

Actualia

contractspraktijk

Pas als hij het zegt!

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

Een goed en strategisch gebruik van voorbehouden kan forse schade voorkomen. Met name goedkeuringsvoorbehouden – ‘er is pas een overeenkomst als X goedkeuring heeft gegeven’ – komen veel voor. Dit kan gelegen zijn in de omstandigheid dat de goedkeuring wettelijk of volgens interne regelingen vereist is, maar kan ook contractueel worden opgenomen omdat de onderhandelaar (interne) rugdekking wenst.

Het goedkeuringsvoorbehoud stond centraal in de procedure tussen v.o.f. Landgoed Hof van Twente (hierna: Landgoed) en de gemeente Hof van Twente (hierna: de gemeente), waarin de Hoge Raad op 26 juni 2015 arrest wees.¹

Landgoed wilde een recreatiepark met 350 vakantiebungalows en een 27 holes tellende golfbaan ontwikkelen. Landgoed sloot met de gemeente een samenwerkingsovereenkomst waarin onder meer de bouw van het park, kwesties over de bewoning en een wijziging van het bestemmingsplan moesten worden geregeld.² Partijen bleken in de uitwerking van het contract verdeeld over de vraag of verkoop van de bungalows aan particulieren (‘uitpenden’) was toegestaan. De gemeente vond van niet, omdat dat het risico van permanente bewoning in de hand zou werken. Permanente bewoning van de vakantiebungalows was niet toegestaan. Verkoop van de bungalows aan een commanditaire vennootschap zou het

risico op permanente bewoning volgens de gemeente verminderen. Het project liep daardoor mis: het gewijzigde bestemmingsplan werd niet onherroepelijk vastgesteld en de gemeente deed een beroep op de ontbindende voorwaarde die in een dergelijk geval beëindiging van de overeenkomst mogelijk maakt. Landgoed was het met de ontbinding niet eens, vond dat de gemeenteraad niet meer terug kon en dat de gemeente op grond van artikel 6:23 Burgerlijk Wetboek (BW) het recht had verspeeld de ontbindende voorwaarde in te roepen. De Hoge Raad kende doorslaggevende betekenis toe aan de contractuele ontbindende voorwaarde en heeft daarnaast een duidelijke regel over de vervulling van een goedkeuringsvoorbehoud geformuleerd.

In deze bijdrage zal ik aan hand van het arrest Gemeente Hof van Twente/Landgoed Hof van Twente voornamelijk het aspect over het goedkeuringsvoorbehoud bespreken.³ De eveneens interessante bespiegelingen over het karakter van de opschortende tegenover de ontbindende voorwaarde laat ik onbesproken.

2. Onderhandelen met een voorbehoud

2.1 Soorten voorbehouden

In diverse overeenkomsten wordt een voorbehoud opgenomen dat er pas een overeenkomst tot stand komt indien een derde zijn goedkeuring of instemming heeft gegeven. Dit kan bijvoorbeeld een voorbehoud zijn van goedkeuring door de algemene vergadering van aandeelhouders (indien namens een bv of een nv wordt onder-

* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737 (Gemeente Hof van Twente/Landgoed Hof van Twente).

2. HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737 (Gemeente Hof van Twente/Landgoed Hof van Twente), r.o. 3.1.

3. Bijzondere dank is verschuldigd aan mr. dr. S.Y.Th. Meijer, dr. mr. J.P. Heering en mr. P. Kuipers voor hun bespiegelingen over dit onderwerp en dit arrest tijdens een door de Academie voor de Rechtspraak georganiseerd rondetafelseminar onder leiding van Wouter Kurpershoek op 7 juli 2015.

handeld), van de (voltallige) directie, van de raad van commissarissen of van de gemeenteraad.⁴

In sommige gevallen lijkt het goedkeuringsvoorbehoud al uit de wet te volgen. Artikel 101 Faillissementswet (Fw), in samenhang met artikel 176 Fw, bepaalt dat de vervreemding door de curator van tot de failliete boedel behorende activa de toestemming van de rechter-commissaris behoeft. Indien de curator een vaststellings-overeenkomst of schikking wenst aan te gaan, heeft hij daarvoor de goedkeuring van de rechter-commissaris nodig, aldus artikel 104 Fw.⁵

Indien een fusie of overname dermate omvangrijk is dat de drempels van artikel 29 Mededingingswet (Mw)⁶ worden overschreden, is in beginsel⁷ sprake van een meldingsplichtige concentratie in de zin van de artikelen 26 e.v. Mw. Artikel 34 Mw verbiedt in dat kader een concentratie – zoals de fusie of overname in de Mededingingswet wordt genoemd – tot stand te brengen voordat het voornemen daartoe aan de Autoriteit Consument en Markt (ACM) is gemeld en vier weken zijn verstreken. De ACM gebruikt die vier weken om te onderzoeken of de concentratie vergunningplichtig is. Aan een dergelijke vergunning kunnen voorwaarden worden verbonden. Indien de ACM concludeert dat de concentratie vergunningplichtig is, is het tot stand brengen van de concentratie zonder vergunning verboden. Daarmee strijdige overeenkomsten zullen op grond van artikel 3:40 BW nietig, althans vernietigbaar, zijn. Hieruit volgt mijns inziens een *de facto* voorbehoud van instemming c.q. vergunningverlening door de ACM.

Artikel 160 lid 1 onder e Gemeentewet (Gemw), in samenhang met artikel 169 lid 4 Gemw, bepaalt dat het college van burgemeester en wethouders (B&W) van een gemeente geen besluit tot het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst mag nemen dan nadat de gemeenteraad in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college van B&W te brengen.

Dit laatste kan als een voorbehoud worden gelezen, maar het staat er niet met zoveel woorden. Datzelfde geldt voor eventueel in statuten van rechtspersonen opgenomen voorbehouden van goedkeuring door de raad van commissarissen of de algemene vergadering van aandeelhouders. Deze statuten zullen voor derden doorgaans niet kenbaar zijn, en in de regel behoort het niet tot de verplichting van een derde de statuten in te

zien om te bezien of rechtshandelingen goedkeuringsplichtig zijn.⁸

2.2 Het doel van het voorbehoud en precontractuele fase

Het doel van het voorbehoud is het voorkomen van het totstandkomingsvertrouwen. Met name zal dit spelen bij opschortende voorwaarden in de zin van artikel 6:22 BW. In geval van een opschortende voorwaarde komt de overeenkomst niet eerder tot stand dan nadat de voorwaarde is vervuld.⁹ Indien de voorwaarde wordt geconstrueerd als ontbindende voorwaarde, leidt het vervuld raken van de voorwaarde tot ontbinding van de tot dan bestaand hebbende overeenkomst. In de regel zal een voorbehoud zijn ingekleed als opschortende voorwaarde, aldus ook Ruygvoorn.¹⁰ In dat geval rusten de stelplicht en bewijslast ten aanzien van het vervuld zijn van de voorwaarde op degene die aan de overeenkomst rechten meent te kunnen ontnemen.¹¹

Het voorkomen van het totstandkomingsvertrouwen vervult met name een rol bij het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Dit leerstuk – ook bekend als de precontractuele goede trouw – speelt een rol sinds het arrest Plas/Valburg.¹² De thans geldende norm is neergelegd in rechtsoverweging 3.6 van het arrest CBB/JPO¹³ en luidt als volgt:

‘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.’

In zijn arrest Vollenhoven/Shell lijkt de Hoge Raad te oordelen dat voor vergoeding van het positieve contractsbelang vereist is dat de wederpartij van de afbreker gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat in ieder geval enigerlei contract uit de onderhandelingen zou

4. Vgl. M. van Hooijdonk & R.P.J.L. Tjittes, Precontractuele aansprakelijkheid bij onderhandelen met een voorbehoud, *Contracteren* 2008/3, p. 55-58; M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 2009, p. 159-164.
5. Daarbij moet worden aangetekend dat het ontbreken van een dergelijke goedkeuring door de curator niet aan zijn contractspartij kan worden tegengeworpen, aldus art. 72 Fw.
6. Art. 29 lid 1 Mw bepaalt: ‘De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op concentraties waarbij de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar meer bedroeg dan € 150.000.000, waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste € 30 000 000 in Nederland is behaald.’
7. Art. 28 Mw bevat een aantal uitzonderingen op het begrip ‘concentratie’ en daarmee ook op de meldingsplicht.

8. Speciale vermelding verdient art. 2:291 lid 2 BW, dat bepaalt dat het aangaan van bepaalde rechtshandelingen door het bestuur van een stichting slechts mogelijk is indien de statuten van de stichting het aangaan van de rechtshandeling mogelijk maken. In dat geval kunnen de statuten de bevoegdheden van het bestuur aan voorwaarden onderhevig maken. Art. 2:6 BW vergt in dat geval wel dat de derde de statuten tot zich neemt.
9. Vgl. Van Hooijdonk & Tjittes 2008, p. 53-55; Ruygvoorn 2009, p. 169.
10. Ruygvoorn 2009, p. 169.
11. HR 7 december 2001, NJ 2002/494 (Probis/De Smedt).
12. HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (Plas/Valburg).
13. HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (CBB/JPO).

resultaten.¹⁴ Het lijkt mij dat deze overweging uitsluitend betrekking heeft op de vraag of het positieve contractbelang moet worden vergoed en niet ook op de vraag of het afbreken van de onderhandelingen gerechtvaardigd is. Daarvoor geldt mijns inziens nog steeds de norm dat afbreken niet is toegestaan als de wederpartij van de afbreker er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de overeenkomst waarover partijen onderhandelden tot stand zou komen.

Het komt, aldus de Hoge Raad, aan op gerechtvaardigd vertrouwen. Door te onderhandelen met een voorbehoud komt het gerechtvaardigd vertrouwen eerst tot stand als het voorbehoud is vervuld.¹⁵

Dit uitgangspunt kan uitzondering lijden indien de partij die bij niet-ervulling van het voorbehoud belang heeft, de vervulling van het voorbehoud heeft belet en de redelijkheid en billijkheid verlangen dat het voorbehoud desalniettemin als vervuld geldt, aldus artikel 6:23 lid 1 BW. Een voorbeeld hiervan vormt het volgende geval. De koper van een woning die een financieringsvoorbehoud¹⁶ heeft bedongen, zal geen beroep op het financieringsvoorbehoud kunnen doen indien hij zich niet de inspanningen heeft getroost om de financiering te verkrijgen.¹⁷

Uit artikel 6:23 lid 1 BW lijkt bovendien te volgen dat indien het voorbehoud inhoudt dat een derde goedkeuring moet verlenen, deze derde niet te lang mag talmen. Indien deze derde – bijvoorbeeld de aandeelhoudersvergadering of de raad van commissarissen – gedurende de onderhandelingen op de hoogte is gesteld van het wel en wee van de gesprekken en dan al zijn bedenkingen heeft, moet hij op dat moment zijn bedenkingen uiten en ingrijpen en mag hij niet tot het einde van de rit wachten.¹⁸ Interessant in dit kader is het arrest Gemeente Almere/Weernekens,¹⁹ waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand liet dat het college van B&W van de gemeente Almere geen beroep meer toekwam op het contractuele voorbehoud met Weernekens, inhoudende dat pas een overeenkomst tot stand zou komen indien het college van B&W zou instemmen. Het hof oordeelde dat de beurt voor het college van B&W voorbij was. Daartoe waren de volgende omstandigheden redengevend, aldus de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.4.5 van het arrest Gemeente Almere/Weernekens:

‘Volgens rov. 32 acht het hof de volgende omstandigheden bij de beantwoording van die vraag van belang.

14. HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855, JOR 2008/145 (Volenhoven/Shell), r.o. 3.4. Mogelijk anders: Ruygvoorn 2009, p. 109.

15. Vgl. Ruygvoorn 2009, p. 164-166; Van Hooijdonk & Tijtjes 2008, p. 54; HR 24 november 1995, NJ 1996/162 (Van Engen/Mirror Group).

16. Doorgaans vormgegeven als ontbindende voorwaarde, inhoudende dat de koper het recht heeft de koopovereenkomst te ontbinden indien hij niet binnen een bepaalde termijn een financiering voor de koop van de woning heeft kunnen verkrijgen.

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

18. Ervan uitgaande dat het voorbehoud niet zodanig is vormgegeven dat deze derde, ongeacht zijn eventuele eerdere betrokkenheid in de onderhandelingen, te allen tijde het laatste woord heeft. Vgl. Ruygvoorn 2009, p. 218-266 en 238.

19. HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1748, NJ 2012/471 (Gemeente Almere/Weernekens).

- Toen partijen in oktober 2009 overeenstemming bereikten over de tekst van de intentieovereenkomst, hadden zij, beiden bijgestaan door een advocaat, gedurende ruim twee jaar over de tekst onderhandeld.
- De overeenstemming werd bereikt nadat de Gemeente door de voorzieningenrechter was veroordeeld om door te onderhandelen en nadat in appel een pleidooi had plaatsgevonden. Bij gelegenheid van dat pleidooi is gebleken dat B&W besloten hadden tot het voeren van de (appel)procedure en dat de Gemeente rechtsgeldig vertegenwoordigd werd. Er dient dan ook van uitgegaan te worden dat B&W op de hoogte waren van hetgeen in de procedure tot aan het pleidooi was gebleken over de onderhandelingen betreffende de intentieovereenkomst tot aan het moment van het pleidooi.
- Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep is afgesproken dat partijen zouden dooronderhandelen over de intentieovereenkomst. In dat kader is namens de Gemeente meegedeeld dat het standpunt van B&W zou worden gevraagd over het onderhandelingsresultaat.
- Weernekens c.s. zijn de Gemeente tegemoetgekomen op de twee resterende geschilpunten ten tijde van het opschorten van de onderhandelingen door in te stemmen met de door de Gemeente voorgestelde tekst van artikel 7.1 van de intentieovereenkomst en de definitie van het begrip b.v.o. Daarnaast hebben partijen overeenstemming bereikt over het programma van eisen betreffende de tijdelijke supermarkt.
- De voorwaarden die B&W verbonden hebben aan goedkeuring van de intentieovereenkomst – het vastleggen van een datum van opening van de definitieve supermarkt, versterkt met een boetebeding en het opnemen van een bepaling die gelijktijdige exploitatie van de tijdelijke en de definitieve supermarkt verbodt, ook als de supermarkten niet door dezelfde partijen worden geëxploiteerd – houden verband met de zorg van B&W dat Weernekens c.s. niet zullen meewerken aan de spoedige ontwikkeling van het project Mix to the Max, en het openen van de definitieve supermarkt, maar zich vooral zullen richten op de exploitatie van de tijdelijke supermarkt.’

Kortom, onderhandelen met een voorbehoud is voor de partij ten gunste waarvan het voorbehoud is geschreven, geen loterij zonder nieten. Partijen doen er dan ook goed aan het voorbehoud in extenso te omschrijven, alsmede de gronden waaronder het als vervuld geldt en de gevolgen van niet-ervulling.²⁰

20. In gelijke zin: M.R. Ruygvoorn, Contracteren onder voorbehoud: het blijft lastig!, MvV 2010/6, p. 172.

3. Hof van Twente: toedoen van het voorbehouden orgaan vereist

Het arrest Gemeente Almere/Weernekers liet de vraag open of het vertrouwen dat het voorbehoud is vervuld, door toedoen van het voorbehouden orgaan moet zijn gewekt, of dat feiten en omstandigheden die voor rekening van het voorbehouden orgaan komen ('toerekening') al voldoende zijn. Tegen de achtergrond van bijvoorbeeld de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid is deze vraag interessant. In het kader van artikel 3:61 lid 2 BW heeft een verschuiving plaatsgevonden van toedoen naar toerekening en kunnen ook omstandigheden die zich na het verrichten van de rechtshandeling hebben voorgedaan, bijdragen aan de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid.²¹

Zoals in de inleiding al is geschetst, ging het geschil tussen de gemeente en Landgoed over de samenwerkingsovereenkomst tussen partijen. Deze overeenkomst bevatte een opschortende voorwaarde, die inhield dat de overeenkomst pas tot stand komt indien de gemeenteraad in principe instemt met de komst van het bungalowpark. Daarnaast bevatte de overeenkomst een bepaling die inhield dat de overeenkomst mocht worden ontbonden of gewijzigd indien het bestemmingsplan niet door de gemeenteraad wordt vastgesteld of niet onherroepelijk wordt.

Nadat de gemeenteraad op 27 november 2005 in principe instemde met de komst van het bungalowpark, zette de door het college van B&W ingestelde stuurgroep zich aan het concipiëren van onder meer de realisatieovereenkomst die de samenwerkingsovereenkomst zou vervangen. De conceptrealisatieovereenkomst van 17 oktober 2008 bevatte een uitpandingsverbod. Landgoed gaf in de bespreking d.d. 3 november 2008 over dit concept aan dit uitpandingsverbod niet te accepteren. Na onderhandelingen tussen partijen werd het uitpandingsverbod wat afgezwakt en werd opgenomen dat permanente bewoning niet was toegestaan.

Ook het conceptbestemmingsplan van 6 februari 2009 bevatte niet een uitpandingsverbod, maar 'slechts' een verbod tot permanente bewoning en de verplichting voor de exploitant van het bungalowpark om het bungalowpark bedrijfsmatig te exploiteren. Dit standpunt is nadien herhaald in de namens de gemeente opgestelde inrichtings- en beheersovereenkomst van 7 juli 2009 en in de nota van zienswijzen van 13 juli 2009, alsmede in de aangepaste conceptrealisatieovereenkomst van 9 november 2009.

Echter, de gemeenteraad – in dezen aangevoerd door de CDA-fractie – bleef moeite houden met het gebrek aan *safeguards* om permanente bewoning tegen te gaan. In de raadsvergadering van 1 september 2009 meende het

CDA dat de permanente bewoning een zwaar punt was. Op 24 november 2009 zou wederom over het bestemmingsplan worden vergaderd. Vooruitlopend op de raadsvergadering van 24 november 2009 heeft Landgoed op aandringen van de gemeentesecretaris van de gemeente de realisatieovereenkomst ondertekend. Tijdens de raadsvergadering barstte de bom: het CDA gaf aan dat er een uitpandingsverbod in het bestemmingsplan moest komen en het daartoe geformuleerde amendement werd met algemene stemmen aangenomen door de gemeenteraad.

Het college van B&W moest toen snel schakelen en stelde aan de op de raadsvergadering aanwezige vertegenwoordigers van Landgoed een wijziging van de realisatieovereenkomst voor, te weten: opname van een uitpandingsverbod. De vertegenwoordigers van Landgoed gaven aan niet akkoord te kunnen gaan. Op 14 december 2009 volgde een aansprakelijkstelling van Landgoed aan de gemeente, die (uiteindelijk) werd gevolgd tot de procedure.²²

Het hof oordeelde dat het de gemeenteraad niet vrijstond op het allerlaatste moment nog een amendement voor te stellen, mede doordat door het college van B&W en de door het college van B&W ingestelde stuurgroep de indruk was gewekt dat alles in kunnen en kruiken was. Het beroep van Landgoed op artikel 6:23 lid 1 BW werd door het hof gehonoreerd.²³

In cassatie zet de Hoge Raad het kader van het onderhandelen met een voorbehoud krachtig neer in rechtsoverweging 3.7.2:

'In het stelsel van de Gemeentewet komt groot gewicht toe aan de bevoegdheidsverdeling tussen het college van B&W en de gemeenteraad. De raad heeft een autonome positie, en grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van een gemeente zonder instemming van de raad in gevallen waar de raad een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt. Dat geldt ook in gevallen waarin die formele positie wordt ontleend aan een contractueel voorbehoud van instemming, zoals in het onderhavige geval het in art. 2 lid 2 en art. 15 lid 2 van de samenwerkingsovereenkomst opgenomen voorbehoud van goedkeuring van de realisatieovereenkomst door de raad. De zelfstandige beslissingsvrijheid van de raad brengt mee dat een wederpartij niet erop mag vertrouwen dat handelingen van het college de instemming van de raad hebben indien dat vertrouwen niet mede wordt ontleend aan toedoen van de raad zelf.'

Deze rechtsoverweging bevat twee principiële oordelen:

1. Indien de wet aan een bepaald orgaan een autonome positie toekent, moet grote terughoudendheid worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van de rechtspersoon waartoe dat orgaan behoort indien

21. Vgl. HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK7671, NJ 2010/115 (ING/Bera) en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1119, NJ 2015/221 (Hamers/Dronten).

22. HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737 (Gemeente Hof van Twente/Landgoed Hof van Twente), r.o. 3.1.

23. HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737 (Gemeente Hof van Twente/Landgoed Hof van Twente), r.o. 3.3.2 en 3.7.3.

het orgaan niet heeft ingestemd, waar het wettelijk een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt.

2. Indien een contractueel voorbehoud van instemming door een derde is opgenomen, mag de wederpartij er pas op vertrouwen dat het handelen van de contractspartner de instemming van deze derde heeft als dat vertrouwen wordt ontleend aan toedoen door deze derde.

Hoewel dit arrest gaat over de positie van de gemeenteraad binnen de (publiekrechtelijke rechtspersoon) gemeente, is de strekking naar mijn mening breder. Ik zou menen dat in alle gevallen waarin de wet aan een derde een autonome positie toekent – denk hierbij aan de concentratie van de artikelen 26 e.v. Mw – uitsluitend door toedoen van deze derde het totstandkomingsvertrouwen kan worden gewekt. Daarvoor is in dergelijke gevallen geen contractueel voorbehoud vereist.

Een contractueel voorbehoud brengt echter met zich dat ook in dergelijke gevallen de contractspartner pas is gebonden indien het totstandkomingsvertrouwen door toedoen van de derde ten aanzien van wie het voorbehoud is geschreven, is gewekt. Dit maakt het voorbehoud tot een machtig middel, met name indien de derde die zijn goedkeuring moet geven niet bij de onderhandelingen wordt betrokken.

Is dit wel het geval, dan zal van een gewekt vertrouwen eerder sprake kunnen zijn, zoals het eerder besproken arrest Gemeente Almere/Weernekers aantoont. Een ander goed voorbeeld van een dergelijk gewekt vertrouwen is overigens door het Gerechtshof Arnhem gegeven in zijn arrest in de procedure ATP/PSL.²⁴ In die procedure speelde de omstandigheid dat bij een overname van een onderneming werd onderhandeld onder voorbehoud van goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering van de koper (ATP). De onderhandelaar van ATP bereikte een onderhandelingsresultaat dat ter goedkeuring aan de aandeelhoudersvergadering werd voorgelegd. Die weigerde echter goedkeuring. Het merkwaardige in dezen was dat de onderhandelaar de indirect bestuurder van de meerderheidsaandeelhouder van ATP was en dat het handelen van de onderhandelaar kan worden gezien als ‘toedoen’ (om met de Hoge Raad te spreken) van de aandeelhoudersvergadering. Dit vormde voor het hof reden om het beroep van ATP op het ontbreken van de goedkeuring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten.

Naar mijn mening mag het toedoenvereiste niet worden onderschat. Totdat het ‘ja’ van degene die goedkeuring moet verlenen is gegeven, althans door zijn toedoen op een ‘ja’ mag worden vertrouwd, is er niets en kan de partij ten gunste waarvan het voorbehoud is geschreven, niet worden gebonden.

4. Afronding

Als een derde goedkeuring moet geven voordat een overeenkomst (definitief) tot stand komt, is pas sprake van contractsbinding als door toedoen van de derde gerechtvaardigd vertrouwen van goedkeuring is gegeven. Dit goedkeuringsvereiste kan uit de wet volgen, maar kan ook contractueel worden vastgelegd.

Bijvoorbeeld in geval van bevoegdhedenovereenkomsten is de ondertekening door het college van B&W niet alleszeggend. Een bevoegdhedenovereenkomst is een privaatrechtelijke overeenkomst tussen een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersoon, waarin afspraken worden gemaakt over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Een voorbeeld vormt de overeenkomst waarin de gemeente toezegt een bestemmingsplan te wijzigen om een bepaald project te faciliteren. De vaststelling van het bestemmingsplan is het (bestuursrechtelijke) domein van de gemeenteraad. Gelet op het arrest in de procedure Gemeente Hof van Twente/Landgoed Hof van Twente komt het mij voor dat indien de privaatrechtelijke overeenkomst mede tot doel heeft te contracteren dat het bestemmingsplan wordt gewijzigd, de instemming van de gemeenteraad (ook zonder goedkeuringsvoorbehoud) vereist is.²⁵

De vereiste goedkeuring door een derde staat niet altijd even duidelijk in de wet. Bovendien ontbreekt nog wel eens – met name in de Faillissementswet – de sanctie van handelen zonder goedkeuring. Het verdient dan ook de voorkeur dat voorbehouden expliciet contractueel worden vastgelegd, waarbij de scope, inroepbaarheid en gevolgen uitdrukkelijk worden benoemd. Daarbij kan het geen kwaad dat aan de derde van wie de goedkeuring moet komen, het recht wordt gegeven te allen tijde het laatste oordeel te geven, ook indien deze derde eerder al bij de onderhandelingen is betrokken.

Voor partijen die met een voorbehoud worden geconfronteerd, geldt dat zij tot de vervulling van het voorbehoud de te maken kosten zo veel mogelijk moeten drukken. Als de goedkeuring uitblijft, komt een overeenkomst immers niet tot stand en zijn de kosten in de regel voor eigen rekening.

24. Hof Arnhem 26 augustus 2003, JOR 2003/250 (ATP/PSL).

25. Vgl. over bevoegdhedenovereenkomsten: A.A. van Rossum, Van contract naar contract, Den Haag: VNG 2003, p. 32-34.