

Samenvatting

Inleiding

In de Nederlandse rechtsliteratuur heeft het onderwerp van overeenkomst en derden de afgelopen decennia behoorlijke aandacht gehad. Veel publicaties betreffen de vraag in hoeverre een derde rechten kan ontlenen aan een overeenkomst. Voor de omgekeerde vraag – in welke mate dient een derde bij zijn handelen andermans contract te respecteren? – is echter aanmerkelijk minder aandacht geweest. Met dit onderzoek is beoogd om in kaart te brengen en te verhelderen hoe het Nederlandse recht reageert op situaties waarin een derde betrokken is bij de frustratie van een overeenkomst en tevens om richtsnoeren aan te reiken voor de beslechting van toekomstige geschillen. Hiervoor is gebruik gemaakt van inzichten uit de buitenlandse rechtspraak, wetgeving en doctrine. De rechtsvergelijkende resultaten zijn vervolgens ook gebruikt om de elementen te identificeren waaruit een harmonisatiereguleer voor de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk zou moeten worden opgebouwd, wanneer deze zou worden ontwikkeld op basis van de gemeenschappelijke kern van de Europese rechtssystemen. Het onderzoek hoopt hiermee een bijdrage te leveren aan de discussie over de Europese harmonisatie van het privaatrecht.

Doel, onderzoeksvragen en onderzoeksmethode

De doelstelling van het onderzoek is tweeledig. In de eerste plaats is beoogd om mede aan de hand van de analyses van het Duitse, Franse, Engelse en Amerikaanse recht, de ratio en reikwijdte van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk naar Nederlands recht te verhelderen en eventuele leemten die worden gesignaleerd op te vullen. In de tweede plaats is ernaar gestreefd om op basis van de resultaten uit de rechtsvergelijking tot een afgewogen oordeel te komen ten aanzien van de haalbaarheid en wenselijkheid van harmonisatie op basis van de gemeenschappelijke kern. Onderzocht is in hoeverre tussen de vier gekozen EU-lidstaten sprake is van een gemeenschappelijke kern op het terrein van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk en of deze *common core* voldoende van omvang is om als basis te dienen voor een harmonisatiebepaling.

De tweeledige doelstelling van het onderzoek laat zich vertalen in de volgende, eveneens tweeledige, vraagstelling:

1. Wat zijn de ratio en reikwijdte van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij contractbreuk naar Nederlands recht?
2. Is er binnen de vier gekozen Europese rechtsstelsels sprake van een gemeenschappelijke kern en zo ja, in hoeverre is deze geschikt om als basis te dienen voor een harmonisatieregeling op EU-niveau?

Het onderzoek richt zich op situaties waarin de derde de wederpartij van de benadeelde actief heeft aangezet tot niet-nakoming van zijn contract, al dan niet door gebruik te maken van ongeoorloofde methoden als misleiding en bedreiging, situaties waarin de derde heeft meegewerkt aan de contractbreuk en gevallen waarin de derde gebruik heeft gemaakt van een eerder gepleegde wanprestatie. Gevallen waarin de derde de nakoming van de overeenkomst fysiek onmogelijk heeft gemaakt, bijvoorbeeld door de goederen die volgens de overeenkomst geleverd zouden moeten worden te beschadigen, vallen buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

Om de tweeledige vraagstelling te beantwoorden is de functionele rechtsvergelijkende methode gebruikt, waarbij wordt gekeken welke rechtsregels in andere jurisdicties dezelfde of een gelijkwaardige functie vervullen als de Nederlandse aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij contractbreuk. De keuze voor de Europese rechtsstelsels (buiten het Nederlandse) is in de eerste plaats gebaseerd op hun representativiteit, waarbij het Duitse recht representatief is voor de Germaanse rechtsfamilie, het Franse recht voor de Romaanse rechtsfamilie en het Engelse recht voor de *common law*-rechtsfamilie. De keuze voor het tweede *common law*-rechtsstelsel, de Verenigde Staten, wordt gerechtvaardigd door het feit dat er in geen enkele andere jurisdictie zoveel rechterlijke uitspraken zijn geweest waarin de aansprakelijkheid van een derde wegens betrokkenheid bij contractbreuk centraal staat. De Amerikaanse rechtspraak en de *Restatement (Second) of Torts* vormen een rijke bron van informatie, aangezien zij de problemen laten zien die zich in verband met dit vraagstuk kunnen voordoen, alsmede mogelijke oplossingen tonen.

Resultaten van de rechtsvergelijking

De Nederlandse, Duitse, Franse, Engelse en Amerikaanse aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk vertonen op een aantal punten belangrijke gelijkenissen. In alle onderzochte rechtsstelsels wordt erkend dat contracten een zekere mate van bescherming genieten tegen inbreuken door derden en dat de aansprakelijkheid van de derde buitencontractueel van aard is. Daarnaast is er in hoge mate consensus over het onrechtmatige karakter van het aan-

zetten tot wanprestatie en van het gebruik van op zichzelf ongeoorloofde middelen. Een andere belangrijke overeenkomst tussen de rechtsstelsels is dat een derde niet aansprakelijk zal kunnen worden gesteld voor betrokkenheid bij de schending van een contract waar hij niet van op de hoogte was of kon zijn. Het bestaan van de overeenkomsten tussen de onderzochte rechtsstelsels kan deels worden verklaard door receptie van recht. Een belangrijkere verklaring lijkt echter te zijn – vooral voor de gelijkenissen tussen de onderzochte continentaal-Europese rechtsstelsels – dat de ontwikkeling van de aansprakelijkheid een reactie was op vergelijkbare economische omstandigheden.

Behalve gelijkenissen zijn er ook verschillen waar te nemen. Deze doen zich in de eerste plaats voor ten aanzien van de reikwijdte van de aansprakelijkheid. De betrokkenheid van een derde bij wanprestatie leidt op grond van het Engelse recht slechts onder relatief strikte vereisten tot aansprakelijkheid, waardoor het Engelse recht als het meest liberaal kan worden getypeerd. In vergelijking tot de andere rechtsstelsels verleent het Franse recht een relatief ruime bescherming van contracten, door als enige ronduit te erkennen dat contracten tegenstelbaar zijn aan derden die ervan op de hoogte zijn. Dit betekent dat elke bewuste medewerking aan een contractbreuk, ook al bestaat deze slechts uit het ingaan op een aanbod, als onrechtmatig wordt aangemerkt. Daar staat tegenover dat het Franse recht evenals het Engelse recht een relatief strikt kennisvereiste hanteert, op grond waarvan alleen een daadwerkelijk ‘weten’ volstaat. In Nederland, Duitsland en in een deel van de Amerikaanse deelstaten is echter een ‘behoren te weten’ voldoende.

Ook het Nederlandse recht kan als relatief moralistisch worden gekwalificeerd, maar om andere redenen dan het Franse recht. Van alle onderzochte rechtsstelsels wordt in het Nederlandse recht het meeste rekening gehouden met de specifieke belangen die in het geding zijn. Zo houdt de Nederlandse rechter nadrukkelijk rekening met de ‘ernst van het nadeel voor de eiser’ en kunnen ook economische of veiligheidsbelangen op zijn onrechtmatigheidsoordeel van invloed zijn. Bovendien is de bescherming die verkooporganisaties genieten het grootst in het Nederlandse recht, aangezien wordt erkend dat zelfs het gebruikmaken van de wanprestatie die in een eerder stadium heeft plaatsgevonden, onder bepaalde voorwaarden tot aansprakelijkheid kan leiden.

Het Duitse en Amerikaanse recht nemen een tussenpositie in. De Duitse benadering was aanvankelijk moralistisch, maar met name vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw is het Duitse oneerlijke mededingingsrecht aanzienlijk liberaler geworden. Op basis van de jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat de rechter de betrokkenheid van derden bij wanprestatie welke zich afspeelt in concurrentieverhoudingen, minder snel dan voorheen als oneerlijke concurrentie beoordeelt. In vergelijking tot het Engelse recht is de Amerikaanse *Restatement*-benadering minder liberaal, in de zin dat niet alleen de aard van de gedraging, maar ook andere omstandigheden, waaronder de individuele belangen van de

partijen, het algemeen belang en de motieven van de gedaagde een reden kunnen zijn om aansprakelijkheid aan te nemen. Hoewel particuliere belangen en het algemeen belang volgens de Amerikaanse en ook de Duitse rechtspraak wel van invloed kunnen zijn op het onrechtmatigheidsoordeel, is hun rol beperkter dan in de Nederlandse jurisprudentie. Amerikaanse *state courts* kennen doorgaans het meeste gewicht toe aan de gebruikte middelen en het motief van de derde en hetzelfde geldt voor de Duitse rechter.

Ook de invulling van de verdere aansprakelijkheidsvoorwaarden – in het bijzonder het opzetvereiste en het vereiste van causaliteit tussen de gedraging van de derde en de schending van het contract – heeft tot gevolg dat de Amerikaanse reikwijdte van de aansprakelijkheid beperkter is dan die in Nederland en Frankrijk. Daarentegen zijn Amerikaanse rechters van alle onderzochte rechtstelsels het meest bereidwillig om aansprakelijkheid aan te nemen wegens het verstoren van een vooruitzicht op de sluiting van een contract, veelal onder grotere deels dezelfde voorwaarden als het verstoren van een contract.

Voor de verschillen in type benadering – van meer moralistisch tot meer liberaal – kunnen verschillende verklaringen worden aangedragen. Het belang van concurrentievrijheid lijkt met name in Engeland, maar ook in de Verenigde Staten en Duitsland zwaarder te wegen dan in Nederland en Frankrijk. Ook het feit dat het Engelse recht geen concept van ‘oneerlijke concurrentie’ kent en de terughoudende rol van de rechter op dit rechtsgebied, kunnen als een oorzaak worden genoemd voor de relatief beperkte reikwijdte van de Engelse aansprakelijkheid. Tot slot zouden de verschillen ook deels kunnen worden verklaard door de uiteenlopende heersende opvattingen in de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw in enerzijds de Verenigde Staten en Engeland en anderzijds de onderzochte continentaal Europese landen ten aanzien van verkooporganisaties – in het bijzonder organisaties waarmee verticale prijsbinding wordt beoogd.

Een ander in het oog springend verschil tussen de Europese rechtstelsels enerzijds en het Amerikaanse recht anderzijds betreft het derdepartijvereiste. In de Europese rechtstelsels wordt aan dit vereiste relatief weinig aandacht besteed, terwijl dit criterium in de Amerikaanse rechtspraak een zeer belangrijke plaats inneemt. De oorzaak voor dit verschil lijkt vooral te zijn gelegen in de beschikbare remedies. In de Verenigde Staten kan de benadeelde er baat bij hebben om zijn vordering te baseren op *tort*, in plaats van *breach of contract*, omdat hij dan in veel gevallen een hogere schadevergoeding kan eisen, en in sommige gevallen ook *punitive damages*, hetgeen op grond van contractbreuk niet mogelijk is. Om te voorkomen dat de eiser via de omweg van *tortious interference with contract* alsnog *punitive damages* kan vorderen van zijn wederpartij, moet worden getoetst of het derdepartijvereiste is vervuld. Aangezien derdenbetrokkenheid bij contractbreuk in geen van de Europese rechtstelsels aanleiding geeft tot *punitive damages* en de verschillen tussen contractuele en delictuele remedies in de meeste jurisdicties beperkt is, zal de eiser er doorgaans geen be-

lang bij hebben om zijn vordering te baseren op grond van onrechtmatige daad in plaats van wanprestatie. Ook wat betreft de invulling van het begrip ‘derde’ doen zich verschillen voor tussen de Europese rechtssystemen en de Verenigde Staten, met name wanneer de gedaagde en de wanprestant met elkaar verbonden vennootschappen zijn. Dit verschil kan grotendeels worden teruggevoerd op het feit dat het begrip ‘derde’ in verschillende Amerikaanse deelstaten binnen het *tortious interference*-leerstuk een eigen invulling heeft gekregen, terwijl in bijvoorbeeld Nederland vooral aansluiting wordt gezocht bij ondernemingsrechtelijke beginselen.

Een laatste verschil is het belang van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij wanprestatie voor de rechtspraak. Waar de betrokkenheid van derden bij wanprestatie in de rechtspraak van de onderzochte Europese rechtssystemen een tamelijk bescheiden plaats inneemt, geeft zij in de Verenigde Staten veelvuldig aanleiding tot procedures. De oorzaak hiervoor lijkt niet, zoals in de literatuur wel is betoogd, te moeten worden gezocht in verschillen in de reikwijdte van de aansprakelijkheid. Het procesrecht – en met name de bewijslastverdeling – zou een rol kunnen spelen, evenals de verschillen ten aanzien van de remedies die aan de eiser ter beschikking staan – ook in de precontractuele fase. Tot slot zijn de verschillen tussen de Amerikaanse en Europese claimcultuur ongetwijfeld een oorzaak, maar in welke mate zij het uiteenlopen van het aantal claims kunnen verklaren is speculatief.

Evaluatie van resultaten

Reikwijdte en ratio van Nederlandse aansprakelijkheid

De open benadering die door de Nederlandse rechter wordt gehanteerd, waarin de omstandigheden van het geval de doorslag geven, moet naar mijn mening als positief worden beoordeeld. Door het gebruik van deze benadering kan zowel rekening worden gehouden met de belangen van de eiser bij de nakoming van zijn contract als met de belangen van de gedaagde bij de uitoefening van zijn handelingsvrijheid, alsmede met eventuele maatschappelijke of economische belangen. Het gevaar van de Franse en de Engelse benadering, die meer het karakter hebben van *hard and fast rules* en daardoor leiden tot meer rechtszekerheid maar minder flexibiliteit, is dat de balans te ver doorschiet in het voordeel van de eiser (Franse recht) of de gedaagde (Engelse recht).

Het nadeel van de huidige Nederlandse benadering is echter dat de rechtspraak weinig inzicht verschaft in de omstandigheden die een onrechtmatigheidsoordeel kunnen rechtvaardigen en het gewicht dat aan deze omstandigheden moeten worden toegekend. Om deze reden wordt voorgesteld om – in navolging van de Amerikaanse *Restatement (Second) of Torts* – een multifactor-toets te hanteren, waarin de gezichtspunten worden opgesomd die van invloed

zijn op het oordeel of de betrokkenheid bij contractbreuk als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Op basis van de Nederlandse én buitenlandse rechtspraak zijn de omstandigheden geïdentificeerd die de rechter in zijn onrechtmatigheidsoordeel moet betrekken. In de eerste plaats speelt de mate waarin de wederpartij van de benadeelde partij door de derde is beïnvloed in zijn beslissing om niet na te komen een belangrijke rol. Het meewegen van de mate waarin de beslissing is beïnvloed – is het initiatief van de derde uitgegaan of heeft deze slechts passief zijn medewerking verleend? – wordt gerechtvaardigd op grond van het maatschappelijke belang dat met stabiele en betrouwbare contracten gepaard gaat. Dit belang weegt niet zwaar genoeg om elke betrokkenheid bij contractbreuk als onrechtmatig aan te merken, aangezien dat een te grote beperking zou opleveren van de handelingsvrijheid van derden. De verplichting dat derden zich moeten onthouden van het *actief en opzettelijk bewerkstelligen* van contractbreuk vormt daarentegen wel een aanvaardbare beperking.

In de tweede plaats dient de rechter in zijn beslissing rekening te houden met de wijze waarop de derde de beslissing om wanprestatie te plegen heeft beïnvloed. Het toekennen van gewicht aan deze omstandigheid kan mede vanuit economisch oogpunt worden gerechtvaardigd en is in lijn met de beginselen die ten grondslag liggen aan het oneerlijkemededingsrecht en het contractenrecht. De vrijheid om een geïnformeerde keuze te maken, eindigt immers niet op het moment dat het contract gesloten is. Ook daarna zal een contractspartij keuzes moeten maken. Komt hij zijn contractuele verplichtingen na of niet? Verlengt hij zijn contract of zegt hij het op? Voor de contractant, maar ook voor zijn wederpartij is het van belang dat deze beslissingen in elk geval geïnformeerd en vrij worden gemaakt. Beslist de contractspartij onder invloed van misleiding of agressie, dan is hij daarvan niet alleen zelf het slachtoffer, maar ook zijn wederpartij die zijn contractuele relatie verstoord ziet worden.

In de derde plaats dient de rechter de aard van de betrokken belangen in zijn beslissing te betrekken. Het feit dat met de nakoming van de overeenkomst in kwestie een bijzonder particulier of maatschappelijk/economisch belang is gemoeid, is reden om aanvullende bescherming aan het contract te geven en de betrokkenheid van een derde bij de niet-nakoming ervan sneller als onrechtmatig te bestempelen. Vernieuwend ten opzichte van de huidige Nederlandse rechtspraak en literatuur is dat in het aansprakelijkheidskader niet alleen wordt gekeken naar belangen die voortvloeien uit reeds gesloten, afdwingbare contracten, maar dat ook wordt gekeken naar het belang bij de sluiting van een contract en het belang bij de voortzetting van een contractuele relatie. Deze belangen genieten in het algemeen minder bescherming dan een belang dat reeds is gefixeerd door middel van een contract, maar genieten wel degelijk een zekere mate van bescherming tegen inbreuken door derden. Het belang van de derde bij het verstoren van de contractuele relatie kan overigens ook zodanig beschermenswaardig zijn dat het een grond oplevert om géén onrechtmatigheid aan te nemen.

Het motief van de derde – zoals wraak – is eveneens een gezichtspunt dat door de rechter mee kan worden gewogen in zijn oordeel. De aanwezigheid van een motief is echter veelal lastig aan te tonen, waardoor de rol van motieven beperkt is. In bepaalde gevallen kan een motief echter wel worden afgeleid uit het gedrag van de derde. De onderlinge verhouding tussen partijen kan ertoe leiden dat van de derde extra zorgvuldigheid wordt verlangd – bijvoorbeeld wanneer een bijzondere vertrouwensband aanwezig is tussen de derde en de wederpartij van de benadeelde, of wanneer sprake is van een overheid-burgerrelatie tussen de derde en de benadeelde. De mate van rechtstreeksheid speelt vooral een rol wanneer de derde niet rechtstreeks heeft gehandeld met de wanprestant, maar via een omweg bij de contractbreuk betrokken is. Zijn handelen zal dan minder snel als onrechtmatig worden geoordeeld dan wanneer hij wel direct betrokken is. Tot slot spelen ook de frequentie en stelselmatigheid van het gedrag van de derde een rol. Gedrag dat op zichzelf niet zeer laakbaar is – zoals het gebruikmaken van contractbreuk – zal eerder als onrechtmatig worden aangemerkt wanneer de derde zich er veelvuldig schuldig aan maakt.

Wat betreft de onderlinge verhouding tussen de gezichtspunten, kan als vuistregel worden gehanteerd dat hoe zwaarder het belang weegt dat door toedoen van de gedaagde is geschonden, hoe minder relevant het is in welke mate en op welke wijze de derde bij de schending van dit belang betrokken was. Het feit dat met de nakoming van de overeenkomst een bijzonder maatschappelijk belang gemoeid is, kan een grond opleveren om op zichzelf niet laakbaar gedrag – zoals het accepteren van een aanbod – als onrechtmatig te kwalificeren. Daar staat tegenover dat wanneer de derde op een zeer laakbare wijze betrokken is bij de schending van het belang van de benadeelde – en zich schuldig heeft gemaakt aan bijvoorbeeld misleiding of bedreiging – de aard van het belang een ondergeschikte rol speelt. In deze gevallen kan zelfs onrechtmatigheid worden aangenomen wanneer het geschonden belang niet voortvloeit uit een overeenkomst, maar slechts het vooruitzicht op de sluiting van een overeenkomst betreft. Daarnaast kunnen sommige gezichtspunten ook van invloed zijn op andere aspecten die een rol spelen bij de vaststelling van de aansprakelijkheid: het kennisvereiste, de relativiteit van de onrechtmatige daad, het bewijs en samenloopkwesities. Zo blijkt uit de jurisprudentie dat een bijzondere verhouding tussen partijen de invulling van het kenniscriterium kan beïnvloeden en wordt betoogd dat het vermeende gebruik van ongeoorloofde middelen door de derde onder omstandigheden kan leiden tot een gedeeltelijke omkering van de bewijslast.

De hier voorgestelde benadering is echter niet slechts een weergave van het huidige recht, maar ook bedoeld om richting te geven aan de toekomst. Om deze reden is gekozen voor een breder perspectief, waarin niet alleen de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk, maar ook derdenbetrokkenheid bij de recht- en regelmatige beëindiging van een overeenkomst en de verstoring van een vooruitzicht op een overeenkomst worden meegenomen. Dit bredere per-

spectief moet gezien worden in het kader van de algemeenheid van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht dat zich niet hoeft te beperken tot betrokkenheid van derden bij contractbreuk, maar ook ziet op andere raakvlakken van het contractenrecht en het onrechtmatigedaadsrecht. Het voorgaande kan worden samengevat in de volgende regel:

Voor de beantwoording van de vraag of een derde uit onrechtmatige daad jegens een ander aansprakelijk is ingeval hij betrokken is bij de tekortkoming in de nakoming of de beëindiging van een overeenkomst, of de verstoring van een vooruitzicht op de sluiting van een overeenkomst, waarvan hij wist of behoorde te weten, dienen alle omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen. Daarbij dient in het bijzonder te worden gelet op:

1. de mate waarin de derde de beslissing van de (potentiële) contractant van de ander heeft beïnvloed;
2. de wijze waarop de derde de beslissing van de (potentiële) contractant van de ander heeft beïnvloed;
3. de aard van het geschonden belang;
4. de aard van het belang van de derde;
5. het motief van de derde;
6. de onderlinge verhoudingen tussen de partijen;
7. de mate van rechtstreeksheid;
8. de frequentie en stelselmatigheid van de betrokkenheid.

Perspectieven van Europese harmonisatie op basis van de common core

De vraag naar de mogelijkheden van harmonisatie op EU-niveau van de aansprakelijkheid van derden wegens betrokkenheid bij contractbreuk op basis van de gemeenschappelijke kern wordt onderverdeeld in de volgende subvragen: Wat is de omvang van de gemeenschappelijke kern of *common core* (waaronder in dit onderzoek wordt verstaan: grootste gemene deler)? Hoe verhoudt de gevonden gemeenschappelijke kern zich tot de bepalingen van de *Draft Common Frame of Reference* (verder: DCFR), vooralsnog het enige Europese (*soft law*-) instrument dat een specifieke bepaling over dit onderwerp bevat? Is harmonisatie op basis van de gevonden gemeenschappelijke kern haalbaar en wenselijk?

Wanneer wordt geanalyseerd in welke gevallen van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk en de verstoring van precontractuele verhoudingen in alle rechtsstelsels aansprakelijkheid wordt aangenomen, dan bestaat de gemeenschappelijke kern uit de aansprakelijkheid wegens het aanzetten tot wanprestatie en wegens het opzettelijk verstoren van een (pre)contractuele relatie met behulp van onrechtmatige middelen. Dit betekent dat de gemeenschappelijke kern nagenoeg samenvalt met het Engelse recht, dat van de vier onderzochte Europese rechtsstelsels immers de meest restrictieve aansprakelijkheidsvoorwaarden hanteert. Wanneer deze gemeenschappelijke kern wordt vergeleken met de bepalingen van de DCFR, dan wordt vastgesteld dat zij grotendeels overeenkomen, maar dat er ook belangrijke verschillen bestaan. Geconcludeerd wordt dat artikel

VI. – 2:211 DCFR, op grond waarvan de schade die voortvloeit uit het aanzetten tot niet-nakoming als rechtens relevante (vergoedbare) schade wordt aange-merkt, de *common core* zeer dicht benadert. De maatstaven die in het artikel en de toelichting worden aangelegd voor onrechtmatigheid, relativiteit, schade, causaliteit en beschikbare remedies sluiten aan bij de Engelse benadering. De tweede component van de gemeenschappelijke kern, het opzettelijk verstoren van een (pre)contractuele relatie met behulp van onrechtmatige middelen, is daarentegen als zodanig terug te vinden in de DCFR. Deze gevallen zouden kunnen worden geschaard onder Artikel VI. – 2:208, dat handelt over de schade die aan een ander wordt toegebracht door de onrechtmatige belemmering van de uitoefening van diens beroep of bedrijf. Dit artikel vereist echter geen opzet en is daarmee ruimer dan de gemeenschappelijke kern. Bovendien ontbreekt in de DCFR een uniforme definitie van ‘onrechtmatige middelen’; in de toelichting wordt mede naar het nationale recht verwezen.

Vervolgens zijn de mogelijkheden van harmonisatie op basis van de gevonden *common core* onderzocht. Betoogd wordt dat harmonisatie van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij wanprestatie in het algemeen op de korte of middellange termijn niet haalbaar is. De totstandkoming van een algemeen Europees onrechtmatigedaadsrecht, anders dan een Europees contractrecht, heeft niet de prioriteit van de Europese wetgever. Ook zijn er geen bewijzen dat harmonisatie van het onrechtmatigedaadsrecht van onderaf, bijvoorbeeld door de beïnvloeding van de rechtspraak door *soft law*-instrumenten, plaatsvindt. Dat wil echter niet zeggen dat harmonisatie in het geheel moet worden uitgesloten. Op het gebied van oneerlijke concurrentie, dat in verschillende jurisdicties, waaronder Nederland, als deelgebied van de onrechtmatige daad wordt beschouwd, heeft al wel eenmaking van materiële rechtsregels plaatsgevonden middels de richtlijnen inzake oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten en misleidende en vergelijkende reclame. Bovendien zijn inmiddels ook concrete stappen ondernomen om oneerlijke handelspraktijken in (weliswaar verticale) *business-to-business*-verhoudingen te harmoniseren. De interesse van de Europese wetgever in de harmonisatie van regels op het gebied van oneerlijke concurrentie kan worden verklaard door het belang van de interne markt bij het creëren van een *level playing field*, waarbij voor alle concurrenten dezelfde concurrentievoorwaarden gelden. Geconcludeerd wordt dat harmonisatie van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk in ondernemingsverhoudingen wenselijk is en – gezien de eerdere succesvolle initiatieven van de Europese wetgever op het terrein van oneerlijke concurrentie – ook realistisch.

Gegeven dat 1) er sprake is van een *common core* en 2) harmonisatie, althans in ondernemingsverhoudingen, wenselijk en realistisch moet worden geacht, rijst de vraag of harmonisatie van de aansprakelijkheid wegens betrokkenheid bij contractbreuk op basis van de gemeenschappelijke kern wenselijk en

haalbaar is. Op het eerste gezicht lijkt het antwoord op deze vraag ontkennend te luiden. De gevonden *common core*, die is vastgesteld door de situaties te vergelijken waarin in de rechtspraak van de onderzochte jurisdicties aansprakelijkheid wordt aangenomen, is slechts beperkt van omvang. Een geharmoniseerde rechtsregel op basis van deze kern zal naar verwachting op weerstand stuiten van de jurisdicties die een ruimere reikwijdte van de aansprakelijkheid kennen, met name Frankrijk en Nederland. Naast de (politieke) haalbaarheid, moet ook de wenselijkheid worden betwijfeld. De rechtspraak laat zien dat er goede argumenten kunnen bestaan om onder omstandigheden verdergaande bescherming toe te kennen aan overeenkomsten tegen inbreuken door derden, in het bijzonder wanneer met de nakoming van het contract een bijzonder maatschappelijk of economisch belang gepaard gaat.

Het voorgaande betekent echter niet dat de gemeenschappelijke kern ongeschikt is om als basis te dienen voor een harmonisatiebepaling. Het begrip *common core* moet dan wel breder worden opgevat. Behalve naar de concrete gevallen van derdenbetrokkenheid bij contractbreuk die in alle rechtsstelsels tot aansprakelijkheid leiden, dient ook gekeken te worden naar de algemene rechtsbeginselen en rechtsopvattingen binnen Europa over oneerlijke concurrentie. Om de inhoud van deze beginselen en opvattingen vast te stellen, wordt gekeken naar de bestaande Europese regelgeving op het gebied van oneerlijke concurrentie. In de literatuur is betoogd dat deze regels steunen op twee pijlers: 1) de vrijheid van marktdeelnemers om een geïnformeerde en autonome keuze te maken en 2) het belang van de interne markt bij werkzame concurrentie. Betoogd wordt dat wanneer deze uitgangspunten als algemeen aanvaarde rechtsbeginselen worden meegerekend tot de gemeenschappelijke kern van de EU-lidstaten, deze *common core* wél een geschikte grondslag vormt voor een Europese harmonisatieregel. Deze regel zou idealiter drie componenten moeten bevatten. Het eerste element betreft het aanzetten tot contractbreuk. Deze component, die ook deel uitmaakt van de gemeenschappelijke kern (in enge zin) van het Nederlandse, Duitse, Franse en Engelse recht, wordt vrij nauwkeurig weergegeven in artikel VI. – 2:211 DCFR. Het tweede bestanddeel reflecteert het algemene beginsel van keuzevrijheid en correspondeert in hoge mate met de bepalingen van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Bij deze component staat de beïnvloeding van economisch gedrag van marktdeelnemers (consumenten, maar ook professionele afnemers) centraal en de gevolgen hiervan voor de belangen van de concurrent. Indien de derde de keuzevrijheid van een (potentiële) cliënt van zijn concurrent om een contract te sluiten, na te komen of te continueren aantast, dan moet ook de concurrent tegen deze oneerlijke handelspraktijk kunnen opkomen. De concurrent heeft immers een direct belang, aangezien het gedrag van de derde gevolgen heeft voor zijn contractuele relaties. Bij de derde component, die betrekking heeft op de werkzame mededinging, staan de marktmacht en marktomstandigheden centraal. Het direct of indirect verstoren van andermans

(pre)contractuele verhouding, mag in beginsel niet leiden tot een vermindering van de concurrentie. Daar staat tegenover dat een zekere marktmacht die door middel van het sluiten van contracten is verkregen, en waarvan op grond van het kartelrecht wordt erkend dat die een positief effect kan hebben op economische of technologische ontwikkeling, aanvullende bescherming voor contracten tegen inbreuken door derden in aanmerking juist kan rechtvaardigen.