen enkel de vraag te berde brengen of de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent in het algemene kader van derdenwerking bij samenhangende overeenkomsten (met inbegrip van rechtstreekse vorderingen) nog langer houdbaar is.

De eerste test bij de beoordeling van een regel vanuit het gelijkheidsbeginsel is de vergelijkbaarheid tussen de categorieën van personen waartussen een verschil in behandeling wordt geopperd. Diverse vergelijkingspunten zijn mogelijk, terwijl voor het Arbitragehof meestal slechts één ervan als prejudiciële vraag wordt voorgelegd. Zo kan de positie van de hoofdopdrachtgever worden vergeleken met die van de andere derden die de uitvoeringsagent aanspreken, of nog, met die van de onderlasthebber of zelfs met die van een lasthebber.²⁶⁸⁷

²⁶⁸⁶ Cf. *infra*, nr. 617 et seq.

²⁶⁸⁷ Zie de suggestie van H. BOCKEN, *o.c.*, in W. VAN EECKHOUTTE, *Rechtspersonenrecht (Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998/1999)*, Gent, Mys & Breesch, 1999, p. 495, nr. 8.

De vraag naar de overeenstemming van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent rijst vooral door het bestaan van de rechtstreekse vordering in dezelfde rechtsverhouding, maar dan in de omgekeerde richting. Als een onderaannemer tegen de bouwheer een rechtstreekse vordering kan instellen, waarom zou de bouwheer dan omgekeerd nooit een rechtstreekse aanspraak tegen de onderaannemer kunnen laten gelden? Vormt de radicaliteit van de quasi-immuniteit (én van de organisatie van de rechtstreekse vorderingen) niet dé reden dat die regeling discriminatoir is? Gelijkheid en flexibiliteit worden niet steeds door uniformiteit gediend.²⁶⁸⁸ Moet, om de woorden van Schoordijk te gebruiken, de nuance het niet winnen van de “*hard and fast rule*”?²⁶⁸⁹ Is een onderscheid qua derdenwerking naargelang van het soort van bijzondere overeenkomst of naargelang van de band tussen twee samenhangende overeenkomsten, wel met het gelijkheidsbeginsel in overeenstemming te brengen? Dit zijn alle vragen waarvan het is te verwachten dat het Arbitragehof zich in de toekomst er zal moeten over buigen. Hierbij wilden we enkel een aantal vragen in de arena werpen, die in het debat ter sprake zullen moeten komen.

III. CONTRACTUEEL EVENWICHT. EEN LEGITIEM DOEL

609. Al mag de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent vanuit een rechtsvergelijkend en constitutioneel perspectief een zekere ontevredenheid opwekken, toch is niet uit het oog te verliezen dat zij wel degelijk is ingegeven door een legitieme bekommernis. Die doelstelling is evenwel niet eigen aan de problematiek van de uitvoeringsagent. Bij alle samenhangende overeenkomsten in het algemeen is de wijze waarop de rechtstreekse aansprakelijkheid wordt georganiseerd, namelijk ingegeven door die ene bijwijlen verlammeende en in alle rechtssystemen voorkomende vrees dat het contractuele evenwicht of de economie van het contract zou worden verstoord, dat het contract niet zou worden geëerbiedigd (*bouleversement de l'économie contractuelle*). Zo is de rechtstreekse aanspraak op grond van de accessoriumleer alleen maar mogelijk geweest, omdat in die theorie de overeenkomst van de oorspronkelijke verkoper volledig (binnen de grenzen van de geldigheid van een overeenkomst) naar de uiteindelijke koper kan doorwerken. Omgekeerd bleek de gebrekkig geachte doorwerkingsregeling bij de theorie van contractgroepen de essentiële reden voor haar doodsteek te zijn geweest.

Het Hof van Cassatie zou een rechtstreekse aanspraak van een hoofdopdrachtgever tegen een uitvoeringsagent nagenoeg onmogelijk hebben

²⁶⁸⁸ A.R. BLOEMBERGEN, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1977, nr. 5.375, p. 53, nr. 19.

²⁶⁸⁹ H.C.F. SCHOORDIJK, “Privaatrecht en publiekrecht, een interne rechtsvergelijking” (rede 1984), in *Verspreid werk van Prof.mr. H.C.F. Schoordijk*, Deventer, Kluwer, 1990, (468) 499.

gemaakt, om toch maar te bereiken dat de hoofdopdrachtgever de risico's die hij in zijn contract met de hoofdschuldenaar op zich heeft genomen, niet naar de uitvoeringsagent zou doorschuiven.²⁶⁹⁰ In die lijn kan een uitvoeringsagent alleen dan nog rechtstreeks worden aangesproken, wanneer het absoluut zeker is dat een exoneratieclausule uit het hoofdcontract een rechtstreekse aanspraak niet zou kunnen verlammen zoals het geval is bij een strafrechtelijk gesanctioneerde daad (een misdrijf).

610. In de motivering van rechterlijke uitspraken, d.w.z. in het juridische denkpatroon dat naar buiten treedt, wordt de indruk gewekt dat eerst wordt nagegaan of de verhouding tussen twee personen contractueel dan wel buitencontractueel van aard is en vervolgens de erop toepasselijke doorwerkingsregeling wordt toegepast. De allesbeheersende bezorgdheid om het contractuele evenwicht laat evenwel zien dat rechters in werkelijkheid een ander denkpatroon hanteren. Precies de omgekeerde weg wordt gevolgd: de doorwerkingsregeling determineert de aard van een aanspraak. De gewenste doorwerking bepaalt of de aanspraak contractueel dan wel buitencontractueel is. Die redenering reflecteert de algemene idee dat het denkpatroon waarmee een rechter zijn beslissing naar de buitenwereld toe legitimeert, inderdaad lang niet altijd hetzelfde is als dat waarmee een rechter in een daaraan voorafgaande fase tot zijn beslissing komt.²⁶⁹¹ De denkwijze waarmee een rechter tot zijn beslissing komt, is niet noodzakelijk in zijn uitspraak terug te vinden: *“Legal concepts are little more than the verbal devices that help formulate judgments but do not actually give us the real reasons for them”*.²⁶⁹²

Een treffende illustratie van die juridische denkwijze komt ook tot uiting in de theorie van contractgroepen waar, zoals herhaaldelijk al gezegd, de buitencontractuele dan wel (in casu) contractuele aard van de aanspraak uit de gewenste doorwerking wordt afgeleid. Het bestaan van een rechtstreekse vordering is op dezelfde manier te verklaren.

Hetzelfde denkpatroon kan ook verklaren waarom het Belgische Hof van Cassatie heeft beslist om aan de uitvoeringsagent een quasi-immuniteit te verlenen: aangezien het niet wenselijk werd geacht dat een hoofdopdrachtgever zijn exoneratiebeding uit de hoofdovereenkomst kan omzeilen door de uitvoeringsagent rechtstreeks aan te spreken. Aangezien een contractuele rechtstreekse aanspraak in die relatie strijdig zou zijn met het

²⁶⁹⁰ Cf. *supra*, nr. 189 et seq.

²⁶⁹¹ Zie vanuit een meer rechtstheoretisch perspectief W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*. Zie onlangs nog, met verdere verwijzingen, B. VEECKMANS, “Interpretatie en aanverwante rechtsbegrippen in geschillen tussen contractanten”, *Limb. Rechtsleven* 2000, (333) 352-553.

²⁶⁹² J.G. FLEMING, “Remoteness and Duty: the Control Devices in Liability for Negligence”, *Canadian Bar Review* 31 (1953), 479.

relativiteitsbeginsel, heeft het Hof aan de hoofdpdrachtgever een rechtstreekse aanspraak dan maar nagenoeg volledig ontzegd.

Met dezelfde doorwerkingsratio is het ook in overeenstemming dat een rechter op feitelijk vlak via vertegenwoordiging of contracttoetreding een rechtstreekse aanspraak op contractuele basis mogelijk maakt. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de contractuele weg aantrekkelijk is en dat sommige rechters bereid zouden zijn om een zogenaamd stilzwijgend derdenbeding aan te nemen of om in een bepaalde situatie voldoende elementen van vertegenwoordiging te lezen.²⁶⁹³

Helaas leiden dergelijke methodes van recht spreken tot een onorthodoxe verschuiving van de grens tussen aansprakelijkheid en niet-aansprakelijkheid of van die tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Nochtans hoeft het debat niet in die termen te worden gevoerd, maar kan het veeleer worden toegespitst op de vraag of op buitencontractueel vlak geen verdergaande doorwerking van contractuele clausules denkbaar is. Vooraleer die kernvraag op een rechtstreekse wijze aan te pakken, is het noodzakelijk om eerst het zogenaamd traditionele gedachtegoed te doorbreken.

IV. TRADITIONELE VISIE

611. Traditioneel wordt de doorwerking van contractuele clausules afhankelijk gesteld van de aard van de aansprakelijkheid, zodat het debat terzake zich op de in het eerste deel uitgewerkte scheidingslijn tussen contractuele en delictuele aansprakelijkheid (*contract versus tort approach*²⁶⁹⁴) kan afspelen.

Ofwel is een aanspraak contractueel, in welk geval er plaats is voor volledige doorwerking. In die situatie bevindt zich een contractueel betrokene wanneer hij bijvoorbeeld via de vertegenwoordiging of de contracttoetreding het statuut van contractpartij krijgt of wanneer hij als derde bepaalde contractuele rechten verwerft, zoals bij het derdenbeding, de rechtstreekse vordering of het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*.

Ofwel is een aanspraak buitencontractueel, in welk geval via het concept van tegenstelbaarheid slechts een gedeeltelijke doorwerking mogelijk is. Het is inderdaad de gevestigde meerderheidsopvatting dat exoneratieclausules en andere vergelijkbare contractuele clausules gezien het relativiteitsbeginsel slechts aan derden tegenwerpelijk zijn indien de contractuele weg wordt gevolgd. Het standpunt van het Hof van Cassatie ligt in de lijn van die traditionele visie. Ons rechtssysteem berust dan ook op het

²⁶⁹³ Cf. *supra*, nr. 180 et seq.

²⁶⁹⁴ B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 306.

axioma dat contractuele clausules alleen bij toepassing van contractuele aansprakelijkheid volledig doorwerken en slechts gedeeltelijk²⁶⁹⁵ bij toepassing van delictuele aansprakelijkheid.

Precies die leer is verantwoordelijk voor het ontstaan van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, die niet alleen onrechtvaardig, radicaal en rechtsonzeker is maar ook rechtsvergelijkend geen steun vindt. Aangezien de contractuele aansprakelijkheid niet in aanmerking komt, zou de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid met haar beperkte doorwerking in botsing komen met het contractuele evenwicht, zodat het Hof van Cassatie dan maar – bij gebrek aan beter – voor de niet-aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent heeft geopteerd.

612. Volgens de meeste Belgische en Franse auteurs is die traditionele weg de enig bewandelbare, zodat de vraag naar een verdergaande doorwerking op buitencontractueel vlak doorgaans eenvoudigweg niet eens wordt gesteld.²⁶⁹⁶ Vooral in Frankrijk is men voor dit alternatief blind gebleven, doordat de theorie van de contractgroepen er zo opgang heeft gemaakt.

Zo formuleerde Jourdain op typerende wijze de traditionele visie door de contractuele aansprakelijkheid en de beperkte buitencontractuele aansprakelijkheid (slechts één filter, cf. *infra*) als enige alternatieven voor het probleem van de uitvoeringsagent voor te stellen: “*Soit on autorise la victime à se prévaloir de l’inexécution contractuelle, mais il faudrait admettre réciproquement le débiteur à opposer son contrat, ce qui devrait conduire à reconnaître une nature contractuelle à sa responsabilité. Soit, dans une conception stricte de l’effet relatif des conventions, si l’on ne veut pas permettre au débiteur d’opposer son propre contrat à la victime, on doit reconnaître une certaine relativité à la faute contractuelle et ne consentir à un tiers le droit d’invoquer une faute du débiteur que si elle correspond à un manquement à un devoir général de prudence ou de diligence tel qu’il pouvait en résulter un préjudice indistinctement pour le cocontractant et les tiers.*”²⁶⁹⁷ Op buitencontractueel vlak is er voor Jourdain slechts één beperking van de aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent, nl. dat diens fout een van de wanprestatie onafhankelijke delictuele fout moet uitmaken. Aan een verruiming van de doorwerking wordt niet eens gedacht.

In de Duitse rechtskring pleit onder meer Kötz, niet toevallig gezien de beperktere draagwijdte van de regels van buitencontractuele aan-

²⁶⁹⁵ Voor de invulling hiervan, zie het eerste deel over de algemene beginselen. Volgens Ghestin is het onderscheid bovendien zeer subtiel, zo bijvoorbeeld wanneer een derde zich beroept op de garantieverplichting van een fabrikant en zich daarbij op de buitencontractuele aansprakelijkheid beroept om zo te ontsnappen aan de contractuele beperkingen van die verplichting (J. GHESTIN, “Introduction”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, nr. 7, p. 13).

²⁶⁹⁶ Zie o.m. R.J.P. KOTTENHAGEN, *o.c.*, *N.T.B.R.* 1995, 135.

²⁶⁹⁷ P. JOURDAIN, “Le recul de la responsabilité contractuelle directe dans les groupes de contrats”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1991, 752.

sprakelijkheid, voor de contractuele benadering, niet alleen in een geval zoals dat van de aanspraak van ontgoochelde erfgenamen tegen de bij het opstellen van het testament onzorgvuldige notaris, maar ook en vooral bij samenhangende (*interrelated but separate*) overeenkomsten. Een delictuele benadering ziet hij niet zitten, omdat het zijns inziens veel moeilijker is om de *duty of care* van de verweerder in te perken: “*one would have to cut tort down to size by limiting the defendant’s duty to the contractually agreed scope and subject it to the contractually agreed exemptions and exceptions.*”²⁶⁹⁸

Wanneer Nederlandse auteurs voorstellen doen tot remediëring van het probleem van contractueel evenwicht in het Franse recht, denken zij eigenaardig genoeg niet aan hun eigen model dat op buitencontractueel vlak in bepaalde mate een doorwerking van contractuele bedingen (of verweermiddelen) toelaat. Zo blijkt alvast uit de volgende woorden van du Perron: “*Voorts is naar Frans recht de toepassing van contractuele verweermiddelen op de vordering uit onrechtmatige daad in de regel uitgesloten. Daardoor wordt de positie van de wanpresterende partij ernstig bedreigd. Ik constateerde (eerder) reeds dat een poging om deze bedreiging te neutraliseren door de aansprakelijkheid in de verhouding tussen partijen en derden vrijwel geheel te contractualiseren, heeft gefaald. Derden van wie het belang slechts toevallig met een overeenkomst in aanraking kwam, werden daardoor onredelijk benadeeld. Het Franse recht verkeert nu op dit punt in een crisis. Daaraan kan waarschijnlijk slechts een einde komen doordat men komt tot strengere toepassing van de regel dat wanprestatie uitsluitend onrechtmatig is indien de handeling die haar oplevert ook afgezien van de schending van de verbintenis een ongeoorloofd karakter heeft. Anders gezegd: ook Franse juristen zullen moeten nagaan onder welke omstandigheden partijen jegens derden een zorgplicht hebben ten aanzien van de uitvoering van hun overeenkomst.*”²⁶⁹⁹

V. DOORBREKING VAN TRADITIONELE VISIE

A. De eerste schuchtere, maar moedige stappen

613. Anderen laten wel nog ruimte voor een bijkomend alternatief. Tot onze grote verrassing rijzen zelfs in de Franse rechtsleer reeds stemmen in de richting van een verdergaande doorwerking.

Een vordering van een derde, zo stelt Goutal in zijn thesis, “*devrait être de nature contractuelle, ou au moins être régie par les dispositions du contrat.*”²⁷⁰⁰ Hij blijft evenwel niet lang bij die gedachte staan, want hij voegt er onmid-

²⁶⁹⁸ H. KÖTZ, *o.c.*, *Tel Aviv University Studies in Law* 1990, (195), 211-212.

²⁶⁹⁹ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 261, nr. 294.

²⁷⁰⁰ J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l’effet relatif du contrat*, p. 142, nr. 190 (met eigen cursivering).

dellijk aan toe dat een theoretisch mechanisme dat zijn tweede alternatief toelaat, niet bestaat.²⁷⁰¹

Dit alternatief bedenkt ook Ghestin in de context van de samenloopproblematiek, al laat ook hij die gedachte onmiddellijk vallen omdat een grotere doorwerkingsgraad te fel tegen de Franse traditie zou indruisen: *“Une autre solution, plus radicale et sans doute exag erement contraire à nos traditions juridiques, serait encore de renoncer à la règle dite du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, quitte   admettre, à l’instar de nombreux droits étrangers, l’application des clauses limitatives de responsabilité en matière délictuelle. Mais ce serait-l  une véritable révolution à laquelle la perspective même d’une harmonisation européenne ne semble pas avoir habitu  les esprits.”*²⁷⁰² Toch is het veelbetekenend dat hij zijn bijdrage precies met die overweging bij wijze van besluit afsluit, wat er toch op duidt dat hij zich toch wel door die oplossing aangetrokken voelt zonder haar vooralsnog uit te werken. Waarom nog schermen met het valse argument van de traditie, waarom niet de draad doorknippen?

Minder eerbied voor de traditie brengen de Engelse auteurs Beyleveld en Brownsword op: *“Either, as with Lord Brandon, we decline to grant A the remedy; or, we bite the bullet and lift the privity restrictions in respect of each of our generic questions, leaving C free, in principle, to respond to A’s claim by setting up the terms of the sub-contract (or, equally, the terms of the head contract).”*²⁷⁰³

614. Geleidelijk gaan ook in de recente Belgische rechtsleer, al gaat het nog om een minderheidsopvatting, stemmen op om in de doorwerkingsregeling verandering te brengen. Zo heeft Dieux, een hevig tegenstander van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, de moed gehad om ervoor te pleiten dat exoneratieclausules en andere contractuele clausules ook bij buitencontractuele aansprakelijkheid tegenwerpelijk kunnen zijn, ook als ze in het nadeel van derden werken. Het bredere kader waarop hij zich voor die stelling steunt, ligt in het door hem onderkende algemeen beginsel van eerbied voor andermans gerechtvaardigde verwachtingen: een verwachting kan mogelijks niet gerechtvaardigd zijn wanneer in de onderovereenkomst een exoneratiebeding is vervat.²⁷⁰⁴

Montero getuigt van eenzelfde opvatting, omdat in zijn zienswijze geen plaats is voor een onderscheid in behandeling tussen derden die partij zijn bij een samenhangende overeenkomst en andere, échte derden. Indien

²⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 144-145, nr. 192 (zijns inziens is het praktisch ook niet zo belangrijk).

²⁷⁰² J. GHESTIN, noot onder Cass. fr. (ass. pl n.) 12 juli 1991, *D.* 1991, Jur. 556.

²⁷⁰³ D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *o.c.*, (1991) 54 *Mod.L.R.*, 62. Zie ook J.N. ADAMS, R. BROWNSWORD, *o.c.*, (1990) 10 *Legal Studies*, (12) 31.

²⁷⁰⁴ X. DIEUX, *Le respect d  aux anticipations légitimes d’autrui*, p. 178, nr. 73; X. DIEUX, D. WILLERMAIN, *o.c.*, in X, *Les contrats de service*, Brussel, JBB, 1994, p. 232-233, nr. 10.

een foutief handelende producent of dienstenleverancier weet dat het goed of de dienst in kwestie ten goede komt aan een persoon die verderop in de contractenketting staat en indien die gebruikers op de goede nakoming van de prestatie van de producent of dienstenleverancier vertrouwen, dan hebben die gebruikers daarop op rechtmatige wijze kunnen afgaan en beschikken zij in principe over een aanspraak als dat vertrouwen wordt beschaamd. Daarvoor ziet hij als enige voorwaarde dat de gebruikers daartoe wel een wettig of rechtmatig belang moeten kunnen laten gelden, wat erop neerkomt dat ze binnen de perken van de overeenkomst van de aangesproken verweerder moeten blijven.²⁷⁰⁵ Zo is er bij een gebruikslicentie van een databank ruimte voor doorwerking van niet alleen clausules die het gebruik ervan expliciet beperken tot de cliënt, maar ook van exoneratieclausules.²⁷⁰⁶

Waar aan Nederlandstalige zijde de auteurs zich nog quasi-unaniem achter de traditionele Franse visie scharen, zijn het eigenaardig genoeg de Franstalige auteurs die zich hoe langer hoe meer door het Nederlandse voorbeeld laten inspireren.

615. Ondanks de traditie, maar in navolging van de in ruimere mate aanvaarde wisselwerking (zowel tussen contractpartijen onderling als tegenover derden) tussen contract en onrechtmatige daad in een aantal van onze buurlanden, beginnen dus een niet te veronachtzamen aantal gezaghebbende auteurs voor een verdergaande doorwerking van overeenkomsten op buitencontractueel vlak te pleiten. Waar dit voorstel in de Belgische rechtsleer hier en daar wel eens bij wijze van voorbeeld opduikt om een algemeen rechtsbeginsel te illustreren (zoals Dieux) of om de rechtspositie van de betrokkenen in een specifieke sector te omschrijven (zoals Montero), zijn we genoodzaakt de mosterd voor een uitgewerkte theorie terzake te halen uit vooral de Nederlandse rechtsleer en de rechtspraak van de Hoge Raad en in mindere mate de Engelse en de Duitse rechtspraak. Zoals eerder besproken, verklaarden de Hoge Raad en in zijn kielzog de lagere rechtspraak zich meerdere malen voorstander van de doorbreking van het beginsel van niet-doorwerking van exoneratieclausules op buitencontractueel vlak.

Die Nederlandse rechtspraak dreef de rechtsleer in twee kampen uiteen. In de ontstaansperiode van die rechtspraak probeerden verschillende auteurs die zogenaamde doorwerking van contractuele clausules op buiten-

²⁷⁰⁵ Als hier naar Engels voorbeeld van het “hoofdcontract” zou worden gesproken, is het opnieuw nogal verwarrend, want in geval van de onderaannemer slaat het hoofdcontract doorgaans niet op dat van de aangesproken onderaannemer, maar wel op dat van de eisende hoofdopdrachtgever.

²⁷⁰⁶ E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 465, nr. 225.

contractueel vlak nog halsstarrig aan de hand van traditionele (meestal contractuele) constructies te koppelen. In het andere, nu algemeen overheersende kamp wordt de doorwerking als innovatie aanvaard. Die auteurs gaan ook op zoek naar de factoren die deze doorwerking rechtvaardigen, al blijven ze bij die pogingen wel eens verweesd achter. De schets van de Nederlandse rechtspraak mag evenwel niet de indruk wekken dat de doorwerking van contractuele clausules op buitencontractueel vlak de allures van een beginsel toegemeten krijgt. Doorwerking blijft nog steeds de uitzondering op de algemene regel dat contractuele exoneratieclausules op buitencontractueel vlak niet doorwerken.

De inspiratie uit de andere rechtssystemen is althans vooral daar nuttig waar de doorwerking het meest problematisch is, met name doorwerking van contractuele clausules *tegen* derden. Wanneer een clausule in het *voordeel* van een derde speelt (ook buiten de aanwezigheid van een derdenbeding), kunnen we ons beroepen op het risicobeginsel dat aan de grondslag van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent zou liggen.

Een kleine randopmerking over het Duitse recht is hier gepast. De vraag naar doorwerking ten voordele van derden op buitencontractueel vlak wordt in het Duitse recht vermeden door in de plaats hiervan voor de contractuele weg te kiezen. Dank zij de constructie van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* kan een derde zich op contractuele basis tegen een contractant keren, zodat ook alle clausules van de overeenkomst van de aangesproken verweerder naar de contractant toe doorwerken. Net zoals de Belgische theorie van de uitvoeringsagent, heeft die theorie op het eerste gezicht het voordeel van de rechtszekerheid aan haar kant, omdat niet moet worden gezocht naar de factoren die een eventuele doorwerking rechtvaardigen. In een contractuele theorie werken immers in principe²⁷⁰⁷ alle clausules uit de overeenkomst van de schadeverwekker door. Bij nader toekijken is ook de rechtszekerheid van die constructie heel beperkt, aangezien de plaats van de zoektocht naar factoren voor eventuele doorwerking wordt ingenomen door het onderzoek, in een eerder stadium, of de derde zich al dan niet binnen de werking van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* bevindt. Welnu, uit de Duitse rechtspraak en rechtsleer blijkt precies dat er omtrent de toepasselijkheid van die constructie een grote verdeeldheid heerst.²⁷⁰⁸

Het onderscheid tussen de doorwerking voor en tegen derden komt trouwens goed tot uiting in de Engelse rechtspraak, waar tot in de *House of Lords* betwisting bestond over de vraag welke overeenkomst nu juist behoort door te werken, de hoofd- of de onderovereenkomst.²⁷⁰⁹

²⁷⁰⁷ Voor een beperkte nuance, cf. *supra*, nr. 294 et seq.

²⁷⁰⁸ Cf. *supra*, nr. 513 et seq.

²⁷⁰⁹ Cf. *supra*, nr. 591.

B. Twee filters

616. In om het even welke alternatieve opvatting kan en mag een uitvoeringsagent niet in alle gevallen rechtstreeks tegenover de hoofdopdrachtgever aansprakelijk zijn. Eén of meer filters zijn nodig om alleen die rechtstreekse aanspraken over te houden die gerechtvaardigd zijn doordat ze een evenwicht tussen de belangen van het slachtoffer en die van de aansprakelijke bereiken. Precies in die belangenafweging moet ook naar een zo groot mogelijke rechtszekerheid worden gestreefd.

Een filter is niet aanvaardbaar, indien hij tegen de vereiste van een evenwichtige belangenafweging ingaat. Dit lot was alvast de filter van de contractgroepen beschoren, aangezien de ermee verbonden doorwerking van contractuele clausules (nl. uit beide overeenkomsten) de rechten van het slachtoffer in overdreven mate inperkte. Nog een grotere inperking en dus *a fortiori* een nog groter onevenwicht veroorzaakt de Belgische cassatierechtspraak die de buitencontractuele weg quasi-volledig afsnijdt en aldus de naam “filter” niet waard is.

In de hierna voorgestelde alternatieve benadering wordt daarom meer verfijning beoogd door op de rechtstreekse aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent meerdere filters te plaatsen en daarbij tegelijk zoveel mogelijk ruimte voor de feitelijke omstandigheden van elk individueel geval open te laten. Allereerst kunnen aan de hand van een nader uit te werken beginsel die gevallen overblijven waarin de uitvoeringsagent in principe een buitencontractuele fout heeft begaan. Vervolgens moet worden nagegaan in welke mate contractuele clausules (en uit welke overeenkomst), ten voordele van derden ook buiten de grenzen van het derdenbeding en zelfs ten nadele van derden, op de buitencontractuele aanspraak tegen de uitvoeringsagent zouden kunnen doorwerken.

Op een analoge wijze splitst men de meer algemene vraag naar de sprong bij samenhangende overeenkomsten in twee subvragen op. (A) Wanneer beschikt een slachtoffer in principe over een rechtstreekse aanspraak op buitencontractuele grondslag tegen de contractant van de samenhangende overeenkomst waarmee hij (althans op het eerste gezicht) niet in een contractuele relatie staat, en, zo ja, op welke grondslag, of vormt de structuur van samenhangende overeenkomsten veeleer een belemmering voor een dergelijke rechtstreekse aanspraak? (B) Zo een principiële aanspraak voorhanden is, kan die dan nog door de doorwerking van een clausule van één van beide overeenkomsten worden belemmerd en, zo ja, op welke grondslag?

In de intussen wel aangetoonde veronderstelling dat de theorieën van de uitvoeringsagent en van de contractgroepen omwille van hun radicaal karakter niet gerechtvaardigd zijn, worden we met hetzelfde probleem geconfronteerd als in de andere rechtssystemen. Waarom zou een derde

zich wel op bepaalde contractuele clausules kunnen beroepen, maar moet hij zich de exoneratieclausules niet laten tegenwerpen? Geringe overtuiging kleeft aan de stelling als zouden de exoneratieclausules niet als feit tegenwerpelijk zijn: waarom zou een derde wel rekening mogen houden met de uitvoering van een contractuele prestatie en niet met het exoneratiebeding dat aan dat contract vasthangt? Het contract kan niet zomaar los van het exoneratiebeding worden gezien. In het kader van samenhangende overeenkomsten kunnen de derden niet als absolute derden worden behandeld: niet alle derden zijn even vreemd aan de betrokken overeenkomst.²⁷¹⁰

Aangezien zelfs in de systemen waar de theorievorming rond de voorgestelde alternatieve benadering nog volop (zoals in het Nederlandse recht) of geleidelijk (zoals in het Engelse recht) in ontwikkeling zijn, kan wat volgt alleen al om die reden onmogelijk het laatste woord uitmaken en is het enkel een aanzet tot een verder in Europese context te voeren debat.

C. Fout en eerbied voor andermans gerechtvaardigde verwachtingen

617. Er staan twee bekommernissen centraal om in het kader van samenhangende overeenkomsten een rechtvaardig systeem van rechtstreekse aanspraken tussen de uiterste schakels van de ketting uit te werken. Aan de ene kant mag een rechtstreekse aanspraak niet uit het enkele bestaan van twee samenhangende overeenkomsten voortvloeien. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden of factoren vereist. Aan de andere kant mag er – omgekeerd – uit het enkele bestaan van een ketting evenmin worden afgeleid dat er *ipso facto* geen rechtstreekse aanspraak voorhanden is.

De buitencontractuele aansprakelijkheid is uiterst geschikt aangezien zij het voordeel biedt dat “*zij alle gevallen omvat.*”²⁷¹¹ Bij een regeling van rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten zullen immers de omstandigheden van elk concreet geval determinerend zijn. De aansprakelijkheid is er één die gebaseerd is op de fout ex art. 1382-1383 B.W. die op de omstandigheden van elk individueel geval is afgesneden. Het feitelijke karakter van die vraag sluit evenwel niet uit om een aantal richtinggevende gevallengroepen of doorslaggevende factoren aan te geven.²⁷¹²

²⁷¹⁰ G. VINEY, *o.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parijs, Litec, 1990, 417.

²⁷¹¹ A.S. HARTKAMP, “Boekbespreking H.C.F. SCHOORDIJK, De aansprakelijkheid van een producent voor defecte producten tegenover opvolgende kopers”, *W.P.N.R.*, nr. 5.962, p. 350, nr. 7.

²⁷¹² Cf. *infra*, nr. 624 et seq.

Om het buitencontractuele foutbegrip in de context van samenhangende overeenkomsten toe te passen, moeten we dit begrip nader omschrijven. Het foutbegrip is immers niet zo eenvormig als soms – ten onrechte – wordt voorgesteld. Meer nog, in de huidige rechtsleer is sprake van een heroriëntering naar een veelvormig foutbegrip dat niet langer tot één criterium is te reduceren. Het is precies die tendens die in de context van samenhangende overeenkomsten verhelderend werkt. De pletora aan definities toont immers aan dat aan het foutbegrip in de context van de samenhangende overeenkomsten een specifieke inhoud kan toekomen.

Verschillende auteurs ondernemen een poging om aan het foutbegrip een nadere inhoud te geven. Het is dan ook interessant om in een eerste stap enkele in de rechtsleer voorgestelde en in de rechtspraak aangewende criteria op een rijtje te zetten, zodat de veelkleurigheid van het foutbegrip beter tot uitdrukking komt. Onmiddellijk zal blijken dat het ene criterium in de ene context beter tot zijn recht zal komen dan in de andere context (1). Welk foutbegrip het meest recht doet aan de specificiteit van de context van de samenhangende overeenkomsten, wordt dan in een tweede stap nader uitgewerkt (2).

1. Overzicht van diverse begripsomschrijvingen van foutbegrip

618. Onder de diverse begripsomschrijvingen definieert het buitencontractuele foutbegrip zich allereerst door zich van de contractuele fout te onderscheiden. Ook al hebben beide fouten veel met elkaar gemeen, toch vallen ze niet met elkaar samen omdat de overtreden norm telkens verschillend is.²⁷¹³ Een tekortkoming aan de verplichting tot levering van elektriciteit bijvoorbeeld is een zuiver contractuele fout, maar dit sluit niet uit dat die levering mits bijkomende omstandigheden (waarover verder meer) alsnog een buitencontractuele fout kan opleveren.

Om de overtreden norm op buitencontractueel vlak verder te omschrijven, is het algemeen gangbaar om de onrechtmatigheid in het foutbegrip in twee elementen op te splitsen: de inbreuk op een wettelijke norm of de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm.²⁷¹⁴ Des te helderder de inhoud van het eerste element, des te vager (en tegelijk opener) is de inhoud van het tweede element. Naar het voorbeeld van de Nederlandse wetgever²⁷¹⁵ ontwikkelt zich gaandeweg ook in het Belgische recht een derde foutcategorie, met name de inbreuk op subjectieve rechten. Die inbreuk is in het bijzonder contextgevoelig, daar hij zich in het Belgische recht in

²⁷¹³ L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 119, nr. 69.

²⁷¹⁴ Zie o.m. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, "Overzicht", *T.P.R.* 2000, p. 1563, nr. 5, met verwijzingen naar de cassatierechtspraak terzake.

²⁷¹⁵ Art. 162 § 2 N.N.B.W.; C.H. SIEBURGH, "Wat is rechtsinbreuk?", *N.J.B.* 1997, 628-635.

hoofdzaak tot het domein van de persoonlijkheidsrechten beperkt, afgezien van een (zij het voorlopig tot de rechtsleer beperkte) poging om die categorie tot alle subjectieve rechten uit te breiden.²⁷¹⁶

Art. 1382-1383 B.W.²⁷¹⁷ bevat enkel een secundaire norm, de verbintenis tot schadevergoeding, maar die bepalingen veronderstellen het bestaan van een primaire norm die op zijn beurt in de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt uitgedrukt. De algemene zorgvuldigheidsnorm wordt in iedere context ingevuld door verwijzing naar het referentiegedrag van de goede huisvader of naar het gedrag zoals van een redelijk persoon in de concrete omstandigheden van een geval kan worden verwacht. Het gedrag van rechtssubjecten wordt aan de minimumstandaard van het gedrag van de *bonus pater familias* getoetst. Om te achterhalen of een rechtssubject behoorlijk heeft gehandeld, moet zijn gedrag aan het optreden van een goed huisvader, van een normaal mens worden getoetst. Het Hof van Cassatie²⁷¹⁸ spreekt van “*de maatstaf van de normaal zorgvuldige en omzichtige (persoon), die in dezelfde omstandigheden verkeert*”.²⁷¹⁹ Het komt erop aan om fatsoenlijk, sociaal of behoorlijk te handelen. Het criterium ligt in het redelijkerwijze kunnen voorzien en vermijden dat aan een derde schade ontstaat.²⁷²⁰

Die steeds terugkerende omschrijving bevat de aanwijzingen, maar de oplossing van een concreet geval vloeit er niet onmiddellijk uit voort. Een

²⁷¹⁶ H. BOCKEN, *o.c.*, in X, *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 183-202. Vgl. ook G. VINEY, *Conditions*, p. 330-331, nr. 449.

²⁷¹⁷ Over de vraag of een risicobeginsel moet worden ingevoerd, met de jongste voorstellen en realisaties in een rechtsvergelijkend perspectief, zie G. SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1998, 1140 p.

²⁷¹⁸ Het foutbegrip wordt algemeen als een wettelijk begrip gezien, waarop het Hof van Cassatie ook controle kan uitoefenen (X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, p. 167, nr. 70; L. CORNELIS, *Beginselen*, p. 15-16, nr. 10, p. 56, nr. 37; P. LEGROS, “Le contrôle de la Cour de Cassation sur la qualification de la faute en matière aquilienne”, *R.G.A.R.* 1977, nr. 9692). Voor Frankrijk zie G. VINEY, *Conditions*, p. 317-318, nr. 440.

²⁷¹⁹ Cass. 8 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1074, *Pas.* 1994, I, 1063, *R.W.* 1995-96, 180, noot A. VAN OEVELEN (tweede Anca-arrest); Cass. 26 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, 762; Cass. 30 april 1976, *Arr. Cass.* 1976, 980, *Pas.* 1976, I, 944 (“*le critère d'une personne normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions*”). Zie ook al Cass. 15 december 1958, *Pas.* 1959, I, 385 (“*de la prudence et de la diligence que l'on doit attendre de l'homme normal placé dans les mêmes conditions*”).

²⁷²⁰ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, “Overzicht”, *T.P.R.* 2000, p. 1596, nr. 5. In zijn handboek voegt Cornelis daar ook de voorzienbaarheid van (enige, niet de in concreto berokkende) schade aan toe (L. CORNELIS, *Beginselen*, 19 et seq.). Het nut van de discussie of de redelijke voorzienbaarheid (naast het criterium van de zorgvuldigheid) een afzonderlijke voorwaarde uitmaakt dan wel onder het criterium van zorgvuldigheid ressorteert, is eerder beperkt aangezien allen het er over eens zijn dat de voorzienbaarheid noodzakelijk is maar niet volstaat om tot aansprakelijkheid te leiden en in elk individueel geval de op het spel staande belangen nog dienen te worden afgewogen (H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, “Overzicht”, *T.P.R.* 2000, p. 1596, nr. 14).

meer concrete maar opnieuw en noodzakelijkerwijze open invulling waarop de Belgische rechtsleer steeds weer terugkomt, kreeg het foutbegrip kort na de tweede wereldoorlog door Dabin. Zijn definitie heeft met name het voordeel dat ze een aantal concretere normen opsomt waaraan een goed huisvader moet voldoen zoals eerlijkheid, welvoeglijkheid, koelbloedigheid, voorzichtigheid, naarstigheid, oplettendheid, behendigheid en beroepsdeontologie.²⁷²¹

Bij een meer concrete invulling van de “*devoir général de conduite prudente et diligente*”²⁷²² maakt de Franse auteur Viney een onderscheid tussen de normen die uit morele imperatieven voortvloeien zoals goede trouw, loyaliteit, eerlijkheid en eerbied voor een ander en de (zelfs overwegende) normen van “sociaal nut” zoals veiligheid en efficiëntie.²⁷²³ Welke normen in een concreet geval spelen, hangt af van de context waarin het geval zich afspeelt.

Hoe onprecies ook, het begrip van de algemene zorgvuldigheidsplicht is telkens afgestemd op de specifieke context waarin het een rol speelt.²⁷²⁴

In de *common law* wordt als referentiegedrag evenzeer verwezen naar het gedrag van de *reasonable person* of – op literaire wijze genoemd – de *man on the Clapham Bus*. In die rechtskring heeft vooral de invulling van de algemene zorgvuldigheidsplicht vanuit de benadering van de Law & Economics furore gemaakt, die algemeen onder de *Learned Hand*-formule bekend staat. Volgens die beweging handelt een persoon *negligently* wanneer hij niet die voorzorgsmaatregelen heeft genomen waarvan de kost lager ligt dan de kost van de omvang van de schade vermenigvuldigd met de kans dat de schade zich ook effectief realiseert.²⁷²⁵

In het N.N.B.W. wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm omschreven als “*hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*” (art. 6:162 § 2 in de definitie van onrechtmatige daad), wat fel lijkt op de definitie van *Fahrlässigkeit* in het BGB: “*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt.*”²⁷²⁶ In het Kelderluikarrest reikt

²⁷²¹ Naar een vertaling van R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, Antwerpen, Maklu, 1983, p. 13, nr. 2. Oorspronkelijke tekst: “*loyauté, bienséance, sang froid, prudence, diligence, vigilance, habilité, déontologie professionnelle*” (J. DABIN, A. LAGASSE, “Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle”, *R.C.J.B.* 1949, (50) 57, nr. 15). Naar die definitie wordt vaak verwezen, zie o.m. R.-O. DALCQ, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1990, (207) 208-209, nr. 2; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, p. 165-166, nr. 70.

²⁷²² G. VINEY, *Conditions*, p. 362, nr. 473.

²⁷²³ G. VINEY, *Conditions*, p. 363-364, nr. 474-482-1 (efficiëntie zoals “*prudence*” of “*diligence*”).

²⁷²⁴ G. VINEY, *Conditions*, p. 375-376, nr. 482-1.

²⁷²⁵ Het basiswerk stamt van R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Co. 1992, . Zie ook M. FAURE, R. VAN DEN BERGH, “Efficiënties van het foutcriterium in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht”, *R.W.*1987-88, 1105-1119; W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, 27-32.

²⁷²⁶ § 276 § 1, tweede zin. § 276 (2) BGB n.F.

de Hoge Raad een aantal criteria aan, de zogenaamde Kelderluik-criteria die bepalen of een veiligheidsmaatregel al dan niet is vereist, zij het dat een dergelijk geval steeds in het licht van de omstandigheden moet worden beoordeeld. In dat geval had een personeelslid van Coca-Cola voor de bevoorrading een kelderluik in de doortocht naar het toilet van een Amsterdams café wijd opengelaten waardoor een onachtzaam cafébezoeker erdoor viel en ernstig verwond raakte. De Hoge Raad overwoog dat men moet rekening houden met de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, de ernst van de gevolgen en de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.²⁷²⁷ Algemeen wordt aangenomen dat de Hoge Raad hiermee de formule van Learned Hand in zijn rechtspraak heeft opgenomen.²⁷²⁸

Om het foutbegrip te begrijpen, reiken een aantal auteurs van de laatste decennia ook meer en meer “übergreifende” beginselen aan, zoals van Gerven met het beginsel van behoorlijk handelen,²⁷²⁹ Dieux met het beginsel van de eerbied voor andermans rechtmatige verwachtingen²⁷³⁰ en onlangs nog Romain met het beginsel van de goede trouw.²⁷³¹ Meestal hebben die bijdragen een omvangrijker bedoeling, nl. een algemeen beginsel te “vinden” die het ganse verbintennisrecht (of soms nog ruimer het ganse privaats- en publiekrecht) doordeesemt en uitlegt, al heeft een dergelijk beginsel vaak tot nadeel dat het voor de oplossing van een concreet geval nog weinig richting geeft.²⁷³²

Dit overzicht met de algemeen bekende formules is enkel bedoeld om in het specifieke kader van samenhangende overeenkomsten een “beginsel” of, beter, een criterium te vinden dat het foutbegrip nader bepaalt, invult of concretiseert, net zoals men het foutbegrip in het kader van bijvoorbeeld professionele aansprakelijkheid of sport en spel nader probeert in te vullen.

²⁷²⁷ HR 5 november 1965, *N.J.* 1966, nr. 136, concl. adv.-gen. M.S. VAN OOSTEN, noot G.J. SCHOLTEN.

²⁷²⁸ Zie ook H.O. KERKMEESTER, “Nieuwenhuis over rechtseconomie”, *N.T.B.R.* 1998, (261) 262.

²⁷²⁹ W. VAN GERVEN, “Beginselen van behoorlijk handelen”, *R.W.* 1982-83, 961-978.

²⁷³⁰ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*.

²⁷³¹ J.-F. ROMAIN, *Théorie pratique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000, 1023 p.

²⁷³² J.M. SMITS, *Het vertrouwensbeginsel*.

2. Eerbied voor andermans gerechtvaardigde verwachtingen

i) Principe van aanspraak

619. Waar uit de zonet opgesomde omschrijvingen van het foutbegrip is gebleken dat de invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm van de specifieke context afhangt, is het tijd om te zoeken naar een nadere invulling van het foutbegrip in de context van samenhangende overeenkomsten.

In de recente, Belgische rechtsleer geven twee recente proefschriften daartoe een aanzet waarbij we ons ook kunnen aansluiten. Zoals al eerder is aangegeven, pleiten met name Dieux en Montero voor het beginsel van de eerbied voor andermans gerechtvaardigde verwachtingen (*le respect dû aux expectatives/anticipations légitimes d'autrui*). Waar de “herontdekking”²⁷³³ van dit beginsel in zijn diverse facetten aan Dieux is toe te schrijven, ligt de verdienste van Montero hierin dat hij heeft gepoogd het beginsel op een concrete toepassing van samenhangende overeenkomsten toe te passen.

De problematiek van rechtstreekse aanspraken bij samenhangende overeenkomsten wordt inderdaad verhelderd door de buitencontractuele foutaansprakelijkheid in het licht van dit beginsel van naderbij te bekijken. Volgens dit beginsel heeft ieder persoon in onze maatschappij het recht om van zijn medemens te verlangen dat deze op zijn rechtmatige belangen geen inbreuk pleegt. Eenieder moet de gerechtvaardigde verwachtingen van een ander eerbiedigen.²⁷³⁴ Die verwachtingen zijn gerechtvaardigd te noemen, wanneer ze “*raisonnables et dotées à ce titre d’une perspective de réciprocité*” zijn.²⁷³⁵ Centraal staat de wederkerigheidsgedachte die telkens weer wordt beklemtoond.²⁷³⁶

Op vergelijkbare wijze slaat in de context van de professionele aansprakelijkheid een normaal voorzichtig en redelijk beroepsmens ook acht op belangen van derden waarvan hij weet dat die met het bestaan en de gebruikelijke inhoud van die overeenkomst rekening kunnen houden.²⁷³⁷ Een contract (sluiten en) uitvoeren is een menselijke gedraging waaruit ook ten aanzien van derden een aantal sociale plichten voortvloeien.²⁷³⁸

²⁷³³ De gedachte borduurt al voort op oudere geschriften (voor verwijzingen terzake, zie vooral het werk van Dieux).

²⁷³⁴ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, p. 170, nr. 71.

²⁷³⁵ *Ibid.*, p. 174, nr. 72.

²⁷³⁶ J.-F. ROMAIN, *Théorie pratique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000, 1023 p.

²⁷³⁷ L. CORNELIS, *Beginselen*, 120.

²⁷³⁸ R. VANDEPUTTE, *Aquilaans foutbegrip, o.c.*, p. 58, nr. 22.

Voor het samen-leven is een zekere mate van vertrouwen nodig.²⁷³⁹
“*assurer la confiance sans laquelle la pratique sociale serait trop risquée et trop incertaine pour valoir la peine d’être exercée et qui en conditionne de la sorte la subsistance même.*”²⁷⁴⁰

620. Op die manier sluiten we opnieuw aan bij de algemene vereiste voor coëxistentie van contractuele aansprakelijkheid van een contractpartij tegenover zijn medecontractant en de buitencontractuele aansprakelijkheid tegenover een derde. Voor de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid volstaat het niet zomaar dat de eiser aantoonde dat de verweerder een contractuele wanprestatie heeft begaan. Vereist is dat een afzonderlijke buitencontractuele fout is begaan.²⁷⁴¹

De analyse van de jongste Franse cassatierechtspraak heeft aangetoond hoeveel moeite het kost om aan dit criterium een concrete invulling te geven. Het is zelfs onmogelijk gebleken om uit de Franse rechtspraak een daadkrachtig onderscheidingscriterium te putten.

Vanuit het beginsel van de eerbied voor gerechtvaardigde verwachtingen kan aan het vereiste van de afzonderlijke buitencontractuele fout concreter gestalte worden gegeven. In de context van de uitvoeringsagent komt het erop neer dat die ook tegenover de hoofdopdrachtgever buitencontractueel aansprakelijk kan zijn, *indien de hoofdopdrachtgever er op gerechtvaardigde wijze op kon rekenen dat de uitvoeringsagent bij het uitvoeren van zijn overeenkomst niet alleen met de belangen van zijn eigen medecontractant (de hoofdschuldenaar) maar ook met die van de hoofdopdrachtgever zou rekening houden.*²⁷⁴²

ii) Uitzondering via doorwerking van overeenkomst van verweerder

621. Het beginsel van de eerbied voor gerechtvaardigde verwachtingen is niet alleen van nut om te bepalen of er bij samenhangende overeenkomsten in principe ruimte bestaat voor een rechtstreekse aanspraak, maar

²⁷³⁹ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d’autrui*, p. 171-172, nr. 72.

²⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 173, nr. 72.

²⁷⁴¹ Cf. *supra*, nr. 481 et seq.

²⁷⁴² Voor de lezer die zich nu al afvraagt hoe dit concreet is in te vullen en hoe dit met het fout-begrip is te verzoenen, vraag ik even geduld. Wat de toepassing van artikel 1384 eerste lid B.W. betreft, kan hier net hetzelfde criterium worden aangewend: kan de schadelijder op een gerechtvaardigde wijze erop rekenen dat de schadeverwekker – houder van een zaak verplicht is om geen schade door een gebrekkige zaak te veroorzaken? Belangrijk in dit kader is de centrale vraag of door de toepassing van die objectieve aansprakelijkheid het contractuele evenwicht zou zijn verbroken. Ook het schadebeginsel dient vanzelfsprekend te worden toegepast.

is ook van tel om uit te maken of en wanneer een clause uit de overeenkomst van de aangesproken verweerder *tegen* de derde kan doorwerken.²⁷⁴³

Zo beperkte reeds Montero een mogelijke verruimde delictuele aansprakelijkheid met het vereiste dat het belang van de schadelijder wel wettig moet zijn (*intérêt légitime*), wat concreet betekent dat het belang slechts wettig is binnen de perken van het contract tussen de aansprakelijke en diens onmiddellijke medecontractant. “*Rien ne s’oppose rationnellement, ni juridiquement, à ce qu’il puisse également prendre acte des clauses limitatives de responsabilité inscrites au contrat, en tant qu’éléments de fait, afin de déterminer dans quelle mesure l’intérêt légitime du tiers à la bonne exécution du contrat a pu être lésé. Loin de méconnaître le prescrit de l’article 1165 du Code civil, cette analyse fait une simple application du régime des effets externes des contrats*”.²⁷⁴⁴ Dit blijft voor Montero evenwel bij een gedachte. Uiteindelijk durft die auteur in zijn proefschrift niet die stap te zetten omdat de invloed van de contractuele regeling zijns inziens de delictuele aansprakelijkheid al te fel zou verdraaien, zodat hij in het spoor van Jamin eerder voor een algemene theorie van rechtstreekse vorderingen pleit.²⁷⁴⁵

Dieux daarentegen neemt dit gevolg van het beginsel onvoorwaardelijk aan zonder er zoals Montero op terug te komen.

Eens dit beginsel is aanvaard,²⁷⁴⁶ is nog uit te maken met behulp van welke factoren het in concreto is in te vullen, m.a.w. wanneer het voor de schadelijder gerechtvaardigd is te verwachten dat de aansprakelijke het exoneratiebeding uit zijn eigen overeenkomst (d.i. van de aansprakelijke) niet kan tegenwerpen. Daarop komen we straks uitgebreid terug, maar eerst moet in het algemeen nog de vraag naar de doorwerking van een exoneratieclause uit de overeenkomst van de schadelijder zelf worden beantwoord.

D. Schade en risicobeginsel

622. Met het foutbegrip is het verhaal nog niet af. De Belgische cassatierechtspraak met betrekking tot de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent is immers niet alleen ingegeven door de doorwerking van de overeenkomst

²⁷⁴³ Het spreekt vanzelf dat die overeenkomst niet kan doorwerken wanneer ze bij de buitencontractuele aanspraak enkel als “*élément adventice*” een rol speelt (E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, p. 462, nr. 223).

²⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 465-466, nr. 225-226 (met weglating van voetnoten) en p. 497, nr. 247.

²⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 499-504, nr. 248-250.

²⁷⁴⁶ Voor diegene die dit beginsel niet aanvaardt, is de doorwerking van het exoneratiebeding ook nog aan de hand van de vereiste van voorzienbaarheid van de schade te verklaren: een schuldenaar hoeft niet aansprakelijk te zijn buiten hetgeen hij heeft voorzien (M. BACACHE-GIBEILL, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, p. 30, nr. 29 (met verdere referenties)).

van de aangesproken verweerder (vorm van doorwerking die, zoals gezegd, in het kader van het foutbegrip kan worden verantwoord), als wel van de overeenkomst van de eiser. Eens de fout van de uitvoeringsagent-schadeverwekker vaststaat, rijst de vraag hoe de aansprakelijkheid nog kan worden beïnvloed door elementen die uit de overeenkomst van de schadelijder voortvloeien.

Op dit punt kunnen we teruggrijpen naar het risicobeginsel, zoals dit eerder in het proefschrift van Dirix is ontwikkeld.

Dit beginsel speelt niet op het front van de fout maar van de schade, in de zin dat het risicobeginsel het bestaan van schade kan uitsluiten. Wanneer bijvoorbeeld een opdrachtgever in zijn overeenkomst met de vervoerder een exoneratiebeding heeft aanvaard en die exoneratie in de omstandigheden van een concreet geval ook naar de verhouding tussen de opdrachtgever en de stuwadoor moet kunnen doorwerken, dan is er geen sprake van schade zodat de uitvoeringsagent ook niet aansprakelijk is.

Dit beginsel vormt evenwel geen rechtvaardiging in abstracto voor de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent. De niet-aansprakelijkheid van een uitvoeringsagent *kán* om reden van het risicobeginsel gerechtvaardigd zijn als er in het hoofdcontract ook *effectief* een exoneratie vervat zit, maar dit betekent nog niet dat zoals in België de uitvoeringsagent nooit (behalve bij misdrijf) aansprakelijk kan zijn.

Zoals eerder aangetoond, betekent het zelfs niet dat de uitvoeringsagent in geval van een effectief opgenomen exoneratiebeding steeds *ipso facto* niet aansprakelijk is.²⁷⁴⁷ Omgekeerd betekent het evenmin dat een exoneratiebeding effectief moet zijn opgenomen: het hangt af van de vraag of de hoofdopdrachtgever met het inlassen (redelijkerwijze) kan hebben bedoeld om het risico volledig op zich te nemen, dan wel om alleen in zijn verhouding tot de hoofdschuldenaar (maar niet tot de uitvoeringsagent) het risico te dragen.

Bij de toetsing van een geval aan het risicobeginsel gaat het in wezen om een belangenafweging in elk concreet geval. Daarbij moet niet alleen rekening worden gehouden met de belangen van de partijen in een concreet geval, maar ook met deze die zich in een gelijkaardige positie als die partijen bevinden.²⁷⁴⁸

²⁷⁴⁷ Cf. *supra*, nr. 189 et seq.

²⁷⁴⁸ Vgl. BGH 7 juli 1960, *VersR* 1960, (727) 729 (“*die Belange beider Wirtschaftskreise, denen die Vertragschliessenden angehören*”).

E. Evenwichtige doorwerking via combinatie van fout- en schadevereiste

623. Zoals bij elk geval van buitencontractuele foutaansprakelijkheid zijn dus ook hier (naast de causaliteit) twee perspectieven nodig. Het ene perspectief bekijkt de rechtsverhouding tussen de schadeverwekker en het slachtoffer vanuit de positie van de schadeverwekker en is erop gericht te weten in welke mate diens handelen als foutief is aan te merken. Het tweede perspectief beschouwt de rechtsverhouding eerder vanuit de positie van de schade*lijder*: in welke mate heeft hij schade geleden? In geval van een rechtstreekse aanspraak van een bouwheer tegen een onderaannemer speelt de doorwerking van de hoofdovereenkomst aldus op het vlak van de schade, terwijl de doorwerking van de onderovereenkomst zich op het niveau van de fout afspeelt.

Beide vereisten lopen hand in hand. Die opvatting heeft als voordeel dat op die manier het (welbegrepen) beginsel van de eerbied voor gerechtvaardigde verwachtingen van Dieux en het risicobeginsel van Dirix met elkaar worden verzoend en samengebracht.

Die visie laat ook toe te beslissen over het lot van een rechtstreekse aanspraak wanneer de clausules uit de samenhangende overeenkomsten met elkaar tegenstrijdig zijn. In de theorie van de contractgroepen vormde dit juist een onvermijdelijk probleem omdat ervan werd uitgegaan dat automatisch de strengste clause toepasselijk was. In de hier voorgestelde theorie hangt het uiteindelijk af van de omstandigheden van een concrete zaak.

Voor de toepassing ervan kan een illustratie wellicht meer wonderen doen. Stel dat beide samenhangende overeenkomsten een aansprakelijkheidsbeperking bevatten, maar dat in de hoofdovereenkomst de beperking ruimer is dan die in de overeenkomst van de uitvoeringsagent. Het antwoord op de vraag welke clause op een rechtstreekse aanspraak tegen de uitvoeringsagent van toepassing is, ligt in de omstandigheden van het geval. Doorgaans zal de toepassing van het risicobeginsel vereisen dat de hoofdopdrachtgever zich tot de strengste beperkingsclause moet houden, maar dit besluit mag geen automatisme worden. Het is immers goed mogelijk dat de hoofdopdrachtgever die ruimere aansprakelijkheidsbeperking in zijn relatie met de hoofdschuldenaar enkel heeft aanvaard omdat hij erop rekende dat hij op een ruimere basis rechtstreeks de uitvoeringsagent zou kunnen aanspreken. We denken hier in de eerste plaats aan het voorbeeld van de architect die zich tegenover de hoofdopdrachtgever voor de fouten van een gespecialiseerd studie bureau exonereert met betrekking tot opdrachten die voor een architect te gespecialiseerd zijn (op die manier

moet niet noodgedwongen naar een contractuele relatie tussen de hoofdopdrachtgever en het studiebureau worden gezocht).²⁷⁴⁹

F. Factoren

1. Belang van concretisering

624. De voorafgaande analyse van samenhangende overeenkomsten kadert in de tendens om rechtssystemen aan de hand van algemene beginselen te verklaren. De rechtspraktijk is daarmee nog niet afdoende gediend. Voor hun praktische bruikbaarheid en de nodige rechtszekerheid is nog een verdergaande concretisering nodig.

Dit wil evenwel niet zeggen dat we in de tegenovergestelde richting van een overdreven systematisering hoeven te vervallen. In dit opzicht is het trouwens opvallend hoe het grotendeels feitelijke karakter van vele vragen inzake onrechtmatige daad (zoals fout en schade) voor vele auteurs plots niet meer lijkt te passen zodra er overeenkomsten bij te pas komen. Denken we alleen nog maar aan de vergeefse inspanningen van de Franse literatuur om de samenhangende overeenkomsten zoveel mogelijk te systematiseren. Of aan het andere ultieme voorbeeld van systematisering, de quasi-immuniteit die de uitvoeringsagent in België geniet.

De samenhang tussen overeenkomsten is zo divers dat het verband tussen twee overeenkomsten in grote mate feitelijk van aard is en dat een zoektocht naar omstandigheden de meest aangewezen weg is.²⁷⁵⁰ Van die werkwijze getuigt alvast de rechtspraak van de Hoge Raad in verband met doorwerking van clausules tegen derden.²⁷⁵¹

625. Eerder dan een systematisering van samenhangende overeenkomsten naar de aard van de samenhang, kunnen we aan de hierboven besproken beginselen beter een concreter gelaat geven door een reeks van factoren te achterhalen die al dan niet in de richting van rechtstreekse aansprakelijkheid gaan. Die factoren kunnen dan dienen als een soort van leidraad voor de motivering van rechterlijke beslissingen terzake, voor het leggen van het verband tussen een feitencomplex en het soms complexe recht.

In de Angelsaksische wereld komt die methode overeen met de zoektocht naar *guidelines* die samen met *rules* en *principles* “het recht” vormen. Die *guidelines* of vuistregels maken niet zo vaak het onderwerp van rechts-

²⁷⁴⁹ Cf. *supra*, nr. 194.

²⁷⁵⁰ Vgl. C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 281, nr. 324.

²⁷⁵¹ Cf. *supra*, nr. 538 et seq.

theoretische studies²⁷⁵² uit, zodat Atiyah met recht kan zeggen: “*The law is only slowly coming to grips with the concept of guide-lines; they seem to be neither principles nor rules, but appear to be a sort of check-list of factors relevant to be borne in mind in making a proper decision in the particular circumstances of the case.*”²⁷⁵³ Omdat de omstandigheden van het geval al te vaak een dooddoener zijn zowel voor de motivering van een rechterlijke beslissing (en niet minstens van een cassatiearrest) als voor verder wetenschappelijk onderzoek, is het nuttig een zoektocht te ondernemen naar beslissende factoren in de zin van redenen waarom een bepaald rechtsgevolg al dan niet moet intreden. Op die manier kunnen nieuwe regels ontstaan die “*een beginselachtig karakter kunnen hebben, in de zin dat ze slechts een reden voor hun gevolg opleveren.*” Het gaat niet om harde regels maar om relevante factoren.²⁷⁵⁴

Het continentale equivalent van die angelsaksische *guidelines* gaat terug op Aristoteles die het woord *topoi* in de mond nam, zodat men sindsdien van de topiek is gaan spreken. Een *topos* is een “*gezichtspunt van algemene aard, dat in een bepaalde tijd door allen, de meesten of de verstandigsten voor waar wordt aangezien.*”²⁷⁵⁵ Topoi zijn argumenten die evenwel in uiteenlopende richtingen kunnen uitgaan, maar die tegenover elkaar moeten worden afgewogen en waarbij de overtuigingskracht van advocaten geen onbelangrijke rol speelt.²⁷⁵⁶ Het gaat om “*redelijke gezichtspunten voor een te nemen beslissing*”,²⁷⁵⁷ om buitenwettelijke gezichtspunten die leiden tot een *Fortbildung* van het recht.²⁷⁵⁸ De leer van de *topoi*, de topiek, gaat ervan uit dat niet alle concrete probleemgevallen door een absolute waarheid kunnen worden opgelost, maar slechts door richtlijnen die door hun redelijkheid aannemelijk zijn alhoewel niet voor 100% waarheidsgehalte bezitten.²⁷⁵⁹ Dit wil niet zeggen dat geen enkele van die richtlijnen een gedragsregel kunnen bevatten voor de toekomst; de topoi zijn juist “*systeemvormend*”.²⁷⁶⁰ Het gaat immers om *algemene* richtlijnen die kunnen leiden tot “*het vinden van een nieuwe wel algemene, maar toch meer gedetailleerde regel, die ook voor toekomstige gevallen een redelijke oplossing zou bieden.*”²⁷⁶¹ Het hedendaagse typevoorbeeld

²⁷⁵² Het is hier niet de bedoeling rechtstheoretisch te werk te gaan, maar we gaan hier even in op de rechtstheoretische achtergrond als legitimatie voor onze werkwijze.

²⁷⁵³ P. ATIYAH, *Pragmatism and theory in English Law*, Londen, Stevens & Sons, 1987, 33.

²⁷⁵⁴ B. VERHEIJ, J.C. HAGE en G.E. VAN MAANEN, “De logica van de onrechtmatige daad”, *N.T.B.R.* 1999, (95) 102.

²⁷⁵⁵ J.C.M. LEYTEN, “Rechtspraak en topiek”, in W. VAN GERVEN, J.C.M. LEYTEN, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Antwerpen, Standaard, 1977, 30.

²⁷⁵⁶ Over de rol van retorica zie J.C.M. LEYTEN, *o.c.*, 34-36.

²⁷⁵⁷ *Ibid.*, 54.

²⁷⁵⁸ *Ibid.*, 75.

²⁷⁵⁹ *Ibid.*, 51.

²⁷⁶⁰ *Ibid.*, 39.

²⁷⁶¹ *Ibid.*, 40.

hiervan zou wel de goede trouw (of de redelijkheid en billijkheid) zijn die geleidelijk tot de vorming van meer bijzondere gedragsregels leidt.²⁷⁶²

Het opstellen van een dergelijke catalogoog zou opnieuw slechts zinvol zijn indien een hiërarchie wordt opgesteld, maar dit houdt het gevaar van starheid in.²⁷⁶³ Waar we in de loop van dit proefschrift op zoek gaan naar *topoi* inzake derdenwerking, moet vooral dit gevaar in het oog worden gehouden. Die werkwijze heeft tevens het nadeel nooit af te zijn en zal daarom ook op kritiek stuiten. Wil men evenwel vooruit in de vorming en het beeld van het recht, dan moeten we die stap niettemin durven zetten. Tot een toepassing van die rechtstheorie wordt veelal niet overgegaan, ten eerste, in het algemeen, omdat het arbeidsintensief is, ten tweede specifiek inzake derdenwerking omdat de bestaande algemene beginselen inzake derdenwerking omwille van hun abstracte karakter reeds zo moeilijk te vatten zijn.²⁷⁶⁴

626. Het uitgangspunt is dat bepaalde factoren de gewenste derden- en doorwerking en zo ook de aard van de aansprakelijkheid (contractueel of buitencontractueel) en de gekozen techniek (derdenbeding, contracttoetreding, ...) determineren. De werking van een overeenkomst ten aanzien van een bepaald persoon is afhankelijk van de gekozen techniek, die op zijn beurt in functie staat van een aantal factoren die het rechtssysteem selecteert en op basis waarvan het rechtssysteem beslist onder welke techniek een bepaald geval ressorteert. Eigenaardig genoeg worden die factoren in ons rechtssysteem niet vaak of niet voldoende met elkaar vergeleken, en zeker niet in functie van de doorwerking.

In de traditionele visie gaat het huidige positieve recht schijnbaar omgekeerd tewerk en laat het de doorwerking van de overeenkomst afhangen van de aard van de aansprakelijkheid. Hier gaan we van het tegenovergestelde uit: de aard van de aansprakelijkheid staat in functie van de doorwerking van de overeenkomst. Of nog: het eventueel bestaan van een overeenkomst staat in functie van de gewenste doorwerking van de overeenkomst, hetgeen op zijn beurt door een aantal factoren wordt bepaald. Volgens de werkhypothese bepaalt de doorwerking dus de aard of, beter, de techniek van de aansprakelijkheid. De doorwerking wordt bepaald door een reeks factoren, los van en over de grenzen van de gebruikte techniek heen. Zo is het denkbaar dat de ratio voor de toepassing van contractuele

²⁷⁶² Zie het recente proefschrift van M.W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer Kluwer, 1999, 495 p.

²⁷⁶³ J.C.M. LEYTEN, *o.c.*, 66-67.

²⁷⁶⁴ Vgl. de opmerking van J. GHESTIN, *o.c.*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, p. 27, nr. 18: "La difficulté d'expression et de compréhension qui résulte de la nature même des relations entre les contrats impliqués est une source grave de confusion."

aansprakelijkheid in geval van schuldvorderingen *propter rem* in de gewenste doorwerking ligt. Op grond daarvan wordt het zicht op de ordening van aansprakelijkheidstechnieken en op de verdeling tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid toch enigszins anders.

De kernvraag luidt waarom in het ene geval wordt gekozen voor een figuur als de vertegenwoordiging, een andere keer voor het derdenbeding, en nog een andere keer voor de toepassing van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent. Traditioneel gaat de rechtsleer dan op zoek naar de grondslag van de verschillende figuren en verklaart ze de ene figuur soms door een andere figuur. Daarnaast beperkt ze zich meestal tot een beschrijving van toepassingsgevallen. En als ze dan al tot een vergelijking met andere rechtsfiguren overgaat, beperkt men zich ertoe om te stellen dat bijvoorbeeld het derdenbeding voor een bepaalde casus geen verklaring vormt omdat ... er ook verplichtingen worden opgelegd. Maar dit beantwoordt nog niet de vraag waarom in bepaalde gevallen de verplichtingen ook moeten worden opgelegd en waarom in andere gevallen de doorwerking van een overeenkomst slechts slechts in één richting denkbaar zou zijn (alleen rechten, geen verplichtingen).

Het achterhalen van een algemene theorie wordt een nóg moeilijker opdracht, wanneer de draagwijdte van een aantal theorieën niet meteen duidelijk is te achterhalen, zoals bijvoorbeeld het toepassingsgebied van art. 1994 tweede lid B.W. (rechtstreekse vordering van lastgever tegen onderlasthebber), de reikwijdte van de accessoriumtheorie of de hoedanigheid van uitvoeringsagent.²⁷⁶⁵

2. Lijst van factoren

627. Na die korte uitweiding over de rechtstheoretische achtergrond van onze werkwijze rijst nu de vraag welke factoren meespelen in het proces waarbij de belangen van de contractuele schuldenaar tegen die van de belanghebbende derde worden afgewogen. Wat zijn de factoren die de gewenste derden- en doorwerking bij elke specifieke techniek of grondslag bepalen?

De relevante factoren betreffen zowel de derdenwerking als de doorwerking, betreffen zowel de factoren die bepalen wie als derde ten aanzien van een contractant een aanspraak kan maken, als de factoren die bepalen in welke mate de overeenkomst gevolgen heeft voor de derde. Daarnaast kunnen die factoren zowel negatief als positief zijn, in de zin dat ze voor de rechtstreekse aanspraak van de derde positief dan wel negatief uitvallen. Een negatieve factor ligt voor wanneer een aanspraak van een derde het

²⁷⁶⁵ Cf. *supra*, deel II en III.

gerechtvaardigde belang van een persoon bij een bepaald beding zou doorkruisen.

Uit de huidige organisatie van derden- en doorwerking zijn relevante factoren onder meer: de wil van partijen (voorzover die “duidelijk” is), het vertrouwen dat partijen in een bepaalde situatie stellen, de omstandigheid dat een zaak in eigendom wordt overgedragen, de bestemming van een goed of dienst en de kennis ervan in hoofde van de leverancier, de gebruiken (*usages*), de aard van de overeenkomst of de contractuele verplichting, het al dan niet toevallig karakter van het feit dat een derde is betrokken, de doelgerichte waarneming van de belangen van een derde, de breedte van de kring van derden en de commerciële of professionele²⁷⁶⁶ dan wel privé-hoedanigheid van de betrokkene in de zin dat de eerstgenoemde personen over meer alternatieven tot *deterrence* beschikken²⁷⁶⁷ (onderscheid naargelang consument en professioneel)²⁷⁶⁸.

We opteren ervoor om hierna een aantal opmerkingen over specifieke factoren uit ons eigen rechtssysteem op een rijtje te zetten. Het spreekt vanzelf dat de meeste factoren op het principe van de aanspraak en niet zozeer op de doorwerking zelf betrekking kunnen hebben, aangezien doorwerking op buitencontractueel vlak, zoals reeds meermaals gezegd, in ons recht heel beperkt is. Daarom kunnen met de hierna volgende catalogoog zeker ook de lijst van Du Perron,²⁷⁶⁹ het voorbeeld van het Duitse recht alsook de factoren uit de *Biakanya*-test van de Verenigde Staten²⁷⁷⁰ bij het beoordelen van een individueel geval worden betrokken. Een herhaling van die factoren lijkt overbodig, zodat we ons er toe beperken naar de betrokken passages te verwijzen.

628. (1) De eerste noodzakelijke voorwaarde voor een rechtstreekse aanspraak van een derde is dat hij belang (*intérêt, Interesse*) heeft bij de correcte afwikkeling van een overeenkomst waarbij hij geen partij is. Een geschaad belang is evenwel nog geen voldoende voorwaarde. Zo is op het vlak van het derdenbeding het belang van een derde bij een correcte nakoming van de overeenkomst niet voldoende, maar moet het ook de bedoeling zijn van de contractpartijen dat de derde wordt begunstigd.²⁷⁷¹ Op buitencontractueel vlak is evenzeer meer vereist dan het loutere belang van de derde.

²⁷⁶⁶ Zie J.-L. FAGNART, *o.c.*, *J.T.* 1976, p. 573, nr. 5.

²⁷⁶⁷ Cf. *supra*, nr. 565 (Stapleton).

²⁷⁶⁸ Vgl. rechtstreekse vorderingen bij leasing in Frankrijk: C. JAMIN, “Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur: l’action directe en droit français”, in *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, p. 276-277, nr. 19.

²⁷⁶⁹ Cf. *supra*, nr. 529.

²⁷⁷⁰ Cf. *supra*, nr. 596 (factoren zoals herhaald in J’Aire). Onder meer in H. KÖTZ, *o.c.*, *Tel Aviv University Studies in Law* 1990, (195), 202-203 en vooral 205-206.

²⁷⁷¹ Cf. *supra*, nr. 266 et seq.

Vermits de theorie van Leclercq al lang niet meer wordt aanvaard, leidt niet elk geschaad belang tevens tot aansprakelijkheid. In de theorie van de eerbied voor andermans verwachtingen betekent dit dat enkel dit belang bescherming verdient waarvan de persoon redelijkerwijze kon verwachten dat het dient te worden beschermd (*expectative of anticipation*).²⁷⁷²

(2) Centraal staat vaak de idee van de vergeldende rechtvaardigheid die elke taalkring wel op een soms bloemrijke manier weet te verwoorden.²⁷⁷³ Bekend is de leuze dat wie de lusten geniet, ook de lasten moet dragen. *Wer den guten Tropfen geniessst, muss auch den bösen geniessen.*²⁷⁷⁴ *Cost should follow success,*²⁷⁷⁵ ook vertaald in het *benefit and burden principle*.²⁷⁷⁶ Of in het Latijn *Ubi emolumentum, ibi onus*. Dit argument speelt vooral in het debat rond de middellijke vertegenwoordiger: waarom zouden de middellijke vertegenwoordigde bijvoorbeeld bij een verkoopcommissie de derde-medecontractant niet kunnen aanspreken indien de derde de zaak heeft verkregen?

(3) Uit de Belgische leer van de quasi-immuniteit is af te leiden dat de strekking van de overeenkomst medebepalend is. In het geval van de Belgische leer wordt met name belang gehecht aan de omstandigheid dat een overeenkomst strekt tot uitvoering van een andere overeenkomst en schrijft het Hof van Cassatie in dit geval de economie van de overeenkomst zo hoog aan dat het, ten onrechte, helemaal geen derdenwerking aanvaardt.

(4) Uit hetzelfde leerstuk blijkt dat het bestaan van een misdrijf voor de doorwerking van een overeenkomst naar derden toe een beslissende factor is. Waar het Hof van Cassatie de doorwerking van bevrijdingsbedingen naar derden toe in samenhangende rechtsverhoudingen zo belangrijk acht dat het, ongeacht het al dan niet bestaan van een exoneratiebeding, de aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent helemaal uitsluit, laat het bij een misdrijf de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever *steeds* toe. Die uitzondering vindt wellicht haar verklaring in het feit dat een contractant zich voor de schadelijke gevolgen van een door hem begaan misdrijf niet kan bevrijden.²⁷⁷⁷ In dit geval kan het Hof van Cassatie er dan ook zeker van zijn dat de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever geen inbreuk maakt op de economie van de betrokken contracten.

²⁷⁷² X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, nr. 71, p. 169-170.

²⁷⁷³ C. JAMIN, *La notion d'action directe*, Parijs, L.G.D.J., 1991, p. 288-289, nr. 327, p. 364, nr. 415.

²⁷⁷⁴ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 517-518 met verdere verwijzingen.

²⁷⁷⁵ *British Telecommunications Plc. v. James Thomson & Sons (engineers) Ltd.*, (1999) 1 *W.L.R.*, 16.

²⁷⁷⁶ C.J. DAVIS, "The principle of benefit and burden", *C.L.J.* 1998, 522-553.

²⁷⁷⁷ Zie ook G. HERBOTS, *o.c.*, *De Verz.* 1997-98, dossier 4, p. 57, nr. 5.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie in verband met bevrijdingsbedingen kan een contractant zich wel niet exonereren voor eigen opzet (en dus ook niet voor eigen misdrijven) maar wel voor dat van zijn hulppersonen. Indien aldus de hoofdschuldenaar een dergelijke exoneratie voor het geval van een opzettelijk misdrijf van de uitvoeringsagent heeft bedongen, kan de hoofdpdrachtgever inderdaad niets tegen de hoofdschuldenaar ondernemen, maar wel tegen de uitvoeringsagent. Die rechtspraak is dan ook toe te stemmen: de economie van het hoofdcontract blijft behouden, terwijl het openbare-orde karakter van het verbod om een misdrijf te plegen bewaard blijft door een eigen aanspraak tegen de uitvoeringsagent. Aangezien niet elk bedrog ook een misdrijf uitmaakt, lijkt het gezien de gegeven ratio mogelijk om de uitzondering op de quasi-immunitet in het positieve recht tot gevallen van bedrog te verruimen.

Eenzelfde verruiming zou gepast zijn in het geval waarbij een contractant krachtens een wettelijke bepaling tot een bepaalde verplichting is gehouden.²⁷⁷⁸

(5) Evenzeer relevant kan zijn dat de contractuele prestatie bij bepaalde overeenkomsten nauw met de persoon van de derde samenhangt, wat het duidelijkst tot uiting komt bij een overeenkomst tot medische behandeling en een overeenkomst tot personenvervoer. Vele rechtssystemen hebben moeite om de aard van die situaties rechtstheoretisch te verklaren. Vaak wordt aan de rechtstreekse aanspraak zonder bijkomende verklaring een contractuele grondslag gegeven, zoals het bestaan van een meerpartijen-overeenkomst of, zoals in Frankrijk, een stilzwijgend of vermoed derdenbeding.

(6) In dit kader rijst de vraag of de wil steeds op andere factoren primeert om aan een bepaalde aanspraak een contractuele grondslag te geven. In de context van het derdenbeding wees de Duitse auteur Bayer erop dat de wil van de schuldenaar in principe primeert, maar dat een tendens bestaat de partijwil in twee gevallen meer op de achtergrond te duwen, met name bij overeenkomsten waarvan de te verrichten prestatie nauw met de persoon van de derde samenhangt en overeenkomsten waarbij iemand zich ertoe verbindt om de belangen van een derde waar te nemen. In dergelijke overeenkomsten wordt een derdenbeding zelfs de *default rule*.

(7) Het is ook mogelijk dat een prestatie slechts uitwerking kan krijgen of het contract pas kan worden afgewikkeld op het ogenblik dat de medecontractant is gestorven. De efficiëntie kan dan vereisen dat aan een dergelijke overeenkomst derdenwerking kleeft. Op contractueel vlak speelt die factor mee in de context van het derdenbeding wanneer een persoon

²⁷⁷⁸ Voor de toestand *de lege lata*, cf. *supra*, nr. 132.

een levensverzekeringsovereenkomst op zijn eigen hoofd sluit.²⁷⁷⁹ Op buitencontractueel vlak is het (ook rechtsvergelijkend) typevoorbeeld het testamentgeval waarbij de wil van de testator om een bepaalde derde te begunstigen zonder het bestaan van een buitencontractuele aanspraak van die derde zou worden verijdeld wanneer de notaris of, naargelang van het rechtssysteem, de advocaat foutief schade heeft veroorzaakt. In een bredere context is er ook sprake van een persoon die een aanspraak zou kunnen maken maar geen schade heeft geleden en een persoon die niet over een aanspraak beschikt maar wel schade heeft geleden. Traditioneel biedt de constructie die in het Duitse recht onder de naam *Drittschadensliquidation* bekend staat, daarvoor een oplossing.

629. Die lijst van factoren mag niet doen vergeten dat ze slechts een concretisering bij wijze van voorbeeld uitmaakt. Niets minder maar ook niets meer. Herinneren we aan de kernvragen: wanneer volgt uit het risico-beginsel dat de eiser inderdaad effectief schade heeft geleden en wanneer zijn diens verwachtingen, mede in het licht van het contract van de verweerder, legitiem te noemen?

Op dit ogenblik blijkt het inderdaad onmogelijk om verder algemeen geldende richtlijnen te geven, zoals ook het geval is met het foutbegrip in het algemeen, het beginsel van de uitvoering te goeder trouw of het wilselement bij contracten, zoals uit de in het derde deel besproken contractuele modellen is gebleken. Hier zijn de grenzen bereikt van de opdracht van de wetenschapper en ook van het Hof van Cassatie en begint die van de feitenrechter.

De slaagkans van de alternatieve benadering is dus niet afhankelijk van de mogelijkheid om een lijst van factoren op te stellen die het bestaan van een aanspraak en de graad van doorwerking bepalen. Het antwoord is uiteindelijk afhankelijk van de concrete omstandigheden in ieder feitelijk geval dat zich voordoet. Hoogstens konden we een aantal relevante factoren weergeven. In die zin is enig pessimisme wellicht gerechtvaardigd, zoals ook Linssen het verwoordde: “Voor de afbakening van de kring van derden-belanghebbenden zijn geen algemene criteria te ontwikkelen.”²⁷⁸⁰ In het Nederlandse recht waar doorwerking wordt aanvaard, komen de auteurs er niet toe om terzake eensgezind algemene lijnen te trekken in de afbakening van de kring van derden-belanghebbenden, omdat het uiteindelijk om een kwestie van “maatwerk” gaat.²⁷⁸¹ Daar lijkt de zoektocht naar concrete factoren zelfs opgegeven.

²⁷⁷⁹ Zie de door W. BAYER ontwikkelde factoren (cf. *supra*).

²⁷⁸⁰ J.G.A. LINSSEN, “Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht”, *N.J.B.* 1995, (1265) 1273.

²⁷⁸¹ *Ibid.*, 1273.

Het blijft dan wel een continue opgave om bij wijze van *voorbeeld* een aantal factoren of *topoi* aan te wijzen die in voorafgaande rechterlijke uitspraken zijn aangewend, maar de lijst van factoren zal nooit uitputtend zijn, laat staan dat tussen die factoren ook nog een hiërarchie zou worden opgesteld. In ieder concreet geval zal een *afwegings*proces moeten worden doorgevoerd.

In het licht van het voorgaande zijn de door Markesinis (in een ruimere context) geformuleerde vragen dan ook relatief eenvoudig te beantwoorden: “*the question remains whether the multi-criteria test enunciated in Biakanya v. Irving is more workable and (on balance) fairer than the contractual third party beneficiary doctrine. In this context consider: (i) why the six factors mentioned in Biakanya (...) were subsequently reduced to five (the requirement that “moral blame (be) attached to the defendant’s conduct” has been dropped); (ii) whether the various criteria are cumulative or whether one of them is particularly important; (iii) that equal uncertainty seems to prevail on the requirements needed to be satisfied for the invocation of the third party beneficiary doctrine. In particular, who must intend to confer a benefit on the third party: the promisee (better view) or the promisee and the promisor?*”²⁷⁸²

Dit laatste bezwaar tegen de contractuele weg is inderdaad onoverkomelijk, omdat het wenselijk is dat contractuele mechanismen niet op een oneigenlijke wijze worden aangewend. De buitencontractuele aansprakelijkheid is dan weer op de omstandigheden van een concreet geval afgesneden, maar de eerste twee bezwaren van Markesinis die tegen de buitencontractuele weg worden geopperd, leggen weinig gewicht in de schaal. Allereerst gaat het niet om het aantal (vijf, zes of meer) factoren, want de variatie aan omstandigheden van elk concreet geval is oneindig rijk. Daarenboven zou het opstellen van een hiërarchie evenzeer ingaan tegen de feitelijke context die telkens opnieuw uniek kan zijn.

630. Het beginsel van de eerbied voor gerechtvaardigde verwachtingen mag niet de indruk wekken dat de doorwerking van exoneratieclausules *tegen* derden in de alternatieve zienswijze onbeperkt zou zijn. Integendeel, in principe zou het nog steeds zo zijn dat er op buitencontractueel vlak van een dergelijke doorwerking geen sprake is.

De soort schade kan daarbij als een handige richtingwijzer functioneren. De Duitse rechtsvergelijker Kötz verduidelijkt dit aan de hand van een mooie vergelijking met het Franse Néret-arrest (beschadigde diapositieven).²⁷⁸³ Volgens hem zou ook in Duitsland de schade op contractuele basis verhaalbaar zijn, maar zou de eigenaar van de foto’s naar Duits recht tegen de onderaannemer ook een delictuele aanspraak kunnen richten aangezien het niet om zuivere vermogensschade (maar wel om eigendoms-

²⁷⁸² B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*, 311.

²⁷⁸³ Cf. *supra*, nr. 468.

schade) gaat, terwijl naar Frans recht die vordering volgens het Néret-arrest onmogelijk was.²⁷⁸⁴

Daarnaast wordt de vraag of contractbedingen ten nadele van derden werken, ook beperkt door de mate waarin ook contractpartijen onderling die bedingen wegens nietigheid niet kunnen invoeren. In Frankrijk rees die vraag voornamelijk rond de exoneratiebedingen van een verkoper die ten aanzien van een professioneel koper met dezelfde specialisatie geldig zijn wanneer ze vervolgens worden ingeroepen door een verdere koper die niet dezelfde hoedanigheid heeft.²⁷⁸⁵ In Nederland wordt die vraag opgelost in de sleutel van de regeling inzake algemene voorwaarden alsook van de redelijkheid en billijkheid.²⁷⁸⁶

G. Een toepassing

631. Een toepassing kan het denkpatroon nog iets meer verduidelijken. Neem het eenvoudige typegeval waarbij een stuwadoor een zaak van een hoofdopdrachtgever op de kade laat vallen en aldus beschadigt.

Wanneer een eigenaar van een goed zijn goed laat vervoeren, dan mag hij er redelijkerwijs op vertrouwen dat zijn goed door zijn medecontractant noch door één van diens uitvoeringsagenten zal worden beschadigd. Het lijkt vergezocht te veronderstellen dat de eigenaar dient te weten, zoals de huidige cassatierechtspraak vereist, dat hij voor de door een stuwadoor berekende schade aan zijn goed de werkelijke schadeverwekker (de stuwadoor) niet kan aanspreken, laat staan dat hij de technieken zou kennen om aan die quasi-immuniteit te ontsnappen.²⁷⁸⁷ De afwezigheid van een rechtstreekse aanspraak is geenszins een vereiste van de rechtszekerheid. Het is integendeel zelfs op grond van een welbegrepen rechtszekerheid dat die rechtmatige verwachtingen van een rechtssubject moeten worden gehonoreerd, zijnde dat de hoofdopdrachtgever zijn schade ook op de stuwadoor moet kunnen verhalen.²⁷⁸⁸ De stuwadoor hoort immers als professioneel te weten dat de te stuwen zaak zoals gewoonlijk niet zijn eigen opdrachtgever maar een derde toebehoort. Als hij door één of andere onzorgvuldigheid de zaak beschadigt, dan moet hij die schade ook vergoeden. Dit uitgangspunt wordt ook bevestigd in de buitenlandse rechtspraak.

Dit resultaat kan pas anders worden wanneer de hoofd- of de onderovereenkomst een exoneratiebeding bevat. Op dat ogenblik kan het toe-

²⁷⁸⁴ H. KÖTZ, *o.c.*, *Tel Aviv University Studies in Law* 1990, (195) 210, voetnoot 42.

²⁷⁸⁵ Cf. *supra*, nr. 444.

²⁷⁸⁶ J.B.M. VRANKEN, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1997, nr. 6289, nr. 38.

²⁷⁸⁷ Vgl. H. BEALE, *o.c.*, in X, *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, 157.

²⁷⁸⁸ Zie over het begrip van rechtszekerheid P.G.J. VAN DEN BERG, *Rechtvaardigheid en privaatrecht. Over rekkelijken en preciezen in een dynamische wereld*, Deventer, Gouda Quint, 2000, 348 en 352.

kennen van een rechtstreekse aanspraak ertoe leiden dat het soms moeizaam bereikte contractuele evenwicht wordt verbroken.

Indien de hoofdopdrachtgever in zijn eigen overeenkomst een algemeen exoneratiebeding heeft opgenomen, dan kan daarin zijn wil worden gelezen dat hij het risico volledig op zich neemt.

Indien hij daarentegen contractueel op een geldige wijze aanvaardt dat zijn contractant niet aansprakelijk is voor de schade die een ingeschakelde stuwadoor aan zijn zaak zou berokkenen, dan is die clause voor twee interpretaties vatbaar: ofwel was het de bedoeling om alleen de hoofdopdrachtgever van aansprakelijkheid vrij te stellen, ofwel was het de bedoeling dat hij die schade volledig op zich neemt. Het risicobeginsel – op zich een lege huls – moet dan met behulp van de concrete omstandigheden van het geval nader worden ingevuld.

Indien de stuwadoor tegelijkertijd een gelijkaardige exoneratieclause in zijn eigen overeenkomst heeft ingelast, wijst dit erop dat het de bedoeling was om de hoofdopdrachtgever de schade te laten dragen. In dat geval wijst ook de toepassing van het beginsel van de eerbied voor gerechtvaardigde verwachtingen in dezelfde richting: het exoneratiebeding van de stuwadoor maakt dat de hoofdopdrachtgever er niet op gerechtvaardigde wijze op kan rekenen dat hij zijn schade op de stuwadoor kan verhalen. Dit toont meteen aan dat de toepassing van de twee beginselen (risicobeginsel en dat van de eerbied voor de gerechtvaardigde verwachtingen) nauw op elkaar zijn afgestemd.

Wanneer niet de hoofdopdrachtgever maar enkel de stuwadoor in zijn eigen overeenkomst een aansprakelijkheidsbevrijding heeft voorzien, is de toepassing nog deliquer. In principe heeft de hoofdopdrachtgever voor dit beding geen toestemming gegeven zodat hij er niet door gebonden moet zijn. In het kader van een dergelijke samenhangende overeenkomst kan het nochtans wel gerechtvaardigd zijn dat de stuwadoor enkel binnen de grenzen van zijn overeenkomst aansprakelijk is. Uit de Nederlandse rechtspraak van de Hoge Raad (de drie stuwadoorsgevallen)²⁷⁸⁹ is gebleken dat het aan de feitenrechter zal toekomen of die rechtvaardiging in de omstandigheden van het geval aan te treffen zijn. Als leidraad geldt evenwel dat die doorwerking eerder uitzonderlijk zal zijn.

H. Voordelen

632. Na de tentatieve uiteenzetting van de alternatieve benadering is het tijd om er opnieuw zelf kritisch tegenover te staan en zowel de ermee bereikbare voordelen aan te geven als de kritiek te anticiperen.

²⁷⁸⁹ Cf. *supra*, nr. 543 et seq.

Doorheen dit werk is alleszins gebleken dat een rechtstreekse aanspraak op beleidsmatig vlak in een aantal gevallen wenselijk is. Allereerst zou een rechtstreekse aanspraak voldoen aan de primaire functie van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, de compensatie of bescherming van de benadeelde. Daarnaast biedt het afschrikkend effect (*deterrence*) van de buitencontractuele aansprakelijkheid het voordeel dat contractanten bij de nakoming van hun aangegane verbintenissen opnieuw voor de belangen van derden voldoende eerbied zouden opbrengen. Daarbij is wel vereist dat de economie van de overeenkomst niet wordt doorbroken en dat contractuele voorzieningen niet worden gefrustreerd, zodat normale clausules doorwerken wanneer een rechtstreekse aanspraak in principe wordt aanvaard. Vertrouwen is immers een wezenlijke factor voor de economische ontwikkeling

Soms wordt wel eens beweerd dat door het aanvaarden van een rechtstreekse aanspraak op procedureel vlak kan worden bespaard omdat de weg van de contractenketting niet moet worden gevolgd. Dit klassieke argument van de economie van de procedure mag evenwel niet worden overdreven omdat in het merendeel van de gevallen alle betrokken partijen in een procedure worden betrokken; de rechtstreekse aanspraak brengt enkel met zich mee dat de oorspronkelijke eiser er nog een verweerder bij heeft.

Wel pleit de economische efficiëntie voor het bestaan van een rechtstreekse aanspraak én voor een verdergaande doorwerking van exoneratiebedingen omdat zo de zogenaamde *circuity of litigation* wordt vermeden.²⁷⁹⁰ Het argument is in Nederland een klassieker geworden in het kader van het defensief beroep dat een werknemer kan doen op de verweermiddelen uit het hoofdcontract van zijn werkgever waardoor een vicieuze cirkel van aanspraken (de zogenaamde *circuit d'actions*) wordt vermeden: een werknemer die rechtstreeks door de hoofdopdrachtgever zou worden aangesproken, kan immers de werkgever aanspreken die op zijn beurt weer zijn eigen wederpartij (gelet op het exoneratiebeding) op contractuele basis zou kunnen aanspreken.²⁷⁹¹

Met die benadering hoeven we evenmin het onderscheid tussen contractuele en delictuele aansprakelijkheid nodeloos te verwringen. Zo moeten we niet op een artificiële wijze een contractuele band zoeken, zoals bij de Franse theorie van de *groupes de contrats* gebeurt. Eén van de redenen waarom de theorie van contractgroepen enkel in Frankrijk succes heeft geboekt, heeft trouwens hiermee te maken dat een dergelijke theorie alleen bijkomende waarde heeft in een systeem dat op buitencontractueel vlak

²⁷⁹⁰ Zie o.a. *Ales-Peratis Foods International Inc. v. American Can Co.* 209 Cal.Rptr. 917.

²⁷⁹¹ Zie C.J.H. BRUNNER, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1985, nr. 5.734, p. 247, nr. 6.

slechts een beperkte doorwerking van overeenkomsten aanvaardt (afwezigheid van negatieve doorwerking).²⁷⁹²

De voorgestelde benadering heeft het voordeel dat de rechtspraak haar kan volgen zonder dat een wetgevende tussenkomst vereist zou zijn.

Ten slotte hoeven we evenmin de (door Franse en Nederlandse auteurs bekritiseerde) radicale weg in te slaan die het Belgische Hof van Cassatie heeft ingeslagen, waarbij de uitvoeringsagent quasi-niet aansprakelijk is tegenover de medecontractant van de eigen opdrachtgever (afwezigheid van positieve doorwerking). De positieve visie van bepaalde auteurs ten aanzien van de leer van de uitvoeringsagent vloeit inderdaad uit de traditionele visie op de doorwerking voort: als de negatieve doorwerking op buitencontractueel vlak quasi-nihil is, dan doemt het gevaar op dat het contractuele evenwicht kan worden verstoord.

De problematiek stijgt ook boven het domein van de aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent²⁷⁹³ uit en speelt voor het geheel van de samenhangende overeenkomsten een rol. Het risicobeginsel brengt aldus geenszins met zich mee dat de koper van een onroerend goed bij een in zijn nadeel uitgevallen meting de door de verkoper ingeschakelde landmeter niet kan aanspreken, enkel omdat hij in zijn verhouding met de verkoper terzake van de meting een exoneratiebeding heeft aanvaard. Dit exoneratiebeding betekent enkel dat de verkoper niet aansprakelijk is.

I. Mogelijke bezwaren

1. Contractueel/buitencontractueel

633. Tot slot is het moment gekomen om de overblijvende critici te overtuigen en hun mogelijke tegenargumenten te weerleggen. Een eerste mogelijk bezwaar tegenover de voorgestelde alternatieve benadering is dat het Belgische/Franse recht traditioneel door een strikte scheiding tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid wordt gekenmerkt.

Volgens sommigen zou het samenloopverbod een dusdanige strekking hebben dat contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid strikt van elkaar gescheiden zijn en er geen sprake kan zijn van een wederzijdse invloed. Om die reden zouden contractuele clausules op de buitencontractuele aansprakelijkheid geen invloed kunnen en mogen uitoefenen. Toch

²⁷⁹² Voor de opvatting dat de theorie van de contractgroepen precies om die reden niet relevant is in Nederland zie bijvoorbeeld R.J.P. KOTTENHAGEN, *o.c.*, *N.T.B.R.* 1995, 135-141. In België heeft die leer wellicht nauwelijks succes geboekt omwille van de radicale en vooral onvoorspelbare wijzigingen die een dergelijke theorie met zich meebrengt.

²⁷⁹³ Cf. *supra*, nr. 9.

is dit bezwaar niet zeer overtuigend aangezien het samenloopverbod als principe enkel van betekenis is tussen contractpartijen. Meer nog, het tegenargument kan evengoed op zijn kop worden gezet, in de zin dat een zekere doorwerking precies een reden is om afstand te nemen van het in Frankrijk sinds lang en in België sinds de zeventiger jaren aangenomen beginsel van samenloopverbod. Dit principe vindt zijn reden van bestaan immers enkel in de eerbied voor de overeenkomst en haar clausules. Indien contractuele clausules op buitencontractueel vlak een hogere graad van doorwerking bereiken dan wat tot nog toe in het Belgische positieve recht wordt aanvaard, is het samenloopverbod niet langer noodzakelijk uit eerbied voor het contract aangezien de contractuele regeling precies – in min of meerdere mate, naargelang van de concrete omstandigheden van de zaak – op de buitencontractuele aanspraak van de derde toepasselijk wordt. Een samenloopverbod is slechts nodig in de mate dat de partijen er op gerechtvaardigde wijze kunnen op vertrouwen dat de buitencontractuele aansprakelijkheid niet van toepassing is. Het feit dat de schade bestaat uit het voordeel dat van het contract wordt verwacht alsook de omstandigheid dat het contractuele evenwicht door de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid zou worden verstoord, zijn daarvoor determinerende indicaties.

Daarenboven ontstaan in de traditionele strikte scheiding tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid geleidelijk barsten die het sterkst naar voren komen in het Nederlandse recht en ook zij het in mindere mate in het Engelse recht, en die geleidelijk ook in de Belgische en Franse rechtsleer gehoor krijgen.²⁷⁹⁴

2. Relativiteit van contracten

634. De alternatieve benadering zou ook kunnen stuiten op het bezwaar dat ze niet strookt met het beginsel van de relativiteit van de overeenkomst in combinatie met de wilsleer. Aangezien de derde bij het sluiten van de overeenkomst niet betrokken is en bijgevolg ten aanzien van de contractuele clausules zijn wil niet heeft kunnen uiten, kunnen die clausules ten aanzien van hem niet gelden. Bij gebrek aan enige toestemming terzake is hij er niet door gebonden.

Doorheen het proefschrift zou intussen evenwel moeten zijn aangetoond dat het bestaan van een aanspraak van de uitvoeringsagent niet in strijd is met het relativiteitsbeginsel ex art. 1165 B.W. en kadert in de eerbied voor de rechtmatige verwachtingen die een derde in het kader van samenhangende overeenkomsten moet kunnen koesteren, zoals dit

²⁷⁹⁴ Cf. *supra*, nr. 613 et seq.

vandaag de dag gemeengoed is bij professionele aansprakelijkheid. Er wordt eigenlijk enkel terug met de coëxistentieeler aangeknoopt, met enkele bijkomende nuances omwille van de bijzondere context.

3. Fout en schade twee afzonderlijke voorwaarden

635. Het beginsel van de eerbied voor gerechtvaardigde verwachtingen wordt in de rechtsleer niet eenstemmig onthaald. Allereerst is er de kritiek dat de fout met behulp van het schadevereiste wordt ingevuld en bijgevolg beide met elkaar worden verward. Algemeen wordt verwezen naar de theorie van Leclercq die na zijn vertrek door het Hof van Cassatie niet langer werd gevolgd.²⁷⁹⁵ Uit de schade mag niet het bestaan van een fout worden afgeleid. In de theorie van de eerbied voor andermans gerechtvaardigde verwachtingen zou het perspectief te veel liggen op de schadelijder in plaats van de schadeverwekker. Hier ligt het grote verschil tussen de fouttheorie (in hoofde van de schadeverwekker) en de theorie van het vertrouwen of *reliance* (in hoofde van de schadelijder).

Het is waar dat de klemtoon traditioneel bij de schadevoorwaarde op de schadelijder ligt en bij de fout op de schadeverwekker, maar zijn beide zo strikt te scheiden als traditioneel wordt voorgehouden (wederzijdse kruisbestuiving)? Het beginsel van eerbied voor andermans gerechtvaardigde verwachtingen is bovendien wel degelijk met de foutgrondslag in overeenstemming te brengen omdat de eerbied en het gerechtvaardigd zijn nauw aan elkaar vasthangen. Dieux beklemtoont dat een schending van een belang²⁷⁹⁶ niet voldoende is, maar dat het ook vereist is dat de benadeelde tevens gerechtigd was te verwachten dat een ander geen inbreuk zou plegen op dat belang.²⁷⁹⁷

4. Moeilijker afwikkeling

636. Een uitbreiding van de kring van aansprakelijke personen kan voor de schadelijder soms tot bijkomende moeilijkheden aanleiding geven. Zo kan met name de afwikkeling van de schade en het sluiten van een dading

²⁷⁹⁵ Zie o.m. L. CORNELIS, "Boekbespreking X. Dieux", *T.P.R.* 1997, 1719; J.-F. ROMAIN, *Théorie pratique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 820-821, nr. 358; G. VINEY, *Conditions*, p. 361-362, nr. 473.

²⁷⁹⁶ Door de nadruk te leggen op de beschermde belangen, volgt Dieux al dan niet bewust ook de huidige tendens in de rechtsvergelijking om het systeem van de buitencontractuele aansprakelijkheid vanuit de beschermde belangen te behandelen (P. CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, 243 p.; W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, *Tort Law*, 75-277).

²⁷⁹⁷ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, p. 169-170, nr. 72.

worden bemoeilijkt.²⁷⁹⁸ Dit is evenwel geen geldig tegenargument omdat dit eigen is aan alle coëxistentiesituaties.

5. Rechtszekerheid

637. Uit de analyse van het Franse en Belgische recht bleek een terechte bekommernis om rechtszekerheid die er de drang naar een *clear-cut* regel verklaart. Toch had het Hof van Cassatie niet noodzakelijk de weg moeten inslaan die het met zijn nalatige stuwadoorsrechtspraak heeft ingeslagen. Als alternatief had hij ook een zekere mate van doorwerking van contractuele clausules op het vlak van de buitencontractuele aansprakelijkheid kunnen toelaten. Aangezien de doctrinale verklaringen voor de quasi-immuniteit al in het tweede deel overboord zijn gegooid, zou alleen nog de *rechtszekerheid* als enige steunpilaar de theorie kunnen schragen zodat het dilemma tussen de Belgische weg (quasi-immuniteit) en de Nederlandse oplossing (mogelijke rechtstreekse aanspraak met mogelijke doorwerking) er één lijkt te zijn tussen rechtszekerheid en flexibiliteit. Maar dan nog, zoals ook uit hetzelfde tweede deel bleek, is de doorgaans geloofde rechtszekerheid van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent minder sterk dan wat de voorstanders ervan willen doen geloven.

De keuze van het Hof van Cassatie vindt misschien haar verklaring erin doordat eenzelfde werkwijze van radicaliteit wordt gevolgd bij het creëren van contractuele uitzonderingen op de relatieve werking van overeenkomsten zoals de rechtstreekse vordering of de accessoriumtheorie. In tegenstelling tot de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent brachten die contractuele technieken evenwel een grotere slachtofferbescherming mee. Het resultaat van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent is dan ook een geringe flexibiliteit en een lage graad van slachtofferbescherming, met bijkomend een beperktere rechtszekerheid dan door de aanhangers ervan wordt aangenomen.

Het dynamische karakter is nu net het troefpunt van de alternatieve benadering waarover de traditionele benadering niet beschikt. In het kader van samenhangende overeenkomsten komen noch de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, noch de leer van de contractgroepen aan de gewenste dynamiek terzake tegemoet. Doorwerking is soms gewenst, maar andere keren dan weer niet. Aan die behoefte kan de buitencontractuele aansprakelijkheid die sterk op de concrete omstandigheden van de zaak is afgesneden, het best tegemoet komen.

Uiteindelijk is het bezwaar van de rechtsonzekerheid eerder gering te noemen. Enerzijds moet een rechtstreekse aanspraak al door een eerste filter van het voorhanden zijn van een onafhankelijke buitencontractuele

²⁷⁹⁸ Zie M. ROHE, *Netzverträge*, p. 370, vooral noot 34.

fout, ook in de systemen waar vandaag de dag de alternatieve benadering al heerst, zoals in het Engelse recht (nl. enkel wanneer de structuur van de contracten het mogelijk maakt) maar ook in het Nederlandse recht (nl. wanneer de fout niet zuiver contractueel is). Anderzijds is, zo dan al een aanspraak wordt toegekend, de doorwerking van een overeenkomst tegen de derde ook eerder uitzonderlijk te noemen, nl. in het geval waarin het vertrouwen enkel met inbegrip van de toepassing van de betrokken contractuele clausules gerechtvaardigd is.

Ten slotte wezen we er ook op dat het voorstel wel degelijk rechtszeker is, in de welbegrepen zin dat gerechtvaardigde verwachtingen moeten worden gehonoreerd.²⁷⁹⁹

6. Relativiteit van onrechtmatige daad

638. Andere rechtssystemen maken gebruik van de relativiteit van de onrechtmatige daad om aanspraken op buitencontractueel vlak in te perken,²⁸⁰⁰ maar uiteindelijk maakt het wat het eindresultaat betreft weinig uit of, om de aansprakelijkheid van een contractant tegenover derden in te perken, men nu stelt dat een buitencontractuele fout slechts tegenover bepaalde derden een onrechtmatige daad uitmaakt, dan wel dat bepaalde derden geen echte derden zijn.²⁸⁰¹ Het is evenwel uitgerekend in die systemen die weigerachtig staan tegenover de vergoeding van zuivere vermogensschade op buitencontractueel vlak, dat op het vlak van samenhangende overeenkomsten méér openingen worden gelaten, wat vooral blijkt uit het voorbeeld van de common law. In België waar bij de buitencontractuele aansprakelijkheid alle (zekere, persoonlijke en rechtmatige) schade vergoedbaar is, maakt de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent juist wel een *a priori* begrenzer uit.

De kritiek als zou het criterium van de afzonderlijke buitencontractuele fout in ons recht zeer vaag zijn, gaat niet op. Ook de systemen die de relativiteit van de onrechtmatige daad huldigen, blinken wat het bestaan van de aanspraak zelf betreft niet méér in rechtszekerheid uit.²⁸⁰² Zo kan ook in het Engelse recht de *standard of care* een controlemechanisme inhouden (het “*may conceal practical variations*”²⁸⁰³) en is de *duty of care* uiteindelijk ook

²⁷⁹⁹ Cf. *supra*, nr. 631.

²⁸⁰⁰ Het tweede middel in het EBES-arrest is een poging om die theorie ook in ons recht te laten incorporeren (zie de opmerking van J.H. HERBOTS, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, p. 1082, nr. 46).

²⁸⁰¹ Cf. *supra*, deel I.

²⁸⁰² Zie ook de opmerking van X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, nr. 75, p. 182.

²⁸⁰³ W.V.H. ROGERS, “Keeping the Floodgates Shut: “Mitigation” and “Limitation” of Tort Liability in the English Common Law”, in J. SPIER (ed.), *The Limits of Liability. Keeping the Floodgates Shut*, Den Haag, Kluwer, 1996, 90.

een zeer vaag concept als de criteria ervan zoals *proximity*, *fairness* en *policy* in aanmerking worden genomen.²⁸⁰⁴

7. Traditie

639. In het juridische discours speelt de traditie, het “*acquis juridique*” een belangrijke rol omdat een rechtssysteem aan de hand daarvan een zekere graad aan rechtszekerheid kan bereiken. Het is dan ook belangrijk dat een alternatieve benadering niet reeds wordt afgeketst omdat het al te fel tegen de traditie indruist. Het is het probleem van dynamische rechtsontwikkeling versus statische rechtszekerheid. Vaak legt de rechtsleer zich, na er wat – zelfs fundamentele – kritiek op te uiten, bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie neer. Het is ook niet anders met het merendeel van de auteurs in verband met de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent. Nochtans zijn er voorbeelden, zij het wellicht meer in Frankrijk in België, waaruit blijkt dat een aangehouden kritiek kan leiden tot een wijziging van de rechtspraak tot op het hoogste échelon. Eén klassiek geworden voorbeeld is zeker het arrest van 20 juni 1988 in verband met het schijnmandaat dat resoluut inging tegen de eraan voorafgaande rechtspraak.

Hoe dan valt de voorgestelde benadering met de juridische traditie te verzoenen? Vanuit een *historisch* standpunt al is het voorstel van buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent tegenover de hoofdopdrachtgever met mogelijkheid van doorwerking van de samenhangende overeenkomsten niet onverenigbaar met de traditie. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent steunt op een theorie die slechts in de zeventiger jaren met het nalatige stuwadoorsarrest ontstond. Voordien was de traditie in een heel andere zin opgebouwd. Een zekere mate van relativisme ten aanzien van de huidige waarde van de cassatierechtspraak is dus op zijn plaats.

Die wordt nog kleiner wanneer we in herinnering brengen dat de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent op zich al evenmin op de waarde van de rechtszekerheid kan bogen.²⁸⁰⁵

De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent kan evenmin op een ruime steun in de ruimte rekenen. Rechtsvergelijkend gezien (althans vanuit de bestudeerde rechtssystemen) staat het Hof van Cassatie met zijn radicale stelling zelfs helemaal alleen. Weliswaar is de buitenlandse rechtspraak niet in die zin gevestigd dat aldaar *steeds* een rechtstreekse aanspraak voorhanden is, want dat zou alweer stuiten op de zonde van het radicalisme, dan wel in de omgekeerde zin als deze die het Hof van Cassatie met de

²⁸⁰⁴ Zie W.V.H. ROGERS, J. SPIER en G. VINEY, “Preliminary observations”, in J. SPIER (ed.), *The Limits of Liability. Keeping the Floodgates Shut*, Den Haag, Kluwer, 1996, 4.

²⁸⁰⁵ Cf. *supra*, deel II.

quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent aanhangt. En zelfs in die systemen waar de meerderheid niet achter die doorwerking staat, beginnen geleidelijk een aantal gezaghebbende auteurs er iets voor te voelen, al zetten ze zich er nog niet allen volledig achter.

Wat veel meer tegen de traditie indruist, is de theorie van de contractgroepen die in geen enkel Europees rechtssysteem steun heeft meegerekend. Zelfs in het land waar ze haar bakermat had uitgezet, kreeg ze met het Besse-arrest de definitieve genadeslag, ook al pleiten enkelingen nog steeds voor de theorie, zij het dan in andere gedaanten. De theorie van de contractgroepen was ook niet aanvaardbaar omdat ze een te sterke inbreuk inhield op de relativiteit van overeenkomsten.

Zelfs indien de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent dan al als een traditionele regel kan worden opgevat, dan nog is het geen enkel rechtssysteem waardig een *onrechtvaardigheid* te rechtvaardigen door een traditie. Zo zouden we kunnen belanden in de eeuwigdurende rechtstheoretische discussie tussen twee fundamentele peilers waarop elk rechtssysteem is gebouwd, de rechtvaardigheid en de rechtszekerheid. Bij elk conflict moet een afweging gebeuren die beide belangen, principes of fundamenten een voldoende plaats geeft.

Ten slotte heeft het in de huidige tendens van Europese harmonisatie weinig zin om het argument van de traditie in een louter nationale context op te werpen, wanneer alle andere rechtssystemen die nationale traditie absoluut niet zien zitten.

8. Cassatietechniek

640. In de ganse discussie is, zoals al meermaals tot uiting kwam, ook de cassatietechniek uiterst belangrijk. Zo stelt du Perron ter gelegenheid van het arrest-Mooijman/Netjes:²⁸⁰⁶ “*Men kan zich afvragen of het niet meer voor de hand ligt in dit soort gevallen een overeenkomst aan te nemen. Die vraag is echter, zoals ik hieronder zal betogen, niet zo zinvol. Wat ik wil constateren is slechts dat het cassatiestelsel ertoe leidt dat de rechtsontwikkeling, waar het om normen uit contact gaat, zich eerder op het terrein van de onrechtmatige daad dan op dat van het contractenrecht zal voltrekken. De vraag of uit contact een overeenkomst is ontstaan, is volgens de Hoge Raad namelijk feitelijk van aard, zodat hij daarin slechts marginaal kan treden. De vraag of uit contact op grond van de maatschappelijke betamelijkheid verplichtingen zijn ontstaan, is daarentegen een rechtsvraag die volledig aan toetsing door de Hoge Raad is onderworpen.*”²⁸⁰⁷ Die passage maakt het ook niet zo verwonderlijk dat er in de eerste paragrafen van het tweede

²⁸⁰⁶ Over dit arrest, cf. *supra*, nr. 218.

²⁸⁰⁷ C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden*, p. 30, nr. 25.

deel over contractuele aansprakelijkheid weinig cassatierechtspraak aan bod kwam.

In beginsel is de houding van het Franse en het Belgische Hof van Cassatie ten aanzien van het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid vrij rigide en strikt. Toch wordt het onderscheid tussen beide vormen van aansprakelijkheid slechts doorheen de feiten of de omstandigheden duidelijk. Het feit dat het Hof van Cassatie op de feiten weinig greep heeft, is wellicht één van de bestaansredenen voor de quasi-immuniteit van een uitvoeringsagent. Zonder die rechtspraak zouden er heel wat vragen rijzen omtrent de coëxistentie en zou het Hof van Cassatie er gezien het feitelijke karakter van de vraag weinig invloed kunnen (of willen) op uitoefenen. Daarenboven blijkt ook rechtsvergelijkend dat de hoogste gerechtshoven met het probleem blijven kampen.

9. Risicobeginsel en contractenstructuur

641. In de visie die de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent via het risicobeginsel verklaart, is de contractant verantwoordelijk voor zijn daden en dus ook voor het feit dat twee afzonderlijke overeenkomsten worden gesloten.²⁸⁰⁸ De realiteit is evenwel anders; een contractant kiest niet steeds die weg zelf.²⁸⁰⁹ Partijen kunnen, los van de juridische constructie, erop vertrouwen dat het geheel van overeenkomsten als een eenheid is opgezet, zodat dit vertrouwen meer bescherming verdient dan het denken in afzonderlijke contracten.²⁸¹⁰ Het lijkt dan ook onwenselijk dat “*twee partijen een economisch samenwerkingsverband juridisch zo kunnen inkleden dat zij daarvan de lusten genieten zonder de lasten – de risico’s – te hoeven dragen.*”²⁸¹¹

Dit bezwaar hangt nauw samen met de mogelijke kritiek dat men met het beginsel van gerechtvaardigde vertrouwen alle richtingen uit kan. Zo kan een derde er gerechtvaardigd op vertrouwen dat hij door een bepaalde contractuele clause niet is gebonden omdat hij zijn wilsovereenstemming daartoe niet heeft geuit, maar tegelijkertijd kunnen derden wel op bepaalde clauses een beroep doen omdat zij er op gerechtvaardigde wijze op konden vertrouwen dat die clauses zouden worden nagekomen. De contractant zelf kan er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de economie van zijn contract niet zomaar door een derde wordt verstoord. Die kritiek zet enkel extra in de verf dat het gaat om een feitenkwestie die niet in één algemene richtlijn kan worden omgezet.

²⁸⁰⁸ E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1983, p. 782, nr. 28.

²⁸⁰⁹ F.W.J. MEIJER, *o.c.*, *W.P.N.R.* 1998, nr. 6.329, p. 618, nr. 4.

²⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 618, nr. 4.

²⁸¹¹ *Ibid.*, p. 618, nr. 4.

SLOT

642. In het derde en vierde deel werden telkens twee subvragen afzonderlijk onder de loep genomen: enerzijds de vraag of in principe een rechtstreekse aanspraak voorhanden is en anderzijds of de doorwerking van een contractuele clausule die aanspraak eventueel nog verhindert. Aangezien deze twee subvragen in wezen aspecten zijn van één en dezelfde vraag, vallen ze in de geschetste alternatieve benadering terug op één centraal begrip dat wezenlijk is voor een leefbare samenleving en voor de economische ontwikkeling in het bijzonder: het vertrouwen dat mensen in elkaar en hun handelingen moeten kunnen stellen. Het gaat om twee aspecten van dezelfde vraag. Op die manier staan de in het eerste deel aan bod gekomen abstracte koppelbegrippen bij de problematiek van de rechtstreekse aansprakelijkheid bij samenhangende overeenkomsten niet langer centraal. Onder invloed van het Nederlandse voorbeeld wordt het debat verschoven van het quasi-onoplosbare onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid naar een contextueel ingevuld foutbegrip en een grotere doorwerkingsmogelijkheid op het domein van de delictuele aansprakelijkheid. Om een overeenkomst naar een derde te laten doorwerken, is het niet de noodzakelijke en enig mogelijke weg om ofwel een derde tot contractpartij te verheffen ofwel een derde het voordeel van de contractuele aansprakelijkheid te laten genieten. Via het beginsel van de eerbied die elkeen voor andermans gerechtvaardigde verwachtingen moet opbrengen en dat op het noodzakelijke vertrouwen in een samenleving is gebaseerd, is doorwerking van een overeenkomst tegenover derden ook bij delictuele aansprakelijkheid in meer verregaande mate mogelijk.

643. Aan de strikte scheiding tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid heeft het Hof van Cassatie niet willen tornen, zodat het wel moest kiezen voor de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent. Toch lijkt het noodzakelijk om de andere weg te bewandelen en de traditie te doorbreken door een ruimere doorwerking van overeenkomsten op het domein van de buitencontractuele aansprakelijkheid toe te laten. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent kan immers stuiten op het bezwaar dat het niet op een evenwichtige belangenafweging berust, doet een aantal ongelijkheden met bepaalde contractuele technieken ontstaan en doet de contractuele technieken zelf op een fictieve manier toepassen.

De te maken keuze is uiteindelijk een *beleidskeuze* of zelfs een filosofische optie. Denken we maar aan de woorden van Foirers (in een zeer lezenswaardige annotatie) die fulmineert tegen een autonoom principe van “*le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui ou la bonne foi objective*”

conçue non comme un devoir de comportement sanctionné par les principes de la responsabilité (...) mais l'expression de la règle d'équité comportant en elle-même sa propre sanction": "Nous pensons cependant que la sécurité juridique doit conduire à éviter l'innovation à tout prix. Lorsqu'une situation peut-être réglée harmonieusement à la lumière des principes classiques nous préférons éviter le recours à des concepts autonomes, certes séduisants, mais souvent incertains- et dont la reconnaissance peut avoir des effets incontrôlés." Maar onmiddellijk daarop geeft hij toe dat die visie niet op strikt juridische beginselen maar op een welbepaalde beleidskeuze gestoeld is: "Il s'agit finalement d'une position politique ou philosophique."²⁸¹² Waar Foriers kiest voor de zijde van de traditie en de daarmee samenhangende rechtszekerheid en zo slechts een beperkte mate van rechtsontwikkeling openlaat, opteer ik zelf eerder voor een grotere dynamiek in de rechtsontwikkeling die dan ook aan de traditie, postulaten en dogma's minder ruimte overlaat. Ook hier "wordt het burgerlijk recht geconfronteerd met rechtspolitieke keuzes die gevestigde kaders van het burgerlijk recht ruim overschrijden."²⁸¹³ Ook juristen met inbegrip van hen die het privaatrecht beoefenen, moeten een waardensysteem opbouwen dat gereflecteerd wordt in het rechtssysteem. Begrippen in het privaatrecht zijn niet *wertfrei*.

Ondanks rechtstheoretische geschriften in andere zin is het tijdskader duidelijk aan de positivist. Dit maakt dat de auteur van dit proefschrift zich verplicht voelt om zich te legitimeren voor het zelfs maar bekritisieren van de huidige cassatierechtspraak. Het is al te gemakzuchtig om zich neer te leggen bij het adagium *dura lex, sed lex*, ook al gaat het hier dan niet om wetgeving maar om rechtspraak. Het gaat evenmin op om de rechtspraak van het Hof van Cassatie als een moderne variant van *Roma locuta est* te beschouwen, een rechtspraak waarover niet meer moet worden getwist.

Bij een rechtsvergelijkende aanpak mag een auteur niet twijfelen om onbetwiste, zogenaamde algemeen aanvaarde regels in twijfel te trekken.²⁸¹⁴ Hoewel in eerste instantie daarop gericht, mag rechtsvergelijking er niet toe strekken om alleen maar het eigen rechtssysteem beter te begrijpen in de zin van ze te bevestigen, met het ermee verbonden gevaar alleen dié regels te noemen die passen in de lijn van het eigen rechtssysteem. Wil ze de naam "wetenschap" waard zijn, moet ze ook in vraag stellen en zich niet te vlug neerleggen bij (nog niet zolang) aanvaarde theorieën, ook al speelt de traditie in het privaatrecht een veel prominentere rol dan in andere rechtstakken waar maatschappelijke evoluties vlugger lijken door te dringen.

²⁸¹² P.A. FORIERS, noot onder 20 januari 2000, *T.B.H.* 2000, p. 489, nr. 15.

²⁸¹³ J.H. NIEUWENHUIS, "De constitutie van het burgerlijk recht", *RM Themis* 2000, (203) 210. Als voorbeelden geeft hij o.m. de problematiek van de *wrongful birth* en de matiging van schadevergoeding.

²⁸¹⁴ H. MUIR WATT, "La fonction subversive du droit comparé", *R.I.D.C.* 2000, 503-527.

BEKNOPTE SYNTHESE

644. Als gevolg van de nog steeds groeiende specialisatie, globalisatie en complexiteit van de maatschappij waarin we leven, laat een contractant zich bij de uitvoering van zijn contractuele verbintenissen geregeld door anderen vervangen. Wanneer die vervanger, de zgn. hulppersoon of uitvoeringsagent, op een hem toerekenbare wijze zijn overeenkomst niet behoorlijk, niet tijdig of helemaal niet nakomt, betekent dit doorgaans ook dat zijn opdrachtgever in zijn eigen contractuele verbintenissen is tekortgeschoten.

Vervanging van contractanten doet zich in de meest diverse sectoren voor, zoals b.v. in de bouwsector waar een in nieuwbouw gespecialiseerde hoofdaannemer zich voor het afbreken van een bestaand gebouw door een onderaannemer laat vervangen, in de financiële sector waar de bank van een begunstigde van een overschrijvingsopdracht door de bank van de opdrachtgever wordt ingeschakeld, in de wereld van de vrije beroepen waar een bedrijfsrevisor zich door een andere, in de betreffende materie meer gespecialiseerde (b.v. buitenlandse) bedrijfsrevisor laat adviseren, of in de telecomsector waar een onderneming met betrekking tot haar communicatiestructuur een opdracht geeft aan een IT-onderneming die op haar beurt op één of meerdere individuele, zelfstandige consultants een beroep doet.

hoofdschuldeiser ---- hoofdschuldenaar
/
uitvoeringsagent

In dergelijke situaties wordt elk rechtssysteem geconfronteerd met de vraag naar de wijze waarop de schade van de hoofdschuldeiser moet worden afgewikkeld. In geval van een contractuele wanprestatie is het voor de hoofdschuldeiser de meest vanzelfsprekende weg om de medecontractant – de hoofdschuldenaar – op contractuele grondslag aan te spreken. Het proefschrift handelt evenwel niet over die problematiek van de contractuele aansprakelijkheid van de hoofdschuldenaar *voor* de daad van een uitvoeringsagent, maar wel over de rechtstreekse en persoonlijke aansprakelijkheid *van* die uitvoeringsagent zelf.

De centrale vraag luidt: in welke mate en op welke grondslag hoeft de afwikkeling van schade niet de opeenvolgende schakels van een contractenketting te volgen, maar kan de hoofdschuldeiser rechtstreeks de burgerlijke aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent in het gedrang brengen?

645. Het uitgangspunt voor het antwoord op die vraag ligt in de zgn. stuwadoorsrechtspraak, die het Hof van Cassatie voor het eerst in de zeventiger jaren heeft ontwikkeld, meer bepaald in het Müller Thomson-arrest van 7 december 1973 (eerste stuwadoorsarrest), en tot op vandaag herhaaldelijk heeft bevestigd.

Volgens die rechtspraak is een uitvoeringsagent (in casu stuwadoor) die handelt om een contractuele verbintenis van een partij (in casu vervoerder) uit te voeren, ten aanzien van de medecontractant van die partij (de opdrachtgever) op buitencontractuele grondslag slechts aansprakelijk, indien aan twee cumulatieve vereisten is voldaan: (1) de fout die aan de uitvoeringsagent ten laste wordt gelegd, moet een tekortkoming, niet van de contractueel aangegane verbintenis, maar van de algemene zorgvuldigheidsnorm zijn en (2) die fout moet een andere schade hebben veroorzaakt dan deze die aan de slechte uitvoering van het contract te wijten is.

Diezelfde voorwaarden had het Hof van Cassatie eerder al tussen contractpartijen onderling van toepassing verklaard (eerste Ebes-arrest). De stuwadoorsrechtspraak werd daarom zo geïnterpreteerd dat de uitvoeringsagent de feitelijke vertegenwoordiger of het “alter ego” van diens opdrachtgever is, met als gevolg dat dezelfde voorwaarden voor de toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid op gelijke wijze voor de contractant en diens uitvoeringsagent moeten gelden.

646. In de zeventiger-begin tachtiger jaren mengden heel wat vooraanstaande juristen zich in het debat over de wijze waarop die voorwaarden waren in te vullen. Volgens de aanhangers van de zgn. verfijningstheorie wordt de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent alleen dan uitgesloten, wanneer hem enkel een *louter* contractuele fout kan worden verweten of wanneer die fout *louter* contractuele schade heeft veroorzaakt. Volgens hen herhaalt het Hof van Cassatie met zijn stuwadoorsrechtspraak enkel de vanzelfsprekende regel dat voor de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid haar toepassingsvoorwaarden (buitencontractuele fout en dito schade) moeten zijn vervuld.

Uiteindelijk heeft de verdwijningsleer die ten aanzien van de rechtstreekse aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent heel wat restrictiever is ingesteld, het gehaald. Algemeen wordt aangenomen dat een uitvoeringsagent ten aanzien van de medecontractant van zijn opdrachtgever enkel buitencontractueel aansprakelijk kan worden gesteld, indien de aan de uitvoeringsagent verweten fout én de erdoor veroorzaakte schade niet contractueel maar *enkel* buitencontractueel van aard zijn. In die visie is de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent met andere woorden uitgesloten, zodra de fout en/of de schade een contractueel karakter vertonen. Van samenloop van contractuele en buitencontractuele

aansprakelijkheid is naar Belgisch recht niet langer sprake: de aansprakelijkheid is ofwel contractueel, ofwel buitencontractueel, maar niet beide tegelijk.

Die interpretatie heeft ertoe geleid dat die stuwadoorsrechtspraak voortaan als de “quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent” bekend staat, vanwaar de titel van dit proefschrift. Quasi in de oneigenlijke zin van “zo goed als”, omdat de uitvoeringsagent enkel nog ten aanzien van de medecontractant voor zijn rechtstreekse opdrachtgever buitencontractueel aansprakelijk is wanneer hij een misdrijf heeft gepleegd. Quasi in de eigenlijke zin van “schijnbaar, niet echt”, omdat de uitvoeringsagent doorgaans uiteindelijk wel voor de schade heeft in te staan als gevolg van de uitoefening van een regresvordering door de aansprakelijk gestelde hoofdschuldenaar tegen de uitvoeringsagent.

Er is nog op te merken dat onder de personen die van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent (*sensu lato*) genieten, niet alleen de zelfstandige uitvoeringsagent maar ook de *aangestelden*, sinds het Samkharrest van 7 november 1997, het *orgaan* van een (privaatrechtelijke of publiekrechtelijke) rechtspersoon in één adem worden genoemd. Zodra één van die drie categorieën ter uitvoering van een contractuele verbintenis optreedt, is de quasi-immuniteit van toepassing.

647. Alhoewel vele auteurs de quasi-immuniteit al lang als een evidentie beschouwen omdat het Hof van Cassatie er aanhanger van is, stelt de praktijk zich vele vragen bij de toepassing van die theorie.

Aan de basis van de stuwadoorsrechtspraak lag enerzijds de bekommernis van het Hof, die in de Franse rechtsleer reeds eerder duidelijk naar voren was gekomen, om de contractuele voorzieningen die de uitvoeringsagent met de hoofdschuldenaar heeft vastgelegd, niet zomaar door een rechtstreekse buitencontractuele aanspraak van de hoofdschuldeiser opzij te laten zetten. Een rechtstreekse aanspraak van de hoofdschuldeiser tegen de uitvoeringsagent mag het contractuele evenwicht en de contractuele risicoverdeling waarop de uitvoeringsagent rekt, niet verstoren. Anderzijds brengt het risicobeginsel met zich mee dat een hoofdopdrachtgever niet zomaar een risico die hij op zijn schouders heeft genomen (b.v. door een exoneratiebeding in zijn eigen overeenkomst op te nemen), op een uitvoeringsagent mag proberen af te wentelen.

648. Om aan die fundamentele bekommernissen tegemoet te komen, moest het Hof van Cassatie vertrekken vanuit de essentiële principes die ons aansprakelijkheidsrecht en de derdenwerking/doorwerking van overeenkomsten kenmerken. Aangezien de draagwijdte van de quasi-immuniteit zonder een goed begrip van die principes niet is te begrijpen en aan-

gezien die beginselen in onze rechtsleer bijna nooit onmiddellijk naast elkaar worden geplaatst, worden ze in het eerste deel van het proefschrift gepresenteerd aan de hand van een viertal koppelbegrippen, die meteen ook de richting aangeven welke alternatieven er voor de quasi-immuniteit voorhanden waren en zijn: contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, partij en derde, relativiteit en uitzonderingen, relativiteit en tegenstelbaarheid.

De wijze waarop die begrippen in ons rechtssysteem worden ingevuld, de relativiteit van elk begrip alsook de graad van innovatie die daarbij aan de dag kan worden gelegd, zijn bepalend geweest voor het ontstaan van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, zoals ook uit de bewoordingen van het stuwadoorsarrest naar voren komt.

Twee jaar vóór het stuwadoorsarrest had het Ebes-arrest (4 juni 1971) reeds de toepasselijkheid van de buitencontractuele aansprakelijkheid *tussen contractpartijen* onderling zo goed als onmogelijk gemaakt, zodat het door de contractpartijen soms moeizaam bereikte akkoord met de eraan gekoppelde risicoverdeling niet wordt gefrustreerd. De a priori uitsluiting van de toepasselijkheid van de buitencontractuele aansprakelijkheid op de uitvoeringsagent moest aldus haar aanknopingspunt vinden bij de strikte grens tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid die reeds in de verhouding tussen contractpartijen onderling zou heersen.

De band tussen de situatie van contractpartijen onderling en die van de uitvoeringsagent kon volgens het Hof van Cassatie worden gelegd door een innovatieve invulling van het onderscheid tussen contractpartij en derde, het tweede begrippenpaar. De uitvoeringsagent is weliswaar een derde bij de totstandkoming van de tussen hoofdschuldeiser en hoofdschuldenaar gesloten overeenkomst, maar niet bij het *uitvoeren* ervan. Aangezien de buitencontractuele aansprakelijkheid enkel tegenover derden kan spelen, is zij bijgevolg ook in de relatie tussen uitvoeringsagent en hoofdschuldenaar niet van toepassing.

Centraal voor een goed begrip van de stuwadoorsrechtspraak staan ook de opvattingen over de relativiteit (en haar uitzonderingen) en de tegenstelbaarheid van overeenkomsten. De relativiteit van het contract, enerzijds, wordt zo sterk geacht dat een doorbreking hiervan in de context van samenhangende overeenkomsten niet voor mogelijk wordt gehouden, ook niet bij wege van een extensieve invulling van één van de klassieke uitzonderingen op de relativiteit (derdenbeding of rechtstreekse vordering). De tegenstelbaarheid van het contract, anderzijds, kan dan weer niet tot grondslag dienen voor de doorwerking van de clausules uit het contract van de uitvoeringsagent tegen een buitencontractuele aanspraak van de hoofdschuldeiser.

649. Na die schets van het algemene kader waarin de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent kon ontstaan, volgt in het tweede deel een kritische analyse van de positiefrechtelijke regeling zoals die ons in de rechtspraak en rechtsleer wordt aangereikt, alsook van de beleidsmatige verantwoordingen die juristen er in het verleden aan hebben gegeven. De algemene teneur is eerder negatief, omdat die theorie niet voldoet aan de twee kwaliteitsvereisten die elke regel in min of meerdere mate zou moeten kenmerken.

Aan de vereiste van *rechtszekerheid* in enge zin is nog steeds niet tegemoetgekomen, aangezien over de reikwijdte van de theorie en over de invulling van de – na 30 jaar – nog steeds op dezelfde wijze geformuleerde voorwaarden vele vraagtekens staan, niet in het minst als gevolg van recente cassatierechtspraak terzake. Indien die kritiek geen steek zou houden, had het Hof in zijn talloze arresten haar reeds lang kunnen smoren door zijn werkelijke bedoelingen nader te omschrijven en zijn stelling duidelijker te motiveren. Ook complexe problemen zijn bij een goed begrip ervan op een eenvoudige wijze uit te leggen.

Onder de fundamentele afbakeningsproblemen is te wijzen op de onzekerheid over de invulling van de voorwaarden van niet-contractuele fout en schade (of is het toch nog een niet-louter contractuele fout en schade?), op de toepasselijkheid ervan op de contractanten wiens prestatie slechts een noodzakelijke voorwaarde is voor de goede nakoming van de contractuele verbintenissen waartoe de hoofdschuldenaar zich heeft verbonden (b.v. advies voor een transactie), of, meer algemeen, op de band die tussen twee overeenkomsten moet bestaan opdat de quasi-immuniteit van toepassing zou zijn (zie in dit verband het recente Murfitt-arrest of tweede stuwadoorsarrest van 1 juni 2001), op de toepasselijkheid ervan op een individueel bestuurder (die zelf niet noodzakelijkerwijs de hoedanigheid van orgaan bekleedt want slechts lid van het collegiale orgaan) of op de enge dan wel ruime schaal waarop de contractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent op oneigenlijke wijze wordt toegepast, ...

De quasi-immuniteit stuit nog in grotere mate op de vereiste van *rechtvaardigheid*, aangezien geen enkele naar voren gebrachte rechtvaardiging de radicaliteit van de quasi-immuniteit verantwoordt.

Onder de beleidsmatige overwegingen zijn vooral te noemen, een inbreuk op de preventieve functie die in het algemeen aan het buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht toekomt alsook de mogelijkheid dat de hoofdschuldenaar zich voor zware of zelfs opzettelijke fouten van de uitvoeringsagent kan vrijtekenen omdat de hoofdschuldeiser in de overtuiging verkeerde dat hij zich toch rechtstreeks tot de uitvoeringsagent zou kunnen keren.

De theorie steunt voornamelijk op het risicobeginsel en het bewaren van het contractuele evenwicht en de ermee gepaard gaande risicoverdeling uit de hoofd- of onderovereenkomst. Dit is zeker en vast een legitiem doel, maar het rechtvaardigt nog niet het radicale middel van het Hof van Cassatie. De potentiële aanwezigheid van een exoneratiebeding in één van de overeenkomsten verantwoordt niet dat in elk geval (behoudens een misdrijf) een aanspraak wordt ontkend. De ontkenning van een aanspraak tegen een uitvoeringsagent volgt evenmin uit de structuur van twee opeenvolgende overeenkomsten dat een contractant het risico op zich neemt. In de dagelijkse realiteit verwachten dergelijke contractanten wel degelijk dat zij desgevallend hun schade door de uitvoeringsagent kunnen vergoed zien (tenzij ze toevallig eerder al met dit juridische probleem zijn geconfronteerd). De rechtszekerheid in de eigenlijke zin van het woord wil dat een rechtstelsel een dergelijke gerechtvaardigde verwachting ook honoreert.

De idee van de feitelijke vertegenwoordiging, een andere verantwoording voor de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent, is weinig meer dan een lege huls. Ze kan niet betekenen dat de uitvoeringsagent deel uitmaakt van de onderneming die de hoofdschuldenaar is. Tot de eenheid van de onderneming hoort wel het orgaan en de aangestelde, maar hetzelfde kan geenszins gezegd van de uitvoeringsagent, die meestal verscheidene opdrachtgevers kent en dus moeilijk met die onderneming is te vereenzelvigen. Bovendien houdt ze het gevaar in dat het begrip van juridische vertegenwoordiging danig aan het zwalpen raakt, hetgeen blijkt uit de vragen die naar aanleiding van een arrest van 16 februari 2001²⁸¹⁵ rijzen.

Uit die analyse alleen al blijkt dat de theorie moeilijk de kritische toets kan doorstaan, daar de twee basiskwaliteiten waaraan elke juridische regel moet voldoen, rechtszekerheid en rechtvaardigheid, niet vervuld blijken te zijn.

650. Aangezien de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent vooral beleidsmatig niet voldoet, wordt in de volgende delen de zoektocht naar een alternatief ingezet. Terug naar af, naar de situatie van vóór het stuwa-doorsarrest, maar mét de kennis van de intussen ontstane interne en rechtsvergelijkende ontwikkelingen.

Voor een geslaagd alternatief staat centraal dat het zoveel mogelijk met de traditionele uitwerking van ons aansprakelijkheidssysteem in overeenstemming blijft, dat het door de opeenvolgende overeenkomsten bereikte

²⁸¹⁵ Voor een recente bespreking, zie L. CORNELIS, I. CLAEYS, "De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsjurist en van zijn onderneming", in *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 46-48, nr. 44.

contractuele evenwicht bewaard blijft en dat het in de huidige Europese harmonisatietendens past.

Daarom richt de zoektocht zich op andere samenhangende overeenkomsten waarbij de vraag naar het bestaan van rechtstreekse aanspraken wordt gesteld. In het bijzonder wordt onderzocht hoe contractuele clausules van de respectieve samenhangende overeenkomsten op die rechtstreekse aanspraken doorwerken.

Het concept van samenhangende overeenkomsten is van feitelijke aard, zodat enkel een selectie uit het oneindige aantal aan samenhangende overeenkomsten aan bod kan komen. Het gaat om groepen van overeenkomsten die door hun gemeenschappelijk voorwerp of gemeenschappelijk doel zo nauw met elkaar verbonden zijn dat de afwikkeling van de ene overeenkomst ook voor de afwikkeling van de andere gevolgen heeft.

651. Een rechtstreekse, contractuele aanspraak is de eerste wijze waarop een rechtssysteem met de nauwe band tussen overeenkomsten kan rekening houden (deel III).

Doorheen de besprekingen van de contractuele technieken wordt nagegaan (1) op welke grondslag in een rechtstreekse aanspraak is voorzien (vraag naar het principe van een rechtstreekse aanspraak), (2) in welke mate de clausules van de onderscheiden overeenkomsten op de rechtstreekse aanspraak invloed (kunnen) uitoefenen (vraag naar de doorwerking), (3) of die techniek ook op de uitvoeringsagent van toepassing is of zou kunnen zijn (vraag naar de toepasselijkheid op de uitvoeringsagent of naar de contractuele sluiptwegen om aan de quasi-immuniteit te ontkomen) en (4) waarin die groepen van samenhangende overeenkomsten verschillen van de situatie van de uitvoeringsagent en of er een gerechtvaardigde reden voor dit verschil is aan te wijzen (vraag naar de coherentie).

Een rechtstreekse aanspraak over de hoofden van contractanten heen wordt in verschillende situaties toegekend, maar rechtsvergelijkend gezien bestaan grote verschillen. In geval van middellijke vertegenwoordiging blijft het Belgische Hof van Cassatie ook recent nog een rechtstreekse rechtsband tussen de middellijke vertegenwoordigde en de derde-medcontractant ontkennen, ook al gaat de algemene tendens een andere richting uit. Wat de rechtstreekse vorderingen betreft, blijft het Belgische rechtssysteem strikt aan het legaliteitsbeginsel vasthouden, terwijl het Franse Hof van Cassatie de daardoor veroorzaakte incoherenties onder meer door een bilateralisering van bestaande rechtstreekse vorderingen probeert weg te werken.

Opvallend is ook het oneigenlijk gebruik van de casuïstische contractmodellen, in Frankrijk vooral van het derdenbeding. De vertegenwoor-

diging en de contractoetreding zijn twee andere instrumenten waarmee de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent op een creatieve manier kan worden omzeild.

Een essentieel besluit van de analyse in het derde deel is dat de doorwerkingsregeling ook in ruime mate bepalend is voor het toepassingsgebied of de slaagkans van elke figuur. De accessoriumtheorie heeft een lange geschiedenis enkel kunnen overleven omdat de aanspraak door de bedingen van de oorspronkelijke overeenkomst wordt ingekleurd. Omgekeerd heeft de theorie van de contractgroepen gefaald precies omdat de doorwerking van de clausules uit zowel de hoofd- als de onderovereenkomst de rechten van het slachtoffer al te fel inperkte.

652. Gezien de relatief beperkte haalbaarheid om een rechtstreekse aanspraak tegen een uitvoeringsagent te contractualiseren, wordt vervolgens de zoektocht naar een alternatief voor de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent op buitencontractueel vlak verdergezet (deel IV).

Aan de hand van een rechtsvergelijkende studie van het Franse, Nederlandse, Duitse en Engelse recht wordt nagegaan of en in welke mate de uitvoeringsagent door de hoofdschuldeiser rechtstreeks op grond van de buitencontractuele regels kan worden aangesproken.

Fundamenteel is de vaststelling dat in geen enkel systeem een theorie als de onze wordt aangetroffen. Meer nog, in het Franse recht wordt de quasi-immuniteit zelfs uitdrukkelijk als onbillijk afgedaan, zodat ze aldaar niet eens in overweging wordt genomen. In het Duitse recht bestaat twijfel over de toepasselijkheid van de figuur van *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, maar wanneer de toepassingsvoorwaarden van de buitencontractuele aansprakelijkheid vervuld zijn, is er geen twijfel aan dat een rechtstreekse aanspraak in bepaalde omstandigheden voorhanden is net zoals in het Nederlandse recht of het Engelse recht. Vanuit de bekommernis om het contractuele evenwicht te bewaren, is in de drie genoemde stelsels als tegengewicht voor de erkenning van een rechtstreekse aanspraak ruimte vrijgemaakt voor een ruimere doorwerking van contractuele clausules op buitencontractueel vlak, ook in het Engelse recht waar de *privity* nochtans zo heilig is.

Uit de analyse blijkt dat de bekommernis om het contractueel evenwicht te bewaren geenszins rechtvaardigt dat een hoofdopdrachtgever tegen de uitvoeringsagent geen rechtstreekse aanspraak zou kunnen laten gelden. Het feit dat er *mogelijks* in het hoofd- of ondercontract een exoneratiebeding zou zijn gelast, volstaat niet.

Uit de rechtsvergelijkende benadering volgt dan ook dat het Hof van Cassatie in Europa (althans in de bestudeerde rechtssystemen) alleen staat met zijn theorie van quasi-immuniteit (net zoals eerder al is aangetoond

dat de samenlooptheorie ook door de meesten, behalve grote broer Frankrijk, niet wordt gedeeld).

653. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent kan ook van binnen uit het Belgische rechtssysteem een kort leven beschoren zijn. De vraag is met name of de beperking van aanspraken tegen de uitvoeringsagent met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel verenigbaar is. Vooral bij de alles-of-niets benadering in het geval van de bouwheer en de onderaannemer is de vraag prangend: komt het evenredigheidsbeginsel niet in het gedrang wanneer de onderaannemer tegen de bouwheer steeds een rechtstreekse vordering kan richten, terwijl de bouwheer praktisch gezien enkel bij een strafrechtelijke daad van de onderaannemer deze rechtstreeks kan aanspreken.

654. Geïnspireerd door het Engelse en vooral het Nederlandse voorbeeld en gesterkt door enkele vooraanstaande auteurs zoals Viney, Van Ommeslaghe en Dieux die de idee niet ongenegen lijken te zijn, hebben we ten slotte een (aanzet tot) alternatief voorstel uitgewerkt, waarin we niet langer uitgaan van een principiële onmogelijkheid voor de hoofdpdrachtgever om de uitvoeringsagent aan te spreken, maar tegelijk rekening houden met de legitieme bekommernis om het contractuele evenwicht niet te verstoren.

De afbakening van de rechtstreekse aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent wordt aan de hand van twee traditionele toepassingsvoorwaarden van de delictuele aansprakelijkheid doorgevoerd: de fout en de schade.

In het kader van de fout wordt, zoals in het positieve recht, beklemtoond dat een zuiver contractuele fout de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent niet in het gedrang brengt. Eigenlijk grijpen we in eerste instantie opnieuw naar de algemene coëxistentietheorie terug, in de zin dat een afzonderlijke buitencontractuele fout (naast het voldaan zijn van de schadevereiste) volstaat om de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels toe te passen.

In de context van samenhangende overeenkomsten kan het foutbegrip het best aan de hand van het reeds door anderen uitgewerkte beginsel van de eerbied voor gerechtvaardigde verwachtingen goede diensten leveren. Wanneer de hoofdpdrachtgever er op een gerechtvaardigde wijze op kan rekenen dat de uitvoeringsagent bij de uitvoering van zijn overeenkomst niet alleen met de belangen van de hoofdschuldenaar maar ook met die van de hoofdpdrachtgever rekening houdt, dan handelt de uitvoeringsagent foutief wanneer hij voor die gerechtvaardigde verwachtingen geen eerbied opbrengt.

Vanuit dit beginsel is het ook begrijpelijk dat de uitvoeringsagent als verweer tegen de rechtstreekse aanspraak van de hoofdopdrachtgever in beperkte mate een exoneratieclausule uit zijn eigen overeenkomst (die van de uitvoeringsagent) kan inroepen. Het voorhanden zijn van een dergelijke clausule kan er met name toe leiden dat de verwachting van de hoofdopdrachtgever niet langer gerechtvaardigd is te noemen. De invulling hiervan zal afhangen van de omstandigheden van elk individueel geval. Toch blijft het beginsel dat een exoneratiebeding enkel geldt wanneer het effectief is aanvaard, zodat die doorwerking tegen derden de uitzondering moet blijven.

In het kader van het schadebegrip kan dan weer de doorwerking van een exoneratiebeding uit de overeenkomst van de aanspraakmakende hoofdopdrachtgever worden verantwoord vanuit een welbegrepen risicobeginsel. Een dergelijk beding kan inderdaad betekenen dat de hoofdopdrachtgever de kans op schade volledig zelf wou dragen. Dit hoeft evenwel niet zo te zijn. Het risicobeginsel op zich houdt niet het antwoord in op wie een risico rust, want dit zou enkel op een *petitio principii* neerkomen. Het is immers wel mogelijk dat een hoofdopdrachtgever ten aanzien van de hoofdschuldenaar een exoneratiebeding aanvaardt, in de overtuiging en de verwachting dat hij bij geval van schade de uitvoeringsagent wel nog kan aanspreken. In dat geval heeft hij het risico enkel in zijn relatie met de hoofdschuldenaar op zich genomen. Opnieuw zal het onderzoek of hij het risico op zich heeft genomen (en dus al dan niet schade heeft geleden), in grote mate afhangen van de omstandigheden van het geval.

Bij een praktische toepassing van beide vereisten (fout en schade) zal er vanzelfsprekend een nood zijn aan een meer concrete invulling. Daarvoor kunnen we putten uit zowel de factoren – in de zin van algemene, maar toch al gedetailleerde richtlijnen die ook voor toekomstige gevallen een redelijke oplossing kunnen bieden – van het huidige recht als de reeds uitgebreid bestaande rechtspraak uit het buitenland, zoals de idee van de vergeldende rechtvaardigheid, de strekking van de overeenkomst, het plegen van een misdrijf of bedrog, de nauwe samenhang van de prestatie met de persoon van de derde, het bestaan van een wettelijk opgelegde verplichting, ... Die factoren kunnen slechts door een geleidelijke rechtsontwikkeling hun concrete invulling krijgen. Daarenboven mogen ze niet doen vergeten dat ieder concreet geval een afwegingsproces zal vergen, zoals dit in het kader van art. 1382-1383 B.W. steeds het geval is.

LIJST VAN AFKORTINGEN

Voor Belgische bronnen gebeurt de afkorting volgens V&A, voor buitenlandse bronnen een afkorting die toelaat gemakkelijk de vindplaats te vinden.

Belgische tijdschriften

<i>A.A.</i>	Arresten Arbitragehof
<i>A.F.T.</i>	Algemeen Fiscaal Tijdschrift
<i>A.J.T.</i>	Algemeen Juridisch Tijdschrift
<i>Act. dr.</i>	Actualités du droit
<i>Ann. dr. Liège</i>	Annales de droit de Liège
<i>Ann. dr. Louvain</i>	Annales de droit de Louvain
<i>Arr. Cass.</i>	Arresten van het Hof van Cassatie
<i>Arr. Verbr.</i>	Arresten van het Hof van Verbreking
<i>Bank Fin.</i>	Bank- en Financieuzen (Revue de la banque)
<i>B.J.</i>	Belgische Jurisprudentie
<i>B.R.H.</i>	Belgische Rechtspraak in Handelszaken (Jurisprudence commerciale de Belgique)
<i>B.S.</i>	Belgisch Staatsblad
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
<i>Cah. dr. jud.</i>	Cahiers du droit judiciaire
<i>D.C.C.R.</i>	Consumentenrecht
<i>De Verz.</i>	Tijdschrift voor verzekeringen
<i>E.R.P.L.</i>	European Review of Private Law
<i>Eur. Vervoerr.</i>	Europees Vervoerrecht
<i>J.D.S.C.</i>	Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales
<i>J.L.M.B.</i>	Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
<i>J.T.</i>	Journal des Tribunaux
<i>Jur. Comm. Brux.</i>	Jurisprudence commerciale de Bruxelles
<i>Jura Falc.</i>	Jura Falconis. Juridisch wetenschappelijk studententijdschrift
<i>Limb. Rechtsl.</i>	Limburgs Rechtsleven
<i>Pas.</i>	Pasicrisie
<i>Rec. gén. enr. not.</i>	Recueil général de l'enregistrement et du notariat
<i>R. Cass.</i>	Recente Arresten van het Hof van Cassatie
<i>R.C.J.B.</i>	Revue Critique de Jurisprudence Belge
<i>Res Jur. Imm.</i>	Res et Jura Immobilia. Driemaandelijks Tijdschrift van zaken- en bouwrecht
<i>Rev. not. B.</i>	Revue du notariat belge

<i>Rev. prat. soc.</i>	Revue pratique des sociétés civiles et commerciales
<i>R.G.A.R.</i>	Revue Générale des Assurances et des Responsabilités
<i>R.H.A.</i>	Rechtspraak van de Haven van Antwerpen
<i>R.P.D.B.</i>	Répertoire Pratique du Droit Belge
<i>R.R.D.</i>	Revue Régionale du Droit
<i>R.W.</i>	Rechtskundig Weekblad
<i>S.E.W.</i>	Sociaal Economische Wetgeving
<i>T. Aann.</i>	Tijdschrift voor Aannemingsrecht
<i>T. Agr. R.</i>	Tijdschrift voor Agrarisch Recht
<i>T.B.B.R.</i>	Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht (R.G.D.C.)
<i>T.B.H.</i>	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht
<i>T. Gez.</i>	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
<i>T.G.R.</i>	Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak
<i>T. Not.</i>	Tijdschrift voor Notarissen
<i>T.P.R.</i>	Tijdschrift voor Privaatrecht
<i>T.R.D. & I.</i>	Tijdschrift Rechtsdocumentatie en –informatie
<i>T.R.V.</i>	Tijdschrift voor Rechtspersonen en Vennootschappen
<i>Verkeersrecht</i>	Verkeersrecht. Jurisprudentie

Franse tijdschriften

<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation chambres civiles
(civ. I)	première chambre civile
(civ. II)	deuxième chambre civile
(civ. III)	troisième chambre civile
(com.)	chambre commerciale et financière
(soc.)	chambre sociale
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
Chron.	Chronique
Jur.	Jurisprudence
Lég.	Législation
IR	Informations Rapides
Somm.	Sommaires commentés
Éd. G / Affaires,	édition général / des affaires
<i>D.M.F.</i>	Le droit maritime français
<i>D.P.C.I.</i>	Droit et pratique du commerce international
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>J.C.P.</i>	Juris-classeur périodique (La Semaine juridique)
I	Doctrine
II	Jurisprudence
III	Textes

IV	Tableaux/Sommaires de jurisprudence
Ed. E.	Edition Entreprise et Affaires
R.C.A.	Responsabilité civile et assurances
<i>Rép. Not. Defrénois</i>	Répertoire du Notariat Defrénois
<i>Res Jur. Imm.</i>	Res Jura Immobilia
<i>Rev. Arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. Trim. Dr. Civ.</i>	Revue Trimestrielle de Droit Civil
S.	Sirey

Engelstalige tijdschriften

A.C.	Appeal Cases
<i>Ch.(D.)</i>	Law reports. Chancery division and on appeal therefrom in the court of Appeal and decisions in the court of protection
<i>C.L.J.</i>	Cambridge law journal
<i>Q.B.</i>	Law reports. Queen's bench division
<i>Law Quart.</i>	Lloyd's maritime and commercial law quarterly
<i>L.Q.R.</i>	Law Quarterly Review
<i>Mod.L.R.</i>	Modern Law Review
P.2d	Pacific Reporter. Second Series
<i>W.L.R.</i>	Weekly Law Reports

Duitse tijdschriften

<i>AcP</i>	Archiv für die civilistische Praxis
<i>B.G.H.Z.</i>	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
<i>J.Z.</i>	Juristenzeitung
<i>N.J.W.</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>R.G.Z.</i>	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
<i>VersR</i>	Versicherungsrecht

Nederlandse tijdschriften

A.A.	Juridisch studentenblad Ars Aequi
<i>N.J.</i>	Nederlandse Jurisprudentie
<i>N.J.B.</i>	Nederlands Juristenblad
<i>N.T.B.R.</i>	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
<i>RM Themis</i>	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
<i>S. en S.</i>	Schip en Schade
<i>W.P.N.R.</i>	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Europese tijdschriften

<i>Eur. Rev. Priv. Law</i>	European Private Law
<i>Jur. H.v.J.</i>	Jurisprudentie van het Hof van Justitie
I	Hof van Justitie
II	Gerecht van eerste aanleg
<i>PB. L.</i>	Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen – Wetgeving

Andere afkortingen

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
APR	Algemene Praktische Rechtsverzameling
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (D)
BGB n.F.	BGB neue Fassung (D)
BGH	Bundesgerichtshof (D)
Cass.	Hof van Cassatie (B)
Cass. fr.	Cour de Cassation (Fr)
civ. I, II, III	(première, deuxième, troisième) Chambre civile
com.	Chambre commerciale
soc.	Chambre sociale
crim.	Chambre criminelle
ch. réun.	Chambres réunies
ass. plén.	Assemblée plénière
req.	Chambre des requêtes
Ch.D.	Chancery Division of the High Court (GB)
Compl.	Compléments
ed.	editor
H.L.	House of Lords (GB)
J.Cl. (Civ.)	Jurisclasseur (Civil Code) (Fr)
Encycl.D. (civ.)	Encyclopédie Dalloz (Répertoire de droit civil) (Fr)
HR	Hoge Raad (N)
JBB	Jeune Barreau de Bruxelles
JBL	Jeune Barreau de Liège
N.N.B.W.	Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek (N)
nr.	nummer
nrs.	nummers
o.c.	opere citato
OR	Obligationenrecht (Zw)
p.	pagina
Pand. B.	Pandectes belges
P.C.	Privy Council (Common law)

P.U.	Presses Universitaires
Q.B.D.	Queen's Bench Division of the High Court (GB)
Rép. Not.	Répertoire notarial
rov.	rechtsoverweging
tw.	trefwoord
U.	University
UP	Universitaire Pers
Vgl.	Vergelijk met
Vsd	Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

LIJST VAN VERKORT GECITEERDE WERKEN

I. BELGIË

A. Algemeen

- Les effets du contrat à l'égard des tiers* M. FONTAINE, J. GHESTIN (eds.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Parijs, L.G.D.J., 1992, 464 p.
- L. CORNELIS, *Beginselen (Principes)* L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 744 p. (L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, Brussel, Bruylant, 1991, 779 p.).
- L. CORNELIS, *Algemene theorie* L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997 p.
- H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid* H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid. Rechtsvergelijkend onderzoek naar Belgisch, Frans, Nederlands, Duits, Amerikaans, Engels en Europees recht*, Brussel, Bruylant, 1978, 441 p.
- H. DE PAGE, *Traité, I/II/III/IV/V* H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, I, Introduction – Théorie générale des droits et des lois – Les personnes – La famille*, 1961, 1367 p., II, *Les incapables – Les obligations*, 1964, 1196 p., III, *Les obligations*, 1967, 1185 p., IV, *Les principaux contrats*, 1972, 1108 p., V, *Les principaux contrats usuels*, 1975, 1167 p., Brussel, Bruylant.
- X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui* X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Brussel, Bruylant, 1995, 286 p.
- X. DIEUX, "Les chaînes et groupes de contrats" X. DIEUX, "Les chaînes et groupes de contrats en droit belge – pour un retour aux sources!", in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Brussel, Bruylant, 1994, 109-151.
- E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen* E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maklu, 1984, 318 p.

- E. DIRIX, "Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen"
- L. FREDERICQ, *Handboek*, I
- J. LIMPENS, "Responsabilité du contractant envers les tiers"
- E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*
- C. PAUWELS, *Hulppersonen of uitvoeringsagenten*
- W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*
- W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*
- W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*
- P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution des contrats de services par autrui"
- J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*
- J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes*, IV
- T. VAN SWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*
- E. DIRIX, "Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen", in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 341-356.
- L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, I, Brussel, Bruylant, 1976, 702 p.
- J. LIMPENS, "Responsabilité du contractant envers les tiers du chef de la violation du contrat", *R.D.I.C.* 1954, 98-108.
- E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Namen, PU Namur, 1998, 564 p.
- C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten. Rechtsvergelijkende studie van het beginsel, zijn draagwijdte en enkele toepassingen*, Antwerpen, Maklu, 1995, 482 p.
- W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in R. DILLEMANS, W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, Story, 1987, 519 p.
- W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 969 p.
- W. VAN GERVEN, S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 459 p.
- P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution des contrats de services par autrui", in X, *Les contrats de service*, Brussel, JBB, 1994, 237-279.
- J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, Parijs, Sirey, 1935, 362 p.
- J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 885 p.
- T. VAN SWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 947 p.

B. Overzichten van rechtspraak

- R. KRUIHOF, "Overzicht", *T.P.R.* 1983
- R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, "Overzicht", *T.P.R.* 1994
- H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK "Overzicht", *T.P.R.* 1980
- H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, "Overzicht", *T.P.R.* 1987
- H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, "Overzicht", *T.P.R.* 1995
- H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, "Overzicht", *T.P.R.* 2000
- R. KRUIHOF, "Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen", *T.P.R.* 1983, 495-717.
- R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen", *T.P.R.* 1994, 171-721.
- H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, P. HAMELINK, "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1964-1978", *T.P.R.* 1980, 1139-1475.
- H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1979-1984", *T.P.R.* 1987, 1255-1615.
- H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1985-1993", *T.P.R.* 1995, 1115-1535.
- H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999", *T.P.R.* 2000, 1551-1955.

II. FRANKRIJK

- M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*
- J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*
- J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*
- J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*
- P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Responsabilité*
- M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Parijs, L.G.D.J., 1996, 360 p.
- J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1994, 915 p.
- J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Parijs, L.G.D.J., 1981, 340 p.
- J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité)*, thesis Parijs II, dactyl., 1978, 722 p.
- P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Parijs, Dalloz, 1998, 1046 p.

- P. MALAURIE, L. AYNES, *Les obligations* P. MALAURIE, L. AYNES, *Les obligations*, in P. MALAURIE, L. AYNES (eds.), *Droit civil*, Parijs, Cujas, 1999 (10de ed.), 834 p.
- P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Contrats spéciaux* P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Contrats spéciaux*, in P. MALAURIE, L. AYNES (eds.), *Droit civil*, Parijs, Cujas, 1999 (13de ed.), 721 p.
- H. en L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations. Théorie générale* H. en L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, Parijs, Montchrestien, 1991 (8ste ed.), 1355 p.
- J. NÉRET, *Le sous-contrat* J. NÉRET, *Le sous-contrat*, Parijs, L.G.D.J., 1979, 388 p.
- M. STORCK, *La représentation* M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Parijs, L.G.D.J., 1982, 270 p.
- B. TEYSSIÉ, *Groupes de contrats* B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, Parijs, L.G.D.J., 1975, 328 p.
- G. VINEY, *Conditions* G. VINEY, *Les conditions de la responsabilité*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1998 (2de ed.), 1226 p.
- G. VINEY, *Introduction* G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1995, 741 p.
- A. WEILL, *La relativité* A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, Parijs, Dalloz, 1939, 1062 p.

III. DUITSLAND

- W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter* W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter. Neuere Dogmengeschichte – Anwendungsbereich – Dogmatische Strukturen*, Tübingen, Mohr, 1995, 436 p.
- J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis* J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung. Pflichten und Strukturen. Drittwirkungen*, Tübingen, Mohr, 1989, 827 p.
- H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht* H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht, I, Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages. Die Beteiligung Dritter am Vertrag*, Tübingen, Mohr, 438 p.
- H. KÖTZ, *European Contract Law* H. KÖTZ, *Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, in H. KÖTZ en A. FLESSNER, *European Contract Law, I*, Oxford, Clarendon, 1997, 286 p. (vertaling T. WEIR).

- K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*
 B.S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, *The German Law of Contracts and Restitution*
 B.S. MARKESINIS, *The German Law of Torts*
 M. ROHE, *Netzverträge*
 P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*
 C. VON BAR, *Europäisches Deliktsrecht*
 C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*
 K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*
- K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, Beck, 1987, 668 p.
 B.S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, *The German Law of Obligation, I, The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford, Clarendon, 1997, 942 p.
 B.S. MARKESINIS, *The German Law of Obligations, II, The Law of Torts: a Comparative Introduction*, Oxford, Clarendon, 1997 (3rd ed. With corrections and additions), 1016 p.
 M. ROHE, *Netzverträge. Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen*, Tübingen, Mohr, 1998, 542 p.
 P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, Mohr, 1994 (2de ed.), 357 p.
 C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, I*, München, Beck, 1996 (1st ed.), 704 p.
 C. VON BAR, *The Common European Law of Torts, I, The Core Areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its Accommodation in the Legal System*, München, Beck, 1998, 661 p.
 K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon, 1998 (3rd ed.), 714 p. (vertaling T. WEIR)

IV. ENGLAND

- Chitty on Contracts*, I, II
Clerk & Lindsell on Torts
 JACKSON & POWELL, *Professional Negligence*, 1997
 LAW COMMISSION, *Privity*
 B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*
- A.G. GUEST (gen. ed.), *Chitty on Contracts*, I, *General Principles*, 1994, 1580 p., II, *Specific Contracts*, 1994, 1365 p., Londen, Sweet & Maxwell.
 M.R. BRAZIER (gen. ed.), *Clerk & Lindsell on Torts*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995 (17th ed.).
 R.M. JACKSON, J.L. POWELL (eds.), *Jackson & Powell on Professional Negligence*, Londen, Sweet & Maxwell, 1997, 971 p.
 LAW COMMISSION, *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties* (No. 242), Londen, The Stationery Office, 1996, 194 p.
 B.S. MARKESINIS, S.F. DEAKIN, *Tort Law*, Oxford, Clarendon, 1994 (3rd ed.), 758 p.

- F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency* F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead on Agency*, Londen, Sweet & Maxwell, 1985, 559 p.
- W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz* W.V.H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz on Tort*, Londen, Sweet & Maxwell, 1998 (15th ed.), 922 p.
- J. STAPLETON, *Alternative opportunities for deterrence* J. STAPLETON, "Duty of Care: Peripheral Parties and Alternative Opportunities for Deterrence", (1995) 111 *L.Q.R.*, 301-345.
- J. STAPLETON, *Economic Loss: a Wider Agenda* J. STAPLETON, "Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda", (1991) 107 *L.Q.R.*, 249-297.
- G.H. TREITEL, *The Law of Contract* G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995 (9th edn.), 973 p.
- T. WEIR, *A Casebook on Tort* T. WEIR, *A Casebook on Tort*, Londen, Sweet & Maxwell, 1996 (8th edn.), 681 p.
- S. WHITTAKER, "French Experience" S. WHITTAKER, "Privity of Contract and the Law of Tort: the French Experience", (1995) 15 *O.J.L.S.*, 326-370.
- S. WHITTAKER, "Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions" S. WHITTAKER, "Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions", (1996) 16 *O.J.L.S.*, 191-230.

V. NEDERLAND

- ASSER-HARTKAMP, II/III A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, I, *De verbintenis in het algemeen*, 1996, 658 p., II, *Algemene leer der overeenkomsten*, 1997, 575 p., III, *De verbintenis uit de wet*, 1998, 383 p., in *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Tjeenk Willink.
- ASSER-KAMPHUISEN, *Bijzondere overeenkomsten*, III P.W. KAMPHUISEN, III, *Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 647 p.
- ASSER-VAN DER GRINTEN W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, I, *De vertegenwoordiging*, in *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 178 p.
- J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden* J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden* (*Mon. Nieuw BW B-57*), Deventer, Kluwer, 1995, 63 p.
- C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten* C.E. DU PERRON, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten. Derdenwerking van overeenkomsten: een Franse les over de contractueel betrokken derde?*, Deventer, Kluwer, 1996, 76 p.

- C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden* C.E. DU PERRON, *Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking*, Deventer, Kluwer, 1999, 448 p.
- K.F. HAAK, R. ZWITSER, *Opdracht aan hulppersonen* K.F. HAAK, R. ZWITSER, *Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer*, Arnhem, Gouda Quint, 1999, 563 p.
- J.M. SMITS, *Het vertrouwensbeginsel* J.M. SMITS, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid. Beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 363 p.
- H.L.E. VERHAGEN, *Agency* H.L.E. VERHAGEN, *Agency in Private International Law. The Hague Convention on The Law Applicable to Agency*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, 460 p.

TREFWOORDENLIJST

De nummers verwijzen naar de randnummering; “vn” betekent een verwijzing naar een voetnoot.

A

Aaneengeschakelde overeenkomst, zie Samenhangende overeenkomst

Aangestelde, zie Aansprakelijkheid aangestelde

Aanneming, zie Aansprakelijkheid aannemer, zie Uitvoeringsagent

Aanneming/Koop: vn. 1594, 432

Aanneming/Lastgeving: 405, 407

Aansprakelijkheid

- aannemer: 38, 240, 530
- advocaat: 12, 54, 170, 244, 249, 403-405, 530
- ambtenaar: 3, 604
- architect: 5, 38, 54, 170, 194, 236, 245
- bedrijfsrevisor: 120, 132
- bestuurder: 10-11, 38, 485
- certificatieautoriteit: 12, 541
- gerechtsdeurwaarder: 170, 240-241, 244, 249, 253, 403-405
- landmeter: 38, 113
- studie bureau: 5, 194, 236, 240
- tienjarige: 429, 435
- vastgoedmakelaar: 120, 233
- werknemers: 551

Aansprakelijkheid derde en invloed op aansprakelijkheid contractpartij: vn. 2040 en 2043

Aansprakelijkheid, zie buitencontractuele -, contractuele -, objectieve -, precontractuele -, postcontractuele -, product -, professionele -

Aard van schade: vn. 282, 69

Accessorium sequitur principale - zie Accessoriumtheorie

Accessoriumtheorie: 87, 96, 142, 182, 368, 409-460, 607, 609

- aard van contracten: 426-438
- buitencontractuele aansprakelijkheid: 423, 433, 439-440
- doorwerking: 441-444, 447
- en belang rechtsvoorganger: 421
- gelijkheidsbeginsel: 432
- onderscheid met rechtstreekse vordering: 417
- overdracht van last/verplichting: 425, 446

Action directe, zie Rechtstreekse vordering

Advies: 149

Advocaat, zie Aansprakelijkheid - advocaat

Afbakening boek: 7-20

Agency/Agentuur: vn. 1461

Aidszaken: 277

Ales-Peratis: 596

Alles of niets: 602, 604

Alter ego, zie Instrument

Alternative means of protection: 565
Anatocisme: 73
Anns v. Merton: 563, 569, 572
Anspruchs(normen)konkurrenz: 55
Anti-circumvention principle: 565, 582
Arbitragebeding en aard van aansprakelijkheid: 71
Architect, zie Aansprakelijkheid – architect
Art. 1119 B.W.: 260, 262, 328
Art. 1122 B.W.: vn. 373, 181-182, 283, 413-416, 420
Art. 18 W.A.O.: 3, 178
Assimilatie van contractuele en buitencontractuele fout: 35, 117, 464, 489-492, 531, 559
Atiba-arrest: 530

B

Bailment: 571, 584, 594-595
Balsamo v. Medici: 573
Bankoverschrijving: 402
Bankreglement en tegenstelbaarheid: 115
Bedrog
– bij sluiten van overeenkomst: 51
– bij uitvoeren van overeenkomst: 187, 202
Belang van anderen: 5-6, 36, 98, 125, 529
Benoemde uitvoeringsagent, zie Uitvoeringsagent – opgedrongen
Beschikkingsbeginsel: 81
Besmet bloed: 272, 277
Besse-arrest: 89, 277, 472-473
Bestuurder, zie Aansprakelijkheid – bestuurder
Betrekkelijkheid van overeenkomst, zie Relativiteit van overeenkomst
Bewaarneming: 554
Biakanya v. Irving: 596
Bijstand: 140
Bijzondere zorgvuldigheid door contract: 55
Billijkheid: 3, 182, 212, 270, 277, 385, 432
Binnenwirkung: 17, 462
Bipolair contractensysteem: 6
Bloedtransfusie, zie Besmet bloed
Boswachtersarrest: 101, 108
Breakdown -beginsel: vn. 2412
British Telecom: 579-580, 597
Bronnen van verbintenissen: 46, 61, 69
Buitencontractuele aansprakelijkheid
– Onderscheid met contractuele qua gevolgen: 71-81
– Onderscheid met contractuele materieel: 30
– Onderscheid met contractuele personeel: 31
– Onderscheid met contractuele temporeel: 32
– Openbare orde: 46-47
– Reikwijdte: 42-43

- Toepassingsvoorwaarden: 33-57
- Verschillen tussen rechtssystemen overzicht: 33

C

- Caparo Industries*: 563-564
 Carey: 592
 Carriage of Goods by Sea Act: 589
 Causaal verband: 15, 79
 Cessie: 86-87, 90, 100, vn. 467
 Circuitry of litigation: 350, 632
 Citronas-arrest: 538, 543, 558
 C.M.R.: 201
 Coëxistentie: 35-39, 119, 130, 136-137, 142, 146, 148, 193, 203-204, 480-496, 529-533, 559
 Coëxistentie factoren: 529
 Coherentie: 202-206, 604, 606
 Collateral contract: 54, 249, 386, 571, 597
 Collateral warranty: 448, 575, 580
 Commissie
 - algemeen: 306, 316-360
 - buitencontractuele aansprakelijkheid: 333, 359
 - faillissement: 326, 336
 - lastgeving: 315-318
 - onderlastgeving: 329
 - rechtstreekse betrekkingen: 322-341
 - rechtstreekse eigendomsoverdracht: 326, 343
 - redenen van bestaan: 307, 319
 - simulatie: 327
 - verschil naamgeving: 319
 - voorrecht: 326, 328, 335-336, 338
 Commissionair-expediteur/-vervoerder: vn. 1295, 399-401
 Compensatoire functie: 199
 Conceptueel/Functioneel: 24, 120, 183
 Confectiewerk: 602
 Confidentialiteitsclausule: 110
 Consideration: 95, 252, 448, 560
 Consumentenkoop – zie Richtlijn garantie consumentenkoop
 Contract en contact: 529
 Contractengroep: 67, 92, 96, 270, 276, 461-476, 600, 603, 606-610, 616, 632
 Contractpartij/belanghebbende: 309
 Contractpartij/derde, zie Partij/Derde
 Contracts (rights of third parties) Act 1999: 95, 560, 563, 575, 589, 594
 Contractoetreding: 86, 181, 303, 399, 467
 Contractueel betrokkene: 18, 89
 Contractuele aansprakelijkheid
 - onderscheid met buitencontractuele qua gevolgen: 71-81
 - onderscheid met buitencontractuele materieel: 30
 - onderscheid met buitencontractuele personeel: 32

- onderscheid met buitencontractuele temporeel: 31
- reikwijdte: 42-43
- toepassingsvoorwaarden: 29-32
- voor zaken: 78
- Contractuele procedure: 90
- Contractuele schade: 126, 486
- Contrat pour autrui: 303
- Cremers-arrest: 531
- Culpa in eligendo/instruendo/vigilando: 238, 248, 405
- Culpa levis/sima: 77
- Curaçao-arrest: 538, 545, 551, 558
- Curator, zie Uitvoeringsagent – curator

D

- Da mihi factum, dabo tibi ius: 81
- Decontractualisatie: 272
- Defective Premises Act 1972: 449, 569
- Delegation: 408
- Delictuele aansprakelijkheid, zie Buitencontractuele aansprakelijkheid
- Deontologische onmogelijkheid om overeenkomst uit te voeren: 194
- Derde – bij sluiten/uitvoeren van overeenkomst: 89, 122, 124, 184
- Derdebegrip: 18, 184
- Derdemedeplichtigheid: 5, 8, 107, 114, 143
- Derde/Partij: 84-92
- Derdenbeding
 - aard contract: 283
 - accessoir en causaal: 289
 - algemeen: 87, 95-96, 255-303, 600
 - arbitragebeding: 295
 - band contract – familie: 278
 - beginsel en uitzondering: 260, 263, 269
 - belang: 261-264
 - begunstigde derde/partij: 87, vn. 394, 257-258, 288
 - bevoegdheidsbeding: 296, 299-302
 - contractoetreding: 258, 303
 - doorwerking: 287-303
 - EEX-Verdrag/verordening: 302
 - gevolg: 287-291
 - hoedanigheid derde: 257
 - identiteit derde: 265
 - meerpartijenovereenkomst: 258, 303
 - met last: 303
 - moreel belang: 263
 - objectieve uitbreidingen: 270-286
 - oneigenlijk: 266
 - schadebeding: 297, 299-301
 - stilzwijgend: 181, 267
 - uitdrukkelijk: 268-269
 - vermoed: 269-286

- vertegenwoordiging: 252, 256-257
 - verzaking buitencontractueel: 275-276, 292-293, 296
 - voorwaarden: 261-267
 - zekerheden: 301
 - Derdenwerking – begrip: 18-19, 522
 - Deterrence: 529, 563, 565, 632
 - Dienst/Product: 65, 432
 - Disclosed but unnamed principal*: 347-350
 - Distributie: 312
 - Donoghue*: 37, 559, 563, 566
 - Doorgeefluik: 238-240, 529
 - Doorverkoop: 312-313
 - vgl. met kwalitatieve rechten: 313
 - Doorwerking
 - begrip: 19, 440, 465
 - factoren: 550
 - samenloop: 57
 - soorten: 20, 534 e.v.
 - tegen derden: 210-211, 526-558
 - tegenstelbaarheid: 117-118
 - theorie Viney: 298
 - Dritthaftung: 18
 - Drittschadensliquidation: vn. 1233, 344-345, 351, 504, 513
 - Drittwirkung, zie Derdenwerking
 - Dualisme contractueel en buitencontractueel: 68
 - Duits recht
 - Duty of care: 15, 33, 54, 561, 563-593, 638
- E**
- Economie van overeenkomst, zie Evenwicht van overeenkomst
 - Economische werkelijkheid, zie Realiteit
 - Eenheid van prestatie: 529
 - EEX-verdrag/verordening: 82, 274, 302, 455-459, 600
 - Elder Dempster*: 584
 - Erkenbaarheid der Drittbezogenheit: 509
 - Evenwicht van overeenkomst: 59, 118, 189, 197, 203, 208, 400, 408, 441, 477, 599, 609-612, 616, 631
 - Exoneratiebeding: 113
 - en aard van aansprakelijkheid: 71
 - en kwade trouw: 81, 187
 - Expeditiegevallen: 536
 - Expeditie-overeenkomst: 308, vn. 1496, 523-524, 553
 - Externe werking van overeenkomsten, zie Tegenstelbaarheid van overeenkomsten
- F**
- Factoren: 625
 - begrip: 3
 - soorten: 627-630

Feitenkwestie, zie Soevereiniteit feitenrechter – reikwijdte

Fictie: 21, 209, 271, 282, 304, 418

Flexibiliteit: 3

Floodgates: 562, 566

Fout

– begrip: 617-621

– gemengd, zie Gemengde fout

– zuiver contractueel, zie Zuiver contractuele fout

Functies, zie Preventieve -, Compensatoire –

Functies van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid: 68

G

Garantieverdrag: 451

Gegaste-uien-arrest: 538, 540

Gelijkheid van schuldeisers (art. 7-8 Hyp.W.): 207

Gelijkheidsbeginsel (art. 10-11 Gec. G.W.): 3, 59, 137, 202-206, 381-385, 400, 407, 432, 498, 604-608

Gemengde fout: 58

General Clause: 33, 58

Generalklausel, zie General Clause

Gerechtsdeurwaarder, zie Aansprakelijkheid – gerechtsdeurwaarder

Gerechtaardigde verwachtingen: 65, 95, 210-211, 615, 619-621, 631-643

Gran Gelato: 577

Greater Nottingham: 580

Groupes de contrats, zie Contractgroepen

Guidelines, zie Factoren

H

Haasje of jager: 542

Haftungsausschluß met Schutzwirkung für Dritte: 522

Handelen in naam van/ voor rekening van/ naamloos: 230, 308, 315, vn. 1410

Handelsvertegenwoordiger: 233

Hard and fast rule: 608

Harvey, zie *Norwich City*

Hedley Byrne: 54, 563, 586, 591

Henderson: 54, 82, 574, 576, 582

Herverzekering: 119

Himalayaclausule: 536, 543, 552, 583-590

Hoofdopdrachtgever, zie Hoofdschuldeiser

Hulppersoon, zie Uitvoeringsagent

I

Identificatietheorie: vn. 659, 157, 186-188, 211

Implied Contract: 571

Inbreuk op goede zeden: 33

Inbreuk op subjectieve rechten, zie Rechtsinbreuk

Indirecte schade: 127

Ingebrekestelling: 73

Inspanningsverbintenis: 77
 Instrument (feitelijk/juridisch): 151, 187-188
 Interessesverteerter/Stellvertreter: 249
 Interne werking van overeenkomst, zie Relativiteit van overeenkomst
 Isolierglassfall: 515

J

J'Airz Corp.: 596
 Judicial activism/restraint: 26, 544
Junior Books: 516, 570, 572, 574, 576, 580, 591-592, 596
 Jura novit curia: 81

K

Kelderluikarrest: 618
 Kettingstructuur: 197
 Konijnenschade-arresten: 604
 Koop

- Europese richtlijn consumentenkoop: zie Richtlijn garantie consumentenkoop
- ketting: 142

 Koop/aanneming, zie Aanneming/Koop
 Koopketting, zie Ketting van koopovereenkomsten
 Kortsluiting in contractuele verhoudingen: 493
 Kwalitatieve rechten

- Algemeen: 87, 182, 207, 409-460
- Onderscheid met buitencontractuele aanspraak: vn. 93

L

Landmetersarrest: 113, 173, 192, 269, 286, 497
 Lastgeving

- begrip: 315
- bevoegdheidsoverschrijding: 150
- met vertegenwoordigingsbevoegdheid: 318
- zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid: 311, 318

 Lasthebber: 388
Learned Hand: 618
Leistungsnähe: 509
 Licentie: 312
 Lidmaatschap vennootschap en relativiteit: 105
 Liftongeval: 38, 148
 Limpens: 38
 Limpens-Meinertzhagen: 182
 Logica: 184
 Louter contractuele fout/schade, zie Zuiver contractuele fout/schade
 Lusten en lasten: 336, 338, 425, 628

M

Maatwerk: 602, 629
 Makelaar: vn. 1316

Marc Rich: 564, 579, 581
Meerpartijenovereenkomst: 86-87, 288, 303, 377, 467
Methode: 22
Middelenverbintenis, zie Inspanningsverbintenis
Midland Silicones: 584-585, 594, 597
Minderheidsvordering: 110
Minnelijke expertise en relativiteit: 105, 112, 193
Misdrijf: 49-50
Moffenkit-arrest: 531, 538-539
Moksel-arrest: 254, 557
Monopoliepositie: 529
Montero: 182
Mooijman-arrest: 532, 640
Muirhead: 568, 570, 572, 580, 590-591
Müller-Thomsonarrest, zie Stuwadoorsarresten – België
Murphy: 569-570

N

Naamlening
– begrip: 316
– geoorloofd: 317
– rechtstreekse betrekkingen: 306, 323-324
– simulatie: 323-324
– verschil met commissie: 319
– verschil met lastgeving: 315-318
Nalatige antiquairsarrest: 148
Negatief contractsbelang: 80, 126-127
Negligent misrepresentations: 54, 507, 563
Neighbour principle: 563
Nemo alteri stipulari potest: 260, vn. 203
Nemo plus juris: 324, 425
Network contract: vn. 2412
Nevenaanneming: 163, 495
Nitrierofenfall: 514, 520
Non-discriminatie, zie Gelijkheidsbeginsel
Norwich City Council v. Harvey: 578-579, 597
Numerus clausus van zakelijke rechten: vn. 467, vn. 1398, 438

O

Objectieve aansprakelijkheid: zie Uitvoeringsagent – objectieve aansprakelijkheid
Obligation de sécurité, zie Veiligheidsverplichting
Omvang van schade: 529
Onbekwaamheid
– feitelijk: 243, 247
– opleiding: 245-247
– wettelijk: 244, 247, 254
Ondeelbaarheidsbeding: 116
Onderaanneming (art. 1798 B.W.): 371-386

Onderlastgeving (art. 1994, tweede lid B.W.): 180, 182, 239, 244, 250, 329, 387-408
 – aard contract: 391
 – onderlasthebber in tweede graad: 392
 – opgedrongen: vn. 1633, 402-405
 – vergelijking uitvoeringsagent: 400, 402, 405
 – versus twee opeenvolgende lastgevingen: 388, 391, 397
 – vertegenwoordiging/contractoetreding: 397
 Ongerechtvaardigde verrijking: 101, 106-108
 Onherroepelijkheidsbeding en relativiteit: 105, 112
 Onoverwinnelijke onwetendheid: 78
 Onzelfstandige overeenkomsten: 535, 542-545
 Oorzakelijk verband, zie Causaal verband
 Opdrachtovereenkomst: vn. 1485
 Open-ended liability: 13
 Orgaantheorie, zie Uitvoeringsagent – orgaan
 Overdracht, zie Cessie
 Overeenkomst met aannemer – relativiteit t.o.v. architect: 105
 Overeenkomst sluiten en algemene zorgvuldigheidsplicht: 99
 Overschrijving – zie Bankoverschrijving

P

Paardesprong: 551
Pacific Associates: 590
 Partij: 86, 90
 Partij/Derde: 84-92
 Partij bij verbintenis/overeenkomst: 87, 91
 Pauliaanse vordering: vn. 467
 Penitus extranei: 85
 Peripheral parties: 565
 Positief contractsbelang: 80, 126-127
 Positive Vertragsverletzung: 41
 Postcontractuele aansprakelijkheid: 31
 Precontractuele aansprakelijkheid: 140-141
 Preventieve functie: 198
Principles of European Contract Law: 22, 356
 Privity fallacy: 37, 196, 584
 Privity of Contract: 37, 95, 252, 560, 567
 Procedureel belang onderscheid contractueel/buitencontractueel: 75-76, 81
 Proceconomie: 122, 422
 Product/Dienst, zie Dienst/Product
 Productaansprakelijkheid: 16, 37-38, 63, 68, 82, 142, 272, 563
 Professionele aansprakelijkheid: 12, vn. 122, 65, 298, vn. 2033
 Professionele hoedanigheid: 529
 Proximity: 563-564, 582
 Publicity principle, zie Transparantiebeginsel
 Punitive damages: 604
 Pure economic loss, zie Zuivere vermogensschade

Q

- Quasi-immuniteit: 119-213
– begrip: vn. 5, 121
– toepassingsgebied; zie Uitvoeringsagent – Toepassingsgebied
Quasikontractliche Sonderrechtsbeziehung: 452

R

- Radio Modern-arrest: 530
Realiteit: 188, 241, 338, 351-352, 359, 432
Rechten van verdediging: 81
Rechtshandeling/materiële handeling: 151, 161, 180
Rechtshandeling/rechtsfeit: 100, 155
Rechtsinbreuk: 33
Rechtsopvolger
– algemene/onder algemene titel: vn. 373
– onder bijzondere titel: 87
Rechtstreekse contractband: 218, 277
Rechtstreekse vordering: 96, 181, 207, 361-408
– bilateralisering: 369, 370, 381, 394-405
– contractueel/ buitencontractueel: 366-367, 381
– doorwerking: 365, 406-407
– gelijkheidsbeginsel: 381-385, 400, 407
– grondslag: 364
– onderaanneming: 204, 371-386
– onderhuur: 370, 182
– onderlastgeving: 387-408
– onderscheid met accessoriumtheorie: 417
– onvolmaakt: 375, 380
– restrictieve interpretatie: 369, 394
– sensu stricto/sensu lato: 362, 368
– versus contracttoetreding: 397, 399, 402
– versus derdenbeding: 362
Rechtzekerheid: 3, 59, 95, 118, 120, 180, 212-213, 548, 637, 649
Rechtvaardigheid
– individuele, zie Billijkheid
– verdelende/vergeldende: 364, 422, 471, 639, 649
Redelijkheid en billijkheid: 546-547
Reflexwerking: 38, 529
Reiner Vermögenschaden, zie Zuivere vermögenschade
Reiscontract: 65, 270
Relativiteit van contractuele fout: 129
Relativiteit van onrechtmatige daad: 15, 33, 529, 638
Relativiteit van overeenkomst: 32, 93-118, 208-211, 534, 539, 560, 634
Revisor en uitvoeringsagent: 132
Reliance: 563, 565, 590
Remedies: 73
Res inter alios acta: vn. 425
Resultaatsverbintenis: 77

Richtlijn garantie consumentenkoop: 82, vn. 417, 460, 600, 606
 Risicobeginsel: 112, 115-116, 189-196, 208, 213, 248, 253, 400, 443, 474, 497, 500, 615,
 622, 629, 631, 641

S

Samenhangende overeenkomst – begrip: 9

Samenloop: 45-59

- coëxistentie: 34
- en bedrog: 51
- en doorwerking: 57
- en indirecte schade: 51
- en misdrijf: 49-50
- en objectieve aansprakelijkheid: 47
- en openbare orde: 81
- en professionele fout: 51
- en structuur van buitencontractuele aansprakelijkheid: 58
- en structuur van verbintenissenrecht: 46
- en subrogatie: 51
- en zware fout: 51

Samkha-arrest: 154, 157, 159, 179

Schade

- buitencontractueel/contractueel: 185
- voorzienbare: 73

Schade door weerkaatsing: 12, 14-15

Schadebeding – zie strafbeding

Schadebegroting en tegenstelbaarheid: 114

Schadevergoeding

- functie: 68
- volledig: 80

Scheepsagent: 152

Schijnmandaat: 86, vn. 370, 639

Schmerzensgeld: 518

Schutzbedürftigkeit: 509-510

Schutzbereich: 507, 510

Schutzgesetz: 33

Schutzpflicht: 278, 505

Securicor-arrest: 531, 538, 542, 556

Sigaar uit eigen doos: 536

Simaan General Contracting: 573, 574, 576, 580

Simulatie: 106, 323-324, 357

- conventionele theorie: 324

Slachtofferbescherming: 199

Soevereiniteit feitenrechter – reikwijdte: 15, 43-44, 86, 135, 230, 237, 253-254, 258, 264,
 267, 271, 304, 312, vn. 1425, vn. 1468, 388, 529, 530, 564

Smith v. Eric S. Bush: 577

Socialisering: 5

Spartan Steel: 563, 564

Specialisatie: 5

Spill-over effect, zie Doorwerking
Sponsoringovereenkomst en relativiteit: 105
Stille vennootschap: 306
Strafbeding: 114
Strafbeding en aard van aansprakelijkheid: 71
Stroman, zie Naamlening
Stroomonderbrekingsgevallen: 192
Structuur van overeenkomsten: 529, 535, 641
Structuur van verbintenissenrecht: 69, 465
Stuwadoor – begrip: 1
Stuwadoorsarresten
– België: 1, 122, 148, 163-164, 166
– Engeland: 252, 584 e.v.
– Nederland: 543
Subrogatie: 91, 100
Substitutie, zie Onderlastgeving
Subsumption-beginsel: vn. 2412
Sungreen-arrest: 538, 545

T

Tai Hing: 574
Technische onmogelijkheid om overeenkomst zelf uit te voeren: 194, 236
Tegenstelbaarheid van overeenkomst: 98-118, 207
– arbeidscontract: 106
– beperkingen: vn. 467, 106
– bewijs van ondergeschiktheid: 106-107
– dading: 106-107
– einde concessie: 106
– huurovereenkomst: 106
– subrogatieovereenkomst: 106
– waardeoordeel: 107
Tegenstelbaarheid van subjectieve rechten: 100-101
Tegenwerpelijkheid van overeenkomst, zie Tegenstelbaarheid
Tertium: 89, 298
Testamentfall: 12, 14
The Aliakmon: 592
The Eurymedon: 252, 585-586, 588, 592, 597
The Makhutai: 587-589, 595
The New York Star: 252, 587-588
The Pioneer Container: 595
Three stage test: 563
Toetreding, zie Contracttoetreding
Topoi, zie Factoren
Traditie: 26, 613-615, 639
Transferred loss claim: 448
Transparantiebeginsel: 344, 346, 351
Tussenpersoon: 140-141, 145, vn. 624, 233, 237-240
Tweede Ebesarrest: 146-147
Two stage test: 563

U

Uitvoering bij equivalent – functie: 68

Uitslagverbintenis, zie Resultaatsverbintenis

Uitvoeringsagent: 119-213

- aangestelde: 178
- aanneming: 119
- accessoire verbintenis: 172, 174-175
- advocaat: 119, 244
- architect: 170, 245
- bank: 119
- bedrog: 187
- begrip: 1, 89; 112, 119
- belang van kwalificatie van overeenkomsten: 164-165, 172
- chronologie van overeenkomsten: 173
- coëxistentie: 204 (zie ook Coëxistentie)
- contractgroep: 122
- contracttoetreding: 122
- contractuele aansprakelijkheid: 1, 121-122, 180-182, 610, 629
- curator: vn. 619
- derdemedeplichtigheid: 144
- derdenbeding: 122, 180, vn. 651, 610
- doorbreking van causaal verband: 190
- doorwerking: 182
- eigenlijke delegatie: vn. 768
- gelijkheidsbeginsel: 137
- gerechtsdeurwaarder: 119, 170
- hoofd- en onderovereenkomst: 203
- identiteit van verbintenissen: 146-147
- indirecte schade: 135
- insolventie: 195
- ketting van koopcontracten: 142
- lasthebber: 150-160, 402
- misdrijf: 133, 205
- nevenaanneming: 163
- noodzakelijke voorwaarde: 146-147
- objectieve aansprakelijkheid: 131
- onderlasthebber: 161, 180
- openbare orde: 134
- opgedrongen (benoemd): 168-171, 194
- orgaan: 153-160, 179
- precontractuele aansprakelijkheid: 140-141
- prototypes: 119
- rechtstreekse contractuele band: 162
- rechtstreekse vordering algemeen: 180
- rechtstreekse vordering onderaannemer: 204
- schade: 190, 192
- toepassingsgebied: 124, 138-179
- tweede graad: 175

- uitzonderingen op immuniteit: 133-135, 187, 205
- verband quasi-immuniteit met contractuele aansprakelijkheid voor uitvoerings-agent: 188, 203
- verband quasi-immuniteit met samenloop: 189
- vertegenwoordiging: 122, 140-141, 159, 180, 610
- voorbereidende handelingen: 146
- wetsinbreuk: 132
- zeevervoer: 119
- zijdelingse vordering: 121
- zware fout: 135

Undisclosed principal: 347-350, 353

V

Vastgoedmakelaar, zie Aansprakelijkheid – vastgoedmakelaar

Veiligheidsverbintenis: 41, 49, vn. 260, 63, 67, 125, 278, 506

Veinzing, zie Simulatie

Vennootschap – nexus of contracts: 10

Verbindende kracht en tegenstelbaarheid: 102

Verbintenis/Overeenkomst: 172, 466

Verbintenis/Verplichting – onderscheid: 30, vn. 1698

Verdwijningsleer: 47, 120, 125-130

Vereenzelviging, zie Identificatietheorie

Verfijningsleer: 47, 120, 125-130

Verjaring: 74, 82

- aard van aansprakelijkheid: 71

- gelijkheidsbeginsel: 3, 82

Verkeersongeval – Loi Badinter: 64

Verkokering van burgerlijk recht: 66

Vertegenwoordiging

- algemeen: 96, 229-254

- contractuele fouten: 153

- begrip: 232-233

- conventioneel: 153-160

- delictuele fouten: 154

- doorverkoop: 312-313

- economisch, zie feitelijk

- feitelijk: 186-188, vn. 974, 237, vn. 1292, 649

- gedelegeerde bevoegdheid: 234

- grondslag: 234

- Haags Verdrag: 355

- juridisch: vn. 974

- middellijk/onrechtstreeks: 86, 97, 306-360, 534, 601, 603

- onmiddellijk/rechtstreeks: 86, 229-254, 306, 311

- organiek: 153-160

- openlijk (extern): 311, 321, 341

- tegelijk in eigen naam: 230, 249, 328

- tussenpersoon – uitbreiding: 233

- UNIDROIT: 355

- uitvoeringsagent: 236
 - verborgen (intern): 311, 316, 321, 341
 - vergelijking middellijke vertegenwoordiging/doorverkoop: 313
 - (on)volmaakt: 318, vn. 1292, 335, 339
 - voorwaardelijk volmaakt: 318, 323
 - voorwaarden: 235
- Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte: 67, 71, 82, 96, 615
- Vertrauen*, zie Vertrouwensleer
- Vertrouwen: 5, 529
- Vertrouwensleer: 30, 106, 211-212
- Vervanging, zie Identificatietheorie en Vertegenwoordiging – feitelijke
- Vervoer
- bestemming en contractband: 274
 - goederen: 274
 - personen: 275-276
 - onderlastgeving: 332
 - zeevervoer: 109, 166, 523, 552-553
- Verzekering
- aard van aansprakelijkheid: 71, 200
 - accessoriumtheorie: 422
 - tegenstelbaarheid: 111
- Vicarious immunity: 584
- Vojvodina-arrest: 538, 543
- Voorrecht – in feite: 207
- Voorzienbaarheid: 529
- Vrijwaring en tegenstelbaarheid: 113-114
- Vuistregels, zie Factoren

W

- Weens koopverdrag: 454
- Wegenfondsarrest: 136-137, 204
- Werkelijkheid, zie Realiteit
- Wet-Breyne: 429
- Wettelijke interest: 73
- White v. Jones*: 563, 567, 572, 597
- Wilsleer: 30
- Wohl und Weh: 510

Z

- Zakelijke verbintenis: 100, 438
- Zelfstandige overeenkomsten: 535, 539-541
- Zuiver contractuele fout: 58, 125-130
- Zuiver contractuele schade: 125-130
- Zuivere vermogensschade (economische schade): 33, 38, 54, 58, 117, 507, 529, 561, vn. 2420, vn. 2480, 611

