

Artikel

Precontractuele aansprakelijkheid bij onderhandelen met een voorbehoud

Mr. M. van Hooijdonk & prof. mr. R.J.P.L. Tjittes*

1. Inleiding

Het leerstuk van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen mag zich naar Nederlands recht sinds het arrest Plas/Valburg¹ in een grote belangstelling verheugen van wetenschap en praktijk. In andere *civil law*-jurisdicties leeft dit leerstuk veel minder.² In *common law*-landen is het leerstuk niet (VK) of veel minder (VS) een onderwerp van betekenis.³

Het beginsel van de contractsvrijheid staat ook in het Nederlandse recht voorop. In beginsel mogen onderhandelingen om welke reden dan ook worden afgebroken zonder dat de afbrekende partij daardoor schadevergoeding verschuldigd wordt. In de wandelingen wordt wel gesproken van de eerste fase.

In twee categorieën van gevallen kan aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen bestaan.

Ten eerste is dat het geval als het afbreken van de onderhandelingen, zonder de wederpartij een vergoeding van de door haar gemaakte kosten aan te bieden, in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Het betreft een soort rechtmatige daadsconstructie: het afbreken is rechtmatig mits – kort gezegd – de kosten van de

wederpartij vergoed worden.⁴ Hier wordt wel gesproken van de tweede fase. In de praktijk is het uiterst onduidelijk wanneer partijen in deze fase zijn beland. In de rechtspraak worden niet of nauwelijks maatstaven genoemd wanneer de tweede fase is bereikt. De rechtspraak is hier een beetje een tombola. De lange duur van de onderhandelingen wordt in ieder geval relevant geacht.

Ten tweede kan aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen bestaan als dit afbreken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hetgeen (onder meer) kan leiden tot het moeten vergoeden van gedeerde winst van de wederpartij.⁵ Dit wordt de derde fase genoemd. De derde fase wordt eerst bereikt als de wederpartij dacht en redelijkerwijs mocht denken dat op grond van de onderhandelingen enigerlei overeenkomst tot stand zou komen.⁶ De mogelijkheid van vergoeding van gedeerde winst wegens het afbreken van onderhandelingen in strijd met de goede trouw is alleen bekend in het Nederlandse recht en wordt in geen enkele andere jurisdictie aanvaard.⁷ Uit de rechtspraak blijkt dat in de praktijk vergoeding van het positief contractsbelang naar Nederlands recht slechts in een handjevol zaken is toegewezen. De mogelijkheid van vergoeding van gedeerde winst wegens het afbreken van onderhandelingen is dus in de regel een theoretische mogelijkheid.

* Advocaten bij Allen & Overy LLP te Amsterdam.

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

2 Het leerstuk van aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen is daar niet onbekend. Zie bijvoorbeeld par. 311 (2) jo. 241 BGB, art. 1337 Codice civile en art. 42 Contractenrecht Volksrepubliek China.

3 Zie voor het Engelse recht *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, welke uitspraak, ondanks kritiek, nog steeds overeind staat: *Petromec Inc v. Petroleo Brasileiro SA* [2005] EWCA 891 en *Holloway v. Chancery Mead* [2007] EWHC 2495, en voor het Amerikaanse recht: A. Schwarz en R.E. Scott, 'Precontractual liability and preliminary agreements', *Harvard Law Review* 2007, p. 668-676.

4 Zie R.P.J.L. Tjittes, *Hartkamp-varianties* (A.S. Hartkamp bundel) 2006, p. 144. Het gaat om het negatief contractsbelang (de wederpartij moet in de positie worden gebracht alsof de onderhandelingen niet zouden hebben plaatsgevonden). Hieronder vallen naast de kosten ook 'lost opportunities' (de verloren gegane kans om met een derde een contract te sluiten).

5 Het gaat hier om het positief contractsbelang (de wederpartij moet worden gebracht in de situatie dat de overeenkomst zou zijn tot stand gekomen). Op de mogelijkheid in de 'derde fase' tevens een bevel tot dooronderhandelen te krijgen (met een verbod om met derden te onderhandelen), op straffe van verbeurte van een dwangsom, gaan wij niet nader in.

6 Het afbreken van onderhandelingen kan ook op grond van 'de andere omstandigheden van het geval' naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, maar dit geeft geen recht op gedeerde winst. Daarvoor is totstandkomingvertrouwen vereist. Aldus HR 29 februari 2008, RvdW 2008, 284 (X/Shell).

7 Zie M.W. Hesselink, WPNR 6248 (1996), p. 880-881.

In het veelbesproken arrest CBB/JPO geeft de Hoge Raad een fraaie samenvatting van zijn rechtspraak op het gebied van precontractuele aansprakelijkheid voor gedeelde winst.⁸ Hij voegt daar voor alle duidelijkheid aan toe dat de maatstaf om tot die precontractuele aansprakelijkheid te komen een strenge maatstaf is die door de rechter terughoudend moet worden toegepast. Het gaat immers om toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW).

Sinds het arrest Plas/Valburg heeft de Hoge Raad de nodige beperkingen op de precontractuele aansprakelijkheid voor gedeelde winst aangebracht. Zo is een vereiste dat het vertrouwen is opgewekt door (toedoen van) de afbrekende partij.⁹ De mate van vertrouwen moet worden getoetst op het moment van het afbreken van de onderhandelingen.¹⁰ Een eenmaal opgewekt vertrouwen kan derhalve verminderen of verdwijnen in de loop van de onderhandelingen. En zelfs als er sprake is van een gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen op het moment van afbreken, dan nog zijn er omstandigheden waaronder de afbrekende partij zonder schadevergoeding te moeten betalen weg kan komen, namelijk als er een goede reden voor het afbreken bestond (zoals onvoorzienbare omstandigheden die verder onderhandelen commercieel niet zinvol maken).¹¹

Hoezeer de Hoge Raad de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen ook heeft teruggedrongen, het is een gegeven dat die aansprakelijkheid bestaat, zeker wat betreft aansprakelijkheid voor gemaakte kosten, en dat de aansprakelijkheidscriteria buitengewoon vaag zijn, hetgeen de procedeerlust van teleurgestelde wederpartijen stimuleert.

Om hun rechtsverhouding in de precontractuele fase zelf vorm te geven, sluiten commerciële partijen nogal eens overeenkomsten die de precontractuele fase beheersen (soms aangeduid als *letter of intent*, *memorandum of understanding of term sheet*).¹² In de genoemde precontractuele overeenkomsten staan veelal één of meer opschortende voorwaarden die de totstandkoming van een overeenkomst beogen te verhinderen zolang aan de desbetreffende voorwaarde(n) niet is voldaan. In de Engelse taal, die in internationale commerciële contracten meestal wordt gebezigd, wordt gesproken van *'conditions precedent'* (in jargon: cp's), ook wel bekend als *'subject to'*-bepalingen.

Bij contractsonderhandelingen tussen commerciële partijen is het eerder regel dan uitzondering dat één of meer voorbehouden worden gemaakt. Te denken valt aan het voorbehoud van totstandkoming van een schriftelijke overeenkomst (*'subject to contract'*, waarover par. 3.1), het voorbehoud dat goedkeuring wordt verleend door een vennootschapprechtelijk orgaan (bijvoorbeeld de raad van commissarissen, te behandelen in par. 3.2) of het financieringsvoorbehoud (*'subject to finance'*, waarover meer in par. 3.3). Bekende andere voorbehouden zijn de voorbehouden *'subject*

to approval of the Competition Authorities' (mededingingsautoriteiten zoals de Europese Commissie en de NMa), *'subject to approval of the Works Council'* (de Ondernemingsraad) en de *'subject to due diligence'* (de uitkomsten van een due diligence onderzoek bij de targetvennootschap).

Met de voorbehouden in de onderhandelingsfase wordt mede beoogd precontractuele aansprakelijkheid uit te sluiten of te beperken. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of en, zo ja, in hoeverre een voorbehoud aan precontractuele aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen in de weg staat.

In deze bijdrage bespreken wij eerst het juridische kader van precontractuele aansprakelijkheid bij onderhandelingen met een voorbehoud (par. 2). Daarna gaan wij in op de betekenis van drie specifieke voorbehouden: *'subject to contract'*, *'subject to board approval'* en *'subject to finance'* (par. 3). Tot slot presenteren wij de conclusies en geven enkele aanbevelingen voor de praktijk over onderhandelingen met een voorbehoud (par. 4).

2. De juridische betekenis van onderhandelen met een voorbehoud

Vooropgesteld moet worden dat de contractsvrijheid met zich brengt dat partijen hun rechtsverhouding in de onderhandelingsfase, welke fase reeds door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst¹³, zelf mogen vormgeven. Hiertoe behoort ook dat zij kunnen overeenkomen dat er eerst sprake is van juridische gebondenheid aan een overeenkomst indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

Indien het voldoen aan de voorwaarden vereist is voor het ontstaan van verbintenissen uit overeenkomst, dan betreft het opschortende voorwaarden (*conditions precedent*) (art. 6:22 BW). Op de partij die beweert dat zij als crediteur rechten aan een overeenkomst onder opschortende voorwaarde kan ontlenen, rust de stelplicht en bewijslast dat de voorwaarde is vervuld.¹⁴ Op de situatie dat een voorbehoud is vormgegeven als een ontbindende voorwaarde (de verbintenissen uit overeenkomst bestaan, maar vervallen met het zich voordoen van de voorwaarde) gaan wij niet afzonderlijk in.

Een opschortende voorwaarde is nietig indien de vervulling van de voorwaarde afhangt van de enkele wil van de schuldenaar.¹⁵ Waar vervulling afhangt van het tot stand komen van een door beide partijen ondertekend contract, van goedkeuring door de raad van commissarissen en dergelijke, is daarvan geen sprake en is de opschortende voorwaarde op zich geldig.

Op overeenkomsten die onder een voorbehoud zijn aangegaan, is het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid van toepas-

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

9 HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruitertij/MBO).

10 HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 (ABB/Staat).

11 HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruitertij/MBO).

12 Aan te raden is om bij internationale onderhandelingen het bevoegde forum en het toepasselijke recht op de precontractuele fase vast te stellen. Het nalaten daarvan kan aanleiding geven tot eindeloze vragen van internationaal privaatrecht waarop het antwoord niet even eenduidig is.

13 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp) en HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/Comformed).

14 HR 7 december 2001, NJ 2002, 494 (Probis/De Smedt).

15 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 167.

sing. De Hoge Raad heeft dit beslist in het arrest Belïen/Provincie.¹⁶ In dat geval vorderde Belïen schadevergoeding op basis van een tweetal overeenkomsten die beiden onder het voorbehoud van goedkeuring van gedeputeerde staten waren aangegaan. Het hof meende dat het leerstuk van precontractuele aansprakelijkheid niet de basis kon zijn voor Belïens schadevordering, omdat partijen reeds definitieve afspraken hadden gemaakt. Het feit dat die overeenkomsten ‘partijen [niet; red.] vermag te verbinden’ deed daar volgens het hof niet aan af. Dit oordeel werd door de Hoge Raad vernietigd. De Hoge Raad oordeelde:

‘De maatstaven welke in voormelde rechtspraak [Plas/Valburg, VSH/Shell en Vogelaar/Skill, vH/T] zijn ontwikkeld ter beantwoording van de vraag wanneer het afbreken van onderhandelingen jegens de wederpartij onaanvaardbaar is, komen in een geval als het onderhavige voor overeenkomstige toepassing in aanmerking.’

Kortom, indien een partij een overeenkomst beëindigt met verwijzing naar het daarin opgenomen voorbehoud, dan zal aan de hand van de criteria voor precontractuele aansprakelijkheid moeten worden bepaald of zij jegens haar wederpartij aansprakelijk is.

Indien een contractuele gebondenheid eerst ontstaat als aan één of meer bepaalde voorwaarden is voldaan, dan brengt dit met zich dat in beginsel geen precontractuele aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen kan bestaan tot vergoeding van gederfde winst. In de inleiding is uiteengezet dat de enige pijler voor het aannemen van precontractuele aansprakelijkheid voor gederfde winst is dat door toedoen van de afbrekende partij een gerechtvaardigd vertrouwen bij de wederpartij is gewekt dat enigerlei overeenkomst tot stand zal komen. Een duidelijk en onomwonden voorbehoud voorkomt in beginsel dat bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen kan ontstaan dat een overeenkomst tot stand zal komen, zolang de voorwaarde nog niet is vervuld, zodat geen precontractuele aansprakelijkheid voor vergoeding van gederfde winst kan ontstaan.¹⁷

De vraag kan dan rijzen of een precontractuele aansprakelijkheid tot vergoeding van kosten wel aan de orde is. Aansprakelijkheid voor gemaakte kosten is niet uitgesloten, omdat de aansprakelijkheid te dien aanzien niet afhangt van de vraag of er sprake is van totstandkomingsvertrouwen in enigerlei overeenkomst en een voorbehoud alleen het ontstaan van dat vertrouwen belet.¹⁸ Hier wrekt zich dat niet duidelijk is wanneer bij afgebroken onderhandelingen een kostenvergoeding moet worden toegewezen. Uitgangspunt dient onzes inziens te zijn dat, tenzij partijen anders overeenkomen, onderhandelingen voor eigen rekening en risico worden gevoerd.¹⁹ De redelijkheid van een kostenvergoeding enkel voor de lange duur van de onderhandelingen zien wij om die reden niet. Dit kan anders zijn in aan opzet of bewuste roekeloosheid gelijk te stellen gevallen, bijvoorbeeld wanneer een partij al-

leen met een andere partij onderhandelt om laatstgenoemde van het sluiten van een contract met een derde af te houden. Wie zekerheid wenst en aansprakelijkheid ook voor kosten wil uitsluiten, zal dat echter expliciet moeten bedingen.

De reikwijdte van een voorbehoud kan worden begrensd door de uitleg daarvan. Een beroep op een voorbehoud kan een afbrekende partij niet vrijstaan als hij van dit voorbehoud afstand heeft gedaan, het recht daarop een beroep te doen heeft verwerkt of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid anderszins in de weg staan aan het invoeren van het voorbehoud. Wij gaan op die aspecten thans nader in.

De betekenis van een voorbehoud moet worden vastgesteld aan de hand van de uitleg van het voorbehoud. Die uitleg vindt plaats aan de hand van de Haviltex-maatstaf, waarbij in eerste instantie aan de tekst van het voorbehoud in commerciële contracten gesloten tussen zakelijke partijen die daarbij deskundige juridische bijstand hebben genoten veel betekenis toekomt.²⁰ In het Anglo-Amerikaanse recht (vooral het Engelse recht) heeft de enkele aanduiding van de ‘subject to’-bepalingen, zoals bij voorbeeld ‘subject to contract’, zonder dat die termen nader zijn toegelicht, een meer vastomlijnde betekenis. Waar een schriftelijk contract niet door beide partijen is ondertekend, is er naar Anglo-Amerikaans recht geen binding en geen precontractuele aansprakelijkheid als enkel is vermeld dat de onderhandelingen ‘subject to contract’ zijn.

De enkele vermelding ‘subject to contract’ kan naar Nederlands recht allerlei varianten inhouden, van de variant waar binding reeds ontstaat als er mondelinge overeenstemming op hoofdlijnen is tot de variant dat er een door beide partijen ondertekend schriftelijk contract moet liggen (zie par. 3.1). De contractenmaker naar Nederlands recht heeft daarom meer woorden nodig om te omschrijven wat ‘subject to contract’ inhoudt. Hetzelfde geldt voor vele andere ‘subject to’-bepalingen.

De inhoud en betekenis van een ‘subject to’-bepaling kan worden tenietgedaan – en daardoor kan contractuele aansprakelijkheid weer in beeld komen – als van het recht om een beroep te doen op het voorbehoud afstand is gedaan (‘waiver’), althans als bij de wederpartij de gerechtvaardigde indruk is gewekt dat de andere partij zich niet (meer) op dit voorbehoud zal beroepen. Daarnaast is het mogelijk dat het recht een beroep te doen op een voorwaarde is verwerkt (‘estoppel’), omdat bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat het recht niet (meer) geldend gemaakt zal worden.

Uit het arrest Belïen/Provincie volgt dat niet alleen de precontractuele fase, maar ook de fase waarin het voorbehoud moet worden vervuld, wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid brengen met zich dat op de partij ten behoeve van wie het voorbehoud is bedongen een inspanningsverplichting rust om deze voorwaarde te (doen) vervullen (in het geval van een opschortende voorwaarde).²¹ Doet zij dat niet, dan geldt de voorwaarde als vervuld indien redelijkheid en billijkheid dat eisen (art. 6:23 lid 1 BW). Uit de redelijkheid

16 HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Belïen/Provincie).

17 HR 24 november 1995, NJ 1996, 162 (Van Engen/Mirror).

18 Zo ook H.J. de Kluiver & C.A. Schwarz, in: *Onderhandelen en schikken, serie Praktijkhandleidingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 110.

19 Zie ook losbl. *Verbintenissenrecht* (Blei Weissmann), art. 217-227 I.1, aant. 118.

20 Zie over die uitleg HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (Meyer Europe/PontMeyer) en HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (Derksen/Homburg).

21 HR 21 juni 1996, NJ 1996, 698 (Tomlow/Zwietering).

en billijkheid vloeit ook voort dat bij het invoeren van het voorbehoud de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij in acht moeten worden genomen.

Uit de inspanningsplicht die een opschortende voorwaarde met zich brengt, kan worden afgeleid dat de afbrekende partij die een beroep doet op het niet vervuld zijn van de opschortende voorwaarde, in het kort de reden geeft waarom de voorwaarde niet is vervuld. Van de afbrekende partij kan in voorkomende gevallen worden verlangd dat hij in enige mate aangeeft welke inspanningen hij heeft verricht om de voorwaarde te vervullen. Die feiten spelen zich immers geheel in haar domein af. Indien die verantwoording in het geheel niet wordt gewenst, zal bedongen moet worden dat de desbetreffende partij de onderhandelingen mag afbreken om haar moverende redenen zonder nadere uitleg.

3. Bespreking van drie voorbehouden

3.1 Voorbehoud 'Subject to contract'

In precontractuele contracten die worden aangegaan met Angelsaksische partijen komt vaak het voorbehoud 'subject to contract' voor. In de Anglo-Amerikaanse rechtsfeer (in het bijzonder naar Engels recht) heeft dit voorbehoud een tamelijk vastomlijnde betekenis: contractuele binding komt niet tot stand zolang niet alle partijen de definitieve schriftelijke overeenkomst hebben ondertekend. Hierbij merken wij wel op dat een 'subject to contract'-bepaling naar Anglo-Amerikaans recht niet zozeer wordt gezien als een opschortende voorwaarde, maar als een bepaling die in de weg staat aan het vereiste naar Anglo-Amerikaans recht voor het tot stand komen van een bindend contract, dat partijen de bedoeling hebben een bindende overeenkomst te sluiten (*'intention to create legal binding'*).²²

Naar Nederlands recht is die betekenis minder vastomlijnd en is het een kwestie van uitleg wat onder 'subject to contract' moet worden verstaan indien dit begrippenpaar niet nader is uitgewerkt. In de regel zullen partijen daaronder begrijpen dat een schriftelijke overeenkomst moet zijn getekend, maar dat is geen wet van Meden en Perzen. Andere interpretaties zijn denkbaar: Is een mondelinge overeenstemming op hoofdlijnen voldoende? Ziet het op schriftelijke overeenstemming op hoofdpunten? Gaat het om overeenstemming over de definitieve schriftelijke versie? Betreft het de ondertekening door alle partijen van een definitief schriftelijk contract? Om iedere onzekerheid te voorkomen is het aan te bevelen dat partijen in het voorbehoud uitdrukkelijk overeenkomen dat zij geheel vrij zijn tot het moment dat de overeenkomst door alle partijen is ondertekend. In dat geval zal voor dat moment als regel geen precontractuele aansprakelijkheid ontstaan.²³

Een 'subject to contract'-voorbehoud komt er in feite op neer dat precontractuele aansprakelijkheid volledig wordt uitgesloten: verplichtingen ontstaan pas nadat alle handtekeningen onder de definitieve overeenkomst zijn gezet.²⁴ De Kluiver en Schwarz stellen dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat een 'subject to contract'-clause in de weg staat aan een vordering tot vergoeding van schade wegens afgebroken onderhandelingen.²⁵ Naar onze mening staat het voorbehoud in de weg aan het ontstaan van gerechtvaardigd vertrouwen dat enigerlei contract tot stand zal komen, zolang er geen door beide partijen ondertekend schriftelijk contract is. Aansprakelijkheid voor gedeelde winst is dan niet aan de orde. Uit rechtspraak ten aanzien van andere voorwaarden blijkt dat desondanks aansprakelijkheid voor gemaakte kosten wel kan worden aangenomen. Om ieder misverstand uit te sluiten, zal uitsluiting van die kosten expliciet moeten geschieden in een ander beding, omdat dit niet altijd zonder meer volgt uit een 'subject to contract'-bepaling.

Naar Nederlands recht kan een beroep op een 'subject to contract'-voorbehoud niet geoorloofd zijn als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Een voorbeeld van een dergelijke toetsing van een 'subject to contract'-voorbehoud is te vinden in het arrest *Fiji Fiji/NSS van het Hof Amsterdam*.²⁶ Partijen onderhandelden in dat geval over de levering van satellietcapaciteit door NSS aan Fiji Television. Volgens Fiji was een overeenkomst tot stand gekomen, maar NSS beriep zich op het voorbehoud dat sprake moest zijn van een schriftelijke *Service Ordering Agreement* ('SOA') en *Service Order Form*, goedgekeurd en ondertekend door een bevoegde vertegenwoordiger van NSS. In kort geding vorderde Fiji vervolgens nakoming van de overeenkomst. Het Hof oordeelde dat tussen partijen een overeenkomst tot stand was gekomen en dat het enige wat ontbrak was de ondertekening van de SOA en de *Service Order Form* door beide partijen. Het Hof oordeelde vervolgens dat het, gelet op alle omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht dat NSS een beroep kon doen op het feit dat Fiji de overeenkomsten nog niet had getekend. Van belang in dit geval was dat het Hof er van uitging dat de onderhandelaar van de zijde van NSS bevoegd was om de overeenkomst aan te gaan, en op alle essentiële punten overeenstemming was bereikt.

Naar onze mening kan uit het arrest *Fiji/NSS* worden afgeleid dat het gevaar bestaat dat een 'subject to contract'-voorbehoud niet langer kan worden ingeroepen als de overeenkomst in feite rond is en alleen nog maar getekend moet worden. Indien partijen geen enkele binding of precontractuele aansprakelijkheid wensen zolang een definitief schriftelijk contract niet door alle partijen is getekend, dan moet dit duidelijk worden overeengekomen.²⁷ Een aldus nader ingevulde 'subject to contract'-bepaling zal dan alleen terzijde geschoven kunnen worden op grond van de redelijkheid en billijkheid in gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid

22 Zie M. Furmston, Norisada & J. Poole, *Contract Formation and Letters of Intent*, John Wiley & Sons Canada 1998, p. 190 e.v. en R.B. Lake & U. Draetta, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*, Stoneham, Mass.: Butterworth Legal Publishers 1994, p. 69 e.v.

23 V.zr. Rb. Amsterdam 4 augustus 2005, NJF 2005, 420 (*Justvoice/Gouden Gids*).

24 Zie ook HR 24 november 1995, NJ 1996, 162 (*Van Engen/Mirror*).

25 De Kluiver & Schwarz, p. 106.

26 Hof Amsterdam (kort geding) 23 augustus 2004, NJ 2006, 265 (*Fiji/NSS*).

27 V.zr. Rb. Amsterdam 4 augustus 2005, NJF 2005, 420 (*Justvoice/Gouden Gids*).

(bijvoorbeeld omdat er alleen onderhandeld is om een partij af te houden een contract te sluiten met een derde partij) of als daarvan afstand is gedaan (of de gerechtvaardigde indruk daartoe is gewekt). Uit het arrest van het Amsterdamse hof blijkt niet van die omstandigheden, hetgeen naar onze mening wel had moeten worden vastgesteld.

3.2 Voorbehoud ‘Subject to board approval’, ‘subject to shareholders approval’

Een van meest voorkomende voorbehouden is die van toestemming van een vennootschappelijk orgaan, zoals de raad van commissarissen, het bestuur of de algemene vergadering van aandeelhouders.

Indien enkel de Engelstalige term ‘subject to board approval’ wordt gebruikt, dan kan een vraag van uitleg rijzen wat onder de ‘board’ moet worden verstaan. Is dat de ‘board’ in Nederlandse zin (het bestuur) of is dat de board in Anglo-Amerikaanse (of Antilliaanse zin) zin, waar de ‘board’ kan bestaan uit zowel ‘executive board members’ (bestuur) als ‘non-executive board members’ (raad van toezicht). Soms wordt onder de ‘board’ zelfs de moedermaatschappij begrepen.

Indien de onderhandelaars niet bevoegd zijn een contract te sluiten, onderstreept de ‘subject to board approval’-clausule die onbevoegdheid.²⁸ Indien de onderhandelaars wel bevoegd zijn (zoals het bestuur of een bestuurder van een vennootschap), dan beperkt het onderhavige voorbehoud hun externe bevoegdheid om zonder meer – zonder dat aan de voorwaarde is voldaan – een contractuele binding tot stand te brengen.

Van een contractueel voorbehoud van toestemming van een bepaald vennootschappelijk orgaan jegens de wederpartij moet worden onderscheiden dat om redenen van vennootschapsrecht (wet of statuten) voor het nemen van een besluit van het bestuur tot het aangaan van een bepaalde transactie soms goedkeuring is vereist van een ander vennootschapsorgaan (zoals de raad van commissarissen).²⁹ Dergelijke interne vennootschappelijke goedkeuringsvereisten hebben geen externe werking in die zin dat dit contractuele gebondenheid van de vennootschap jegens derden niet in de weg staat.

In de zaak *Asko/Ahold*, waar twee grote detailhandelsconcerns zonder voorbehoud onderhandelden over een nauwe samenwerking, heeft een President zelfs geoordeeld dat een bindende overeenkomst niet tot stand is gekomen, mede omdat goedkeuring van het bestuur en de raad van commissarissen ontbrak.³⁰ De President introduceerde hiermee een impliciet voorbehoud van goedkeuring.

28 H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss. VU), Deventer: Kluwer 1992, p. 21 (nr. 23) en De Kluiver & Schwarz jaartal, p. 109.

29 Zie bij voorbeeld art. 2:107a BW (goedkeuring AVA) en art. 2:164/274 BW (toestemming RvC). In art. 2:107a BW en 2:164 lid 2 BW is uitdrukkelijk bepaald dat het ontbreken van goedkeuring van de AVA, respectievelijk de RvC op een dergelijk besluit de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of bestuurders niet aantast. Zie ook HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (ABNAMRO).

30 Pres. Rb. Haarlem 10 oktober 1989, KG 1989, 390 (*Asko/Ahold*).

Uiteraard geldt dat in het geval de onderhandelingen worden gevoerd door een bepaald orgaan (bijvoorbeeld door het bestuur) niet het voorbehoud kan worden gemaakt dat hetzelfde orgaan goedkeuring verleent. Wat in de praktijk wel voorkomt en geoorloofd is, is dat wordt onderhandeld door een bestuurder met het voorbehoud dat het voltallig bestuur de overeenkomst uiteindelijk goedkeurt.

Een voorbeeld van een situatie waarin het voorbehoud niet kon worden ingeroepen, is te vinden in het arrest ATP/PSL van het Hof Arnhem.³¹ ATP en PSL Groep hadden overeenstemming bereikt over de verkoop van aandelen in PSL Reisadviesgroep BV onder de (opschortende) voorwaarde dat de aandeelhouders van ATP aan die transactie goedkeuring zouden verlenen. Ondanks dat er nog geen definitieve overeenkomst was ondertekend, handelden partijen al wel conform de conceptovereenkomst. ATP liet echter op enig moment weten dat zij van de overname afzag, omdat haar aandeelhouders niet de benodigde toestemming gaven als gevolg van de uitkomst van het due diligence-onderzoek. PSL vorderde vervolgens in kort geding (primair) nakoming van de overeenkomst. De aandelen van ATP waren voor ongeveer 65 procent in handen van Friezenberg B.V., waarvan de aandelen op haar beurt volledig in handen waren van Jansen. Jansen trad namens ATP op als onderhandelaar.

Naar het oordeel van het hof was het naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar dat ATP zich beriep op het ontbreken van goedkeuring van de aandeelhouders. Het hof gaf voor die beslissing drie redenen. Ten eerste omdat de onderhandelingen werden gevoerd door de (indirecte) meerderheidsaandeelhouder, waardoor bij de wederpartij de indruk werd gewekt dat toestemming van de aandeelhouders een formaliteit zou zijn. Ten tweede omdat voor het overige over de overname overeenstemming was bereikt en daaraan zelfs uitvoering was gegeven. Ten derde omdat de algemene vergadering van aandeelhouders geen goede grond had genoemd voor het onthouden van toestemming, omdat het due diligence-onderzoek reeds lang was afgerond.

Een directievoorbehoud kon ook niet worden ingeroepen in *Vredenburg/C&E*.³² Hier onderhandelde C&E bank met een van haar medewerkers over een vervroegde afscheidregeling. Deze regeling werd aangeboden onder voorbehoud van goedkeuring door de directie. Uiteindelijk besloot de directie de goedkeuring niet te verlenen. De President oordeelde dat de medewerker er op had mogen vertrouwen dat een regeling tot stand zou komen. Daarbij werd van belang geacht dat het initiatief tot het overleg was genomen door de bank, dat dit was gedaan met medeweten van de directie en dat er ruim tijdsverloop was tussen het tijdstip waarop de regeling voor het eerst werd aangeboden en het tijdstip waarop de directie haar uiteindelijke beslissing aan hem mededeelde.

Een voorbeeld van een geval waarin een beroep op een voorbehoud wel werd gehonoreerd, is te vinden in de kortgedinguitspraak *Mastum/NCM*.³³ Wegens een verslechterde financiële situatie van Mastum wilde NCM de verzekering beëindigen die zag op aan Mastum verstrekte leverancierskredieten. Partijen gingen

31 Hof Arnhem (kort geding) 26 augustus 2003, JOR 2003, 250 (ATP/PSL).

32 Pres. Rb. Utrecht 14 maart 1989, KG 1989, 171 (*Vredenburg/C&E*).

33 Pres. Rb. Amsterdam 7 december 2000, KG 2001, 17 (*Mastum/NCM*).

hierover in overleg en bereikten uiteindelijk overeenstemming over een nieuw scenario waarbij door de onderhandelaars van NCM het voorbehoud werd gemaakt dat haar directie goedkeuring zou verlenen. De directie verleende de goedkeuring niet. Mastum vorderde vervolgens in kort geding nakoming van de overeenkomst, stellende dat de onderhandelaars ervaren medewerkers waren die geacht mochten worden te hebben overlegd met de directie, zodat het voorbehoud niet meer kon worden ingeroepen. Deze vordering werd in kort geding afgewezen, aangezien het voorbehoud uitdrukkelijk was gemaakt, de directie haar toestemming niet had verleend en het feit dat de onderhandelingen door ervaren medewerkers waren gevoerd dit niet anders maakte.

Een ander voorbeeld waarin het beroep op een voorbehoud van toestemming van de raad van commissarissen de toets van de redelijkheid en billijkheid kon doorstaan, is het arrest Roompot/De Efteling van het Hof Den Bosch.³⁴ De Efteling en Roompot onderhandelden over de ontwikkeling, realisatie en exploitatie van een verblijfsaccommodatie grenzend aan De Efteling. In de *letter of intent* was bepaald dat de totstandkoming van de overeenkomsten onderworpen was aan de goedkeuring van de raad van commissarissen van beide ondernemingen. De raad van commissarissen weigerde uiteindelijk die toestemming te geven, omdat er nog discussie bestond over de reikwijdte van een *change of control*-bepaling, terwijl op dat moment op handen was – hetgeen Roompot niet eerder had geopenbaard – dat de meerderheid van de aandelen in Roompot in handen zou komen van een derde (investeringsmaatschappij Nesbic), zodat de *change of control*-bepaling relevant werd. De Efteling mocht om die reden (beroep op het ontbreken van goedkeuring van de raad van commissarissen) de onderhandelingen met Roompot afbreken en vergoeding van gederfde winst werd afgewezen. Het hof kende Roompot wel een kostenvergoeding toe, kennelijk omdat de onderhandelingen op dat moment in een vergevorderd stadium waren.

Uit de vorenstaande uitspraken blijkt dat naarmate er meer verwevenheid bestaat tussen de onderhandelaar en het goedkeurend orgaan het moeilijker zal zijn om het voorbehoud in te roepen. Als de onderhandelaar een beslissende invloed heeft in het goedkeurende orgaan, kan licht bij de wederpartij de gerechtvaardigde indruk zijn gewekt dat de goedkeuring een formaliteit is en een overeenkomst tot stand zal komen.

Een vergelijkbaar vertrouwen bij de wederpartij kan worden gewekt als het goedkeurende orgaan tijdens de onderhandelingen telkenmale op de hoogte is gehouden van het onderhandelingsresultaat.

Waar het meestal niet praktisch is afstand te creëren tussen onderhandelaar en goedkeurend orgaan, is het aan te bevelen op te nemen dat het goedkeurend orgaan een laatste overalltoets mag aanleggen, ook al is het geïnformeerd of heeft de onderhandelaar een beslissende stem in het goedkeuringsorgaan. Volgens Vranken mag een voorbehoud van goedkeuring altijd worden uitgeoefend, ook al is voorafgaand contact geweest met de goedkeurende instantie, omdat uitgangspunt is dat het goedkeurende orgaan een

laatste overalltoets mag doen.³⁵ Dit uitgangspunt is ook logisch, omdat de goedkeuringsbevoegdheid alleen ten volle kan worden uitgeoefend over het totale onderhandelingsresultaat.³⁶

Opvallend is verder dat het Hof Arnhem in het ATP/PSL-arrest aangaf dat er een ‘goede grond’ moet zijn voor de aandeelhoudersvergadering om zijn goedkeuring te onthouden. In lagere rechtspraak is die beslissing wel gevolgd, dat een beroep op een ‘subject to board approval’ zonder opgave van relevante redenen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.³⁷

De aangevoerde reden om goedkeuring te onthouden, moet een relevante (valide) reden zijn. Het Hof Den Bosch oordeelde in de zaak De Ruitertij/MBO, dat het beroep van De Ruitertij op een goedkeuringsvoorbehoud van de moedermaatschappij faalde, omdat de redenen voor weigering van goedkeuring door de moedermaatschappij geen verband hielden met de punten die in de onderhandelingen tussen De Ruitertij en MBO aan de orde waren geweest.³⁸

Over de vraag of het goedkeurend orgaan bij het onthouden van goedkeuring een (goede) reden moet aangeven aan de wederpartij voor het afbreken, wordt verschillend gedacht. De Kluiver is van mening dat die goede reden moet worden verstrekt (zoals onvrede over de inhoudelijke voorwaarden van een transactie).³⁹ Ruygvoorn is kennelijk van mening dat dit in beginsel niet zo is, maar dat de redelijkheid en billijkheid anders kunnen meebrengen.⁴⁰ Om iedere onduidelijkheid te voorkomen, kan worden overeengekomen dat het orgaan dat goedkeuring dient te verlenen die goedkeuring kan onthouden om haar moverende redenen.⁴¹

In het arrest Roompot/De Efteling valt op dat ondanks de omstandigheid dat een beroep op een voorbehoud niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geoordeeld, de wederpartij toch een kostenvergoeding werd toegekend. Die kostenvergoeding kan niet zijn toegekend op grond van gerechtvaardigd vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen (daaraan staat het voorbehoud in de weg). Wat de grondslag dan wel is, behalve ‘de redelijkheid’ omdat de onderhandelingen al zo ver gevorderd waren, valt hier niet in te zien. Wij zien om eerder genoemde reden geen aanleiding voor een kostenvergoeding bij een geslaagd beroep op een voorbehoud.

Het opnemen van een voorbehoud noopt de partij(en) ten behoeve van wie het voorbehoud is gemaakt tot een zekere inspanning om te bewerkstelligen dat de goedkeuring door het desbetreffende vennootschapsorgaan wordt gegeven. Die inspanningsplicht brengt ten eerste met zich dat het bestuur is gehouden het andere vennootschapsorgaan een juiste voorstelling van zaken te geven van de

34 Hof Den Bosch 31 januari 2006, NJF 2006, 308 (Roompot/De Efteling). Een daartegen gericht beroep in cassatie faalde met toepassing van art. 81 RO (HR 26 oktober 2007, RvdW 2007, 931).

35 J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 108.

36 A.C. Schaafsma & O.S. Elsenga, V&O 2004, p. 30.

37 V.zr. Rb. Den Bosch 14 april 2008, LJN BD0037 (Rijkers/Essent).

38 HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruitertij/MBO).

39 De Kluiver 1992, p. 304-305. Indien vergaand overeenstemming bestaat, bepleit hij dat partijen een ultieme poging moeten doen het eens te worden, wil een beroep op een ‘subject to board approval’-beding open staan.

40 M.R. Ruygvoorn, ‘Afbreken van onderhandelingen; een stappenplan’, NJB 2006, p. 1149.

41 HR 24 november 1995, NJ 1996, 162 (Van Engen/Mirror).

beoogde transactie en de mate van overeenstemming tot dan toe. Moet het bestuur, dat de onderhandelingen heeft gevoerd en dat onder voorbehoud overeenstemming heeft over de overeenkomst, ten tweede ook een positief advies geven aan de goedkeurende instantie, zoals de raad van commissarissen of de moedermaatschappij? De jegens de wederpartij in de onderhandelingen in acht te nemen goede trouw lijkt dat wel met zich te brengen als het bestuur met de wederpartij geheel tot overeenstemming is gekomen.⁴² Realiteit kan wel zijn dat nader informeel contact van die strekking tussen het bestuur, dat inmiddels bedenkingen heeft gekregen, en de instantie die toestemming moet geven, plaatsvindt met als doel goedkeuring te onthouden (waarop dan nadere onderhandelingen kunnen plaatsvinden).⁴³ In de beslotenheid van het vennootschappelijk verband kan veel gebeuren zonder dat een derde daar een vinger achter krijgt. Het bestuur kan de andere vennootschapsorganen in ieder geval niet dwingen goedkeuring te geven.

Een interessante vraag is of indien een overeenkomst is gesloten onder opschortende voorwaarde van goedkeuring van een goedkeurende instantie (zoals het bestuur of een moedermaatschappij), de desbetreffende partij, hangende die goedkeuring, met een derde partij mag onderhandelen om een tweede overeenkomst onder voorbehoud van goedkeuring aan te gaan, teneinde beide overeenkomsten aan de goedkeurende instantie voor te leggen die daarvan een zal goedkeuren. Het Hof Arnhem heeft geoordeeld dat een algemene regel, die erop neerkomt dat een partij die een overeenkomst onder de voorwaarde van goedkeuring heeft gesloten, waarbij de voorwaarde op geen enkele wijze is ingeperkt, niet mag trachten met het oog op die goedkeuring met een derde een beter resultaat te bereiken om dat eveneens ter goedkeuring voor te leggen, niet zonder meer bestaat.⁴⁴ Het aangaan van exclusieve onderhandelingen zal als regel moet worden overeengekomen, zo voegen wij daaraan toe.

3.3 Voorbehoud 'Subject to finance'

Een ander bekend voorbehoud is het voorbehoud 'subject to finance'. Een overeenkomst komt eerst tot stand (opschortende voorwaarde) of wordt onaantastbaar (ontbindende voorwaarde), indien de desbetreffende partij financiering van de desbetreffende transactie weet te verkrijgen binnen een bepaalde termijn en binnen bepaalde voorwaarden (omvang van de lening, rentepercentage, zekerheidstelling en andere condities).

Een financieringsvoorbehoud kan niet stilzwijgend worden aangenomen op grond van de redelijkheid en billijkheid of gewoonte.⁴⁵

De hiervoor genoemde verschillende modaliteiten van een financieringsvoorbehoud laten zien dat waar die modaliteiten niet expliciet zijn weergegeven in het voorbehoud, ruimte voor interpretatie bestaat. Indien dit niet nader is bepaald zal een financieringsvoorbehoud meestal worden uitgelegd, in die zin dat het desbetreffende bedrag binnen een bepaalde periode wordt verkregen onder bij grote geldverstrekkende instellingen gebruikelijke voorwaarden.⁴⁶

Een financieringsvoorbehoud brengt met zich dat de partij die zich daarop wil beroepen een inspanningsplicht heeft om financiering te verkrijgen.⁴⁷ Meestal betekent dit dat de desbetreffende partij (ten minste) twee financiers moet hebben benaderd.⁴⁸

Het vorenstaande neemt niet weg dat het causaal verband tussen een geschonden inspanningsplicht en de door de wederpartij gestelde schade kan ontbreken indien de afbrekende partij maar één afwijzende reactie kan overleggen, maar aannemelijk weet te maken dat zij ook indien zij meer financiers had benaderd geen financiering zou hebben verkregen.⁴⁹

Een beroep op een financieringsvoorbehoud kan afstuiten als daarvoor geen goede reden wordt gegeven, hetgeen veelal zal inhouden dat de wederpartij wordt verduidelijkt welke inspanningen zijn gedaan om financiering te verkrijgen met welk resultaat.

Een voorbeeld. Metram en Eifeler onderhandelden over de overname van aandelen in Metram door Eifeler voor een bedrag van (toen nog) f7,7 miljoen. In een *letter of intent* was ten behoeve van Eifeler een financieringsvoorbehoud gemaakt dat de ING-bank een krediettoezegging diende te doen van meer dan f5,5 miljoen. De ING-bank wilde echter niet meer financieren dan f4,7 miljoen. Eifeler stelde vervolgens aan Metram voor dat Metram de koopprijs zou verminderen met vier ton en aan Eifeler een lening zou verstrekken van vier ton. Vervolgens brak Eifeler de onderhandelingen kennelijk af met een beroep op het financieringsvoorbehoud onder de enkele motivering dat hij 'Seine Dispositionen mit anderen Prioritäten getroffen (hat; red.)'. De Rechtbank Maastricht oordeelde dat Eifeler geen beroep toekomt op het financieringsvoorbehoud. De rechtbank besliste wel dat Eifeler de onderhandelingen had afgebroken in een stadium dat er nog geen sprake was van vertrouwen in de totstandkoming van een koopovereenkomst, maar veroordeelde Eifeler tot vergoeding van de kosten.⁵⁰ Voor die kostenveroordeling zien wij geen goede grond.

4. Conclusies en aanbevelingen voor de praktijk

- a Een voorbehoud overeengekomen in de precontractuele fase met betrekking tot de totstandkoming van een overeenkomst is veelal een opschortende voorwaarde: de overeenkomst komt eerst tot stand als aan de desbetreffende voorwaarde is voldaan. Net als ieder contractsbeding moet de precieze inhoud en betekenis van een dergelijk voorbehoud worden vastgesteld door uitleg daarvan.
- b Kernachtige Anglo-Amerikaanse voorbehouden als 'subject to contract', 'subject to board approval', en dergelijke, hebben naar Nederlands recht een minder vastomlijnde betekenis,

47 Art. 6:23 BW en eerder HR 21 juni 1996, NJ 1996, 698 (Tomlow/Zwietering).

48 Vgl. in dit verband Hof Leeuwarden 23 maart 2005, NJF 2005, 219 en Hof Arnhem 7 oktober 1997, NJ 1998, 842.

49 V.zr. Rb. Den Bosch 22 november 2006, NJF 2007, 41 en Rb. Den Bosch 6 april 2005, NJF 2005, 197.

50 Rb. Maastricht 18 februari 2004, NJF 2004, 281.

42 Zo ook NAI 23 maart 1998, TvA 2000/3, 22.

43 Zie Lake & Draetta 1994, p. 212.

44 Hof Arnhem 20 maart 2007, NJF 2007, 377 (Geradts/Wolverine).

45 Hof Den Bosch 11 september 2007, Prg. 2008, 53.

46 Rb. Den Bosch 6 april 2005, NJF 2005, 197.

- zodat een uitgebreidere beschrijving in het contract aanbevelenswaardig is.
- c Een voorbehoud staat in beginsel in de weg aan precontractuele aansprakelijkheid voor gedeelde winst. Blijkens de rechtspraak is precontractuele aansprakelijkheid voor gemaakte kosten niet zonder meer uitgesloten. Wij zijn daar kritisch over. Voor alle zekerheid is het aan te bevelen ook ten aanzien van de kosten een specifieke aansprakelijkheidsuitsluiting op te nemen.
 - d Een voorbehoud brengt met zich dat de partij in wier belang een voorbehoud is opgenomen een inspanningsplicht heeft de vervulling van de voorwaarde te bewerkstelligen (opschortende voorwaarde) of te belemmeren (ontbindende voorwaarde). Het niet voldoen aan die inspanningsplicht brengt met zich dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om – in geval van een opschortende voorwaarde – een beroep te doen op de niet-vervulling van die voorwaarde.
 - e Indien de afbrekende partij niet heeft voldaan aan haar inspanningsplicht, kan schadevergoeding uitgesloten zijn als aanneemelijk is dat ook bij voldoende inspanning de voorwaarde niet zou zijn vervuld (ontbreken causaal verband).
 - f De afbrekende partij zal de wederpartij moeten meedelen waarom zij een beroep doet op de niet-vervulling van een voorbehoud (met als gevolg dat de overeenkomst niet tot stand komt). Hoe uitgebreid die mededelingsplicht is, hangt af van de aard van het goedkeuringsvoorbehoud. Waar wordt afgebroken omdat er geen sprake is van een door beide partijen ondertekend schriftelijk contact (subject to contract) volstaat die constatering. Bij het inroepen van een voorbehoud van financiering (subject to finance) zal verhelderd moeten worden welke banken zijn benaderd en welke beperkingen en voorwaarden die banken hebben gesteld.
 - g De inspanningsplicht bij een ‘subject to board approval’ houdt in dat aan de goedkeurende instantie geen onjuiste informatie mag worden verstrekt, dat – als het bestuur met de wederpartij geheel tot overeenstemming is gekomen – een positief advies moet worden gegeven en dat een relevante reden voor het inroepen van het voorbehoud wordt verstrekt. Indien een partij wat dit laatste betreft meer armslag wenst, moet worden overeengekomen dat de goedkeurende instantie om iedere haar moverende reden goedkeuring aan de transactie kan onthouden.
 - h Een partij te wier behoefte een voorbehoud is gemaakt kan afstand hebben gedaan van het recht zich daarop te beroepen, althans de gerechtvaardigde indruk hebben gewekt dat te doen. Een beroep op een voorbehoud is eveneens niet mogelijk als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een species daarvan is het geval van rechtsverwerking, inhoudende dat de afbrekende partij bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat het recht om het voorbehoud in te roepen niet (meer) bestaat. Daartoe kan bijdragen dat de afbrekende partij de wederpartij heeft toegestaan reeds uitvoeringshandelingen te verrichten. Bij ‘subject to board approval’-voorbehouden kan die indruk worden gewekt als de goedkeurende instantie tijdens het gehele onderhandelingsproces op de hoogte is gehouden en niet ingreep. Om dat te voorkomen, kan het nuttig zijn te bedingen dat, ook al zat de goedkeurende instantie bovenop de onderhandelingen, dit er niet aan afdoet dat zij een laatste overalltoets mag aanleggen. Het gekunsteld kweken van afstand tussen onderhandelaar en goedkeurder werkt in de praktijk niet, omdat die betrokkenheid veelal (reeds in een vroeg stadium) is gewenst.
 - i Om het gevaar van het aannemen van afstand van recht of rechtsverwerking ten aanzien van een voorbehoud te beperken, kan het nuttig zijn gedurende het onderhandelingsproces de aandacht van de wederpartij nogmaals te vestigen op het bestaan van het desbetreffende voorbehoud.