

gevoerd, met het gevaar van tegenstrijdige beslissingen. In een geval echter waarin de verschenen gedaagden, voordat eindvonnis wordt gewezen, niet langer aan de procedure deelnemen en de procedure alleen ten aanzien van de niet verschenen gedaagde(n) wordt voortgezet zodat het vonnis uitsluitend wordt gewezen tussen de eiser(s) en de niet verschenen gedaagde(n), is art. 140 lid 3 Rv niet van toepassing. Het risico van tegenstrijdige uitspraken, doordat zowel het rechtsmiddel van hoger beroep als dat van verzet wordt aangewend, is dan immers niet meer aanwezig, aldus de Hoge Raad.

8. De A-G merkte in haar conclusie nog op dat rechtspraak noch literatuur aandacht besteedt aan het geval dat de procedure wordt doorgehaald of geschorst ten opzichte van de verschenen gedaagde(n) vóórdat er een eindvonnis is, maar nádat er een tussenvonnis met materiële beslissingen is gewezen ten opzichte van de verschenen en niet verschenen gedaagde(n). Ook de prejudiciële vragen gaan niet over deze situatie. De Hoge Raad heeft heel pragmatisch deze vraag ook maar direct beantwoord: *“Opmerking verdient nog dat het hiervoor in 3.4 overwogene eveneens geldt indien alle verschenen gedaagden, voordat eindvonnis wordt gewezen maar pas nadat een tussenvonnis met inhoudelijke overwegingen en beslissingen is gewezen, niet langer deelnemen aan de procedure. De niet verschenen gedaagden kunnen dan door middel van verzet opkomen tegen het eindvonnis en de daaraan ten grondslag liggende tussenvonnissen.”*

9. Naar mijn mening is de uitkomst van deze kwestie op zichzelf genomen niet heel spannend. Ik had ook kunnen leven met de uitkomst dat het vonnis had moeten worden aangemerkt als een vonnis op tegenspraak. Ik voelde ook wel wat voor de door de oorspronkelijke eiser aangevoerde argumenten (onder meer een verwijzing naar de hiervoor aangehaalde Parlementaire Geschiedenis). Voor de praktijk is echter heel belangrijk dat deze vraag is beantwoord en thans vaststaat welk rechtsmiddel moet worden ingesteld. Zou de vraag onbeantwoord zijn gebleven, dan zou mijn advies altijd zijn geweest om voor beide ankers te gaan liggen (zowel een verzetdagvaarding als een appeldagvaarding uitbrengen, waarin in appel op langere termijn wordt gedagvaard), maar thans staat buiten kijf dat een verzetdagvaarding voldoende (en tegelijkertijd de enig aangewezen weg) is. Het verheugt mij ook dat de Hoge Raad ook alvast de mogelijke vervolgvragen, zoals door de A-G opgeworpen, heeft beantwoord. Ik heb me er niet in verdiept of de Hoge Raad hier niet zijn boekje te buiten is gegaan. Ik kan deze wijze met het oog op de rechtsvormende taak van de Hoge Raad en uit het oogpunt van efficiency slechts toejuichen.

N. de Boer
Ploum Lodder Princen

146

Hoge Raad
14 juli 2017, nr. 16/02863
ECLI:NL:HR:2017:1355
ECLI:NL:PHR:2017:428
(mr. Heisterkamp, mr. De Groot, mr. Polak,
mr. Du Perron, mr. Kroeze)
(concl. A-G mr. Valk)
Noot G.J. de Bock

Onrechtmatige daad. Samenhangende rechtsverhoudingen.

Aansprakelijkheid contractant voor schade derde. Tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst door aangesproken contractant is niet vereist voor beoordeling of er sprake is van onrechtmatig handelen jegens de betrokken derde van wie de belangen nauw samenhangen met die overeenkomst. Een derde kan op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding vorderen van een contractant waarmee de rechtsverhouding van die derde nauwe samenhang vertoont. Dit is uitgewerkt in onder andere HR 24 september 2004, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog) en HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (Wierds/Visseren). De Hoge Raad werkt de rechtsregel, gegeven in voornoemde arresten, verder uit door te bepalen dat een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst zijdens de aangesproken contractant niet vereist is. Wanneer de belangen van een derde nauw samenhangen bij de uitvoering van een overeenkomst, is bepalend of de aangesproken contractant zijn verklaringen en gedragingen ter zake van de overeenkomst waarbij hij partij is, mede diende te laten bepalen door de belangen van de betrokken derde.

[BW art. 6:74, 6:162]

De Hoge Raad verduidelijkt in onderhavig arrest de rechtsregel gegeven in onder andere HR 24 september 2004, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog) en HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (Wierds/Visseren). Binnen het beoordelingskader gegeven in deze arresten is het voor het aannemen van aansprakelijkheid voor de schade of ander nadeel van een derde niet vereist dat de aangesproken contractant is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst waarbij hij partij is en waarmee de belangen van die derde verbonden zijn. Wel is vereist dat de onderlinge rechtsverhoudingen tussen de betrokkenen nauwe samenhang vertonen. Vervolgens is bepalend of de aangesproken contractant zijn verklaringen en gedragingen ter zake van de overeenkomst waarbij hij partij is, mede diende te laten bepalen door de belangen van de betrokken derde. Wanneer deze (zorgvuldigheids)norm door de aangesproken contractant wordt geschonden, handelt hij in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De beoordeling van de vraag of de aangesproken contractant onvoldoende zorgvuldig met de belangen van de betrokken derde is omgesprongen vindt plaats aan de hand van de gezichtspunten-catalogus gegeven in het arrest Vleesmeesters/Alog.

1. [eiseres 1],
gevestigd te [vestigingsplaats],
2. [eiseres 2],
gevestigd te [vestigingsplaats],
eiseressen tot cassatie,
advocaat: mr. M. Littooi,

tegen

Woningbouwvereniging *Compaen Mierlohouse Partner in Wonen*,
gevestigd te Helmond,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. R.P.J.L. Tjittes.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiseres] c.s. en Compaen.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1 Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹

1.1.1 Tussen De Molen Bunder B.V. (hierna: DMB) en Compaen is op 14 maart 2007 een overeenkomst gesloten op grond waarvan Compaen van DMB ten aanzien van 70 woningen (toekomstige) appartementsrechten heeft gekocht tegen een koopprijs van € 4.611.750,= (hierna: de koopovereenkomst). In de koopovereenkomst is bepaald dat Compaen de overeenkomst kan ontbinden indien uiterlijk op 1 februari 2008 niet minimaal 20 appartementen zijn verkocht (artikel 6.II onder a).

1.1.2 DMB heeft op 21 december 2007 een overeenkomst gesloten met [eiseres] c.s. (hierna ook: de overeenkomst [eiseres]-DMB). Het doel van de overeenkomst [eiseres]-DMB was om te bewerkstelligen dat Compaen de onder 1.1.1 bedoelde ontbinding ex artikel 6.II onder a van de koopovereenkomst niet zou kunnen inroepen. [eiseres] c.s. hebben zich bij de overeenkomst met DMB verplicht om op eerste afroep van DMB maximaal 20 appartementsrechten van Compaen te kopen. In artikel 8 van de overeenkomst [eiseres]-DMB is bepaald dat als de koopovereenkomst tussen Compaen en DMB om welke reden dan ook wordt ontbonden, de overeenkomst tussen DMB en [eiseres] c.s. gelijktijdig wordt ontbonden. Verder is in artikel 9 van de overeenkomst onder meer bepaald:

“Garantiesom

DMB en [eiseres] zijn overeengekomen, dat DMB aan [eiseres] een bedrag betaalt van € 15.000,= (...) voor elk appartementsrecht (met een maximum van 20), dat uiteindelijk niet door [eiseres] behoeft te worden gekocht en afgenomen. Betaling van voormeld bedrag van € 15.000,= per woning vindt plaats bij levering van de grondcomponent door De Molen Bunders B.V. aan Woningbouwvereniging Compaen.

Kortingsrecht

[eiseres] ontvangt een korting van € 45.000,= (...) voor elk appartementsrecht, dat wel door [eiseres] van Woningbouwvereniging Compaen wordt gekocht en afgenomen, doch uitsluitend indien en voorzover [eiseres] daartoe door DMB wordt verplicht. (...)

Partijen komen verder overeen dat, indien en voor zover Woningbouwvereniging Compaen geen gebruik meer wenst te maken van de in de overeenkomst DMB-Compaen genoemde ontbindende voorwaarde (artikel 6 lid II sub a), omdat het minimaal door Compaen in de ontbindende voorwaarde gestelde aantal verkochte woningen is gerealiseerd (...) de overeenkomst met betrekking tot aankoop van de in deze overeenkomst gemelde appartementsrechten niet zal worden geëffectueerd en

derhalve in dat geval aan [eiseres] uitsluitend de vergoeding ad. € 15.000,= per woning (gerekend over 20 woningen), als vergoeding voor de zekerheidsstelling, wordt uitgekeerd.”

1.1.3 Compaen heeft de onder 1.1.1 bedoelde ontbinding ex artikel 6.II onder a van de koopovereenkomst niet ingeroepen en DMB heeft [eiseres] c.s. niet verplicht om appartementsrechten te kopen.

1.1.4 Op 3 juli 2009 zijn DMB, Compaen en [A] B.V. (hierna: [A]) in een zogenaamde intentieverklaring onder andere het volgende overeengekomen (hierna: de intentieverklaring):

– de koopovereenkomst tussen DMB en Compaen van 14 maart 2007 wordt ontbonden en er worden (behoudens een paar aanpassingen) gelijklopende koopovereenkomsten gesloten tussen DMB en [A] en tussen [A] en Compaen;

– er wordt een aannemingsovereenkomst gesloten tussen [A] en Compaen waarbij aan Compaen een korting van € 300.000,= op de aanneemsom wordt verleend;

– Compaen treedt per 1 december 2009 in de positie van SNS [tot dan de financier van DMB] en de tussen DMB en [eiseres] c.s. gesloten overeenkomst van 21 december 2007 wordt ontbonden.

Verder is onder het kopje ‘Side-letter [A] Compaen – DMB’ in de intentieverklaring onder meer vermeld:

“De financiële risico’s, verbonden aan het ontbinden van de overeenkomst tussen DMB en [[eiseres] c.s.], gemaximeerd op een bedrag van € 300.000,=, worden gelijkkelijk (ieder één derde) door [A], DMB en Compaen gedragen, zonder dat hiervan naar buiten mag blijken. Indien onverhoopt het financiële risico mocht intreden heeft dit tot gevolg dat in plaats van € 300.000,=, € 200.000,= exclusief BTW aan korting op de aanneemsom (...) wordt verstrekt. Het meerdere boven het financiële risico van € 300.000,= komt voor rekening van DMB.”

1.1.5 Eveneens op 3 juli 2009 hebben DMB en Compaen een vaststellingsovereenkomst met elkaar gesloten (hierna: de vaststellingsovereenkomst). In de considerans van deze overeenkomst (onder e) nemen partijen in aanmerking dat de marktomstandigheden dusdanig zijn verslechterd dat het project onder de vastgestelde voorwaarden gedoemd is te mislukken. Verder overwegen zij (onder f) dat volgens Compaen de ongewijzigde uitvoering van de koopovereenkomst van 14 maart 2007 desastreuze gevolgen zal hebben qua bezettingsgraad van de te bouwen appartementen en (onder j) dat Compaen de eis heeft gesteld dat enerzijds de koopovereenkomst tussen partijen met wederzijds goedvinden wordt beëindigd en anderzijds, onder gewijzigde voorwaarden, en onder toevoeging van een derde partij, een nieuwe driepartijenovereenkomst wordt gesloten. Vervolgens verklaren DMB en Compaen in artikel 1 dat zij zijn overeengekomen dat de koopovereenkomst d.d. 14 maart 2007 met wederzijds goedvinden wordt beëindigd en in artikel 4 dat zij jegens derden absolute geheimhouding betrachten omtrent de inhoud van de vaststellingsovereenkomst.

1.1.6 Bij brief van 3 juli 2009 heeft DMB aan [eiseres] c.s. meegedeeld dat de koopovereenkomst tussen DMB en Compaen per 3 juli 2009 is ontbonden en dat dit tot gevolg heeft dat per die datum ook de overeenkomst tussen DMB en [eiseres] c.s. is ontbonden.

1.1.7 Op verzoek van Compaen is DMB op 4 mei 2010 in staat van faillissement verklaard.

1.2. Bij dagvaarding van 30 december 2010 hebben [eiseres] c.s. (onder meer) Compaen in rechte betrokken. Voor zover in cassatie nog van belang² is door [eiseres] c.s. ten overstaan van de

¹ Vergelijk het arrest van het hof van 22 juli 2014 onder 4.1.2 (sub a-h). De door het hof vastgestelde feiten zijn hier enigszins verkort en slechts voor zover in cassatie nog van belang weergegeven.

² Het geschil in de onderhavige cassatieprocedure gaat enkel nog tussen [eiseres] c.s. en Compaen. Om die reden laat ik de vorderin-

rechtbank gevorderd Compaen te veroordelen tot betaling van € 607.000,=, vermeerderd met de wettelijke handelsrente. Dit bedrag bestaat onder meer uit € 357.000,= inzake de garantiesom (inclusief BTW) als genoemd in artikel 9 van de overeenkomst [eiseres]/DMB.³

1.3. De rechtbank heeft bij vonnis van 27 juni 2012 Compaen veroordeeld om aan [eiseres] c.s. een bedrag van € 300.000,=, vermeerderd met de wettelijke rente, te betalen. Dit bedrag betreft de garantiesom exclusief BTW. Voor het overige heeft de rechtbank de vorderingen van [eiseres] c.s. afgewezen.

1.4. Compaen heeft tegen het vonnis van 27 juni 2012 hoger beroep ingesteld.

1.5. Na op 22 juli 2014 een tussenarrest te hebben gewezen, heeft het hof bij eindarrest van 23 februari 2016 het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van [eiseres] c.s. afgewezen. Daartoe heeft het hof, zakelijk weergegeven en voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

1.5.1 De rechtsregel geformuleerd in onder meer het arrest Vleesmeesters/Alog mist in het onderhavige geval toepassing, reeds omdat er niet van kan worden uitgegaan dat Compaen tekort is geschoten in de nakoming van de tussen haar en DMB gesloten koopovereenkomst waarmee de overeenkomst [eiseres]-DMB nauw samenhang (rechtsoverweging 4.6.2 en 4.6.3 van het tussenarrest).

1.5.2 [eiseres] c.s. hebben zich verder beroepen op de rechtsregel voortvloeiend uit het arrest Van de Ven/Sleegers. Van onrechtmatigheid is pas sprake als Compaen wist of behoorde te weten dat DMB door het aangaan van de intentieverklaring van 3 juli 2009 wanprestatie zou plegen jegens [eiseres] c.s. en bovendien sprake is van bijkomende omstandigheden (rechtsoverweging 4.9.4 van het tussenarrest).

1.5.3 Compaen wist van de tussen DMB en [eiseres] c.s. gemaakte afspraak over de 'garantiesom' en mocht ervan uitgaan dat DMB (als zij niet op goede gronden de overeenkomst met [eiseres] c.s. zou hebben ontbonden) het bedrag van € 300.000,= aan [eiseres] c.s. zou betalen (rechtsoverweging 7.4 van het eindarrest).

1.5.4 Dat DMB wanprestatie heeft gepleegd jegens [eiseres] c.s. staat niet vast, zodat reeds om die reden geen sprake is van een onrechtmatige daad van Compaen (rechtsoverweging 7.4.2 van het eindarrest).

1.5.5 Zou dat anders zijn en zou Compaen hebben geweten dat DMB door het sluiten van de intentieovereenkomst wanprestatie pleegde jegens [eiseres] c.s., dan geldt dat door [eiseres] c.s. onvoldoende bijkomende omstandigheden zijn gesteld die het handelen van Compaen onrechtmatig maken (rechtsoverweging 7.4.3 van het eindarrest).

1.6. [eiseres] c.s. zijn bij dagvaarding van 23 mei 2016 tijdig in cassatie gekomen tegen de arresten van 22 juli 2014 en 23 februari 2016. Door Compaen is van antwoord gediend. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten. Vervolgens is nog van re- en dupliek gediend.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Op het ongeschreven beginsel dat een overeenkomst alleen werking heeft tussen de partijen bij die overeenkomst, maakt het hedendaagse privaatrecht diverse uitzonderingen. De ver-

klaring daarvoor is een complexe sociaal-economische werkelijkheid, waaraan het eenvoudige schema van de overeenkomst als een betrekking waar derden geheel en al buiten staan, lang niet altijd recht kan doen. Een deel van de bedoelde uitzonderingen is ingebed in het leerstuk van de onrechtmatige daad. Dat ligt voor de hand: de derde categorie van onrechtmatigheid van art. 6:162 lid 2 BW, strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, leent zich door zijn open karakter bij uitstek voor het verrichten van maatwerk. Dat open karakter betekent tegelijk gemakkelijk een gebrek aan houvast. Rechtsvinding aan de hand van gevalvergelijking is daarom aangewezen. Inderdaad heeft uw Raad ervoor gekozen om enkele typen van gevallen te definiëren en daarvoor vuist- of hulpregels te formuleren.

2.2. Het spreekt vanzelf dat zowel de indeling in gevalstypen als de voor ieder type geformuleerde regels geen limitatief karakter dragen. De sociaal-economische realiteit kan ertoe nopen om ook buiten de reeds beschreven gevalstypen te aanvaarden dat onrechtmatig is gehandeld. In dat geval is een nieuw gevalstype geboren, met de lastige uitdaging om dat type zorgvuldig te begrenzen, zowel wat betreft de definiëring van het geval als de formulering van de daarop toepasselijke norm. Ook kunnen voortschrijdend inzicht of maatschappelijke ontwikkelingen aanleiding geven tot een bijstelling van een reeds bestaand gevalstype, opnieuw zowel wat betreft de definiëring van dat type als wat betreft de norm.

2.3. In de onderhavige zaak hebben [eiseres] c.s. zich voor hun stelling dat door Compaen onrechtmatig is gehandeld in de eerste plaats⁴ aangesloten bij het gevalstype zoals beschreven in de arresten Vleesmeesters/Alog en [B/C].⁵ De kernoverwegingen van beide arresten zijn vrijwel gelijklopend. Ik citeer rechtsoverweging 3.4 van het arrest Vleesmeesters/Alog:

'Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben (vgl. HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323). Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daarte-

gen gericht tegen de overige gedaagden en de vrijwaringsprocedure hier verder onbesproken.

3 Het resterende bedrag betreft € 250.000,= inzake de boete als genoemd in artikel 10 van de overeenkomst. Die vordering speelt echter na de procedure in eerste aanleg geen rol meer, zodat deze vordering en artikel 10 van de overeenkomst geen nadere bespreking behoeven.

4 Het tweede gevalstype waarop zij zich beroepen, betreft het onrechtmatig profiteren van wanprestatie. Zie daarvoor de bespreking van (onder meer) het derde onderdeel.

5 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (Vleesmeesters/Alog) en HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, NJ 2012/59 ([B/C]).

gen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.’

2.4. Naar het schijnt behoort tot de omlijning van het hier bedoelde gevalstype dat de aangesproken partij *tekortschiet* in de nakoming van een overeenkomst waarbij zij partij is (welke overeenkomst in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden verbonden zijn).⁶ Naar ik meen bedriegt hier de schijn. Bepalend is niet of de aangesproken partij tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst waarbij zij partij is, maar of zij ‘tekort is geschoten’ in een – op grond van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt bestaande – verplichting om zich bij de wijze waarop door haar aan die overeenkomst uitvoering wordt gegeven, mede de belangen van derden aan te trekken. Wanprestatie is slechts een voorbeeld van een geval waarin sprake kan zijn van een tekortschieten in de laatstbedoelde zin.

2.5. Voor de opvatting dat de grenzen van het gevalstype aldus moeten worden getrokken, is onder meer steun te vinden in wat op de aangehaalde rechtsoverweging in het arrest *Vleesmeesters/Alog* volgt. In rechtsoverweging 3.5 wordt overwogen dat ‘het hof geen kenbare aandacht [heeft] besteed aan de vraag of *Vleesmeesters* in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs erop mocht vertrouwen dat haar belangen door *Alog* zouden worden ontzien (...)’, om welke reden cassatie volgt. Aldus ligt het accent op de bij de uitvoering van de overeenkomst ten opzichte van de derde in acht te nemen zorgvuldigheid.⁷

2.6. Deze opvatting, volgens welke een partij in de uitvoering van de overeenkomst tegenover een nauw betrokken derde zeer wel onrechtmatig kan handelen ook zónder dat zij tegenover haar contractuele wederpartij *tekortschiet*, vindt bovendien brede steun in de literatuur.⁸ Zoals *Vranken* het formuleert (waarbij A en B staan voor de contractspartijen en C voor de derde): ‘Waar het om gaat, is dat de belangen van A, B en C (en verder) in hun onderlinge betrokkenheid worden gewaardeerd en gekwalificeerd’.⁹

2.7. Vanzelfsprekend houdt *Vleesmeesters/Alog* niet in dat iedere derde die belang heeft bij een bepaalde wijze van uitvoering van een overeenkomst, daarop ook steeds aanspraak kan maken.¹⁰ Dat volgt in de eerste plaats uit de terughoudendheid die spreekt uit de formulering van de norm in rechtsoverweging 3.4: het staat de bedoelde contractspartij ‘niet onder alle

omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben’. Het volgt in de tweede plaats uit het vereiste van een *nauwe* betrokkenheid als bedoeld in de volgende volzin van rechtsoverweging 3.4. Het volgt in de derde plaats uit de keuze voor gezichtspunten als een nadere invulling van de norm in dezelfde rechtsoverweging: een zorgvuldige weging van de feitelijke omstandigheden moet de aanspraak van de derde rechtvaardigen. In de vierde plaats volgt het uit de inkleuring van de norm in rechtsoverweging 3.5: nodig is dat de derde in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs erop mocht vertrouwen dat zijn belangen door de contractspartij zouden worden ontzien. Steeds klinkt dezelfde boodschap: voor een aanspraak van de derde moeten overtuigende redenen bestaan. Iets anders zou uiteraard ook niet passen bij wat nog steeds het vertrekpunt is, namelijk dat een overeenkomst in beginsel alleen de partijen bij die overeenkomst aangaat.

2.8. In verband met de onderhavige zaak wijs ik nog op het begin van rechtsoverweging 3.4 van het arrest *Vleesmeesters/Alog*. Daar wordt gesproken over iemand die zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee het belang van de derde in allerlei vormen kan worden verbonden. In die formulering ligt, zo lijkt me, besloten dat de ‘schakeling van verhoudingen’ door toedoen van deze contractspartij is ontstaan, namelijk doordat hij zich contractueel heeft gebonden. Niet nodig is, zo zou ik willen aannemen, dat de andere verhouding(en) waarmee de overeenkomst een schakel gaat vormen, ten tijde van het aangaan van de overeenkomst reeds bestond(en). Maar ik zie geen grond voor een verplichting van een contractspartij om met het belang van een of meer derden rekening te houden indien op het moment dat zij zich bond voor haar niet ten minste de mogelijkheid van het derdenbelang redelijkerwijs voorzienbaar was.¹¹ Een dergelijke voorzienbaarheid kan bijvoorbeeld bestaan omdat de schakeling van verhoudingen zoals die nadien optrad, aansluit bij een in de praktijk gangbaar patroon. Ter vermijding van misverstanden: met het voorgaande bedoel ik niet zozeer een vereiste voor aansprakelijkheid toe te voegen, als wel te verhelderen dat zonder voorzienbaarheid van een schakeling in de in *Vleesmeesters/Alog* bedoelde zin geen sprake is. Eventueel kunnen we ook zeggen dat de vereiste ‘nauwe betrokkenheid’ ontbreekt.

2.9. Tot zover voorlopig over *Vleesmeesters/Alog*. [eiseres] c.s. hebben zich voor hun vordering nog op een ander gevalstype beroepen, namelijk dat van het profiteren van wanprestatie.¹² Het feitelijke aanknopingspunt voor deze tweede grondslag is uiteraard een andere dan voor het beroep van [eiseres] c.s. op

6 Tot deze schijn draagt ook bij de verwijzing in het arrest *Vleesmeesters/Alog* naar het arrest van 3 mei 1946, NJ 1946/323 (*Staat/Degens*), waarin onder meer is overwogen dat ‘niet is uitgesloten, dat dezelfde gedraging, die wanprestatie oplevert in de verhouding tot den medecontractant en als zoodanig niet onrechtmatig is tegenover een derde, buitendien jegens dien derde – getoetst aan normen, die bestemd zijn tot bescherming van het belang, waarin deze, als gevolg der wanprestatie, is geschaad, – een onrechtmatige daad vormt.’ In het arrest [B/C] herhaalt uw Raad de verwijzing naar *Staat/Degens* niet.

7 Vergelijk ook rechtsoverweging 3.4.3 van het arrest [B/C].

8 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/66a; C.E. du Perron, *Overeenkomsten en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, nrs. 353-355 en zijn noot onder HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*); M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 71-72; J.B.M. Vranken, *De derde in het overeenkomstenrecht*, WPNR 1997 (6288), p. 715; B.T.M. van der Wiel, *GS Onrechtmatige Daad, regeling Boek 6 BW*, aant. 120.

9 J.B.M. Vranken, *Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie*, WPNR 2002 (6472), p. 44.

10 Hetzij indirect, doordat de derde uit hoofde van onrechtmatige daad achteraf schadevergoeding vordert (eventueel ook in natura), hetzij direct, doordat de derde proactief ex art. 3:296 BW een verbod of bevel vordert.

11 Hier gelden vergelijkbare argumenten als voor een inperking van het causaal verband in gevallen van wanprestatie, in die zin dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet te voorziene schadeposten in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen. Een contractspartij moet vooraf een goede inschatting kunnen maken van hetgeen waartoe zij in verband met een af te sluiten overeenkomst gehouden zal zijn, alsook van de omvang van de schade waarvoor zij het risico van aansprakelijkheid zal gaan lopen. Vergelijk mijn conclusie voor HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, RvdW 2017/252 (*Avi Cranes*/[...]) onder 2.4 e.v.

12 Het hof verwijst in navolging van [eiseres] c.s. naar HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084, NJ 2007/78 (*Van der Ven/Sleegers*) en HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194 (*Joba*). Eerstbedoelde zaak ziet niet op wanprestatie in de klassieke zin van het woord, maar op de niet-nakoming van een verbintenis uit de wet, namelijk het voorkeursrecht van de pachter. Zie voor het profiteren van wanprestatie in strikte zin, behalve het zojuist genoemde *Joba*-arrest, vooral HR 17 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5024, NJ 1986/760 m.nt. W.M. Kleijn (*Curaçao/Boyé*).

Vleesmeesters/Alog. De focus ligt nu niet op de wijze waarop Compaen uitvoering heeft gegeven aan de koopovereenkomst van 14 maart 2007, maar in plaats daarvan op de wijze waarop Compaen heeft geprofiteerd van de ontbinding van de overeenkomst [eiseres]-DMB op 3 juli 2009 (zie hiervoor onder 1.1.6) en die ontbinding ook heeft bevorderd door op die dag met DMB de intentieverklaring en de vaststellingsovereenkomst aan te gaan (zie onder 1.1.4 en 1.1.5).

2.10. Over dit tweede gevalstype kan ik kort zijn. Het is vaste rechtspraak dat de omstandigheid dat een partij ervan profiteert dat haar wederpartij ten opzichte van een derde tekortschiet, op zichzelf nog geen onrechtmatige daad oplevert. Noodzakelijk voor aansprakelijkheid is in de eerste plaats dat de bedoelde partij zich ten tijde van haar handelen van dat tekortschieten bewust was.¹³ In de tweede plaats moet sprake zijn van bijkomende omstandigheden, waarbij het bijvoorbeeld gaat om de ernst van het nadeel dat de derde voorzienbaar lijdt en de mate waarin het tekortschieten door de aangesproken partij is bevorderd.

2.11. Hiermee kom ik toe aan het middel. Onderdeel 1 richt zich tegen de rechtsoverwegingen 4.6.2 en 4.9.4 van het tussenarrest. Die overwegingen luiden:

‘4.6.2. Uit het overwogen in r.o. 6.9 en 6.10 van het bestreden vonnis volgt dat de rechtbank op basis van de rechtsregel, die de Hoge Raad heeft geformuleerd in o.a. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09069 en HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, heeft geoordeeld dat Compaen onrechtmatig jegens [eiseres] c.s. heeft gehandeld. Deze rechtsregel houdt onder meer het volgende in. Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die genoemde derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben. Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Of dat zo is hangt af van de omstandigheden van het geval.

(...)

4.9.4. Ingevolge vaste rechtspraak van de Hoge Raad is het handelen met iemand terwijl men weet dat deze laatste door dat handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die derde niet onrechtmatig. Van onrechtmatigheid is pas sprake indien die aangesproken partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij door het sluiten van de desbetreffende overeenkomst, kort gezegd, wanprestatie pleegt jegens een derde, en bovendien sprake is van bijkomende omstandigheden (zie o.a. HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084 en vgl. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740).’

2.12. Volgens het onderdeel heeft het hof aldus een te beperkt beoordelingskader gehanteerd. De grondslag van de vorderingen van [eiseres] c.s. is onrechtmatige daad, zodat het hof deze vorderingen op de volledige grondslag van art. 6:162 lid 2 BW

had moeten onderzoeken en zich niet had mogen beperken tot twee specifieke verschijningsvormen van onrechtmatige daad.

2.13. Het onderdeel duidt de feitelijke grondslag van de klacht niet aan; vindplaatsen in het dossier van de feitelijke instanties ontbreken. Daarmee voldoet het middel niet aan de daaraan te stellen eisen. Weliswaar houdt art. 25 Rv in dat de rechter de rechtsgronden aanvult, maar wel binnen de begrenzing van hetgeen partijen aan hun vordering en verweer feitelijk ten gronde hebben gelegd. Zonder een behoorlijke aanduiding van de feitelijke grondslag die voor het hof aanleiding had moeten zijn voor een onderzoek naar een onrechtmatige daad in een (geheel of gedeeltelijk) andere zin dan dat van de beide gevalstypen die door het hof zijn onderzocht, kan de klacht dus onmogelijk doel treffen.

2.14. Het tweede onderdeel is gericht tegen rechtsoverweging 4.6.3 van het tussenarrest. Die overweging, uiteraard een rechtstreeks vervolg op 4.6.2, luidt:

‘4.6.3. Deze rechtsregel komt er op neer dat de wanprestatie van een contractspartij onder omstandigheden tevens een onrechtmatige daad jegens een derde kan opleveren. In het onderhavige geval mist deze rechtsregel echter toepassing, reeds omdat er niet van kan worden uitgegaan dat Compaen tekort is geschoten in de nakoming van de tussen haar en DMB gesloten overeenkomst van 14 maart 2007 waarmee de overeenkomst tussen DMB en [eiseres] c.s. van 21 december 2007 nauw samenhangt. DMB en Compaen hebben hun overeenkomst van 14 maart 2007 met wederzijds goedvinden beëindigd. De enkele door [eiseres] c.s. aangevoerde omstandigheid, kort gezegd inhoudende dat Compaen heeft afgedwongen dat DMB zou instemmen met het beëindigen van deze overeenkomst (zie mva, nr. 56), maakt niet dat Compaen jegens DMB tekort is geschoten in de nakoming van die overeenkomst. Overige omstandigheden op grond waarvan kan worden aangenomen dat Compaen jegens DMB tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst d.d. 14 maart 2007, zijn gesteld noch gebleken.’

2.15. Het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte heeft beslist dat de door de rechtbank gehanteerde rechtsregel uit Vleesmeesters/Alog in het onderhavige geval toepassing mist. Volgens de klacht heeft het hof ten onrechte als voorwaarde gesteld dat sprake moet zijn van een tekortschieten van de aangesproken partij bij de nakoming van de overeenkomst met haar contractspartij. Waar het om gaat, is of het Compaen onder de gegeven omstandigheden vrij stond de belangen te verwaarlozen die [eiseres] c.s. bij behoorlijke nakoming van het contract tussen Compaen en DMB hadden of konden hebben.

2.16. Uit hetgeen hiervoor onder 2.4 e.v. is gezegd, volgt dat de rechtsopvatting waarvan het onderdeel uitgaat, juist is. Ook kan niet worden ontkend dat het hof is uitgegaan van de onjuiste opvatting volgens welke voor aansprakelijkheid van Compaen vereist was dat zij jegens DMB tekortschoot.

2.17. Toch betekent dit niet dat het onderdeel tot cassatie behoort te leiden. Ik ben geneigd rechtsoverweging 4.6.3 aldus te lezen dat het hof daar op twee gronden het beroep van [eiseres] c.s. op de rechtsregel van Vleesmeesters/Alog passeert, namelijk (1) omdat er niet van kan worden uitgegaan dat Compaen tekort is geschoten in de nakoming van de tussen haar en DMB gesloten overeenkomst van 14 maart 2007 en (2) omdat er (ook) niet van kan worden uitgegaan dat de tussen Compaen en DMB gesloten overeenkomst met de overeenkomst tussen DMB en [eiseres] c.s. van 21 december 2007 nauw samenhangt. De eerste pijler onder zijn beslissing werkt het hof uit in de opvolgende zinnen. De tweede pijler onder die beslissing werkt het hof niet uit, kennelijk omdat naar het oordeel van het hof de feiten reeds voldoende voor zichzelf spreken. [eiseres] c.s. richten geen middel tegen de tweede pijler onder de beslissing van het hof.

¹³ Of eventueel bewust behoorde te zijn. Vergelijk het arrest Curaçao/Boyé, waar wordt gesproken van de mogelijkheid van het bestaan van een onderzoeksplicht.

Dat de eerste pijler ondeugdelijk is, baat hen daarom niet, want de tweede pijler draagt die beslissing zelfstandig. In deze lezing van het arrest van het hof heeft de zinsnede ‘reeds omdat er niet van kan worden uitgegaan dat’ zowel betrekking op het bestaan van de tekortkoming van Compaen als op het bestaan van een nauwe samenhang tussen de beide overeenkomsten.

2.18. Uiteraard heb ik mij de vraag gesteld of deze lezing van het arrest van het hof verantwoord is. Dat is ze mijns inziens. De onderhavige zaak komt erop neer dat [eiseres] c.s. met de overeenkomst [eiseres]-DMB van 21 december 2007 hebben weten aan te haken bij een reeds voordien tussen Compaen en DMB bestaande overeenkomst. Het belang van [eiseres] c.s. was volgens hun stellingen gelegen in de korting van € 45.000,= per te kopen en af te nemen appartementsrecht, en daarnaast in een hoe dan ook te ontvangen vergoeding voor de zekerheidsstelling van € 15.000,= per woning. Dat Compaen op het moment dat zij de koopovereenkomst van 14 maart 2007 aanging, redelijkerwijs bedacht had moeten zijn op de mogelijkheid dat die overeenkomst met die van [eiseres]-DMB zou worden ‘geschakeld’, is door [eiseres] c.s. niet aangevoerd en ligt ook niet voor de hand. Bij die stand van zaken is van een schakeling van verhoudingen als in het arrest Vleesmeesters/Alog bedoeld geen sprake, althans kan niet worden gezegd dat tussen de koopovereenkomst Compaen-DMB en de overeenkomst [eiseres]-DMB een zodanige nauwe samenhang bestond, dat Compaen haar gedrag mede door de belangen van [eiseres] c.s. diende te laten bepalen.

2.19. In het verlengde van het voorgaande nog iets voor het geval uw Raad in rechtsoverweging 4.6.3 niet mede de hiervoor bedoelde tweede pijler wil lezen. In dat geval hebben [eiseres] c.s. niettemin bij hun klacht geen belang. Toetsen we de door het hof vastgestelde feiten aan de juiste rechtsopvatting, dan moet de conclusie immers zijn dat Compaen niet onrechtmatig jegens [eiseres] c.s. heeft gehandeld. Dit volgt reeds uit wat zojuist gezegd is: van een relevante schakeling van verhoudingen, respectievelijk van een nauwe samenhang op grond waarvan Compaen de belangen van [eiseres] c.s. diende te ontzien, is geen sprake. Enigszins onaardig gezegd hebben [eiseres] c.s. zich buiten hetgeen waarop Compaen bedacht diende te zijn en met hulp van DMB in de voordien reeds bestaande betrekking tussen Compaen en DMB weten ‘naar binnen te werken’. Niet valt in te zien waarom het aan Compaen, die de handelwijze van [eiseres] c.s. (en DMB) klaarblijkelijk niet aanstond, niet vrijstond om vervolgens [eiseres] c.s. weer met hulp van DMB ‘naar buiten te werken’. Een dergelijk betalen met gelijke munt is niet onrechtmatig. Nog wat anders geformuleerd: niet kan worden gezegd dat [eiseres] c.s. erop mochten vertrouwen dat hun belangen door Compaen zouden worden ontzien.

2.20. Dat [eiseres] c.s. bij hun klacht geen belang hebben, volgt ook uit andere door het hof (in cassatie niet of niet succesvol bestreden) vastgestelde feiten en omstandigheden. In rechtsoverweging 4.9.8 van het tussenarrest heeft het hof vastgesteld dat Compaen ervan uit mocht gaan dat DMB, als zij niet op goede gronden de overeenkomst met [eiseres] c.s. zou hebben ontbonden, € 300.000,= zou betalen en dat Compaen in dat geval daar dan zelf € 100.000,= aan zou bijdragen. In rechtsoverweging 7.4.3 van het eindarrest waardeert het hof dit aldus dat Compaen zich in enige mate het belang van [eiseres] c.s. heeft aangetrokken. Het hof bedoelt met dit laatste klaarblijkelijk dat hoewel het beding omtrent de bijdrageplicht van Compaen geen derdenbeding is, het toch mede het belang van [eiseres] c.s. diende, omdat het de kans vergrootte dat DMB de financiële ruimte zou hebben om aan het eventuele vorderingsrecht van [eiseres] c.s. te voldoen. In rechtsoverweging 4.9.9 van het tussenarrest heeft het hof bovendien vastgesteld dat DMB in grote

financiële problemen verkeerde en dat SNS slechts bereid was de financiering van het project voort te zetten als Compaen de rechten en verplichtingen van DMB overnam. In rechtsoverweging 7.4.3 heeft het hof daarnaast nog vastgesteld dat in 2009 sprake was van verslechterende marktomstandigheden, waardoor het (oorspronkelijke) project niet haalbaar was. In het samenstel van deze feiten en omstandigheden ligt besloten dat voor zover Compaen (anders dan hiervoor aangenomen) zich wél de belangen van [eiseres] c.s. had dienen aan te trekken, zij dat – mede gegeven de verhouding met SNS als financier, de positie waarin DMB verkeerde en de inmiddels gewijzigde marktomstandigheden – reeds in voldoende mate heeft gedaan. Ook daarom heeft Compaen dus niet onrechtmatig jegens [eiseres] c.s. gehandeld.

2.21. In dit verband wijs ik er nog op dat in het geheel niet vanzelfsprekend is dat het belang van [eiseres] c.s. bij de overeenkomst [eiseres]-DMB waarmee Compaen eventueel rekening diende te houden, óók de korting van € 45.000,= per appartementsrecht betrof. Volgens de tekst van de overeenkomst gold die korting immers alleen voor het geval dat [eiseres] c.s. tot koop en afname van de appartementsrechten door DMB zou worden verplicht (zie artikel 9 van de overeenkomst, onder 1.1.2 aangehaald), wat zich niet heeft voorgedaan (zie onder 1.1.3). Een begrijpelijke uitleg waarom het belang van [eiseres] c.s. bij de overeenkomst [eiseres]-DMB niettemin mede op de bedoelde korting zag, heb ik in de stukken niet teruggevonden.

2.22. Uit het voorgaande volgt dat onderdeel 2 niet tot cassatie kan leiden, hoezeer de daarin vervatte klacht op zichzelf ook terecht is voorgesteld.

2.23. Het derde onderdeel klaagt er over dat het hof in rechtsoverweging 4.9.4 van het tussenarrest en de rechtsoverwegingen 7.4 en 7.4.2 van het eindarrest als maatstaf en uitgangspunt bij de (verdere) beoordeling heeft gehanteerd dat van aansprakelijkheid van Compaen op grond van onrechtmatige daad, ingevolge de rechtsregel uit Van de Ven/Sleegers, alleen sprake kan zijn als DMB jegens [eiseres] c.s. wanprestatie heeft gepleegd. Volgens het onderdeel geldt ook hier dat Compaen ook onrechtmatig jegens [eiseres] c.s. kan hebben gehandeld zonder dat DMB in de nakoming van haar overeenkomst met [eiseres] c.s. tekort is geschoten.

2.24. Deze klacht betreft dus het tweede gevalstype waarop [eiseres] c.s. een beroep hebben gedaan, namelijk dat van het onrechtmatig profiteren van wanprestatie. Mij dunkt dat de klacht geen doel kan treffen, eenvoudig omdat zonder wanprestatie het niet mogelijk is om van wanprestatie te profiteren. Uiteraard kan ook buiten het geval van het profiteren van wanprestatie sprake zijn van een onrechtmatige daad, maar daarvoor geldt dan iets vergelijkbaars als wat ik naar aanleiding van onderdeel 1 heb gezegd. De klacht duidt niet de feitelijke grondslag aan die voor het hof aanleiding had moeten zijn voor een onderzoek naar een onrechtmatige daad in een andere zin dan dat van het gevalstype profiteren van wanprestatie.¹⁴

2.25. Los van het voorgaande geldt dat [eiseres] c.s. bij de klacht geen belang hebben. Bij het tussenarrest heeft het hof in het midden gelaten of DMB tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst met [eiseres] c.s. (zie rechtsoverweging 4.9.5). Bij eindarrest heeft het hof in rechtsoverweging 7.4.2 geoordeeld dat geen sprake is van een onrechtmatige daad van Compaen, kort gezegd, omdat niet vaststaat dat DMB jegens [eiseres] c.s. wanprestatie heeft gepleegd. Vervolgens heeft het hof in rechtsoverweging 7.4.3 nog overwogen dat ook indien ervan moet worden uitgegaan dat Compaen wist dat DMB door het

14 Uiteraard naast het in de voorgaande onderdelen reeds besproken gevalstype uit Vleesmeesters/Alog.

sluiten van de intentieverklaring wanprestatie jegens [eiseres] c.s. pleegde, er nog geen sprake is van onrechtmatig handelen van Compaen. Dit omdat [eiseres] c.s. onvoldoende bijkomende omstandigheden hebben gesteld. Met deze overwegingen heeft het hof het oordeel dat Compaen met het sluiten van de overeenkomsten van 3 juli 2009 niet onrechtmatig jegens [eiseres] c.s. heeft gehandeld, opnieuw op twee zelfstandig dragende gronden gebaseerd. Hierna zal, bij de bespreking van het vierde onderdeel, blijken dat rechtsoverweging 7.4.3 in cassatie stand houdt. Ook dat maakt dus dat de klachten gericht tegen rechtsoverweging 7.4.2 (en de (voortbouw)klachten gericht tegen de vergelijkbare rechtsoverweging 7.4 van het eindarrest en rechtsoverweging 4.9.4 van het tussenarrest) niet tot cassatie kunnen leiden.

2.26. Ook onderdeel 4 betreft de beslissing van het hof omtrent het gevalstype profiteren van wanprestatie. Het onderdeel richt zich tegen de rechtsoverwegingen 7.4.2, 7.4.3 en 7.4.4 van het eindarrest. Dit onderdeel, bestaande uit een maar liefst zeven pagina's lange opsomming van met name motiveringsklachten, heeft meer overeenkomsten met een schot hagel dan met een deugdelijk cassatiemiddel. Mijns inziens geeft het onderdeel aan geen van de daarin vervatte klachten een uitwerking die, in het licht van de juiste rechtsopvatting omtrent onder meer Vleesmeesters/Alog en het onrechtmatig profiteren van wanprestatie (zoals hiervoor aan de orde), tot de slotsom kunnen leiden dat 's hofs arrest rechtens onjuist, onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd is.

2.27. Op één punt werk ik dat nader uit, mede naar aanleiding van wat hiervoor onder 2.20 is opgemerkt. In rechtsoverweging 7.4.3 overweegt het hof als volgt.

‘7.4.3. Indien het oordeel in 7.4.2. al anders zou moeten luiden en er van uit moet worden gegaan dat Compaen wist dat DMB door het sluiten van de intentieovereenkomst wanprestatie jegens [eiseres] c.s. pleegde is het hof van oordeel dat [eiseres] c.s. onvoldoende bijkomende omstandigheden hebben gesteld die het handelen van Compaen onrechtmatig doen zijn. Het hof neemt bij dit oordeel tot uitgangspunt dat SNS de financiering van het project slechts wilde verlengen als Compaen de rechten en verplichtingen uit die financiering van DMB overnam. DMB kon, gelet op de grote financiële problemen waarin zij verkeerde, haar verplichtingen jegens SNS niet nakomen, waardoor de voortgang van het project Parc Valère bedreigd werd. Bovendien hebben [eiseres] c.s. onvoldoende weersproken dat in 2009 bleek dat sprake was van verslechterde markt-omstandigheden, waardoor het project niet haalbaar was (zoals Compaen bij conclusie van antwoord sub 20 en conclusie van dupliek sub 18 stelt) en dat daarmee bij het sluiten van de intentieovereenkomst rekening is gehouden. Onder deze omstandigheden kan Compaen geen onrechtmatig handelen worden verweten doordat zij, wetende van de verplichting van DMB uit de overeenkomst met [eiseres] c.s. toch heeft aangestuurd op ontbinding van die overeenkomst (hetgeen Compaen overigens ontkent). Dit geldt te meer nu Compaen zich de belangen van [eiseres] c.s. in enige mate heeft aangetrokken door zich te verplichten een bedrag van € 100.000,= bij te dragen als zou blijken dat DMB, kort gezegd, ondanks de ontbinding van de overeenkomst met [eiseres] c.s., de garantiesom van € 300.000,= aan [eiseres] c.s. verschuldigd zou worden.’

2.28. Met betrekking tot deze overweging klaagt het onderdeel onder 4.6 (op blad 8 van de cassatiedagvaarding) dat de omstandigheden dat DMB grote financiële problemen had, dat SNS de financiering van het project alleen wilde verlengen als Compaen per 1 december 2009 de positie van SNS in het project zou overnemen en dat sprake was van verslechterde markt-omstandigheden, waardoor het project niet haalbaar was, niet kun-

nen rechtvaardigen dat Compaen buiten [eiseres] c.s. om nieuwe afspraken heeft gemaakt die evident de belangen van [eiseres] c.s. schaden.

2.29. Het hof heeft met de bestreden overwegingen klaarblijkelijk tot uitdrukking willen brengen dat zonder de door Compaen (en DMB) getroffen maatregelen, het project hoe dan ook geen doorgang had kunnen vinden. Zouden er geen maatregelen zijn getroffen, dan zou de financiering door SNS immers zijn ingetrokken. In dat geval zou DMB haar verplichtingen jegens Compaen ook niet meer na hebben kunnen komen, waardoor de overeenkomst tussen DMB en Compaen zou zijn ontbonden en de ontbindende voorwaarde uit de overeenkomst tussen DMB en [eiseres] c.s. in werking zou zijn getreden, aldus kennelijk het hof. In die redenering stond Compaen voor een keuze tussen twee mogelijkheden die voor [eiseres] c.s. hetzelfde eindresultaat zouden hebben. Het is alleszins begrijpelijk dat het hof daaraan de gevolgtrekking heeft verbonden dat bijkomende omstandigheden die aan de handelwijze van Compaen een onrechtmatig karakter verlenen, ontbreken. Het onderdeel bestrijdt alleen een karikatuur van de redenering van het hof, namelijk als zou het zijn uitgegaan van ‘de rechtsopvatting dat het feit dat een partij (DMB) financiële moeilijkheden heeft voor een derde (Compaen) een rechtvaardiging vormt om te eigen bate gebruik te maken van de benadeling door die partij van de belangen van een andere derde ([eiseres] c.s.)’.

2.30. Los daarvan geldt dat Compaen de belangen van [eiseres] c.s. niet behoefde te ontzien en haar eigen belang voorop mocht stellen. Zelfs als [eiseres] c.s. van de door Compaen (alsmede door DMB en [A]) gemaakte keuzes slechter is geworden, is dat dus geheel en al onvoldoende om te kunnen oordelen dat Compaen jegens [eiseres] c.s. onrechtmatig heeft gehandeld.

2.31. Voor wat betreft het vervolg onder 4.6 volsta ik met enkele opmerkingen.

– De in het slot van pagina 8 en de eerste alinea van pagina 9 van de cassatiedagvaarding genoemde stellingen die het hof ten onrechte buiten beschouwing zou hebben gelaten, betreffen (blote) stellingen waarop het hof niet behoefde te responderen en voorts stellingen die bij de bespreking van onderdeel 5 reeds aan de orde komen.

– Anders dan in de tweede alinea van pagina 9 van de cassatiedagvaarding wordt aangevoerd is het, gelet op de financiële situatie van DMB (zie rechtsoverweging 7.4 eindarrest, laatste gedachtestreepje), niet onbegrijpelijk dat het hof tot het oordeel is gekomen dat het (ook) in het belang van [eiseres] c.s. was dat een deel van de eventueel te betalen som van € 300.000,= (uiteindelijk) niet door DMB zou worden gedragen, maar door Compaen (zie ook onder 2.20 hiervoor).

– Het onderdeel sluit af met het benoemen van een groot aantal – volgens het onderdeel: essentiële – stellingen die ten onrechte door het hof onbesproken zouden zijn gelaten. Voor het overgrote deel zien deze stellingen echter niet op de vraag of sprake is van bijkomende omstandigheden die onrechtmatig maken dat Compaen bewust heeft geprofiteerd van het wanpresteren van DMB. Voor het overige betreft het stellingen die het hof reeds bij de beoordeling heeft betrokken en op niet onbegrijpelijke wijze van onvoldoende gewicht heeft geacht, dan wel stellingen waarvan niet valt in te zien dat ze essentieel van aard zijn.

2.32. De onder 4.1 tot en met 4.5 opgenomen klachten zijn allen gericht tegen rechtsoverweging 7.4.2. Nu de klachten gericht tegen rechtsoverweging 7.4.3 niet slagen en, zoals reeds opgemerkt, in zowel rechtsoverweging 7.4.2 als rechtsoverweging 7.4.3 een zelfstandig dragende grond is opgenomen voor 's hofs oordeel dat hier geen sprake is van het op onrechtmatige

wijze profiteren van wanprestatie, laat ik een nadere¹⁵ bespreking van deze klachten achterwege.

2.33. Het onderdeel treft geen doel.

2.34. Met onderdeel 5 wordt opgekomen tegen de rechtsoverwegingen 7.3.1 en 7.3.2 van het arrest van het hof. Ook over dit onderdeel kan ik kort zijn.

2.35. Bij het tussenarrest heeft het hof Compaen in de gelegenheid gesteld om te reageren op de stelling van [eiseres] c.s. in de memorie van antwoord (onder 37) dat er naar aanleiding van de weigering van SNS om de financiering voort te zetten geen noodzaak bestond om de contractsopties te herzien op de wijze waarop dat bij de intentieovereenkomst heeft plaatsgevonden. Volgens [eiseres] c.s. kon DMB [eiseres] c.s. dwingen om vervroegd het overeengekomen aantal van twintig woningen af te nemen, en had zij daarmee ook Compaen tot vervroegde levering kunnen dwingen. Met de koopsom zou DMB SNS hebben kunnen aflossen.

2.36. Nadat het debat aldus was voortgezet, heeft het hof bij het eindarrest – nadat het in rechtsoverweging 7.3.1 had afgedongen op de kwaliteit van de stellingen van [eiseres] c.s. – onder 7.4 e.v. geoordeeld dat *onafhankelijk van* de bedoelde stellingen van [eiseres] c.s. Compaen niet onrechtmatig heeft gehandeld. Volgens het onderdeel kon het hof deze beslissing, nu zij Compaen bij tussenarrest de gelegenheid had geboden op deze stellingen te reageren, niet meer nemen. Dit uitgangspunt is onjuist. Het is begrijpelijk dat de tournure van het hof [eiseres] c.s. heeft verrast, maar het stond het hof nu eenmaal vrij om eerst bij het eindarrest de balans op te maken. Dat het eindresultaat is dat het tussenarrest een eindarrest had kunnen zijn, maakt dat niet anders.

2.37. Op zichzelf begrijpelijk klaagt het onderdeel onder a dat het hof, waar dat door [eiseres] c.s. was gesteld en door Compaen niet was betwist, niet als vaststaand heeft aangenomen dat DMB Compaen tot vervroegde levering had kunnen dwingen. Dat leidt echter niet tot cassatie, in de eerste plaats omdat ook indien het hof dat wel zou hebben aangenomen, nog steeds begrijpelijk is 's hofs oordeel in het slot van rechtsoverweging 7.3.1 dat door [eiseres] c.s. onvoldoende feitelijk is onderbouwd dat Compaen slechts met het doel [eiseres] c.s. te schaden de intentieverklaring aanging. Dat er een andere mogelijkheid was om aan de financiële nood van DMB tegemoet te komen, waarbij de overeenkomst [eiseres]-DMB wél onverkort zou zijn nagekomen, is voor aansprakelijkheid van Compaen bovendien volstrekt onvoldoende. Om deze laatste reden mocht het hof ook onbesproken laten de in het onderdeel onder b bedoelde stelling dat de door Compaen bij de (vervroegde) levering te betalen koopsom, meer dan voldoende zou zijn geweest om SNS af te lossen.

2.38. Ook de andere klachten van het onderdeel treffen geen doel. Deze klachten houden, samengevat weergegeven, in dat het hof ten onrechte geen acht heeft geslagen op de stelling van [eiseres] c.s. dat Compaen [eiseres] c.s. uit het project wilde werken om haar eigen belangen te dienen (onder c) en dat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat [eiseres] c.s. heeft gesteld dat een faillissement van DMB voorkomen zou zijn als DMB gebruik had gemaakt van de mogelijkheid tot vervroegde levering aan Compaen (onder d). Hiervoor is al besproken dat Compaen de belangen van [eiseres] c.s. niet behoefde te ontzien en haar eigen belang voorop mocht stellen. Daarnaast is ook al aan de orde gekomen dat niet ontoelaatbaar is dat Compaen [eiseres] c.s., nadat laatstgenoemde zich in het project had gewerkt, er – kort gezegd – weer uitwerkte. De onder c aange-

haalde stelling betreft dan ook geen essentiële stelling. De overweging waar het onderdeel zich onder d tegen richt, betreft een overweging ten overvloede.

2.39. Onderdeel 6 bevat alleen voortbouwkklachten en behoeft geen afzonderlijke bespreking.

2.40. De slotsom is dat geen van de onderdelen doel treft. Tegelijk biedt de zaak de gelegenheid om het arrest Vleesmeesters/Alog op twee punten te verduidelijken: (1) voor aansprakelijkheid is niet vereist dat de aangesproken partij wanprestatie heeft gepleegd en (2) de vereiste nauwe samenhang veronderstelt dat het derdenbelang voor de aangesproken partij ten tijde van de contractssluiting voorzienbaar was.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. het vonnis in de zaak 224575/HA ZA 11-82 van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 27 juni 2012;

b. de arresten in de zaak 200.114.304/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 22 juli 2014 en 23 februari 2016.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen de arresten van het hof hebben [eiseres] c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Compaen heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Compaen mede door mr. P.J. Tanja.

De conclusie van de Advocaat-Generaal W.L. Valk strekt tot verwerping.

De advocaat van [eiseres] c.s. heeft bij brief van 24 mei 2017 op die conclusie gereageerd.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Tussen De Molen Bunders B.V. (hierna: DMB) en Compaen is op 14 maart 2007 een overeenkomst gesloten op grond waarvan Compaen van DMB ten aanzien van 70 woningen (toekomstige) appartementsrechten heeft gekocht tegen een koopprijs van € 4.611.750,- (hierna: de koopovereenkomst). In de koopovereenkomst is bepaald dat Compaen deze kan ontbinden indien uiterlijk op 1 februari 2008 niet minimaal 20 appartementen zijn verkocht.

(ii) DMB heeft op 21 december 2007 een overeenkomst met [eiseres] c.s. gesloten (hierna: de overeenkomst [eiseres]-DMB). Het doel van de overeenkomst [eiseres]-DMB was om te bewerkstelligen dat Compaen de hiervoor onder (i) bedoelde voorwaarde niet zou kunnen inroepen. [eiseres] c.s. hebben zich bij de overeenkomst [eiseres]-DMB verplicht op eerste afroep van DMB maximaal 20 appartementsrechten van Compaen te kopen. DMB heeft zich in de overeenkomst [eiseres]-DMB onder meer verplicht aan [eiseres] c.s. € 15.000,- te betalen voor elk appartementsrecht (met een maximum van 20) dat uiteindelijk niet door [eiseres] c.s. behoefde te worden gekocht en afgenomen.

(iii) In de overeenkomst [eiseres]-DMB is voorts bepaald dat, als de koopovereenkomst om welke reden dan ook wordt ontbonden, de overeenkomst [eiseres]-DMB gelijktijdig wordt ontbonden.

15 Hetgeen ik onder 2.26 hiervoor heb opgemerkt geldt onverkort voor deze klachten.

(iv) Compaaen heeft de hiervoor onder (i) bedoelde voorwaarde niet ingeroepen. DMB heeft [eiseres] c.s. niet verplicht appartementsrechten te kopen zoals hiervoor onder (ii) bedoeld.

(v) Op 3 juli 2009 zijn DMB, Compaaen en [A] B.V. (hierna: [A]) in een intentieverklaring betreffende “Parc Valere 1ste fase: Herschikking Contractsposities Compaaen – Molen Bunders” (hierna: de intentieverklaring) onder andere overeengekomen dat de koopovereenkomst wordt ontbonden, dat overeenkomsten worden gesloten tussen DMB en [A] en tussen [A] en Compaaen, alsmede dat de overeenkomst [eiseres]-DMB wordt ontbonden. In de intentieverklaring staat onder het kopje “Sideletter [A] – Compaaen – DMB” onder meer een passage over de verdeling tussen DMB, Compaaen en [A] van de financiële risico’s van de ontbinding van de overeenkomst [eiseres]-DMB.

(vi) Op 3 juli 2009 hebben DMB en Compaaen een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin onder meer is bepaald dat de koopovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt beëindigd.

(vii) Bij brief van 3 juli 2009 heeft DMB aan [eiseres] c.s. meegedeeld dat de koopovereenkomst per 3 juli 2009 is ontbonden en dat dit tot gevolg heeft dat per deze datum ook de overeenkomst [eiseres]-DMB is ontbonden.

(viii) DMB is op 4 mei 2010 op verzoek van Compaaen failliet verklaard.

3.2.1 In dit geding vorderen [eiseres] c.s. onder meer dat Compaaen wordt veroordeeld tot betaling van € 607.000,= met rente en kosten. Zij leggen aan de vordering ten grondslag dat Compaaen onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de schade die zij als gevolg daarvan hebben geleden, waaronder het mislopen van € 15.000,= per appartementsrecht voor ten hoogste 20 appartementsrechten die niet door [eiseres] c.s. behoefden te worden gekocht en afgenomen.

3.2.2 De rechtbank heeft de vordering tot een bedrag van € 300.000,= toegewezen en voor het overige afgewezen.

3.2.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering alsnog geheel afgewezen. Daartoe heeft het hof, voor zover van belang voor de beoordeling van de klachten in cassatie, in zijn tussenarrest als volgt overwogen:

“4.6.2. Uit het (...) bestreden vonnis volgt dat de rechtbank op basis van de rechtsregel, die de Hoge Raad heeft geformuleerd in o.a. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069 en HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, heeft geoordeeld dat Compaaen onrechtmatig jegens [eiseres] c.s. heeft gehandeld.

(...)

4.6.3. Deze rechtsregel komt er op neer dat de wanprestatie van een contractspartij onder omstandigheden tevens een onrechtmatige daad jegens een derde kan opleveren. In het onderhavige geval mist deze rechtsregel echter toepassing, reeds omdat er niet van kan worden uitgegaan dat Compaaen tekort is geschoten in de nakoming van de tussen haar en DMB gesloten overeenkomst van 14 maart 2007 waarmee de overeenkomst tussen DMB en [eiseres] c.s. van 21 december 2007 nauw samenhangt. DMB en Compaaen hebben hun overeenkomst van 14 maart 2007 met wederzijds goedvinden beëindigd. De enkele door [eiseres] c.s. aangevoerde omstandigheid, kort gezegd inhoudende dat Compaaen heeft afgedwongen dat DMB zou instemmen met het beëindigen van deze overeenkomst (...), maakt niet dat Compaaen jegens DMB tekort is geschoten in de nakoming van die overeenkomst. Overige omstandigheden op grond waarvan kan worden aangenomen dat Compaaen jegens DMB tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst d.d. 14 maart 2007, zijn gesteld noch gebleken.”

3.3.1 Onderdeel 2 klaagt dat het hof (in rov. 4.6.3) ten onrechte heeft beslist dat de door de rechtbank gehanteerde rechtsregel

(door het hof aangehaald in rov. 4.6.2) in het onderhavige geval toepassing mist.

3.3.2 In de door de rechtbank en het hof bedoelde arresten (HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587; HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, NJ 2012/59) is het volgende beslist.

Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractsverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben. Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen dit meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.

3.3.3 Blijkens de gedingstukken hebben [eiseres] c.s. onder meer aan hun vordering ten grondslag gelegd dat en waarom het Compaaen in de omstandigheden van het geval niet vrijstond de belangen van [eiseres] c.s. bij de behoorlijke nakoming van de hiervoor in 3.1 onder (i) bedoelde koopovereenkomst tussen Compaaen en DMB te verwaarlozen, en dat Compaaen deze belangen had dienen te ontzien door haar gedrag mede door die belangen van [eiseres] c.s. te laten bepalen. Het hof heeft geoordeeld dat op dit geschilpunt niet het hiervoor in 3.3.2 vermelde beoordelingskader van toepassing is op de grond dat niet ervan kan worden uitgegaan dat Compaaen is tekortgeschoten in de nakoming van de koopovereenkomst waarmee de overeenkomst [eiseres]-DMB nauw samenhangt. Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In dat beoordelingskader is bepalend of de aangesproken partij haar verklaringen en gedragingen ter zake van de overeenkomst waarbij zij partij is, mede diende te laten bepalen door de belangen van de betrokken derde, en is dus niet mede vereist dat de aangesproken partij is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst waarbij zij partij is en waarmee de belangen van die derde verbonden zijn. De klacht slaagt.

3.4 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de arresten van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 22 juli 2014 en 23 februari 2016; verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt Compaaen in de kosten van het geding in cassatie,

tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] c.s. begroot op € 6687,51 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

1. De Molen Bunder B.V. (hierna: DMB) heeft op 14 maart 2007 met Compaen een koopovereenkomst gesloten voor de verwerving van zeventig appartementsrechten in het project Parc Valère (hierna: het project). Aan de koopovereenkomst werd door Compaen de voorwaarde verbonden dat indien Compaen niet uiterlijk op 1 februari 2008 minimaal twintig appartementsrechten zou hebben verkocht, zij gerechtigd zou zijn de koopovereenkomst te ontbinden.

2. Om het intropen van deze ontbindende voorwaarde onmogelijk te maken, sloot DMB op 21 december 2007 met eiseres een overeenkomst inhoudende dat eiseres op eerste afroep van DMB maximaal twintig appartementsrechten zou kopen van Compaen. Tevens werd bepaald dat bij ontbinding van de koopovereenkomst tussen Compaen en DMB, om welke reden dan ook, de overeenkomst tussen DMB en eiseres gelijktijdig zou worden ontbonden.

3. In ruil voor deze zekerheidsstelling kwamen eiseres en DMB overeen dat voor ieder appartementsrecht die eiseres niet verplicht werd af te nemen zij een vergoeding van € 15.000,= zou ontvangen van DMB. Bij afname van geen enkel appartementsrecht gaf dat eiseres derhalve recht op een vergoeding van € 300.000,= (zonder een concrete tegenprestatie te leveren). Bij de verplichte aankoop van één of meer appartementsrechten zou eiseres een korting van € 45.000,= ontvangen op de koopsom. Al met al een profijtelijke regeling voor eiseres. Het liep echter anders.

4. In 2009 kwam DMB door de verslechterde marktomstandigheden in grote financiële problemen. DMB kon haar verplichtingen jegens SNS, die optrad als financier van het project, niet meer nakomen. SNS was enkel bereid de financiering van het project te verlengen indien Compaen de rechten en verplichtingen van DMB overnam. Diezelfde marktomstandigheden brachten mee dat een ongewijzigde voortzetting van het project niet (meer) haalbaar was (vgl. r.o. 7.4.3 van het eindarrest van het hof en nrs. 2.20, 2.28 en 2.29 concl. A-G).

5. Dit bracht Compaen ertoe met DMB en A B.V. (hierna: A) op 3 juli 2009 in een intentieverklaring, genaamd "*Parc Valère 1ste fase: Herschikking Contractposities Compaen – Molen Bunders*", een doorstart voor het project overeen te komen, waarbij partijen afspraken dat de koopovereenkomsten tussen Compaen en DMB en tussen DMB en eiseres zouden worden ontbonden en dat een nieuwe overeenkomst tussen Compaen, DMB en A zou worden aangegaan. In de intentieverklaring werd tussen Compaen, DMB en A een risicoverdeling afgesproken (ieder voor gelijke delen) voor de eventuele aanspraken van eiseres. Diezelfde dag sloten Compaen en DMB tevens een vaststellingsovereenkomst waarin zij onder meer bepaalden dat de koopovereenkomst van 14 maart 2007 met wederzijds goedvinden werd beëindigd.

6. Bij brief van 3 juli 2009 heeft DMB de overeenkomst van 21 december 2007 met eiseres ontbonden. DMB verklaarde voor de gegrondheid van die ontbinding dat de koopovereenkomst tussen haar en Compaen eveneens per 3 juli 2009 was ontbonden.

7. De financiële problemen bij DMB hielden, ondanks de doorstart van het project, kennelijk aan. Op 4 mei 2010 werd DMB op verzoek van Compaen in staat van faillissement verklaard. Het faillissement van DMB is op 13 oktober 2013 beëindigd zonder uitkering aan de concurrente crediteuren.

8. Eiseres heeft Compaen op grond van onrechtmatige daad

aangesproken. De rechtbank 's-Hertogenbosch stelde eiseres (gedeeltelijk) in het gelijk en kende een schadevergoeding van € 300.000,= toe. Het Hof 's-Hertogenbosch vernietigde dit vonnis en wees de vordering van eiseres alsnog in het geheel af. 9. Volgens het hof is voor toepassing van de rechtsregel, geformuleerd in onder andere HR 24 september 2004, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*) en HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (*Wierts/Visseren*) noodzakelijk dat DMB jegens Compaen tekort is geschoten in de nakoming van de koopovereenkomst van 14 maart 2007, waarmee de overeenkomst tussen DMB en eiseres van 21 december 2007 nauw samenhangt. Daarvan is geen sprake nu de koopovereenkomst op 3 juli 2009 met wederzijds goedvinden is beëindigd, aldus het hof in r.o. 4.6.3 van het tussenarrest. De Hoge Raad casseert dit oordeel van het hof. 10. De Hoge Raad vangt in r.o. 3.3.2 aan met een herhaling van de rechtsregel gegeven in het arrest *Vleesmeesters/Alog*. Daarin wordt eerst uitgewerkt hoe contractanten en een derde in samenhangende rechtsverhoudingen betrokken kunnen raken: "*Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractsverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben.*" Dit volgt reeds uit de arresten *Atiba of Staat/Degens* (HR 3 mei 1946, NJ 1946/323) en *Radio Modern/Edah* (HR 12 oktober 1979, NJ 1980/117).

11. Deze verbondenheid kan dermate nauw worden dat "*de normen van hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen [van die derden] dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen.*" Gaat de contractant bij de uitvoering van de overeenkomst niet zorgvuldig om met de belangen van een derde die nu nauw betrokken is bij de behoorlijke uitvoering daarvan, dan kan hij aansprakelijk zijn voor de schade of ander nadeel die deze derde lijdt doordat de contractant in de uitvoering van die overeenkomst tekortschiet (vgl. HR 29 mei 1998, NJ 1999/98, m.nt. Vranken (*Mooijman/Netjes*); HR 16 februari 2007, NJ 2007/256 (*Tuin Beheer/Mr. X*); HR 2 oktober 2009, NJ 2009/478 (*KPN/X*); HR 21 december 2012, NJ 2013/46 (*HZPC/Veritas*) en HR 11 juli 2014, NJ 2015/2, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Eneco/de Stichting en ICSO*)).

12. De rechter dient bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de gedraging alle relevante omstandigheden van het geval te wegen. De Hoge Raad geeft daarvoor een niet-limitatieve opsomming van gezichtspunten: (i) de hoedanigheid van alle betrokken partijen; (ii) de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst; (iii) de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken; (iv) de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was; (v) de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien; (vi) de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden; (vii) de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt; en (viii) de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt; (ix) alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling. Voor een uitgebreide beschouwing van deze gezichtspunten kan worden verwezen naar C.E. du Perron, *Overeenkomsten en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, nrs. 326-352.

13. De hierboven omschreven rechtsregel moet niet worden verward met een andere vorm van onrechtmatige daad die in het arrest van het hof ook de revue passeert (onder andere r.o. 4.9.1 van het tussenarrest en r.o. 7.4.3 van het eindarrest): het

profiteren van de wanprestatie van een ander (HR 27 mei 1985, NJ 1986/760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curaçao/Boyé*); HR 26 januari 2007, NJ 2007/78 (*Van de Ven/Sleegers*) en HR 28 maart 2014, NJ 2014/194 (*Joba*)). Voor dit leerstuk is wanprestatie vanzelfsprekend een vereiste.

14. In het arrest *Wierts/Visseren* heeft de Hoge Raad al enige verdieping gegeven aan de rechtsregel uit het arrest *Vleesmeesters/Alog* door te bepalen dat in de rechtsverhouding tussen onderaannemer en hoofdaannemer enerzijds en opdrachtgever en hoofdaannemer anderzijds het enkel leveren van wanprestatie door de onderaannemer jegens de hoofdaannemer op zichzelf onvoldoende is om een onrechtmatige daad van de onderaannemer jegens de opdrachtgever aan te nemen.

15. Thans verduidelijkt de Hoge Raad in r.o. 3.3.3 van dit arrest dat het beoordelingskader uit het arrest *Vleesmeesters/Alog* niet buiten toepassing kan worden gelaten om de enkele reden dat tussen contractanten geen sprake is van een tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst. Bepalend is “*of de aangesproken partij haar verklaringen en gedragingen ter zake van de overeenkomst waarbij zij partij is, mede diende te laten bepalen door de belangen van de betrokken derde, en is dus niet mede vereist dat de aangesproken partij is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst waarbij zij partij is en waarmee de belangen van die derde verbonden zijn.*” Ik neem aan dat bedoeld wordt dat ‘niet mede vereist is dat één of beide contractanten de overeenkomst geheel of gedeeltelijk niet is nagekomen’ in plaats van de gekozen bewoordingen. In casu is het immers ook niet Compaen (de door eiseres aangesproken partij) die tekort is geschoten in de nakoming van de koopovereenkomst. DMB werd door de besproken gewijzigde marktomstandigheden gedwongen om de koopovereenkomst tussen haar en Compaen te beëindigen omdat een ongewijzigde voortzetting van het project niet (meer) haalbaar was. DMB is in feite de partij die op het punt stond tekort te schieten in de nakoming van de koopovereenkomst en niet Compaen (nr. 4 hierboven).

16. Dat de Hoge Raad het bestreden arrest vernietigt, is niet verrassend. In de literatuur wordt het standpunt alom gehuldigd dat een tekortschieten in de nakoming niet vereist is voor het aannemen van aansprakelijkheid van de aangesproken contractant. Ook als er geen sprake is van wanprestatie, maar de aangesproken contractant de belangen en gerechtvaardigde verwachtingen van de bij die overeenkomst nauw betrokken derde veronachtzaamt, kan dat handelen onrechtmatig zijn (vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, 2015/66a; Du Perron, a.w., nrs. 353-355 en de noot van Du Perron onder HR 24 september 2004, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*); M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 71-72; B.T.M. van der Wiel, *GS Onrechtmatige Daad, regeling Boek 6 BW*, aant. 120). In zijn conclusie bij dit arrest is A-G Valk ook resoluut over dit onderwerp (zie nrs. 2.3-2.8 en 2.40).

17. In zijn noot onder *Vleesmeesters/Alog* schreef Du Perron (thans raadsheer in de kamer die dit arrest heeft gewezen) al dat “*niet beslissend is dat of Alog [hoofdhuurder] in haar contractuele relatie met Euro Invest [verhuurder] wanprestatie heeft gepleegd, maar of Vleesmeesters in de feitelijke constellatie die door het samenstel van overeenkomsten was ontstaan, van Alog mocht verwachten dat er hetzij een supermarkt in het gehuurde bleef, hetzij dat Alog zich, bij vertrek van die supermarkt, de belangen van Vleesmeesters op andere wijze zou aantrekken, bijvoorbeeld door haar met de supermarkt mee te laten verhuizen of door haar financieel te compenseren (...) niet de wanprestatie [van Alog], maar het vertrek uit de supermarkt [deed] Vleesmeesters de das om.*” Min of meer hetzelfde gaat in deze zaak op. De wijze van beëindiging door

ontbinding of met wederzijds goedvinden van de koopovereenkomst tussen Compaen en DMB, al dan niet voorafgegaan door wanprestatie, is in het beoordelingskader niet bepalend. Het gaat vooral om de gevolgen voor eiseres van het niet (langer) geven van uitvoering aan die koopovereenkomst door Compaen en DMB, en de wijze waarop Compaen zich de belangen van eiseres heeft aangetrokken of veronachtzaamd bij die beslissing.

18. Een overeenkomst die door contractanten naar de letter correct wordt nagekomen kan nog steeds jegens een derde een handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, opleveren. Een voorbeeld uit de rechtspraak kan worden gevonden in het weigeren gebruik te maken van een jegens een contractuele wederpartij gegeven bevoegdheid, hetgeen (wederom) onder de omstandigheden van het geval een onrechtmatige daad jegens een derde kan opleveren (HR 8 november 1996, NJ 1997/136 (*SKV/Boskovee*)).

19. A-G Valk zag in de voorliggende zaak aanleiding voor een tweede verduidelijking op het arrest *Vleesmeesters/Alog*: “*de vereiste nauwe samenhang veronderstelt dat het derdenbelang voor de aangesproken partij ten tijde van de contractssluiting voorzienbaar was.*” (nr. 2.40 concl. A-G). De Hoge Raad besteedt hieraan, mijns inziens, terecht geen woorden. De beoordeling van deze voorzienbaarheid kan met behulp van de gezichtspunten (iii) en (iv) worden ingevuld en dient bovendien niet beperkt te zijn tot hetgeen voorzienbaar was op het moment van de contractssluiting. De te respecteren belangen van een derde kunnen nu eenmaal kenbaar voor de contractant betrokken raken bij een reeds gesloten (soms langlopende en veelomvattende) overeenkomst zonder dat dat voorzienbaar was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Niet valt in te zien waarom die belangen dan niet behoeven te worden ontzien. Voldoende tegengewicht ten faveure van de aangesproken contractant voor deze situatie kan door de rechter gevonden worden in (v) en (vi) van de gezichtspuntencatalogus. De door A-G Valk opgeworpen problematiek kan, naast de vraag of de gedraging onrechtmatig is, ook op een voor de aangesproken contractant billijke wijze worden opgelost langs de voorzienbaarheid van de schade (art. 6:98 BW) en de onmogelijkheid om die schade alsnog te verdisconteren in de overeenkomst.

20. Betekent dit arrest dat contractanten in toenemende mate aansprakelijk zullen zijn jegens derden? Ik verwacht het niet. De formulering van de rechtsregel (zie nrs. 9 en 12 hierboven) is terughoudend: “*staat het hem [de aangesproken contractant] niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben*” en “*kunnen de normen (...) meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen.*” (zie ook nr. 2.7 concl. A-G).

21. Verder zal in het kader van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad voorop moeten blijven staan dat (i) ieder in beginsel zijn eigen schade draagt en (ii) dat contractanten en derden in de regel worden onderscheiden en pas als uitzondering bij elkaar komen (vgl. Tjong Tjin Tai onder NJ 2015/2; J.B.M. Vranken, ‘De derde in het overeenkomstenrecht’, *WPNR* 1997 (6288), p. 715 e.v. en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, 2015, 66). Een gedraging van een contractant is niet direct en in alle gevallen onrechtmatig als er maar enig nadeel wordt berokkend aan een derde. Hiervoor is vereist dat de aangesproken contractant jegens de benadeelde derde handelt in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dat gaat verder dan terugbetalen met gelijke munt, zoals de A-G Valk in nr. 2.19 van zijn conclusie het handelen van Compaen omschrijft, of onfatsoenlijkheid (vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, 2015, 66c). Voor het aannemen van een uitzondering op de regel dat

‘derden, derden zijn’ en het beginsel dat ‘ieder zijn eigen schade draagt’ moeten alle omstandigheden van het geval worden gewogen aan de hand van de gegeven gezichtspuntencatalogus (i) tot en met (ix). Die gezichtspunten bieden de rechter voldoende aanknopingspunten om met inachtneming van het bovenstaande van geval tot geval tot komen tot een billijke uitspraak die recht doet aan de posities van de aangesproken contractant en de betrokken derde. De lat ligt, mijns inziens, onverminderd hoog.

G.J. de Bock
TeekensKarstens advocaten notarissen

Strafrecht

147
<p>Hoge Raad 20 juni 2017, nr. 16/00543 ECLI:NL:HR:2017:1123 ECLI:NL:PHR:2017:500 (mr. Van Dorst, mr. De Hullu, mr. Borgers) (concl. A-G mr. Spronken) Noot M.L.C.C. de Bruijn-Lückers</p>
<p>Vordering benadeelde partij.</p>
<p>Opgelopen studievertraging als gevolg van letsel veroorzaakt door de door verdachte jegens de benadeelde partij gepleegde poging tot zware mishandeling en openlijke geweldpleging is schade die voor toewijzing vatbaar is. Conclusie A-G: deels anders.</p>
[Sv art. 51f]

De verdachte is veroordeeld voor poging zware mishandeling en openlijke geweldpleging. Het middel klaagt dat het hof, in het licht van het ter terechtzitting gevoerde verweer, de vordering van de benadeelde partij wat betreft de materiële schade van € 20.947,96 als gevolg van een jaar studievertraging ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd heeft toegewezen.

Een benadeelde partij kan in het strafproces vergoeding vorderen van de schade die zij door een strafbaar feit heeft geleden indien voldoende verband bestaat tussen het bewezenverklaarde handelen van de verdachte en de schade om te kunnen aannemen dat de benadeelde partij door dit handelen rechtstreeks schade heeft geleden (vgl. HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:959, NJ 2014/256). Het hof heeft in zijn overwegingen als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat op grond van het verhandelde in het strafgeding genoegzaam aannemelijk is geworden dat de benadeelde partij door het bewezenverklaarde handelen van de verdachte een jaar studievertraging heeft opgelopen en dat hij daardoor schade heeft geleden ten bedrage van € 20.947,96. Bezien in het licht van de feiten en omstandigheden die het hof heeft vastgesteld en in aanmerking genomen hetgeen door de benadeelde partij enerzijds en door en namens de verdachte anderzijds met betrekking tot de gevorderde schadevergoeding, in het bijzonder voor zover die betrekking heeft op de studievertraging, is aangevoerd, is het oordeel van het hof dat de schade in verband met de studievertraging tot een bedrag van € 20.947,96 voldoende aannemelijk is geworden, niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd.

1045

[verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1994.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

Inzake:

[verdachte]

¹ De verdachte is bij arrest van 23 juni 2015 door het gerechtshof Den Haag wegens “de eendaadse samenloop van poging tot zware mishandeling en openlijk in vereniging geweld plegen tegen personen” veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van zes maanden met een voorwaardelijk gedeelte van vier maanden en een proeftijd van twee jaren en tot een taakstraf voor de duur van tweehonderdveertig uren (subsidiar honderdtwintig dagen hechtenis). In het genoemde arrest heeft het hof daar-