

De juridische consequenties van het Didam-arrest voor (nog) lopende precontractuele onderhandelingen

*Prof. mr. dr. M.R. Ruygvoorn**

1 Inleiding

Het Didam-arrest¹ roept veel vragen op. Eén van die vragen luidt of onderhandelingen die zich (nog) in de precontractuele fase bevinden (en die na het Didam-arrest mogelijk tijdelijk zijn opgeschort) nog eenzijdig, niet-schadeplichtig mogen worden afgebroken wanneer zij zich al in een vergevorderd stadium bevinden, en zo niet, wat daarvan dan het rechtsgevolg is. Daarbij ga ik uit van de aanname dat de onderhandelende partijen beide gedwaald hebben ter zake van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel zoals dat door de Hoge Raad aan het Didam-arrest ten grondslag is gelegd, zodat sprake is (geweest) van wederzijdse rechtsdwaling, wat daarmee de centrale thematiek vormt van deze bijdrage.

Onderstaand zal eerst kort worden ingegaan op de kernoverwegingen uit het Didam-arrest (par. 2 t/m 4). Daarna schildert ik het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase (par. 5), om vervolgens, via het leerstuk van de (wederzijdse) rechtsdwaling, toe te komen aan het antwoord op de vraag of nog lopende (en veelal inmiddels opgeschorte) onderhandelingen over de verkoop van onroerende zaken door een overheidslichaam die zich in een vergevorderd stadium bevinden, nog niet-schadeplichtig door het overheidslichaam kunnen worden afgebroken (par. 6 t/m 8).

2 Het juridisch kader van het Didam-arrest in kort bestek

Het Didam-arrest van 26 november 2021 houdt de gemoederen behoorlijk bezig. De reden daarvoor is gelegen in de ingrijpende gevolgen van dit arrest voor met name overheidslicha-

men die betrokken zijn bij de verkoop van onroerende zaken.² Voor zover relevant oordeelde de Hoge Raad:

‘Op grond van art. 3:14 BW mag een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen. Dit geldt dus ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit. Op dit punt verschilt de positie van een overheidslichaam van die van een private partij.

Uit het gelijkheidsbeginsel – dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen – vloeit voort dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In dat geval zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking

* Prof. mr. dr. M.R. Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht en bijzonder hoogleraar Nationaal en Internationaal Commercieel Contracteren aan de Universiteit Utrecht.

1 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

2 In de literatuur is opgemerkt dat de consequenties van het arrest zich mogelijk uitstrekken tot meer dan enkel verkoop. Zie in dit verband onder meer T.H.G. Robbe, Van Swiss Leisure Group via Vlaardingen naar Didam: tijd voor de terugreis?, NTB 2022/183; W.H.E. Parlevliet, A.D.L. Knook & M.J.E. Boudesteijn, Gelijke kansen bieden bij gronduitgifte door de overheid, BR 2022/25; I. Haverkate & D.W.N. Brand, Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten, TvHB 2022, afl. 1, p. 4-10; P.J. Huisman & N. Jak, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter, NTBR 2022/24.

tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

De hiervoor (...) bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval dient het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat eenieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.⁷

Rechtsgrond voor deze beslissing vormt, zoals aangegeven, het gelijkheidsbeginsel dat een overheidslichaam in acht moet nemen, ook bij het besluit met wie en onder welke omstandigheden een overeenkomst met betrekking tot een aan dat overheidslichaam toebehorende onroerende zaak tot stand wordt gebracht. Deze beslissing heeft ertoe geleid dat in een groot aantal gevallen lopende onderhandelingen zijn opgeschort. Ten aanzien van die onderhandelingen rijst nu de vraag of zij door het overheidslichaam (nog) eenzijdig niet-schadeplichtig kunnen worden afgebroken.

3 De drie te benoemen stadia naar aanleiding van het Didam-arrest

In het Didam-arrest worden in de literatuur doorgaans drie stadia onderscheiden: de situaties waarin de onderhandelingen met betrekking tot de verkoop van een onroerende zaak door een overheidslichaam zich nog in de precontractuele fase bevinden (stadium 1), de situaties waarin weliswaar al een (romp)overeenkomst tot stand is gekomen met betrekking tot de verkoop van een onroerende zaak door een overheidslichaam, maar waarbij daaraan nog geen uitvoering is gegeven (lees: er heeft nog geen juridische levering plaatsgevonden) (stadium 2), en de situaties waarin, in strijd met de regels uit het Didam-arrest, reeds uitvoering is gegeven aan overeenkomsten waarbij door een overheidslichaam onroerende zaken zijn verkocht (stadium 3).

Deze bijdrage gaat meer in het bijzonder over het eerste hiervoor bedoelde stadium (de onderhandelingen zijn vóór het Didam-arrest opgestart, bevonden zich ten tijde van het wijzen daarvan reeds in een vergevorderd stadium, maar zijn vervolgens eenzijdig afgebroken of dreigen eenzijdig afgebroken te worden). De andere hiervoor genoemde stadia, hoewel minstens zo interessant vanuit juridische optiek, vallen buiten het bestek van deze bijdrage, met dien verstande dat het in het ka-

der van de behandeling van de thematiek die in deze bijdrage wel centraal staat, van belang is om kort aandacht te besteden aan een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland die ziet op stadium 2, de situatie waarin al wel een (romp)overeenkomst tot stand is gekomen, maar waaraan nog geen uitvoering is gegeven.

4 Geen nieuwe rechtsregel, maar toepassing van geldend recht

Op 18 maart 2022 wees de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland een richtinggevend vonnis in een zaak waarin – kort gezegd – al wel een koopovereenkomst tot stand was gekomen, terwijl niet was voldaan aan de door de Hoge Raad genoemde voorwaarden in het Didam-arrest, maar aan de koopovereenkomst nog geen uitvoering was gegeven.³ Het ging in deze procedure om de gemeente Nieuwegein die op 25 november 2020 (circa een jaar voor het Didam-arrest) reeds een overeenkomst had gesloten met Shell. Daarbij was niet voldaan aan de door de Hoge Raad in het Didam-arrest geformuleerde voorwaarden. Een derde partij nam, na het verschijnen van de Didam-uitspraak, het standpunt in dat derhalve door de gemeente Nieuwegein in strijd was gehandeld met het gelijkheidsbeginsel en dat dit jegens haar onrechtmatig was. De betreffende partij had immers aan de gemeente Nieuwegein, voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst met Shell, al kenbaar gemaakt dat ook zij belangstelling had voor de betreffende kavel. Bovendien had de gemeente haar toegezegd haar op de hoogte te zullen houden zodra de verkoop van de kavel aan de orde zou zijn.

Tot de kern teruggebracht wordt daarmee de vraag aan de orde gesteld of de Hoge Raad met het Didam-arrest een nieuwe rechtsregel heeft willen formuleren, of dat – kort gezegd – reeds sprake was van geldend recht en de Hoge Raad in het Didam-arrest enkel heeft vastgesteld dat in de betreffende casus in strijd met het geldend recht is gehandeld. De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland oordeelt, in overeenstemming met het oordeel van de Hoge Raad in het Didam-arrest, dat het er bij de beantwoording van de vraag of sprake is van schaarste niet om gaat dat de plannen die worden ingediend al dan niet gelijkwaardig zijn, maar of er door meerdere gegadigden enige vorm van interesse is getoond voor dezelfde onroerende zaak, althans dat die interesse er in potentie zou kunnen zijn. Daarbij vormt het Didam-arrest, aldus de voorzieningenrechter, een invulling van bestaand recht, met als consequentie dat de gemeente Nieuwegein ook al op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst met Shell gebonden was aan het gelijkheidsbeginsel en aldus aan het uitgangspunt dat gelijke kansen moeten worden gecreëerd. In deze casus is het natuurlijk heel goed mogelijk dat noch de gemeente, noch Shell zich ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van het geldende recht op dit punt bewust was,

³ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, JAAN 2022/87 m.nt. P. Heijnsbroek.

maar dwaling omtrent het objectieve recht is in beginsel nu eenmaal niet verschoonbaar.⁴

De reden om kort stil te staan bij deze uitspraak is met name gelegen in de vaststelling door de voorzieningenrechter dat de door de Hoge Raad geformuleerde regels in het Didam-arrest reeds geldend recht vormden ten tijde van het wijzen van het arrest. Die vaststelling heeft relevantie voor de vraag in hoeverre rechtens relevant vertrouwen in de precontractuele fase in het uit de onderhandelingen resulteren van enigerlei contract kan postvatten, indien voor de wederpartij van een overheidslichaam bij die onderhandelingen kenbaar geacht moet worden te zijn dat het overheidslichaam daarmee handelt in strijd met geldend recht. Subjectief zal van een dergelijke kenbaarheid doorgaans geen sprake zijn geweest, maar objectief wordt zij geacht wel te hebben bestaan. Op deze problematiek wordt in paragraaf 6 nader ingegaan.

5 Juridisch kader bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase

Voor wat betreft het juridisch kader bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase zijn nog altijd leidend de arresten van de Hoge Raad van 12 augustus 2005⁵ en 29 februari 2008.⁶ Uit deze rechtspraak volgt dat voor wat betreft het antwoord op de vraag of onderhandelingen nog eenzijdig, niet-schadeplichtig mogen worden afgebroken in de precontractuele fase, 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 tot stand komen van enigerlei contract of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient, aldus de Hoge Raad, 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, terwijl in het geval onderhandelingen onder gewijzigde omstandigheden over een langere tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen.

De verwijzing naar de onvoorziene omstandigheden is gebaseerd op de uitspraak van de Hoge Raad van 14 juni 1996.⁷ Daarin overwoog de Hoge Raad:

‘De klacht gaat terecht ervan uit 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. Rekening dient ook 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.’

Op laatstgenoemde uitspraak, die – tot de kern teruggebracht – neerkomt op een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (lees: ook al heeft het rechtens relevante totstandkomingsvertrouwen postgevat en zouden volgens de doctrine van de afgebroken onderhandelingen die onderhandelingen niet meer eenzijdig mogen worden afgebroken, staat dit afbreken toch vrij indien zich omstandigheden voordoen die het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken om de afbrekende partij aan de doctrine van afgebroken onderhandelingen te houden), kom ik in het hiernavolgende nog meer uitgebreid terug.

Wat meer in het bijzonder het Didam-arrest betreft mag in dit juridisch kader niet onvermeld blijven dat hierin wordt bevestigd⁸ dat een overheidslichaam ook in de precontractuele fase gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Hoge Raad overweegt immers:

‘Uit het gelijkheidsbeginsel – dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen – vloeit voort dat een overheidslichaam *dat het voornemen heeft* een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In dat geval zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.’ (curs. MR)

Daarmee is, in geval van onderhandelingen met een overheidslichaam, de invulling die het overheidslichaam heeft gegeven

4 HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115 m.nt. Du Perron, r.o. 3.4. Zie evenwel ook, in een geval waarin de benadeelde bij dwaling omtrent de toepassing van het objectieve recht in zijn verhouding tot de aangesprokene mocht vertrouwen op diens deskundigheid en waarin hij in verband daarmee (nog) geen reden had om te twifelen aan de deugdelijkheid van diens handelen: HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603.

5 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO).

6 HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855 (Vollenhove/Shell).

7 HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105 (De Ruijterij/MBO).

8 Vgl. onder meer HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1674, HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZB1223 en HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur medebepalend voor het antwoord op de vraag of het het overheidslichaam nog vrijstond om de onderhandelingen af te breken.

Het vorenstaande samenvattend geldt bij onderhandelingen die in de precontractuele fase worden gevoerd dus het adagium 'vrijheid, blijheid', tenzij de partij ten opzichte waarvan de onderhandelingen worden afgebroken, voldoende feiten en omstandigheden stelt (en bij tegenspraak bewijst) die ertoe kunnen leiden dat, objectief gezien, die partij erop heeft mogen vertrouwen dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren of er andere omstandigheden zijn die maken dat het afbreken onaanvaardbaar is. Voor wat betreft objectief totstandkomingsvertrouwen bedoel ik met 'objectief' dat niet alleen de partij ten opzichte waarvan wordt afgebroken, maar ook haar 'maatman/-vrouw' (dat wil zeggen: de gemiddelde zorgvuldig handelende partij in diens positie) dat vertrouwen moet hebben gehad. Goedgelovigheid of naïviteit wordt in dit verband niet geacht rechtens bescherming te verdienen.⁹

De 'trigger' binnen het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase is daarmee dus (in eerste instantie) het postvatten van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen. Heeft dat kunnen ontstaan, dan maakt dat in beginsel het afbreken onaanvaardbaar. Mocht die maatstaf niet kunnen worden gehaald, dan rest nog de 'escape' om zich te beroepen op de alternatieve grondslag voor aansprakelijkheid in de precontractuele fase, die erop neerkomt dat het afbreken in de gegeven omstandigheden ondanks het ontbreken van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen toch 'onaanvaardbaar is'. Voor voorbeelden van mogelijke 'andere omstandigheden' die het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar kunnen maken, kan aansluiting worden gezocht bij de parlementaire geschiedenis bij art. 6.5.2.8a van het ontwerp-Nieuw BW (NBW), waarin de wetgever de rechtsregel uit het arrest Plas/Valburg¹⁰ (uiteindelijk vruchteloos) heeft gepoogd te codificeren. Genoemd worden (niet limitatief): het belang dat met de totstandkoming van overeenstemming gemoeid is, zoals bij het voeren van onderhandelingen over collectieve arbeidsvoorwaarden onder invloed van een dreigende staking, het belang van de wederpartij in verband met het door de overheid te betrachten gelijkheidsbeginsel en verplichtingen tot onderhandelen die uit andere rechtsverhoudingen voortvloeien, alsmede bedongen verplichtingen tot onderhandelingen.¹¹ Nadeel van deze laatste variant (een beroep op andere omstandigheden dan gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen) voor de partij ten opzichte waarvan de onderhandelingen worden afgebroken, is overigens dat haar dan slechts

een beroep op vergoeding van het negatief contractsbelang openstaat, maar dat thans terzijde.

6 Wat betekent het Didam-arrest voor ten tijde van het wijzen van het arrest lopende onderhandelingen in een vergevorderd stadium?

Bij de beantwoording van deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen verschillende situaties: denkbaar is dat beide onderhandelingspartners zich *niet* bewust zijn geweest van de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel en aldus beiden hebben gedwaald omtrent de toepassing van het objectieve recht op dit punt (dat volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland dus reeds voor het Didam-arrest geldend recht was). In dat geval is er sprake geweest van wederzijdse rechtsdwaling. Daarnaast is denkbaar dat beide partijen zich bewust waren van de betreffende reikwijdte of op z'n minst van het risico op dat vlak, maar dat risico bewust hebben aanvaard, en tot slot is denkbaar dat een van partijen zich van dit risico bewust is geweest, maar haar wederpartij op dit punt wel gedwaald heeft. Daarbij gaat het in het kader van deze bijdrage telkens om onderhandelingen die zijn gestart vóór het Didam-arrest. Voor onderhandelingen die zijn gestart na het Didam-arrest moge duidelijk zijn dat bezwaarlijk nog volgehouden kan worden dat van verschoonbare rechtsdwaling sprake kan zijn.

Wanneer wij met de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland in voormelde uitspraak aannemen dat de door de Hoge Raad geformuleerde regels in het Didam-arrest reeds geldend recht waren en iedereen nu eenmaal (in beginsel) geacht wordt de wet te kennen (*nemo censetur ignorare legem*), is met name de situatie waarin sprake is van wederzijdse rechtsdwaling interessant. De situaties waarin bewezen kan worden dat beide onderhandelingspartners zich er al van bewust zijn geweest dat zij (mogelijk) met elkaar onderhandelen in strijd met de wet, en waarin een van partijen zich daarvan bewust geweest is (maar de onderhandelingspartner in het ongewisse gelaten heeft), laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

Gaan wij uit van wederzijdse rechtsdwaling, dan rijst de vraag of de omstandigheid dat rechtsdwaling in beginsel niet verschoonbaar is, in de weg zou dienen te staan aan het kunnen aannemen van rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van enigerlei contract. Beargumenteerd zou kunnen worden dat de maatman/-vrouw van de partij ten opzichte waarvan wordt afgebroken, wanneer aan de voorwaarden zoals door de Hoge Raad in het Didam-arrest geschetst niet is voldaan, er rekening mee had dienen te houden dat het overheidslichaam zich hier op enig moment van bewust zou kunnen worden, en zichzelf vervolgens gedwongen zou zien om op zijn schreden terug te keren en de onderhandelingen af te breken, om zo de onrechtmatige toestand te beëindigen. In die redenering zou kunnen worden beargumenteerd dat van *gerechtvaardigd* totstandkomingsvertrouwen geen sprake kan zijn, omdat

⁹ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Utrecht; Recht en Praktijk nr. 173), Deventer: Kluwer 2009, p. 75 e.v.

¹⁰ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723.

¹¹ Parl. Gesch. Inv. bij art. 6.5.2.8a NBW, p. 1440-1442. Zie verder Ruygvoorn 2009, p. 60-61.

men immers zelf *behoort* te weten dat de ander dwaalt en daardoor in strijd met de wet handelt.

Daar staat evenwel mijns inziens tegenover (en daar zit hem de kneep) dat het gaat om de toepassing van rechtsregels die zich richten tot slechts één van partijen (in casu het overheidslichaam) en die daarnaast niet dienen ter bescherming van de partij die de onderhandelingen afbreekt. Onder dergelijke omstandigheden, zo zou ik menen, kan er wel degelijk sprake zijn van rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van enigerlei contract. Of anders gezegd: in een geval van wederzijdse dwaling omtrent de toepassing van het objectieve recht als hier aan de orde, zou ik menen dat het niet aan het overheidslichaam is om zijn onderhandelingspartner tegen te werpen dat deze hem omtrent de rechtsdwaling had behoren te informeren enkel op de grondslag dat eenieder geacht wordt de wet te kennen (maar in de wetenschap dat eigen subjectieve kenbaarheid desalniettemin eveneens heeft ontbroken).

Kort en goed, dit betekent dat de wederzijdse rechtsdwaling die hier aan de orde was, er naar mijn oordeel niet aan in de weg hoeft te staan dat bij een partij ten opzichte waarvan een overheidslichaam de onderhandelingen heeft afgebroken, vóór het Didam-arrest het *rechtens relevante* vertrouwen heeft kunnen postvatten dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren. En zo men deze stap niet zou willen zetten omdat de omstandigheid dat eenieder geacht wordt de wet te kennen, aan het hebben kunnen ontstaan van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen in de weg dient te staan, meen ik dat in geval van wederzijdse rechtsdwaling als hier aan de orde een beroep op de alternatieve grondslag uit het arrest JPO/CBB openstaat, stellende dat het ook zonder rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar moet worden geacht om de onderhandelingen af te breken.

Met deze alternatieve ‘grondslag’ heeft de Hoge Raad immers erkend dat er zich omstandigheden kunnen voordoen van een zodanige relevantie, dat zij het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar maken, ondanks dat de wederpartij van de partij die afbreekt nog niet het vertrouwen had dat enigerlei contract de resultante van de onderhandelingen zou zijn. Refererend aan de parlementaire geschiedenis bij art. 6.5.2.8a NBW, die hierboven is aangehaald, kunnen alle omstandigheden van het geval een rol spelen, mits zij maar kunnen rechtvaardigen dat het (niet-schadeplichtig) afbreken *onaanvaardbaar* is.

Daarmee rijst dan in casu de vraag of het niet in acht nemen van een rechtsregel door een onderhandelende partij die zich enkel richt tot die partij, niet (mede) de belangen van die partij beoogt te beschermen, maar mogelijk wel die van derden en overigens in de risicosfeer van die partij ligt, een voldoende zwaarwegende omstandigheid vormt om het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar te achten, zeker ingeval, indien de wederzijdse rechtsdwaling zou worden weggedacht, er

wel sprake zou zijn geweest van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen. Ik neig ernaar die vraag in positieve zin te beantwoorden. Uiteraard staan hier de belangen tegenover van de andere potentiële gegadigden met belangstelling voor de onderliggende onroerende zaak, maar die belangen worden niet geschaad, omdat ik meen, zoals ik hieronder uiteen zal zetten, dat een vordering tot dooronderhandelen niet toewijsbaar zou moeten worden geacht.

Vervolgens rijst dan nog wel de vraag of het onderhandelende overheidslichaam een beroep zou kunnen doen op de uitzondering die door de Hoge Raad is geformuleerd in het Didam-arrest of die in het arrest De Ruijterij/MBO. Wanneer het overheidslichaam aannemelijk kan maken dat de partij waarmee onderhandeld wordt, de enige in aanmerking komende gegadigde is, terwijl het voornemen om tot verkoop over te gaan op een zodanige wijze bekend is gemaakt dat eenieder daar kennis van kon nemen, en gemotiveerd is op grond waarván het overheidslichaam redelijkerwijs kon aannemen dat er slechts één gegadigde was, kunnen de onderhandelingen natuurlijk gewoon worden gecontinueerd. Doet zich die situatie niet voor, dan rest hooguit nog een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, in dier voege dat het overheidslichaam zich op het standpunt stelt dat het Didam-arrest ofwel een onvoorziene omstandigheid betreft, ofwel een omstandigheid die, kort gezegd, zodanig van aard, omvang en impact is dat de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij (waaraan in het arrest De Ruijterij/MBO met zoveel woorden wordt gerefereerd) met zich brengen dat de wederpartij zich niet kan beroepen op de rechtsgevolgen van de doctrine van de afgebroken onderhandelingen, ondanks dat sprake is van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen.¹²

Wil een situatie kwalificeren als een onvoorziene omstandigheid als bedoeld in het arrest De Ruijterij/MBO, dan zal het in beginsel moeten gaan, aansluiting zoekend bij art. 6:258 BW, dat ziet op onvoorziene omstandigheden in de contractuele fase, om een omstandigheid die in de eerdere onderhandelingen door partijen niet is verdisconteerd en die niet ligt in de risicosfeer van, in dit geval, het overheidslichaam. Het komt mij voor dat dit laatste het overheidslichaam kan worden tegengeworpen. De correcte toepassing van het gelijkheidsbeginsel is immers een rechtsplicht die zich, zoals hierboven reeds aangegeven, primair richt tegen het overheidslichaam en waarvan

¹² Vgl. in dit verband de noot van S.E. Bartels onder Rb. 's-Gravenhage 3 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ3251, JOR 2009/245, waarin het niet ging om een evidente onvoorziene omstandigheid, maar waarin ondanks tot stand gekomen rechtens relevant vertrouwen in – kort gezegd – het welslagen van de onderhandelingen, toch geen beroep gedaan kon worden op de doctrine van de afgebroken onderhandelingen zoals die door de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO verder is vormgegeven omdat, aldus de rechtbank 's-Gravenhage, mede rekening gehouden diende te worden met de gerechtvaardigde belangen van de partij die de onderhandelingen heeft afgebroken. Daarmee werd invulling gegeven aan de tweede ‘ontsnappingsmogelijkheid’ uit het arrest De Ruijterij/MBO. Vgl. ook M.R. Ruygvoorn, De vordering tot dooronderhandelen nader belicht, AA 2012, afl. 11, p. 6.

het niet in acht nemen naar mijn smaak in de risicosfeer ligt van het overheidslichaam. Op basis van dezelfde redenering kan evenzeer worden betoogd dat ook een beroep op de alternatieve uitzonderingsregel uit het arrest De Ruijterij/MBO door het overheidslichaam de onderhandelingspartner niet kan worden tegengeworpen. De omstandigheid dat het overheidslichaam feitelijk niet anders kán dan de onderhandelingen staken, maakt dat niet anders; het kwaad is reeds geschied, de schade ingetreden, en het gegeven dat dooronderhandelen geen optie is, vormt geen rechtvaardiging voor de handelwijze van het overheidslichaam, die eruit bestaat dat het overheidslichaam het zover heeft laten komen, maar het is natuurlijk altijd het proberen waard om voor de alternatieve uitzondering van De Ruijterij/MBO voor anker te gaan; rechtspraak die gaat over de uitzonderingssituaties waarop het arrest De Ruijterij/MBO ziet, is echter schaars (en uitermate casuïstisch) en het wachten is op de eerste uitspraken over afgebroken onderhandelingen in relatie tot een Didam-casus! En daarmee rijst de volgende vraag: wat kan de partij ten opzichte waarvan wordt afgebroken, in dat geval vorderen?

7 De rechtsgevolgen van ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen in een 'Didam-situatie'

In beginsel heeft de partij ten opzichte waarvan de onderhandelingen in de precontractuele fase ongelegitimeerd worden afgebroken, de keuze tussen het vorderen van een verplichting tot dooronderhandelen en het vorderen van schadevergoeding (waarbij een keuze gemaakt zal moeten worden tussen vergoeding van het positief contractsbelang en vergoeding van het negatief contractsbelang). Een vordering tot dooronderhandelen is niet langer toewijsbaar indien inmiddels met een derde (te goeder trouw) is gecontracteerd, indien het object waarover werd onderhandeld inmiddels teniet is gegaan, of in gevallen van evidente zinloosheid. De vraag die in een 'Didam-situatie' rijst, is of een vordering tot dooronderhandelen in geval van ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen toewijsbaar moet worden geacht. Mijns inziens is dat niet het geval; dat zou immers betekenen dat gevorderd wordt een overheidslichaam te gebieden om in strijd met de wet (lees: het gelijkheidsbeginsel) te handelen en daarmee (mogelijk) onrechtmatig te handelen (indien de onderhandelingen tot contractsluiting leiden) jegens derden. Een dergelijke vordering acht ik rechtens niet toewijsbaar op basis van dezelfde redenering waarom een vordering tot dooronderhandelen niet toewijsbaar is indien inmiddels met een derde is gecontracteerd. De vordering tot dooronderhandelen 'vertaalt' zich alsdan in een vordering tot schadevergoeding.

Een dergelijke vordering acht ik wel mogelijk. Daarbij valt naar mijn oordeel niet in te zien waarom niet ook gevorderd kan worden dat de partij ten opzichte waarvan de onderhandelingen ongelegitimeerd zijn afgebroken, financieel in de positie wordt gebracht waarin die partij zou zijn komen te verkeren indien de onderhandelingen succesvol zouden zijn geweest en het beoogde contract tot stand zou zijn gekomen en deugde-

lijk zou zijn uitgevoerd. Vergoeding alsdan dus van het positief contractsbelang. Dat vormt immers in de rechtspraak ook het uitgangspunt voor zover een schadevergoedingsvordering wegens ongelimiteerd afgebroken onderhandelingen gestoeld wordt op geschonden rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen. Als algemeen uitgangspunt binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht heeft immers te gelden dat degene die als gevolg van een fout van een ander (ongeacht of dit nu een onrechtmatige daad of wanprestatie is) nadeel ondervindt, zo veel mogelijk in de positie dient te worden gebracht waarin hij zonder die fout zou hebben verkeerd. Dit wordt ook wel een secundaire vorm van rechtshandhaving genoemd, waarbij de gevolgen van de schending van het recht zo veel mogelijk dienen te worden weggenomen. Een rechtvaardigingsgrond voor een andersluidend oordeel in de situatie van rechtsdwaling zie ik niet.¹³

Bregman¹⁴ ziet in het geheel geen ruimte voor een succesvolle schadeclaim omdat een overheidslichaam met het afbreken van de onderhandelingen niets anders zou doen dan zich conformeren aan het volgens de Hoge Raad geldende recht. Deze laatste gedachte is ook terug te vinden in de door Houthoff opgestelde Q&A van 26 januari 2022.¹⁵ Ik deel de mening van Bregman niet. De redenering van Bregman sluit mijns inziens veeleer aan bij de vraag of een beroep gedaan zou kunnen worden op de uitzondering van De Ruijterij/MBO, die hierboven al ter sprake gekomen is, en ik zou menen dat het afbreken van de onderhandelingen op basis van de aangevoerde rechtvaardiging dat men bij voortzetting van de onderhandelingen een rechtsplicht zou verzaken, in beginsel niet een omstandigheid is die de partij ten opzichte waarvan (onrechtmatig) wordt afgebroken, regardeert en op basis waarvan die partij schadevergoeding zou moeten worden onthouden. Dat kan natuurlijk, afhankelijk van bijvoorbeeld de kennis en het gedrag van de partij ten opzichte waarvan wordt afgebroken, omtrent het schenden van die rechtsplicht onder omstandigheden anders komen te liggen, maar daarmee zou ik het door Bregman geformuleerde uitgangspunt zeker niet tot hoofdregel willen verheffen.

Daarbij zie ik de volgende parallel. Stel dat ik gelijktijdig met de partijen A en B onderhandelingen voer en dat ik de onderhandelingen met partij B beëindig omdat ik van mening ben dat de onderhandelingen met partij A inmiddels zo ver zijn gevorderd dat het mij niet meer vrijstaat om die af te breken. En stel vervolgens dat ik daarbij ten onrechte over het hoofd heb gezien dat het mij inmiddels ook al niet meer vrijstond om de onderhandelingen met partij B af te breken, omdat (ook) bij

13 Zie meer uitvoerig op dit punt M.R. Ruygvoorn, Vergoeding van positief of negatief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen, Bb 2014/72.

14 A.G. Bregman, Ruimte voor gebiedsontwikkeling na het Didam-arrest, TBR 2022/12, p. 93.

15 Het arrest-Didam: overheid, privaatrecht en mededingingsruimte. De gevolgen voor de praktijk geschetst in vragen en antwoorden, te kennen via www.houthoff.com/-/media/1AC8603007F945E3995BFF60757E743c.pdf (vraag 17).

partij B het rechtens relevante totstandkomingsvertrouwen heeft kunnen postvatten (geen weet hebbend van de parallelle onderhandelingen met partij A). Dan kan ik weliswaar ten opzichte van partij B aanvoeren dat ik gemeend heb de onderhandelingen met partij B af te moeten breken omdat het mij op dat moment (al) niet meer vrijstond om de onderhandelingen met partij A af te breken, en ik niet in strijd wilde handelen met een rechtsplicht jegens partij A, maar dat is, zo zou ik menen, dan toch echt een omstandigheid die voor mijn risico dient te komen en er niet aan in de weg zou mogen staan dat ik partij B financieel moet compenseren. Bij de thematiek die in deze bijdrage centraal staat, is dat niet anders; het overheidslichaam onderhandelt weliswaar niet met twee verschillende partijen, maar breekt de onderhandelingen af met als rechtvaardiging dat dooronderhandelen zou betekenen dat in strijd met een rechtsplicht jegens derden wordt gehandeld (net als in het door mij gegeven voorbeeld in strijd met een rechtsplicht jegens A).

En als wij daarmee tot uitgangspunt nemen dat een verplichting tot schadevergoeding kan worden aangenomen, valt volgens niet in te zien waarom dan slechts het negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking zou komen, in plaats van het positief contractsbelang. Voor het maken van een dergelijk onderscheid zie ik hier geen rechtsgrond.

8 Conclusie

Mijn conclusie is dat onderhandelingen tussen een overheidslichaam en een private partij met betrekking tot een onroerende zaak die zijn begonnen vóór het Didam-arrest, en waarbij vóór dat arrest (al) sprake is van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen bij de private partij, in beginsel niet meer door het overheidslichaam eenzijdig niet-schadeplichtig kunnen worden afgebroken, maar dat een vordering tot dooronderhandelen naar verwachting zal stranden. Een vordering tot schadevergoeding acht ik daarentegen wel succesvol, waarbij mijns inziens nog steeds een keuzemogelijkheid bestaat tussen het vorderen van het positief en het negatief contractsbelang. Voor overheidslichamen betekent deze conclusie dus: pas op uw tellen! Voor hun onderhandelingspartners geldt: realiseert u zich waar u (mogelijk) recht op heeft!