

Wederom afgebroken onderhandelingen

(HR 3 februari 2006, C04/274HR)

In onze vorige rubriek (*Contracteren* 2005, nr. 4) besteedden wij aandacht aan het arrest van de Hoge Raad van 12 augustus 2005, waarin de Hoge Raad zijn eerdere arresten over het onderwerp afgebroken onderhandelingen ordende en – zo wij menen – de norm waaraan getoetst wordt bij de vraag of het afbreken van onderhandelingen geoorloofd is, (licht) aanscherpte (HR 12 augustus 2005, RvdW 2005, 93).

In het te bespreken arrest van 3 februari jl. gaat het om het volgende. In 1998 hebben onderhandelingen plaatsgevonden over de overname van goodwill en personeel van de onderneming Bouwkompass tussen eiseres tot cassatie, Budé Holding Meerssen Maastricht B.V. als koper, en verweerster in cassatie, Geju Beheer B.V., als verkoper/eigenaar van Bouwkompass. De onderhandelingen hadden ook betrekking op het afsluiten van een overeenkomst tot verhuur van het bedrijfspand aan Budé. Budé haakt af. Geju vordert in de procedure:

- a. *primair* een verklaring voor recht dat tussen Geju en Budé een overeenkomst bestaat, met veroordeling van Budé tot nakoming van deze overeenkomst, onder verbeurte van een dwangsom;
- b. *subsidiar*, voor het geval nog geen overeenkomst tot stand is gekomen, Budé te gelasten de onderhandelingen te hervatten, met bepaling dat het haar niet vrijstaat terug te komen op die onderdelen van de overeenkomst waarover al overeenstemming is bereikt, omdat het afbreken van die onderhandelingen in strijd zou zijn met de precontractuele goede trouw dan wel de redelijkheid en billijkheid, en veroordeling van Budé tot schadeloosstelling, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet; en
- c. *meer subsidiar* Budé te veroordelen tot schadeloosstelling, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, wegens onrechtmatig handelen als vorenbedoeld, een en ander vermeerderd met rente en kosten.

De rechtbank wijst alle vorderingen af. Het hof wijst de primaire en de secundaire vordering af, maar de meer subsidiaire vordering tot veroordeling tot schadeloosstelling toe. Zoals wij eerder opmerkten (in onze vorige rubriek), is een toewijzing van schadeloosstelling gebaseerd op het afbreken van onderhandelingen in de Nederlandse rechtspraak zeer zelden voorgekomen. Het arrest loopt echter voor de koper (Budé) met een ‘sisser’ af, omdat de Hoge Raad oordeelt dat het hof een beperking in de grieven had moeten lezen en daarin niet had kunnen lezen dat de vordering in appèl zich ook uitstreckte tot de afwijzing door de rechtbank van de meer subsidiaire vordering. De vordering tot schadeloosstelling werd alsnog afgewezen, maar op procestechnische gronden. Waarom dan toch bespreking van dit arrest in deze rubriek?

Wij vonden de opmerking van A-G Timmerman in zijn conclusie voor het arrest het vermelden waard. In cassatie werd onder meer over het door het hof gehanteerde criterium voor ongeoorloofd c.q. schadeplichtig afbreken van onderhandelingen geklaagd. De koper betoogde dat het hof in zijn oordeel spreekt over het afbreken van de onderhandelingen ‘in strijd met de goede trouw’, terwijl als maatstaf diende te worden gehanteerd of dit ‘onaanvaardbaar’ is. De A-G bespreekt de gehele rechtspraak van de Hoge Raad inzake afgebroken onderhandelingen, en belicht in die context vervolgens een ander – nauw verwant – thema. Hij stelt de vraag of er zoiets bestaat als een bijzonder contractenrecht voor ondernemers, zoals eerder door Tjittes is bepleit (zie bijvoorbeeld het artikel van Tjittes in dit blad: ‘Enige opmerkingen over de beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid in het ondernemerscontractenrecht’, *Contracteren*, 2001, p. 31 e.v.). De A-G vat de diverse betogen van Tjittes als volgt samen. Tjittes acht de (contracts)vrijheid in het handelsverkeer van groot belang: tussen ondernemers bestaan veelal gelijke machtsposities, hetgeen betekent dat een ongelijkheidscompensatie overbodig is. In juridisch opzicht dient men er vooral voor te waken dat zich ongeoorloofd gedrag tussen ondernemers voordoet. Als ongeoorloofd gedrag merkt Tjittes aan: economische bedreiging, bedrog en ongeoorloofde mededinging. Ondernemers hebben behoefte aan een duidelijke risicoverdeling die zich dient te vertalen in het contractenrecht. Het – praktische – belang van de redelijkheid en billijkheid (o.a. toetsing van bedingen hieraan) dient zijns inziens geringer te zijn dan in het normale contractenrecht. Tjittes meent dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het commerciële contractenrecht terughoudend dient te worden toegepast: de Hoge Raad dient de ingeslagen weg ook te bewandelen door bijvoorbeeld de aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen meer expliciet terughoudend te benaderen. De A-G ‘lijkt’ deze benadering aan de rechtsoverweging van de Hoge Raad uit het bovengenoemde arrest van 12 augustus 2005 te willen koppelen. De A-G memoreert de kernoverweging uit dat arrest en benadrukt dat de Hoge Raad deze maatstaf in het vervolg van zijn arrest als een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf (rov. 3.7, tweede alinea) aanmerkt. Vervolgens legt de A-G deze maatstaf naast de overwegingen van het hof in de onderhavige zaak. Het hof had het volgende aan zijn toewijzing van de meer subsidiaire vordering tot schadeloosstelling ten grondslag gelegd: ‘Aan Geju werd in het tussenarrest te bewijzen opgedragen of op 21 juni 1998, of op enig ander tijdstip voor 7 oktober, tussen partijen overeenstemming is bereikt zoals door Geju gesteld, dan wel dat de onderhandelingen zich in zulk vergevorderd stadium bevonden dat het afbreken van die onderhandelingen in strijd met de goede trouw moet worden geoordeeld. (...) Gelet op hetgeen is

overwogen in de overweging 7.8. tot en met 7.12. is het hof van oordeel dat Geju bewezen heeft dat de onderhandelingen over de overname van het bedrijf van Geju door Budé op 7 oktober 1998 zich in een zo ver gevorderd stadium bevonden, dat het afbreken ervan, op de wijze als door Budé gedaan, in strijd met de goede trouw moet worden geacht. (...)

De A-G oordeelt dat het hof in die overwegingen zijns inziens geen toepassing heeft gegeven aan de door de Hoge Raad geformuleerde strenge en tot terughoudendheid nopende onaanvaardbaarheidsmaatstaf voor het afbreken van onderhandelingen.

De Hoge Raad hoefde zich hierover echter niet rechtstreeks uit te laten en kon de zaak, vanwege procestechnische redenen, zelf afdoen.

Commentaar

Terughoudendheid troef bij toepassing van 'open normen' in overeenkomsten tussen ondernemers? Er zijn tekenen die in die richting wijzen. Wij achten de argumenten van Tjittes daartoe interessant (althans voorzover daadwerkelijk sprake is van gelijkwaardigheid tussen partijen); wij signaleren dat deze A-G daarvan gecharmeerd is en deze gedachten concreetiseert voor toepassing in een geval van afgebroken onderhandelingen tussen ondernemers; en wij wijzen in deze context tevens op het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2004 (HR 15 oktober 2004, C03/105 HR).

In dat arrest lijkt de Hoge Raad in algemene zin een rem te willen zetten op een te ruime toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW door te oordelen dat bij overeenkomsten tussen professioneel dan wel commercieel handelende grote partijen in de regel extra terughoudendheid gepast is waar het gaat om het op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing laten van exoneratiebedingen. Het is van belang om deze 'ontwikkelingen' nauwgezet te blijven volgen.

Mr. T.H.M. van Wechem en prof. mr. M.H. Wissink