

# Schadevergoeding bij gelegitimeerd en ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen

79

## 1. Inleiding

Het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen blijft de gemoederen bezighouden. Er wordt nog steeds veel over geprocedeerd en daarmee blijft het voor de praktijk een belangrijk leerstuk. In een recente uitspraak bevestigde de Hoge Raad dat het daarbij niet enkel hoeft te gaan om de aanwezigheid van vertrouwen in – kort gezegd – het welslagen van de onderhandelingen, maar om alle omstandigheden van het geval. Daarnaast begint zich in de lagere rechtspraak een interessant raamwerk af te tekenen voor het beoordelen van vorderingen tot schadevergoeding bij *gelegitimeerd* afgebroken onderhandelingen.

## 2. Schadevergoeding bij gelegitimeerde afgebroken onderhandelingen

Als meest recente standaardarrest voor wat betreft het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen kan nog steeds worden teruggegrepen op het arrest van de Hoge Raad van 12 augustus 2005 (HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (CBB/JPO)). Het uitgangspunt in deze uitspraak geldt nog steeds en komt erop neer dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daaruit volgt dat partijen in beginsel vrij zijn om onderhandelingen af te breken tenzij er sprake is van rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van enigerlei overeenkomst dan wel er andere omstandigheden zijn die het eenzijdig afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar maken. Toegegeven: in de praktijk worden vorderingen uit afgebroken onderhandelingen, als ze al worden toegewezen, doorgaans geënt op de aanwezigheid van dit rechtens relevante vertrouwen. Sinds het arrest CBB/JPO weten wij dat dit vertrouwen niet snel mag worden aangenomen; voor het aannemen van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen moet immers volgens de Hoge Raad een 'strengere en tot terughoudendheid nopende maatstaf' worden aangelegd. Met andere woorden: sinds het arrest CBB/JPO ligt de lat een stuk hoger. Dat volgt in ieder geval uit de nadien gewezen lagere rechtspraak. Die laat overigens nog wel de

nodige verschillen zien want de Hoge Raad heeft weliswaar aangegeven dat strenger en terughoudender dan voorheen moet worden getoetst door de rechter voor wat betreft het aannemen van het rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen, maar op dit moment kristalliseert zich in de lagere rechtspraak nog steeds uit hoeveel strenger en hoe terughoudender de rechter daar nu precies bij moet zijn. Dat leidt ertoe dat het nog steeds lastig blijft, zeker bij procedures in eerste aanleg, om het procesrisico van zaken met betrekking tot afgebroken onderhandelingen (die bovendien naar hun aard altijd erg feitelijk zijn) goed in te schatten.

Zoals aangegeven gaat het veelal om de vraag of er sprake is van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen, maar wat nog wel eens over het hoofd gezien wordt, is dat dit weliswaar een belangrijke, maar zeker niet de enige grondslag is voor een succesvolle vordering uit afgebroken onderhandelingen. De Hoge Raad heeft immers met zo veel woorden aangegeven dat er ook andere omstandigheden kunnen zijn dan rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen die maken dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. Dat kunnen belangen van derden zijn (die niet noodzakelijkerwijs direct bij de onderhandelingen zijn betrokken), maar in de kern zijn alle omstandigheden van het geval hier van belang.

Ik noem de mogelijkheid dat bij het oordeel of het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is, ook rekening wordt gehouden met de belangen van indirect bij de onderhandelingen betrokken derden met zo veel woorden, omdat dit omstandigheden zijn die de wetgever bij wijze van voorbeeld naar voren heeft gebracht in de parlementaire geschiedenis op het wetsartikel dat ooit is voorgesteld om te komen tot een codificatie van de hoofdregel uit het arrest Plas/Valburg (HR 18 juni 1982, NJ 1983/723). Stel bijvoorbeeld dat een opdrachtgever in een aannemingsrelatie aan zijn aannemer voorschrijft dat deze van bepaalde, door de opdrachtgever aan te wijzen onderaannemers gebruik moet maken voor het uitvoeren van specifieke werkzaamheden. Die onderaannemers zijn weliswaar niet direct betrokken bij de onderhandelingen tussen de opdrachtgever en de hoofdaannemer, maar hebben daar indirect natuurlijk wel mee te maken. Worden de onderhandelingen door de opdrachtgever afgebroken, maar kan niet worden geconcludeerd tot het bestaan van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen aan de kant van de hoofdaannemer, dan kunnen de indirecte betrokkenheid en daarmee de belangen van de onderaannemers bij de onderhandelingen over de hoofdaannemingsovereenkomst omstandigheden zijn die ertoe kunnen leiden dat het afbreken van de onderhandelingen door de opdrachtgever, zeker gezien diens wetenschap omtrent de onderhandelingen tussen de hoofdaannemer en de onderaannemers, dat het afbreken van de onderhandelingen door de opdrachtgever desalniettemin onaanvaardbaar is.

<sup>1</sup> Marcel Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht en honorair universitair docent aan de Universiteit Utrecht.

### 3. Alle omstandigheden van het geval van belang

Maar dat het niet enkel hoeft te gaan om de belangen van indirect bij de onderhandelingen betrokken derden, volgt uit een recente uitspraak van de Hoge Raad (HR 6 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:777, Bb 2013/79.1). Het ging in deze zaak – kort gezegd – om het antwoord op de vraag of het afbreken van de onderhandelingen over de voortzetting van een duurovereenkomst onaanvaardbaar was. De teleurgestelde partij was enkel voor het anker gaan liggen van het bestaan van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen. Dat had het hof vervolgens onderzocht en het hof heeft het daarbij gelaten en dus niet onderzocht of het afbreken van de onderhandelingen op basis van andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou kunnen zijn geweest. Toen de teleurgestelde partij bij het hof ongelijk kreeg, werd cassatie ingesteld en klaagde deze partij over een naar het oordeel van die partij onjuiste toepassing door het hof van de door het hof aangelegde maatstaf om vast te stellen of het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar was. De Hoge Raad oordeelt echter dat het hof uit de processtukken kon afleiden dat de teleurgestelde partij niet tevens een beroep had gedaan op het deel van de hier bedoelde maatstaf dat ziet op 'de andere omstandigheden van het geval'. Dit oordeel van het hof is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk. Doordat de teleurgestelde partij de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen uitdrukkelijk slechts op gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen had gebaseerd en niet tevens op de hier bedoelde 'andere omstandigheden van het geval' en een voldoende kenbaar beroep op die alternatieve grondslag in de stellingen van de teleurgestelde partij ook niet besloten lag, hoefde het hof niet te onderzoeken of het afbreken van de onderhandelingen op basis van 'andere omstandigheden' dan totstandkomingsvertrouwen bij de wederpartij onaanvaardbaar was.

De moraal van dit verhaal: bij een vordering uit ongelegitimeerd onderhandelingen speelt in de praktijk weliswaar de vraag naar gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen een hele belangrijke rol, maar gaat het uiteindelijk om alle omstandigheden van het geval. Daarbij is het van groot belang dat in een procedure de focus dus niet enkel op dat rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen komt te liggen, maar dat ook voldoende aandacht wordt besteed aan andere omstandigheden die wellicht niet direct leiden tot vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen, maar die wellicht wel tot de conclusie kunnen leiden dat het afbreken van de onderhandelingen ondanks het ontbreken van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen toch onaanvaardbaar is. Wie zich beperkt tot feiten en omstandigheden die rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen zouden kunnen voeden, doet zichzelf daarmee ernstig tekort want in een dergelijk geval behoeft de rechter dan dus niet zelfstandig te onderzoeken of het afbreken van de onderhandelingen wellicht op grond van 'andere omstandigheden' dan totstandkomingsvertrouwen onaanvaardbaar was.

### 4. Schadevergoeding bij ongelegitimeerde afgebroken onderhandelingen

Tot zover *ongelegitimeerd* afgebroken onderhandelingen. Dat dit tot schadeplichtigheid kan leiden, is bekend. Vanwege de hiervoor genoemde in acht te nemen strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf (voor wat betreft totstandkomingsvertrouwen) zal een vordering uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen tegenwoordig echter niet snel succesvol zijn; de hoofdregel is en blijft daarbij dat het onderhandelende partijen in beginsel vrijstaat om die onderhandelingen te beëindigen als uitvloeisel van de contractvrijheid. Wie echter *gelegitimeerd* onderhandelingen afbreekt, is desalniettemin ook niet altijd gevrijwaard van schadevergoedingsvorderingen.

De mogelijkheid om ook bij *gelegitimeerd* afgebroken onderhandelingen kosten vergoed te krijgen, is terug te voeren op een overweging van de Hoge Raad uit het arrest Plas/Valburg. Die overweging komt erop neer dat een verplichting tot het vergoeden van kosten *'zelfs zou kunnen bestaan, als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat (...) de onderhandelingen niet meer te goeder trouw hadden mogen (worden) afgebroken, maar reeds in een stadium dat zulk afbreken (...) in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder (...) gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk te vergoeden'*.

Het is interessant om vast te stellen dat de Hoge Raad sinds het arrest Plas/Valburg nooit meer aan deze mogelijkheid tot schadevergoeding bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen heeft gerefereerd. In de lagere rechtspraak daarentegen wordt (naar ik vaststel: in toenemend mate) gebruikgemaakt van deze mogelijkheid. Wellicht dat dit te maken heeft met het feit dat het positief contractbelang bij ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen in verband met de door de rechter aan te leggen strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf voor het aannemen van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen, veel minder vaak dan vóór het arrest CBB/JPO wordt toegewezen, maar dat is niet meer dan een veronderstelling. In elk geval stel ik vast dat de Hoge Raad in het arrest Plas/Valburg weliswaar aan de mogelijkheid van schadevergoeding bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen refereert, maar daarbij drie belangrijke vragen onbeantwoord laat, namelijk: wat is de juridische grondslag voor een dergelijke verplichting, welke kosten komen dan voor vergoeding in aanmerking en wanneer doet zich die situatie überhaupt voor?

In de feitenrechtspraak tekent zich langzaam een raamwerk af waarbinnen de mogelijkheid van schadevergoeding bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen handen en voeten wordt gegeven. Er is inmiddels een aantal uitspraken van gerechtshoven waarin met zo veel woorden door de rechter een keuze wordt gemaakt voor de redelijkheid en billijkheid als juridische grondslag voor schadevergoeding bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen (zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2009, nr. 104.003.701; Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, nr. 104.003.701 en A-G Spier in zijn conclusie onder HR 15 de-

ember 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AZ2721, Bb 2013/79.2). De keuze voor deze grondslag geeft reden voor uitvoerige bespiegelingen die de reikwijdte van dit artikel echter te buiten gaan. Ik volsta ermee op te merken dat de keuze voor de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige grondslag voor het ontstaan van verbintenissen de feitenrechter in elk geval heel veel vrijheid geeft bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding en de motivering van zijn uitspraak, terwijl de juiste toepassing van de redelijkheid en billijkheid in dit verband in cassatie vaak lastig toetsbaar zal zijn. Wellicht voor de praktijk nog belangrijker is echter dat het Hof Arnhem-Leeuwarden een verregaande poging heeft gedaan om aan te geven welke kosten bij een vordering uit gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen dan voor vergoeding in aanmerking komen. In het hiervoor genoemde tussenaarrest overwoog het hof al:

“Het gaat hier niet noodzakelijkerwijs alleen om onderhandelingskosten, maar in beginsel om alle kosten (waaronder met name ook kosten van voorbereiding, ontwikkeling, investering en bedrijfsvoering) die [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] hebben gemaakt in het kader van het traject dat partijen samen hebben afgelegd ten behoeve van het kanaalwaterproject. Daarbij verdient opmerking dat kosten eerder voor een vergoedingsbijdrage in aanmerking zullen komen naarmate deze meer in de sfeer van de uitvoering van het project liggen en minder snel naar mate deze daarvan verder zijn verwijderd. Juist specifieke extra kosten bij [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] komen eerder voor vergoeding in aanmerking dan andere. Daarbij is mede van belang in hoeverre [geïntimeerde sub 1] en/of [geïntimeerde sub 2] deze kosten maakte(n) met medeweten of instemming van [appellante], of (zelfs) op initiatief dan wel verzoek van [appellante]. Van belang is voorts of partijen gedurende hun onderhandelingen met elkaar overleg hebben gevoerd en of zij afspraken hebben gemaakt over de olopemde kosten en de mate waarin zij deze zelf zouden moeten dragen, c.q. terugverdienen, dan wel van de wederpartij vergoed zouden krijgen.”

Dit tussenaarrest is inmiddels gevolgd door een eindarrest. In dit (hiervoor al genoemde) eindarrest, dat voor wat betreft de juridische grondslag voor de aansprakelijkheid bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen overigens expliciet voortbouwt op het hiervoor genoemde tussenaarrest, oordeelt het hof onder meer:

“Het betreft hier een geval waarin het afbreken van de onderhandelingen een partij in de gegeven omstandigheden weliswaar op zichzelf vrij staat, maar waarin de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat deze partij de door de wederpartij in het kader van die onderhandelingen gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor zijn rekening neemt (...). Die verplichting tot vergoeding van gemaakte kosten omvat niet een verplichting tot vergoeding van de gedeerde winst die zou zijn behaald indien de overeenkomst wel

zou zijn gesloten. Vergoeding van die gedeerde winst kan immers slechts aan de orde komen in een geval waarin het afbreken van de onderhandelingen niet (langer) geoorloofd was. Alleen in dat geval moet de wederpartij in de positie worden gebracht alsof tussen partijen een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen (positief contractsbelang). Voor zover [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] aanvoeren dat zij recht hebben op vergoeding van de winst die zij hebben gedeerd doordat zij hun tijd en inspanning aan het onderhavige project hebben besteed in plaats van aan een ander (met een andere partij gesloten), wel winstgevend project, verwerpt het hof ook deze stelling. Dat uit de redelijkheid en billijkheid de verplichting kan voortvloeien tot vergoeding van (bepaalde) kosten die in verband staan met de gevoerde onderhandelingen, betekent niet dat de wederpartij steeds volledig in de positie moet worden gebracht alsof zij de onderhandelingen nooit was begonnen (negatief contractsbelang). Het betreft hier overigens geen wettelijke verplichting tot schadevergoeding als bedoeld in artikel 6:95 e.v. BW maar een uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 lid 1 BW) voortvloeiende verplichting tot vergoeding van kosten.”

Samenvattend komt dit er dus op neer dat bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen hooguit een gedeelte kan worden gevorderd van het zogenaamde negatief contractbelang. De teleurgestelde partij behoeft dus niet financieel te worden geplaatst in een situatie waarin die partij zou hebben verkeerd als er in het geheel niet zou zijn onderhandeld, maar onder omstandigheden kan een deel van de kosten die met de onderhandelingen gemoeid zijn gegaan, vergoed worden.

De hamvraag (te weten: wanneer doet zich nu een situatie voor waarbij de teleurgestelde partij bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen recht heeft op vergoeding van een deel van zijn kosten?) wordt helaas in de lagere rechtspraak niet zo helder beantwoord en beargumenteerd. Dat zal ongetwijfeld te maken hebben met het in hoge mate feitelijke karakter van dit soort procedures waarbij het lastig is om algemene regels te formuleren. In veel gevallen blijft het bij de motivering dat de partij die veroordeeld wordt tot voldoening van een deel van de kosten van de teleurgestelde partij zich 'de belangen van de teleurgestelde partij in onvoldoende mate heeft aangetrokken' (of woorden van gelijke strekking). Nogmaals: dat is deels verklaarbaar door het vaak feitelijke karakter van dit soort procedures, maar het zou natuurlijk prettig zijn wanneer de rechtspraak de praktijk op dit punt tegemoet zou kunnen komen door daar waar mogelijk voor de praktijk bruikbare handvatten te creëren.

## 5. Conclusie

Wat leert ons deze recente rechtspraak? In eerste instantie wordt hierin benadrukt dat, bij een schadevergoedingsvordering uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen, weliswaar het bestaan van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen een hele belangrijke maatstaf blijft,

maar dat uiteindelijk gekeken moet worden naar alle omstandigheden van het geval en dat de teleurgestelde partij zeker niet alléén voor het anker van het rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen moet gaan liggen, maar ook de 'andere omstandigheden' nadrukkelijk moet benoemen, daar waar de rechter niet zelf op zoek hoeft te gaan naar die 'andere omstandigheden'. Daarnaast kristalliseert in de feitenrechtspraak langzaam maar zeker het leerstuk van de schadevergoeding bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen verder uit. Als grondslag voor een dergelijke vergoedingsplicht wordt steeds vaker de redelijkheid en billijkheid genoemd en steeds duidelijker wordt inmiddels ook dat in een dergelijk geval niet het volledige negatief contractbelang voor vergoeding in aanmerking komt, maar slechts een deel van de onderhandelingskosten, waarbij langzaamaan voorzetten worden gegeven aan de hand waarvan kan worden beoordeeld welke kosten wel en welke kosten niet of minder snel voor vergoeding in aanmerking komen. De rechtspraak is op dit punt in elk geval nog volop in ontwikkeling.