

De verschillen tussen het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase, de contractuele fase en in het bijzonder bij onvoorziene omstandigheden

1. Inleiding

Het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen wordt meestal geassocieerd met de precontractuele fase. In de literatuur is al veel aandacht geweest voor de vraag wanneer onderhandelingen in de precontractuele fase nog gelegitimeerd (dat wil zeggen niet-schadeplichtig) kunnen worden afgebroken. Aanmerkelijk minder vaak (maar relatief steeds vaker) komt de vraag aan de orde of onderhandelingen in de *contractuele* fase gelegitimeerd kunnen worden afgebroken, wanneer partijen zich contractueel hebben verplicht om omtrent een bepaald thema te onderhandelen en, in het verlengde daarvan, of er een onderhandelingsplicht moet worden aangenomen indien sprake is van onvoorziene omstandigheden als bedoeld in artikel 6:258 BW. In alle drie de gevallen rijst uiteindelijk de vraag vanaf welk moment de onderhandelingen niet meer gelegitimeerd afgebroken kunnen worden. In dit artikel worden deze drie uiteenlopende situaties (met daarbij de hypothese dat de gevoerde onderhandelingen ongelegitimeerd worden afgebroken) met elkaar vergeleken.

2. Opzet van dit artikel

In dit artikel staat de vraag of en, zo ja, wanneer onderhandelingen gelegitimeerd (dat wil zeggen: niet-schadeplichtig) mogen worden afgebroken, centraal in drie verschillende situaties: (1) de precontractuele fase, (2) de situatie waarin partijen zich contractueel hebben verbonden om met elkaar in onderhandeling te treden en (3) de situatie waarin, binnen de contractuele fase, sprake is van onvoorziene omstandigheden als bedoeld in artikel 6:258 BW. Daarbij zal telkens ook worden ingegaan op de fundamentele vraag naar de juridische grondslag of grondslagen van een (eventuele) verplichting tot dooronderhandelen, nu het antwoord op de hiervoor geformuleerde centrale vraag daar niet los van kan worden gezien.

3. Afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase

Het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen heeft zich in de literatuur en de rechtspraak

¹ Marcel Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. en universitair docent aan de Universiteit Utrecht.

met name ontwikkeld in het kader van de precontractuele fase. Voor wat betreft het leerstuk voor de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase is nog altijd leidend het arrest *JPO/CBB* uit 2005.² Het beginsel van de contractsvrijheid staat daarbij voorop; de pendant van het uitgangspunt dat het eenieder vrijstaat om contractuele afspraken te maken met wie men wil en waarover men wil (met de begrenzing van artikel 3:40 BW uiteraard) is immers dat de onderhandelingen over die afspraken ook te allen tijde weer kunnen worden afgebroken. Dit uitgangspunt brengt, aldus de Hoge Raad in *JPO/CBB*, met zich, dat ieder van de onderhandelende partijen 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 (in een opvolgend arrest spreekt de Hoge Raad weer van "enigerlei contract") of in verband met andere omstandigheden onaanvaardbaar is. Daarbij dient rekening te worden gehouden 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.

De ‘trigger’ is dus het bestaan van gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van enigerlei contract waarover wordt onderhandeld of andere omstandigheden die maken dat het afbreken in de gegeven situatie onaanvaardbaar is. Wordt deze tweede grondslag in de procedure niet aangevoerd, dan hoeft de rechter niet ambtshalve daarnaar op zoek te gaan. Het is dus altijd verstandig om, naast een beroep op gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen, ook altijd te stellen dat, zo de aangevoerde feiten en omstandigheden het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen niet hebben kunnen doen postvatten, die feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhangend beschouwd nog wel voldoende zijn om succesvol een beroep te kunnen doen op het ‘vangnet’ dat, ondanks het ontbreken van het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen, het afbreken van de onderhandelingen desalniettemin onaanvaardbaar is.

Het is overigens ook verstandig om enkel subsidiair een beroep op deze alternatieve grondslag te doen; wordt de vordering immers toegewezen op tweede grondslag dan komt hooguit het negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking, terwijl de eisende partij bij een succesvol beroep op gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen in beginsel de keuze heeft tussen ofwel vergoeding van het negatief contractsbelang ofwel vergoeding van het

² HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337.

positief contractsbelang.

Dat laatste vormt dan ook de reden waarom in procedures over afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase doorgaans allereerst getracht wordt om een beroep te doen op gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen. Dat wil dus zeggen dat er voldoende feiten en omstandigheden moeten worden gesteld (en bij betwisting bewezen) die naar objectieve maatstaven kunnen rechtvaardigen dat de ‘maatman/-vrouw’ (dat wil zeggen: de gemiddeld zorgvuldig handelend persoon in de positie van de eisende partij) er gerechtvaardigd op moet hebben kunnen vertrouwen dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren.

Het vernieuwende eertijds aan het arrest *JPO/CBB* was dat de Hoge Raad in dat kader heeft bepaald dat voor het aannemen van dat rechtens relevante vertrouwen ‘een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf moet worden aangelegd’. Met andere woorden, naast dat het vertrouwen in – kort gezegd – het welslagen van de onderhandelingen subjectief aanwezig moet zijn geweest (maar dat valt in de praktijk natuurlijk lastig te betwisten voor de wederpartij) moet dat vertrouwen ook in objectieve zin hebben kunnen postvatten *én* dat mag ook niet lichtvaardig worden aangenomen. Anders gezegd: de lat voor het kunnen aannemen van dat vertrouwen is sinds *JPO/CBB* fors hoger komen te liggen, waarmee, zo volgt uit de sedert *JPO/CBB* verschenen feitenrechtspraak, veel langer kan worden dooronderhandeld, voordat de onderhandelingen in een stadium komen te verkeren waarin het eenzijdig afbreken daarvan niet meer geoorloofd is. Wat daarbij wel weer wat meer ruimte biedt, is dat de Hoge Raad in het arrest *Vollenhove/Shell*³ weer is teruggekomen op de oude formulering dat het moet gaan om gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen in ‘enigerlei contract’, daar waar de Hoge Raad in het arrest *JPO/CBB* nog sprak over gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen in ‘de overeenkomst’. Dat echter thans terzijde.

Waar het mij in het kader van dit artikel om gaat is dat in de precontractuele fase het uitgangspunt is dat onderhandelingen te allen tijde kunnen worden afgebroken tot het moment waarop – kort gezegd – de wederpartij van de partij die de onderhandelingen afbreekt er gerechtvaardigd op heeft kunnen vertrouwen dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou gaan resulteren en dat bij het aannemen van dat vertrouwen een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf moet worden aangelegd. Nog algemener geformuleerd:

³ HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855.

afbreken mag, tenzij...

Dat brengt mij tot een (ander) wezenlijk verschil tussen de drie in dit artikel onderzochte situaties: de juridische grondslag of grondslagen voor een vordering uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen. Omtrent die grondslag bestaat in de literatuur geen eenduidigheid en de Hoge Raad heeft zich er nog nimmer expliciet over uitgelaten, anders dan dat het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase ‘onaanvaardbaar’ kan zijn en dat partijen in de precontractuele fase, wanneer ze met elkaar onderhandelen, ten opzichte van elkaar komen te verkeren in een bijzondere, door de redelijkheid en billijkheid (voorheen: goede trouw) beheerste rechtsverhouding. Natuurlijk zijn er in de rechtspraak gevallen bekend waarin een verplichting tot dooronderhandelen of een verplichting tot vergoeding van nadeel in geval van afgebroken onderhandelingen expliciet gestoeld wordt op een onrechtmatige daad, maar dan is er in de regel meer aan de hand (geweest) dan ‘slechts’ het handelen in strijd met gewekt ‘totstandkomingsvertrouwen’ en is sprake van een zelfstandige onrechtmatige daad op grond van bijkomende omstandigheden.⁴

In de literatuur komen met name drie grondslagen meer pregnant naar voren: redelijkheid en billijkheid als zelfstandige grondslag voor het ontstaan van verbintenissen, onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking. Onverschuldigde betaling, zaakwaarneming en de door Keirse voorgestane schadevoorkomingsplicht⁵ vinden in de literatuur niet of nauwelijks navolging.⁶ Datzelfde geldt voor gewekt vertrouwen als zelfstandige grondslag voor het ontstaan van verbintenissen.⁷ Eveneens bekritiseerd,⁸ maar mogelijk mijns inziens wel succesvol als juridische grondslag in de precontractuele fase aan te voeren, is de

⁴ Zie bijvoorbeeld HR 16 januari 1981, *NJ* 1981/425 waarbij een onderhandelende partij verschillende gegadigden tegen elkaar uitspeelde of HR 13 februari 1981, *NJ* 1981/456 waarin eveneens op grond van bijkomende omstandigheden een zelfstandige onrechtmatige daad kon worden geconstrueerd.

⁵ A.L.M. Keirse, *Wat zou een schuldeiser zijn zonder schuldenaar? Een introductie van de schadevoorkomingsplicht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

⁶ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009, p. 299 e.v.

⁷ H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw* (Studiekring ‘Prof. Mr. J. Offerhaus’, Reeks Handelsrecht nr. 18), Deventer: Kluwer 1984, p. 22 e.v. en Ruygvoorn 2009, p. 283-284.

⁸ Ruygvoorn 2009, p. 295-299; M.A.M.C. van den Berg, ‘Plas-Valburg in de toekomstige tijd’, *BR* 1993, afl. 6, p. 333-340. Zie in dit verband ook illustratief Hof ’s-Gravenhage 27 april 1995, te kennen uit HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997/65.

ongerechtvaardigde verrijking. Voorwaarde is dan echter wel dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking *ten koste van een ander*, ofwel: tegenover een verrijking dient een verarming te staan en de voor de praktijk belangrijke vraag die dan vervolgens rijst is of daar in gevallen van ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen gemakkelijk aan kan worden voldaan.⁹ Dit is mijns inziens in veel gevallen van ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase niet aan de orde.¹⁰ Dat brengt mij tot de meest verdedigde grondslagen: onrechtmatige daad en redelijkheid en billijkheid. Sieburgh¹¹ schetst het beeld in de literatuur waarin de discussie met name lijkt te gaan over de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige grondslag voor het ontstaan van verbintenissen en onrechtmatige daad, maar merkt op¹² dat uit praktisch oogpunt het onderscheid tussen de beide constructies van gering belang is. Dit geldt, aldus Sieburgh, in de eerste plaats voor de inhoud van de verplichtingen: de ongeschreven normen die afgeleid kunnen worden uit de redelijkheid en billijkheid wijken in dit verband niet af van de ongeschreven normen waaraan artikel 6:162 BW refereert. Deze gedachtegang van Sieburgh doet een aantal interessante dogmatische vragen rijzen, zoals de vraag of ieder maatschappelijk onzorgvuldig (in de zin van onrechtmatig als bedoeld in artikel 6:162 BW) handelen eo ipso, ipso facto ook in strijd met de goede trouw moet worden geacht en de vraag in hoeverre de rechter zich verdergaande vrijheden kan permitteren bij de vaststelling dat een bepaald handelen in strijd met de goede trouw is ten opzichte van onrechtmatig handelen en wat de cassatie-technische implicaties daarvan zijn. Deze vragen vallen echter buiten het bestek van dit artikel. Ik hecht er wel aan voor wat betreft de handelwijze die de aansprakelijkheid ‘triggert’, erop te wijzen dat dit handelen er naar mijn mening uit bestaat dat door de afbrekende partij gehandeld wordt in strijd met het vertrouwen (in – kort gezegd – het welslagen van de onderhandelingen) dat de afbrekende partij door eigen gedragingen bij haar onderhandelingspartner heeft gewekt. In het kader van dit artikel laat ik dan maar even in het midden of zulk handelen dan juridisch kwalificeert als onrechtmatig of als in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Duidelijk is in elk geval dat de juridische grondslag voor een vordering uit ongelegitimeerd afgebroken

⁹ Zie onder meer J.H. Nieuwenhuis, ‘Zij moeten te goeder trouw ten uitvoer gebracht’, in: *Recht Vooruit, Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 111-119 en Ruygvoorn 2009, p. 298.

¹⁰ Zie voor een nadere uitwerking aan de hand van voorbeelden Ruygvoorn 2009, p. 298.

¹¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/201.

¹² Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/202.

onderhandelingen in de precontractuele fase een delictuele is.¹³

4. Conclusie met betrekking tot het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase

Op basis van de rechtspraak en literatuur kan met betrekking tot het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase geconcludeerd worden dat dit onderhandelende partijen vrijstaat tot het moment waarop – kort gezegd – het rechtens relevante vertrouwen heeft postgevat dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren of dat er andere omstandigheden zijn die maken dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. Worden de onderhandelingen in de precontractuele fase niet-gelegitimeerd afgebroken, dan vormen onrechtmatige daad, redelijkheid en billijkheid en, in een aantal gevallen, ongerechtvaardigde verrijking potentiële juridische grondslagen. Hoe anders is de situatie bij onderhandelingen in de contractuele fase!

5. Afgebroken onderhandelingen in de contractuele fase

In rechtspraak en literatuur lijkt de aandacht vooral uit te gaan naar het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase. Toch wordt er in de praktijk van alledag veelvuldig onderhandeld op basis van een daartoe strekkende contractuele verplichting. Ook dan is er vanzelfsprekend nog wel sprake van een precontractuele verhouding omdat de verplichting tot onderhandelen (ook al heeft die een contractuele basis) natuurlijk niet een verplichting inhoudt tot contractsluiting, maar, zoals ik in het navolgende zal onderbouwen, het aan de onderhandelingen ten grondslag liggende uitgangspunt verschilt wezenlijk en daarmee ook de juridische grondslag voor een vordering uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen op basis van een contractuele afspraak én het moment waarop het afbreken van dergelijke onderhandelingen tot de mogelijkheden behoort. De contractuele onderhandelingsplicht (dat wil in mijn definitie dus zeggen: een wederkerige verplichting op grond van partijafspraken om door middel van onderhandelingen een bepaald onderhandelingsresultaat na te streven) is bepaald niet nieuw en, zo meen ik, in de praktijk zelfs bepaald frequent voorkomend.

¹³ Vgl. Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement van 11 juli 2007 (*PbEG* 2007, L 199/40; Rome II), artikel 12: ‘De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit de onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst wordt, ongeacht of de overeenkomst al dan niet daadwerkelijk is gesloten, beheerst door het recht dat van toepassing is op de overeenkomst of dat op de overeenkomst van toepassing zou zijn geweest indien zij was gesloten.’

6. Enkele voorbeelden

Denk bijvoorbeeld aan de verplichting voortvloeiend uit de in veel commerciële contracten voorkomende ‘boilerplate clause’ die partijen verplicht om met elkaar in onderhandeling te treden ingeval er in die overeenkomst een bepaling staat die nietig blijkt te zijn of vernietigd wordt, om een vervangende bepaling overeen te komen die naar aard en strekking zo dicht mogelijk aan ligt bij de nietige of vernietigde bepaling (de zogenaamde ‘severability clause’). Of aan een intentieovereenkomst waarin partijen afspreken zich in te zullen spannen om, in onderhandeling, al dan niet voor een bepaalde datum en al dan niet op basis van bepaalde uitgangspunten of randvoorwaarden tot een nader omschreven onderhandelingsresultaat te komen. Dergelijke afspraken worden in de rechtspraak veelal aangeduid als (al dan niet mondelinge) voorbereidende hulpovereenkomsten.¹⁴ Een andere frequent voorkomende contractuele onderhandelingsplicht vloeit voort uit het bestaan van de zogenaamde rompovereenkomst.¹⁵ Het begrip ‘rompovereenkomst’, dat overigens geen wettelijk begrip is,¹⁶ heeft ook volgens de rechtspraak weliswaar geen vastomlijnde betekenis,¹⁷ maar in de literatuur wordt met dit begrip doorgaans een overeenkomst aangeduid met, in de terminologie van Blei Weissmann, ‘witte plekken’. Dat wil zeggen: nog ongeregelde punten die echter zowel kwalitatief als kwantitatief van zodanig ondergeschikt belang zijn in relatie tot hetgeen partijen al wel hebben geregeld, dat die nog ongeregelde punten niet in de weg staan aan het bereiken van wilsovereenstemming (en daarmee aan een overeenkomst). Het bestaan van een rompovereenkomst laat evenwel onverlet dat partijen nog wel de verplichting hebben om, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, met elkaar door te onderhandelen omtrent de invulling van de genoemde ‘witte plekken’. Dit wordt een ‘pactum de contrahendo’ genoemd, ofwel een in de reeds bereikte wilsovereenstemming belichaamde *contractuele* verplichting om de onderhandelingen voort te zetten met als inzet het bereiken van volledige overeenstemming over de nog niet geregelde punten binnen het geheel van afspraken dat partijen beogen te maken.¹⁸

¹⁴ Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 14 juni 2016, ECLI:NL:GHDA:2016:1624.

¹⁵ Vgl. M.R. Ruygvoorn, ‘Over het intreden van de contractuele fase; van een theoretische benadering tot een praktische invulling’, *WPNR* 2020, afl. 7308, p. 952 en voor enkele voorbeelden p. 958-960.

¹⁶ Vergelijk Y.G. Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 6:217-230, aant. 61.

¹⁷ Vgl. bijvoorbeeld HR 18 maart 1994, *NJ* 1995/744.

¹⁸ Ruygvoorn 2009, p. 47-48 en de daar aangehaalde literatuur.

7. Gelegitimeerd afbreken in de contractuele fase

Indien sprake is van een contractuele onderhandelingsplicht, rijst onder meer de vraag wanneer dergelijke onderhandelingen mogen worden afgebroken (lees: welke criteria daar moeten worden aangelegd en wat in dat kader de verhouding is tot de criteria die in dat kader in de precontractuele fase worden aangelegd) en wat de juridische grondslag of grondslagen in dat geval zijn.

Het is niet veel, maar er zijn wel enkele uitspraken die betrekking hebben op het afbreken van onderhandelingen die hun grondslag vinden in een partijafpraak om te onderhandelen. Als eerste bespreek ik het arrest van de Hoge Raad van 29 oktober 2010.¹⁹ In de casus die aan deze uitspraak ten grondslag lag, hadden de procederende partijen een samenwerkingsovereenkomst gesloten, gericht op de gezamenlijke ontwikkeling en realisering van een bedrijventerrein in Lelystad, het zogenaamde Bio Science Park. Een wezenlijk onderdeel van de opzet van de samenwerking betrof een aanzienlijke te verkrijgen Europese subsidie voor het project. Doordat de uitvoering van het project vertraging opliep, kon niet tijdig worden voldaan aan alle vereisten voor het verkrijgen van die subsidie voorafgaand aan het moment dat de voorwaarden daarvoor wijzigden. Nadat die voorwaarden waren gewijzigd, bestond op zich nog wel de mogelijkheid tot het verkrijgen van een subsidie, maar dan zouden wel de voorwaarden waaronder partijen hadden afgesproken met elkaar te gaan samenwerken, moeten worden gewijzigd.

Nu hadden partijen in de tussen hen gesloten samenwerkingsovereenkomst de mogelijkheid voorzien dat er op enig moment een kink in de kabel zou kunnen komen voor wat betreft de betreffende subsidie. Partijen hadden namelijk in artikel 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst het volgende afgesproken:

‘Indien de EU-bijdrage niet of niet in de mate zoals voorzien in de tussen partijen overeen te komen grondexploitatie door DLO in de BSP CV zou worden ingebracht, zou dit door ieder van partijen kunnen worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid die partijen verplicht medewerking te verlenen aan aanpassing (en eventueel zelfs beëindiging) van de samenwerkingsovereenkomst en de overeenkomsten die uit deze samenwerkingsovereenkomst

¹⁹ HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5612.

*voortvloei*en, voor zover ongewijzigde instandhouding van deze overeenkomsten jegens een van partijen onredelijk zou zijn. (...)’ (cursivering toegevoegd).

Overeenkomstig dit artikel van de samenwerkingsovereenkomst hebben partijen met elkaar onderhandeld over een aangepaste opzet van de afgesproken samenwerking en zijn door DLO ook daadwerkelijk besprekingen gestart met de beoogde derde (de provincie Flevoland). Dit heeft echter niet tot een aanpassing van een samenwerkingsovereenkomst geleid omdat DLO, althans in de perceptie van Heijmans c.s. (de onderhandelingspartner(s) van DLO), de onderhandelingen heeft afgebroken en in elk geval schriftelijk de samenwerkingsovereenkomst heeft opgezegd.

In deze procedure komt vervolgens de rechtsvraag centraal te staan in hoeverre het DLO vrijstond om de samenwerkingsovereenkomst te beëindigen en over de aanpassing daarvan de facto niet verder te willen onderhandelen.

DLO stelt zich in cassatie op het standpunt dat het antwoord op de vraag in hoeverre het haar vrijstond om de onderhandelingen met Heijmans c.s. omtrent onder meer de aanpassing van de samenwerkingsovereenkomst af te breken, getoetst moet worden aan de hand van de maatstaf die geldt voor het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase. Met andere woorden: volgens DLO zou enkel en alleen gekeken moeten worden naar het antwoord op de vraag of bij Heijmans c.s. op enig moment het rechtens relevante vertrouwen heeft postgevat dat tot een aanpassing van de samenwerkingsovereenkomst tussen partijen gekomen zou kunnen worden en daarbij zou, aldus DLO, een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf moeten worden aangelegd, teruggrijpend op een van de kernoverwegingen uit het arrest *JPO/CBB*.

Het hof volgt evenwel niet de redenering van DLO omdat het van oordeel was dat in de verhouding tussen DLO en Heijmans c.s. (en de commanditaire vennootschap die partijen hadden opgericht) geen sprake (meer) was van enige precontractuele fase. Het hof overweegt dat de onderhandelingen tussen partijen, die, naar het hof had vastgesteld, voortvloeiën uit een daartoe in artikel 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst opgenomen verplichting, betrekking hadden op een wijziging van de bestaande contractuele verhoudingen. De Hoge Raad vindt dat oordeel alleszins begrijpelijk en bepaalt dat er geen blijk is van ‘enige miskennis van de grenzen van het toepassingsgebied van de criteria die gelden voor de

beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden het afbreken van precontractuele onderhandelingen niet meer geoorloofd is en wat van een ongeoorloofd afbreken de rechtsgevolgen zijn’.

Het hof heeft, bij het antwoord op de vraag of de onderhandelingen in het onderhavige geval nog gelegitimeerd konden worden afgebroken, derhalve rekening gehouden met de omstandigheid dat aan de betreffende onderhandelingen een contractuele (inspannings)verplichting ten grondslag lag, dat partijen aan die contractuele verplichting om omtrent aanpassing van de overeenkomst met elkaar in onderhandeling te treden, uitvoering hebben gegeven en dat ‘daarmee de samenwerkingsovereenkomst een wijziging had ondergaan die de onderlinge verhouding tussen partijen nader, zij het nog niet definitief, heeft ingevuld en bepaald’. Met dit alles was bij Heijmans c.s., aldus het hof, het vertrouwen ontstaan dat aan de (verdere) contractuele verplichtingen – kort gezegd – invulling zou worden gegeven en kon DLO de onderhandelingen niet (meer) beëindigen. Nog steeds wel opgewekt vertrouwen dus, maar in de onderhavige uitspraak werd dit vertrouwen niet primair ontleend aan feitelijk handelen van DLO dat ertoe leidde dat Heijmans c.s. er gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat partijen er samen wel uit zouden gaan komen, maar gaat het om het vertrouwen bij Heijmans c.s. dat DLO op basis van de contractuele verplichtingen om te trachten samen tot een oplossing te komen, de stekker niet uit de onderhandelingen zou trekken voordat er sprake zou zijn van een gerechtvaardigd breekpunt in die onderhandelingen. En dat is een wezenlijk andere maatstaf.

Een tweede relevante procedure deed zich voor in 2020.²⁰ In deze zaak ging het om onderhandelingen tussen een gemeente en een projectontwikkelaar met betrekking tot de ontwikkeling van winkelvoorzieningen en appartementen op een bepaalde locatie. In dat kader hebben partijen een overeenkomst gesloten waarin – kort gezegd – een aantal uitgangspunten is vastgelegd, zoals de voorgenomen grondtransactie, de kosten van parkeer- en andere infrastructurele voorzieningen, de te voeren planologische procedure en het betalen van eventuele planschadevergoedingen. Uiteindelijk ging het feest voor de projectontwikkelaar niet door doordat de gemeente(raad) andere keuzes maakte. De gemeente omschrijft de betreffende overeenkomst vooral als een niet-bindende intentieverklaring die niet meer inhield dan een uitnodiging om in onderhandeling te treden, maar het hof verwierpt

²⁰ HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:781.

deze stelling van de gemeente en stelt vast dat het college van de betreffende gemeente zich heeft vastgelegd een (koop)overeenkomst te zullen gaan sluiten als aan bepaalde voorwaarden zou worden voldaan en dit is, zo het hof, een voorovereenkomst. De projectontwikkelaar stelde zich vervolgens, zakelijk weergegeven, op het standpunt dat de onderhandelingen die partijen opvolgend met elkaar voerden, zijn, althans mede zijn, gebaseerd geweest op de betreffende overeenkomst en zich in die zin dus niet meer in een ‘zuivere’ precontractuele fase bevonden zoals die zonder de betreffende overeenkomst aan de orde zou zijn geweest. Daarom kon de projectontwikkelaar zich ook niet verenigen met de overweging van het hof dat niet gezegd kan worden dat de gemeente onvoldoende medewerking zou hebben verleend aan de planologische inbedding van het plan van de projectontwikkelaar en dat de gemeente de onderhandelingen met de projectontwikkelaar kon afbreken en niet verder behoefde voort te zetten.

De projectontwikkelaar ging in cassatie en voerde als (belangrijkste) middel aan dat op het geval dat partijen anders dan door onderhandelingen de totstandkoming van een overeenkomst voorbereiden, in het algemeen dezelfde norm van toepassing is als in het geval dat die voorbereiding wél door onderhandelingen plaatsvindt. De projectontwikkelaar beriep zich vervolgens op de norm zoals die geldt volgens het arrest *JPO/CBB*. De projectontwikkelaar meende daarbij onder meer steun te vinden in de zaken *Wielerploeg/Skil*,²¹ *Luchthavenmeester Aruba*²² en *Grondtransactie Provincie Noord-Brabant*.²³ Daarbij wees de projectontwikkelaar er, bij wijze van voorbeeld, op dat in de zaak *Wielerploeg/Skil* het een toezegging betrof tot het oprichten van een wielerploeg en de aanstelling van een ploegleider/manager, die uiteindelijk niet tot een overeenkomst leidde. In de zaak *Luchthavenmeester Aruba* betrof het onderhandelingen door een overheidsfunctionaris, aan het resultaat waarvan het eigenlijk bevoegde overheidsorgaan zich vervolgens onttrok en in de zaak *Grondtransactie Provincie Noord-Brabant* ging het over een overeenkomst onder voorbehoud van goedkeuring door gedeputeerde staten, welke goedkeuring niet werd verleend. In al die gevallen is het, aldus de projectontwikkelaar, niet bepalend om een onderscheid te maken tussen onderhandelingen en het op andere wijze (lees: bijvoorbeeld op basis van een voorbereidende overeenkomst) voorbereiden van een

²¹ HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0255.

²² HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZB1223.

²³ HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1674.

overeenkomst.²⁴

De Hoge Raad doet de zaak af met artikel 81 Wet RO. Maar dat maakt deze zaak niet minder interessant, met name niet wanneer we kijken naar de conclusie van A-G Valk. Hij merkt onder meer op:

‘Hoewel de opvatting waarvan het middel uitgaat zeer sterke papieren heeft, behoort over haar nog wel iets meer te worden gezegd. De zojuist bedoelde norm voor het afbreken van onderhandelen van onder meer het arrest *CBB/JPO* – die een ruimere norm voor het staken van de voorbereiding van de totstandkoming van een overeenkomst blijkt te zijn – draagt een buitencontractueel karakter: zij geldt niet omdat partijen haar zijn overeengekomen, maar op grond van het ongeschreven recht.’²⁵

Vervolgens merkt Valk op:

‘Ik meen dat voor de samenloop van contractuele en buitencontractuele normen binnen de precontractuele fase niet wezenlijk iets anders geldt en behoort te gelden dan daarbuiten. Zoals het bestaan van een “gewone” overeenkomst tussen partijen niet uitsluit dat een partij haar wederpartij uit onrechtmatige daad (...) aanspreekt, zo geldt dit ook voor een overeenkomst (in de bewoordingen van het hof: een voorovereenkomst) die regels stelt voor de wijze waarop partijen een (andere) overeenkomst voorbereiden.’

Valk verwijst in dit kader naar r.o. 3.2 van het arrest *Grondtransactie Provincie Noord-Brabant*, hetwelk Valks gelijk zou bewijzen: het bestaan van een overeenkomst onder

²⁴ Vgl. P. van Schilfgaarde in diens *NJ*-noot onder *Wielerploeg/Skil*, waarin hij opmerkt: ‘Betoogd was dat het hof een verkeerde maatstaf had aangelegd bij de beoordeling van de vraag of Skil de voorbereiding van een contract met Vogelaar mocht afbreken. In dat verband was aangevoerd dat er bij die voorbereiding geen sprake was geweest van eigenlijke “onderhandelingen” maar van “gezamenlijke plannen”. De Hoge Raad beslist – en die beslissing lijkt mij juist – dat in het algemeen dezelfde maatstaf moet worden aangelegd, of er nu sprake is van onderhandelingen of van een andere wijze van voorbereiding.’

²⁵ Conclusie A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2019:1280, punt 3.3, waarin in het licht van het hiervoor reeds aangehaalde thema omtrent de mogelijke juridische grondslagen voor een vordering uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen door Valk wordt opgemerkt (voetnoot 7 van diens conclusie: ‘In dit verband is het mij om het even of men dat ongeschreven recht duidt als de zorgvuldigheidsnorm in de zin van de onrechtmatige daad, dan wel als redelijkheid en billijkheid (...)’).

voorbehoud sloot in dat arrest een beroep op gewone (buitencontractuele) regels met betrekking tot de precontractuele fase niet uit.

Nog los van het feit dat een overeenkomst die onder voorbehoud wordt gesloten, mijns inziens toch echt iets anders is dan een onvoorwaardelijke overeenkomst die op partijen een (inspannings)verbintenis legt om te trachten in onderhandeling tot een nadere overeenkomst te komen (waarop ik in het hiernavolgende nog nader zal ingaan) doet de opvatting van Valk mijns inziens tekort aan het primaat van de partijwil. En dat laatste is mijns inziens de reden dat over het antwoord op de vraag welk juridisch kader moet worden toegepast bij ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen in de contractuele fase in de literatuur ook wel anders wordt gedacht.

In dat kader merkt Valk overigens op dat hij bij enkele auteurs ‘(sporen van) een andere opvatting’ vindt voor wat betreft het geval dat op grond van een overeenkomst een onderhandelingsplicht bestaat. Volgens deze opvatting sluit het bestaan van een contractuele onderhandelingsplicht toepassing van de norm van *CBB/JPO* uit, aldus Valk, omdat niet die norm maar de partijafpraak in dat kader bepalend behoort te zijn. Valk citeert vervolgens een artikel van mij,²⁶ Bakker²⁷ en Tjittes.²⁸ In mijn door Valk aangehaalde artikel merk ik op dat rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen als maatstaf voor afgebroken onderhandelingen in de contractuele fase (dat wil zeggen: in de situatie waarin op grond van een contractuele afspraak tussen partijen wordt (door)onderhandeld) niet geëigend is. Bakker, in diens bijdrage waaraan Valk refereert, merkt op: ‘wie onderhandelt op grond van een daartoe bestaande verplichting, die is opgenomen in een tussen partijen bestaand contract, bevindt zich niet in “enige precontractuele fase”.’

Dat lijkt mij volkomen correct; wie immers aan onderhandelingen begint in wat ik zou willen noemen een ‘zuivere precontractuele-fase-situatie’ (zulks dus ter onderscheid van de situatie waarin sprake is van een contractuele onderhandelingsplicht) *is zich ervan bewust* dat zijn onderhandelingspartner in beginsel de onderhandelingen te allen tijde kan beëindigen en de

²⁶ M.R. Ruygvoorn, ‘Over de contractuele plicht tot (door)onderhandelen’, *NTBR* 2011/9, p. 70.

²⁷ P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012, p. 113.

²⁸ R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 99.

vrijheid heeft om gelijktijdig met derden te onderhandelen. Bieden de onderhandelingen met een derde partij een beter perspectief, dan vormt alleen dat al een legitieme reden om de onderhandelingen enkel met die derde partij voort te zetten. Dat wordt, zoals hiervoor omschreven, slechts anders indien het rechtens relevante vertrouwen heeft postgevat dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zal resulteren, maar tot die tijd heerst in beginsel het adagium ‘vrijheid-blijheid’. Wordt er daarentegen op basis van bijvoorbeeld een letter of intent onderhandeld of op basis van een ‘severability clause’ dan wel een andere ‘voorovereenkomst’, dan ligt aan het voeren van die onderhandelingen een verplichting ten grondslag die geënt is op de partijwil en op basis waarvan minst genomen een inspanningsplicht kan worden aangenomen om het beoogde onderhandelingsresultaat te bereiken. Het adagium ‘vrijheid-blijheid’ is dan dus per definitie niet meer aan de orde. Partijen zullen zich, anders dan in een zuivere precontractuele situatie als hiervoor bedoeld, eerst een reële inspanning dienen te getroosten om het beoogde onderhandelingsresultaat te bereiken. En pas indien aan die inspanningsverplichting in voldoende mate gevolg is gegeven zonder dat het beoogde onderhandelingsresultaat is bereikt, kan zich de situatie voordoen waarin de onderhandelingen gelegitimeerd mogen worden beëindigd.

Daarmee rijst natuurlijk de vraag wanneer partijen in voldoende mate recht gedaan hebben aan die inspanningsverplichting. Ik zou menen dat die situatie zich voordoet indien er zich in de onderhandelingen een gerechtvaardigd breekpunt heeft voorgedaan en mijns inziens is dat het moment waarop in redelijkheid van een partij niet meer verwacht mag worden dat deze in de onderhandelingen verdergaande concessies doet. In die situatie geldt dus niet, zoals in een zuivere precontractuele onderhandelingsituatie, dat afbreken is toegestaan, tenzij er sprake is van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen aan de zijde van de onderhandelingspartner, maar dat dooronderhandelen geboden is, tenzij dat in redelijkheid niet meer gevegd kan worden, waarmee in de laatstbedoelde situatie geacht wordt in voldoende mate invulling te zijn gegeven aan de (contractuele) inspanningsverbintenis tot het bereiken van het beoogde onderhandelingsresultaat.

Steun voor deze laatste opvatting vind ik niet alleen in de hiervoor beschreven uitspraken van de Hoge Raad, maar ook in de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 21 augustus 2020.²⁹ De casus die aan deze uitspraak ten grondslag ligt, laat zich zakelijk als volgt

²⁹ Rb. Amsterdam 21 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4142 (*Ondernemers Fort*)

samenvatten. Fort Abcoude is een rijksmonument en UNESCO Werelderfgoed.

Natuurmonumenten rekent het als een van haar opgaven om cultuurhistorisch erfgoed, zoals Fort Abcoude, te behouden. Natuurmonumenten is eigenaar van verschillende ruimten in Fort Abcoude en trad op enig moment, in haar hoedanigheid van verhuurder, in onderhandeling met een aantal ondernemers. Op 1 juli 2020 verscheen evenwel de volgende mededeling op de website van Natuurmonumenten:

‘Natuurmonumenten meldt dat het helaas niet is gelukt om te komen tot een lange termijn overeenkomst voor samenwerking met de ondernemers op Fort Abcoude. Beide partijen werkten aan een ontwikkelovereenkomst voor de herbestemming van het fort. De bedoeling was dat de ondernemers na verbouwing het fort zouden gaan huren voor de exploitatie van een hotel, winkel, lokale ondernemers en feesten en partijen. Helaas bleek dat er op principiële punten geen overeenstemming bereikt kon worden. Natuurmonumenten betreurt de ontstane situatie.’

Een aantal ondernemers voelde zich door deze mededeling op de website van Natuurmonumenten overvallen, kon zich er allesbehalve in vinden en entameerde een kortgedingprocedure bij de rechtbank Amsterdam. In het kader van deze procedure vorderden zij onder meer een bevel tot dooronderhandelen.

Als grondslag voor deze vordering wijzen de betreffende ondernemers onder meer op artikel 20 van de (tijdelijke) huurovereenkomst die tussen partijen tot stand was gekomen. Daarin was namelijk vermeld dat partijen zich ‘maximaal inspinnen’ om op zeer korte termijn het herontwikkelplan van Fort Abcoude tot een succes te maken en zich verbinden om uiterlijk op 30 juni 2020 overeenstemming te hebben bereikt over de wijze van herontwikkeling en de exploitatie. Daaraan is een recht gekoppeld van Natuurmonumenten om de huurovereenkomst op te zeggen indien dat onderhandelingsresultaat niet wordt bereikt.

Tijdens de onderhandelingen die tussen partijen volgen, wordt duidelijk dat er bij Natuurmonumenten klaarblijkelijk zorgen (blijven) bestaan omtrent de financiering. In de visie van Natuurmonumenten kunnen de ondernemers die zorgen niet wegnemen zodat Natuurmonumenten op enig moment vaststelt dat de beoogde overeenstemming omtrent de

Abcoude/Natuurmonumenten).

herontwikkeling en de exploitatie niet kan worden bereikt en zij een beroep doet op het haar hiervoor omschreven toekomstige recht om de huurovereenkomst op te zeggen. Dat maakt Natuurmonumenten via de hiervoor omschreven tekst op haar website wereldkundig.

De voorzieningenrechter gebiedt Natuurmonumenten om de onderhandelingen met de ondernemers te hervatten en deze voort te zetten onder leiding van een mediator (de subsidiaire vordering van de ondernemers daarmee toewijzend). Daarnaast wordt Natuurmonumenten veroordeeld om, gedurende de onderhandelingen, de huurovereenkomst voort te zetten en af te zien van de aangezegde ontruiming.

Buitengewoon interessant in dit verband zijn de overwegingen van de voorzieningenrechter om tot dit besluit te komen. De voorzieningenrechter overweegt in dat kader onder meer (r.o. 4.12): ‘Partijen hebben ter zitting over deze kwesties [bedoeld zijn onder meer zaken als een verschil in communicatiestijl tussen partijen en onuitgesproken ergernissen, auteur] hun visie gegeven. (...) Voorshands overtuigen deze voorbeelden van Natuurmonumenten de voorzieningenrechter niet dat een samenwerking niet mogelijk is.’

En (r.o. 4.13): ‘Uiteraard kan overeenstemming tussen partijen niet worden afgedwongen, maar anderzijds mag men niet te lichtvaardig stoppen. Dat geldt in het algemeen en zeker hier, waar Natuurmonumenten na een traject dat inmiddels 2,5 jaar loopt al voor de uiterste datum de stekker eruit trekt, terwijl zij zich verbonden heeft zich maximaal in te spannen. Daarbij weegt mee dat beide partijen tijd en geld geïnvesteerd hebben in het project en dat op dit moment door [eiseres] BV ook daadwerkelijk activiteiten op het Fort plaatsvinden in aanloop naar de geplande verbouwing van het Fort teneinde de definitieve bestemming te realiseren.’

En (r.o. 4.15): ‘Samenvattend is het tijdstip en de manier waarop Natuurmonumenten op 23 juni 2020 de stekker uit het project heeft getrokken, getoetst aan de onder 4.7 genoemde maatstaf, onaanvaardbaar.’

De voorzieningenrechter verwijst in de door hem gegeven samenvatting nadrukkelijk naar de maatstaf die hij onder rechtsoverweging 4.7 noemt en dat is de maatstaf zoals die volgt uit het arrest *JPO/CBB* (de voorzieningenrechter herhaalt de kernoverweging uit dit arrest zoals die in paragraaf 3 van dit artikel is besproken). Daarmee hinkt de voorzieningenrechter mijns

inziens op twee gedachten die zich, behoudens in geval van de hierna nader te noemen samenloop, moeilijk laten verenigen. Door immers enerzijds (r.o. 4.13) te overwegen dat ‘men [de onderhandelingen] niet te lichtvaardig mag stoppen’, maar anderzijds aansluiting te zoeken bij de maatstaf zoals die in de zuivere precontractuele (onderhandelings)fase geldt volgens het arrest *JPO/CBB*, lijkt er sprake van een tegenspraak. Doorslaggevend voor de voorzieningenrechter lijkt evenwel toch te zijn dat op basis van de tussen partijen gemaakte afspraken (lees: de op Natuurmonumenten rustende inspanningsplicht) de onderhandelingen niet meer mochten worden afgebroken. Ik verwijs in dat kader meer in het bijzonder naar hetgeen de voorzieningenrechter onder r.o. 4.13 opmerkt: ‘Om nu in dit stadium op deze wijze de stekker eruit te trekken past niet. Op Natuurmonumenten rust de plicht om zich tot het maximale in te spannen en niet lichtvaardig een dergelijke beslissing te nemen.’ De voorzieningenrechter legt daarmee eenduidig een andere maatstaf aan dan de maatstaf zoals die volgt uit het arrest *JPO/CBB*. En dat komt mij volkomen terecht voor in deze casus.

Mogelijk heeft de voorzieningenrechter, met de referentie aan de maatstaf zoals die in de zuivere precontractuele fase geldt, gemeend dat (zelfs) sprake is geweest van samenloop tussen de contractuele (door)onderhandelingsplicht en een verplichting tot dooronderhandelen op grond van – kort gezegd – gewekt totstandkomingsvertrouwen. Dat volgt niet expliciet uit het vonnis, maar kijkend naar de feiten en de overwegingen van de voorzieningenrechter, in onderling verband en samenhang beschouwd, acht ik dit geenszins onmogelijk.

8. Samenloop tussen de juridische kaders in de precontractuele fase en de contractuele fase

Niet valt natuurlijk uit te sluiten dat, bij een contractuele (door)onderhandelingsplicht, op enig moment wordt vastgesteld dat sprake is van een situatie waarin bij de wederpartij van de partij die de onderhandelingen afbreekt, het rechtens relevante vertrouwen is ontstaan dat (enigerlei vorm van) contract uit die onderhandelingen zou gaan resulteren en dat op basis daarvan de onderhandelingen niet meer gelegitimeerd mogen worden afgebroken. Denkbaar is zelfs dat weliswaar zou kunnen worden vastgesteld dat aan de invulling van de inspanningsverplichting (reeds) is voldaan, zodat vanuit dat perspectief de onderhandelingen gelegitimeerd zouden kunnen worden afgebroken, terwijl desalniettemin het vertrouwen is gewekt dat enigerlei vorm van contract uit de onderhandelingen zou gaan resulteren, hetgeen dan (alsnog) aan het gelegitimeerd afbreken van de onderhandelingen in de weg staat. Mogelijk dat de voorzieningenrechter in de onderhavige uitspraak op dit (dogmatisch) pad

zat, maar dat valt mijns inziens uit de overwegingen van de voorzieningenrechter niet direct te herleiden.

9. Tussentijdse conclusie: verschillend toetsingskader in de precontractuele en de contractuele fase

Samenvattend: wanneer sprake is van een contractuele onderhandelingsplicht (dat wil zeggen: een op de partijwil gebaseerde inspanningsverplichting om te trachten in onderhandeling te komen tot een bepaald onderhandelingsresultaat) dient mijns inziens binnen een ander juridisch kader te worden beoordeeld of onderhandelingen op enig moment gelegitimeerd kunnen worden afgebroken dan in de precontractuele fase. Geldt in een zuivere precontractuele onderhandelingsituatie dat onderhandelingen in beginsel altijd kunnen worden afgebroken tenzij het rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen in – kort gezegd – het welslagen van de onderhandelingen is ontstaan, bij een contractuele onderhandelingsplicht geldt dat de onderhandelingen moeten worden voortgezet en pas mogen worden afgebroken indien aan de daaraan ten grondslag liggende inspanningsverplichting is voldaan, hetgeen betekent dat een gelegitimeerd breekpunt in de onderhandelingen moet zijn bereikt wat mijns inziens gelijkgesteld kan worden aan de situatie waarin in redelijkheid niet meer van een onderhandelende partij gevergd kan worden dat deze de onderhandelingen voortzet en zulks tenzij de afbrekende partij het desalniettemin rechtens relevante vertrouwen heeft gewekt dat de onderhandelingen tot een succesvol einde zouden kunnen worden gebracht.

10. Bronnen van verbintenissen bij een contractuele dooronderhandelingsplicht

Dat brengt mij, tot slot voor wat betreft de contractuele (door)onderhandelingsplicht, tot de mogelijke bronnen van verbintenissen. In lijn met het (hiervoor toegelichte) uitgangspunt dat sprake is van een inspanningsverplichting om te trachten via onderhandelingen tot een bepaald onderhandelingsresultaat te geraken, welke hun grondslag vinden in de partijwil, ligt wanprestatie als grondslag voor de hand (al dan niet in combinatie met ontbinding ex artikel 6:265 BW) en kan een vordering tot dooronderhandelen gebaseerd worden op artikel 3:296 BW (nakoming).³⁰ In de laatst omschreven procedure is mijn inziens evident dat gebruik werd

³⁰ In gelijke zin: Asser/Van den Berg 7-VI 2017/57; Ruygvoorn 2009, p. 290; Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.27.1 en 1.63.1.2 en 3. Vgl. in dezelfde zin R.P.J.L. Tjittes, 'De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen – een kritisch overzicht', *RMThemis* 2016, afl. 5, p. 237-268 en 242. Zie ook Ruygvoorn, *NTBR* 2011/9, p. 69-73 en p. 70.

gemaakt van wat in de literatuur doorgaans wordt aangeduid als een ‘voorbereidende hulpovereenkomst’.³¹ Van Gulijk³² merkt terecht op dat in het laatste hier behandelde vonnis de voorzieningenrechter veel waarde hecht aan de zinsnede ‘maximaal inspannen’ uit het huurcontract, dat zij ziet als de voorbereidende hulpovereenkomst. Van Gulijk merkt op dat het huurcontract ‘enerzijds regelt dat de ondernemers op weg naar de beoogde samenwerkingsovereenkomst gebruik kunnen maken van bepaalde ruimtes van het Fort met het doel delen van het plan alvast kleinschalig in praktijk te brengen en kansrijke scenario’s te ontwikkelen. Anderzijds wordt vastgelegd dat partijen zich maximaal moeten inspannen om het herontwikkelingsplan dat ten grondslag ligt aan de beoogde samenwerkingsovereenkomst tot een succes te maken.’ Van Gulijk neemt vervolgens, mijns inziens terecht, aan dat de voorzieningenrechter van mening was dat partijen hierdoor niet meer in een ‘vrijheid-blijheid-fase’ zaten en een verplichting tot dooronderhandelen dus in de rede lag, waarbij de verplichting om zich maximaal in te spannen contractueel vastlag waardoor de contractsvrijheid op de achtergrond is geraakt³³ en de hulpovereenkomst de grondslag voor dooronderhandelen vormt op basis van artikel 6:74 BW. Dat laatste ben ik overigens niet met Van Gulijk eens; in mijn visie betreft de vordering tot dooronderhandelen een nakomingsvordering zodat niet artikel 6:74 BW, maar artikel 3:296 BW hiervan de grondslag vormt. Van belang daarbij is nog steeds dat geen sprake is van contractdwang; het gaat nog steeds om de nakoming van de inspanningsverbintenis om te trachten via onderhandelingen tot een bepaald resultaat te komen en dat is en blijft een inspanningsverbintenis en verwordt door een vordering tot dooronderhandelen natuurlijk niet tot een resultaatsverplichting.

In geval van samenloop als hiervoor besproken, zou ook onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) een mogelijke grondslag kunnen vormen. In geval van samenloop kan immers gesteld worden dat de gewraakte handelwijze (het handelen in strijd met het vertrouwen – tot het ontstaan waarvan de afbrekende partij heeft bijgedragen – dat enigerlei contract uit de

³¹ Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.34.1.2. In gelijke zin: M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1990, nr. 394 e.v.

³² S. van Gulijk, ‘De zaak *Ondernemers Fort Abcoude/Natuurmonumenten* en gezichtspunten voor een bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken onderhandelingen’, *NTHR* 2021, afl. 1, p. 23.

³³ Van Gulijk, *NTHR* 2021, verwijst in dit verband naar Blei Weissmann die benoemt dat onder omstandigheden een voorovereenkomst als omslagpunt van vrijheid naar gebondenheid kan worden aangewezen (zie Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.35.2); zie ook Van Gulijk, *NTHR* 2021, voetnoot 34.

onderhandelingen zou resulteren) dan immers ook los bezien van de contractuele context een (zelfstandige) onrechtmatige daad is c.q., onder verwijzing naar hetgeen ik met betrekking tot de juridische grondslagen in de zuivere precontractuele onderhandelingsfase heb opgemerkt, sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige grondslag voor het ontstaan van een verplichting tot schadevergoeding of dooronderhandelen.³⁴

11. (Door)onderhandelen in geval van onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 BW

De derde situatie die in dit artikel centraal staat betreft het afbreken van onderhandelingen in een situatie als bedoeld in artikel 6:258 BW waarin sprake is van ‘onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten’. In een zodanig geval kan de rechter, aldus artikel 6:258 lid 1 BW, op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden. Dat laatste gebeurt niet, aldus lid 2, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.

De eerste vraag die zich in dit verband stelt, is of op partijen bij een overeenkomst, terwijl zij zich in een artikel 6:258 BW-situatie bevinden, een rechtsplicht rust om in onderhandelingen te trachten tot aanpassing van hun overeenkomst te komen.

In geval van onvoorziene omstandigheden en bij gebreke van een hardship-clausule (heronderhandelingsclausule in contract) wordt door veel auteurs het bestaan van een heronderhandelingsplicht verdedigd.³⁵ Deze heronderhandelingsplicht bestaat daaruit dat

³⁴ Verwezen zij, voor wat betreft de omstandigheden die in de rechtspraak een overwegende rol spelen bij een succesvolle vordering tot dooronderhandelen naar het rechtspraakoverzicht in Van Gulijk, *NTHR* 2021, p. 23.

³⁵ Heronderhandelingsplicht wordt onder andere besproken (en in beginsel omarmd) door navolgende auteurs: J.H. Dalhuisen, in: *Kisch-bundel* 1975, p. 49-67; J.H. Dalhuisen, ‘De betekenis van de hardship-clausule’, *NJB* 1976, p. 181-183; J.M. van Dunné, ‘De verplichting tot heronderhandelen in geval van hardship’, in: *Iustitia et amicitia*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 126-136; J.M. van Dunné, ‘Contractual revision of contracts in Dutch law’, in: *Netherlands reports to the twelfth international congress of comparative law*, Den Haag: TMC Asser Instituut 1987, p. 75-96; J. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis*, Deventer: Kluwer 1989; J.H. Nieuwenhuis, ‘Vernietigen, ontbinden of aanpassen’, *WPNR* 1995, afl. 6164 en 6165, p. 23-26 en p. 37-41; J. Hijma, ‘Imprevision’, *BW-Krant Jaarboek* 1995, p. 57-69; M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 137-165; R.P.J.L. Tjittes, ‘De

partijen bij optredende onvoorziene omstandigheden met elkaar tot een redelijke wijziging van de overeenkomst (of een andere oplossing) moeten proberen te komen.³⁶ Volgens Hijma rust er in dat verband een *Obliegenheit* (een verplichting waarvan de niet-nakoming geen recht op nakoming of schadevergoeding geeft, maar die wel kan leiden tot beperking van contractuele rechten) op de partij die aanpassing behoeft om het initiatief tot contractaanpassing te nemen.³⁷ Onwilligheid om in deze heronderhandelingsfase in te gaan op een redelijk voorstel tot wijziging of om überhaupt de heronderhandelingen te beginnen, zou dan (met behulp van artikel 6:258 BW) gesanctioneerd kunnen worden door deze onwillige partij toch aan de oorspronkelijke overeenkomst te houden.³⁸ Een voorstel is volgens Sieburgh redelijk als deze het ontstane nadeel op afdoende wijze opheft.³⁹ Relevant is in dit verband dat een heronderhandelingsplicht pas kan ontstaan als er een daadwerkelijke aanspraak is om via de heronderhandeling het contract aan te passen; er moeten dus onvoorziene omstandigheden zijn die niet voor eigen rekening van de benadeelde partij komen.⁴⁰ Deze heronderhandelingsplicht doet opgeld voorafgaand aan de gang naar de

eenzijdige wijziging van een contract', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mokaria*, Deventer: Kluwer 2002, p. 359-372; J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 1*, Deventer: Kluwer 2004, p. 780-792; E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Imprévision en zelfregulering. Het belang van zelfregulering met betrekking tot onvoorziene omstandigheden in zakelijke contractuele (duur)relaties, de juridische inkadering en nadere vormgeving daarvan', *NTBR* 2006/10; P.S. Bakker & J.W. de Groot, 'Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken', *WPNR* 2009, afl. 6797, p. 369-377; M.E.M.G. Peletier, 'Crisis en contract. Een aantal opmerkingen over de toepassing van artikel 6:258 BW in tijden van recessie', *Contracteren* 2009/2, p. 49-52; Ruygvoorn, *NTBR* 2011/9; Bakker 2012, p. 104-117; Asser/Sieburgh 6-III 2018/436-445, i.h.b. 440 en 445; H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881, afl. 14, p. 956-969; W.H. van Boom, 'Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?', *NTBR* 2020/11, p. 85-89; R.J.Q. Klomp, 'Corona en contractenrecht: hoe kunnen partijen tot heronderhandeling worden bewogen?', *ORP* 2020, afl. 5, p. 12-15. Kritisch zijn vooral A.A. van Rossum, 'Imprévision en de hardship-clausule', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 427-440; W.L. Valk, 'Boekbespreking Peletier', *NTBR* 2002/4, p. 146-150 en W.L. Valk, 'Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm', *MvV* 2014, afl. 1, p. 1-5.

³⁶ Zie Asser/Sieburgh 6-III 2018/440.

³⁷ Hijma 1989, p. 16; Hijma, *BW-Krant Jaarboek* 1995, p. 67. Zie ook Tjittes 2002, p. 370.

³⁸ Zie Peletier 1999, p. 149-151; Bakker & De Groot, *WPNR* 2009, p. 370-371; Asser/Sieburgh 6-III 2018/445. Anders Van Rossum 1997, p. 433.

³⁹ Asser/Sieburgh 6-III 2018/445.

⁴⁰ Peletier 1999, p. 147.

rechter; als partijen er niet uitkomen kunnen zij naar de rechter.⁴¹ Ook kan de rechter deze heronderhandelingsplicht op partijen leggen.⁴²

De belangrijkste tegenargumenten tegen een dergelijke heronderhandelingsplicht komen van Valk en zijn van meer praktische aard. Volgens hem zorgt het in het leven roepen van heronderhandelingsplichten tot een verregaande complicatie en juridisering van het onderhandelingsstraject. De complicering schuilt er volgens Valk in dat het debat, indien het tot een procedure komt, niet alleen betrekking zal moeten hebben op de onvoorziene omstandigheden en de consequenties daarvan maar ook op het gehele onderhandelingsstraject dat partijen achter de rug hebben; het debat moet het redelijkheidsgehalte van alle over en weer gedane voorstellen tot wijziging betreffen en dat kost veel geld en tijd.⁴³ De juridisering van het debat schuilt daarin dat partijen in de buitengerechtelijke fase continu juridisch advies zullen moeten en willen inwinnen over de redelijkheid van de gang van zaken en het risico op de aanmerking van onredelijkheid. Door deze juridisering zal de kans dat partijen tot overeenstemming komen verkleinen, omdat de juridisering niet bevorderlijk zal zijn voor een coöperatieve houding bij de heronderhandelingen.⁴⁴

Deze argumenten komen mij wat gezocht voor; indien zich daadwerkelijk bij de uitvoering van een overeenkomst een situatie voordoet waardoor een van de partijen op een enorme wijze in de knel komt, zodanig dat – kort gezegd – ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst in redelijkheid niet van deze partij kan worden gevergd, dan lijkt het mij toch niet meer dan volstrekt logisch dat die partij met zijn wederpartij in overleg treedt en tracht in onderhandeling tot een oplossing te komen. In dergelijke omstandigheden kan ik mij niet goed voorstellen dat partijen, zoals Valk suggereert, continu juridisch advies zullen willen inwinnen over de redelijkheid van over en weer gedane voorstellen. Hooguit gaat dat spelen wanneer de onderhandelingen op enig moment in een impasse geraken, maar dat is mijns inziens in de precontractuele fase niet anders. De vraag is natuurlijk of de wederpartij van de

⁴¹ Hijma, *BW-Krant Jaarboek* 1995, p. 67; A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten: een horizontale vergelijking*, Deventer: Kluwer 2003, p. 38; K.L. Maes & J. den Hartog, 'Corona en commerciële contracten: een schets van de (reikwijdte van de) juridisch relevante remedies', *Bb* 2020/32, p. 162.

⁴² Zie Hammerstein & Vranken 2003, p. 38; Van Dunné 2004, p. 792.

⁴³ Valk, *MvV* 2014, p. 5.

⁴⁴ Valk 2002, p. 149.

partij die wenst te onderhandelen een *rechtsplicht* heeft om in die onderhandeling mee te gaan. De meerderheid van de hiervoor aangehaalde auteurs lijkt een dergelijke rechtsplicht aan te nemen met als sanctie dat de rechter de gevolgen van de overeenkomst kan wijzigen. Daarmee rijzen in het kader van dit artikel dan wederom de volgende twee vragen: wat is de juridische grondslag voor het aannemen van een dergelijke verplichting en hoe zit het met (de rechtsgevolgen van) het afbreken van onderhandelingen in een artikel 6:258 BW-situatie?

12. De juridische grondslag of grondslagen bij een onderhandelingsplicht in een artikel 6:258 BW-situatie

Voor zover in de literatuur überhaupt in een dergelijke situatie wordt gerefereerd aan de juridische grondslag voor het aannemen van een onderhandelingsplicht, wordt aangesloten bij de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige grondslag voor het ontstaan van verbintenissen. Op zich lijkt dat een logische keuze nu een eventueel rechterlijk ingrijpen in (de rechtsgevolgen van) de overeenkomst eveneens wordt gelegitimeerd vanuit een beroep op (de derogerende werking van) de redelijkheid en billijkheid. Dit levert evenwel een interessant gedachte-experiment op. Ik doel daarbij op de vraag of de weigering om in een artikel 6:258 BW-situatie in onderhandeling te treden met de partij die in de knel zit, niet evenzoeer een tekortkoming van de weigerachtige partij onder de overeenkomst oplevert.

Voor een positieve beantwoording van die vraag vallen twee argumenten aan te dragen. Het eerste argument komt erop neer dat de wet, in artikel 6:2 BW, voorschrijft dat debiteur en crediteur zich jegens elkaar dienen te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Wanneer diezelfde redelijkheid en billijkheid een rechtsplicht met zich brengen om desverzocht in onderhandeling te treden met de partij die in een artikel 6:258 BW-situatie in de knel zit, levert de weigering om dat te doen of het ongelegitimeerd afbreken van die onderhandelingen (waarover hieronder meer) dan niet een tekortkoming onder die overeenkomst op? Die aanname sluit mijns inziens naadloos aan bij het in de literatuur vrij algemeen aanvaarde uitgangspunt bij de rompovereenkomst, zoals hiervoor omschreven, dat de verplichting om in onderhandeling te treden omtrent de ‘witte plekken’ (lees: de nog niet geregelde punten van de overeenkomst die van ondergeschikt belang zijn en dus niet aan het intreden van de contractuele fase in de weg staan) een *pactum de contrahendo* oplevert, ofwel een in de reeds bereikte wilsovereenstemming belichaamde verplichting om daarover door te onderhandelen. Dat lijkt mij toch een *contractuele* verplichting waarvan het niet nakomen een tekortkoming oplevert.

De vraag naar de juridische grondslag voor een verplichting om in een artikel 6:258 BW-situatie in onderhandeling te treden, is zeker niet een louter theoretische; indien, op basis van de hiervoor ontvouwde gedachtegang, de weigering om in onderhandeling te treden een tekortkoming onder de overeenkomst oplevert, dan zou de teleurgestelde partij immers niet enkel de mogelijkheid hebben om de rechter te vragen de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden of de gevolgen daarvan te wijzigen, maar zou die partij ook zelf de overeenkomst, op basis van artikel 6:265 BW, kunnen ontbinden! Die partij is dan niet langer afhankelijk van de grillen van de rechter. Die zal immers in de praktijk terughoudend zijn bij het wijzigen van (de rechtsgevolgen van) de overeenkomst en proberen de balans enigszins te herstellen (lees: de pijn te verdelen), maar veelal zal de partij die in de knel zit veel liever geheel van de overeenkomst af willen in plaats van het risico te lopen door de rechter met een beroep op artikel 6:258 BW slechts gedeeltelijk gecompenseerd te worden.

Hijma wil duidelijk zover niet gaan en komt met de tussenoplossing van de *Obliegenheit*. Oftewel: Hijma ziet de verplichting om desverzocht in onderhandeling te treden en, zo voeg ik daar voorzichtig aan toe, om die onderhandelingen voort te zetten tot een gelegitimeerd breekpunt is bereikt, weliswaar als een kennelijk contractuele verplichting van de wederpartij bij de overeenkomst, maar niet als een afdwingbare verplichting, zodat een tekortschieten daarin niet een tekortkoming oplevert en dus ook geen ontbindingsrecht doet ontstaan voor de partij die in de knel is gekomen. Kennelijk gaat dat rechtsgevolg Hijma te ver. Ik vraag me af of de kennelijke vrees voor het aannemen van een wel sanctioneerbare tekortkoming ingeval aan de aangenomen onderhandelingsplicht niet wordt voldaan, terecht is. Een artikel 6:258 BW-situatie is per definitie een uitzonderlijke situatie en ik zou menen dat, in een dergelijke situatie, het primaat om die uitzonderlijke situatie het hoofd te bieden toch veeleer bij partijen ligt dan bij een derde (de rechter), hetgeen rechtvaardigt dat van die partijen ook het nodige mag worden verwacht om tot een oplossing te geraken. Een oplossing die in de praktijk moeilijk anders te realiseren lijkt dan door middel van het voeren van onderhandelingen. Het aannemen van 'slechts' een *Obliegenheit* doet daar mijns inziens onvoldoende recht aan.

Bovendien kan ik het dogmatisch lastig rechtvaardigen dat de weigering om te onderhandelen of het ongelegitimeerd afbreken van onderhandelingen bij een zuiver contractuele onderhandelingsplicht een tekortkoming constitueert (zoals ik hiervoor heb verdedigd en met

alle rechtsgevolgen van dien) terwijl het aannemen van eenzelfde contractuele grondslag voor een onderhandelingsplicht in een artikel 6:258 BW-situatie slechts verbonden zou zijn met een *Obliegenheit*. Oftewel, wie ‘A’ zegt, moet ook ‘B’ zeggen.

Wanneer ik mijn gedachtegang voortzet, dan is niet enkel de weigering om in een artikel 6:258 BW-situatie in onderhandeling te treden een tekortkoming onder de overeenkomst, maar geldt datzelfde voor het ongelegitimeerd afbreken van die onderhandelingen. Daarmee rijst dan de andere vraag die telkens in dit artikel centraal staat, namelijk: wanneer mogen de onderhandelingen (nog) gelegitimeerd worden afgebroken?

13. Afbreken van onderhandelingen in een artikel 6:258 BW-situatie

In de literatuur wordt vrij algemeen aangenomen dat de heronderhandelingsplicht daaruit bestaat dat partijen bij optredende onvoorziene omstandigheden met elkaar tot een redelijke wijziging van de overeenkomst (of een andere oplossing) moeten komen.⁴⁵ Sieburgh gaat ervan uit dat in die onderhandelingen niet verder gegaan hoeft te worden dan het doen van een voorstel dat het ontstane nadeel op afdoende wijze opheft.⁴⁶ Dat lijkt mij juist en daarmee doet zich mijns inziens de parallel voor met het afbreken van onderhandelingen in de contractuele fase zoals die hiervoor is besproken; de onderhandelingen kunnen eerst dan gelegitimeerd worden afgebroken (en het afbreken daarvan in een artikel 6:258 BW-situatie levert dan dus geen tekortkoming op) indien in die onderhandelingen een gerechtvaardigd breekpunt is bereikt en dat breekpunt doet zich dan voor op het moment waarop partijen blijken geen overeenstemming te kunnen bereiken over een oplossing die, in de woorden van Sieburgh, ten minste het ontstane nadeel op een redelijke wijze opheft doordat de ene partij overvraagt of de andere partij onderbiedt.

14. Eindconclusie

De problematiek omtrent het afbreken van onderhandelingen doet zich voor zowel in de precontractuele fase als in de contractuele fase en, binnen de contractuele fase, vormt het afbreken van onderhandelingen in een artikel 6:258 BW-situatie nog eens een bijzonderheid. In rechtspraak en literatuur is inmiddels in de precontractuele fase wel uitgekristalliseerd vanaf welk moment onderhandelingen niet meer gelegitimeerd eenzijdig kunnen worden

⁴⁵ Zie Asser/Sieburgh 6-III 2018/440.

⁴⁶ Asser/Sieburgh 6-III 2018/445.

afgebroken en wat daarvan de juridische grondslag is. In die fase geldt het adagium ‘vrijheid-blijheid’ en kunnen onderhandelingen nog worden afgebroken tot het moment waarop het rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen in – kort gezegd – het ontstaan van enigerlei contract heeft postgevat en als dat moment is aangebroken, dan wordt de juridische grondslag van een op ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen gestoelde vordering gevormd door onrechtmatige daad, redelijkheid en billijkheid en/of ongerechtvaardigde verrijking.

Minder duidelijk is dit alles bij afgebroken onderhandelingen in de contractuele fase. In de literatuur wordt verschillend gedacht over het antwoord op de vraag wanneer op een contractuele afspraak gestoelde onderhandelingen gelegitimeerd eenzijdig kunnen worden afgebroken. Er is een stroming in de literatuur die van mening is dat daarvoor dezelfde maatstaf geldt als die welke in de precontractuele fase moet worden aangelegd, maar mijns inziens is dat een onjuist uitgangspunt en geldt geen ‘vrijheid-blijheid’, maar een inspanningsplicht om door te onderhandelen tot het moment waarop in die onderhandelingen een, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gerechtvaardigd breekpunt is ontstaan. Dat is daarmee dan een wezenlijk ander kader dan het in de precontractuele fase toe te passen kader. In het verlengde van dit door mij voorgestane uitgangspunt vormt het ongelegitimeerd afbreken van onderhandelingen in de contractuele fase een (toerekenbare) tekortkoming in de nakoming van de contractuele inspanningsplicht die kan leiden tot schadevergoeding (artikel 6:74 BW) of zelfs ontbinding (artikel 6:265 BW).

Doet zich in de contractuele fase een artikel 6:258 BW-situatie voor, dan lijkt communis opinio in de literatuur dat er sprake is van een (her)onderhandelingsplicht die juridisch is gestoeld op de (aanvullende) werking van de redelijkheid en billijkheid. Over de vraag wanneer dergelijke onderhandelingen gelegitimeerd eenzijdig kunnen worden afgebroken en wat het rechtsgevolg is van ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen in een dergelijke situatie is de literatuur minder eenduidig, voor zover aan deze vraag überhaupt al aandacht wordt besteed. Verwijzend naar artikel 6:2 BW en het in de literatuur wel omarmde uitgangspunt dat de juridische grondslag voor het aannemen van een onderhandelingsplicht omtrent de ‘witte plekken’ bij een rompovereenkomst gelegen is in de reeds bereikte wilsovereenstemming (en daarmee een pactum de contrahendo vormt), meen ik dat verdedigbaar is dat de juridische grondslag voor het ongelegitimeerd afbreken van de onderhandelingen in een artikel 6:258 BW-situatie zeer goed geconstrueerd kan worden als een (toerekenbare) tekortkoming en niet slechts als een *Obliegenheit* (zoals Hijma verdedigt),

met als meest verstrekkende rechtsgevolg dat een weigering om in een dergelijke situatie te (her)onderhandelen, onder omstandigheden kan leiden tot ontbinding van de overeenkomst als geheel. Iets waar de partij bij die overeenkomst die het zwaarst getroffen wordt door de onvoorziene omstandigheden wel eens beter af zou kunnen zijn dan met een (succesvol) beroep op artikel 6:258 BW waarbij de rechter naar verwachting hooguit bereid zal zijn om 'de pijn te verdelen'.