

# 62. De ORP-praktijktip: Onrechtmatige daadsvorderingen en contractuele verhoudingen: wanneer is samenloop mogelijk?

MR. DR. E.A.L. VAN EMDEN

Wanneer (voormalig) contractspartijen een onderling geschil hebben, zullen zij hun vorderingen vaak op de overeenkomst baseren. Soms is het mogelijk om in die situatie (tevens) een onrechtmatige daad in te roepen. In deze bijdrage zie ik wanneer dat kan, en wanneer niet. Ook ga ik in op de praktische voor- en nadelen van het (ook) invoeren van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW in plaats van het (alleen) invoeren van een (toerekenbare) tekortkoming ex art. 6:74 BW. Deze bijdrage bouwt daarmee voort op de eerder in dit tijdschrift besproken Klassieker over het samenloop-leerstuk.<sup>1</sup>

## 1. De spelregels van samenloop

Zoals ik in de aangehaalde Klassieker toelichtte, is de hoofdregel van het samenloopleerstuk dat een procespartij verschillende vorderingen en/of grondslagen tegelijk mag invoeren (aangeduid als cumulatie of keuzevrijheid). Deze cumulatie is niet mogelijk wanneer de vorderingen of grondslagen met elkaar onverenigbaar zijn; een partij kan bijvoorbeeld niet tegelijk ontbinding van de overeenkomst én nakoming van dezelfde overeenkomst vorderen. In dat geval geldt in beginsel keuzevrijheid (aangeduid als alternativiteit of keuzeplicht). De partij mag als uitgangspunt vrijelijk kiezen welke vordering of grondslag hij invoert.

Vaak heeft hij dan de keuze om een primair-subsidiar keuze te maken. Een partij kan bijvoorbeeld als uitgangspunt primair ontbinding vorderen en subsidiair, voor het geval de ontbinding hem wordt ontzegd, alsnog nakoming. Een en ander lijdt echter uitzondering als in het objectieve recht een dwingende keuze voor een bepaalde vordering of grondslag ligt besloten (aangeduid als exclusiviteit).

De partij mag als uitgangspunt vrijelijk kiezen welke vordering of grondslag hij invoert

Het duidelijkste voorbeeld daarvan is de *lex specialis*-regel. Wanneer voor een bepaalde situatie een specifieke rechtsregel geldt, kan die doorgaans niet worden omzeild door een beroep te doen op een meer algemene regel. Waar in het vervoersrecht bijvoorbeeld korte verjaringstermijnen gelden, is de schadevergoedingsvordering na het verstrij-

ken van die termijnen ook verjaard wanneer de vordering op onrechtmatige daad in plaats van aanvaring wordt gegrond.<sup>2</sup> Een ander voorbeeld vormt de wettelijke klachtplicht uit art. 6:89 BW en art. 7:23 BW. De schuldeiser kan niet aan de werking van deze bepaling ontsnappen door zijn vordering op onrechtmatige daad te stellen wanneer hij feitelijk klaagt over een gebrekkige prestatie.<sup>3</sup> Voor de duidelijkheid, een tussen contractspartijen ingestelde onrechtmatige daadsvordering die niet (mede) is gebaseerd op een gebrek in de prestatie, valt buiten de reikwijdte van de klachtplicht. De *lex specialis* uit art. 6:89 en art. 7:23 BW is dan niet aan de orde.<sup>4</sup> Een *lex specialis* kan tevens betrekking hebben op materiële vereisten. Zo bevatte het art. 7a:1772 BW bijvoorbeeld een beperktere mogelijkheid voor vestiging van aansprakelijkheid van de bruiklenner dan uit art. 6:173 BW (risicoaansprakelijkheid voor roerende zaken) voortvloeit. Dit maakt dat de bruiklenner die feitelijk onbekend was met het gebrek aan zijn ladder niet aansprakelijk was voor de letselschade van de loodgieter die viel door het gebrek in die ladder.<sup>5</sup>

## 2. Wanneer is een beroep op tekortkoming en/of onrechtmatige daad mogelijk?

Om vast te stellen of een beroep kan worden gedaan op art. 6:74 BW zal eerst bepaald moeten worden welke verbintenissen uit de overeenkomst voortvloeien. Voor een beroep

<sup>2</sup> HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414; NJ 2007/621 m.nt. K.F. Haak.

<sup>3</sup> HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600; NJ 2014/497 m.nt.

Jac Hijma (*Van de Steeg/Rabobank*); HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733; NJ 2008/552 m.nt. H.J. Snijders (*Ploum/Smeets I*) en HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2582; NJ 2006/272 (*Inno Sluis*).

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld Asser/Hijma 7-I (2024), nr. 824. Zie bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 28 oktober 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:3041, r.o. 5.46.

<sup>5</sup> Vgl. HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2204; NJ 1998/567 m.nt. C.J.H. Brunner (*Bos/Althuisius*).

<sup>1</sup> E.A.L. van Emden, 'Klassieker Boogaard/Vesta', ORP 2026/38.

op art. 6:74 BW is immers een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis vereist. Hiervoor zal de inhoud van de overeenkomst moeten worden geduid. Daarvoor is niet slechts bepalend wat partijen (bijvoorbeeld via het contact en/of de daarbij behorende algemene voorwaarden) expliciet hebben afgesproken, maar komt tevens betekenis toe aan het uitleglerstuk en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

**Anders gezegd, het enkele feit dat sprake is van een tekortkoming betekent nog niet dat het handelen tevens onrechtmatig is. Eveneens geldt, gedrag dat geen tekortkoming inhoudt, kan soms wel onrechtmatig zijn**

De inhoud van de overeenkomst wordt immers mede bepaald door hetgeen partijen redelijkerwijs over en weer van elkaar mochten verwachten. Ten overvloede, voor een geslaagd beroep op art. 6:74 BW volstaat natuurlijk niet dat een tekortkoming is aangetoond, maar moet ook aan andere eisen worden voldaan (zoals causaliteit en schade en verzuim).

Om te bezien of (ook) een vordering op art. 6:162 BW mogelijk is, moet vastgesteld worden dat het gewraakte handelen een zelfstandige onrechtmatige daad inhoudt. Anders gezegd, het enkele feit dat sprake is van een tekortkoming betekent nog niet dat het handelen tevens onrechtmatig is.<sup>6</sup>

**Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen kan wel betekenis toekomen aan het bestaan en de inhoud van het contract**

Eveneens geldt, gedrag dat geen tekortkoming inhoudt, kan soms wel onrechtmatig zijn. Bij samenloop tenslotte houdt het gewraakte handelen zowel een tekortkoming als een onrechtmatige daad in. Twee schoolvoorbeelden illustreren dit. Het opzettelijk in de brand steken van het gehuurde is onrechtmatig; ook als het huurcontract wordt weggedacht behelst dit handelen namelijk een onrechtmatige daad.<sup>7</sup> De artiest die zich contractueel verplicht om uitsluitend op te treden in kleding van een bepaald merk, handelt echter niet onrechtmatig als hij toch optreedt in kleding van een ander

merk. Het sponsorcontract weggedacht is het namelijk niet onrechtmatig om die kleding te dragen. Deze wegdenkoefening betekent trouwens niet dat steeds volledig van het contract geabstraheerd wordt. Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen kan wel betekenis toekomen aan het bestaan en de inhoud van het contract.

Het beconcurreren van een voormalig werkgever kan, ook als er geen non-concurrentieverbod is overeengekomen, bijvoorbeeld onder omstandigheden onrechtmatig zijn.<sup>8</sup>

### 3. Wordt de keuze bepaald door de gewenste remedie?

Een gebod, verbod en/of schadevergoeding kunnen als uitgangspunt steeds worden gevorderd op grond van zowel contract als onrechtmatige daad. Andere remedies kunnen echter uitsluitend op grond van contract worden gevorderd. Zo kunnen (partiële) ontbinding en ongedaanmaking van een verrichte prestatie slechts op grond van de overeenkomst worden gevorderd. Stel bijvoorbeeld dat een voormalig cliënt zijn advocaat aanspreekt vanwege een beroepsfout, waarbij vaak zowel een contractuele als een buitencontractuele basis voor de vordering kan worden gekozen.<sup>9</sup> Wil de voormalig cliënt schadevergoeding vorderen, dan kan dat op grond van beide grondslagen. Wil de voormalig cliënt terugbetaling ontvangen van het door hem betaalde honorarium, dan zal hij in beginsel moeten overgaan tot (partiële) ontbinding van de overeenkomst.<sup>10</sup> Hierbij is voorts van belang dat voor bepaalde remedies soms ook aparte eisen gelden. Voor ontbinding is bijvoorbeeld in beginsel verzuim vereist, aldus art. 6:265 lid 2 BW.

### 4. Verschillen bij de beoordeling

Het bestaan van een contractuele relatie kan verschillende praktische gevolgen hebben. In de eerste plaats is dat omdat partijen in het contract afspraken kunnen vastleggen over hun aansprakelijkheid. Zo kunnen contractuele vervalbedingen en/of exoneraties verhinderen dat een schadevergoedingsvordering wordt ingesteld, dan wel dat de volledige schade wordt toegewezen. Of dergelijke bedingen tevens in de weg staan aan een op onrechtmatige daad gegronde vordering is een kwestie van uitleg; dat hoeft niet steeds het geval te zijn.<sup>11</sup> In internationale gevallen zal de vraag zijn of een rechtskeuze- en/of forumkeuzebeding ook gelden voor de tussen contractspartijen ingestelde onrechtmatige daadvordering; ook dit is in beginsel een vraag van uitleg van het beding. Waar forum- en/of rechtskeuzebe-

6 Vgl. Asser/Sieburgh 6-IV (2023) nr. 10 en R. de Graaff (*GS Onrechtmatige daad*), onderdeel III.3.

7 Discussie is mogelijk over de vraag of opzettelijke zaakbeschadiging een rechtsinbreuk inhoudt, zie over dit begrip laatstelijk HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17; NJ 2025/203 m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Afzinkelder*). De opzettelijke zaakbeschadiging is in elk geval strijdig met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

8 HR 9 december 1955, ECLI:NL:HR:1955:47; NJ 1956/157 m.nt. L.E.H. Rutten (*Boogaard/Vesta*).

9 Vgl. E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, hfst. 1.

10 De advocaat zal daarop mogelijk een beroep doen op art. 6:272 BW en aanvoeren dat zijn prestatie niet meer ongedaan gemaakt kan worden, zodat daarvoor een waardevergoedingsverbintenis in de plaats treedt.

11 Zie bijvoorbeeld HR 19 februari 1993, NJ 1994/290 m.nt. C.J.H. Brunner (*Groningen/erven Zuidema*).

dingen ontbreken, is relevant dat de hoofdregels van het internationaal privaatrecht verschillen. Als uitgangspunt geldt bij een contractuele vordering het recht van het land waar de kenmerkende prestant is gevestigd, terwijl voor een onrechtmatige daadsvordering in beginsel het recht geldt van het land waar de schade wordt geleden. Verordening EG 593/2008 (Rome I) bepaalt in art. 4 lid 1 dat ten aanzien van contractuele vorderingen bij gebreke van een rechtskeuze in beginsel geldt het recht waar de verkoper, dienstverlener, franchisegever respectievelijk distributeur zijn gewone verblijfplaats heeft. Verordening EG 864/2007 (Rome II) bepaalt in art. 4 lid 1 dat voor niet-contractuele verbintenissen in beginsel geldt het recht van het land waar de schade zich voordoet.

Daarnaast zijn de toepassingsvereisten voor een schadevergoedingsvordering op grond van onrechtmatige daad niet gelijk aan die voor een schadevergoedingsvordering wegens (toerekenbare) tekortkoming. Ex art. 6:162 lid 3 BW moet de schuldeiser de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad stellen en bewijzen, terwijl op grond van art. 6:75 BW de schuldenaar het ontbreken van toerekenbaarheid (overmacht) moet aantonen. Bij onrechtmatige daad bestaan maar drie toerekeningsgronden: schuld, wet en verkeersopvattingen. Bij contract kan aanvullend de rechtshandeling als grond voor toerekenbaarheid worden ingeroepen.

Als uitgangspunt treedt bij een onrechtmatige daadsvordering verzuim zonder ingebrekestelling in, terwijl bij contractuele vorderingen de ingebrekestelling vaak wel benodigd is.

De vereisten voor het vestigen van risicoaansprakelijkheid van zaken en personen verschillen; art. 6:76-6:77 BW (contract) kennen andere toepassingsvereisten dan art. 6:169 e.v. (onrechtmatige daad).

Tot slot bevat het contractenrecht vaak specifieke verplichtingen, waarvan er veel zijn vastgelegd in Boek 7 en 8 BW. Denk bijvoorbeeld aan de waarschuwingsplicht van de aannemer uit art. 7:754 BW, de gebrekenregeling in het huurrecht uit art. 7:204 e.v. BW en de verschuldigde wettelijke verhoging bij achterstallige loonbetaling uit art. 7:625 BW.

## 5. Samenvattend

Als er sprake is van een feitelijke situatie waarin samenloop van een contractuele vordering en een beroep op onrechtmatige daad mogelijk is, moeten drie vragen worden beantwoord.

Vraag één is of uit het objectieve recht een dwingende keuze voor een bepaalde vordering of grondslag voortvloeit. Het zal daarbij vooral gaan om het contractenrecht, dat meer

specifieke regels bevat dan het algemene onrechtmatige daadsrecht. Is hiervan sprake, dan geldt de *lex specialis*-regel. Moet de vordering op de *lex specialis*-regel stranden, bijvoorbeeld omdat de vordering is verjaard, dan lijkt het weinig zinvol om alsnog een beroep op onrechtmatige daad te doen. De onrechtmatige daadsvordering moet dan immers het lot van de contractuele vordering of grondslag delen. Vanzelfsprekend moet dan wel vastgesteld worden dat de verjaringsregeling ook het karakter van een *lex specialis* heeft.<sup>12</sup>

### Een exoneratie kan bijvoorbeeld soms een belemmering opwerpen voor een op contract gestoelde vordering, waardoor het aantrekkelijker kan zijn om een beroep te doen op onrechtmatige daad

Vraag twee is welke remedie gewenst is. Sommige remedies zijn namelijk alleen op grond van contract maar niet op grond van onrechtmatige daad mogelijk. In die situaties bepaalt de gewenste remedie ook de keuze voor de vordering dan wel grondslag.

Vraag drie is of bepaalde wettelijke eisen, of contractuele afspraken, het aantrekkelijker of juist minder aantrekkelijk maken om te kiezen voor een bepaalde vordering dan wel grondslag. Een exoneratie kan bijvoorbeeld soms een belemmering opwerpen voor een op contract gestoelde vordering, waardoor het aantrekkelijker kan zijn om een beroep te doen op onrechtmatige daad.

Andersom geldt dat een specifieke wettelijke bepaling die geldt voor contract, zoals een waarschuwingsplicht, kan maken dat contract de betere keuze vormt.

Kortom, zodra er sprake is van een geschil tussen (voormalig) contractspartijen is het verstandig scherp in kaart te brengen welke vorderingen en grondslagen mogelijk zijn en, zo er meer dan één mogelijkheid bestaat, vooraf te bepalen welke de meeste voordelen meebrengt en die variant dan primair in te roepen.

Dit artikel is afgesloten op 12 januari 2026.

#### Over de auteur

#### Mr. E.A.L. (Elisabeth) van Emden

Advocate bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag, fellow aan het Onderzoekscentrum Onderneming en Recht van de Radboud Universiteit te Nijmegen en redacteur van dit tijdschrift.

12 Dat is bijvoorbeeld niet zo duidelijk bij de verjaringsregel voor productaansprakelijkheid uit art. 6:191 BW omdat art. 6:193 BW voorziet in behoud van andersoortige rechten. Dit duidt erop dat ook na het verstrijken van de verjaringstermijn uit art. 6:191 BW een onrechtmatige daadsvordering kan worden ingesteld zolang de verjaringstermijn uit art. 3:310 BW nog niet is verstreken. Zie hierover nader C.J.J.M. Stolker (GS *Onrechtmatige daad*), aant. 1.1 bij art. 6:191 BW.