

Contractuele beperking van aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen

MR. D.D. CASTELIJNS EN MR. M.A.J.G. JANSSEN

In deze bijdrage staat het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen centraal. In het bijzonder wordt ingegaan op de manier waarop een schadeclaim bij afgebroken onderhandelingen zou kunnen worden voorkomen.

1. Inleiding

Sinds het *Plas/Valburg*-arrest¹ is het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen niet meer weg te denken uit de Nederlandse rechtspraktijk. Op grond van dit arrest zou voor de aansprakelijkheid voor (eenzijdig) afgebroken onderhandelingen onderscheid dienen te worden gemaakt tussen drie fasen: de eerste fase waarin het partijen vrijstaat de onderhandelingen af te breken, de tweede fase waarin afbreken geoorloofd is, maar dit wel leidt tot schadeplichtigheid ter zake van de door de wederpartij in het kader van de onderhandelingen gemaakte kosten (het negatief contractsbelang) en de derde fase waarin partijen verkeren in een stadium dat afbreken niet meer geoorloofd is. De afbrekende partij moet niet alleen de kosten en schaden van de wederpartij vergoeden, maar in sommige gevallen zelfs gederfde winst (het positief contractsbelang).

De Hoge Raad heeft nadien belangrijke arresten gewezen waarin nodige verfijningen en beperkingen zijn aangebracht op voormelde 'precontractuele aansprakelijkheid'.² Relevant in dit kader is het *CBB/JPO*-arrest.³ De Hoge Raad benadrukt 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.'

Uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt dat dit een 'streng en tot terughoudendheid nopende' maatstaf is. Naar verluidt zou de Hoge Raad in het *CBB/JPO*-arrest het onderscheid tussen de tweede en derde fase hebben laten vallen.⁴ Er zou een alles of niets benadering gelden: of er is geen plaats voor schadevergoeding (het afbreken van onderhandelingen is geoorloofd) of de afbrekende partij is aansprakelijk voor schade (het afbreken van onderhandelingen is niet geoorloofd).

Geheel aanvaard is de zienswijze niet.⁵ Kritiek op de stelling dat de Hoge Raad met het *CBB/JPO* de tweede fase zou hebben verlaten, is, samengevat, dat in het in het voornoemde arrest slechts ging om de grondslag van de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang; de tweede fase was geheel niet aan de orde. Ook (hogere) feitenrechtspraak biedt voldoende voorbeelden waarbij scha-

1 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723.

2 Onder andere HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (*De Ruiterij/MBO*) en HR 14 oktober 1996, *NJ* 1997, 65 (*de Combinatie/Staat der Nederlanden*).

3 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467.

4 Onder andere C.E. Drion, 'Ons onderhandelingsrecht onder handen', *NJB* 2005/34, T. Hartlief & R.J. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2005/31 en C.R. Christiaan, 'Aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen: van drie naar twee fasen', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005/10, p. 194.

5 Onder andere M.R. Ruysgvoorn, 'Bestaat de 'tweede fase' uit Plas/Valburg nog?', *Contracteren* 2011/2 en *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, serie Recht & Praktijk, 173 (diss.), Deventer: Kluwer 2009, p. 367, G.J. Knijp, 'Plas/Valburg geldt nog altijd', *NJB* 2005/45-46, T.H.M. van Wechem & M.H. Wissink, 'Een nieuwe norm voor afgebroken onderhandelingen', *Contracteren* 2005/4, J. van den Brande, 'De vrijheid om onderhandelingen af te breken', *O&F* 2005/69.

devergoeding voor het negatief contractsbelang bij gelegiti-
meerd afgebroken onderhandelingen werd toegekend.⁶

2. 'Precontractuele' afspraken

Zowel in de jurisprudentie als in de literatuur staat het
uitgangspunt van de contractsvrijheid (steeds meer) voor-
op. De Hoge Raad lijkt met het *CBB/JPO*-arrest gas te
hebben teruggenomen met betrekking tot de bescherming
van de wederpartij van de afbrekende partij. Desalniet-
temin biedt het leerstuk soms troost aan een teleurgestelde
onderhandelingspartij.

Teneinde ongewenste consequenties van het afbreken van onderhandelingen (zoveel mogelijk) te voorkomen, besluiten (met name commerciële) partijen om hun rechtsverhouding in de precon- tractuele fase in een overeenkomst te reguleren

Teneinde ongewenste consequenties van het afbreken van
onderhandelingen (zoveel mogelijk) te voorkomen, beslui-
ten (met name commerciële) partijen om hun rechtsver-
houding in de precontractuele fase in een overeenkomst te
reguleren (vaak aangeduid met '*letter of intent*', '*memoran-
dum of understanding*' of '*term sheet*').⁷

De contractsvrijheid brengt mee dat het partijen vrijstaat
afspraken te maken. Met name bij verwachte langdurige
onderhandelingen is het vastleggen van precontractuele af-
spraken aangewezen.

De overeenkomsten bevatten veelal afspraken omtrent de
hoogte van de eventueel te betalen kosten- en of schadever-
goeding, de grenzen waarbinnen partijen verplicht zijn om
met elkaar te onderhandelen, wanneer tussen partijen een
(romp)overeenkomst bestaat, de voorbehouden op grond
waarvan een partij onderhandelingen mag afbreken, het
recht dat op de precontractuele fase van toepassing is en
het forum dat bevoegd is ten aanzien van geschillen die in
de precontractuele fase rijzen.

De redenen om een voorovereenkomst te sluiten zijn di-
vers. Van belang is dan ook dat een partij bij aanvang van
(langdurige) onderhandelingen nagaat of het verstandig is
om van tevoren afspraken vast te leggen en zo ja, bij welke
afspraken zij zelf belang heeft. Moné geeft een aantal mo-
gelijkheden voor een partij die juist wel of niet vrijheid in
het onderhandelingstraject wenst.⁸ Bij het ongestraft kun-
nen afbreken van onderhandelingen, genieten expliciet en
ruim geformuleerde voorbehouden, aansprakelijkheidsuit-
sluitingen van kosten en andere schade en een niet-ex-
clusiviteitsbeding de voorkeur. Wenst de onderhandelende
partij die vrijblijvendheid juist te beperken, dan is het raad-
zaam een exclusiviteitsbeding en een kostenvergoeding op

te nemen en de voorbehouden zo beperkt mogelijk te for-
muleren en een beperkte toepassing te geven.

3. Geen garantie

Net als iedere contractuele bepaling, moet de betekenis van
bepalingen in een voorovereenkomst worden vastgesteld
aan de hand van de uitleg daarvan. Al bijna dertig jaar
neemt de Hoge Raad het Haviltex-criterium als uitgangs-
punt waarbij het bij de uitleg van contractsbepalingen aan-
komt '*op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden
over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten
toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs
van elkaar mochten verwachten.*' In professionele verhou-
dingen heeft zich de laatste jaren een meer objectieve gram-
maticale uitlegmethode ontwikkeld.⁹

Daarbij dient niet uit het oog te worden verloren dat de
redelijkheid en billijkheid (ook) de rechtsverhouding in de
precontractuele fase beheerst. De derogerende werking van
de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat een be-
roep op een contractuele bepaling sneuvelt.

Voorts kan het een partij niet vrijstaan een beroep op een
contractuele bepaling te doen als hij van dit recht afstand
heeft gedaan of het recht daarop een beroep te doen heeft
verwerkt.

Het maken van afspraken levert derhalve nog geen garan-
tie op om de onderhandelingen op ieder gewenst moment
af te breken zonder enige gehoudenheid tot kosten- en/of
schadevergoeding. Volledige rechtszekerheid is derhalve
nog geen gegeven.

De jurisprudentie is dan ook evenzeer casuïstisch. De om-
standigheden van het geval zijn bepalend. De jurispru-
dentie biedt ons wel aanknopingspunten om het risico op
aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen
(nog meer) te kunnen voorkomen. Een belangrijke rol is
daarbij weggelegd voor voorbehouden en aansprakelijk-
heidsuitsluitingen.

4. Kosten- en/of schadevergoeding

Het is niet ongebruikelijk dat partijen in de voorovereen-
komst een bepaalde vergoeding vastleggen voor het geval
de onderhandelingen onverhoopt niet resulteren in een (de-
finitieve) overeenkomst (de '*break-up fee*' of '*termination
fee*'). Afhankelijk van het overeengekomen bedrag, verze-
kert een dergelijke bepaling dat in ieder geval de in het
kader van de onderhandelingen gemaakte kosten worden
vergoed,¹⁰ heeft het een afschrikkende werking ten aanzien
van onderhandelingen met derden en, wellicht het voor-
naamste voordeel, heeft het een afschrikkende werking ten
aanzien van het afbreken van onderhandelingen. Een ver-
bintenis om een break-up fee te voldoen komt met name in
de praktijk van de openbare biedingen op aandelen voor in

6 Zie de uitspraken genoemd door M.R. Ruygvoorn, *Contracteren* 2011/2.

7 Zie B. Wessels, *Letters of Intent*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 35-38.

8 H.J. Moné, 'Onderhandelen en afbreken zonder consequenties?', *HB* 2011/03.

9 Onder andere HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 575 (*Meyer Europe/PontMeyer*) en HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 576 (*Derksen/Homburg*).

10 H.J. de Kluiver, 'Overnamecontracten, letters of intent en garanties', *O&F* 2003/58.

het geval het bod op de aandelen van de doelvennootschap niet slaagt.¹¹

In plaats van het vastleggen van een vergoeding, komt ook een beding in een voorovereenkomst inhoudende dat partij bij het afbreken van onderhandelingen nimmer gehouden is tot kosten- en/of schadevergoeding vaak voor. Een dergelijk beding is de aangewezen oplossing om de gevolgen die volgens de rechtspraak voortvloeien uit het onzorgvuldig afbreken van onderhandelingen (zoveel mogelijk) uit te sluiten.

5. Jurisprudentie inzake (contractueel vastgelegde) kosten- en/of schadevergoeding

De Hoge Raad heeft zich zeer recent uitgelaten omtrent een voorovereenkomst waarin partijen waren overeengekomen dat er een vergoeding zou worden betaald bij het afbreken van onderhandelingen als dat was overeengekomen.¹² Het arrest laat zien hoe een mogelijke schadeclaim bij mislukte onderhandelingen enerzijds kan worden omzeild, en anderzijds onnodig wordt prijsgegeven.

Partijen hadden een zogenaamde ‘afstandsovereenkomst’ gesloten. Daarin was vastgelegd dat er exclusief door de VVE met de aannemer kon worden onderhandeld over de voorwaarden van de opdracht tot renovatie; partijen zouden streven naar de totstandkoming van een aanbesteding en indien de onderhandelingen niet zouden slagen zou de VVE een vergoeding aan de aannemer betalen ‘als dat zou zijn overeengekomen’. Nu dit niet was overeengekomen, bestond er geen recht op schadevergoeding, aldus de Hoge Raad.

De Hoge Raad oordeelde in r.o. 3.4.2 dat het hof geen onjuiste maatstaf bij de uitleg van de overeenkomst heeft aangelegd. Het hof kon niet alleen op basis van de tekst, maar ook op basis van de strekking ervan oordelen dat voor een vergoedingsverplichting een nadere overeenkomst was vereist. Die was er echter niet. Voorts had de aannemer onvoldoende gesteld om aan te nemen dat op grond van redelijkheid en billijkheid toch een verplichting tot vergoeding bestond.

Opvallend is dat in het arrest de leer van afgebroken onderhandelingen nauwelijks aan de orde komt. Uit een eerder vergelijkbaar arrest van de Hoge Raad volgt dat partijen met het sluiten van de voorovereenkomst de toepassing van deze leer als het ware hebben omzeild.¹³ Een en ander betekent in casu, zo volgt uit randnummer 2.5.2 van de conclusie van A-G mr. Wissink onder verwijzing naar laatstgenoemd arrest van 29 oktober 2010, dat de VVE, met het sluiten van de overeenkomst met daarin de onderhandelingsverplichting, de discussie omtrent het antwoord op de vraag of sprake is van ‘gerechtvaardigd vertrouwen’ heeft vermeden. De onderhandelingsplicht berustte immers op de overeenkomst (tot onderhandelen) zelf. Aldus was

slechts de vraag of de contractueel overeengekomen onderhandelingsverplichting was nagekomen. De Hoge Raad sloot zich in r.o. 3.3 bij het oordeel van het hof aan dat van onrechtmatig afbreken van onderhandelingen geen sprake was. De VVE had zich voldoende ingespannen en de aannemer had onvoldoende feiten gesteld om aan te nemen dat nadere onderhandelingen nog zinvol konden worden geacht.

Volgens Ouwehand¹⁴ doet de Hoge Raad daarmee te kort aan de bestaande leer. In haar noot onder het arrest merkt zij op dat de in de ‘afbouwovereenkomst’ opgenomen afspraak omtrent de vergoeding een (separate?) onderhandelingsverplichting van partijen ter zake van de vergoeding meebrengt. Deze onderhandelingsverplichting zou volgens Ouwehand als een ‘andere omstandigheid’ kwalificeren als bedoeld in het VSH/Shell-arrest¹⁵ (of voornoemd CBB/JPO-arrest). Blijkens VSH/Shell kunnen namelijk ook andere ‘andere omstandigheden’ dan gerechtvaardigd vertrouwen het afbreken onrechtmatig maken. Ten onrechte was volgens Ouwehand de vraag of de aannemer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat er nog zou worden onderhandeld over de vergoeding niet beantwoord, noch de vraag of de opzegging van de afbouwovereenkomst wellicht impliceerde dat partijen nog moesten onderhandelen over een vergoeding.

Govers gaat in zijn noot¹⁶ onder het arrest in op de redelijkheid en billijkheid als bron voor rechtsgevolgen. Voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid op hetgeen in de afstandsovereenkomst is geregeld is geen plaats; de afstandsovereenkomst laat ter zake van de vergoedingsplicht geen leemte. Niet ondenkbaar is dat bij het bestaan van bepaling waarin aansprakelijkheid voor kosten en schade is uitgesloten, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid onder bepaalde omstandigheden een vergoeding zouden kunnen rechtvaardigen. Gelet op het gebruik van de maatstaf ‘onaanvaardbaar’ in artikel 6:248 lid 2 BW dient echter terughoudendheid te worden betracht.

Net als iedere contractuele bepaling, moet de betekenis van bepalingen in een voorovereenkomst worden vastgesteld aan de hand van de uitleg daarvan

Desalniettemin zijn er voorbeelden waarin een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid slaagt. Zo oordeelde Rechtbank Zwolle dat hoewel de uitnodigingsfase nog niet was verlaten en het de gemeente derhalve in beginsel vrijstond zich zonder kosten- of schadevergoeding terug te trekken, deze laatste consequentie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in casu niet kon worden aanvaard. Het was onredelijk het risico van

11 H.J. de Kluiver, ‘Overnamecontracten, letters of intent en garanties’, *O&F* 2003/58.

12 HR 27 mei 2011, «JIN» 2011/580.

13 HR 29 oktober 2010, «JIN» 2011/77, r.o. 3.2.2.

14 HR 27 mei 2011, «JIN» 2011/580, met noot van M.A. Ouwehand en S.M. Govers.

15 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 (VSH/Shell).

16 HR 27 mei 2011, «JIN» 2011/580.

het niet doorgaan van het project eenzijdig bij de wederpartij te leggen. Van belang zijnde omstandigheden waren volgens de rechtbank het feit dat de projectontwikkeling in een vergevorderde – beslissende – fase terecht was gekomen en het feit dat beide partijen op geen enkele wijze rekening hadden gehouden met de mogelijkheid dat er tegen de voorgenomen bestemmingsplanherziening bezwaren in de aard en omvang zouden bestaan als waarvan in het onderhavige geval sprake bleek te zijn.¹⁷ In een ander – recent – Zwols geval bleef de teleurgestelde partij echter met lege handen staan. In de intentieovereenkomst stond immers duidelijk dat bij afbreken van onderhandelingen geen der partijen gehouden was tot enige vorm van schadevergoeding.¹⁸

De Hoge Raad heeft zich zeer recent uitgelaten omtrent een voorovereenkomst waarin partijen waren overeengekomen dat er een vergoeding zou worden betaald bij het afbreken van onderhandelingen als dat was overeengekomen

De Voorzieningenrechter van rechtbank Utrecht moest in 2009 beslissen over de vraag welke kosten partijen over en weer moesten vergoeden in verband met de beëindiging van de samenwerking die tussen hen heeft bestaan en die in een *'letter of intent'* was neergelegd.¹⁹ In de *letter of intent* was opgenomen dat indien partijen geen overeenstemming konden bereiken met betrekking tot de op- en inrichting van de besloten vennootschap, *'de gemaakte oprichtingskosten, met uitzondering van genoemde salarissen'*, door de drie partijen evenredig zouden worden gedeeld. Partijen verschilden van mening over de uitleg van deze bepaling. Twee van de drie partijen (S&F) stelden dat met het uitzonderen van de salarissen is bedoeld dat de salariskosten niet door de drie partijen evenredig worden gedeeld, maar dat deze volledig ten laste komen van de derde partij R. Deze is echter van mening dat met deze uitzondering wordt bedoeld dat de salarissen geen onderdeel uitmaken

van de oprichtingskosten en derhalve niet voor vergoeding in aanmerking komen.

De Voorzieningenrechter heeft voor laatstgenoemde uitleg gekozen: de betreffende uitzondering is opgenomen na het woord *'oprichtingskosten'*, zodat een taalkundige uitleg ertoe zou leiden dat de uitzondering ziet op de aard van de kosten die gerekend kunnen worden tot deze *'oprichtingskosten'*. Bovendien volgt uit de beëindigingsregeling niet dat, indien de uitleg van S&F van het woord *'uitzondering'* zou worden gevolgd, de verplichting tot vergoeding van de kosten voor de salarissen volledig op R zou komen te rusten. Over de vraag op wie deze verplichting in dat geval zou rusten, geeft de bepaling geen uitsluitsel. Indien partijen zouden hebben beoogd R volledig voor deze kosten aansprakelijk te maken, zou het voor de hand hebben gelegen om dat in deze bepaling tot uitdrukking te brengen.

6. Slotbeschouwing

In het *CBB/JPO*-arrest uit 2005 heeft de Hoge Raad terughoudendheid gemaand bij het toekennen van kosten- en/of schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen. Desalniettemin is het steeds gebruikelijker dat (professionele) partijen hun rechtsverhouding in de precontractuele fase schriftelijk vastleggen.

Tijdige en duidelijke afspraken omtrent aansprakelijkheid voor schade en kosten bij afgebroken onderhandelingen genieten dan ook de voorkeur. Dat advies volgt temeer uit het voornoemde recente arrest van de Hoge Raad van 27 mei 2011 inzake de VVE en de aannemer. Wanneer partijen niets zouden hebben afgesproken over het afbreken van onderhandelingen, dan had de aannemer mogelijk met een beroep op het *'gerechtvaardigd vertrouwen in het totstandkomen van een overeenkomst'* een vergoeding kunnen krijgen. Door echter contractueel vast te leggen, dat slechts zal worden vergoed als partijen dat overeenkomen en vervolgens dat niet overeen te komen, heeft aannemer dat beroep weggeven en krijgt hij niets.

Over de auteurs

Mr. D.D. Castelijns en mr. M.A.J.G. Janssen zijn beiden advocaat bij het Wetenschappelijk Bureau van Banning N.V. Mr. M.A.J.G. Janssen is tevens redacteur van dit blad.

17 Rechtbank Zwolle 12 februari 1997, NJ 1997, 479.

18 Rechtbank Zwolle 16 juni 2010, LJN BN3265.

19 Rechtbank Utrecht 28 augustus 2009, LJN BJ7052.