

VERBINTENISSENRECHT

mr. M.C. van Leyenhorst

Afgebroken onderhandelingen

Partijen die met elkaar in onderhandeling zijn over het sluiten van een overeenkomst, zijn in beginsel te allen tijde vrij om die onderhandelingen af te breken. Daar staat tegenover dat partijen, door met elkaar in onderhandeling te treden, tot elkaar komen te staan in een bijzondere rechtsverhouding, die wordt beheerst door de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Zij moeten daarom bij hun gedragingen mede rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van hun onderhandelingspartner (Hoge Raad 15 november 1957, NJ 1958,67 "Baris/Riezenkamp"). In het bekende arrest Plas-Valburg (Hoge Raad 18 juni 1982, NJ 1983,723) heeft de Hoge Raad expliciet beslist dat een partij gehouden kan zijn om kosten of zelfs gedeerde winst aan de andere partij te vergoeden, indien zij de onderhandelingen afbreekt in een fase waarin beide partijen over en weer erop mochten vertrouwen dat zij in ieder geval enige overeenkomst zouden sluiten. Het Plas-Valburg beginsel is sindsdien, met enige aanpassingen en toevoegingen, vaste rechtspraak geworden. De Hoge Raad heeft in augustus van dit jaar echter een arrest gewezen waarin hij een signaal lijkt te willen afgeven dat vorderingen tot vergoeding van schade en/of kosten op grond van afgebroken onderhandelingen, niet snel toegewezen dienen te worden. Het bewuste arrest zal hieronder worden besproken. Eerst zal nader worden ingegaan op de Plas-Valburg criteria.

In de zaak tussen Plas Bouwonderneming B.V. en de gemeente Valburg ging het om een geschil over de gunning van een opdracht tot de bouw van een overdekt zwembad. Plas had een offerte gedaan, welke de basis vormde voor verdere onderhandelingen met de gemeente. Nadat de gemeente van een derde partij een lagere offerte binnenkreeg voor de bouw van het zwembad (volgens sommige berichten gebaseerd op de eerder door Plas gemaakte offertes), beëindigde Valburg de onderhandelingen met Plas en ging met de andere aannemer in zee. Plas vorderde – voor zover hier relevant – vergoeding van de door haar gemaakte voorbereidingskosten ad NLG 60.000, plus NLG 70.000 voor gedeerde winst.

De zaak kwam in 1982 bij de Hoge Raad. Het arrest dat de Hoge Raad wees is vrij algemeen – m.i. terecht – zodanig geïnterpreteerd, dat drie fases werden onderscheiden in een onderhandelingsproces (samen vormend de zogenoemde precontractuele fase):

1. de beginfase, waarin partijen nog vrij zijn de onderhandelingen af te breken zonder enige verplichting om schade of kosten te vergoeden aan de beoogde contractpartner;
2. de middenfase, waarin het afbreken van de onderhandelingen slechts vrijstaat indien daarbij de gemaakte kosten van de onderhandelingspartner geheel of gedeeltelijk worden vergoed;
3. de eindfase, waarin het partijen niet langer vrijstaat de onderhandelingen af te breken, *"omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren"*. De partij die onder dergelijke omstandigheden toch de onderhandelingen afbreekt kan verplicht worden tot vergoeding van de door de beoogde contractpartij gemaakte kosten en de door haar gedeerde winst.

Vanaf het moment dat onderhandelingen starten (waaronder mede wordt begrepen het anderszins treffen van voorbereidingen voor een te sluiten overeenkomst: Hoge Raad 31 mei 1991, NJ 1991,647) zijn partijen verplicht bij hun gedragingen mede rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van hun onderhandelingspartner. In deze oriënterende fase gaat deze plicht niet zover dat een partij de onderhandelingen niet vrijelijk zou mogen afbreken.

Op enig moment mag een partij de onderhandelingen niet meer afbreken zonder de kosten die de onderhandelingspartner heeft gemaakt, geheel of gedeeltelijk te vergoeden. Welk moment dat is, kan niet in abstracto worden aangegeven; het hangt af van de omstandigheden van het geval. De te vergoeden kosten kunnen mede zien op de kosten die zijn gemaakt in de periode dat de onderhandelingen nog in de eerste fase waren. Indien de kosten worden vergoed, staat het de partij vrij om van de onderhandelingstafel weg te lopen. Een plicht tot dooronderhandelen (hetgeen in kort geding nog wel eens wordt gevorderd) is in die fase dus (nog) niet aan de orde.

Dat wordt anders in de derde fase. Dit betreft de fase waarin partijen er over en weer op mogen vertrouwen dat zij in ieder geval enigerlei contract zullen tekenen. De precieze voorwaarden van dat contract hoeven nog niet vast te staan; er mogen nog een aantal zaken onopgelost of onbesproken zijn. Wel dient over de hoofdzaken van de beoogde overeenkomst (uitzicht op) overeenstemming te bestaan. Indien in dit stadium van de onderhandelingen één van beide partijen de onderhandelingen afbreekt, kan dit onder omstandigheden leiden tot een verplichting van die partij om zijn onderhandelingspartner de winst te vergoeden die die partner zou hebben behaald indien het contract zou zijn getekend en uitgevoerd. In deze situatie kan er ook plaats zijn voor een vordering (in kort geding) tot dooronderhandelen over, of zelfs tot nakoming van, de (beoogde) overeenkomst. Opmerking verdient dat de enkele omstandigheid dat de onderhandelingspartner er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat een overeenkomst gesloten zou worden, niet voldoende is voor een plicht tot schadevergoeding van de andere partij. De omstandigheden van het geval moeten door de rechter in de afweging worden betrokken (Hoge Raad 14 juni 1996, NJ 1997,481 "De Ruitertij/MBO"). Ook kan relevant zijn dat partijen slechts onderhandelden teneinde een specifiek contract aan te gaan, met bepaalde vastomlijnde uitgangspunten. Indien in zo'n geval blijkt dat een overeenkomst met dergelijke uitgangspunten niet tot stand zal komen, dan kunnen partijen de onderhandelingen afbreken, ook al zou een andersoortige overeenkomst wellicht wel haalbaar zijn (vergelijk Hoge Raad 23 oktober 1987, NJ 1988,1017 "VSH/Shell").

Dit betekent natuurlijk niet dat onderhandelingen, die in de derde fase zijn aanbeland, nooit afgebroken mogen worden. Indien plotseling nieuwe substantiële eisen op tafel komen of als de onderhandelingen lang "slepen" zonder gestage voortgang, zal het afbreken van de onderhandelingen over het algemeen minder problemen opleveren (de partij die plotseling met nieuwe substantiële eisen komt kan overigens mogelijk zelf worden aangesproken vanwege het *de facto* oplazen van de onderhandelingen).

Tot zover de bestaande jurisprudentie. In het arrest van afgelopen augustus (waarin een vordering op grond van "de derde fase" aan de orde was) heeft de Hoge Raad de in de verschillende arresten gehanteerde uitgangspunten en zienswijzen in één algemene richtlijn uiteengezet. De Raad stelt (r.o. 3.6):

"Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen - die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen - vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen 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 onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen (...)."

Deze rechtspraak is niet nieuw; zij was reeds – gefragmenteerd – in arresten van de Hoge Raad terug te vinden en is nu dus in een enkele overweging uiteen gezet.

De overweging van de Hoge Raad, dat het gerechtvaardigd vertrouwen *van de wederpartij*, in plaats van het vertrouwen *van beide partijen* over en weer (zoals in Plas-Valburg nog werd gesteld), beslissend is, spreekt m.i. vanzelf. Deze verbetering ten opzichte van Plas-Valburg is echter niet nieuw; ook in zijn arresten van 31 mei 1999 (NJ 1991,647, "Vogelaar/Skil") en 14 juni 1996 (NJ1997,481, "De Ruitertij/MBO") ging de Hoge Raad al uitsluitend uit van de positie van de onderhandelingspartner van de partij die de onderhandelingen afbreekt.

Ook het vereiste, dat de wederpartij erop mocht vertrouwen dat *de overeenkomst* gesloten zou worden, is eerder gehanteerd. Weliswaar stelde de Hoge Raad in Plas-Valburg nog dat vertrouwen in het sluiten van *enigerlei overeenkomst* voldoende was; in Hoge Raad 23 oktober 1987 (NJ 1988,1017, "VSH/Shell") werd reeds vereist dat de wederpartij mocht verwachten dat *de overeenkomst* tot stand zou komen. Deze terminologie is vervolgens herhaalde malen gehanteerd. Het verschil in terminologie hangt m.i. van de omstandigheden van het geval af. Zoals gezegd: indien partijen onderhandelen teneinde een specifiek contract aan te gaan, met bepaalde vastomlijnde uitgangspunten, zal, indien partijen niet tot de verlangde overeenkomst lijken te komen, een vordering op basis van afgebroken onderhandelingen waarschijnlijk minder snel slagen dan in een situatie waarin partijen onderhandelen over een nog niet vast omlijnde overeenkomst. In het eerste geval zal de rechter m.i., om de vordering tot vergoeding van kosten en gedeelde winst toe te wijzen, mogen verlangen dat de contractspartij redelijkerwijs mocht vertrouwen op het totstandkomen van *de overeenkomst* dan in het tweede geval. In het tweede geval zal het redelijke vertrouwen op het sluiten van *een overeenkomst* – die aan de randvoorwaarden voldoet – voldoende (moeten) zijn. Dit is overigens, voor zover ik weet, nog niet expliciet in rechtspraak terug te vinden.

Is er dan niets nieuws te melden? Jawel, want de Hoge Raad lijkt niet alleen duidelijk de aansprakelijkheidscriteria voor het afbreken van onderhandelingen uiteen te hebben willen zetten: hij lijkt ook te hebben willen aangeven dat men niet gemakkelijk aan die criteria zal voldoen. In r.o. 3.7 stelt de Hoge Raad namelijk dat bovengenoemde criteria een "*strengte en tot terughoudendheid nopen*de" maatstaf vormen. En dat is goed nieuws voor de praktijk. Partijen blijken thans vaak huiverig te zijn voor aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen. Dat de

rechtspraak van de Hoge Raad in feite altijd vrij terughoudend is geweest in het aanvaarden van dergelijke aansprakelijkheid, is kennelijk niet door iedereen goed beseft. Met name buitenlandse partijen hebben – ten onrechte – gedacht dat eenmaal gestarte onderhandelingen volgens Nederlands recht moeilijk af te breken zouden zijn. Die angst wordt nu hopelijk grotendeels weggenomen.

Partijen die desondanks nog vrezen dat zij tegen hun zin gebonden worden aan hun onderhandelingspartner, kunnen zelf bevorderen dat zij de onderhandelingen te allen tijde vrij kunnen afbreken. Zij kunnen daartoe in een voorovereenkomst (c.q. Letter of Intent, Memorandum of Understanding, etc.) opnemen dat voor partijen slechts rechten en verplichtingen ontstaan op het moment dat een finale overeenkomst door beide partijen is getekend (vergelijk bijvoorbeeld Hoge Raad 24 november 1995, NJ 1996,162). Of een dergelijke clause in bijzondere omstandigheden stand houdt is, zoals zo vaak, afhankelijk van de bedoeling van partijen bij het beding en van de eisen van de redelijkheid en billijkheid.