

AFBREKEN VAN ONDERHANDELINGEN; EEN STAPPENPLAN

876 Mr. M.R. Ruygvoorn

M.R. Ruygvoorn is advocaat te Utrecht, universitair docent aan de Universiteit Utrecht en auteur van deel 5 van de serie Monografieën *Privaatrecht over afgebroken onderhandelingen* (recent verschenen bij Kluwer).

Wie als advocaat van doen heeft met (een dreigende) juridische procedure wegens het vermeend ongeoorloofd afbreken van onderhandelingen, ziet zich geconfronteerd met een complex leerstuk waarbij de kernvraag uiteindelijk is of in voldoende mate rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de onderhandelingspartner. Om deze vraag te kunnen beantwoorden beoogt dit artikel een stappenplan te geven waarbij elke stap kort wordt toegelicht onder verwijzing naar enige relevante jurisprudentie.

1. DEFINIEER HET ONDERHANDELINGS- RESULTAAT DAT PARTIJEN BIJ DE ONDERHANDELINGEN HEBBEN BEOOGD

Toelichting

Bij een procedure over afgebroken onderhandelingen is het primair van belang om zo nauwkeurig mogelijk vast te stellen wat het onderwerp van de onderhandelingen was. Of, anders gezegd: waaromtrent beoogden partijen nu precies overeenstemming te bereiken? Mijns inziens is dit vaak de lastigste stap omdat de ervaring leert dat juist op dit punt de perceptie van partijen al vaak niet parallel loopt. Een extra complicerende factor hierbij is dat, althans in de literatuur, enige twijfel is gezaaid over het antwoord op de vraag hoeveel vrijheid men bij de definitie van het beoogde onderhandelingsresultaat mag nemen. Even terug naar de basis. In het arrest dat de basis vormde voor vrijwel alle jurisprudentie over afgebroken onderhandelingen (het arrest Plas/Valburg¹) oordeelde de Hoge Raad nog dat – kort gezegd – van schadeloos afbreken van de onderhandelingen sprake kon zijn indien zich de situatie voordeed van rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van *enigerlei* overeenkomst. In VSH/Shell² spreekt de Hoge Raad niet meer van *enigerlei* overeenkomst, maar van *'een zekere overeenkomst'*, respectievelijk *'een dergelijke overeenkomst'* (r.o. 3.2), doelend op het soort overeenkomst waar-

over partijen in die procedure onderhandelden (in casu een joint-venture overeenkomst). Betekent dit nu dat het potentiële onderhandelingsresultaat ruim mag worden gedefinieerd? Mag bijvoorbeeld worden gezegd dat partijen die onderhandelen over een overname van aandelen in potentie ook geacht moeten worden de mogelijkheid van een activa/passivatransactie te hebben beoogd? Of stel bijvoorbeeld dat partijen onderhandelen over de totstandkoming van een koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak, maar dat, gaande de onderhandelingen, blijkt dat partijen er niet uit komen en de verkoper de onderhandelingen afbreekt. Kan zijn onderhandelingspartner nu stellen dat hij erop mocht vertrouwen dat, indien over een koopovereenkomst geen overeenstemming zou kunnen worden bereikt, bij voortzetting van de onderhandelingen waarschijnlijk wel een huurovereenkomst tot stand zou zijn gekomen, zijnde een overeenkomst *van de soort* waarover werd onderhandeld nu het zijn doel was om een contract af te sluiten met betrekking tot huisvesting? Naar mijn mening is dat niet het geval. Ik meen dat een enge uitleg van de begrippen *'enigerlei'* (zoals in Plas/Valburg) en *'dergelijke'* (zoals in VSH/Shell) hier voor de hand ligt. Wil de onderhandelingspartner van de partij die de onderhandelingen heeft afgebroken op enig moment met succes kunnen stellen dat hij erop mocht vertrouwen dat bij voortzetting van de onderhandelingen naar alle waarschijnlijk wel een huurovereenkomst tot stand zou zijn gekomen, dan dient daar tussen partijen tenminste over gesproken te zijn. Een andere benadering zou mijns inziens strijden met de leidende beginselen van de contractsvrij-

1. HR 18 juni 1982. NJ 1983. 723.

2. HR 23 oktober 1987. NJ 1988. 1017.

heid en de rechtszekerheid waarop het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen in zekere zin inbreuk maakt.

Voor deze stelling zou een argument kunnen worden geput uit de formulering die de Hoge Raad heeft gebruikt in zijn arrest van 12 augustus 2005.³ In dit arrest refereert de Hoge Raad aan gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in de totstandkoming van de overeenkomst. De Hoge Raad spreekt dus niet langer over de totstandkoming van 'enigerlei' of 'een dergelijke' overeenkomst als waarover partijen onderhandelden. Uiteraard maakt een zwaluw nog geen zomer en de vraag rijst of de Hoge Raad inderdaad een wijziging heeft willen aanbrengen in de heersende leer of dat de Hoge Raad, daartoe voornamelijk geleid door de feiten die aan laatstgenoemde uitspraak ten grondslag lagen, simpelweg heeft willen vaststellen dat een anderssoortige overeenkomst dan die welke partijen in die concrete casus beoogden te sluiten, moeilijk voorstelbaar was. Persoonlijk meen ik het laatste, te meer nu de Hoge Raad in het arrest *Vogelaar/Skil*⁴ al niet meer de terminologie van het Hof volgt (dat nog refereert aan de term 'enigerlei') door te spreken over vertrouwen van *Vogelaar* in de totstandkoming van 'de (aanstellings)overeenkomst' respectievelijk 'de overeenkomst' (r.o. 3.5).

Conclusie

Bij de definitie van het beoogde onderhandelingsresultaat pleiten met name de beginselen van de contractsvrijheid en de rechtszekerheid ervoor om de nodige terughoudendheid te betrachten, om zodoende eerder tot een enge dan tot een ruime definitie te komen van de overeenstemming die partijen hebben getracht te bereiken.

2. DEFINIEER DE ESSENTIALIA VAN DE OVEREENKOMST DIE PARTIJEN BEOOGDEN TE SLUITEN ZOALS GEDEFINIEERD ONDER 1

Toelichting

Zowel voor het antwoord op de vraag of partijen zich in nog in de precontractuele fase bevinden of al in de contractuele fase en, zo partijen zich nog in de precontractuele fase bevinden, voor het antwoord op de vraag of het afbreken in die fase al schadeplichtig moet worden aangemerkt, is het van belang dat eerst vastgesteld wordt wat de zogenaamde essentialia zijn van de overeenkomst die partijen beoogden te sluiten.

Wat zijn de essentialia van een overeenkomst?

Het antwoord op deze vraag kent naar mijn oordeel een formele en een materiele component. Allereerst de formele component. Tot essentialia van een overeenkomst behoren in elk geval die punten zonder overeenstemming waarover een overeenkomst niet geacht kan worden te bestaan. In dat verband pleeg ik mijzelf altijd de vraag te stellen wat een in voldoende

Mag worden gezegd dat partijen die onderhandelen over een overname van aandelen in potentie ook geacht moeten worden de mogelijkheid van een activa/passivatransactie te hebben beoogd?

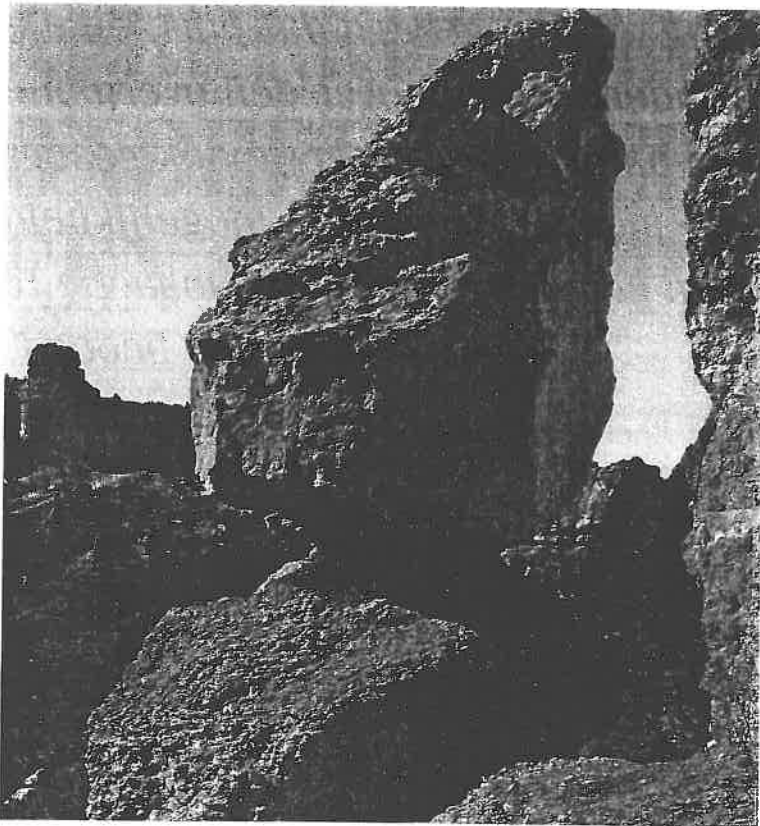
de mate bepaalbaar aanbod, dat bij aanvaarding tot de beoogde overeenkomst zou leiden, tenminste zou moeten inhouden. Daaruit volgt dat een antwoord op de vraag wat nu precies als de essentialia van een overeenkomst moeten worden beschouwd, in belangrijke mate afhankelijk is van de aard van de overeenkomst. Zo zal bij een koopovereenkomst met betrekking tot aandelen de koopprijs zeker tot essentialia van de koopovereenkomst moeten worden gerekend, terwijl bijvoorbeeld uit artikel 7:405 lid 2 BW volgt dat een overeenkomst van opdracht kan worden aangegaan zonder dat partijen geregeld hebben hoeveel loon de opdrachtnemer voor zijn diensten ontvangt⁵. Gedacht moet bij de essentialia van een overeenkomst in elk geval worden aan afspraken die de kern van de prestatie raken en zonder welke een overeenkomst niet bestaanbaar is, zoals – in de hiervoor genoemde twee voorbeelden – de omschrijving van de aandelen (welke aandelen en hoeveel worden er verkocht?) en de opdrachtomschrijving (welke diensten dient de opdrachtgever te verrichten?).

Een andere vraag is, en dat brengt mij op de materiële component met betrekking tot het vaststellen van de essentialia van de beoogde overeenkomst, in hoeverre de persoonlijke perceptie van partijen een rol speelt. Mijns inziens kan deze persoonlijke perceptie onder omstandigheden een niet onbelangrijke rol spelen, mits die perceptie bij de wederpartij bekend was of redelijkerwijs bekendheid daarmee aan de kant van de wederpartij kan worden aangenomen. Blijkt bijvoorbeeld tijdens onderhandelingen dat een van partijen in het bijzonder hecht aan het opnemen van een mediationclausule in het contract op het punt van de geschillenbeslechting of is zijn wederpartij uit eerdere onderhandelingen bekend dat aan het opnemen van een dergelijke clausule door zijn wederpartij grote

3. HR 12 augustus 2005. NJ 2005. 467.

4. HR 31 mei 1991. NJ 1991. 647.

5. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat een aanbod zonder prijsvermelding doorgaans niet zou kwalificeren als een aanbod in juridische zin dat, na aanvaarding, tot een overeenkomst leidt. Zie ook Y. Blei Weissmann, *Verbintensrecht*, losbladig, Kluwer: Deventer, art. 217-230, aant. 71, p. 416-426.



Het begin van de Grand Canyon, Colorado.

waarde wordt gehecht, dan mag hij er niet zonder meer vanuit gaan dat het punt van de geschillenbeslechting, hoewel wellicht in geobjectiveerde zin niet een wezenlijk onderdeel van het contract dat wordt beoogd, *in het concrete geval* als een punt van ondergeschikt belang moet worden gekwalificeerd. Het gaat er dan dus om wat partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar hebben mogen begrijpen terzake hetgeen voor de ander belangrijk was.⁶

Conclusie

Bij het in kaart brengen van de essentialia van de overeenkomst die partijen beoogden te sluiten dient tenminste te worden uitgegaan van de punten zonder overeenstemming waarover de betreffende overeenkomst rechtens niet geacht kan worden te bestaan. Het gaat dan dus om de punten die een in voldoende

mate bepaalbaar aanbod, dat bij aanvaarding tot de beoogde overeenkomst zou leiden, tenminste zou moeten bevatten. Daarnaast dient ook gekeken te worden naar eventuele punten die door een van partijen als essentiële punten worden gezien zonder overeenstemming waarover *voor die partij* van een overeenkomst geen sprake kan zijn.

3. BEPAAL OF SPRAKE IS VAN DE PRECONTRACTUELE FASE OF HET INTREDEN VAN DE CONTRACTUELE FASE

Toelichting

Er is veel jurisprudentie over de vraag wanneer in voorkomende gevallen de contractuele fase is ingetreden. Illustratief in dit verband zijn de arresten van de Hoge Raad van 17 december 1976 (Bunde/Erckens (Misverstand))⁷ 14 juni 1968 (Polak/Zwolsman)⁸, 6 november 1992 (de Velde/de Wilt)⁹ en, vrij recent, 26 september 2003 (Regiopollitie/Hovax).¹⁰ Uit deze jurisprudentie blijkt heel duidelijk hoe casuïstisch de rechtspraak is op het punt van de vaststelling van wat tot de essentialia van een overeenkomst behoort en of de mate van overeenstemming die partijen hebben bereikt zodanig was dat van een overeenkomst kon worden gesproken. Was bijvoorbeeld de omvang van de overeen te komen pensioenbijdrage (zoals in het arrest Polak/Zwolsman) 'een vraag van niet slechts formele betekenis' die aan het bestaan van een overeenkomst in de weg stond, de nog niet bereikte overeenstemming over de vraag voor wiens risico de situatie zou zijn waarbij een gehuurd pand niet tijdig voor de verhuur beschikbaar zou komen (zoals in het arrest Regiopollitie/Hovax) stond blijkbaar niet in de weg aan het bereiken van definitieve wilsovereenstemming en daarmee aan de totstandkoming van een overeenkomst. Dit, terwijl de gevolgen van het niet tijdig beschikbaar komen van een gehuurd pand van met name de huurder toch zeer verregaande consequenties kan hebben die menig huurder niet zonder meer zal willen accepteren bij het sluiten van een huurovereenkomst.

Dient, voor het intreden van de contractuele fase, overeenstemming over alle punten te zijn bereikt die partijen beoogen te regelen?

Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Het intreden van de contractuele fase veronderstelt dat op enig moment tenminste sprake is geweest van een in voldoende mate bepaalbaar aanbod. Het begrip 'aanbod' is geen wettelijk begrip, maar algemeen wordt wel aangenomen dat, wil een aanbod kwalificeren als een aanbod in juridische zin dat bij aanvaarding tot een overeenkomst leidt (vide art. 6:217 BW) het tenminste aan drie eisen dient te voldoen: het dient op rechtsgevolg te zijn gericht, het dient te zijn gericht tot een bepaalde persoon en het dient in voldoende mate bepaalbaar te zijn. Voor het onderwerp van de precontractuele verhoudingen is met name dit laatste punt (de bepaalbaarheid van het aanbod) van belang.

6. *Mijns inziens kan op dit punt aansluiting worden gezocht bij het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruljterij/MBO). In die uitspraak bepaalde de Hoge Raad dat voor wat betreft het antwoord op de vraag of het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar is, ook rekening gehouden dient te worden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij.*

7. HR 17 december 1976, NJ 1977, 241.

8. HR 14 juni 1968, NJ 1968, 331.

9. HR 6 november 1992, NJ 1993, 27.

10. HR 26 september 2003, NJ 2004, 460.

Artikel 6:227 BW bepaalt dat de verbintenissen die partijen op zich nemen, bepaalbaar dienen te zijn. Zij moeten, anders gezegd, de punten bevatten die degene die het aanbod doet geregeld wil zien. Vereist is echter niet dat het aanbod ook daadwerkelijk alle punten die partijen normaal gesproken in de tot stand te brengen overeenkomst geregeld zouden willen zien, ook daadwerkelijk dekt. Wel wordt, zoals aangegeven, in de literatuur algemeen de eis gesteld dat het aanbod in elk geval, wil het als een aanbod in juridische zin (art. 6:217 BW) kunnen worden gekwalificeerd, de hoofdzaken (essentialia, waaronder de kern van de prestatie die moet worden verricht) van de overeenkomst die beoogd wordt, dient te bevatten. Als de aanvaarding vervolgens, anders dan op ondergeschikte punten (vgl. ook art. 6:225 BW), met het aanbod overeenstemt, komt de overeenkomst tot stand. Deze overeenkomst bevat dan weliswaar nog lacunes (in de literatuur, in navolging van Blei Weismann, ook wel aangeduid als 'witte plekken'), maar dat doet aan haar bestaan niet af.

Indien op voet van het vorenstaande moet worden geconcludeerd tot het bestaan van een overeenkomst (hetgeen niet snel het geval zal zijn), wordt die in de literatuur wel aangeduid met het begrip rompovereenkomst. Is een dergelijke overeenkomst tot stand gekomen, dan is van belang om vast te stellen dat, ook al is op onderdelen van de overeenkomst die partijen beoogden te bereiken nog geen wilsovereenstemming bereikt, toch sprake is van een 'rechtens perfecte' overeenkomst. De consequentie hiervan is dat indien een van partijen vervolgens weigert om ook te trachten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid overeenstemming te bereiken over de nog niet geregelde punten, die partij toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van diens verplichtingen onder de overeenkomst nu algemeen wordt aangenomen dat in de reeds bereikte overeenstemming een verplichting ligt besloten (een zogenaamd pactum de contrahendo) om over de nog niet geregelde punten door te onderhandelen. Weigert een van de partijen dat, dan kan dus in beginsel nakoming van die verplichting worden gevorderd.

Conclusie

Nadat is vastgesteld wat alles behoort tot hetgeen partijen beoogden te regelen en wat in dat kader valt te beschouwen als de essentialia, dient te worden vastgesteld in welke mate over deze punten ook daadwerkelijk wilsovereenstemming is bereikt. Voor het intreden van de contractuele fase is daartoe niet vereist dat over alle punten die partijen beoogden te regelen ook daadwerkelijk wilsovereenstemming bestaat; indien over de essentialia van de overeenkomst en de aanvullende, wezenlijke punten die partijen beoogden te regelen overeenstemming is bereikt, treedt de fase van de rompovereenkomst in. Zijn er nog punten ongeregeld gebleven, dan staat dat aan het intreden van de contractuele fase niet in de weg, mits die punten, in relatie tot hetgeen partijen al wel hebben geregeld, als

ondergeschikt kunnen worden gekwalificeerd. In de al dus bereikte overeenstemming wordt een contractuele verplichting belichaamd geacht voor beide partijen om te trachten om naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook overeenstemming te bereiken over de punten die nog niet geregeld zijn.

4. ZO DE CONTRACTUELE FASE NOG NIET IS INGETREDEN, IN WELKE DEELFASE VAN DE PRECONTRACTUELE FASE BEVINDEN ZICH DAN DE ONDERHANDELINGEN?

Toelichting

Interessant wordt het pas wanneer, voor zover de onderhandelingen zich nog in de precontractuele fase bevinden, wij kunnen vaststellen dat het stadium is bereikt dat in de literatuur doorgaans wordt aangeduid

Voor het intreden van de contractuele fase is niet vereist dat over alle punten die partijen beoogden te regelen ook daadwerkelijk wilsovereenstemming bestaat.

met de 'derde fase'. Dit is de fase waarin bij de onderhandelingspartner van de partij die de onderhandelingen afbreekt het rechtens relevante vertrouwen heeft postgevat dat – kort gezegd – partijen er verder uit gaan komen of, in de woorden van de Hoge Raad: waarin het rechtens relevante vertrouwen is ontstaan dat de overeenkomst waarover partijen onderhandelden, uit die onderhandelingen zal resulteren. De hamvraag in de praktijk is natuurlijk of en op welke wijze kan worden vastgesteld of voorbedoeld rechtens relevant vertrouwen inderdaad heeft postgevat. Dit is vooral een feitelijke vraag bij de beantwoording waarvan de rechter in elk geval een grote mate van terughoudendheid dient te betrachten. Dit laatste volgt uit de recente uitspraak van de Hoge Raad van 12 augustus 2005¹¹ (Centraal Bureau Bouw Toezicht BV/JPO Projecten BV). De Hoge Raad overwoog in die uitspraak onder meer dat de in die zaak bestreden overwegingen van het Hof 'er geen melding van maken dat het Hof bij zijn beoordeling van deze vordering en de daaraan ten grondslag liggende stellingen de (door de Hoge Raad voorgestane) strenge en tot

¹¹ HR 12 augustus 2005, C04/163 HR.



Bryce Canyon,
National Park Utah.

terughoudendheid nopende maatstaf heeft aangelegd'. Rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst mag dus niet snel worden aangenomen, hetgeen wederom in overeenstemming is met het beginsel van de contractsvrijheid, dat onder meer inhoudt dat een ieder vrij is onderhandelingen te starten en die, zolang zij nog niet hebben geresulteerd in een overeenkomst, ook weer af te breken.

Maar wanneer wordt vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst dan wél rechtens relevant? De voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem formuleerde het in een recent kort geding als volgt¹²:

'Van een in beginsel gerechtvaardigd te achten totstandkomingsvertrouwen kan pas worden gesproken indien het overleg tenminste heeft geresulteerd in een mate van consensus die het stadium naderde waarin reeds op grondslag van de bereikte overeenstemming contractuele gebondenheid kan worden aangenomen'.

Daarbij dient in beginsel een objectieve toets te worden aangelegd: zou een redelijk handelend persoon onder de concrete omstandigheden van het betreffende geval er op enig moment op zijn gaan vertrouwen dat de overeenkomst (al dan niet: van het soort waarover partijen onderhandelden) tot stand zou gaan komen, met andere woorden, dat de onderhandelingen uiteindelijk succesvol zouden zijn. Dit is doorgaans het meeste feitelijke deel van de procedure waarin, zo concreet mogelijk, alle feitelijke omstandigheden die

nen te worden opgesomd waarop de wederpartij van de partij die de onderhandeling heeft afgebroken zijn vertrouwen in een goede afloop heeft gebaseerd. Het vormt tevens de kern van het leerstuk van de schadelijktigheid wegens afgebroken onderhandelingen. Het voert te ver om, gezien het bestek van dit (praktijkgerichte) artikel, de theoretische grondslagen voor de verbintenissen die in het betreffende stadium afbreken van onderhandelingen met zich meebrengt, te behandelen. Ik volsta er mee om op te merken dat algemeen in de literatuur wordt aangenomen dat het afbreken van onderhandelingen in het stadium waarin voormeld rechtens relevant vertrouwen aanwezig moet worden geacht, een onrechtmatige daad oplevert in de zin van artikel 6:162 BW, maar dat niet verzuimd mag worden om, zeker in situaties waarin het twijfelachtig is of het bedoelde rechtens relevante vertrouwen inderdaad kan worden aangenomen, ook de mogelijkheid van ongerechtvaardigde verrijking te onderzoeken. Daartoe bestaat temeer aanleiding indien wordt vastgesteld dat het betreffende rechtens relevante vertrouwen weliswaar nog niet heeft kunnen ontstaan, maar er van de andere partij wel in het kader van de onderhandelingen prestaties zijn verlangd die – kort gezegd – uitstijgen boven hetgeen normaal gesproken in acquisitief opzicht mag worden verlangd van een partij die hoopt een overeenkomst 'binnen te halen'.

Voorbehouden

Voorbehouden die door onderhandelende partijen worden gemaakt zijn met name van belang in het kader van het antwoord op de vraag of het vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst kan worden aangenomen, waarbij het uitgangspunt is dat wie zich

12. Vz. Rb. Haarlem 25 mei 2005, NJ Feltenrechtspraak 2005, 277.

geconfronteerd ziet met bijvoorbeeld een goedkeuringsvoorbehoud, er niet snel vanuit zou mogen gaan dat de onderhandelingen wel succesvol zullen zijn. De hoofdregel is dat voorbehouden in beginsel werkzaam zijn.¹³ De vrijheid om een beroep op een gemaakt voorbehoud te doen is echter ook weer niet ongelimiteerd. De partij die een voorbehoud maakt, zal zijn gedragingen daarop af dienen te stemmen; wie de indruk wekt dat de onderhandelingen succesvol zullen kunnen worden afgesloten ondanks dat de daarvoor gestelde voorwaarde (het gemaakte voorbehoud) nog niet is ingetreden, loopt de kans zijn recht om zich alsnog op het gemaakte voorbehoud te kunnen beroepen, te verwerken.

Verder geldt dat indien de totstandkoming van een overeenkomst afhankelijk is gesteld van de goedkeuring van een derde partij (zoals bijvoorbeeld van de Ondernemingsraad zoals in het arrest *Electro Holding/Ehrbecker*¹⁴), de partij die dit goedkeuringsvoorbehoud heeft gemaakt zich een redelijke inspanning zal dienen te getroosten om te trachten ook daadwerkelijk die goedkeuring te verkrijgen.

Tot slot werp ik de vraag op in hoeverre het een partij ten behoeve van wie een goedkeuringsvoorbehoud is gemaakt, vrij staat om zich op dat voorbehoud te beroepen indien het orgaan dat de goedkeuring dient te verlenen, die goedkeuring onthoudt zonder daarvoor een valide argument te hebben. Ik meen dat onder omstandigheden een beroep op een voorbehoud naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn indien een dergelijke valide argumentatie ontbreekt. Iets anders is dat het ook altijd verstandig is om na te gaan of, gaande de onderhandelingen, niet op enig moment de indruk is gewekt door de partij ten behoeve van wie het voorbehoud is gemaakt, dat op het voorbehoud in bepaalde gevallen geen beroep zal worden gedaan, hetgeen, juridisch vertaald, neerkomt op rechtsverwerking. Om van die laatste situatie een voorbeeld te geven: stel dat twee partijen onderhandelen over de aankoop van een perceel grond waarvan bekend is dat dit is betrokken in een landherinrichtingsproject. Daar is in de onderhandelingsfase over gesproken en de kopende partij heeft laten weten dat, nu de toekomstige bestemming van de grond niet zal wijzigen, zij daarmee geen problemen heeft. Vervolgens wordt tussen partijen verder onderhandeld onder voorbehoud goedkeuring van de Raad van Commissarissen, die op enig moment zijn goedkeuring onthoudt omdat het perceel waarover werd onderhandeld in een herinrichtingsproject is betrokken. Naar ik meen, staat het de partij ten behoeve van wie het voorbehoud is gemaakt onder deze omstandigheden niet meer zonder meer vrij om zich op het voorbehoud te beroepen, althans staat de omstandigheid dat het onderhavige voorbehoud is gemaakt, er niet meer aan in de weg dat rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst kan hebben postgevat.

De hoofdregel is dat voorbehouden in beginsel werkzaam zijn.

Onvoorzlene omstandigheden

Tot slot in dit verband De Ruijterij/MBO. Onder meer uit deze uitspraak blijkt dat het voeren van onderhandelingen geen statisch, onomkeerbaar proces is waarbij successievelijk alle onderhandelingsfasen worden doorlopen en waarbij daaraan telkenmale dezelfde rechtsgevolgen kunnen worden verbonden en verbonden blijven, maar juist een dynamisch proces. Een dynamisch proces waarin denkbaar is dat eenmaal ontstaan rechtens relevant vertrouwen weer wordt verlaten en de onderhandelingen alsnog zonder dat sprake is van schadeplichtigheid kunnen worden afgebroken.¹⁵ In De Ruijterij/MBO oordeelde de Hoge Raad dat in het geval dat bij de wederpartij van degene die de onderhandelingen over een te sluiten overeenkomst afbreekt, het gerechtvaardigde vertrouwen bestond dat die overeenkomst tot stand zou komen, dit niet onder alle omstandigheden behoeft te leiden tot de slotsom dat het afbreken onaanvaardbaar is. Rekening dient, aldus de Hoge Raad, ook gehouden te worden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij; *hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorzlene omstandigheden hebben voorgedaan.*

Ergo: tenminste dient altijd onderzocht te worden of er zich in het onderhandelingsproces op enig moment (onvoorzlene) omstandigheden hebben voorgedaan die maken dat een op dat moment wellicht al bestaand vertrouwen in een succesvolle afloop van de onderhandelingen niet langer aanwezig mag worden verondersteld en, zo zich die situatie al niet voordoet, of zich dan wellicht de situatie voordoet dat, hoewel het rechtens relevante vertrouwen wellicht nog aanwezig is, voortzetting van de onderhandelingen door de onderhandelingspartner in redelijkheid niet meer kan worden gevergd. Naar ik meen ziet de laatste overweging van de Hoge Raad in De Ruijterij/MBO op deze situatie. Daarbij teken ik wel aan dat het daarbij om zeer ingrijpende omstandigheden zal moeten gaan die zich niet snel zullen voordoen.

Conclusie

Zo partijen zich nog in precontractuele fase bevinden, dan is van schadeplichtigheid wegens het afbreken

13. Vgl. HR 24 november 1995. NJ 1996. 162 (*Van Engen/Mirror Group Newspapers*) en HR 24 oktober 1996. NJ 1997. 65 (*UIG/Pay Bays*).

14. HR 14 mei 1993. NJ 1993. 446.

15. Vgl. ook HR 4 oktober 1996. NJ 1997. 65.

van onderhandelingen slechts sprake indien bij de wederpartij van de onderhandelingspartner die de onderhandelingen stopzet, sprake is van rechtens relevant vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen. Of dit vertrouwen aanwezig is, is vooral een feitelijke vraag die in objectieve zin dient te worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. In de procedure dienen zoveel mogelijk feiten te worden gesteld waar het gestelde

niet meer geoorloofd is, dan dient te worden bepaald wat de geëigende actie is. Ik noem achtereenvolgens de verplichting om door te onderhandelen, een verbod voor de afbrekende partij om met derden te onderhandelen en te contracteren, een vordering tot schadevergoeding (waarbij in beginsel zowel het positief als het negatief contractsbelang kan worden gevorderd) en, onder omstandigheden, de mogelijkheid om een veroordeling te vorderen van de afbrekende partij tot het sluiten van de overeenkomst waarover werd onderhandeld.¹⁶

Wie het niet vrijstaat onderhandelingen af te breken, kan in beginsel worden verplicht om de onderhandelingen voort te zetten.

vertrouwen op kan worden teruggevoerd. Voorbehouden staan in beginsel aan het postvatten van rechtens relevant vertrouwen als hier bedoeld, in de weg, maar getoetst dient te worden of het voorbehoud wel stand kan houden. Daarnaast dient getoetst te worden of zich omstandigheden voordoen die maken dat eenmaal postgevat rechtens relevant vertrouwen in een succesvolle afloop van de onderhandelingen niet meer valt vol te houden of zelfs dat er omstandigheden hebben voorgedaan die maken dat, ondanks de aanwezigheid van voormeld vertrouwen, het afbreken daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer onaanvaardbaar is.

5. BEPAAL DE TE ONDERNEMEN ACTIE

Toelichting

Is eenmaal vastgesteld dat de onderhandelingen verkeerden in een stadium waarin het afbreken daarvan

Verplichten tot dooronderhandelingen

Wie het niet vrijstaat onderhandelingen af te breken, kan in beginsel worden verplicht om de onderhandelingen voort te zetten. Een verplichting tot dooronderhandelen moet overigens wel worden onderscheiden van de verplichting om te contracteren. Een verplichting tot dooronderhandelen is dan nog geen resultaatsverbintenis, maar een inspanningsverbintenis die de partij op wie de desbetreffende verbintenis rust, de verplichting oplegt om zich er, binnen redelijke grenzen toe in te spannen met de ander (alsnog) overeenstemming te bereiken over de nog openstaande punten. Dit houdt geenszins in dat indien gaande de onderhandelingen zich alsnog een gerechtvaardigd breekpunt voordoet, die partij niet alsnog de onderhandelingen zou mogen afbreken. Is een vordering tot doorhandelen redelijkerwijs niet meer zinvol, dan zal zij worden afgewezen. Die situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien reeds met een ander is gecontracteerd. Blijkens het arrest Oosterhuis/Unigro¹⁷ behoort in gevallen waarin nakoming onmogelijk is, bijvoorbeeld omdat al met een derde is gecontracteerd, een vordering tot nakoming te worden afgewezen tenzij de verkoper de macht over de zaak kan herwinnen zonder dat hij daarvoor onredelijke offers moet brengen.¹⁸ Hofmann-Van Opstall stellen dat bij bijvoorbeeld een dubbele verkoop, waarbij levering van het verkochte aan een tweede koper plaatsvindt, geen sprake is van een onmogelijkheid om alsnog na te komen, indien die tweede koper bereid is om tegen (maximaal) het drievoudige van de door hem betaalde koopprijs, de zaak terug te leveren aan de verkoper.¹⁹

Naar mijn mening zal in algemene zin moeten worden aangenomen dat indien inmiddels met een derde is gecontracteerd, een vordering tot dooronderhandelen zou moeten worden afgewezen. Dit is uiteraard anders, indien de derde met wie inmiddels is gecontracteerd een onrechtmatige daad heeft gepleegd door bewust te profiteren van het afbreken van de onderhandelingen van zijn contractpartner. Onder die omstandigheden bestaat de mogelijkheid dat de teleurgestelde partij ten opzichte van wie de onderhandelingen zijn afgebroken, voormelde derde kan aanspreken tot vergoeding van de door hem geleden schade²⁰ en indien zulks gevorderd wordt en de rechter het een passende vorm van schadevergoeding acht, dan kan een schadevergoeding anders dan in geld worden toegekend waarbij

16. Vgl. S.C.J.J. Kortmann, 'Dooronderhandelen, contracteren of presteren', WPNR 1996/6214. Anders: A-G Franx in diens conclusie onder HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85. Vgl. MWSM Schut, *Letters of intent*, Studiepocket Privaatrecht, Zwolle: Tjeenk-Willink 1986, p. 86.

17. HR 21 mei 1976, NJ 1977, 73.

18. H. Drion onder HR 9 mei 1969, NJ 1969, 338 en Hofmann-Van Opstall, *het Nederlandse Verbintenissenrecht: de algemene leer van verbintenissen deel 1, eerste gedeelte*, Groningen: Tjeenk-Willink 1976, p. 114 en 556.

19. Anders: G.J. Scholten die opmerkt dat driemaal de koopprijs, waarover Drion spreekt, al bijna altijd onredelijk zal zijn, omdat de tweede koper dan een onverdiend aanzienlijk voordeel zou genieten.

20. Vgl. echter HR 23 december 2005, NJ 2006, 33, waarin is bepaald dat het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die derde niet onrechtmatig is. Of een dergelijk, gewoonlijk als profiteren of gebruikmaken van wanprestatie aangeduid, handelen jegens die derde onrechtmatig is, hangt af van de omstandigheden van het geval.

bijvoorbeeld gedacht kan worden aan de verplichting om het aan de derde geleverde goed alsnog aan de teleurgestelde partij te leveren.²¹

Verbod om met derden te onderhandelen/ contracteren

Het in strijd met een plicht tot dooronderhandelen contracteren met een derde kent zijn pendant in een door de wederpartij verlangd verbod om, bijvoorbeeld totdat een gerechtvaardigd breekpunt in de onderhandelingen alsnog is bereikt, met derden te onderhandelen of zelfs te contracteren. Het is verstandig om een gebod om door te onderhandelen altijd te verbinden met een verbod om onderhandelingen met derden te starten.

Schadevergoeding; positief en negatief contractsbelang

Geleden verlies en gederfde winst als bedoeld in artikel 6:95 juncto artikel 6:96 BW zijn geen synoniemen voor de begrippen negatief en positief contractsbelang. Bij vaststelling van het positief contractsbelang wordt de totale schade die de benadeelde heeft geleden, berekend door de situatie waarin hij verkeert te vergelijken met de situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien het contract waarover werd onderhandeld zou zijn tot stand gekomen. Bij deze schadeberekening vormt de gederfde winst (de winst die met het beoogde contract had kunnen worden behaald) een belangrijke rol.

Uitgangspunt voor de berekening van het negatief contractsbelang vormt de niet-totstandkoming van de overeenkomst waarover werd onderhandeld. Zo kan het negatief contractsbelang onder omstandigheden ook gederfde winst omvatten, namelijk in die gevallen waarin, als gevolg van de onderhandelingen, de achteraf teleurgestelde partij, verkerende in de veronderstelling dat enigerlei vorm van contract uit de onderhandelingen zou resulteren, geen (winstgevende) transacties met derden is aangegaan.

Positief en negatief contractsbelang sluiten elkaar uit in die zijn dat niet vergoeding van beide gevorderd kan worden. Bedacht dient overigens te worden dat de verschillen tussen de uitkomsten van de beide schadeberekeningen, zeker wanneer partijen op een volledige markt opereren, in de praktijk relatief gering kunnen zijn. Ik verwijs naar het voorbeeld dat Hesselink²² noemt als voorbeeld van een Duitse zaak, waarin een geluidstechnicus, die met een operatheater onderhandelde over aanstelling aldaar, na overleg met de vertegenwoordiger van die opera zijn baan bij een radiozender had opgezegd. Na een directeurswisseling bij het operahuis kwam het uiteindelijk niet tot aanstelling van de technicus. De Duitse rechter wees de vordering tot betaling van het bedrag dat elser bij de opera tot het einde van het seizoen zou kunnen verdienen, af, maar wees de subsidiaire vordering tot betaling van het bedrag dat hij bij de radiozender verdiend zou hebben, toe. Overigens zij er in dit verband nog op gewezen dat Nederland niet alleen binnen Europa

een uitzonderingspositie inneemt voor wat betreft de mogelijkheid om vergoeding te kunnen vorderen van het positief contractsbelang, maar dat, ter nuanceering, wel bedacht moet worden dat, voor wat betreft gevallen van schadeplichtig afgebroken onderhandelingen, het positief contractsbelang zelden wordt toegewezen. Bovendien zou het best eens zo kunnen zijn dat de Hoge Raad, bij de keuze van zijn bewoordingen in het arrest CBB/JPO, de bedoeling heeft gehad om duidelijk te maken dat ook in het Nederlandse recht niet snel sprake zal zijn van aansprakelijkheid wegens eenzijdig afgebroken onderhandelingen, zodat de verschillen met de ons omringende rechtsstelsels uiteindelijk wel eens kleiner zouden kunnen zijn dan soms wordt aangenomen.

Tot zover, zij het beknopt, enkele handvatten voor de beoordeling van een zaak waarbij wordt geklaagd over het afbreken van onderhandelingen in het stadium waarin zulks de afbrekende partij niet meer vrijstond. Vanzelfsprekend zijn er meerdere wegen die naar Rome leiden en het vorenstaande beoogt ook overigens geenszins volledig te zijn. Voor een meer omvattende bespreking van dit onderwerp verwijs ik naar mijn bijdrage aan de serie Monografieën Privaatrecht en de daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie of, voor een nagenoeg uitputtende verhandeling over dit thema, naar Y.G. Blei Weismann in de losbladige Verbintenissenrecht en haar aantekeningen op artikel 217 e.v. ■

21. Vgl. HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 en HR 18 juni 1971, NJ 1971, 408.

22. M.W. Hesselink, 'De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese Privaatrecht', WPNR 1996/62-49.