

Onder voorbehoud

De veranderingen in het economisch klimaat – ik gebruik het woord 'kredietcrisis' niet teneinde algehele treurnis te vermijden – leiden onherroepelijk tot een andere manier van zakendoen. Ondernemers leggen bestaande contracten kritisch onder de loep. Nieuwe projecten of samenwerkingen komen pas na lang wikken en wegen tot stand.

Het proces van wikken en wegen wordt niet alleen ingegeven door de vraag of voor projecten wel financiering kan worden verkregen. Het lange onderhandelingstraject blijkt nu ook regelmatig samen te hangen met het feit dat de bazen van gisteren per vandaag plotseling zijn verdwenen. Nieuwe heren, nieuwe wetten. En het komt maar al te vaak voor dat de 'nieuwe heer' projecten van zijn voorganger(s) niet ziet zitten of dat het economisch tij (in zijn ogen) meer tegenzit dan verwacht. De gesprekken over de nieuwe projecten worden opgeschort of gestaakt.

Afbreken

Het *on hold* zetten of staken van onderhandelingen is niet zonder risico. Naar Nederlands recht kan een partij aansprakelijk zijn voor het afbreken van onderhandelingen. Er bestaan in dat opzicht drie stadia in het onderhandelingstraject. Bevinden de onderhandelingen zich nog in de beginfase (de eerste fase), dan kunnen beide partijen zich zonder vergoeding van gemaakte kosten terugtrekken. Zijn de onderhandelingen ver(der) gevorderd, dan kan het zo zijn dat een partij zich alleen mag terugtrekken onder aanbieding van vergoeding van door de wederpartij gemaakte kosten (tweede fase). De derde fase dient zich aan als de



© Xander van Ommen

Mr. Aukje Haan is partner en hoofd van de sectie Ondernemingsrecht bij CMS Derks Star Busmann in Utrecht.
aukje.haan@cms-dsb.com

wederpartij er in goede gemoede op mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen. Een partij kan dan door een rechter worden verplicht om door te onderhandelen en alsnog een contract af te sluiten of in het uiterste geval worden veroordeeld tot betaling van gederfde winst wegens het afbreken van de onderhandelingen.

Geen overbodige luxe

Zeker op dit moment is het maken van een voorbehoud bij onderhandelingen over nieuwe projecten geen overbodige luxe. Als het economisch tij toch meer tegenzit dan verwacht of nieuwe heren geen heil zien in de plannen, kan met een beroep op een gemaakt voorbehoud mogelijk aan-

sprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen worden voorkomen. Een voorbehoud kan worden gemaakt in de vorm van een *opschortende voorwaarde* (de overeenkomst komt pas tot stand nadat de voorwaarde is vervuld) of onder *ontbindende voorwaarde* (de overeenkomst vervalt nadat de gebeurtenis zich voordoet).

Lessen uit de rechtspraak

Het is van belang om de voorwaarde, dat wil zeggen de gebeurtenis waarvan de totstandkoming of het bestaan van de overeenkomst afhankelijk wordt gemaakt, zo concreet mogelijk te formuleren. Als het de bedoeling is dat de raad van commissarissen haar toestemming om wat voor redenen dan ook zou mogen weigeren, verdient het aanbeveling dit met zoveel woorden vast te leggen. Dit is van belang omdat een beroep op een gemaakt voorbehoud toch ook weer wordt getoetst aan het in Nederland hoog in het vaandel staande beginsel van 'redelijkheid en billijkheid'. Het enkele feit dat een voorbehoud is gemaakt, betekent niet dat een beroep op dat voorbehoud altijd stand houdt. Dus hoe meer 'speelruimte' in de voorwaarde is opgenomen, hoe beter. U moet duidelijk aangeven wie zich op de voorwaarde mag beroepen. Als hierover niets is vastgelegd, zou ook de andere partij mogelijk van de ont-snappingsclausule gebruik kunnen maken. Tot slot: het is van belang om in het onderhandelingsproces op diverse momenten, ook in het meer gevorderde stadium, melding te maken van een gemaakt voorbehoud. Moed, klaarheid en standvastigheid dus.