

# 69. Over 'wegzakkend' totstandkomingsvertrouwen in de precontractuele fase

## Een valkuil voor de praktijk

MR. DR. M.R. RUYGVOORN

Wie regelmatig onderhandelt, herkent waarschijnlijk de volgende situatie wel: de onderhandelingen bevinden zich al in een vergevorderd stadium, maar de onderhandelingspartner stelt een alternatief voor waarover vervolgens wordt dooronderhandeld. Partijen bereiken uiteindelijk geen overeenstemming over het betreffende alternatief en de onderhandelingspartner breekt de onderhandelingen af, terwijl er niet gerechtvaardigd op mocht worden vertrouwd dat de onderhandelingen over het alternatief succesvol zouden zijn. Wie echter vervolgens denkt terug te kunnen vallen op de juridische status quo die bestond voorafgaand aan het moment waarop over het alternatief werd onderhandeld, komt in de rechtspraak bedrogen uit.

### Korte inleiding over (de juridische basis van) het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen

Door met elkaar in onderhandeling te treden, komen partijen ten opzichte van elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding die maakt dat zij zich bij de onderhandelingen niet enkel door hun eigen belang mogen laten leiden, maar ook rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van hun onderhandelingspartner.<sup>1</sup> Dit uitgangspunt is op zichzelf niet bijzonder te noemen; het past naadloos in het meer algemene uitgangspunt in de rechtspraak dat wie deelneemt aan het rechtsverkeer, rekening moet houden met anderen die ook aan het rechtsverkeer deelnemen en die, op hun beurt, hun gedrag mede laten bepalen door de redelijke verwachtingen die zij mogen hebben omtrent het gedrag van hun mededeelnemers aan datzelfde rechtsverkeer.<sup>2</sup>

Wat betreft het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen is dit uitgangspunt voor het eerst geconcretiseerd in het arrest Plas/Valburg.<sup>3</sup> Dit arrest heeft geleid tot een rechtsontwikkeling waarvan de thans geldende norm uiteindelijk is gecumuleerd in 2005 en 2008 in respectievelijk de arresten JPO/CBB<sup>4</sup> en Vollenhove/Shell<sup>5</sup>. Als norm daarbij geldt 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 de totstandkoming van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. 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. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval de onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een langere tijd worden voortgezet, wat betreft het vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent tenslotte op het moment van het afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen.<sup>6</sup> Hierbij zij volledigheidshalve opgemerkt dat daar waar de Hoge Raad in het arrest JPO/CBB nog spreekt over totstandkomingsvertrouwen in 'de overeenkomst', in het arrest Vollenhove/Shell wordt gesproken over het totstandkomingsvertrouwen wat betreft 'enigerlei contract'<sup>7</sup>, waarbij de Hoge Raad dus weer terugvalt op de 'ruimere' formulering op dit punt.<sup>8</sup> Kortom: in de precontractuele fase mogen onderhandelingen in beginsel niet meer worden afgebroken indien er ofwel sprake is van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen wat betreft enigerlei contract van het soort als

1 HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp).

2 Vgl. bijvoorbeeld, als treffend uitvloeisel van dit beginsel, HR 24 september 2004, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog).

3 HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (Plas/Valburg).

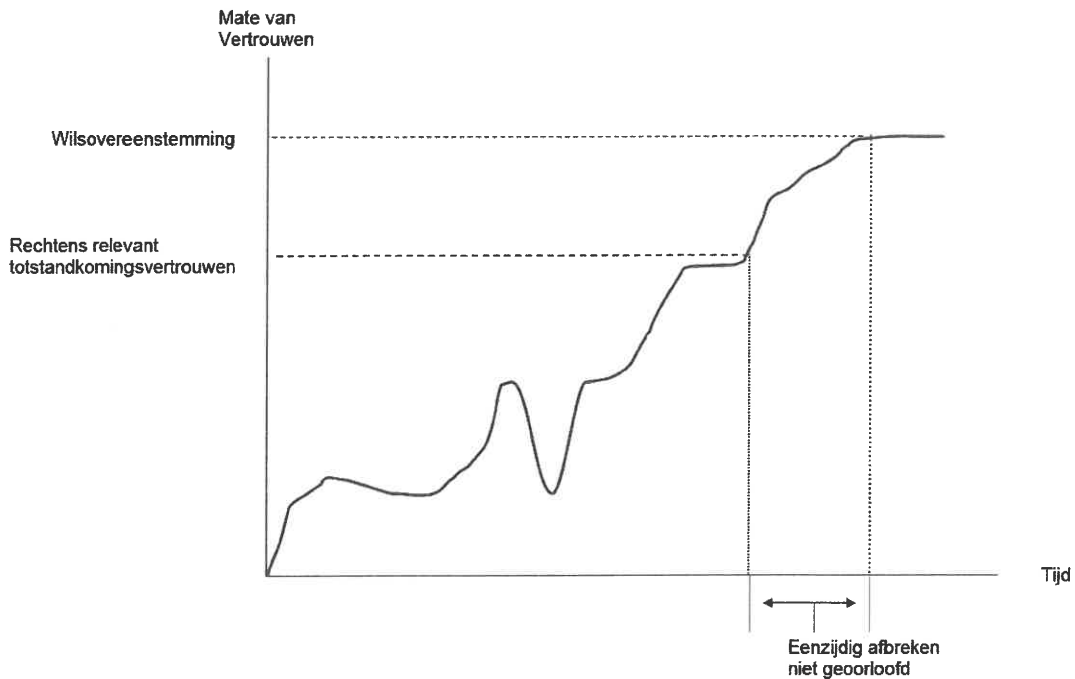
4 HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (JPO/CBB).

5 HR 29 februari 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC1855 (Vollenhove/Shell).

6 Vgl. ook HR 23 oktober 1987, NJ 1988/1017 (VSH/Shell), HR 4 oktober 1996, NJ 1997/65 (ABB et ULC/Pays Bas) en HR 14 juni 1996, NJ 1997/481 (De Ruitertij/MBO).

7 HR 29 februari 2008, RvdW 2008/284 (Vollenhove/Shell), r.o. 3.4.

8 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. Utrecht 2009, p. 107.



Figuur 1a

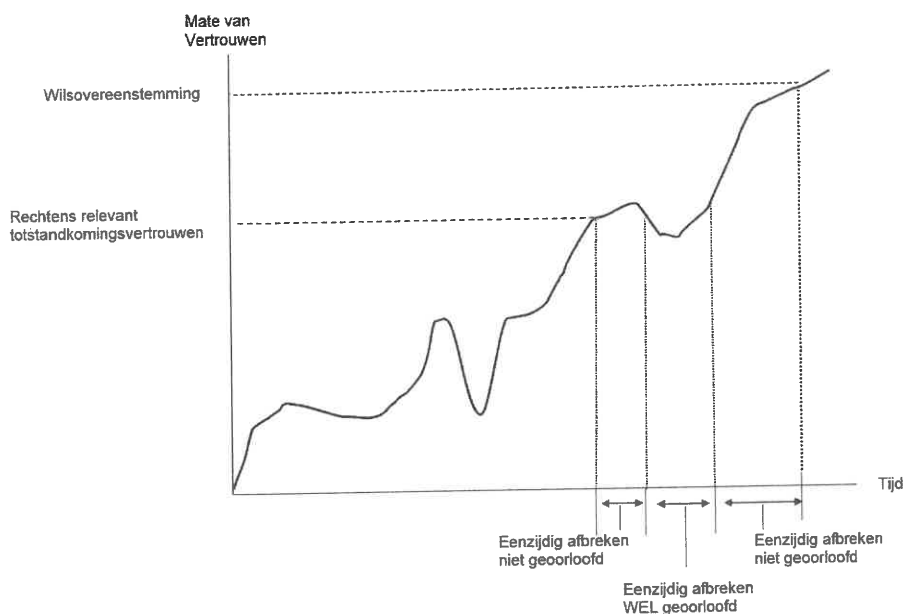
waarover partijen onderhandelden ofwel indien er andere omstandigheden zijn die maken dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. In de praktijk ligt de focus met name op het eerste element (rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen). Dat is logisch omdat indien de aanspraak op schadevergoeding slechts geënt kan worden op de tweede maatstaf, er alleen recht bestaat op vergoeding van het negatief contractsbelang terwijl schending van de eerste maatstaf de eisende partij de keuze biedt tussen vergoeding van ofwel het positief contractsbelang ofwel het negatief contractsbelang. Daar waar het positief contractsbelang hoger is dan het negatief contractsbelang, zal de eisende partij zijn vordering dus primair willen enten op schending van de eerste maatstaf. In het kader van het thema dat in deze bijdrage centraal staat, zal ik genoemde tweede optie verder onbesproken laten en mij richten op de eerste optie voor een succesvolle vordering uit afgebroken onderhandelingen (zij het strekkend tot dooronderhandelen of tot schadevergoeding): heeft het rechtens relevante vertrouwen postgevat dat enigerlei contract van het soort als waarover partijen onderhandelden, uit die onderhandelingen zou resulteren?

### Geobjectiveerd totstandkomingsvertrouwen blijft de kurk waarop de afgebroken onderhandelingen doctrine drijft

De rechter die zich geconfronteerd ziet met een vordering uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen, zal precies die vraag moeten beantwoorden. En hij zal dat doen op basis van de door de eisende partij aan te dragen feiten

en omstandigheden. Het zijn die feiten en omstandigheden waarvan de rechter moet vaststellen of die, in onderling verband en samenhang beschouwd, kunnen rechtvaardigen dat de 'maatman' (dat wil zeggen: de gemiddeld zorgvuldig handelend persoon in de positie van de eiser) er objectief bezien inderdaad op heeft mogen vertrouwen dat – kort gezegd – de onderhandelingen inderdaad succesvol zouden kunnen worden afgesloten. Hangende de onderhandelingen zal dit vertrouwen een stijgende lijn vertonen en ergens 'along the way' zal het vertrouwen, tot het ontstaan waarvan de onderhandelingspartner heeft bijgedragen, een zodanige omvang bereiken dat dit vertrouwen rechtens bescherming behoeft en dat is het moment vanaf wanneer de onderhandelingen in beginsel niet meer mogen worden afgebroken. Natuurlijk neemt dit vertrouwen niet lineair toe, maar komt het met pieken en dalen. Wie regelmatig onderhandelt, zal dit beeld ongetwijfeld herkennen; het ene moment overheerst het gevoel dat het de goede kant uitgaat, maar het volgende moment komt de onderhandelingspartner met een voorwaarde die de moed weer in de schoenen doet zinken. Dit is grafisch weergegeven in figuur 1a.

Daarmee is totstandkomingsvertrouwen een dynamisch begrip dat in de tijd kan fluctueren en dat betekent ook dat *rechtens relevant* totstandkomingsvertrouwen (dat wil zeggen: totstandkomingsvertrouwen in een zodanige mate dat het ertoe leidt dat de onderhandelingen niet meer mogen worden afgebroken) ook weer kan 'wegzakken' tot een niveau waarop het niet meer rechtens relevant is met als rechtsgevolg dat het de onderhandelingspartner van de partij ten opzichte van wie het vertrouwen weer is 'wegge-zakt' andermaal vrij staat om de onderhandelingen gelegitimeerd af te breken. En die situatie, die grafisch is weergegeven in figuur 1b, staat in deze bijdrage centraal.



Figuur 1b

Een sprekend voorbeeld van een dergelijke situatie deed zich voor in de casus die ten grondslag lag aan het arrest van Hof Amsterdam van 17 oktober 2017.<sup>9</sup> De casus die aan deze uitspraak ten grondslag lag, is feitelijk complex, maar komt er in de kern op neer dat op enig moment tussen partijen in de onderhandelingen een stadium wordt bereikt waarin door de rechtbank en het hof wordt vastgesteld dat voor de wederpartij van de partij die afbreekt – kort gezegd – duidelijk was dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren, met andere woorden dat er in de onderhandelingen een moment was bereikt waarop ten opzichte van die partij de onderhandelingen niet meer eenzijdig mochten worden afgebroken. Het hof overweegt zelfs dat ‘voldoende aannemelijk is dat ten tijde van het formuleren van de afspraken in april 2010’ bij beide partijen het gerechtvaardigd vertrouwen bestond dat zij het eens zouden worden over de wijze van samenwerking bij het beoogde bouwproject. Toen het echter vervolgens aankwam op een nadere vastlegging van een aantal meer specifieke bepalingen, noodzakelijkerwijs leidend tot een bepaalde risicoverdeling tussen partijen in verband met onder meer een mogelijkheid in de toekomst vast te stellen verminderd bouwvolume (waarvan een van de partijen vond dat het eigenlijk ook geregeld zou moeten worden) ging het mis. De wederpartij bleek in het geheel niet bereid om rekening te houden met de goede wens om tot die risicoverdeling te komen en vervolgens werd op wijzigingsvoorstellen – kort gezegd – in het geheel niet meer gereageerd. Daarop ontstond bij de ene partij het gevoel dat de andere partij de onderhandelingen aan het frustreren was, althans dat haar handelen de facto neerkwam op een weigering de onderhandelingen te goeder trouw te continueren. De wederpartij verweerde zich met de stelling dat het haar hoe dan ook vrijstond de onderhandelingen (inmiddels weer) af te breken omdat er geen sprake meer zou zijn van *rechtens relevant* totstandkomingsvertrouwen, dat wil zeggen een mate van vertrouwen in het welslagen

van de onderhandelingen die zodanig van omvang was dat het afbreken van de onderhandelingen in verband daarmee onaanvaardbaar moest worden geacht.

### Dooronderhandelen over alternatieven? Leg eerst de juridische status quo vast!

Zowel rechtbank als hof komen tot de conclusie ‘dat het bij onderhandelingen gaat om een dynamisch proces, waarbij denkbaar is dat partijen op enig moment in dat proces op punten stuiten waarover zij, hoewel zij zich tijdens de onderhandelingen redelijk opstelden, toch geen overeenstemming bereiken. In een dergelijk geval kan sprake zijn van een situatie dat het afbreken van de onderhandelingen door een partij is toegestaan.’ De door het hof in een bijzin genoemde verwijzing naar de redelijke opstelling van partijen ziet uiteraard op het uitgangspunt dat, in het betreffende stadium waarin de onderhandelingen zich voordien bevonden, van beide partijen kon worden gevergd dat zij de onderhandelingen te goeder trouw zouden voortzetten en dus bijvoorbeeld niet zouden terugkomen op reeds bereikte deelovereenstemming op wezenlijke punten of met nieuwe, onredelijke voorwaarden zouden komen.

Het hof bekrachtigt vervolgens het vonnis van de rechtbank waarbij de vorderingen van de eisende partij zijn afgewezen en waarmee dus duidelijk werd dat, vanwege het ‘wegzakken’ van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen, de onderhandelingen alsnog mochten worden afgebroken.

Deze situatie staat bepaald niet op zichzelf; ik kom in de praktijk regelmatig dergelijke situaties tegen, meer in het bijzonder in verband met de wens van een van de onderhandelende partijen om over alternatieven of, zoals in deze uitspraak, over aanvullende onderwerpen te onderhandelen. Indien die onderhandelingen over alternatieven of aanvullende thema’s vervolgens doodlopen, rijst de vraag, daar waar in beginsel

9 Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4226.

geoordeeld moet worden naar het moment waarop de onderhandelingen worden beëindigd, hoe de partij ten opzichte van wie de onderhandelingen worden afgebroken zich hiertegen had kunnen wapenen. Dat had die partij in beginsel kunnen doen door, op het moment waarop zij vaststelde dat in de onderhandelingen een stadium was aangebroken waarin de onderhandelingen in beginsel niet meer mochten worden afgebroken, daarvan melding te maken en kenbaar te maken dat weliswaar de bereidheid bestaat om alternatieven te onderzoeken of aanvullende thema's te verkennen, maar dat, wanneer dat niet leidt tot overeenstemming, het recht nadrukkelijk wordt voorbehouden om terug te vallen op de op dat moment aanwezige juridische status quo.

Ik realiseer mij heel goed dat daarmee ook direct het onderliggende spanningsveld bij het leerstuk van de (afgebroken) onderhandelingen ten volle aan het licht komt; partijen is er doorgaans veel aan gelegen om de relatie plezierig te houden en hoewel ook hier het adagium 'c'est le ton qui fait la musique' geldt, zal de mededeling van de onderhandelingspartner dat hij van mening is dat zijn wederpartij niet meer de vrijheid heeft om de onderhandelingen te beëindigen door die wederpartij doorgaans niet al te sympathiek worden opgevat. Het gevolg daarvan is in veel gevallen dat deze mededeling achterwege blijft en dat, hoewel men zich ergert aan het verzoek of de houding van de onderhandelingspartner, men om de lieve vrede te bewaren daarin meegaat. En juist door dat te doen benadeelt de partij ten opzichte van wie later wordt afgebroken zichzelf.

### Aansturen op verminderd totstandkomingsvertrouwen; een risicovolle bezigheid

Aan de andere kant is het aansturen op verminderd totstandkomingsvertrouwen ook niet zonder risico. Een partij die zich, ten opzichte van zijn onderhandelingspartner, geconfronteerd ziet met de situatie dat hij de onderhandelingen niet meer gelegitimeerd mag beëindigen, zou kunnen trachten aan te sturen op een zodanige afname van het totstandkomingsvertrouwen bij zijn onderhandelingspartner dat voor haar hernieuwd de vrijheid ontstaat om de onderhandelingen eenzijdig te beëindigen. Dat is echter niet zonder risico. In eerste instantie is het gevolg van de bereikte juridische status quo dat zij in beginsel de onderhandelingen *niet* meer mag beëindigen, maar dat zij gehouden is om, overeenkomstig de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, de onderhandelingen te continueren tot het moment waarop ofwel wilsovereenstemming wordt bereikt, ofwel alsnog een gerechtvaardigd breekpunt in die onderhandelingen wordt bereikt.

In die verplichting ligt in elk geval besloten dat het niet meer vrijstaat om bijvoorbeeld terug te komen op wezenlijke punten waarop reeds deelovereenstemming was bereikt en evenmin is het toegestaan om wezenlijke nieuwe voorwaarden op te werpen waarop de onderhandelingspartner, in het licht van de reeds bereikte deelovereenstemming en met inachtneming van het thema van de onderhandelingen redelijkerwijs bedacht behoefde te zijn. Dat zou immers impliceren dat

niet (meer) te goeder trouw wordt (door)onderhandeld. De onderhandelingspartner zou in een dergelijk geval dooronderhandelen kunnen vorderen zonder de aanvullende voorwaarden of zou zich op het standpunt kunnen stellen dat, door aanvullende voorwaarden te stellen die hij redelijkerwijs niet mocht verwachten (en waardoor de onderhandelingen niet te goeder trouw worden gecontinueerd) de onderhandelingen de facto worden beëindigd en zou vervolgens, daarin alsdan berustend, schadevergoeding kunnen vorderen in de vorm van positief of negatief contractsbelang. Wordt gekozen voor een vordering tot dooronderhandelen, dan zou de wederpartij nog op haar schreden kunnen terugkeren en de gestelde aanvullende voorwaarden alsnog kunnen laten vallen, maar kiest de gelaedeerde partij ervoor de onderhandelingen vervolgens harerzijds af te breken en schadevergoeding te vorderen, dan kunnen de gevolgen uiteraard verstrekkend zijn.

### Toewerken naar een verminderd totstandkomingsvertrouwen blijft een riskante strategie

Kortom, wie door middel van 'achteruitonderhandelen' wil proberen aan eenmaal ontstaan, rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen de juridische relevantie te ontnemen door dit weer te laten 'wegzakken', doet er verstandig aan om dat vooral heel subtiel te doen. In de praktijk komt het in dat kader nogal eens voor dat een (al dan niet bewuste) poging daartoe wordt ingeleid met een verzoek om (door) te onderhandelen over alternatieven, zoals bijvoorbeeld een andere financieringsstructuur, een andersoortige juridische kwalificatie of overeenkomst (bijvoorbeeld financiële lease in plaats van operationele lease of een activaovereenkomst daar waar partijen voorheen telkens over een aandelenovereenkomst hebben gesproken) enzovoorts. Een dergelijke actie is bepaald niet zonder risico en daartegenover staat dat de partij die er desalniettemin in meegaat, maar zonder zich het recht voor te behouden om, indien over het alternatief geen overeenstemming kan worden bereikt, terug te kunnen vallen op de juridische status quo van vóór het alternatief, zich in ernstige mate tekort doet.

### Andere manieren om onder een verplichting tot dooronderhandelen of schadevergoeding uit te komen

Stel dat zich niet de situatie voordoet waarin het totstandkomingsvertrouwen weer 'wegzakt' onder de kritische grens waar het afbreken van de onderhandelingen niet meer is toegestaan. Zijn er dan nog mogelijkheden om onder een verplichting tot dooronderhandelen of tot schadevergoeding uit te komen indien de onderhandelingen toch worden afgebroken? Ja, die zijn er, zij het dat de drempel om daar een beroep op te kunnen doen in de praktijk erg hoog ligt. De leidende uitspraak op dit punt is *De Ruiterij/MBO*.<sup>10</sup> De Hoge Raad oordeelde in deze uitspraak dat, in het geval dat bij de

<sup>10</sup> HR 14 juni 1996, NJ 1997/481 (*De Ruiterij/MBO*).

wederpartij van degene die de onderhandelingen afbreekt, het gerechtvaardigde vertrouwen bestond dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren, 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 onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan. Uiteraard dringt de parallel met artikel 6:258 BW zich hier op (de onvoorziene-omstandighedenregeling in de contractuele fase). Kortom, indien het rechtens relevante totstandkomingsvertrouwen onverkort gehandhaafd blijft, is er voor de partij die graag de onderhandelingen zou willen afbreken nog wel een 'escape'. Maar, zonder daarbij tekort te willen doen aan de reikwijdte zoals de Hoge Raad die kennelijk voor ogen heeft gestaan (en waarbij het dus uiteindelijk aankomt op een belangenafweging), in een dergelijk geval moet vooral gedacht worden aan het zich voordoen van objectief onvoorziene omstandigheden, die niet in de risicosfeer liggen van de partij die de onderhandelingen wenst af te breken of er moet sprake zijn van feiten en omstandigheden die het *onaanvaardbaar* maken dat de wederpartij van de partij die de onderhandelingen afbreekt, de afbrekende partij houdt aan – kort gezegd – de doctrine van de afgebroken onderhandelingen. Een dergelijke situatie zal zich niet snel voordoen.

### Vrijwillig onderhandelen versus contractueel verplicht onderhandelen

Volledigheidshalve wijs ik in dit verband nog kort op het onderscheid dat gemaakt kan worden tussen de situatie waarin twee partijen vrijwillig met elkaar in onderhandeling treden (dus onder het motto: 'laten wij onverplicht kijken of wij tot enigerlei contract kunnen komen') en de situatie waarin een reeds gesloten overeenkomst partijen ertoe verplicht om te streven naar een bepaald onderhandelingsresultaat en zij daarmee dus geen keuze hebben om al dan niet te gaan onderhandelen, maar verplicht zijn toe te werken naar een bepaald onderhandelingsresultaat (dus onder het motto: 'wij zijn contractueel verplicht om met elkaar te trachten een bepaald, beoogd onderhandelingsresultaat te bereiken'). Een voorbeeld van die laatste situatie doet zich in de praktijk veelvuldig voor: denk bijvoorbeeld aan een situatie waarin de overeenkomst partijen verplicht om met elkaar te gaan onderhandelen omtrent de omgang met de rechtsgevolgen van een bepaalde situatie die partijen weliswaar niet direct beogen, maar die zich mogelijk wel zou kunnen voordoen (zoals in de hiervoor besproken uitspraak van het hof aan de orde was) of de situatie waarin de overeenkomst partijen verplicht om, in geval van nietigheid of vernietigbaarheid van een of meer bepalingen van de overeenkomst, met elkaar in onderhandeling te treden over alternatieve, wel geldige bepalingen die in de plaats treden van de nietige of vernietigde bepalingen.

Deze situaties, althans de aan te leggen toets wat betreft het antwoord op de vraag of onderhandelingen in de beide situaties gerechtvaardigd mochten worden afgebroken, zijn wel van elkaar te onderscheiden, zo volgt uit de uitspraak van de Hoge Raad van 29 oktober 2010.<sup>11</sup> In de casus die aan deze procedure ten grondslag lag, hadden partijen de navolgende clausule in hun samenwerkingsovereenkomst opgenomen: *'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 C.V. zou worden ingebracht, zal 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 een samenwerkingsovereenkomst en de overeenkomsten die uit deze samenwerkingsovereenkomst voortvloeien, voor zover ongewijzigde instandhouding van deze overeenkomst(en) jegens één van partijen onredelijk zou zijn. (...).'* Partijen zijn vervolgens, toen inderdaad bleek dat de betreffende EU-bijdrage niet in de mate zoals voorzien zou kunnen worden ingebracht, met elkaar gaan onderhandelen en op enig moment brak een van de partijen die onderhandelingen af.

### Het verschil tussen 'vrijwillig' onderhandelen en contractueel verplicht onderhandelen wordt in de praktijk vaak veronachtzaamd

Een van de vragen die vervolgens in cassatie speelde, was die naar de aan te leggen maatstaf wat betreft het antwoord op de vraag of het afbreken van de onderhandelingen gelegitimeerd was. Het hof had daartoe niet enkel gekeken naar de maatstaf van het arrest CBB/JPO (heeft het rechtens relevante totstandkomingsvertrouwen in – kort gezegd – het welslagen van de onderhandelingen post kunnen vatten?), maar had overwogen dat in het betreffende geval de onderhandelingen tussen partijen voortvloeiden uit een daartoe in de samenwerkingsovereenkomst opgenomen verplichting en betrekking hadden op een wijziging van de bestaande contractuele verhoudingen, zodat niet zonder meer (enkel) naar de maatstaf uit het arrest CBB/JPO gekeken kan worden, maar dat de spreekwoordelijke lat in een dergelijke situatie hoger ligt. Het afbreken van de onderhandelingen is in een dergelijke situatie in beginsel pas geoorloofd indien in die onderhandelingen een gerechtvaardigd breekpunt wordt bereikt. Anders gezegd: daarmee geldt niet de hoofdregel dat afbreken geoorloofd is tenzij er sprake is van rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van enigerlei contract, maar dat afbreken niet is toegestaan tot het moment waarop in de onderhandelingen (alsnog) een *gerechtvaardigd* breekpunt wordt bereikt.<sup>12</sup>

11 HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5612 (DLO/Heijmans).

12 M.R. Ruygvoorn, 'Over de contractuele plicht tot (door)onderhandelen', NTBR 2011/2, p. 69 e.v.

Dat neemt uiteraard niet weg dat ook in een geval van contractueel verplicht onderhandelen er geen sprake is van een resultaatsverbintenis, maar nog steeds van een inspanningsverbintenis. De vraag is dan echter wel welke inspanningen men zich dient te getroosten c.q. wat men al dan niet nog dient te accepteren wanneer het erom gaat in de onderhandelingen water bij de wijn te doen (lees: wat kan kwalificeren als een gerechtvaardigd breekpunt?).

Deze problematiek is niet nieuw; sinds het arrest Plas/Valburg is deze vraag natuurlijk veelvuldig aan de rechter voorgelegd in het kader van kortgedingprocedures die ertoe strekken een veroordeling van een wederpartij te verkrijgen om door deze (in de precontractuele fase) afgebroken onderhandelingen voort te zetten nadat gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen was ontstaan. Het ligt dan ook voor de hand om, op dit punt, aansluiting te zoeken bij die jurisprudentie. Daaruit volgt onder meer dat de vordering tot (door)onderhandelen niet meer toewijsbaar is indien dooronderhandelen blijvend onmogelijk is,<sup>13</sup> wanneer een vordering tot dooronderhandelen ontoereikend bepaalbaar is, wanneer inmiddels met een derde is gecontracteerd en in gevallen van evidente zinloosheid.<sup>14</sup> Een succesvolle verplichting tot dooronderhandelen betekent echter dat 'reëel (verder) dient te worden onderhandeld',<sup>15</sup> hetgeen onder meer impliceert dat op punten waarover reeds consensus is bereikt, niet meer kan worden teruggekomen<sup>16</sup> en dat een partij aan wie een voorstel wordt gedaan, de gelegenheid moet worden gegeven om zich gedurende een redelijke tijd te beraden en eventueel een tegenvoorstel te doen.<sup>17</sup> Doet de teleurgestelde partij zijn tot (door)onderhandelen verplichte wederpartij een redelijk compromisvoorstel, maar weigert de tot (door)onderhandelen verplichte partij dat te aanvaarden, althans daarop reëel in te gaan, dan is alsnog denkbaar dat de tot (door)onderhandelen verplichte partij (lees: de partij die contractueel tot onderhandelen is verplicht), al dan niet via de weg van reële executie, veroordeeld wordt om dat compromisvoorstel alsnog te aanvaarden.<sup>18</sup>

Daarmee wordt in elk geval enige richting gegeven aan de reikwijdte van een verplichting tot (door)onderhandelen en daarmee mijns inziens ook aan de contractuele verplichting tot onderhandelen, waarop deze rechtspraak van overeenkomstige toepassing is.

De reden om kort in te gaan op dit onderscheid tussen de situatie waarin twee partijen vrijwillig in de precontractuele fase met elkaar de mogelijkheden inventariseren om tot een contract te komen en de situatie waarin partijen contractueel gehouden zijn om met elkaar te streven naar het bereiken van een bepaald onderhandelingsresultaat, is er met name in gelegen dat in de laatstbedoelde situatie niet kan worden teruggegrepen op een 'wegzakken' van totstandkomingsvertrouwen. De onderhandelingen kunnen in die situatie immers in beginsel eerst gelegitimeerd worden afgebroken indien een gerechtvaardigd breekpunt is bereikt, hetgeen iets anders is dan het 'wegzakken' van totstandkomingsvertrouwen.<sup>19</sup>

### Aanbevelingen voor de praktijk

Bij het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen gaat het in de precontractuele fase om het al dan niet aanwezig zijn van (voldoende) rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen in enigerlei contract. Onderhandelen is echter een juridisch dynamisch proces, waarbij op enig moment bestaand rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen ook weer kan 'wegzakken'. Als dat gebeurt, ontstaat alsnog een situatie waarin de onderhandelingen weer (gelegitimeerd) kunnen worden afgebroken. Dat kan voor beide partijen onbewust gebeuren, maar een kwaadwillende onderhandelingspartner kan hier ook bewust op aansturen, bijvoorbeeld door het verzoek te doen om over een alternatief door te onderhandelen of om verder te onderhandelen over een aanvullend thema. Wat de aanleiding ook zijn moge, feit is dat geoordeeld moet worden naar het moment waarop de onderhandelingen worden afgebroken en indien er op dat moment geen sprake is van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen *in het alternatief of met betrekking tot het aanvullende thema*, kunnen de onderhandelingen in beginsel (alsnog) gelegitimeerd worden afgebroken. Kortom: wie in de precontractuele fase zijn goede wil wil tonen door desverzocht ook alternatieve voorstellen te onderzoeken, doet er verstandig aan om de op dat moment aanwezige juridische status quo vast te leggen en zich het recht voor te behouden om daarop terug te vallen indien de onderhandelingen over de alternatieven niet tot resultaat leiden.

Over de auteur

Mr. dr. M.R. Ruygvoorn

Advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. en honorair universitair docent bij het Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht.

13 Vgl. in dit verband de suggestie van S.J.J.C. Kortmann, 'Dooronderhandelen, contracteren of presteren', *WPNR* 1996/6214, p. 163-164 om in plaats van schadevergoeding in geld, een verplichting toe te wijzen tot het sluiten van een overeenkomst tot het leveren van een zaak, ook al leidt dit ertoe dat de leverende partij toerekenbaar jegens de derde tekortschiet.

14 Zie in dit verband de opmerking van A-G Franx in zijn conclusie onder HR 15 mei 1981, *NJ* 1982/85 (*Stuyvers' Beheer/Eugster*).

15 Rb. Amsterdam (vzr.) 17 oktober en 28 november 1996, *KG* 1997/69 en vgl. ook HR 1 maart 1983, *NJ* 1983/585 (*Huurdersvereniging/Koot*).

16 Zie Y.G. Blei Weissmann, *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2004 (losbl.), aant. op art. 217 I, meer in het bijzonder aant. 89 en de daar aangehaalde rechtspraak.

17 Zie Y.G. Blei Weissmann, t.a.p., aant. op art. 217 I, meer in het bijzonder aant. 90 en de daar aangehaalde rechtspraak.

18 Zie Y.G. Blei Weissmann, t.a.p. aant. op art. 217 I, meer in het bijzonder aant. 97.3 en de daar aangehaalde rechtspraak.

19 Anders (naar het lijkt): R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 100, waarin hij opmerkt, voor wat betreft een contractuele verplichting tot onderhandelen, dat partijen ook in dergelijke onderhandelingen vanzelfsprekend hun eigen commerciële belangen mogen najagen en dat, 'als een vertrouwen in de goede afloop gerechtvaardigd ontbreekt, zij de (verdere) onderhandelingen mogen afbreken'. Daarin lijkt een ander uitgangspunt besloten te liggen, wanneer ik Tjittes goed begrijp, dan in HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5612 (*DLO/Heijmans*) mijns inziens aan de orde was.