

Afbreken van onderhandelingen na HR 12 augustus 2005

Inleiding

Terwijl ons verbintenissenrecht uitgaat uit van de vrijheid van partijen om al dan niet met elkaar te contracteren, heeft de Hoge Raad in een aantal belangwekkende arresten uitge maakt dat onder omstandigheden het afbreken van contractsonderhandelingen desalniettemin kan resulteren in schadeplichtigheid van de afbrekende partij. Het arrest Centraal Bureau Bouwtoezicht B.V./JPO Projecten B.V. (hierna: CBB/JPO)¹ vormt vooralsnog het sluitstuk van deze jurisprudentie.

Achtergrond

Sinds het Baris/Riezenkamp-arrest uit 1957² geldt het beginsel dat indien partijen over de totstandkoming van een overeenkomst onderhandelen, dit rechtens betekent dat deze partijen in een bijzondere rechtsverhouding tot elkaar komen te staan, waarbij ze hun gedrag mede moeten laten bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen.

Het Plas/Valburg-arrest uit 1982³ geeft als algemene vuistregel dat er sprake is van onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen indien partijen over en weer mochten vertrouwen dat in ieder geval enigerlei contract uit de onderhandelingen tot stand zou komen. De Hoge Raad stelt in dit arrest vast dat het onrechtmatig afbreken van onderhandelingen tot een schadevergoedingsplicht kan leiden.

De hoogte van deze eventuele schadevergoeding is mede afhankelijk van de fase waarin zich de onderhandelingen op het moment van afbreken bevinden. Gewoonlijk worden daartoe drie fasen onderscheiden:

1. de eerste fase, waarin het partijen vrijstaat om zich terug te trekken uit de onderhandelingen;
2. de tweede fase, waarin het 'negatieve contractsbelang', de schade die de benadeelde partij heeft geleden doordat zij de onderhandelingen heeft gevoerd (bijvoorbeeld kosten van een due diligence onderzoek), dient te worden vergoed door de afbrekende partij; en
3. de derde fase, waarin het 'positieve contractsbelang' door de afbrekende partij dient te worden vergoed: de benadeelde partij wordt in dezelfde financiële positie gebracht als die waarin zij zou zijn geweest wanneer de overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, inclusief vergoeding van gederfde winst.

Kort na Plas/Valburg heeft de wetgever voorgesteld de ontwikkelingen tot dan toe vast te leggen in een nieuw artikel in titel 6.5 van het Burgerlijk Wetboek (BW), dat als volgt zou komen te luiden:

1. HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO).
2. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).
3. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg).

'Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met de overige omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.'

Dit wetsvoorstel is echter gesneuveld omdat de Tweede Kamer vreesde dat invoering van dit artikel de rechtsontwikkeling op dit punt – die in haar optiek kennelijk nog onvoldragen was – zou kunnen frustreren.

De tekst van het voorgestelde artikel werd desalniettemin al betrekkelijk snel geldend recht nadat de Hoge Raad het VHS/Shell-arrest wees in 1987.⁴ In dit arrest bevestigde de Hoge Raad dat een partij kan worden veroordeeld tot vergoeding van de schade ter zake van het feit dat geen overeenkomst tot stand is gekomen (het positieve contractsbelang). In Vogelaar/Skil uit 1991⁵ geeft de Hoge Raad de mogelijkheid om in een eerder stadium aan te nemen dat het partijen niet meer vrijstaat de onderhandelingen af te breken, namelijk op het moment dat het voorbereiden van een overeenkomst wordt gestaakt.

De Ruitertij/MBO uit 1996⁶ nuanceert de tot dan toe gewezen jurisprudentie enigszins. In dit arrest overweegt de Hoge Raad dat ingeval bij de wederpartij van degene die de onderhandelingen over een te sluiten overeenkomst afbreekt, het gerechtvaardigde vertrouwen bestond dat die overeenkomst tot stand zou komen, dit niet onder alle omstandigheden behoeft te leiden tot de slotsom dat het afbreken onaanvaardbaar is. Er dient ook 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.

Centraal Bureau Bouwtoezicht B.V./JPO Projecten B.V.

Feiten

CBB en JPO spraken sinds mei 1999 over de ontwikkeling van een kantoorgebouw voor CBB in Arnhem, waarbij JPO een stuk grond zou aankopen van de gemeente Arnhem en vervolgens zou doorleveren aan CBB. In de besprekingen die JPO daartoe met de gemeente Arnhem voert, komen onder meer de grondprijs, het beschikbare vloeroppervlak en het bestemmingsplan aan de orde. Het op dat moment geldende bestemmingsplan voorzag niet in de mogelijkheid

4. HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell).
5. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil).
6. HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruitertij/MBO).

om kantoorruimte te ontwikkelen op de beoogde locatie. In een eerste door CBB opgestelde concept-overeenkomst was een honorarium voor JPO van in beginsel NLG 300.000 opgenomen.

De gemeente is in eerste instantie uitgegaan van een grondprijs van NLG 440 per m² en een maximaal bruto vloeroppervlak van 6.600 m². JPO heeft de gemeente in september 1999 laten weten dat CBB akkoord ging met de grondprijs, maar dat nog onduidelijkheid bestond over het aantal m² bruto-vloeroppervlak. Vervolgens heeft de gemeente JPO in oktober 1999 een concept-voorstel tot verkoop van circa 6.500 m² grond gezonden. Een maand later heeft de gemeente aan JPO meegedeeld dat het proces van de wijziging van het bestemmingsplan voorlopig was stilgelegd.

Wegens het uitblijven van een definitieve grondaanbieding door de gemeente wendt CBB zich in maart 2000 rechtstreeks tot B&W van Arnhem om uitsluitel te krijgen omtrent de status van de grondtransactie. JPO laat CBB daarop weten dat dit rechtstreekse contact tussen de gemeente en CBB de onderhandelingen tussen JPO en de gemeente nadelig heeft beïnvloed. CBB verzoekt JPO vervolgens om vóór 1 april 2000 aan te geven of en wanneer levering van de grond kan plaatsvinden. In een daaropvolgende brief aan JPO geeft CBB aan dat zij zich genoodzaakt ziet het eventuele honorarium van JPO te verlagen naar NLG 75.000 in verband met de vertraging en de verhoging van de totale kosten als gevolg daarvan. Ook geeft CBB JPO in deze brief te kennen te verwachten dat JPO vóór 1 april 2000 aangeeft of de door CBB beoogde ontwikkeling doorgang kan vinden, zo niet, dan zal CBB zelf voor passende kantoorruimte zorgen. In reactie op deze brief geeft JPO aan dat het overleg met de gemeente is afgerond, dat de gemeente aan JPO een toezegging heeft gedaan dat zij op korte termijn de definitieve grondaanbieding tegemoet kan zien, en dat zij zich verzet tegen de aangekondigde herziening van het honorarium. Op dezelfde dag geeft CBB aan JPO te kennen samenwerking niet langer op prijs te stellen. Kort daarna koopt CBB zelf een stuk bouwgrond van de gemeente Arnhem.

Vordering

CBB vordert in conventie schadevergoeding van JPO, op grond van beweerdelijk onrechtmatig handelen van JPO, gebaseerd op het feit dat JPO haar lang heeft laten wachten op onderhandelingen met de gemeente, die op voorhand gedoemd waren te mislukken, onder meer omdat JPO CBB onjuist zou hebben geïnformeerd over een aantal zaken. JPO vordert in reconventie primair dat voor recht zal worden verklaard dat tussen haar en CBB een overeenkomst bestaat, en vordert tevens nakoming van die overeenkomst, subsidiair een verklaring voor recht dat CBB jegens JPO onrechtmatig heeft gehandeld door de zich in de eindfase bevindende onderhandelingen af te breken, terwijl bij JPO de gerechtvaardigde verwachting bestond dat partijen overeenstemming zouden bereiken, alsmede veroordeling van CBB tot schadevergoeding. Zowel de Rechtbank Arnhem

als het Gerechtshof Arnhem wijst de vorderingen van CBB af. Beide instanties oordelen het handelen van CBB als onrechtmatig en veroordelen haar niet alleen tot schadevergoeding, maar tevens tot vergoeding van het positief belang.

Gerechtshof

Het gerechtshof stelt dat van JPO mocht worden verwacht dat zij adequaat zou reageren op het verzoek om duidelijkheid in maart 2000. Dat JPO dit niet heeft gedaan, betekent niet dat het CBB vrijstond om de onderhandelingen af te breken. De voorwaarden van de te verwachten grondaanbieding waren zó concreet, dat CBB rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat een definitieve grondaanbieding er nu eindelijk zou komen. CBB had daarom haar verzoek om verduidelijking nog eens moeten herhalen of meer geduld moeten betrachten. Het hof oordeelt dat het afbreken van de onderhandelingen niet werd gerechtvaardigd door de discussies tussen partijen omtrent het honorarium en de overige voorwaarden voor samenwerking, omdat CBB – gelet op het lange traject dat partijen daarvoor met elkaar waren gegaan – niet reeds in maart 2000 de conclusie mocht trekken dat overeenstemming over deze punten onbereikbaar was. Derhalve is het afbreken van de onderhandelingen door CBB onrechtmatig, maar de inadequate reactie van JPO op het verzoek om verduidelijking is een aan haar toe te rekenen omstandigheid die heeft bijgedragen aan de escalatie in de verhouding tussen partijen, zodat de schade ingevolge artikel 6:101 BW slechts voor de helft door CBB hoeft te worden vergoed.

Hoge Raad

CBB komt in cassatie alleen op tegen het oordeel omtrent de vordering van JPO tot schadevergoeding wegens afgebroken onderhandelingen. Het hof zou hebben miskend dat CBB pas tot schadevergoeding verplicht is indien het afbreken *onaanvaardbaar* was, en dat vergoeding van het positief contractsbelang alleen aan de orde is indien door CBB bij JPO het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen. Daarnaast zou het hof zijn oordeel niet of ontoereikend hebben gemotiveerd.

De Hoge Raad stelt 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.

De Hoge Raad oordeelt, anders dan de procureur-generaal in diens advies, dat het hof zijn oordeel niet goed heeft gemotiveerd. Het hof had te oordelen over de vordering van JPO die strekte tot vergoeding van schade ter zake van het feit dat tussen partijen geen overeenkomst tot stand was gekomen (vergoeding van het positief contractsbelang). De bestreden overwegingen van het hof maken er geen melding van dat het hof bij zijn beoordeling van deze vordering en de daaraan ten grondslag gelegde stellingen de hiervoor genoemde – strenge en tot terughoudendheid nopende – maatstaf heeft aangelegd, hetgeen de Hoge Raad het hof aanrekent. De vraag is of het hof wel heeft onderzocht of het afbreken onaanvaardbaar was en of sprake was van gerechtvaardigd vertrouwen. Zo het hof dit al mocht hebben gedaan, dan geldt in ieder geval dat zijn oordeel ontoereikend is gemotiveerd. Het hof heeft weliswaar geoordeeld dat CBB de onderhandelingen niet mocht afbreken omdat zij niet mocht aannemen dat overeenstemming met JPO niet meer op korte termijn te verachten was, maar daarmee is nog niet duidelijk waarom het afbreken onaanvaardbaar was. Het is volgens de Hoge Raad verder niet duidelijk waarom bij JPO sprake zou zijn van gerechtvaardigd vertrouwen op de totstandkoming van het gestelde contract bij voortzetting van de onderhandelingen, zodat (voldoende) basis voor toewijzing van het positief contractsbelang ontbreekt.

Het Gerechtshof Den Bosch zal na verwijzing alsnog moeten oordelen omtrent de vraag of met toepassing van de door de Hoge Raad gestelde ‘strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf’ tot aansprakelijkheid van CBB kan worden gekomen.

Bespreking

Na CBB/JPO lijkt het erop dat er thans nog slechts twee verschillende stadia zijn te onderscheiden: óf het staat de afbrekende partij vrij de onderhandelingen af te breken, óf de afbrekende partij is aansprakelijk voor alle schade (zowel het negatief als het positief contractsbelang). Daarbij geldt dat als er sprake is van schadeplichtigheid, een aantal factoren een rol speelt bij de bepaling van de omvang van die schadeplichtigheid, zoals de eigen schuld van de gedupeerde partij, de mate van verantwoordelijkheid van de afbrekende partij voor het ontstane gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij dat de overeenkomst tot stand zou komen, en de verplichting tot beperking van schade.⁷ Hierbij valt op te merken dat het overigens ook zo kan zijn dat de Hoge Raad helemaal niet is toegekomen aan de vergoeding van eventueel negatief contractsbelang, aangezien de zaak waarover de Hoge Raad een oordeel moest geven, alleen handelde over het positieve contractsbelang.⁸

7. Zie bijv. C.E. Drion, *Ons onderhandelingsrecht onder handen*, NJB 2005, p. 1781 en C.R. Christiaans, *Aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen: van drie naar twee fasen*, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005, p. 195.

8. Zie bijv. J. van den Brande, *De vrijheid om onderhandelingen af te breken*, *Onderneming & Financiering* 2005, 69, p. 7.

Voorheen waren twee ‘omslagpunten’ te onderscheiden:

1. het moment waarop partijen de tweede fase bereiken, waarin het partijen niet meer vrijstaat de onderhandelingen af te breken en de afbrekende partij aan de benadeelde partij het negatieve contractsbelang dient te vergoeden; en
2. het moment waarop partijen de derde fase bereiken, waarin het partijen niet alleen niet meer vrijstaat de onderhandelingen af te breken, maar waarin de afbrekende partij, naast het negatieve contractsbelang, ook het positieve contractsbelang aan de benadeelde partij dient te vergoeden.

Nu er nog slechts twee fasen lijken te bestaan, is er dus nog maar één omslagpunt te onderscheiden. Interessant is dan de vraag of dit omslagpunt ten opzichte van het ‘oude’ omslagpunt, waarbij partijen de derde fase bereiken, is verschoven. Zo zou het kunnen zijn dat het stadium waarin alle schade dient te worden vergoed door de afbrekende partij, eerder wordt bereikt dan voorheen, omdat een ‘tussenfase’, waarin slechts het negatieve contractsbelang dient te worden vergoed, ontbreekt. In CBB/JPO karakteriseert de Hoge Raad zijn eigen maatstaf echter (voor het eerst) als een ‘strenge en tot terughoudendheid nopende’ maatstaf: de vrijheid om onderhandelingen af te breken is de hoofdregel. Hieruit zou men kunnen concluderen dat de balans niet te snel mag doorslaan ten gunste van de benadeelde partij. Het lijkt dan ook waarschijnlijker dat het omslagmoment thans later wordt bereikt dan het moment waarop de ‘oude’ derde fase werd bereikt. Dit zou betekenen dat het partijen aanzienlijk langer vrijstaat de onderhandelingen af te breken.

Een aantal schrijvers vestigt de aandacht op het feit dat de Hoge Raad in CBB/JPO aanknoopt bij een gerechtvaardigd vertrouwen dat *de* overeenkomst totstandkomt. In eerdere arresten hanteerde de Hoge Raad het minder bepaalde *een*, *enigerlei* of *enige* overeenkomst. Men verschilt echter van mening over de vraag naar de gevolgen daarvan. De woordkeuze zou kunnen leiden tot een hogere drempel: het gerechtvaardigd vertrouwen dat *de* overeenkomst totstandkomt, is een voorwaarde voor het vorderen van positief contractsbelang. Dit onderschrijft de gedachte dat het moment waarop ook het positieve contractsbelang dient te worden vergoed, later in de tijd zal plaatsvinden ten opzichte van het moment waarop de ‘oude’ derde fase werd bereikt. Het is immers niet goed denkbaar dat de contouren van *de* overeenkomst al meteen in het begin van de onderhandeling zichtbaar zijn: dat zal meestal eerst het geval zijn in het eindstadium van de onderhandelingen.

Conclusie

Over de betekenis en de gevolgen van CBB/JPO zal het laatste woord nog niet zijn gesproken. Wel is duidelijk dat de Hoge Raad in CBB/JPO heeft bevestigd dat hij veel waarde hecht aan de vrijheid om de onderhandelingen af te breken en dat dat afbreken ‘onaanvaardbaar’ dient te zijn, wil er sprake zijn van schadeplichtigheid.

Ofschoon er gelet op CBB/JPO aanleiding is te veronderstellen dat precontractuele gebondenheid minder snel zal worden aangenomen dan voorheen, blijft de aangewezen weg om iedere ambivalentie op dit punt weg te nemen het maken van duidelijke afspraken met betrekking tot de aan het afbreken van onderhandelingen te verbinden gevolgen.

*Mr. L. Schuurman
Loyens & Loeff*

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker