

# Ad rem

## CBB/JPO gaat nog lang niet ver genoeg

M. Brons\*

In het arrest CBB/JPO<sup>1</sup> heeft de Hoge Raad zich weer eens principieel uitgesproken over aansprakelijkheid bij het afbreken van onderhandelingen. En hoe. Nogal wat schrijvers nemen aan dat de Hoge Raad met CBB/JPO een stevige koerswijziging zou hebben ingezet door grote terughoudendheid te bepleiten bij het beoordelen van vorderingen tot vergoeding van het positieve contractsbelang. Het arrest heeft de afgelopen tijd in de literatuur dan ook mooie reacties uitgelokt. In de verschillende commentaren op het arrest is gespeculeerd over de mogelijke beweegredenen van de Hoge Raad. Zou het de rechtspraktijk zijn geweest, die behoefte heeft aan minder redelijkheid en billijkheid en meer contractsvrijheid? Of zou de Hoge Raad met de terughoudende toon van CBB/JPO ons recht wat meer in het Europese gareel hebben willen brengen? Wat dat laatste betreft, moet de conclusie luiden dat de Hoge Raad, als hij inderdaad een beweging richting ‘Europa’ heeft beoogd, niet is geslaagd.

Maar ik zou nog verder willen gaan: met die hele vermeende koerswijziging valt het eigenlijk best mee. Aan het *pièce de résistance* van de leer van de Hoge Raad, de roemruchte driefasenleer, is niet getornd<sup>2</sup> en daarmee blijft de Nederlandse benadering van aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen uniek. Hesselink<sup>3</sup> heeft tien jaar geleden de belangrijkste Europese rechtsstelsels al eens de revue laten passeren en geconstateerd dat de Europese leer de voorkeur verdient boven het Nederlandse systeem. Niet alleen in rechtsvergelijkend perspectief kan men echter vraagtekens zetten bij de sinds jaar en dag aangehangen driefasenleer, ook aan het Nederlands privaatrecht zelf zijn goede

argumenten te ontlenuen die pleiten voor de stelling dat de derde fase eigenlijk helemaal niet zou moeten bestaan. Aan die derde fase kom je volgens mij nooit toe, omdat er in ‘derdefase-gevallen’ welbeschouwd steeds een overeenkomst tot stand is gekomen.

Naar mijn idee had de Hoge Raad de met de zaak CBB/JPO geboden kans moeten grijpen om afscheid te nemen van de derde fase – temeer, omdat ons hoogste rechtscollege zich nu bovenal een zachte heelmeeester heeft getoond en daardoor zelfs een moeilijk te ontwarren knoop in het infuusslangetje heeft gelegd.

Even terug naar de basis – wat hield de driefasenleer ook al weer in, en wanneer komt er precies een overeenkomst tot stand?

In telegramstijl luidt de Nederlandse doctrine over aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen sinds Plas/Valburg<sup>4</sup> als volgt. Eerst is er een periode in het onderhandelingsproces waarin het partijen zonder meer vrijstaat om onderhandelingen af te breken (eerste fase), vervolgens betreden partijen een stadium waarin zij zich slechts nog kunnen terugtrekken wanneer de door de wederpartij gemaakte kosten worden vergoed (tweede fase) en ten slotte kunnen de onderhandelingen een stadium bereiken (derde fase) waarin partijen zo dicht bij een overeenkomst zijn gekomen dat zij zich nog slechts kunnen terugtrekken onder vergoeding van het positief contractsbelang.

En op welk moment komt er ook al weer een overeenkomst tot stand? Dat is het geval, zo leerde de Hoge Raad ons al in 1968,<sup>5</sup> als (1) uit de bedoeling van partijen kan worden afgeleid dat zij zich beogen te binden, terwijl (2) de verbintenissen die zij op zich

\* Matthijs Brons, Advocaat bij Höcker Rueb Doeleman Advocaten te Amsterdam.

1 HR 12 augustus 2005 C04/163HR, JOR 2006/31.

2 Preciezer: blijkens r.o. 3.7 wordt aan de mogelijkheid van een vergoeding van het positief contractsbelang in ieder geval niet getornd. Er is wel betoogd dat de Hoge Raad de tweede fase heeft afgeschaft. Deze discussie laat ik hier rusten.

3 WPNR 1996, 6248 en 6248, p. 879-883 resp. 906-910.

4 HR 18 juni 1982, NJ 1983/723.

5 HR 14 juni 1968, NJ 1968/331 (Polak/Zwolsman) zie voor een recente toepassing van het criterium: HR 2 februari 2001, NJ 2001/179.

nemen voldoende bepaalbaar zijn.<sup>6</sup> Het eerste deel van de definitie volgt uit de wilsvertrouwensleer, het tweede deel volgt met zoveel woorden uit artikel 6:227 BW. De eis van voldoende bepaalbaarheid betekent niet dat partijen over ieder detail overeenstemming moeten hebben bereikt om gebonden te zijn; een overeenkomst mag volgens de Hoge Raad best leemten bevatten, maar deze moeten dan wel aan de hand van de bedoeling van partijen of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden ingevuld.<sup>7</sup> De overeenkomst mag dus best een *rompovereenkomst* of een overeenkomst op hoofdlijnen zijn. Als de essentialia maar vastliggen.

Gewapend met een opgefrist geheugen keren we dan terug naar de kernoverweging van CBB/JPO, waar we lezen:

‘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’ [mijn cursivering, MB].

De wederpartij van degene die de onderhandelingen heeft afgebroken, moet er volgens de Hoge Raad dus op hebben mogen vertrouwen dat de overeenkomst (en niet meer ‘*een* overeenkomst’, zoals in Plas/Valburg) tot stand zou komen.

De hamvraag is deze: waar kan die wederpartij dat gerechtvaardigde vertrouwen op een goede afloop van de onderhandelingen, uiteindelijk resulterend in een overeenkomst, aan hebben ontleend? Ik meen dat dit vertrouwen aan niets anders kan zijn ontleend dan aan:

- overeenstemming over ten minste de essentialia van de overeenkomst; en
- gedragingen of uitspraken van de wederpartij waaruit de intentie spreekt om zich te binden.

Bestaat er immers nog geen overeenstemming over één van de hoofdpunten van een overeenkomst, dan zullen beide partijen steeds rekening moeten houden met de mogelijkheid dat op dat hoofdpunt ook geen overeenstemming zal worden bereikt. Van een werkelijk gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen kan alleen sprake zijn als de wederpartij al impliciet of expliciet te kennen heeft gegeven zich gebonden te achten aan het onderhandelingsresultaat, terwijl daarnaast de punten die nog niet ingevuld zijn van ondergeschikt belang zijn. Volgens mij is er in de derde fase dus steeds voldaan aan de minimumeisen voor het bestaan van een overeenkomst en komt men aan de derde fase *als stadium waarin*

*onderhandelingen zich bevinden* nooit toe: in die derde fase zal er per definitie ten minste een rompovereenkomst tot stand zijn gekomen, en hebben partijen de onderhandelingen dus al verlaten.

Toch lijkt de Hoge Raad in CBB/JPO nog steeds koste wat het kost de mogelijkheid te willen openhouden om nog eens een derde fase te kunnen identificeren zonder dat van ten minste een rompovereenkomst kan worden gesproken – dat ligt besloten in de woorden ‘of in verband met de andere omstandigheden van het geval’<sup>8</sup> die we aantreffen in het bovengenoemde citaat uit CBB/JPO. Uit deze bijzin volgt dat de Hoge Raad situaties denkbaar acht waarin niet het totstandkomingsvertrouwen, maar een *andere* omstandigheid meebrengt dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. Ik vind het moeilijk voorstelbaar dat er een moment in de onderhandelingen kan zijn waarbij er nog geen sprake is van overeenstemming op hoofdlijnen, maar waarbij een partij toch aan de consequenties van die non-existente overeenkomst, te weten het positieve contractsbelang, gebonden is. Zeker nu de Hoge Raad heeft benadrukt dat de derde fase zich slechts in uitzonderingsgevallen zal voordoen – dat de Hoge Raad in CBB/JPO tot grote terughoudendheid heeft gemaand is inmiddels *communis opinio* – kan ik me een dergelijke situatie niet indenken. Denkt de Hoge Raad wellicht aan situaties waarin één der onderhandelingspartners de onderhandelingen afbreekt en vervolgens misbruik maakt van vertrouwelijke informatie die hij tijdens de onderhandelingen van de wederpartij heeft ontvangen? Dat zou ik niet logisch vinden. Het misbruiken van vertrouwelijke gegevens zou mijns inziens eerder als een zelfstandige onrechtmatige daad moeten worden aangemerkt. De onrechtmatige handwijze staat immers los van het stadium waarin de onderhandelingen zich bevinden: het misbruiken van vertrouwelijke informatie zal in het eerste Plas/Valburg-stadium net zo onrechtmatig zijn als wanneer de onderhandelingen verder zijn gevorderd.

De vraag kan nog rijzen of de Hoge Raad wellicht een situatie op het oog heeft waarbij partijen volledige overeenstemming hebben bereikt, maar – bijvoorbeeld – de vereiste toestemming van een derde (*board approval*) nog ontbreekt. Zou deze situatie wellicht een zuivere derdefasesituatie kunnen opleveren? Ik denk dat het antwoord op die vraag ontkennend moet luiden. Immers: ofwel de derde die zijn fiat aan de beoogde transactie moest geven, heeft zich op enig moment in de onderhandelingen gemengd of is anderszins naar buiten getreden, waardoor – ook bij gebreke van zijn uiteindelijke formele toestemming – bij de wederpartij gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen is gewekt, ofwel de toestemminggever blijft buiten beeld, zodat de wederpartij er nimmer gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand komt. In dat laatste geval moet de wederpartij van degene die het voorbehoud van externe toestemming maakt, de toe-

6 Dit uitgangspunt is overigens wel conform de Europese leer. Vgl. art. 2.101 van de Principles of European Contract Law: “A contract is concluded if: (a) the parties intend to be legally bound, and (b) they reach a sufficient agreement, without any further requirement.

7 Met zoveel woorden: HR 17 december 1999, NJ 2000/184.

8 Deze bijzin voegde de Hoge Raad overigens al aan het standaardcriterium toe in HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell). De zinsnede kwam ook al voor in het ontwerpartikel 6.5.2.8a, dat is gesneuveld omdat de wetgever de verdere ontwikkeling van het leerstuk in de jurisprudentie niet in de weg wilde staan (PG Inv. Boek 6 BW, p. 1438-1448).

stemming dus als één van de essentialia van de te sluiten overeenkomst begrijpen.<sup>9</sup>

Ook het ontbreken van externe toestemming kan dus geen derde-fasesituatie opleveren. Tot het moment dat zich een geval openbaart waarin de Hoge Raad constateert dat de onderhandelingen zich in de derde fase bevinden, maar waarin niet van een overeenkomst kan worden gesproken, bepleit ik daarom de volgende tweedeling: ofwel gebondenheid aan een overeenkomst, ofwel vrijheid om onderhandelingen af te breken, al of niet inclusief aansprakelijkheid voor het negatieve contractsbelang, waarbij het belang van de mogelijkheid om aansprakelijkheid voor het positief contractsbelang te kunnen aannemen overigens te relativëren is als men bedenkt dat schade als gevolg van *gemiste kansen*<sup>10</sup> onder de reikwijdte van het negatieve contractsbelang valt. Deze benadering is mijns inziens in de eerste plaats dogmatisch zuiver. Dat zij aansluit bij de praktijk en bij de benadering in de rest van West-Europa is mooi meegenomen.

Jammer dat de Hoge Raad het niet heeft aangedurfd deze cruciale laatste stap te zetten.

<sup>9</sup> Hetzelfde geldt voor andere vormvoorschriften, zoals het bestaan van een (ondertekend) contract. Komen partijen overeen dat slechts een schriftelijk stuk partijen bindt, dan moeten partijen dit voorschrift als een essentialium begrijpen, tenzij de afbrekende partij bij zijn wederpartij gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen wekt, als gevolg waarvan de afbrekende partij zich niet te goeder trouw op het ontbreken van een ondertekend contract kan beroepen en er een overeenkomst tot stand komt. In gelijke zin: A-G Hartkamp in zijn conclusie onder HR 24 november 1995, RvdW 1995, 248, waarin een '*subject to contract*'-clausule aan de orde was.

<sup>10</sup> Zie recent ook: Ruygvoorn, NJB 2006, 21. p. 1151.