

## Voordeel door een toerekenbare tekortkoming van een derde; geniet met mate!

Bb 2014/42

Wanneer is het genieten van voordeel uit een wanprestatie in een contractuele relatie waarbij men zelf geen partij is, onrechtmatig?

### 1. Inleiding

Het rechtsverkeer bestaat uit een web van belangen; het belang van contractspartijen over en weer, maar ook de belangen van derden. Een belangrijke regel in ons rechtssysteem is dat niet in strijd mag worden gehandeld met hetgeen men volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW). Onder deze (gedrags)norm valt dat men in het rechtsverkeer – onder omstandigheden – ook rekening dient te houden met belangen van derden. De Hoge Raad heeft op 28 maart 2014 (JN 2014/194, Bb 2014/42.1) een arrest gewezen waarin het kader van deze norm (nogmaals) duidelijk naar voren komt. Het arrest vormt een mooie aanleiding om kort stil te staan bij het leerstuk van het genieten van voordeel uit een wanprestatie die plaatsvindt in een contractuele verhouding waarbij men zelf geen partij is.

### 2. Profiteren van wanprestatie jegens een derde

Het uitgangspunt is dat ieder voor zich aan het rechtsverkeer deelneemt. In beginsel mag ieder dan ook zijn eigen belangen laten prevaleren boven die van derden. Dit betekent dat een persoon met een wederpartij mag handelen, ook al is hij ervan op de hoogte dat deze wederpartij daarmee zijn verbintenis jegens een derde schendt. Dit handelen van de persoon is slechts 'onder bijkomende omstandigheden' onrechtmatig jegens deze derde (HR 17 november 1967, NJ 1968/42 (Pos/Van den Bosch)).

Het beginsel dat een persoon voordeel mag genieten uit een wanprestatie van zijn wederpartij jegens een derde lijkt op twee uitgangspunten te steunen, namelijk (i) een contract bindt in beginsel slechts de contractspartijen aan rechten en verplichtingen, en (ii) de vrijheid van handel en bedrijf. Met andere woorden: in beginsel is een wanprestatie slechts een kwestie die de bewuste contractspartijen aangaat. Indien een partij bij nader inzien liever zijn huis aan een ander verkoopt, dan zal de derde (als eerste koper) in beginsel alleen de verkoper kunnen aanspreken voor de daardoor geleden schade. Dit is slechts anders in het geval van bijkomende omstandigheden.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het onrechtmatig profiteren van wanprestatie volgt dat

daarbij met name moet worden gedacht aan het geval dat de bevoordeelde partij een verkoopstelsel beconcurrereert door de producten via een wanpresterende distributeur te kopen of aan het geval dat de bevoordeelde partij een pand koopt terwijl hij weet dat het reeds aan een derde is verkocht.

### 3. Hoge Raad 28 maart 2014 (NJ 2014/194)

Aan het voorliggende arrest van de Hoge Raad ligt de volgende casus ten grondslag. X huurt sinds 1 januari 1990 een winkelruimte van A B.V. (hierna: A). De huurovereenkomst – althans het exemplaar van X – vermeldt op de achterzijde dat indien A (verhuurder) het pand wil verkopen, het pand eerst aan X (huurder) zal worden aangeboden (hierna: het voorkeursrecht).

Op 18 januari en 24 januari 2007 heeft A veertien panden, waaronder de winkelruimte, verkocht aan Joba Trust B.V. (hierna: Joba). Joba heeft vier van deze panden, waaronder de winkelruimte, vervolgens op 24 januari 2007 aan een andere partij (hierna: B) doorverkocht. Op 12 februari 2007 bericht A aan X dat de winkelruimte "per 23 februari 2007 is verkocht". Vervolgens is op 19 en 20 februari 2007 contact geweest tussen X (via zijn makelaar) en A waarbij door X een beroep is gedaan op het voorkeursrecht. In de ochtend van 20 februari 2007 hebben A en Joba hun koopakte met betrekking tot de veertien panden bij de notaris laten passeren. Deze koopakte vermeldt 23 februari 2007 als leveringsdatum. In de avond van 20 februari 2007 heeft A vervolgens uitsluitend de winkelruimte vervroegd aan Joba geleverd. Diezelfde avond heeft Joba de winkelruimte aan B geleverd. In een procedure heeft X gevorderd dat A (uit hoofde van wanprestatie) en Joba en B (uit hoofde van onrechtmatige daad) hoofdelijk worden veroordeeld om zijn schade ad € 425.000 te vergoeden.

De kantonrechter wijst de vordering jegens Joba en B af aangezien niet (voldoende) was gesteld of gebleken dat Joba en B ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomsten bekend waren met het voorkeursrecht van X. De kantonrechter overweegt dat Joba op het moment van levering (20 februari 2007) weliswaar bekend was met dit voorkeursrecht, maar zij zich op dat moment had verbonden om de winkelruimte te leveren aan B. Op de nakoming van deze leveringsverplichting van Joba jegens B rustte bovendien een "aanzienlijke boete". Volgens de kantonrechter gaat hetgeen Joba in het maatschappelijk verkeer jegens X betaamt niet zo ver dat zij diens belang bij het uitoefenen van zijn persoonlijke rechten jegens A zou moeten prevaleren boven haar eigen contractuele verplichtingen jegens B. Om die reden werd ook het meewerken van Joba aan de vervroegde levering niet als onrechtmatig handelen aangemerkt.

In hoger beroep is het hof echter een andere mening toegeedaan. Het hof overweegt dat Joba en B op 20 februari 2007 wisten van het voorkeursrecht van X en welbewust aan de

<sup>1</sup> Mr. I.I. van Tuyll van Serooskerken is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht.

wanprestatie van A hebben meegewerkt door de levering te vervroegen om eventuele beslaglegging te voorkomen. Het hof wijst op het grote belang van X – als langdurige huurder en gebruiker van de winkelruimte – en dat X erop mocht rekenen dat hij tot 23 februari 2007 zou hebben om maatregelen te nemen ter bescherming van zijn aanspraken. Daarbij hebben Joba en B volgens het hof, buiten hun belang bij nakoming, niets aangevoerd op grond waarvan het voor hen bezwaarlijk zou zijn geweest om tot 23 februari 2007 (de oorspronkelijke leveringsdatum) rekening te houden met het voorkeursrecht van X.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof. De Hoge Raad stelt voorop dat Joba bij het sluiten van de koopovereenkomst niet op de hoogte was van het voorkeursrecht van X. Om die reden stond het Joba vrij om, ook nadat zij alsnog van het voorkeursrecht op de hoogte raakte, nakoming van haar koopovereenkomst na te streven, ook door vervroeging van de levering. De Hoge Raad overweegt dat een zodanige handelwijze onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens personen die zoals X in hun voorkeursrecht worden gefrustreerd, waarbij met name gedacht moet worden aan een onevenredigheid tussen het belang van nakoming van de koopovereenkomst (van Joba) en het belang van nakoming van het voorkeursrecht (van X). Het hof had dergelijke omstandigheden niet aan zijn oordeel ten grondslag gelegd. Bovendien heeft Joba gesteld belang te hebben bij nakoming van de koopovereenkomst vanwege de boete die zij anders jegens B zou verbeuren. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof vanwege gebrekkige motivering en verwijst de zaak naar een ander hof.

#### 4. Analyse en conclusie

In dit arrest handhaaft de Hoge Raad het uitgangspunt dat het enkele feit dat een persoon bekend is met de wanprestatie van zijn wederpartij jegens een derde en daar voordeel van geniet, anders dan het hof in het onderhavige geval oordeelde, op zichzelf nog niet onrechtmatig is. Om dergelijk handelen als onrechtmatig aan te merken zijn bijkomende omstandigheden nodig.

Dit arrest sluit aan bij de lijn die eerder in de jurisprudentie is ingezet. Aan de hand van een kleine greep uit de jurisprudentie zijn de volgende ‘bijkomende omstandigheden’ af te leiden. Een partij die de wanprestatie jegens de derde heeft uitgelokt handelt onrechtmatig (*NJ 2005/513*). Een partij die, gebruikmakend van zijn bijzondere vertrouwenspositie, een schenking van een pand aanvaardt terwijl hij bekend is met de koopoptie van een derde en de aanzienlijke schade die deze daardoor lijdt, handelt onrechtmatig *NJ 1968/42 (Pos/Van den Bos)*). Een partij die profiteert van de wanprestatie van een distributeur, handelt onrechtmatig indien hij zich daardoor een voorschot verschafft op andere distributeurs die zich wel aan de verplichtingen in het distributiestelsel houden (*NJ 2010/187 (ARN/Multi Car c.s.)*).

Uit het voorliggende arrest, en uit de aangehaalde jurisprudentie, volgt dat bij de vraag of het onrechtmatig is om te profiteren van een wanprestatie jegens de derde, grote waarde wordt gehecht aan de vraag of de partij die als ge-

volg van de wanprestatie voordeel geniet, zijn belangen voldoende met de hem bekende belangen van de derde heeft afgewogen. Indien in deze belangenafweging het belang van de derde zwaarder behoorde te wegen, zal het profiteren van de wanprestatie in strijd met de zorgvuldigheid die men in het maatschappelijk verkeer betaamt worden geacht en daarmee onrechtmatig.

In het voorliggende arrest casseert de Hoge Raad de door het hof gemaakte belangenafweging. Het hof sloeg in zijn beslissing acht op de belangen van X bij het voorkeursrecht en diens mogelijkheid om tot 23 februari 2007 (het oorspronkelijk moment van levering aan Joba) rechtmaatregelen te nemen (zoals een conservatoir leveringsbeslag op de winkelruimte). Daartegenover plaatste het hof dat, anders dan het recht op levering, Joba geen belang had bij het vervroegen van de leveringsdatum naar 20 februari 2007. Kortom oordeelde het hof dat Joba het recht van X op levering (althans op de winkelruimte) had moeten laten prevaleren boven haar eigen recht op levering. De Hoge Raad oordeelt dat het hof bij deze belangenafweging, tegenover de belangen van X, ook de belangen van Joba bij het veiligstellen van haar recht op nakoming (door de levering te vervroegen werd immers een leveringsbeslag op de winkelruimte voorkomen) en het voorkomen van het verbeuren van een boete jegens B had moeten betrekken.

Zoals daarmee ook uit het voorliggende arrest volgt, is de bevoordeelde partij in de belangenafweging niet gehouden om zijn eigen belangen ondergeschikt te maken aan de belangen van de derde jegens wie is tekortgeschoten. Kortom, in het rechtsverkeer mag men – met mate – best een beetje egoïstisch zijn.