

Precontractuele fase

De regels omtrent de aansprakelijkheid bij het afbreken van de onderhandelingen.

Auteur: Joyce van Lith
Studentnummer: 009960651
Stagedocent: Mw. mr. M. Aerts
Datum: 2 juni 2009
Plaats: 's-Hertogenbosch



HOLLA POELMAN
VAN LEEUWEN
advocaten

Precontractuele fase

De regels omtrent de aansprakelijkheid bij het afbreken van de onderhandelingen.

Auteur:	Joyce van Lith
Functie auteur:	Studentstagiaire
Studentnummer:	009960651
Stagedocent:	Mw. mr. M. Aerts
Opleidingslocatie:	's-Hertogenbosch
Stageperiode:	09/02/09 t/m 15/05/09
Bedrijfsmentor:	Dhr. mr. M.P.G.M. Gorgels
Datum:	2 juni 2009
Plaats:	's-Hertogenbosch
Classificatie:	Intern

Deze scriptie is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de Juridische Hogeschool Avans-Fonty's. De opleiding stelt dat dit afstuderen extern dient te geschieden, waardoor ik de kans heb gegrepen om bij Holla Poelman Van Leeuwen Advocaten N.V. (kantoor 's-Hertogenbosch) mijn afstudeerstage te voldoen. Deze afstudeerstage heeft voor een goede combinatie tussen praktijkervaring binnen de advocatuur en het schrijven van een theoretische scriptie geleid. De afgelopen periode heb ik als leerzaam en interessant ervaren, maar ik heb ook kennis kunnen maken met de gezellige en sfeervolle omgeving. Om deze reden wil ik in ieder geval Holla Poelman Van Leeuwen Advocaten N.V. (kantoor 's-Hertogenbosch) bedanken voor het verstrekken van deze afstudeerplaats. Daarnaast wil ik in het bijzonder de heer mr. M.P.G.M. Gorgels (Matthijs) bedanken voor de begeleiding tijdens deze stage en het uitdagen om telkens een stapje verder te denken bij het schrijven van de scriptie. Hierdoor heb ik in mijn scriptie een balans kunnen vinden tussen de theorie en de praktijk. Van de Juridische Hogeschool Avans-Fonty's wil ik in ieder geval mevrouw mr. M. Aerts (Maud) bedanken voor de goede begeleiding en haar interesse in mijn onderzoek. Beide begeleiders hebben continu interesse getoond in de voortgang van mijn onderzoek.

Joyce van Lith
28 mei 2009 's-Hertogenbosch

Samenvatting	11
Lijst met afkortingen	11
1. Inleiding	11
1.1 Casus	11
1.2 Probleembeschrijving	12
1.3 Aanleiding	13
1.4 Vraagstelling	13
1.5 Doelstelling	13
1.6 Leeswijzer	13
2. Grondslag van de precontractuele fase	14
2.1 De overeenkomst	14
2.2 Precontractuele fase	15
2.3 Wettelijke grond aansprakelijkheid	15
2.3.1 Gevolgen niet nakoming verbintenis	15
2.3.2 Ontwerp-artikel	16
2.3.3 Redelijkheid en billijkheid of onrechtmatige daad	16
2.3.4 Voorovereenkomst	17
2.4 Vorderingen	17
2.5 Casus	17
3. Uitspraken van de Hoge Raad tot het arrest CBB/JPO	18
3.1 Voor Plas/Valburg	18
3.1.1 Godefroy/Fontein	18
3.1.2 Baris/Riezenkamp	18
3.1.3 Quint/Te Poel	18
3.1.4 Booy/Wisman	18
3.2 Plas/Valburg	19
3.2.1 Casus	19
3.2.2 Motivatie Hoge Raad	19
3.2.3 Verschillende fasen	20
3.2.4 Overgang fasen	20
3.3 Na Plas/Valburg	21
3.3.1 VSH/Shell	21
3.3.2 Vogelaar/Skil	21
3.3.3 RVS Levensverzekering/Van Scharenburg	21
3.3.4 Felix/Aruba	22
3.3.5 Provincie Zeeland/Hoondert	22
3.3.6 Bëlien/Provincie Brabant	22
3.3.7 Shell/Van Esta Tjallingi	22
3.3.8 Van Engelen/Mirrorgroup	23
3.3.9 MBO/De Ruijterij	23
3.3.10 Combinatie/De Staat	23
3.4 Casus	23
4. Het arrest CBB/JPO	24
4.1 De casus	24
4.2 Eerste aanleg	25
4.2.1 Eis in conventie	25
4.2.2 Eis in reconventie	25
4.2.3 Uitspraak Rechtbank Arnhem	25
4.2.4 Arrest Gerechtshof Arnhem	26
4.3 In cassatie	26
4.3.1 Juridische onderbouwing Hoge Raad	26
4.3.2 Overeenkomsten	27

4.3.3 Veranderingen	28
4.4 Casus	28
5. Reacties van juridische professionals	29
5.1 Nederlands Juristenblad	29
5.2 Contracteren	30
5.3 Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie	31
5.4 Overige publicaties	32
5.4.1 Sociaal recht	32
5.4.2 Tijdschrift Aanbestedingsrecht	32
5.4.3 Bedrijfsjuridische berichten	32
5.4.4 Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht	32
5.5 Annotaties	33
6. Uitspraken na het arrest CBB/JPO	34
6.1 Hoge Raad	34
6.1.1 Vollenhoven/Shell	34
6.1.2 Efteling/Roompot	34
6.2 Gerechtshoven	35
6.2.1 Afgewezen vorderingen	35
6.2.2 Toegewezen vorderingen	36
6.3 Rechtbanken	37
6.3.1 Afgewezen vorderingen	37
6.3.2 Vergoeding van het negatief contractsbelang	39
6.3.3 Vergoeding van het positief contractsbelang	42
6.3.4 Verplichting tot dooronderhandelen	43
6.3.5 Verplichting tot sluiten overeenkomst	43
6.4 Patroon	43
6.5 Casus	44
7. Conclusie	46
7.1 Conclusie per hoofdstuk	46
7.2 Thans geldende regels	47
7.3 Verandering	47
7.4 Casus	48
8. Aanbevelingen	49
8.1. Belangenbehartiging	49
8.1.1 Cliënt is de afbrekende partij	49
8.1.2 Cliënt is niet de afbrekende partij	49
8.2 Gebruik intentieverklaring	50
8.3 Vervolgonderzoek	50
8.4 Seminar	50
9. Visie	51
10. Procesevaluatie	52
11. Literatuurlijst	53
11.1 Literatuur	53
11.2 Handboeken	53
11.3 Publicaties	53
11.4 Parlementaire stukken	54
11.5 Jurisprudentie	55
11.5.1 Hoge Raad	55
11.5.2 Gerechtshof	55
11.5.3 Rechtbank	55
Bijlagen	57
Bijlage 1. Onderzoeksplan	57

In deze scriptie wordt antwoord gegeven op de vraag wat de thans geldende regels zijn ter invulling van de open norm omtrent de aansprakelijkheid bij het afbreken van de onderhandelingen in de precontractuele fase. Meer in het bijzonder wordt de vraag beantwoord of in recente jurisprudentie aangehaald wordt bij het arrest CBB/JPO¹ of dat teruggerepen wordt naar de eerder geldende criteria. Om antwoord te kunnen geven op deze vraag is het ook van belang dat duidelijkheid wordt verschaft over de daarvoor geldende criteria.

De precontractuele fase is de fase voorafgaand aan de contractuele fase. Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding. Het moment tussen aanbod en aanvaarding wordt de precontractuele fase genoemd. In deze fase zijn partijen in onderhandeling over het aanbod. Als een partij de verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt, pleegt deze een toerekenbare tekortkoming ex art. 6:74 BW. Dit geldt echter alleen voor verbintenissen uit de overeenkomst. Als partijen nog in onderhandeling zijn over de overeenkomst is er immers geen contractuele grondslag voor aansprakelijkheid. De verplichtingen die partijen in de precontractuele fase ten opzichte van elkaar hebben, vloeien voort uit de onrechtmatige daad en worden beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Uit jurisprudentie blijkt dat partijen de mogelijkheid hebben om schadevergoeding, dooronderhandelen en/of het sluiten van een overeenkomst bij de rechter te vorderen.

In het Plas/Valburg arrest heeft de Hoge Raad aangegeven dat het niet uitgesloten is dat onderhandelingen in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken van deze onderhandelingen als in strijd met de goeder trouw moet worden geacht.² In de literatuur hebben juridische professionals op grond van dit arrest de driefasenleer opgesteld. Na het arrest Plas/Valburg heeft de Hoge Raad nog enkele andere arresten over dit onderwerp gewezen. In deze arresten geeft de Hoge Raad aanvullingen op de norm die in Plas/Valburg genoemd staat. Op 12 augustus 2005 heeft de Hoge Raad het arrest CBB/JPO uitgesproken, waarin de Hoge Raad een strenge en tot terughoudendheid nopen maatstaf heeft vastgesteld voor de beantwoording of de onderhandelingen rechtmatig afgebroken mochten worden. Dit arrest heeft verschillende reacties van juridische professionals uitgelokt. Voorbeelden van deze reacties zijn dat de driefasenleer heeft nooit bestaan, het arrest CBB/JPO heeft de driefasenleer in een tweefasenleer veranderd en het arrest CBB/JPO voegt niets nieuws toe aan de eerdere jurisprudentie.

Om de vraag te beantwoorden of het arrest CBB/JPO ook daadwerkelijk een kentering teweeg heeft gebracht zijn de bevindingen van een uitgebreid onderzoek naar recente jurisprudentie uitgeschreven. Uit de uitspraken blijkt dat er een verschil kan worden gemaakt tussen de uitspraken waarin een vordering tot schadevergoeding, dooronderhandelen of het sluiten van een overeenkomst wordt afgewezen of toegewezen. Als de rechter al van mening is dat er een schadevergoeding dient te worden betaald, moet er een verschil worden gemaakt tussen de vergoeding van het positieve en het negatieve contractsbelang. De uiteindelijke conclusie is dat de in het arrest CBB/JPO geformuleerde maatstaf door de rechterlijke macht wordt gehanteerd als de thans geldende maatstaf. Op de vraag of de regels in de loop der jaren zijn veranderd kan geen eenduidig antwoord worden gegeven. Theoretisch zijn de regels veranderd, nu de rechtspraak niet meer verwijst naar het Plas/Valburg arrest of de driefasenleer. Uit jurisprudentie blijkt echter dat deze verandering voor de praktijk niet zoveel consequenties heeft. De rechtspraak geeft aan dat er telkens moet worden gekeken naar de individuele feiten en omstandigheden van de zaak.

¹ HR 12 augustus 2005, LJN AT7337.

² HR 18 juni 1982, NJ 1982, 723.



Lijst met afkortingen

AA	Ars Aequi
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BR	Bouwrecht
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Inv.w	Invoeringswet
Invord.w	Invorderingswet
KG	Kort geding (tijdschrift)
LJN	Landelijk JurisprudentieNummer
m.nt.	met noot
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJK	NJ Kort
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
OBW	Ontwerp nieuw burgerlijke wetboek
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Rb.	Rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
RvdW	rechtspraak van de week
SR	Sociaal Recht
TA	Tijdschrift Aanbestedingsrecht
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie



1. Inleiding

Dit hoofdstuk begint met de uitwerking van een casus, die door de gehele scriptie loopt. Deze casus geeft een goed beeld van de probleemstelling en aanleiding van het onderzoek. In dit hoofdstuk worden ook de doelstelling en vraagstelling weergegeven. Het gehele hoofdstuk is gebaseerd op het onderzoeksplan.³

1.1 Casus

Een gemeente had voor ogen een Cultureel Kwartier te ontwikkelen. Hiervoor raakte zij in onderhandeling met een bedrijf (hierna te noemen: Project B.V.⁴), dat werkzaam is op het gebied van ontwikkeling en belegging in onroerende zaken. De gemeenteraad had op 21 juni 2002 ingestemd met het voorstel om een Cultureel Kwartier te ontwikkelen. Dit Culturele Kwartier zou een ambitieus project zijn, waarin publieke functies gevestigd worden zoals een bibliotheek, parkeergarage, bioscoop, theater, hotel en minicasino. Op 8 januari 2003 heeft de gemeente met Project B.V. een intentieovereenkomst getekend.

In de intentieovereenkomst is opgenomen dat de gemeente en Project B.V. gezamenlijk onderzoek zullen doen naar de haalbaarheid van het project Cultureel Kwartier. In de intentieovereenkomst staan de volgende bepalingen opgenomen:

- Als de haalbaarheid door beide partijen is aangetoond, zullen zij tot een projectovereenkomst komen en overgaan tot de realisatie van het project.
- Voordat begonnen kan worden aan de realisatie van het project is de toestemming van de gemeenteraad nodig.
- Partijen zullen pas een projectovereenkomst sluiten als zij over alle punten die in de intentieovereenkomst genoemd staan het eens zijn geworden.
- De overeenkomst zal in ieder geval eindigen op 31 oktober 2003 of wanneer partijen hebben besloten om niet tot gezamenlijk uitvoering over te gaan. De overeenkomst wordt in ieder geval geëindigd op 30 april 2003 als de haalbaarheidsstudie niet is afgerond of op 31 juli 2003 als er geen wilsovereenstemming is bereikt over de projectovereenkomst.
- Als de haalbaarheidsstudie niet op tijd wordt gedaan dan kan de gemeente de onderhandelingen afbreken en is zij niet gehouden om de kosten te vergoeden.
- Als partijen geen wilsovereenstemming kunnen bereiken zullen zij gebruik maken van mediation, arbitrage of bindend advies, om te bepalen wat de hoogte van de schadevergoeding is.
- De gemeente is gerechtigd om na beëindiging van de onderhandelingen het project te realiseren met een derde met gebruikmaking van de door eiser gedane haalbaarheidsstudie en de andere uitgevoerde onderzoeken.

Op 30 december 2003 zijn partijen in gesprek gegaan omtrent de uitkomst van het haalbaarheidsonderzoek. De gemeente heeft aangegeven het theater en de parkeergarage zelf te realiseren. Aan Project B.V. is de toezegging gedaan om de rest van het project te realiseren. Op grond van dit gesprek is geconcludeerd dat er voldoende zicht bestaat op de haalbaarheid van het project.

In augustus 2004 hebben partijen een aanvulling op de intentieovereenkomst ondertekend. Hierin staat dat voordat een conclusie kan worden genomen over de haalbaarheid van het project een voorlopig ontwerp zal worden gemaakt. De datum waarop de intentieovereenkomst zal komen te vervallen is verlengd naar 30 november 2004. Uiteindelijk

³ Zie bijlage 1.

⁴ Project B.V. is een fictieve naam. In de uitspraak van het hof en de rechtbank wordt geen bedrijfsnaam genoemd.

is deze datum nogmaals verschoven naar 31 januari 2005. Bij deze aanvulling op de intentieovereenkomst heeft de gemeente een bijlage toegevoegd. In deze bijlage staat een “mini cultureel programma van eisen”. Dit programma zijn partijen overeen gekomen aan de hand van de uitslag van de haalbaarheidstest.

Op 15 november 2004 heeft eiser een programma aan de gemeente gestuurd, met daarin een bieding van € 3.320.000,00. Uiteindelijk hebben er besprekingen plaatsgevonden. Uit het besprekingsverslag van 19 januari 2005 blijkt dat de gemeente het wel eens is met het plan, maar niet met de bieding. Partijen zullen samen uit moeten komen op een bedrag tussen de € 3,3 miljoen en de € 4,5 miljoen. Voor de gemeente is het minicasino bespreekbaar, maar niet voor de minimaal noodzakelijke € 4,5 miljoen.

Uiteindelijk heeft de gemeente op 25 februari 2005 bericht dat partijen niet tot overeenstemming zullen komen voor 31 januari 2005. Om die reden heeft de gemeente de intentieovereenkomst en de aanvullende overeenkomst beëindigd. Eiser lijdt hierdoor schade en wil deze schade op de gemeente verhalen.

Op 10 februari 2009 heeft het Gerechtshof Leeuwarden uitspraak gedaan in deze zaak. Dit is een zeer recente uitspraak over het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase.⁵ Om die reden wordt deze casus als rode draad door de scriptie behandeld. In ieder hoofdstuk wordt de conclusie gekoppeld aan de casus, zodat aan de hand van de casus antwoord kan worden gegeven op de vraag wat de thans geldende regels zijn en of die door de loop der jaren zijn veranderd.

1.2 *Probleembeschrijving*

In bovenstaande casus zijn de onderhandelingen afgebroken, voordat een overeenkomst tot stand is gekomen. In verschillende gevallen kan het zijn dat een van de partijen hierdoor schade lijdt, zoals dit ook geldt voor Project B.V. Een ander voorbeeld hiervan is bijvoorbeeld wanneer een sollicitatieprocedure al in zo'n verre mate is gevorderd dat verwacht kan worden dat er een arbeidsovereenkomst zal ontstaan. Het kan zijn dat de sollicitant andere sollicitatiegesprekken heeft geweigerd, omdat hij ervan uitging dat hij zou worden aangenomen. Als uiteindelijk de werkgever afhaakt, lijdt de sollicitant hierdoor schade. De vraag die dan gesteld kan worden is of de werknemer recht heeft op voortgang van de onderhandelingen, schadevergoeding of op geen van beiden?

Zoals uit het bovenstaande blijkt gaat het hier om de vraag naar aansprakelijkheid van de afbrekende partij in de precontractuele fase. De Hoge Raad heeft in 1957 een arrest gewezen, waaruit blijkt dat partijen naast het eigen belang rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁶ In het Plas/Valburg arrest heeft de Hoge Raad deze maatregel verder uitgewerkt met de regel dat hoe verder de onderhandelingen zijn, hoe meer verplichtingen partijen tegenover elkaar hebben.⁷ In de loop der jaren zijn er verschillende arresten bijgekomen die de criteria verder aanscherpen. Echter in 2005 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen, waarvan beweerd wordt dat dit een kentering teweeg heeft gebracht.⁸ De vraag is of de Hoge Raad hiermee het leerstuk omtrent de aansprakelijkheid in de precontractuele fase heeft willen veranderen en wat de impact van dit arrest is?

Uiteindelijk heeft het bovenstaande tot vele discussies tussen juridische professionals geleid. De vraag is welke standpunten professionals hebben ingenomen en hoe zij deze hebben

⁵ Hof Leeuwarden 10 februari 2009, *LJN* BH4505.

⁶ HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67.

⁷ HR 18 juni 1982, *NJ* 1982, 723.

⁸ HR 12 augustus 2005, *LJN* AT7337.

onderbouwd. Van belang is in ieder geval de vraag hoe de rechtspraak zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld.

1.3 *Aanleiding*

Holla Poelman Van Leeuwen Advocaten N.V. wil in het najaar van 2009 samen met een accountantskantoor een seminar geven over de aansprakelijkheid bij afbreken van de onderhandelingen in de precontractuele fase.

Daarnaast bestaat onduidelijkheid over de thans geldende regels die dienen ter invulling van de open norm bij het vaststellen van de aansprakelijkheid in de precontractuele fase. Doordat deze leer in veel rechtsgebieden speelt, is het voor de advocaten van Holla Poelman Van Leeuwen N.V. van belang dat er duidelijkheid bestaat over de thans geldende regels en/of die regels in de afgelopen jaren zijn veranderd.

1.4 *Vraagstelling*

Wat zijn de thans geldende regels ter invulling van de open norm omtrent de aansprakelijkheid bij afbreken van de onderhandelingen in de precontractuele fase en zijn deze regels in de loop der jaren veranderd?

1.5 *Doelstelling*

Op 2 juni 2009 is Holla Poelman van Leeuwen Advocaten N.V., vestiging 's-Hertogenbosch, in het bezit van een scriptie, waarin de thans geldende regels beschreven staan die dienen ter invulling van de open norm omtrent de aansprakelijkheid bij afbreken van de onderhandelingen in de precontractuele fase en waarin antwoord wordt gegeven op de vraag of deze regels zijn veranderd in de loop der jaren.

1.6 *Leeswijzer*

Deze scriptie is opgebouwd aan de hand van de door de Juridische Hogeschool Avans-Fonty's gestelde eisen voor een goed rapport.⁹ In eerste instantie zal ieder hoofdstuk beginnen met een korte inleiding en eindigen met een conclusie, welke wordt toegepast op de casus. In het tweede hoofdstuk is de grondslag van de precontractuele fase beschreven, daarbij wordt ingegaan op de algemene beginselen die gelden voor de totstandkoming van een overeenkomst. Daarnaast wordt ook kort uitgewerkt welke mogelijkheden partijen hebben, wanneer zij in aanraking komen met afgebroken onderhandelingen. Na dit hoofdstuk volgen de belangrijkste uitspraken van de Hoge Raad, beginnende bij Godefroy/Fontein¹⁰ en eindigend bij het laatste arrest van de Hoge Raad voor het arrest CBB/JPO.¹¹ In hoofdstuk 4 wordt een uitgebreide uiteenzetting gegeven van het arrest CBB/JPO. Dit arrest heeft volgens meerdere juridische professionals een kentering teweeg gebracht en daarom is gekozen voor een uitgebreide beschrijving van het arrest. Wat de reacties van de juridische professionals precies waren en wat hier verschillend aan was kan afgeleid worden uit hoofdstuk 5. In hoofdstuk 5 zijn de belangrijkste publicaties over dit onderwerp samengevat. Dit zorgt ervoor dat er verschillende perspectieven belicht worden. Aan de hand van deze perspectieven is er een onderzoek naar recente jurisprudentie gedaan, waarvan de bevindingen in hoofdstuk 6 staan uitgeschreven. Het rapport eindigt met de conclusie en aanbevelingen. In de conclusie wordt antwoord gegeven op de hoofdvraag. Naar aanleiding van dit rapport is in hoofdstuk 9 een artikel geschreven. De evaluatie op het onderzoek is terug te vinden in hoofdstuk 10.

⁹ R. Hogeweg, *Een goed rapport*, Utrecht: ThiemeMeulenhoff 2004.

¹⁰ HR 13 december 1953, NJ 1954, 248

¹¹ HR 12 augustus 2005, LJN AT7337.



2. Grondslag van de precontractuele fase

Dit hoofdstuk geeft antwoord op de vraag wat de precontractuele fase is en wanneer deze aanvangt. Verder wordt in dit hoofdstuk besproken wat de grondslag voor deze aansprakelijkheid in de precontractuele fase is. Tevens wordt er kort weergegeven wat deze aansprakelijkheid inhoudt en wat de wederpartij zou kunnen vorderen van de afbrekende partij.

2.1 De overeenkomst

De precontractuele fase is de fase die voorafgaat aan de contractuele fase. Om die reden is het van belang de basisbeginselen van de overeenkomst te behandelen. De eerste schriftelijke overeenkomsten stammen uit 2500 voor Christus. De overeenkomsten zijn in steen gebeiteld of in spijkerschrift op kleitabletten gegrift. Een bekende overeenkomst is het koopcontract van Tsenti, welke is gevonden bij de piramiden van Giza. Er is eveneens een soortgelijk contract bekend uit Mesopotamië.¹² Het is niet duidelijk in welk jaar in Nederland de eerste overeenkomst is gesloten.

Momenteel zijn de regels omtrent overeenkomsten in Nederland in het Burgerlijk Wetboek vastgelegd. In titel twee van boek drie zijn de regels omtrent rechtshandelingen opgenomen en in titel vijf van boek zes de algemene regels omtrent overeenkomsten. In art. 3:33 BW is het begrip rechtshandeling opgenomen. De wetgever heeft echter geen definitie aan dit begrip willen geven, maar in de wet is wel het volgende vereiste opgenomen: *“Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard”*. Art. 3:37 BW vult aan dat een wilsverklaring in iedere vorm kan geschieden. Dit zorgt ervoor dat een wilsverklaring niet zozeer schriftelijk of mondeling hoeft te geschieden, maar dat een wilsverklaring zich ook kan uiten door een gedraging, zoals een knikje of een handgebaar. Dit laatste wordt ook wel de stilzwijgende wilsverklaring genoemd. Of er sprake is van een wilsverklaring wordt gebaseerd op hetgeen de andere partij redelijkerwijs had mogen afleiden. Hieruit blijkt dat de verklaring de andere partij bereikt moet hebben, dit wordt ook wel de ontvangsttheorie genoemd zie art. 3:37 lid 3 BW. Het kan echter voorkomen dat er een discrepantie ontstaat tussen wil en verklaring. In art. 3:35 BW staat dat de uiterlijke schijn van de verklaring voorgaat op de interne wil van de handelende persoon. Als er sprake is van een discrepantie tussen de wil en de verklaring kan er toch een rechtshandeling tot stand komen, mits de wederpartij te goeder trouw was en niet op de hoogte was van de discrepantie tussen de wil en de verklaring. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de meerzijdige en de eenzijdige rechtshandeling. De meerzijdige rechtshandeling wordt verricht door meer dan één persoon. De bekendste meerzijdige rechtshandeling is de overeenkomst.

Een overeenkomst schept een verbintenis tussen beide partijen en wordt ook wel een obligatoire overeenkomst genoemd. In het Nederlands taalgebruik wordt een overeenkomst ook wel een contract genoemd. In art. 6:213 lid 1 BW staat dat een overeenkomst een meerzijdige rechtshandeling is, waarbij een of meer partijen jegens een of meer anderen een verbintenis aangaan. Bij een overeenkomst verrichten dus twee of meer partijen een rechtshandeling. De overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan, zoals dit in art. 6:217 lid 1 BW staat. In lid 2 van dit artikel staat dat een rechtshandeling kan voortvloeien uit het aanbod, een andere rechtshandeling of uit een gewoonte. Er is alleen sprake van een aanbod als dit aanbod een voorstel tot het sluiten van een overeenkomst inhoudt, waarbij alle essentiële elementen van die overeenkomst benoemd worden. Het moet een aanbod zijn, waarbij de wederpartij met een enkel “ja” de overeenkomst kan aanvaarden. De uitnodiging om in onderhandeling te treden is geen aanbod, maar wordt beschouwd als

¹² J.M. Dunné, *Verbintenissenrecht, contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Er kan ook sprake zijn van een openbaar aanbod door bijvoorbeeld advertenties of reclameborden. De vraag of er sprake is van een aanbod of van een uitnodiging tot het doen van een aanbod is in de praktijk niet altijd gemakkelijk te beantwoorden.¹³

2.2 *Precontractuele fase*

Op de vraag wanneer de precontractuele fase aanvangt kan niet zondermeer antwoord worden gegeven. De heer H. Drion heeft in 1967 gesteld dat men kan zeggen dat de precontractuele fase start op het moment dat een partij een aanbod doet, uitnodigt tot het doen van een aanbod of wanneer de besprekingen en onderhandelingen daadwerkelijk zijn gestart.¹⁴ In het arrest *Vogelaar/Skil* heeft de Hoge Raad bepaald dat partijen niet perse in onderhandeling hoeven te zijn, maar dat er ook sprake kan zijn van een precontractuele verplichtingen als partijen anders dan via onderhandelingen betrokken zijn bij het voorbereiden van een tussen hen te sluiten overeenkomst.¹⁵

Uit het bovenstaande blijkt dat de precontractuele fase in ieder geval de fase is, die voorafgaat aan de aanvaarding. In deze fase kunnen partijen onderhandelen over de inhoud van het aanbod. Bij langdurige en complexe onderhandelingen is het moeilijk aan te geven wanneer een overeenkomst tot stand is gekomen. Dit is wel van belang, omdat op het moment dat een overeenkomst tot stand is gekomen, partijen een verbintenis zijn aangegaan. Van deze verbintenis kunnen zij niet zondermeer afwijken. De vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen moet beantwoord worden aan de hand van de bepaalbaarheidseis uit art. 6:227 BW, waarin staat dat de verbintenissen die partijen op zich nemen bepaalbaar moeten zijn. Dit betekent dat er pas sprake kan zijn van een overeenkomst als bepaalbaar is wat de inhoud van deze overeenkomst is. Als partijen over alle essentialia overeenstemming hebben kan het zijn dat er een rompovereenkomst tot stand is gekomen. Uit art. 6:248 lid 1 BW blijkt dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst uit de wet de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Tevens moet er rekening worden gehouden met de bedoeling van partijen, de wil moet immers zijn verklaard. Dit is door de Hoge Raad bepaald in het *Haviltex* arrest.¹⁶ Partijen moeten dus beiden het gerechtvaardigd vertrouwen hebben dat de andere partij ook begrijpt dat er over de essentialia overeenstemming is bereikt en dat zij daarom gebonden zijn aan die verbintenis.¹⁷

2.3 *Wettelijke grond aansprakelijkheid*

In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op de wettelijke grond voor aansprakelijk. Er zal een uiteenzetting worden gegeven van de gevolgen van niet nakoming, waarna er zal worden ingegaan op het ontwerp-artikel en het verschil tussen de onrechtmatige daad en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

2.3.1 *Gevolgen niet nakoming verbintenis*

In art. 6:74 BW e.v. staan de gevolgen voor partijen wanneer zij de verbintenis uit de overeenkomst niet nakomen. In lid 1 van dit artikel staat dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Dit is het geval als de tekortkoming niet te wijten is aan de schuld van de

¹³ J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2007.

¹⁴ G. Blei Weismann, *Verbintenissenrecht losbladig, artikelsgewijs commentaar op art. 217-227*, Kluwer: Deventer bijgewerkt tot 2008, aantekening 4.

¹⁵ HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647.

¹⁶ HR 31 maart 1981, NJ 1981, 635.

¹⁷ HR 2 februari 2001, NJ 2001, 119.

schuldenaar, krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen ex art. 6:75 BW. In art. 6:82 lid 1 BW staat: “Het verzuim treedt in, wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, en de nakoming binnen deze termijn uitblijft.” De schuldenaar blijft in verzuim gedurende de tijd dat de nakoming uitblijft. In de artt. 6:84 en 6:87 BW staat dat de schuldenaar de door de niet nakoming ontstane schade en de schade vanwege de vertraging moet vergoeden. Voor dit laatste geldt alleen de schade in periode dat de schuldenaar in verzuim was. Als nakoming blijvend onmogelijk is, wordt de verbintenis omgezet in een vervangende schadevergoeding. Dit moet dan wel door de schuldeiser schriftelijk aan de schuldenaar bekend worden gemaakt zie art. 6:87 lid 1 BW. In de precontractuele fase is er nog geen sprake van een verbintenis, omdat er nog geen overeenkomst tot stand is gekomen. De vraag is op welke wettelijke grond de afbrekende partij dan aansprakelijk kan worden gesteld?

2.3.2 Ontwerp-artikel

Bij het ontwerp van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1987 is een ontwerpartikel opgesteld over de aansprakelijkheid in de precontractuele fase. Het doel van het opnemen van een wettelijke bepaling was dat hierdoor de discussie omtrent de grond van de aansprakelijkheid niet meer van belang zou zijn.¹⁸ Het ontwerpartikel zou de volgende inhoud hebben:

“Art. 6.5.2.8a Ontwerp nieuw BW

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 gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.”

Na amendement is voorgesteld om het artikel te laten vervallen.¹⁹ Bij de parlementaire behandeling van de boeken 3,5 en 6 is het standpunt ingenomen dat een wettelijke regeling van de precontractuele verhouding niet in de wet opgenomen dient te worden. De reden hiervan is dat onderhandelende partijen vrijheid hebben en dat aan hen geen binding moet worden opgelegd. Inspanningen moeten in de precontractuele fase op eigen risico worden verricht en alleen in bijzondere gevallen kan aansprakelijkheid worden toegewezen op grond van de onrechtmatige daad of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Uit de parlementaire geschiedenis kan dus opgemaakt worden dat het tot stand komen van overeenkomsten aan het ongeschreven recht moet worden toegelaten. De contractsvrijheid is één van de drie grondbeginselen en houdt in dat partijen vrij zijn een overeenkomst te sluiten met wie zij willen.²⁰ De andere twee beginselen zijn de vormvrijheid en de verbindende kracht van de overeenkomst.

2.3.3 Redelijkheid en billijkheid of onrechtmatige daad

Uit het bovenstaande blijkt dat er geen artikel bestaat die de aansprakelijkheid in de precontractuele fase regelt. Volgens bepaalde professionals moet de grond van de aansprakelijkheid gezocht worden in de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Deze maatstaven zijn immers ook van toepassing op overeenkomsten door de schakelbepaling van art. 6:216 BW. Er zijn echter ook professionals die van mening zijn dat het geoorloofd afbreken van de onderhandelingen als onrechtmatig aangemerkt dient te worden als de afbrekende partij de kosten aan de andere partij niet vergoedt op grond van de onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. Tegenwoordig is de discussie over de grondslag van de aansprakelijkheid in de precontractuele fase afgenomen.²¹

¹⁸ MvA II inv. Ad afd. 6.5.2. sub 2, parl geschied inv boek 6 p. 1439.

¹⁹ Van Der Burg en Korthalf, Parlementaire geschiedenis. Inv, boek 6 p. 1443.

²⁰ Art. 2:301 lid 1 Principles of European Contract law.

²¹ G. Blei Weismann, *Verbintenissenrecht losbladig, artikelsgewijs commentaar op art. 217-227*, Kluwer: Deventer bijgewerkt tot 2008, aantekening 43 t/m 50.

2.3.4 Voorovereenkomst

In een voorovereenkomst kunnen partijen de verplichtingen in de precontractuele fase vastleggen. Een voorovereenkomst functioneert als een overkoepeling van de precontractuele fase. Van belang is dat hierbij rekening moet worden gehouden met de contractsvrijheid van partijen. Een voorovereenkomst wordt ook wel een “letter of intent” of een “intentieverklaring” genoemd. Het is ook mogelijk dat partijen een “subject to contract clause” opnemen, waarin staat dat zij het recht voorbehouden om de onderhandelingen af te breken zonder de kosten te vergoeden. De vraag is echter of een dergelijke verklaring geldig blijft naar mate de onderhandelingen vorderen.

2.4 Vorderingen

Vanaf art. 6:95 BW staan de artikelen genoemd omtrent schadevergoeding. Schade kan bestaan uit vermogensschade en/of ander nadeel. Uit art. 6:96 BW kan worden opgemaakt dat vermogensschade bestaat uit het geleden verlies en de gederfde winst, dit wordt het positief contractsbelang genoemd. Dit zijn de voordelen die de partij misloopt doordat de overeenkomst niet wordt gesloten. Vergoeding van het positieve belang impliceert ook de kosten die in de onderhandelingsfase zijn gemaakt, voor zover deze in de contractprijs zouden zijn opgenomen. Het negatief contractsbelang betreft de kosten die met de zonder succes gevoerde onderhandelingen waren verbonden en de schade doordat de benadeelde een ander contract met een derde heeft gemist. Naast bovengenoemde schadeposten zijn er ook overige schadeposten. Hierbij kan gedacht worden aan de schade die de partij lijdt doordat de andere partij misbruik maakt van gegevens, die haar in het kader van de onderhandelingen zijn verschaft. De rechter is bevoegd om de schade te begroten op een wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, zie art. 6:97 BW. De rechter kan zowel een schadevergoeding in geld als een schadevergoeding in natura opleggen ex art. 6:103 BW.

De rechter is op grond van art. 3:296 BW bevoegd om op vordering van de wederpartij de afbrekende partij te veroordelen tot het doen, nalaten of geven van iets. Op grond van deze bepaling ontstaat voor de wederpartij de mogelijkheid om een verplichting tot nakoming of het sluiten van een overeenkomst te vorderen. Er moet echter wel een verschil tussen beiden worden gemaakt. Een overeenkomst kan immers alleen door wilsovereenstemming tot stand komen. Het kan zijn dat dooronderhandelen blijvend onmogelijk is. Er moet om die reden een verschil worden gemaakt tussen de resultaatsverbintenis en de inspanningsverbintenis. Deze laatste verbintenis houdt in dat de partijen verplicht worden samen verder te onderhandelen over de nog openstaande punten. Dit wil dus niet zeggen dat er ook daadwerkelijk een overeenkomst moet worden afgesloten.

2.5 Casus

Voor Project B.V. zou dit betekenen dat er een mogelijkheid bestaat om primair nakoming van de overeenkomst te vorderen, aangezien zij kan aantonen dat er over de essentialia overeenstemming is bereikt. Op grond van art. 6:74 BW zou Project B.V. schadevergoeding kunnen eisen. Project B.V. zal dit in ieder geval eerst schriftelijk aan de gemeente kenbaar moeten maken. Op het moment dat de gemeente niet aan deze ingebrekestelling voldoet, is zij in verzuim getreden. Project B.V. kan dan ook nakoming en/of vergoeding van de gemaakte kosten en de gederfde winst vorderen. Subsidiair zou Project B.V. op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid of op grond van onrechtmatige daad de gemeente aansprakelijk kunnen stellen van de door haar geleden schade en gederfde winst (positief contractsbelang). Eveneens zou Project B.V. kunnen vorderen dat de rechter de gemeente verplicht tot het sluiten van een overeenkomst dan wel tot dooronderhandelen. Meer subsidiair kan Project B.V. vergoeding van het negatief contractsbelang vorderen, inhoudende de gemaakte kosten. Hoe deze vordering moet worden onderbouwd, zal moeten blijken uit de bestaande jurisprudentie.



3. Uitspraken van de Hoge Raad tot het arrest CBB/JPO

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de geschiedenis van de aansprakelijkheid in de precontractuele fase. Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat er geen wettelijke regeling is, maar dat de verplichting is ontstaan uit de uitspraken van de Hoge Raad. De belangrijkste rechtsregels uit de uitspraken van de Hoge Raad worden in dit hoofdstuk uiteengezet.

3.1 Voor Plas/Valburg

Voordat onderstaande arresten door de Hoge Raad werden gewezen gold in Nederland de regeling dat partijen te allen tijde vrij zijn om onderhandelingen af te breken, in verband met het basisbeginsel van contractsvrijheid, waardoor de afbrekende partij geen schadevergoedingsplicht had. Hieruit kan opgemaakt worden dat partijen dus geen verplichtingen ten opzichte van elkaar hadden in de precontractuele fase.

3.1.1 Godefroy/Fontein

De eerste opmerking over de verhoudingen in de precontractuele fase is gemaakt door de heer Ph.A.N. Houwing in zijn noot onder het arrest Godefroy/Fontein.²² Hij heeft hierin aangegeven dat de toepasselijkheid van de goeder trouw in de precontractuele fase wel erg voor de hand ligt. In het arrest noemt de Hoge Raad echter geen grondslag voor deze verhoudingen.

3.1.2 Baris/Riezenkamp

De verhoudingen van partijen in de precontractuele fase worden door de Hoge Raad voor het eerst genoemd in het arrest Baris/Riezenkamp.²³ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere door de goeder trouw beheerste rechtsverhouding, meebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. De inhoud van de zaak ging echter niet over het afbreken van de onderhandelingen in de precontractuele fase, maar over de onderzoeksplicht die op een dwalende partij kan rusten. Het belangrijkste punt in dit arrest was dat de Hoge Raad sprak over een rechtsverhouding in de onderhandelingsfase, die door de goede trouw wordt beheerst.

3.1.3 Quint/Te Poel

Een jaar na het arrest Baris/Riezenkamp wijst de Hoge Raad arrest in de zaak Quint/Te Poel.²⁴ In dit arrest heeft de Hoge Raad uitleg gegeven over de in art. 1269 (oud) BW geformuleerde regel, welke inhoud dat verbintenissen kunnen voortvloeien uit de overeenkomst en uit de wet. De Hoge Raad heeft in dit arrest echter geoordeeld dat in de gevallen waarin geen regeling in de wet aansluit bij de verbintenis en wanneer deze verbintenis niet voortvloeit uit een overeenkomst, een oplossing kan worden gezocht in een stelsel van de wet die aansluit bij de in wet geregelde gevallen. Dit betekent dus dat niet in alle gevallen een verbintenis rechtstreeks op een wettelijke bepaling of op een overeenkomst hoeft te rusten.

3.1.4 Booy/Wisman

De rechtsregel, die in het arrest Baris/Riezenkamp werd geformuleerd, komt niet terug in het arrest Booy/Wisman.²⁵ In deze zaak ging het voornamelijk over de uitleg van het begrip toekomstverwachting en over de vraag hoever de onderzoeksplicht van een kopende partij

²² HR 13 december 1953, NJ 1954, 248 m.nt. Ph.A.N. Houwing.

²³ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67, m.nt. L.E.H. Rutten en m.nt. W.C.L. van der Grinten.

²⁴ HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548, m.nt. D.J. Veegens en m.nt. J.H. Beekhuis.

²⁵ HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 m.nt. G.J. Scholten en m.nt. W.C.L. van der Grinten.

strekt. De Hoge Raad noemde hier echter niet de goeder trouw, maar dwaling als grondslag voor de verplichtingen die partijen hebben.

3.2 *Plas/Valburg*

In het arrest Plas/Valburg heeft de Hoge Raad de eerste uitspraak gedaan over de aansprakelijkheid van de afbrekende partij in de precontractuele fase.²⁶ De Hoge Raad sluit hier aan bij de rechtsregel die in Baris/Riezenkamp is geformuleerd.

3.2.1 *Casus*

Aannemer Plas Bouwonderneming B.V. (hierna te noemen: Plas) had op verzoek van de secretaris van de gemeente Valburg een offerte gemaakt voor de bouw van een overdekt zwembad. Een commissie van de gemeenteraad besloot vervolgens de offerte van Plas, evenals die van drie andere aannemers te onderzoeken. Op verzoek van de gemeente won Plas daarna adviezen in van externe deskundigen, zoals een architect en adviseurs inzake verwarming, elektriciteit en geluid. De kosten ad f 60.000,00 kwamen voor rekening van Plas. Daarop verzocht de zogenaamde “kleine zwembadcommissie”, bestaande uit een wethouder, raadslid, gemeentesecretaris en de directeur gemeentewerken, zowel Plas als een van de overige aannemers om hun offerte aan te passen en een prijsopgave te doen. De prijsopgave die Plas vervolgens deed, bleek de laagste te zijn. Om deze reden besloot het college van Burgemeester en Wethouders te kiezen voor Plas. Door de burgemeester werd aan Plas medegedeeld dat de bouw van het zwembad aan haar gegund werd, op voorwaarde dat de gemeenteraad het besluit moet goedkeuren en dat er nog aanpassingen zullen volgen van enkele details. Uiteindelijk werd de overeenkomst echter gegund aan een aannemer die met een lagere offerte kwam dan die van Plas. Deze aannemer was bij de oorspronkelijk offertes helemaal niet betrokken geweest en had zich pas na de herziene offerte van Plas bij de gemeente gemeld. Plas vorderde van de gemeente en schadevergoeding van f 130.000,00 (f 60.000,00 voor de gemaakte kosten en f 70.000,00 voor de gedeelde winst) op grond van onrechtmatig handelen en/of een toerekenbare tekortkoming in de nakoming.

De Rechtbank Arnhem veroordeelde daarop de gemeente Valburg tot betaling van f 130.000,00. Door de bouw niet aan Plas te gunnen, handelde de gemeente in strijd met de goeder trouw, die de verhouding van partijen in de precontractuele fase beheerst. In hoger beroep bij het Gerechtshof Arnhem voerde de gemeente aan dat de schadevergoedingsplicht als gevolg van een gedraging in strijd met de goeder trouw in een precontractuele verhouding niet mede vergoeding van gedeelde winst kan omvatten. Deze grief acht het hof gegrond: *“De genoemde schadevergoedingsplicht gaat niet verder dan gemaakte kosten en de schade die Plas heeft geleden omdat deze precontractuele verhoudingen zijn ontstaan”*.²⁷

3.2.2 *Motivatie Hoge Raad*

Uiteindelijk heeft Plas cassatie ingesteld tegen het arrest van het hof. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

“Niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van de gedeelde winst. Een verplichting tot vergoeding van de in het kader van de voorafgaande onderhandelingen gemaakte kosten zou zelfs kunnen bestaan, als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de ene partij te goeder trouw die onderhandelingen niet meer had mogen afbreken,

²⁶ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.nt. C.J.H. Brunner, m.nt. P. van Schilfgaarden en m.nt. L.D. Pels Rijcken.

²⁷ M.R. Ruygvoorn, *Monografieën privaatrecht. Afbreken van onderhandelingen*, Denventer: Kluwer 2005.

maar reeds wel in een stadium dat zulk afbreken haar in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door de wederpartij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen. (BW art. 1374, 1401).

Het is, ook in het licht van de door de gemeente op appelgrief XII gegeven toelichting en van de daarop afgestemde bestrijding van die grief door Plas, onbegrijpelijk op welke gronden het hof heeft gemeend, dat Plas de grief, welke luidde: "Ten onrechte gaat de Rb. ervan uit, dat Plas bij haar prijsopgave een winstmarge had ingecalculeerd", had moeten begrijpen zoals het hof in de derde rechtsoverweging zegt haar op te vatten. (Rv art. 59 lid 1 onder 3)." ²⁸

3.2.3 Verschillende fasen

Uit de uitspraak van de Hoge Raad kan geconcludeerd worden dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen de verplichting tot betaling van het positief en het negatief contractsbelang. Volgens juridisch Nederland wordt de precontractuele fase door dit arrest onderverdeeld in drie fasen. In de eerste fase zijn de partijen vrij om de onderhandelingen op ieder moment af te breken. Wanneer een partij in deze fase de onderhandeling afbreekt, is deze niet verplicht de gemaakte kosten te vergoeden. In de tweede fase is dit niet meer het geval. De onderhandelingen kunnen nog wel worden afgebroken, maar op de afbrekende partij ligt dan een schadevergoedingsplicht. Deze schadevergoedingsplicht strekt alleen tot de kosten die de andere partij heeft gemaakt in het kader van de onderhandelingen. In de tweede fase kunnen de partijen niet verplicht worden tot dooronderhandelen, het sluiten van een overeenkomst en/of de betaling van het positief contractsbelang. De derde fase is de laatste fase voordat de overeenkomst tot stand zou komen. In deze fase is het voor partijen niet meer geoorloofd de onderhandelingen af te breken. Wanneer een partij dan toch de onderhandelingen afbreekt is deze niet alleen verplicht de kosten te vergoeden, maar ook de gederfde winst (het positief contractsbelang). In deze fase kan de rechter tevens een verplichting tot dooronderhandelen of het sluiten van de overeenkomst opleggen. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de verplichting tot dooronderhandelen en de verplichting tot het sluiten van een overeenkomst.²⁹ In sommige gevallen kan het zijn dat een verplichting tot het sluiten van een overeenkomst voortvloeit uit de goede trouw, zoals dit blijkt uit de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 oktober 1989.³⁰

Bovengenoemde driefasenleer wordt in het boek "Afbreken van de onderhandelingen"³¹ van Ruygvoorn als volgt aangeduid:

Fase I
Afbreken van de onderhandelingen is geoorloofd.

Fase II
Afbreken van de onderhandelingen is geoorloofd mits vergoeding van de gemaakte kosten en/of de geleden schade. Hieronder vallen niet de kosten die in de risicosfeer van de partijen liggen.

Fase III
Afbreken is ongeoorloofd, om die reden moeten de kosten genoemd in fase II vergoed worden, maar kan er ook aanspraak gemaakt worden op het positief contractsbelang.

3.2.4 Overgang fasen

De overgang tussen de verschillende fasen is in de praktijk moeilijk te herkennen. De tweede fase is het moment dat de onderhandelingen niet meer kunnen worden afgebroken, zonder dat de gemaakte kosten aan de andere partij worden vergoed. Het moment dat de tweede fase is bereikt kan niet aan regels worden vastgelegd. Het bepalen van dit moment is sterk afhankelijk van alle omstandigheden. Het simpelweg opstellen van een offerte kan niet gezien worden als een overgang naar de tweede fase. In het boek "Onderhandelen en

²⁸ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.nt. C.J.H. Brunner, m.nt. P. van Schilfgaarden en m.nt. L.D. Pels Rijcken.

²⁹ C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: Verbintenissenrecht*, nr. 161.

³⁰ Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 1989, NJ 1992, 429.

³¹ M.R. Ruygvoorn, *Monografieën privaatrecht. Afbreken van onderhandelingen*, Denventer: Kluwer 2005.

privaatrecht”³² noemt de Kluiver een lijst met criteria die kunnen helpen bij de vraag of de tweede fase is ingetreden en of er kosten zijn gemaakt die voor vergoeding in aanmerking komen. Het is echter zo dat de lijst niet limitatief is en niet in alle gevallen van toepassing is. Er mag nu eenmaal verwacht worden dat als iemand een opdracht wil verwerven, diegene zich hier ook voor inspant. De kosten die dan gemaakt worden vallen onder het ondernemingsrisico van de wederpartij. Het aantonen van de overgang van de tweede naar de derde fase is ook niet gemakkelijk. De derde fase zal in ieder geval ingetreden zijn als de partijen overeenstemming hebben bereikt over alle essentialia. Het kan dus zijn dat er in de derde fase een rompovereenkomst tot stand is gekomen, maar dat er over bepaalde details nog geen overeenstemming is bereikt.³³

In het arrest Plas/Valburg heeft de Hoge Raad aangegeven dat hoe verder de onderhandelingen zijn, hoe meer verplichtingen partijen ten opzichte van elkaar hebben. De drie fasen blijken in de praktijk echter niet gemakkelijk te onderscheiden. De vraag is hoe de jurisprudentie zich na Plas/Valburg heeft ontwikkeld?

3.3 *Na Plas/Valburg*

In chronologische volgorde zullen hieronder de arresten worden weergegeven, die iets hebben toegevoegd aan de rechtsregel in het arrest Plas/Valburg. Per arrest wordt de rechtsregel kort weergegeven, maar er wordt niet uitvoerig ingegaan op de gehele feitelijke situatie.

3.3.1 *VSH/Shell*

Het eerste arrest dat na Plas/Valburg volgde was het arrest VSH/Shell.³⁴ In dit arrest heeft de Hoge Raad de zinsnede “over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren” geformuleerd. De Hoge Raad oordeelde als volgt: “VSH en Shell waren verplicht hun gedrag mede te doen bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen en dat het Shell te allen tijde vrij stond de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van VSH in het tot stand komen van de overeenkomst niet gerechtvaardigd zou zijn”.

3.3.2 *Vogelaar/Skil*

Na het arrest VSH/Shell volgde het arrest Vogelaar/Skil in 1991.³⁵ De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat partijen ook anders dan door onderhandelingen betrokken kunnen zijn bij het voorbereiden van een tussen hen te sluiten overeenkomst. Als partijen anders dan door onderhandelingen betrokken zijn geldt dezelfde maatstaf bij de beoordeling of afbreken onaanvaardbaar is. Naast deze redenering overwoog de Hoge Raad ook dat het niet van belang is of beide partijen mochten vertrouwen dat de overeenkomst tot stand zou komen, maar dat het voldoende is als slechts de wederpartij van de afbrekende partij daarop vertrouwd. De Hoge Raad stelde dat het partijen te allen tijde vrijstaat om onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de andere partij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.

3.3.3 *RVS Levensverzekering/Van Scharenburg*

In het arrest RVS Levensverzekering/Van Scharenburg heeft de Hoge Raad erkend dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee kunnen brengen dat een verzekeraar een verbintenis tot het doen van een uitkering op grond van een overeenkomst van

³² H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

³³ M.R. Ruygvoorn, *Monografieën privaatrecht. Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005.

³⁴ HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017.

³⁵ HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 m.nt. P. van Schilfgaarde.

levensverzekering slechts voor een deel hoeft na te komen.³⁶ Er kan betekenis toegekend worden aan gebeurtenissen die in de precontractuele fase hebben plaatsgevonden. In aanmerking wordt genomen dat partijen in de precontractuele fase tot elkaar stonden in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding, welke meebrengt dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. In dit arrest herhaalt de Hoge Raad de in het Plas/Valburg arrest geformuleerde rechtsregel.

3.3.4 Felix/Aruba

In het arrest Felix/Aruba heeft de Hoge Raad een algemene regel geformuleerd, waaruit blijkt dat voor de bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij op bevoegdheid van een overheidsfunctionaris niet steeds nodig is dat dit vertrouwen ook door deze overheidsfunctionaris is gewekt.³⁷ De Hoge Raad acht voor de bescherming van de wederpartij mede van betekenis dat in het geval van onderhandelingen tussen een overheidsfunctionaris en een derde, die in de onjuiste veronderstelling verkeert dat deze functionaris ten aanzien van de desbetreffende materie bevoegd is te binden, zich omstandigheden kunnen voordoen, waardoor die onjuiste veronderstelling voor rekening van de overheid dient te komen. Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat het afbreken van de onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, waardoor het recht op schadevergoeding van het positief contractsbelang denkbaar is.

3.3.5 Provincie Zeeland/Hoondert

In het daaropvolgende arrest was de eiser een publiekrechtelijke rechtspersoon, namelijk de provincie Zeeland. De Hoge Raad oordeelde dat de overheid haar bevoegdheden, die zij naar burgerlijk recht uitoefent niet in strijd mogen zijn met de geschreven en ongeschreven regels van het publiekrecht. Dit brengt mee dat de rechter dient te toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en niet aan de in het burgerlijk recht gestelde regels met betrekking tot de regels omtrent de redelijkheid en billijkheid.³⁸

3.3.6 Bëlien/Provincie Brabant

Het hof had in de zaak Bëlien/Provincie Brabant geoordeeld dat er geen sprake was van het onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen op basis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.³⁹ De Hoge Raad geeft echter aan dat de in de rechtspraak ontwikkelde maatstaven ter beantwoording van de vraag of het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is ook van overeenkomstige toepassing zijn op de gevallen waarbij een publiekrechtelijke rechtspersoon een partij is. Dit is anders dan in het hierboven vermelde arrest Zeeland/Hoondert, waarin de Hoge Raad aangaf rekening te moeten houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en niet met de geldende regels naar burgerlijke recht.

3.3.7 Shell/Van Esta Tjallingi

In het arrest van 1995 had de Hoge Raad de kans om antwoord te geven op de vraag wanneer er sprake is van rechtens relevante vertrouwen.⁴⁰ In deze zaak verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep op grond van art. 80 RO, waardoor het oordeel van de rechtbank in stand bleef. Het oordeel van de rechtbank was dat onder de gegeven omstandigheden niet kon worden gezegd dat de wel reeds bereikte punten van overeenstemming een overeenkomst opleveren die slechts op ondergeschikte punten aanvulling behoefde en waarvan dus nakoming kon worden verlangd. Partijen hadden dus geen overeenstemming bereikt over de essentialia, waardoor de vordering werd afgewezen.

³⁶ HR 15 februari 1991, NJ 1991, 493 m.nt. P. van Schilfgaarde.

³⁷ HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 m.nt. P. van Schilfgaarde.

³⁸ HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m.nt. M. Scheltema en m.nt. H. Hennekens.

³⁹ HR 24 maart 1995, NJ 1997, 596.

⁴⁰ HR 16 juni 1995, NJ 1995, 705.

3.3.8 Van Engelen/Mirrorgroup

In de zaak Van Engelen/Mirrorgroup heeft Mirrorgroup een brief gestuurd waarin stond dat zij het recht voorbehoud om de onderhandeling af te breken. Als Mirrorgroup later de onderhandelingen afbreekt is dit volgens de Hoge Raad om die reden niet in strijd met de goeder trouw. Van Engelen had namelijk niet het gerechtvaardigd vertrouwen kunnen hebben dat er een overeenkomst tot stand zou komen, nu Mirrorgroup het recht heeft voorbehouden om de onderhandelingen af te breken.⁴¹

3.3.9 MBO/De Ruijterij

In het arrest MBO/De Ruijterij oordeelt de Hoge Raad dat alvorens tot onaanvaardbaarheid kan worden geconcludeerd, ook rekening dient te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de afbreker van de onderhandelingen heeft bijgedragen tot het ontstaan van dat vertrouwen, alsmede met de gerechtvaardigde belangen van deze partij.⁴² Uit dit arrest blijkt dat de Hoge Raad de regels probeert te nuanceren.

3.3.10 Combinatie/De Staat

De Hoge Raad erkent in het arrest Combinatie/De Staat dat in sommige gevallen, waarin onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange periode worden voortgezet, op het moment van afbreken moet worden geoordeeld of het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is wegens het gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst.⁴³ Het kan immers zijn dat door de lange duur van onderhandelingen partijen het gerechtvaardigd vertrouwen hebben, maar dat dit vertrouwen later is afgenomen. Hieruit blijkt dat de rechterlijke macht rekening moet houden met de mogelijkheid dat partijen van fase drie naar fase twee terugvallen.

3.4 Casus

Gelet op het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat de vordering van Project B.V. onderbouwd moet worden met de rechtsregel dat partijen door in onderhandeling te treden in een door de goeder trouw beheerste rechtsverhouding tot elkaar komen te staan en dat partijen om die reden rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. De onderhandelingen over de overeenkomst zijn inmiddels in een zodanig stadium gekomen dat het afbreken van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goeder trouw moet worden geacht. Partijen mochten immers over en weer vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren, ook gelet op het feit dat partijen al reeds een lange periode aan het onderhandelen zijn. Dit vertrouwen is bij Project B.V. ontstaan doordat over een aantal essentialia al overeenstemming was bereikt. Hier staat tegenover dat de gemeente in de intentieovereenkomst het recht heeft voorbehouden om de onderhandelingen af te breken als zij niet voor een bepaalde datum tot overeenstemming komen over een aantal punten die genoemd staan in deze intentieovereenkomst. Op grond van Engelen/Mirrorgroup zal het voor Project B.V. moeilijk aan te tonen zijn dat zij het gerechtvaardigd vertrouwen hadden. Daartegenover staat dat het voldoende is als een der partijen het gerechtvaardigd vertrouwen heeft dat enigerlei overeenkomst tot stand zal komen. Niet beide partijen hoeven dit vertrouwen te hebben. Op grond van het bovenstaande is het voor Project B.V. in ieder geval mogelijk om aan te tonen dat de onderhandelingen inmiddels de derde fase hebben bereikt, waardoor de gemeente verplicht is het positief contractsbelang te vergoeden. Project B.V. zou om die reden dus ook verplichting tot dooronderhandelen en/of verplichting tot het sluiten van een overeenkomst kunnen vorderen. De primaire vordering van Project B.V. dat de gemeente verplicht is de overeenkomst na te komen zal op grond van bovenstaande informatie niet slagen, er is immers nog geen overeenstemming bereikt over alle essentialia.

⁴¹ HR 24 november 1995, NJ 1996, 162.

⁴² HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 m.nt. H.J. Snijders, m.nt. H. Wammes en m.nt. M.A.B. Chao-Duivis.

⁴³ HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65.



4. Het arrest CBB/JPO

De Hoge Raad heeft op 12 augustus 2005 arrest gewezen in de zaak CBB/JPO.⁴⁴ In dit arrest heeft de Hoge Raad een andere benadering gebruikt bij de vraag of er sprake was van precontractuele aansprakelijkheid. Het lijkt alsof dit arrest een einde maakt aan de eerder genoemde literatuur en jurisprudentie. In dit hoofdstuk wordt echter niet ingegaan op de vraag of dit zo is, maar er wordt een uiteenzetting gegeven van de inhoud van de zaak CBB/JPO.

4.1 De casus

Centraal Bureau Bouwtoezicht B.V. (hierna te noemen: CBB) en JPO Projecten B.V. (hierna te noemen: JPO) hebben vanaf mei 1999 samen onderhandeld over de ontwikkeling van een kantoorgebouw voor CBB. JPO heeft bij brief van 17 juni 1999 aangegeven dat er een stuk grond voor de realisatie van het kantoorgebouw is gereserveerd. De gemeente Arnhem heeft echter aangegeven dat deze locatie nog niet voor kantoorontwikkeling in aanmerking komt, maar dat zij het beleid zullen herzien. Op 5 augustus 1999 en op 7 september 1999 zijn twee vaststellingsovereenkomsten opgesteld door beide partijen. Deze overeenkomsten zijn echter nooit door beide partijen ondertekend. In de door CBB opgestelde overeenkomst staat dat de gemeente Arnhem aan CBB voor 1 september 1999 de bouwgrond verkoopt voor een prijs minder dan f 405,00 per vierkante meter. Het honorarium van JPO staat ook in de overeenkomst en zal in beginsel f 300.000,00 zijn. In de overeenkomst van JPO staan echter andere voorwaarden. Een voorbeeld hiervan is de datum die genoemd wordt, 1 oktober 1999 in plaats van 1 september 1999.

Op 15 september 1999 heeft JPO met een werknemer van de Dienst Stadsontwikkeling contact gehad om aan te geven dat CBB akkoord gaat met de grondprijs. Op 11 oktober 1999 heeft de werknemer van de Dienst Stadsontwikkeling aan JPO een concept-voorstel tot verkoop van het perceel van 6.500 vierkante meter grond gedaan. In dit concept-voorstel stond de clausule dat de overeenkomst tot het tijdstip van eigendomsoverdracht kan worden ontbonden zonder rechterlijke tussenkomst, wanneer er geen bouwvergunning door het college van Burgemeester en Wethouders wordt afgegeven. Daarna heeft de gemeente op 12 november 1999 aan JPO laten weten dat zij de procedure inzake de uitwerking van het bestemmingsplan even stilleggen en dat zij JPO niet verder kan informeren over het tijdsbestek van de bestemmingsplanprocedure. JPO heeft aan CBB voorgesteld een architectenbureau in te schakelen om een bouwplan te ontwikkelen. CBB heeft dit in december 1999 gedaan.

CBB heeft daarna op 2 maart 2000 uitsluitend gevraagd aan het college van Burgemeester en Wethouders. Hierop heeft JPO op 15 maart 2000 gereageerd met een brief aan CBB waarin ondermeer staat dat JPO een gesprek heeft gehad met de gemeente over het aantal maximaal te realiseren bruto vloeroppervlak. De afdeling Grondzaken van de gemeente Arnhem heeft een voorstel gedaan van een maximaal te realiseren bruto vloeroppervlak van 6600 vierkante meter, wat voor zowel JPO als CBB een ongunstige ontwikkeling is. CBB heeft hierop gereageerd bij brief van 20 maart 2000, waarin zij mededelen dat het gaat om de datum waarop de grond geleverd kan worden. De eis die CBB stelt is dat JPO voor 1 april 2000 aan moet geven wanneer dit kan plaatsvinden. Daarna heeft CBB een brief gestuurd op 24 maart 2000, waarin zij stelt dat de opgelopen vertraging betekent dat de totale kosten van CBB zijn gestegen. CBB is niet bereid om deze kosten te dragen en zal deze in mindering brengen op het honorarium van JPO. CBB stelt eveneens dat JPO f 75.000,00

⁴⁴ HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467. Dit arrest is tevens gepubliceerd in: HR 12 augustus 2005, JOR 2006, 31, HR 12 augustus 2005, JOL 2005, 440, HR 12 augustus 2005, BR 2006, 382 en HR 12 augustus 2005, RvdW 2005, 93.

betaalt zal krijgen en alleen onder de voorwaarde dat de overdracht van de grond binnen drie maanden na de datum van indiening van het bouwplan voor de vergunning zal plaatsvinden. Op 31 maart reageert JPO met een fax aan CBB, waarin staat dat het overleg met de gemeente Arnhem is afgerond en dat zij een grondaanbieding gaan doen van f 440,00 per vierkante meter en dat er 3000 vierkante meter grond zal worden verkocht. Daarnaast geeft JPO aan dat niet aan hun valt te wijten dat er vertraging is opgelopen, nu er nog geen wijziging in het bestemmingsplan is. Er is dan ook geen reden om het honorarium van JPO te veranderen. JPO geeft eveneens aan dat zij niet aan de eis kan voldoen om de overdracht van de grond binnen drie maanden te laten plaatsvinden, omdat het bestemmingsplan nog niet is gewijzigd.

CBB reageert bij brief van 31 maart 2000 dat zij geen mogelijkheid zien om tot overeenstemming te komen en dat zij het niet langer op prijs stellen om met JPO de ontwikkeling van het kantoorgebouw te realiseren. Hiervan is een kopie gezonden aan de gemeente Arnhem. Op 5 april 2000 heeft JPO schriftelijk tegen deze brief geprotesteerd. Op dezelfde dag heeft CBB een bouwvergunning aangevraagd en de gemeenteraad Arnhem heeft een besluit genomen. Op 4 juli 2000 is de bouwvergunning op basis van het oude bestemmingsplan aan CBB verleend. Als reactie op het schriftelijke bezwaar van JPO van 5 april 2000 heeft de gemeente op 28 april 2000 aan JPO duidelijkheid gevraagd omtrent de vraag of CBB vrij stond de relatie met JPO eenzijdig te beëindigen. Daarna heeft de gemeente op 9 juni 2000 aan JPO gevraagd bewijs te leveren van de gebondenheid tussen CBB en JPO. JPO heeft niet aan deze eis kunnen voldoen en de gemeente heeft aangegeven de grond aan CBB te leveren. Als reactie hierop heeft JPO op 11 juli 2000 conservatoir beslag gelegd op de grond. De gemeente heeft in kort geding opheffing van het conservatoir beslag gekregen en heeft de grond op 29 maart 2001 aan CBB geleverd.

4.2 Eerste aanleg

De zaak diende in eerste aanleg bij de Rechtbank Arnhem. CBB heeft een eis in conventie ingesteld en JPO een eis in reconventie. Tegen de uitspraak van de Rechtbank Arnhem zijn partijen in hoger beroep gegaan bij het Gerechtshof Arnhem.

4.2.1 Eis in conventie

CBB heeft primair schadevergoeding uit onrechtmatige daad gevorderd, omdat CBB lang heeft moeten wachten op de onderhandelingen die JPO met de gemeente had. CBB stelt daarin dat JPO een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven. CBB geeft daarnaast aan dat zij ten onrechte hebben moeten wachten op een wijziging van het bestemmingsplan en dat zij te allen tijde het kantoorpand hadden kunnen bouwen. Als reden van de langdurige onderhandelingen geeft CBB aan dat JPO een langdurige discussie heeft gevoerd met de gemeente Arnhem over de grondprijs. JPO heeft dit pas na een lange periode aan CBB medegedeeld. Subsidiair vordert CBB dat JPO een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst pleegt, nu niet aan de voorwaarden is voldaan dat de grond op 1 september of 1 oktober aan CBB is geleverd.

4.2.2 Eis in reconventie

JPO heeft hiertegen een eis in reconventie ingesteld, waarin zij primair een verklaring voor recht vordert dat tussen partijen een overeenkomst bestaat. Subsidiair vordert JPO dat CBB onrechtmatig heeft gehandeld door de onderhandelingen in een ver gevorderd stadium te onderbreken. JPO geeft aan dat bij hen het gerechtvaardigde vertrouwen bestond dat partijen overeenstemming zouden bereiken en dat de overeenkomst zou worden gesloten.

4.2.3 Uitspraak Rechtbank Arnhem

Op 14 februari 2002 heeft de Rechtbank Arnhem uitspraak gedaan en de vorderingen in conventie (van CBB) afgewezen. De vordering van JPO in reconventie heeft zij subsidiair

toegewezen, inhoudende dat CBB jegens JPO onrechtmatig heeft gehandeld door de onderhandelingen af te breken. De rechtbank motiveerde dat zij van oordeel is dat een stadium is bereikt waarin CBB niet meer vrijstond om de onderhandelingen met JPO af te breken. De rechtbank verwijst hierbij naar het arrest Baris/Riezenkamp, waarin staat dat partijen met de gerechtvaardigde belangen rekening moeten houden. De rechtbank motiveert ook dat JPO recht heeft op vergoeding van het positief contractsbelang, nu zij geen overeenkomst met de gemeente heeft kunnen sluiten. Hierdoor lijdt JPO vermogensschade, bestaande uit de gemaakte kosten en de gederfde winst.

4.2.4 Arrest Gerechtshof Arnhem

CBB heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank bij het Gerechtshof Arnhem. Er zijn in dit hoger beroep drie getuigen gehoord op verzoek van CBB. Op 24 februari 2004 heeft het gerechtshof uitspraak gedaan, waarin zij verklaart dat CBB jegens JPO onrechtmatig heeft gehandeld en dat CBB om die reden veroordeeld wordt de helft van de kosten te vergoeden. Het hof motiveerde dat CBB onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van JPO, maar geeft daarbij wel aan dat de omstandigheden, die hebben geleiden tot het afbreken van de onderhandelingen ook gedeeltelijk de schuld zijn van JPO. JPO heeft namelijk bijgedragen aan de escalatie in de verhouding tussen partijen door de brief van 20 maart 2000. CBB had namelijk verwacht dat JPO in deze brief duidelijkheid zou geven over de termijn waarin het perceel aan CBB zou worden geleverd. JPO heeft hier niet adequaat op gereageerd. Daarentegen CBB had rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de opleveringstermijn verlengd moet worden. CBB had meer geduld moeten hebben. Het hof gaf tevens aan dat de reden voor het afbreken van de onderhandelingen niet was dat partijen geen overeenstemming konden krijgen over het honorarium. De motivering hierbij was dat partijen al zo lang met elkaar aan het onderhandelen waren dat de overeenstemming over het honorarium niet onbereikbaar zou zijn.

4.3 In cassatie

CBB gaat tegen de uitspraak in cassatie en motiveert dat er sprake is van een onjuiste rechtsopvatting of in ieder geval van een onbegrijpelijke dan wel ontoereikende motivatie door het hof. Het hof heeft niet gemotiveerd dat bij JPO een door CBB gewekt gerechtvaardigd vertrouwen bestond in de totstandkoming van de overeenkomst. CBB geeft tevens aan dat het hof niet heeft gemotiveerd dat er omstandigheden zijn vastgesteld waardoor het afbreken van de onderhandelingen door CBB onaanvaardbaar zou zijn. Tevens heeft het hof niet aangegeven waarom CBB ten minste het negatieve contractsbelang en maximaal het positieve contractsbelang dient te vergoeden. Het hof is niet ingegaan op de aard en omvang van de vergoeding.

4.3.1 Juridische onderbouwing Hoge Raad

De Hoge Raad heeft arrest gewezen in deze zaak en uit rechtsoverwegingen 3.6 en 3.7 blijkt dat er twee punten zijn waarmee wordt afgeweken van de eerdere jurisprudentie, namelijk:

“3.6 Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld 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 tot stand komen 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, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange 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 (vgl. HR 23 oktober 1987, nr. 12999, NJ 1988, 1017, rov. 3.1; HR 4 oktober 1996, nr. 16062, NJ 1997, 65, rov. 3.5.2.2; HR 14 juni 1996, nr. 16008, NJ 1997, 481, rov. 3.6).

3.7 De desbetreffende klachten treffen doel.

Het hof had, voor zover hier van belang, te oordelen over de vordering van JPO die - zakelijk weergegeven - strekte tot vergoeding van schade ter zake van het feit dat tussen partijen geen overeenkomst was tot stand gekomen, in het middel aangeduid als vergoeding van 'positief contractsbelang'. De bestreden overwegingen maken er geen melding van dat het hof bij zijn beoordeling van deze vordering en de daaraan ten grondslag gelegde stellingen de in 3.6 vermelde - strenge en tot terughoudendheid nopende - maatstaf heeft aangelegd.

Indien het hof heeft nagelaten te onderzoeken of het afbreken van de onderhandelingen door CBB onaanvaardbaar was en of JPO gelet op alle omstandigheden van het geval gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen dat een overeenkomst als door haar gesteld zou zijn tot stand gekomen, heeft het voormelde maatstaf miskend en aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het hof heeft bedoeld de juiste maatstaf toe te passen - het arrest is in dit opzicht niet duidelijk nu een verwijzing naar de hier toepasselijke maatstaf ontbreekt - is zijn oordeel niet toereikend gemotiveerd. De door het hof gebezigde argumenten (hiervoor samengevat in 3.4) maken wel kenbaar dat CBB naar het oordeel van het hof de onderhandelingen toen niet heeft mogen afbreken - naar de kern genomen omdat CBB nog niet mocht aannemen dat overeenstemming met JPO niet meer op korte termijn te verwachten was - maar geven geen inzicht erin waarom het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar was en waarom JPO gerechtvaardigd mocht vertrouwen dat de door haar gestelde overeenkomst zou zijn tot stand gekomen indien de onderhandelingen zouden zijn voortgezet, zodat een voldoende redengeving ontbreekt voor toewijzing van een vordering tot vergoeding van de schade ter zake van het feit dat geen overeenkomst was tot stand gekomen"

De Hoge Raad oordeelt dat het bestreden arrest niet in stand kan blijven en dat de overige klachten van het middel geen behandeling meer behoeven. De Hoge Raad verwijst het geding naar het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch.⁴⁵

4.3.2 Overeenkomsten

De overweging van de Hoge Raad in punt 3.6 sluit aan bij hetgeen in VSH/Shell naar voren kwam, namelijk dat er sprake moet zijn van een gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst en dat er rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁴⁶ Er komt ook een overweging uit Ruiters/MBG terug in dit arrest, namelijk dat er rekening moet 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.

⁴⁷ Daarbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan. In het geval dat onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet moet er op het moment van afbreken geoordeeld worden of het vertrouwen doorslaggevend is. Het hof geeft in zijn overweging aan dat CBB de opleveringstermijn had moeten verlengen en meer geduld had moeten uitoefenen. Dit pas bij hetgeen in het arrest Baris/Riezenkamp is gemotiveerd, namelijk dat onderhandelende partijen in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding staan en dat zij hun handelen moeten laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de andere partij.⁴⁸

Het einde van de juridische onderbouwing sluit aan bij het arrest Combinatie/Staat, waaruit volgt dat het bij langdurige onderhandelingen niet is uitgesloten dat partijen aanvankelijk verwachten dat zij er wel uit komen, maar dat uiteindelijk blijkt dat zij elkaar toch niet kunnen

⁴⁵ Deze uitspraak is niet gepubliceerd.

⁴⁶ HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017.

⁴⁷ HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481.

⁴⁸ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67.

vinden.⁴⁹ In Combinatie/Staat wordt daaraan toegevoegd dat de aanwezigheid van het gerechtvaardigd vertrouwen moet worden beoordeeld op het moment waarop wordt afgebroken.

4.3.3 Veranderingen

Bovengenoemde overweging sluit aan bij het arrest VSH/Shell, behalve dat de Hoge Raad in de juridische onderbouwing niet begint met een verwijzing naar de klassieke arresten Baris/Riezenkamp en Plas/Valburg, terwijl in punt 3.6 wel de theorie omtrent de aansprakelijkheid in de precontractuele fase wordt herhaald.⁵⁰ Doordat de Hoge Raad in punt 3.7 spreekt over een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf is hiermee de toegang tot de in het Plas/Valburg genoemde derde fase ingeperkt. De Hoge Raad geeft aan dat de rechtbank en het hof niet te snel mogen aannemen dat er aan de strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf is voldaan. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de Hoge Raad de rechterlijke macht een zware motiveringsplicht oplegt. Een andere belangrijke verandering is het feit dat de Hoge Raad niet spreekt over het soort overeenkomst waarover partijen onderhandelen zoals dit in Plas/Valburg naar voren kwam. De Hoge Raad spreekt in CBB/JPO echter van het gerechtvaardigd vertrouwen van de partij in het tot stand komen van “de” overeenkomst en niet van “enigerlei” overeenkomst.

4.4 Casus

Voor Project B.V. betekent dit dat de onderbouwing van de vordering moet worden aangepast aan de maatstaf die in bovenstaand arrest is geformuleerd. In deze maatstaf staat dat ieder der partijen in beginsel vrij staat de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn. Project B.V. zou dus aan moeten tonen dat zij het gerechtvaardigd vertrouwen had dat de overeenkomst tot stand zou komen. Dit kan onderbouwd worden door hetgeen in 3.4 is gesteld. Er moet ook rekening worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de gemeente de onderhandelingen afbreekt. Project B.V. zou aan kunnen geven dat zij tot een bepaalde datum de tijd had om verder te gaan met de onderhandelingen, zoals dit in de intentieovereenkomst is afgesproken. Daarbij is in het verleden deze termijn al een aantal keer verlengd, omdat het gaat om een complex project. De gemeente heeft bijgedragen aan het gerechtvaardigd vertrouwen van Project B.V., omdat de gemeente op 30 december 2003 aan Project B.V. heeft toegezegd dat zij gerechtigd is om het verdere project te realiseren. Beide partijen hebben aangegeven dat er voldoende zicht bestaat op de haalbaarheid van het project, waardoor Project B.V. de opdracht heeft gekregen om een voorlopig ontwerp te maken. De gemeente heeft Project B.V. het gerechtvaardigd vertrouwen gegeven dat een overeenkomst tot stand zou komen op het moment dat de gemeente een “mini cultureel programma van eisen” had opgesteld. Uiteindelijk zijn partijen het eens geworden over het totale plan, maar is de gemeente het niet eens met de prijs. De gemeente heeft uiteindelijk op 25 februari 2005 de onderhandelingen afgebroken, terwijl zij in de intentieovereenkomst overeen zijn gekomen dat de intentieovereenkomst in ieder geval op 31 januari 2005 zou zijn vervallen. Net zoals in de overweging van de Hoge Raad geldt hier dat de gemeente op het moment van afbreken nog niet had mogen aannemen dat overeenstemming met Project B.V. niet meer op korte termijn te verwachten was. De Hoge Raad geeft echter wel aan dat het hier gaat om een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf, waaruit kan worden geconcludeerd dat er op de rechter een zware motivatieplicht rust. Hoe hier in de rechtspraak op gereageerd wordt zal moeten blijken uit de latere jurisprudentie.

⁴⁹ HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65.

⁵⁰ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 en HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723



5. Reacties van juridische professionals

In dit hoofdstuk zal een uiteenzetting worden gegeven van de reacties van juridische professionals in publicaties. Het doel van dit hoofdstuk is de gevolgen van het arrest CBB/JPO uit verschillende perspectieven te bekijken, om vervolgens in het volgende hoofdstuk een conclusie te trekken uit de rechtspraak die nadien is geweest.

5.1 Nederlands Juristenblad

Op 9 september 2005 hebben prof. mr. T. Hartlief en prof. mr. R.J. Tjittes een reactie gegeven op het nieuwe standaardarrest CBB/JPO. In het artikel "Kroniek van het vermogensrecht"⁵¹ gaan zij in op de vraag welke betekenis nog toekomt aan het arrest Plas/Valburg. Zij geven aan dat de enige toetssteen momenteel de werking van de redelijkheid en billijkheid is en dat de rechtsgevolgen gedifferentieerd zijn. Hiermee doelen zij op vergoeding van kosten, gedeelde winst of dooronderhandelen. Zij zijn van mening dat de boodschap van de Hoge Raad duidelijk is, namelijk dat aansprakelijkheid voor het afbreken van de onderhandelingen niet spoedig moet worden aangenomen.

De heer mr. C. Drion heeft in het Nederlands Juristenblad een artikel gepubliceerd met als titel "Ons onderhandelingsrecht onder handen".⁵² Drion is van mening dat de Hoge Raad met dit arrest een hak heeft gezet in het arrest Plas/Valburg en dat dit arrest om die reden waardering dient te verkrijgen. Het eerste punt dat opvalt is de benadrukking dat de vrijheid om onderhandelingen af te breken voorop staat. Dit is volgens Drion anders dan hetgeen de Hoge Raad in het Baris/Riezenkamp heeft bepaald, namelijk dat er al snel sprake zou zijn van aansprakelijkheid. Een tweede verandering is dat de Hoge Raad het arrest Plas/Valburg niet noemt. Drion is van mening dat de Hoge Raad afscheid heeft genomen van de driefasenleer, doordat er nu sprake zou zijn van een tweefasenleer. Deze tweefasenleer houdt volgens Drion in dat de afbrekende in de eerste fase partij mag profiteren van zijn contractsvrijheid en dat de partij in de tweede fase aansprakelijk is voor alle schade. De rechter heeft hiervoor wel een aantal instrumenten om de hoogte van de schade in te perken. Drion geeft aan dat het een goede zaak is dat de Hoge Raad de werking van de redelijkheid en billijkheid in de commerciële rechtspraktijk heeft willen inperken.

De heer mr. G.J. Knijp gaat in zijn artikel "Plas/Valburg geldt nog altijd"⁵³ in tegen de conclusies die Drion, Hartlief en Tjittes hebben getrokken. Knijp is van mening dat het arrest CBB/JPO geen nieuw standaardarrest is en dat het geen einde maakt aan het eerdere Plas/Valburg. Dit onderbouwt hij door aan te geven dat in CBB/JPO de Hoge Raad de vraag werd gesteld of er sprake zou zijn van een derde fase. De Hoge Raad heeft voor het bepalen daarvan de strenge en tot terughoudendheid nopen maatstaf geformuleerd en geen oordeel gegeven over de vraag of de andere twee fasen nog van toepassing zijn. Knijp is om die reden ook van mening dat het een magere trendbreuk is, nu alleen opvallend is aan het arrest dat de Hoge Raad spreekt van "de" overeenkomst en niet over "enige vorm of enigerlei". Voornamelijk door het feit dat de Hoge Raad in de eerdere arresten telkens een ander terminologie gebruikt is dit voor Knijp geen reden om daar een doorslaggevende betekenis aan te geven. Knijp eindigt met de conclusie dat hij niets revolutionairs in het recente arrest ziet en dat hij het zou betreuren als de tweede fase zou wegvallen.

De heer mr. C. Drion en de heer mr. T.H.M. van Wechem gaan in "Kronieken van het vermogensrecht"⁵⁴ eveneens kort in op de precontractuele goeder trouw. Zij geven aan dat de Hoge Raad met het arrest CBB/JPO een niet te missen signaal af heeft willen geven dat

⁵¹ T. Hartlief en R.J. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2005, p. 1606-1607.

⁵² C. Drion, 'Ons onderhandelingsrecht onder handen', *NJB* 2005, p. 1781.

⁵³ G.J. Knijp, 'Plas/Valburg geldt nog altijd', *NJB* 2005, p. 2375-2376.

⁵⁴ C. Drion en T.H.M. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2006, 386, p. 469.

de hoofdregel van het onderhandelingsrecht gelegen is in de vrijheid om af te breken en dat inderdaad slechts aansprakelijkheid, voor positief contractsbelang, ontstaat als het afbreken onaanvaardbaar is. Drion en Wechem zijn van mening dat de Hoge Raad een dienst heeft bewezen en het recht in lijn heeft gebracht met de omringde landen.

De heer mr. M.R. Ruygvoorn heeft op 26 mei 2006 het artikel "Afbreken van onderhandelingen; een stappenplan"⁵⁵ gepubliceerd. In dit artikel heeft Ruygvoorn een stappenplan opgesteld, waardoor antwoord kan worden gegeven op de vraag of in voldoende mate rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van wederpartij. In de eerste plaats geeft Ruygvoorn aan dat het van belang is om te bepalen waarover partijen overeenstemming dienen te verkrijgen. Dit is extra lastig nu de Hoge Raad in de verschillende arresten, verschillende terminologie gebruikt. Ruygvoorn is van mening dat de reden van het gebruik van "de overeenkomst" in het arrest CBB/JPO niet is om het begrip enigerlei of andersoortig te beperken. Het tweede punt is wat de essentialia zijn van een overeenkomst. Volgens Ruygvoorn moet er gekeken worden naar de punten, waarover geen overeenstemming bestaat, waardoor er dus geen overeenkomst is. In de laatste fase, voordat de contractuele fase aanvangt, wordt het interessant. In deze fase zijn de partijen schadeplichtig als bij een der partijen sprake is van het rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst. Als het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet er gekeken worden naar de actie die genomen dient te worden. Ruygvoorn noemt de volgende acties: de verplichting tot dooronderhandelen, een verbod om met derden te onderhandelen, vordering tot schadevergoeding van het positief of negatief contractsbelang en een veroordeling tot het sluiten van een overeenkomst. Ruygvoorn eindigt met de conclusie dat de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO de bedoeling heeft gehad om duidelijk te maken dat contractsvrijheid voorop staat.

5.2 *Contracteren*

In het artikel "Een nieuwe norm voor afgebroken onderhandelingen"⁵⁶ wordt aangegeven dat de Hoge Raad slechts één keer de verplichting tot vergoeding van het negatief contractsbelang heeft opgelegd. De schrijvers menen dat de Hoge Raad met het arrest CBB/JPO heeft willen laten inzien dat het niet zo'n vaart loopt met de aansprakelijkheid die bestaat in de derde fase. Dit is dan ook de reden dat de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO spreekt over een strenge en tot terughoudendheid nopenende maatstaf. Dit zou kunnen betekenen dat rechters niet snel aansprakelijkheid aanwezig mogen achten en dat op hen een zware motiveringsplicht rust. Eveneens geven de schrijvers aan dat de Hoge Raad nadrukkelijk de contractvrijheid voorop stelt. In een volgende alinea gaan de schrijvers in op de vraag of de Hoge Raad de eisen heeft willen verscherpen door te spreken over "de" overeenkomst en niet over "enigerlei" overeenkomst, zoals dit wel in het arrest Vogelaar/Skill werd gebruikt.⁵⁷ De schrijvers geven ook aan dat zij niet de mening van andere juridische professionals delen dat CBB/JPO een einde maakt aan de driefasenleer. Dit concluderen zij uit het feit dat het bij het arrest CBB/JPO alleen ging over de vergoeding van het positief contractsbelang en niet over vergoeding van het negatief contractsbelang.

In 2006 heeft de heer mr. M. Brons, advocaat bij Höcker Rueb Doeleman Advocaten te Amsterdam het artikel "CBB/JPO gaat nog lang niet ver genoeg"⁵⁸ gepubliceerd in het tijdschrift *Contracteren*. Zijn artikel bestaat voornamelijk uit de vragen die het arrest CBB/JPO bij hem oproepen en hij geeft daar gemotiveerd antwoord op. De volgende vragen komen aan de orde:

⁵⁵ M.R. Ruygvoorn, *NJB* 2006, 876, p. 1147-1148.

⁵⁶ T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, 'Actualia contractspraktijk: Leerstukken, Een nieuwe norm voor afgebroken onderhandelingen?', *Contracteren* 2005/4, p. 99-100.

⁵⁷ HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647.

⁵⁸ M. Brons, 'Ad rem: CBB/JPO gaat nog lang niet ver genoeg', *Contracteren* 2006/2, p. 30-32.

“ 1. Waar kan de wederpartij dat gerechtvaardigde vertrouwen op een goede afloop van de onderhandelingen, uiteindelijk resulterend in een overeenkomst, aan hebben ontleend?
2. Wat is een moment in de onderhandelingen, waarbij nog geen sprake is van overeenstemming op hoofdlijnen, maar waarbij een partij toch aan de consequenties van een overeenkomst gebonden is?
3. Zou een zuivere derde fase situatie het moment kunnen zijn dat partijen al overeenstemming hebben bereikt, maar dat een derde nog toestemming moet geven?”

De heer Brons bepleit uiteindelijk een tweedeling van de precontractuele fase. Namelijk de fase van gebondenheid aan de overeenkomst en de fase waarin men de vrijheid heeft om de onderhandelingen af te breken. Bij dit laatste zal dan wel een mogelijkheid bestaan om vergoeding van het negatief contractsbelang, met of zonder de gederfde winst, op te leggen.

In het artikel “Wederom afgebroken onderhandelingen”⁵⁹ gaan mr. Van Wechem en prof. mr. Wissink in op het arrest Budé/Geju.⁶⁰ De Hoge Raad heeft de vorderingen om procestechnische redenen verworpen, maar de schrijvers zijn van mening dat de conclusie van A-G Timmerman het vermelden waard is. Voornamelijk het feit dat de A-G de gehele rechtspraak herhaalt en daarbij ingaat op hetgeen door Tjittes is bepleit.⁶¹ Samengevat is Tjittes van mening dat de werking van de redelijkheid en billijkheid in het commerciële contractenrecht terughoudender moet worden toegepast. Volgens de schrijvers van het artikel lijkt de A-G de rechtsoverweging van Tjittes te koppelen aan het arrest CBB/JPO.

5.3 *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*

Mr. C. Bollen heeft in 2004 een artikel geschreven in het WPNR met de titel “Afbreken van de onderhandelingen: de drie mythes van Plas/Valburg. Van drie fasen naar twee stadia in het onderhandelingsproces.”⁶² Dit artikel is door Bollen ruim voor het arrest CBB/JPO gepubliceerd. Toch is de volgende conclusie van Bollen interessant. Hij is van mening dat geen van de beelden omtrent de drie fasen klopt. Uit de uitspraken van de Hoge Raad kan worden geconcludeerd dat er sprake is van twee stadia, een stadium waarin mag worden afgebroken en een stadium waarin de kosten geheel of gedeeltelijk moeten worden vergoed. In het laatste stadium is het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar en dienen de kosten te worden vergoed op basis van de redelijkheid en billijkheid. In eerste instantie zal het negatief contractsbelang worden vergoed en in uitzonderingsgevallen het positief contractsbelang. Bollen geeft duidelijk weer dat in de rechtspraak weinig wordt geoordeeld dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. Er kan meestal niet bewezen worden dat er een gerechtvaardigd vertrouwen was. Bollen eindigt zijn betoog dat er teveel is geschreven en gezegd over het arrest Plas/Valburg en dat daarom de daadwerkelijk bedoeling van de Hoge Raad uit ogen is verloren. Bollen sluit af met de zin: “*Hoogste tijd dus voor de ontmaskering van een mythe*”.

In 2007 heeft de heer mr. H.C.F. Schoordijk een artikel gepubliceerd in de WPNR. In dit artikel concludeert hij dat wij verheugd moeten zijn dat de Hoge Raad de drie fasen heeft ingeruild voor een beter inzichtelijke wijze van benaderen. Schoordijk is van mening dat zolang geen overeenkomst is gesloten, partijen geen bescherming dienen te verkrijgen in de vorm van het positief contractsbelang.⁶³

⁵⁹ T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, 'Actualia contractspraktijk: Leerstukken: Wederom afgebroken onderhandelingen: HR 3 februari 2006, C04/274HR', *Contracteren* 2006/1, p. 17-18.

⁶⁰ HR 3 februari 2006, LJV AU8278.

⁶¹ Bijv. Tjittes, Enige opmerkingen over de beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid in het ondernemerscontractenrecht, *Contracteren* 2001, p. 31.

⁶² C. Bollen, Afbreken van de onderhandelingen, de drie mythes van Plas/Valburg, *WPNR* 2004/6596, p. 857-866.

⁶³ H.C.F. Schoordijk, *WPNR* 2007/6693, p. 35-36.

5.4 Overige publicaties

In deze paragraaf zal gekeken worden naar de overige publicaties in juridische tijdschriften.

5.4.1 Sociaal recht

Mr. Bungener geeft in het tijdschrift Sociaal Recht aan dat het arrest CBB/JPO vernieuwend is, omdat de drie fasen van Plas/Valburg niet genoemd worden. Hij geeft aan dat er ook eerder in de literatuur is bepleit dat er maar twee fasen zijn te onderscheiden. In dit artikel gaat de schrijver in op de meningen van Drion, Hartlief, Tjittes en Knijp. De rest van het artikel staat in het teken van de toepasselijkheid van de precontractuele fase in het arbeidsrecht.⁶⁴

5.4.2 Tijdschrift Aanbestedingsrecht

De heer Romburgh publiceerde in februari 2006 het artikel "Een omwenteling. Plas/Valburg achterhaald?"⁶⁵ in het Tijdschrift Aanbestedingsrecht. In dit artikel gaat de schrijver in op de toepasselijkheid van de precontractuele aansprakelijkheid in het aanbestedingsrecht. Romburgh is van mening dat de Hoge Raad een opvallende tournure heeft gemaakt, door te zeggen dat het partijen in eerste instantie vrij staat de onderhandelingen af te breken. De schrijver is eveneens van mening dat het noemen van "de" overeenkomst het makkelijker maakt om te bepalen of er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen. Uiteindelijk concludeert de schrijver dat de drie fasen er niet meer zouden zijn, omdat door het arrest CBB/JPO alleen nog het positief contractsbelang aanwezig is of geen belang. De schrijver sluit af met de opmerking dat in het aanbestedingsrecht de drie fasen niet gemist kunnen worden.

5.4.3 Bedrijfsjuridische berichten

In de nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten gaat ook mr. Van Elk in op het nieuwe arrest CBB/JPO. De schrijver concludeert dat het arrest CBB/JPO in de trend van de Hoge Raad past tot aanscherping van de mogelijkheden om schadevergoeding te krijgen vanwege afgebroken onderhandelingen. Dit is bepaald op grond van de eerdere jurisprudentie, waaruit (volgens de mening van de schrijver) blijkt dat er in de praktijk twee fasen zijn. Na de verschillende uitspraken van de Hoge Raad kort aangehaald te hebben gaat de schrijver uitgebreid in op de rechtsoverwegingen in het arrest CBB/JPO. De schrijver is het niet eens met de beoordeling van de Hoge Raad dat het hof had moeten aangeven waarom het afbreken onaanvaardbaar is en niet waarom de onderhandelingen niet af hadden mogen worden gebroken. Het begrip onaanvaardbaar en "niet af mogen breken" is volgens de schrijver hetzelfde. Ook geeft de schrijver aan dat het hof een zware motiveringsplicht oplegt aan de rechterlijke instanties. De uiteindelijke conclusie van de schrijver is dat de beslissing niet heel verrassend is en dat deze al besloten lag in eerder jurisprudentie. Verder vindt de schrijver het jammer dat de Hoge Raad het criterium "andere omstandigheden" niet invult. De schrijver haalt uit het arrest CBB/JPO ook dat de handelswijze van de wederpartij niet voldoende is om de onderhandelingen af te breken, maar wel een reden is om een gedeelte van de schade te vergoeden. Volgens de schrijver moet in dat geval een nog zwaardere motiveringsplicht op de rechter rusten.⁶⁶

5.4.4 Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

De heer mr. C. Bollen⁶⁷ heeft in 2006 een artikel gepubliceerd met de titel "Een belangrijk arrest over afbreken van de onderhandelingen dat weinig nieuws brengt".⁶⁸ Het artikel

⁶⁴ A.F. Bungener, *SR* 2006, 2, sub 2, p. 58-59.

⁶⁵ H.D. van Romburgh, 'Een omwenteling. Plas/Valburg achterhaald?', *TA* 2006, p. 6-14.

⁶⁶ A. van Elk, 'Afgebroken onderhandelingen', *Bb* 2005, 58, p. 225 en 227.

⁶⁷ Zie zijn eerdere artikel in *WPNR* onder 5.4.

⁶⁸ C. Bollen, 'Een belangrijk arrest over afbreken van onderhandelingen dat weinig nieuws brengt', *NTBR* 2006, 13, p. 62-69.

begint wederom met de opmerking dat juridisch Nederland een bouwwerk heeft gemaakt op het arrest Plas/Valburg, zonder dat duidelijk is of de Hoge Raad dit heeft bedoeld. Bollen laat blijken dat deze driefasenleer op geen enkel arrest van de Hoge Raad gebaseerd is en dat dit ook niet terugkwam in het ontwerpartikel. Volgens Bollen is er veel meer sprake van een twee fasen indeling. Bollen is van mening dat de Hoge Raad met het arrest CBB/JPO de driefasenleer heeft vernietigd. Dit blijkt voornamelijk uit het feit dat de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO een maatstaf heeft samengesteld uit de eerdere arresten die hij kennelijk van belang vindt. Bollen denkt dat de Hoge Raad door het niet noemen van Plas/Valburg heeft willen laten doorschemeren dat het Plas/Valburg niet als leidend moet worden gezien. Uiteindelijk is hij van mening dat de Hoge Raad in CBB/JPO duidelijk maakt dat er maar twee fasen zijn en dat hierdoor het Nederlands recht niet zoveel afwijkt van de internationale beginselen.

Na deze conclusie gaat Bollen verder met de opmerking dat de Hoge Raad het grijpen naar letters of intent of memorandums of understanding heeft willen inperken door aan te geven dat er sprake is van een “strengte en tot terughoudendheid nopende maatregel”. Bollen is van mening dat het opleggen van een strengte en tot terughoudendheid nopende maatregel niet nieuw is, omdat in eerdere uitspraken al is bepaald dat in eerste instantie de vrijheid bestaat om de onderhandelingen af te breken, behalve als dit onaanvaardbaar is. Bollen gaat daarna verder met de opmerking dat het onaanvaardbaar zijn van het afbreken van de onderhandelingen op basis van andere omstandigheden van het geval moet worden beperkt. De afbakening van wat onder “wegens andere omstandigheden van het geval” valt is minimaal. De uiteindelijke conclusie van Bollen is dat de volgende vragen onbeantwoord blijven: *“Leidt de conclusie dat het afbreken onaanvaardbaar is wegens totstandkomingsvertrouwen tot het rechtsgevolg vergoeding van het positief belang of is dit rechtsgevolg enkel geïndiceerd in uitzonderlijke gevallen en is de vergoedingsplicht in eerste instantie beperkt tot vergoeding van het negatief belang? Hoe zit het nu met de vergoeding van de gehele of gedeeltelijke kosten in een situatie waarin het afbreken vrijstaat? Wat is het rechtsgevolg wanneer het afbreken onaanvaardbaar is in verband met de andere omstandigheden van het geval? En wat is de grondslag voor de schadevergoedingsplicht, onrechtmatige daad, of redelijkheid en billijkheid?”* Bollen sluit zijn artikel af met de opmerking dat de Hoge Raad duidelijkheid heeft geschapen door aan te geven dat er geen drie fasen bestaan, dat de ruime vrijheid voor het afbreken van de onderhandelingen voorop staat en dat deze uitspraak niet nieuw is.

5.5 Annotaties

Prof. Mr. T. Hartlief heeft in zijn annotatie onder het arrest CBB/JPO verklaard dat er naar zijn mening nooit sprake is geweest van een driefasenleer. De Hoge Raad heeft in het arrest MBO/De Ruijterij al bepaald dat het arrest Plas/Valburg van de baan is.⁶⁹ In die zin is het arrest CBB/JPO ook niet interessant. Hartlief baseert deze conclusie op dezelfde feiten als door Bollen genoemd zijn.⁷⁰

5.6 Casus

Voor Project B.V. zou dit betekenen dat in theorie de rechtsregels zijn veranderd, maar dat dit in de praktijk geen verschil maakt. Een aantal van bovenstaande juridische professionals is van mening dat er namelijk nooit een driefasenleer heeft bestaan. Weer anderen geven aan dat het geen verschil is dat de Hoge Raad heeft aangegeven dat het gaat om een strengte en tot terughoudendheid nopende maatstaf, omdat in de rechtspraak niet vaak is bewezen dat er daadwerkelijk sprake is van een derde fase. De reacties van juridische professionals hebben geen invloed op de positie van Project B.V., omdat uit de rechtspraak zal moeten blijken of Project B.V. kans maakt op vergoeding van het positief contractsbelang.

⁶⁹ HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 en HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723

⁷⁰ T. Hartlief, noot in AA, onder HR 12 augustus 2005, RvdW 2005, 93.



6. Uitspraken na het arrest CBB/JPO

Uit de vorige hoofdstukken is gebleken dat het kan zijn dat de maatstaf in het arrest CBB/JPO⁷¹ een verandering brengt aan de eerdere theorie omtrent de driefasenleer en het Plas/Valburg arrest.⁷² Bepaalde professionals menen dat er misschien nooit een driefasenleer is geweest, maar dat er sprake is van een tweefasenleer. In het arrest CBB/JPO heeft de Hoge Raad bepaald dat bij de vraag of de afbrekende partij aansprakelijk is voor de geleden schade, moet worden voldaan aan een strenge en tot terughoudendheid nopenende maatstaf. Het kan zijn dat de Hoge Raad door dit arrest de toegang tot de derde fase heeft bemoeilijkt, maar wat de impact van dit arrest in de praktijk is zal moeten blijken uit recente jurisprudentie. De centrale vraag in dit hoofdstuk is of de lijn uit het arrest CBB/JPO wordt doorgezet of dat toch wordt teruggegrepen naar de driefasenleer? Dit hoofdstuk zal worden verdeeld in de uitspraken van de Hoge Raad, gerechtshoven en de rechtbanken. Deze uitspraken zullen op chronologische volgorde worden gerangschikt⁷³.

6.1 Hoge Raad

Vanaf het arrest CBB/JPO hebben partijen in vier verschillende zaken cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft viermaal het cassatieberoep verworpen op grond van art. 81 RO, omdat de klachten ongegrond waren.⁷⁴ In het arrest Vollenhoven/Shell heeft de Hoge Raad aangegeven dat zelfs wanneer de klachten gegrond waren, zij toch niet tot cassatie konden leiden. Om deze reden zal het arrest Vollenhoven/Shell in dit hoofdstuk worden behandeld.

6.1.1 Vollenhoven/Shell

De Hoge Raad heeft op 29 februari 2008 arrest gewezen in de zaak Vollenhoven/Shell.⁷⁵ In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat Vollenhoven geen belang heeft bij de beoordeling van de klachten in cassatie, omdat de klachten ongegrond zijn. De Hoge Raad geeft echter wel aan dat wanneer de klachten gegrond zouden zijn, zij toch niet tot cassatie konden leiden. Zie de volgende overweging:

“Onder deze omstandigheden heeft [eiseres] geen belang bij beoordeling van de door het middel naar voren gebrachte klachten. Zelfs indien deze gegrond zouden zijn, kunnen zij niet tot cassatie leiden omdat voor vergoeding van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen geen plaats is wanneer de wederpartij van degene die de onderhandelingen afbrak niet erop mocht vertrouwen dat in ieder geval enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren.”⁷⁶

Hieruit kan echter niet worden opgemaakt of de Hoge Raad de maatstaf die in het arrest CBB/JPO is geformuleerd nog hanteert. Hetgeen hier genoemd staat is immers ook in een eerdere arresten bepaald.

6.1.2 Efteling/Roompot

In de zaak Efteling/Roompot⁷⁷ heeft de Hoge Raad eveneens het cassatieberoep op grond van art. 81 RO verworpen. Toch is dit een interessante zaak, vanwege de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.⁷⁸ In deze zaak speelde het volgende:

⁷¹ HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467.

⁷² HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723.

⁷³ De jurisprudentie loopt vanaf september 2005 tot april 2009.

⁷⁴ HR 15 december 2006, LJN AZ2721, HR 27 april 2007, LJN BA2509, HR 26 oktober 2007, LJN BB5623 en HR 29 februari 2008, LJN BC1855.

⁷⁵ HR 29 februari 2008, LJN BC1855.

⁷⁶ HR 29 februari 2008, LJN BC1855 overweging 3.4.

⁷⁷ HR 26 oktober 2007, LJN BB5623.

⁷⁸ Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, LJN AW2537.

De Efteling heeft contact opgenomen met Roompot en haar gevraagd een onderzoek te doen naar de haalbaarheid van het ontwikkelen, realiseren en exploiteren van een verblijfsaccommodatie grenzend aan de Efteling. De verblijfsaccommodatie zal “Droomrijk” genoemd worden. Tussen partijen is op 19 december 2001 een intentieverklaring gesloten. In deze intentieovereenkomst is een goedkeuringsbeding opgenomen. Partijen hebben al vele gesprekken gehad over de realisatie, bouw, exploitatie, marketing en sales. Er zijn verschillende conceptovereenkomsten uitgewisseld. Uiteindelijk blijkt dat bij Roompot een eigendomswijziging plaatsgevonden; Nesbic heeft een meerderheidsbelang verworven. Roompot heeft de Efteling hiervan niet op de hoogte gesteld, waardoor de Efteling aan heeft gegeven tot verdere ontwikkeling van Droomrijk over te gaan zonder de tussenkomst van Roompot. Dit heeft de Raad van Commissarissen van de Efteling besloten. De Efteling heeft de onderhandelingen dus afgebroken wegens het niet verkrijgen van toestemming van de Raad van Commissarissen op grond van het goedkeuringsbeding.

Het hof heeft als volgt geoordeeld over het afbreken van de onderhandelingen:

“Efteling heeft de onderhandelingen dus afgebroken wegens het ontbreken van goedkeuring van de Raad van Commissarissen. Gelet op het feit dat partijen een dergelijk beding zijn overeengekomen (zie de Intentieverklaring sub g en sub 3, zoals geciteerd in 4.3.2) is het in het onderhavige geval niet zozeer de vraag of Efteling de onderhandelingen mocht afbreken (zie daarover recent HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 CBB/JPO), maar moet worden beoordeeld of Efteling zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onder de gegeven omstandigheden op dat beding mag beroepen (vgl. Gerechtshof Arnhem, 26 augustus 2003, JOR 2003, 250)⁷⁹.”

Daarbij heeft het hof ook uitspraak gedaan over de vergoeding van het negatief of positief contractsbelang en wel als volgt:

“Uit het voorgaande volgt dat de rechtbank terecht geen grondslag voor vergoeding van, kort gezegd, het positief contractsbelang aanwezig heeft geacht. Daarentegen was naar het oordeel van de rechtbank op het moment dat de onderhandelingen stukliepen wel een situatie bereikt waarin Efteling deze niet mocht afbreken zonder de door Roompot gemaakte kosten en schade te vergoeden. In geval van afgebroken onderhandelingen kan er in dat geval inderdaad enkel sprake zijn van een recht op vergoeding van het negatief contractsbelang, zoals door de rechtbank is overwogen.”⁸⁰

6.2 Gerechtshoven

De verschillende gerechtshoven hebben ook meerdere malen uitspraken gedaan over de aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen. Er zal een onderscheid gemaakt worden tussen de arresten waarin de vordering wordt afgewezen en waarin de vordering wordt toegewezen.

6.2.1 Afgewezen vorderingen

De gerechtshoven hebben in verschillende zaken de vorderingen van eisers tot schadevergoeding afgewezen, omdat niet werd voldaan aan de in het arrest CBB/JPO geformuleerde maatstaf.⁸¹ Een aantal van deze arresten zullen niet in dit hoofdstuk worden behandeld, omdat zij niet van zodanig belang zijn en niets toevoegen aan de maatstaf. Een drietal van deze vonnissen zullen echter wel worden uitgewerkt, namelijk de arresten van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch op 29 november 2005, Gerechtshof Arnhem op 7 november 2006 en Gerechtshof 's-Gravenhage op 8 september 2006.

De eerste twee van bovengenoemde arresten worden verder uitgewerkt, omdat zij een invulling geven aan het begrip “andere omstandigheden van het geval”. Het Gerechtshof

⁷⁹ Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, LJV AW2537 onder 4.8.

⁸⁰ Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, LJV AW2537 onder 4.9.

⁸¹ Hof Arnhem 13 december 2005, LJV AU9147, Hof Arnhem 7 november 2006 NJF 2007, 118, Hof 's-Gravenhage 19 april 2007, NJF 2007, 525, Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2008, LJV BC8682, Hof Aruba 24 maart 2009, LJV BH9793 en Hof Arnhem 24 maart 2009, LJV BI0915.

's-Hertogenbosch heeft de vordering tot schadevergoeding wegens onaanvaardbaar afbreken van de onderhandelingen afgewezen, omdat uit de stukken blijkt dat de wederpartij van de afbrekende partij onrechtmatig gegevens heeft achter gehouden. Het hof geeft aan dat in zo'n situatie sprake is van "andere omstandigheden van het geval", nu de onderhandelingen zijn afgebroken door toedoen van de wederpartij. Om die reden kan de afbrekende partij niet aansprakelijk worden gesteld voor de door de wederpartij geleden schade. Het hof vult hierbij aan dat juist wanneer er sprake is van een situatie die valt onder "andere omstandigheden van het geval" op de rechterlijke macht een zwaardere motiveringsplicht ligt, waardoor niet snel zal worden voldaan aan de strenge en tot terughoudendheid nopenende maatstaf in het arrest CBB/JPO.⁸² De uitspraak van het Gerechtshof Arnhem kan worden gezien als een aanvulling op de maatstaf uit het arrest CBB/JPO, nu zij aangeven dat met "andere omstandigheden van het geval" een zeer beperkte categorie uitzonderingsgevallen worden bedoeld.⁸³ Het gerechtshof geeft echter geen voorbeelden van wat deze uitzonderingsgevallen kunnen zijn.

In september 2006 heeft het Gerechtshof 's-Gravenhage een uitspraak gedaan over de vraag of een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen en wanneer dit niet het geval is of de afbrekende partij een schadevergoedingsplicht heeft.⁸⁴ Het hof verwijst in haar uitspraak naar punt 3.5 van het arrest CBB/JPO en concludeert dat ondanks dat de onderhandelingen in een zodanig stadium verkeerde dat zij konden leiden tot een arbeidsovereenkomst, dit geen reden kan zijn voor de werkgever om de onderhandelingen niet te beëindigen. In deze zaak werd aangegeven dat het voor een bedrijf belangrijk is dat een sollicitant in de bedrijfscultuur past en door het onderhandelen over de laatste punten is gebleken dat de sollicitant niet de mentaliteit heeft die past bij het bedrijf. Eveneens geeft het hof aan dat de werkgever niet aansprakelijk is voor de door de sollicitant geleden schade, omdat de werkgever niet op de hoogte was van het feit dat de sollicitant zijn huidige baan heeft opgezegd.

6.2.2 Toegewezen vorderingen

De eerste uitspraak van een gerechtshof na het arrest CBB/JPO is de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch op 27 september 2005.⁸⁵ Het hof is van mening dat de grief omtrent de vraag of de onderhandelingen afgebroken mochten worden faalt. Het hof is van oordeel dat uit de overlegde correspondentie en de afgelegde verklaringen tijdens een voorlopig getuigenverhoor is gebleken dat partijen in zo vergaande mate het eens waren geworden dat partijen erop mochten vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand zou komen. De daarop volgende uitspraak van de rechtbank is niet gepubliceerd, waardoor het in dit kader niet mogelijk is om te bepalen of hier uiteindelijk vergoeding van het negatief of positief contractsbelang wordt opgelegd.

Het Gerechtshof Arnhem heeft op 19 juni 2007 in een huurgeschil uitgesproken dat de wederpartij van de afbrekende partij redelijkerwijs het gerechtvaardigd vertrouwen mocht hebben dat enig huurovereenkomst tot stand zou komen.⁸⁶ De Rechtbank Almelo had in kort geding op 6 februari 2007 bepaald dat partijen verplicht waren tot dooronderhandelen. Het hof vernietigt deze uitspraak, omdat zij van mening is dat bij het toewijzen van een vordering tot dooronderhandeling terughoudendheid moet worden betracht. In deze zaak was nog geen voorovereenkomst of een concept-overeenkomst opgesteld. Het hof is van mening dat de onderhandelingen nog niet in zo verre zijn gevorderd dat er sprake kan zijn van onrechtmatig afbreken. Het hof veroordeelde de afbrekende partij tot betaling van

⁸² Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2005, *LJN* AV2121.

⁸³ Hof Arnhem 7 november 2006, *NJF* 2007, 118.

⁸⁴ Hof 's-Gravenhage 8 september 2006, *LJN* AZ0209.

⁸⁵ Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2005, *LJN* AU5198.

⁸⁶ Hof Arnhem 19 juni 2007, *LJN* BA8878.

€ 10.000,00 als voorschot op de geleden schade. Deze vergoeding is gebaseerd op de makelaarskosten en advieskosten die de wederpartij heeft gemaakt.

Op 17 januari 2008 heeft het Gerechtshof Amsterdam verwezen naar de maatstaf in het arrest CBB/JPO.⁸⁷ Het hof toetst aan alle verschillende punten die in de maatstaf naar voren komen en komt tot de conclusie dat de onderhandelingen op grond van de redelijkheid en billijkheid niet afgebroken mochten worden zonder dat de kosten vergoed werden. Er is geen reden voor de vergoeding van het positief contractsbelang. De schadevergoeding zal later bij staat worden berekend. Deze latere uitspraak is niet gepubliceerd.

In een recent arrest van het Gerechtshof Den Haag, heeft deze bepaald dat door de feiten en omstandigheden van de zaak er plaats moet zijn voor de vergoeding van het negatief contractsbelang.⁸⁸ Interessant aan dit arrest is dat het gerechtshof een opsomming geeft van de kosten die de afbrekende partij dient te vergoeden. Het gaat hier om de onkosten van de wederpartij.

“Het gaat daarbij om onkosten die:

- a) gemaakt zijn in de periode voordat duidelijk werd dat partijen definitief uit elkaar zouden gaan,*
- b) waarvoor de getroffen regeling ter afwikkeling van de arbeidsverhouding geen vergoeding omvat, en*
- c) niet kunnen worden toegerekend aan de exploitatie van het bedrijfspand door de commanditaire vennootschap.”*

6.3 *Rechtbanken*

In de afgelopen jaren zijn een aantal zaken over dit onderwerp voor de rechtbanken gekomen. De rechtbanken hebben uitspraken gedaan waarin zij de vordering afwezen en toewezen. In dit hoofdstuk zal een onderscheid worden gemaakt tussen de afgewezen vorderingen en de toegewezen vorderingen. De toegewezen vorderingen worden onderverdeeld in de vorderingen tot: betaling van het positief of negatief contractsbelang, dooronderhandelen of het sluiten van een overeenkomst.

6.3.1 *Afgewezen vorderingen*

In de afgelopen jaren zijn in ieder geval een twintigtal vorderingen afgewezen. Het gaat om verschillende vorderingen, te weten de vorderingen tot schadevergoeding wegens wanprestatie, dooronderhandelen, vergoeding positief contractsbelang en negatief contractsbelang. Deze vorderingen zijn veelal afgewezen op het feit dat de rechtbank niet overtuigd was dat de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen kon hebben dat de overeenkomst tot stand zou komen.⁸⁹ Niet al deze uitspraken zullen in de hoofdstuk worden behandeld. Alleen de uitspraken, die iets toevoegen aan dit leerstuk worden uitgewerkt.

6.3.1.1 *Gerechtvaardigd vertrouwen*

Zoals uit de eerdere hoofdstukken is gebleken is het van belang dat de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft dat de overeenkomst tot stand zal komen. De rechtbanken hebben over dit begrip meerdere uitspraken gedaan. In twee uitspraken werd echter niet

⁸⁷ Hof Amsterdam 17 januari 2008, *LJN* BC9812.

⁸⁸ Hof Den Haag 7 april 2009, *LJN* BI1738.

⁸⁹ Rechtbank Arnhem 15 maart 2006, *LJN* AW2739, Rechtbank Alkmaar 29 maart 2006, *LJN* AV7589, Rechtbank Leeuwarden 29 juni 2006, *NJF* 2006, 542, Rechtbank Arnhem 7 november 2006, *NJF* 2007, 118, Rechtbank Haarlem 5 juli 2007, *LJN* AY3519, Rechtbank Amsterdam 6 februari 2008, *LJN* BC7190, Rechtbank Utrecht 23 april 2008, *LJN* BD0116, Rechtbank Amsterdam 22 mei 2008, *LJN* BD3464, Rechtbank Utrecht 2 juli 2008, *LJN* BD6010, Rechtbank Rotterdam 9 juli 2008, *LJN* BD6962, Rechtbank 's-Hertogenbosch 16 juli 2008, *LJN* BD7282, Rechtbank Utrecht 22 oktober 2008, *LJN* BG3821, Rechtbank Arnhem 3 december 2008, *LJN* BG7062, Rechtbank Arnhem 18 maart 2009, *LJN* BH7610, Rechtbank Amsterdam 15 april 2009, *LJN* BI3549, en Rechtbank Utrecht 15 april 2009, *LJN* BI4105,

verwezen naar het arrest CBB/JPO, ondanks dat er wel getoetst werd aan het begrip gerechtvaardigd vertrouwen.⁹⁰ In deze uitspraken verwijzen de rechtbanken naar het Haviltex arrest en naar het arrest VSH-Shell.⁹¹ Ook de Rechtbank Groningen heeft in haar uitspraak een aanvulling gedaan op het begrip gerechtvaardigd vertrouwen. De rechtbank concludeerde namelijk dat er geen sprake kon zijn van een gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst, omdat de onderhandelingen van zeer korte duur waren.⁹²

6.3.1.2 Afname gerechtvaardigd vertrouwen

In een zaak bij de Rechtbank Rotterdam was het beeld dat enerzijds de onderhandelingen nog niet in de eindfase verkeerden en anderzijds dat de redelijkheid en billijkheid wel meebrachten dat de gezette stappen, de verhoudingen en de inspanningen zouden leiden tot definitieve afspraken. Toch heeft de rechtbank geconcludeerd dat er geen grond was voor de verplichting tot schadevergoeding. Door de lange duur van de onderhandelingen is het gerechtvaardigd vertrouwen weer afgenomen toen partijen geen overeenstemming kregen over de financiering.⁹³

6.3.1.3 Aanbestedingsrecht

De uitspraak van de Rechtbank Dordrecht is eveneens van belang, omdat de rechtbank in deze uitspraak heeft bepaald dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht niet van toepassing waren, waardoor er getoetst moest worden aan de maatstaf uit het arrest CBB/JPO. De rechtbank concludeert dat desondanks het afbreken van de onderhandelingen niet onrechtmatig was.⁹⁴

6.3.1.4 Afbreken door handelswijze van de wederpartij

In de uitspraak van de Rechtbank Haarlem en de uitspraak van de Rechtbank Utrecht is bepaald dat het afbreken van de onderhandelingen rechtmatig was. De afbrekende partijen waren niet aansprakelijk voor de door de wederpartij gemaakte kosten. In deze zaken speelden dat de wederpartijen zelf hadden gezorgd dat de afbrekende partijen het vertrouwen kwijt zijn geraakt en daardoor de onderhandelingen hebben afgebroken.⁹⁵

6.3.1.5 Intentieverklaringen

In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 29 oktober 2008 gaat het om de vraag of er tussen partijen een perfecte overeenkomst tot stand is gekomen. De rechtbank oordeelt dat uit de overgelegde stukken niet meer kan worden afgeleid dan dat partijen in onderhandeling waren over een intentieverklaring. Zij hebben echter geen overeenstemming kunnen bereiken over de inhoud hiervan. De rechtbank vult aan dat zelfs wanneer er overeenstemming zou zijn bereikt over de intentieverklaring en deze zou worden ondertekend er geen perfecte koopovereenkomst tot stand is gekomen. De rechtbank concludeert dat in ieder geval het stadium nog niet was bereikt dat de wederpartij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat een koopovereenkomst tussen partijen tot stand zou komen, laat staan dat dit vertrouwen het onaanvaardbaar zou maken dat de onderhandelingen werden afgebroken.⁹⁶

De Rechtbank 's-Gravenhage heeft in haar uitspraak van 30 oktober 2008 antwoord gegeven op de vraag of de afbrekende partij zich gezien de langdurige onderhandelingen nog mocht beroepen op het overeengekomen voorbehoud van goedkeuring door de Raad van Commissarissen. De rechtbank is van mening dat de eiser op meerdere momenten

⁹⁰ Rechtbank Zwolle 31 augustus 2005, *LJN* AV4166 en Rechtbank Rotterdam 21 november 2005, *LJN* BC0215.

⁹¹ HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 en HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017.

⁹² Rechtbank Groningen 17 februari 2006, *NJF* 2006, 205.

⁹³ Rechtbank Rotterdam 26 maart 2008, *LJN* BD6989.

⁹⁴ Rechtbank Dordrecht 15 juni 2006, *NJF* 2006, 395.

⁹⁵ Rechtbank Haarlem 13 december 2006, *LJN* AZ4442 en Rechtbank Utrecht 13 augustus 2008, *LJN* BD9800.

⁹⁶ Rechtbank Rotterdam 29 oktober 2008, *LJN* BG3459.

uitdrukkelijk met het voorbehoud akkoord is gegaan. Om die reden kan niet voldoende aannemelijk gemaakt worden dat de afbrekende partij zich in het licht van de langdurige onderhandelingen niet meer zou kunnen terugtrekken en zich niet meer zou mogen beroepen op het overeengekomen voorbehoud.⁹⁷

Ook de Rechtbanken Zwolle en Amsterdam achtten de overeengekomen intentieovereenkomst van zodanig belang dat er ondanks de lange onderhandelingen geen gerechtvaardigd vertrouwen kon zijn dat een overeenkomst tot stand zou komen.⁹⁸ Als partijen tezamen een clause hebben opgenomen dat partijen het recht voorbehouden om de onderhandelingen af te breken, kunnen zij geen gerechtvaardigd vertrouwen hebben dat de overeenkomst ook daadwerkelijk tot stand zal komen. Het gerechtvaardigd vertrouwen wordt immers afgezwakt doordat de partijen uitdrukkelijk hebben ingestemd met de mogelijkheid om de onderhandelingen in een later stadium af te breken.

6.3.1.6 Conclusie

Deze paragraaf kan worden afgesloten met de uitleg van de Rechtbank Rotterdam aan de zinsnede “een strenge en tot terughoudendheid nopende maatregel”, namelijk: “In rechte zal niet snel worden geoordeeld dat er sprake is van een tot een schadevergoedingsplicht aanleiding gevend onaanvaardbaar afbreken van onderhandelingen”.⁹⁹

6.3.2 Vergoeding van het negatief contractsbelang

De vordering tot vergoeding van het negatief contractsbelang of vergoeding van de gemaakte kosten, die niet vallen onder het ondernemingsrisico, zijn in een aantal zaken door de rechtbanken toegewezen. Deze uitspraken zullen hieronder worden uitgewerkt.

Al vrij snel na het arrest CBB/JPO heeft de Rechtbank Breda uitspraak gedaan in de zaak Breda Bouw/Bruurs Holding.¹⁰⁰ Breda Bouw motiveert dat Bruurs in de nakoming van haar verplichtingen tekort is gekomen of dat Bruurs in ieder geval onrechtmatig heeft gehandeld door de onderhandelingen af te breken. De voorzieningenrechter past het arrest CBB/JPO toe en komt tot de conclusie dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar was. De voorzieningenrechter motiveert dat Bruurs uitdrukkelijk heeft aangegeven met Breda Bouw het project te willen realiseren. Breda Bouw heeft een uitgebreide begroting gemaakt, waardoor Breda Bouw het vertrouwen mocht hebben dat er in de toekomst een aannemingsovereenkomst tot stand zou komen.

De uitspraak van de Rechtbank Arnhem is interessant, omdat daar in kort geding een verplichting tot dooronderhandelen is gevorderd. De Voorzieningenrechter heeft bepaald dat de onderhandelingen naar redelijkheid niet afgebroken hadden mogen worden. De rechter in de hoofdzaak is echter van mening dat dit eerdere vonnis niet kan leiden tot het bewijs dat aan de strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf is voldaan. Hierdoor is de rechtbank van mening dat er geen plaats is voor een vergoeding van het positief contractsbelang.¹⁰¹

De Rechtbank Arnhem heeft een uitspraak gedaan over de vergoeding van zowel het positief als het negatief contractsbelang bij het afbreken van de onderhandelingen. Over het positief contractsbelang oordeelt de rechtbank dat niet aan de strenge en tot terughoudendheid nopende maatregel is voldaan, omdat er geen feiten en omstandigheden zijn waardoor de eiser het gerechtvaardigd vertrouwen kon hebben dat een overeenkomst daadwerkelijk tot stand zou komen.¹⁰²

⁹⁷ Rechtbank 's-Gravenhage, 30 oktober 2008, LJN BG5016.

⁹⁸ Rechtbank Zwolle 22 december 2008, LJN BH2990 en Rechtbank Amsterdam 29 januari 2009, LJN BB7395.

⁹⁹ Rechtbank Rotterdam 17 oktober 2007, LJN BB 7883.

¹⁰⁰ Rechtbank Breda 25 augustus 2005, NJF 2005, 442.

¹⁰¹ Rechtbank Arnhem 21 december 2005, LJN AV1987.

¹⁰² Rechtbank Arnhem 18 januari 2006, LJN AV5462.

Het geschil in de volgende zaak gaat over het feit dat de Staat een heraanbesteding heeft gedaan. De rechtbank oordeelt dat de heraanbesteding in strijd is met de precontractuele goeder trouw. Er wordt in deze uitspraak niet verwezen naar het arrest CBB/JPO, maar de rechtsregel uit Baris/Riezenkamp wordt wel toegepast. De rechtbank oordeelt dat de Staat de werkzaamheden niet door een ander mag laten uitvoeren dan door de eiser. Het probleem is echter dat de Staat het bestek inmiddels uit de roulatie heeft gehaald. Ondanks dat legt de rechtbank geen verplichting tot schadevergoeding op.¹⁰³

In de uitspraak van 31 januari 2007 staat een duidelijke en volledige motivatie van de Rechtbank Almelo. In deze zaak herhaalt de rechtbank de maatstaf, die in CBB/JPO is geformuleerd, en komt tot de conclusie dat er geen mogelijkheid bestaat voor vergoeding van het positief contractsbelang. Primair vorderde eiser vergoeding van de gederfde winst en de gemaakte kosten op grond van het niet nakomen van de overeenkomst. Subsidiair vorderde eiser voor het geval dat de rechtbank van oordeel is dat er geen sprake was van een overeenkomst, vergoeding van de gederfde winst en de door haar gemaakte kosten voor de verrichte werkzaamheden op basis van het onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen. De rechtbank oordeelt dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen. Voor beantwoording van de vraag of de onderhandelingen onrechtmatig zijn afgebroken heeft de rechtbank de volgende vragen gebruikt:

1. Kon de eiser het gerechtvaardigd vertrouwen hebben dat de overeenkomst tot stand kon komen op het moment dat de afbrekende partij de onderhandelingen afbrak?
De rechtbank is van mening dat eiser geen gerechtvaardigd vertrouwen kon hebben, omdat afgesproken was dat de directie van wederpartij zou moeten toestemmen. De directie heeft hier echter geen uitlatingen over gedaan. Er kon dus geen gerechtvaardigd vertrouwen bestaan.
2. Zijn er overige feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel kunnen leiden?
De rechtbank oordeelt dat er geen feiten en omstandigheden aanwezig zijn die tot een ander oordeel kunnen leiden. De rechtbank laat een getuigenverklaring van een derde buiten toepassing, omdat de rechtbank van mening is dat eiser niet uit kon gaan van de mening van deze derde.
3. Is er voldaan aan de strenge en tot terughoudendheid nopen de maatstaf?
De rechtbank concludeert dat er niet is voldaan aan de maatstaf. Hierdoor is er geen plaats voor vergoeding van het positief contractsbelang.
4. Moet wederpartij de kosten die eiser heeft gemaakt in de onderhandelingsfase vergoeden, ondanks dat wederpartij vrij was de onderhandelingen af te breken?
Hierbij wordt door de rechtbank aangegeven dat de kosten in de precontractuele fase meestal voor eigen risico komen, behalve wanneer er bijzondere omstandigheden zijn. De rechtbank maakt een verschil in de kosten die vallen onder het ondernemingsrisico en de kosten die gemaakt zijn ten uitvoering van de opdrachten die door de afbrekende partij zijn gegeven. Een gedeelte van de kosten dient vergoed te worden, te weten: de kosten voor bestudering, overleg, calculatie, advisering en werkbezoek. Er is door de eiser 211 uur besteed aan het voorgaande tegen een uurtarief van € 75,00.

De rechtbank veroordeelt de afbrekende partij tot vergoeding van een gedeelte van de door eiser gemaakte kosten. Alleen die kosten die gemaakt zijn in opdracht van de afbrekende partij en die niet vallen onder het ondernemingsrisico komen voor vergoeding in aanmerking.¹⁰⁴

¹⁰³ Rechtbank 's-Gravenhage 9 januari 2007, *NJF* 2007, 136.

¹⁰⁴ Rechtbank Almelo 31 januari 2007, *LJN* AZ9196.

De Rechtbank Rotterdam is van mening dat er geen mondelinge overeenkomst tot stand is gekomen. Het afbreken van de onderhandelingen kan niet als onrechtmatig worden aangewezen als hiervoor geen bewijs is. Eiser krijgt de mogelijkheid om bewijs te leveren van een arbeidsovereenkomst en/of huurovereenkomst van een pand. In deze zaak gaat het namelijk over de onderhandelingen voor het oprichten van een vennootschap. Het kan zijn dat de partijen het gerechtvaardigd vertrouwen mochten hebben dat een overeenkomst tot stand zou komen als er wel al afspraken waren gemaakt over het aannemen van personeel en het huren van een pand. Als eiser dit niet kan aantonen dan was het afbreken van de onderhandelingen nog rechtmatig.¹⁰⁵

De Rechtbank Haarlem geeft eveneens in haar uitspraak van 14 mei 2008 aan dat er in de onderhavige zaak geen sprake kan zijn van vergoeding van het positief contractsbelang. Hierbij wordt door de rechtbank aangegeven dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden het afbreken van de onderhandelingen kan noodzaken tot vergoeding van het positieve contractsbelang. De rechtbank overweegt: *“Nu [eiser] niet aan de financiële voorwaarden van [gedaagde] kon en wilde voldoen, mocht hij er niet langer op vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen en behoeft hij niet in een toestand te worden gebracht als ware het contract wel tot stand gekomen.”* Met betrekking tot de vergoeding van de kosten oordeelt de rechtbank als volgt: *“Het afbreken van de onderhandelingen in de hiervoor genoemde omstandigheden kan op zichzelf niet ongeoorloofd worden geacht. [gedaagde] diende daarbij echter wel rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van [eiser], die ter voorbereiding van de tour en in het vertrouwen in het tot stand komen van enige overeenkomst reeds kosten had gemaakt. Tot dat vertrouwen had [gedaagde] tot dan toe ook bijgedragen door een tekst voor het theaterboekje aan te leveren en een aankondiging op zijn website te zetten. Het stond [gedaagde] dan ook niet zonder meer vrij de onderhandelingen af te breken. (...)*

Eiser heeft de volgende kosten geclaimd:

- 17 dagen à EUR 750,- tijdsbesteding;
- Webdesign en aanbetalen ontwerper: EUR 1.225,- en 1.000,-;
- Annuleringskosten van reeds geboekte theaters. Deze kosten zijn in de dagvaarding begroot op EUR 57.500, maar [eiser] heeft ter comparitie verklaard dat door hem uiteindelijk EUR 12.000,- aan annuleringskosten is betaald.”¹⁰⁶

Uiteindelijk concludeert de rechtbank dat de vordering tot vergoeding van de geïnvesteerde tijd niet voldoende is onderbouwd en dat om die reden de geïnvesteerde tijd voor beide partijen eigen risico is. Ten aanzien van de kosten van de webdesign en het aanbetalen van de ontwerper is onvoldoende gesteld. Om die reden is de rechtbank van mening dat alleen de annuleringskosten van de reeds geboekte theaters voor vergoeding in aanmerking komen. Aan eiser wordt echter wel de gelegenheid geboden om voor het vaststellen van de hoogte van deze kosten bewijsmiddelen aan te dragen.

In een andere zaak oordeelt de Rechtbank Amsterdam dat er geen verplichting tot dooronderhandelen kan worden opgelegd, omdat het afbreken van de onderhandelingen aanvaardbaar is en er bij de wederpartij geen gerechtvaardigd vertrouwen kon zijn in de totstandkoming van de overeenkomst.¹⁰⁷ In deze zaak hebben partijen vier jaar onderhandelingen gevoerd. De rechtbank oordeelt dat het zo moge zijn dat de afbrekende partij tot op een zeker moment het vertrouwen heeft gewekt dat een overeenkomst tot de reële mogelijkheid behoorde, maar omdat de onderhandelingen zolang hebben geduurd en er uiteindelijk toch geen volledige overeenstemming bestond, de afbrekende het vrij stond de onderhandelingen af te breken. Om deze reden ziet de rechtbank ook geen mogelijkheid om vergoeding van het positief contractsbelang op te leggen. De rechtbank is echter wel van mening dat de afbrekende partij het negatief contractsbelang dient te vergoeden. De rechtbank oordeelt als volgt:

¹⁰⁵ Rechtbank Rotterdam 23 april 2008, LJV BD2974.

¹⁰⁶ Rechtbank Haarlem 14 mei 2008, LJV BD7608.

¹⁰⁷ Rechtbank Amsterdam 25 maart 2009, LJV BI2006.

“ Aan de ander kant kan worden vastgesteld dat Boards and More gedurende de gehele onderhandelingsperiode Adviespraktijk nimmer (duidelijk) heeft gewaarschuwd voor het risico dat de onderhandelingen, met het oog op de lange duur, uiteindelijk op niets zouden kunnen uitdraaien. Boards and More heeft tot aan de afspraak voor februari 2006, die door haar is afgezegd, de onderhandelingen met Adviespraktijk gaande gehouden, terwijl zij wist dat Adviespraktijk daardoor (juridische) kosten bleef maken. Het ligt derhalve in de reden dat de directe kosten aan de zijde van Adviespraktijk, verband houdende met de onderhandelingen, door Boards and More worden vergoed. Daarbij valt te denken aan de kosten voor juridische bijstand - waarover partijen het eens leken te zijn over een bedrag van € 20.000,00 - alsmede aan directe andere kosten. Anders dan Adviespraktijk stelt is de grondslag voor eventuele vergoeding van juridische kosten niet gelegen in artikel 6:96 lid 2 BW. Het gaat immers niet om kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid of voldoening buiten rechte. Echter, onder omstandigheden zoals die zich hier voordoen vormt de door redelijkheid en billijkheid beheerste precontractuele fase een zelfstandige bron tot schadevergoeding. De door mr. [B] en of andere persoonlijk betrokkenen bestede tijd zou daarbuiten moeten vallen, nu het wel of niet slagen van zakelijke onderhandelingen doorgaans behoort tot het gebruikelijke ondernemingsrisico. Naar uit de stukken blijkt is het ook vooral de raadman van Adviespraktijk geweest die gedurende de onderhandelingen het werk heeft gedaan.”

Uiteindelijk worden beide partijen in de gelegenheid gesteld om bij akte de directe kosten aan te brengen en te motiveren. De rechter houdt iedere beslissing aan. De uiteindelijke uitspraak is (nog) niet gepubliceerd.

6.3.3 Vergoeding van het positief contractsbelang

In de afgelopen jaren hebben twee rechtbanken de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang toegewezen. De eerste uitspraak is van de Rechtbank Haarlem op 12 juli 2007 en de meest recente is van de Rechtbank Utrecht op 21 januari 2009.¹⁰⁸

In de zaak bij de Rechtbank Haarlem was tussen partijen een afstandovereenkomst van toepassing. In de afstandovereenkomst was opgenomen dat partijen naar de eisen van goeder trouw zullen streven naar het tot stand komen van een overeenkomst. Als na dit streven blijkt dat de onderhandelingen afgebroken dienen te worden zal dit schriftelijk en met redenen worden gedaan. De rechtbank concludeert dat de afbrekende partij de onderhandelingen heeft afgebroken zonder de, in de afstandovereenkomst geformuleerde, formele en materiële regels in acht te nemen. Op grond van wanprestatie is de afbrekende partij in ieder geval verplicht de kosten genoemd in art. 5 van de afstandovereenkomst te vergoeden. De afbrekende partij heeft inmiddels een overeenkomst gesloten met een derde. De rechtbank is van oordeel dat de eiser recht kan hebben op vergoeding van het positief contractsbelang, nu niet uit de omstandigheden blijkt dat een dergelijke overeenkomst niet gesloten zou kunnen worden met eiser. De rechtbank verplicht de afbrekende partij tot het in het geding brengen van de overeenkomst met de derde, om op grond daarvan de gederfde winst te berekenen. De rechtbank geeft de afbrekende partij de mogelijkheid om bewijs te leveren dat een dergelijke overeenkomst niet met eiser gesloten kon worden.¹⁰⁹

De Rechtbank Utrecht heeft op 21 januari 2009 een uitspraak gedaan omtrent het afbreken van de onderhandelingen in een arbeidsrechtelijke zaak. Werkgever en werknemer zijn meerdere malen in onderhandeling geweest omtrent de omzetting van de arbeidsovereenkomst van werknemer van bepaalde tijd naar onbepaalde tijd. De werknemer heeft daarbij de voorwaarde gesteld dat hij salarisverhoging wil krijgen. Deze verhoging zou in het managementteam worden besproken. Uiteindelijk haakt de werkgever af, waardoor de werknemer een WW-uitkering krijgt. De rechtbank oordeelt dat de werkgever op grond van het goed werkgeverschap de onderhandelingen onrechtmatig heeft afgebroken, hierbij is ook rekening gehouden met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De rechtbank is van

¹⁰⁸ Rechtbank Haarlem 12 juli 2007, LJN BB4068 & Rechtbank Utrecht 21 januari 2009, LJN BH1050.

¹⁰⁹ Rechtbank Haarlem 12 juli 2007, LJN BB4068.

mening dat in deze casus het afbreken van de onderhandelingen een te grote invloed had op de werknemer. De rechtbank verplicht de werkgever daarom de schade van de werknemer te vergoeden. De rechtbank laat de hoogte van de schade open en verwijst de zaak naar de rol om eiser de kans te geven de hoogte van de schade te onderbouwen. Wel geeft de rechtbank aan dat de schade in ieder geval het verschil is tussen het misgelopen salaris en de hoogte van de WW-uitkering.¹¹⁰

6.3.4 *Verplichting tot dooronderhandelen*

De uitspraak van de Rechtbank Roermond op 19 december 2008 is momenteel de enige uitspraak waarin de verplichting tot dooronderhandelen wordt opgelegd.¹¹¹ In deze casus waren de onderhandelingen al zover gevorderd dat er inmiddels een concept-overeenkomst was opgesteld. De rechtbank achtte onvoldoende grond aanwezig om de wederpartij tot levering van het onroerend goed te verplichten. Reden hiervan is dat er sprake is van een concept-koopovereenkomst en geen definitieve overeenkomst. Toch ziet de rechtbank voldoende reden om de partijen een verplichting tot dooronderhandelen op te leggen. Welke reden dit is, geeft de rechtbank niet specifiek aan.

6.3.5 *Verplichting tot sluiten overeenkomst*

Het leerstuk omtrent afgebroken onderhandelingen bij de koop van een registergoed lijkt anders te zijn dan in het overige overeenkomstenrecht. Dit blijkt uit de uitspraak van Rechtbank Zutphen op 22 november 2005.¹¹² Bij de koop van een registergoed moet er voldaan zijn aan het schriftelijkheidsvereiste uit art. 7:2 BW. Hieruit blijkt dat wanneer er geen schriftelijke overeenkomst tot stand is gekomen er ook geen koop heeft plaatsgevonden. De vraag die resteert is of in deze zaak de onderhandelingen afgebroken hadden mogen worden. De rechter gebruikt bij de motivatie het antwoord van de minister van Justitie op de Kamervragen.¹¹³ Daarna verwijst de rechter naar het arrest VSH/Shell. Uiteindelijk concludeert de rechter dat partijen verplicht zijn een schriftelijke overeenkomst op te stellen.

6.4 *Patroon*

Uit het bovenstaande blijkt dat de Hoge Raad weinig zaken inhoudelijk heeft behandeld, omdat de gestelde klachten niet tot cassatie konden leiden. Alleen in het arrest Vollenhoven/Shell geeft de Hoge Raad een korte aanvulling op de precontractuele aansprakelijkheid. De Hoge Raad geeft aan dat er alleen sprake kan zijn van vergoeding van het positief contractsbelang als de wederpartij erop mocht vertrouwen dat uit de onderhandelingen in ieder geval enigerlei contract zou ontstaan. Wat onder enigerlei contract moet worden verstaan is niet duidelijk.

In de overwegingen van de gerechtshoven wordt voornamelijk verwezen naar het arrest CBB/JPO. De maatstaf die in dat arrest geformuleerd staat, wordt in de meeste uitspraken volledig overgenomen. Het hof is in de meeste gevallen van mening dat het afbreken van de onderhandelingen alleen geoorloofd is als de gemaakte kosten en de geleden schade worden vergoed. Er wordt dus alleen een verplichting tot vergoeding van het negatief contractsbelang opgelegd en er wordt niet gesproken over vergoeding van de gederfde winst. In drie van de door mij onderzochte procedures werd de vordering tot schadevergoeding helemaal afgewezen. Dit telkens om verschillende redenen zoals het van toepassing zijn van een intentieovereenkomst, het niet aansprakelijk zijn voor de geleden schade of er is geen grond waaruit blijkt dat een partij het gerechtvaardigd vertrouwen mocht hebben. In de gehele jurisprudentie met betrekking tot de uitspraken van de gerechtshoven wordt geen

¹¹⁰ Rechtbank Utrecht 21 januari 2009, LJV BH1050.

¹¹¹ Rechtbank Roermond 19 december 2008, LJV BG7992.

¹¹² Rechtbank Zutphen 22 november 2005, NJF 2006, 377.

¹¹³ Kamerstukken 2001/2002, 23 095, nr. 8, p. 8.

vergoeding van het positieve contractsbelang opgelegd en ook geen verplichting tot dooronderhandelen of het sluiten van een overeenkomst, terwijl dat meerdere malen werd gevorderd.

Uit de uitspraken van de rechtbanken valt een patroon af te leiden. Dit patroon geeft voornamelijk weer dat de lagere rechtspraak gebruik maakt van de strenge en tot terughoudendheid nopen de maatstaf die geformuleerd is in het arrest CBB/JPO. De rechtbanken toetsen aan deze maatstaf of de onderhandelingen aanvaardbaar zijn afgebroken. In de meeste zaken komen de rechtbanken tot de beoordeling dat de onderhandelingen nog rechtmatig kunnen worden afgebroken. In een aantal situaties zijn de onderhandelingen al zover gevorderd dat de onderhandelingen alleen afgebroken kunnen worden met vergoeding van de gemaakte kosten.

Verder blijkt dat de rechters voorzichtig zijn met de invulling van de maatstaf. Na het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat de rechterlijke macht vanaf augustus 2005 tot mei 2009 slechts een aantal keer de verplichting tot vergoeding van het positief contractsbelang heeft opgelegd. In één van deze zaken was dat op basis van wanprestatie, omdat er in strijd met de afstandovereenkomst was gehandeld. De tweede zaak was de enige keer dat de rechterlijke macht heeft uitgesproken dat aan de maatstaf geformuleerd in CBB/JPO is voldaan. De rechtbank heeft toen vergoeding van het positief contractsbelang opgelegd. Dit was in een arbeidsrechterlijke zaak, waarbij het goed werkgeverschap een aanvulling gaf op de maatstaf in het arrest CBB/JPO.

Er is geen duidelijk patroon te herkennen in welke situaties de rechterlijke macht het afbreken van de onderhandelingen onrechtmatig vindt. Er kan geen limitatieve lijst opgesteld worden met daarin de kosten die onder het negatief contractsbelang vallen. In de meeste situatie vallen de gemaakte kosten onder het ondernemersrisico. De rechter heeft wel een aantal keer vergoeding van de kosten, die zijn gemaakt door een specifiek verzoek van de afbrekende partij, opgelegd.

6.5 *Casus*

Hieronder zal de uitspraak van de Rechtbank Assen van 30 mei 2007 en de uitspraak van het Gerechtshof Leeuwarden van 10 februari 2009 worden behandeld.

De Rechtbank Assen heeft over de primaire vordering van Project B.V. geoordeeld dat het begrijpelijk is dat Project B.V. heeft aangegeven dat wanneer de gemeente tot 31 december 2003 had gewacht met het beëindigen van de onderhandelingen partijen wellicht overeenstemming zouden hebben bereikt. De rechtbank constateert dat dit niet vast staat en dat er daarom ook niet in strijd met de intentieovereenkomst is gehandeld. Tevens geeft de rechtbank aan dat de gemeente niet onrechtmatig heeft gehandeld, omdat duidelijk uit de intentieovereenkomsten blijkt dat er telkens een termijn werd afgesproken waarbinnen wilsovereenstemming zou moeten zijn bereikt. In deze intentieovereenkomst was ook opgenomen welke kosten partijen zouden moeten vergoeden als zij niet tot overeenstemming komen. De rechtbank oordeelt dat hieruit blijkt dat partijen rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat er geen overeenstemming zal worden bereikt. De rechtbank concludeert eveneens dat in de intentieovereenkomst punten zijn opgenomen waarover partijen overeenstemming dienen te hebben alvorens een projectovereenkomst wordt opgesteld. De rechtbank acht het niet voldoende bewezen dat als de onderhandelingen tot 31 december 2003 werden voortgezet er ook daadwerkelijk overeenstemming over deze punten bereikt zou zijn.

Ter beoordeling van de subsidiaire vordering, dat de gemeente onrechtmatig de onderhandelingen heeft afgebroken, geeft de rechtbank aan dat als maatstaf voor die grondslag heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen, die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaar gerechtvaardigde verwachtingen 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 de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. De rechtbank is van oordeel dat het afbreken van de onderhandelingen niet onrechtmatig was, zoals dit uit het bovenstaande blijkt. De rechtbank motiveert hierbij dat partijen steeds uitdrukkelijk rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat zij niet tot overeenstemming zouden komen. De rechtbank wijst de vorderingen van eiser af en veroordeelt haar in de proceskosten.

Project B.V. gaat tegen het vonnis van de rechtbank in hoger beroep bij het Gerechtshof Leeuwarden. Het hof oordeelt dat, gelet op de clausule in de intentieverklaring, pas een projectovereenkomst zou worden gesloten als beide partijen positief hebben besloten over de haalbaarheid van het project en onder meer overeenstemming zouden hebben bereikt over de grondprijs en voorwaarden voor de overdracht. Het hof is van mening dat aan de memo van 30 december 2003, waarin staat dat de haalbaarheid mogelijk is, niet de conclusie mag worden verbonden dat beide partijen positief hebben geoordeeld over de haalbaarheid van het project. Het hof geeft aan dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat er niet voldoende gebleken en gesteld is dat partijen binnen de genoemde termijn overeenstemming zouden hebben bereikt als zij zouden dooronderhandelen.

In de intentieovereenkomst is eveneens opgenomen dat er ook overeenstemming zou moeten zijn over de kwaliteit, eigendomsverhoudingen, exploitatievormen, planning, fasering en architectenkeuze alvorens tot een projectovereenkomst over te gaan. De rechtbank geeft aan dat dit allemaal geen aangelegenheden zijn, waarin kan worden voorzien door het aanvullende recht, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid. De rechtbank acht niet aannemelijk dat over bovengenoemde punten binnen de gestelde termijn overeenstemming zou zijn bereikt. Om deze redenen bekrachtigt het hof het vonnis van de rechtbank.



7. Conclusie

In dit hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de vraag wat de thans geldende regels zijn ter invulling van de open norm omtrent de aansprakelijkheid bij het afbreken van de onderhandelingen in de precontractuele fase. Allereerst zal kort een conclusie per hoofdstuk worden gegeven en uiteindelijk zal antwoord worden gegeven op de hoofdvraag.

7.1 Conclusie per hoofdstuk

De precontractuele fase is de fase tussen aanbod en aanvaarding en gaat vooraf aan de contractuele fase. In Nederland is er geen wettelijke grond voor de aansprakelijkheid in de precontractuele fase. Partijen hebben immers nog geen overeenkomst afgesloten, waardoor er geen contractuele verplichting is. Wanneer een der partijen de verplichtingen uit de verbintenis niet nakomt kan de andere partij nakoming of schadevergoeding eisen. In de precontractuele fase is het mogelijk om dooronderhandelen, sluiten van de overeenkomst of schadevergoeding te eisen. Deze schadevergoeding wordt dan verdeeld in de vergoeding van het negatief en het positief contractsbelang.

In de jurisprudentie is bepaald dat partijen door in onderhandeling te gaan over de overeenkomst in een door de goeder trouw beheerste rechtsverhouding komen te staan. Dit houdt in dat partijen rekening moeten houden met de door gerechtvaardigde belangen van de tegenpartij. Op grond van het Plas/Valburg arrest is in de literatuur een driefasenleer gecreëerd. Deze driefasenleer houdt in dat partijen door de onderhandelingen steeds meer aan elkaar gebonden zijn. In de eerste fase kunnen partijen de onderhandelingen nog zondermeer stoppen, terwijl dit in de tweede fase alleen kan als de kosten worden vergoed. In de derde fase is het afbreken van de onderhandelingen onrechtmatig.

Op 12 augustus 2005 heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan in de zaak CBB/JPO. In deze uitspraak heeft de Hoge Raad een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf opgesteld, welke de vraag beantwoordt of de onderhandelingen van partijen inmiddels in de derde fasen zijn beland. Deze maatstaf houdt het volgende in:

“Bij de beoordeling moet worden vooropgesteld 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, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange 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.”¹¹⁴

Juridische professionals hebben verschillend op dit arrest gereageerd. Zij hebben veel over dit onderwerp gepubliceerd in de vakbladen. Uit deze reacties kan worden afgeleid dat het arrest CBB/JPO een kentering teweeg kan brengen. Maar of dit daadwerkelijk gebeurd zal moeten blijken uit de latere jurisprudentie.

Uit de latere jurisprudentie blijkt echter dat de lagere rechtspraak de strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf gebruikt bij de beantwoording op de vraag of de

¹¹⁴ HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467.

afbrekende partij aansprakelijk is. Hierdoor kan antwoord worden gegeven op de thans geldende regels.

7.2 *Thans geldende regels*

Uit het onderzoek naar recente jurisprudentie is gebleken dat de lagere rechtspraak de maatstaf van de Hoge Raad gebruikt voor alle gevallen waarin de vraag speelt of het afbreken van de onderhandelingen onrechtmatig is. Hieruit zou geconcludeerd kunnen worden dat de rechtspraak afstand heeft willen nemen van de driefasenleer en nu gebruik maakt van een tweefasenleer. In de eerste fase staat het de partijen vrij om de onderhandelingen af te breken, terwijl het afbreken van de onderhandelingen in de tweede fase onaanvaardbaar is. Of de Hoge Raad ook daadwerkelijk bedoeld heeft om een tweefasenleer te creëren zal moeten blijken uit een volgend arrest. Voor juridisch Nederland is het in ieder geval van belang om rekening te houden met de maatstaf die kortweg aangeeft dat het ieder der partijen in beginsel vrij staat de onderhandelingen af te breken tenzij het afbreken onaanvaardbaar zou zijn. Bij de beoordeling of aan de strenge en tot terughoudendheid nopen de maatstaf is voldaan, moet de rechterlijke macht rekening houden met een zware motiveringsplicht.

Uit de lagere jurisprudentie is ook gebleken dat het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in de totstandkoming van de overeenkomst door langdurige onderhandelingen kan afnemen. Het is mogelijk dat op een bepaald moment bij partijen het gerechtvaardigd vertrouwen bestond, maar dat door het verstrek van de onderhandelingen dit vertrouwen afneemt. Het gerechtvaardigd vertrouwen kan ook worden afgezwakt als tussen partijen een intentieovereenkomst van toepassing is, waarin een clause is opgenomen dat partijen het recht voorbehouden om de onderhandelingen af te breken. Dit geldt eveneens voor een clause waarin staat dat de overeenkomst alleen tot stand komt na goedkeuring van de directie of van de raad. De rechterlijke macht heeft bepaald dat wanneer zo'n clause van toepassing is, partijen uitdrukkelijk hebben ingestemd met de mogelijkheid om de onderhandelingen af te breken. Dit betekent dat een partij nooit het gerechtvaardigd vertrouwen kan hebben dat een overeenkomst tot stand komt.

Uit deze jurisprudentie is gebleken dat de rechterlijke macht terughoudend is in het opleggen van een schadevergoedingplicht van het positief contractsbelang, verplichting tot dooronderhandelen en een verplichting tot het sluiten van een overeenkomst. Uit deze rechtspraak is gebleken dat in de meeste zaken de rechterlijke macht het afbreken van de onderhandelingen niet als onaanvaardbaar aanduidt. Dit betekent dat partijen zich in de fase bevinden dat de onderhandelingen nog afgebroken mochten worden. Het komt wel meerdere malen voor dat de rechterlijke macht van mening is dat de onderhandelingen alleen afgebroken mochten worden als de kosten worden vergoed. Het gaat hier dan om de vergoeding van het negatief contractsbelang. Het is echter niet duidelijk welke kosten onder het negatief contractsbelang vallen. In de meeste gevallen gaat het om kosten, die op verzoek van de afbrekende partij zijn gemaakt. Het gaat dan alleen om de kosten, die buiten het ondernemersrisico vallen.

7.3 *Verandering*

Zoals uit het bovenstaande is gebleken zijn de regels door de loop der jaren veranderd. Voor 1980 was er in Nederland een grote mate van contractvrijheid. Partijen konden de onderhandelingen op ieder moment beëindigen zonder aansprakelijk te zijn voor de schade en de kosten. In het arrest Baris/Riezenkamp heeft de Hoge Raad een eerste uitspraak gedaan over de verhouding van onderhandelende partijen. Na dit arrest volgden al snel meerdere arresten over de precontractuele aansprakelijkheid. De bekendste is het arrest Plas/Valburg, waarin de driefasenleer is uitgewerkt. In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat wanneer partijen in de derde fase zijn beland zij de onderhandelingen niet meer mogen

afbreken. Op dat moment is er plaats voor vergoeding van het positief contractsbelang. Dit arrest heeft ervoor gezorgd dat partijen steeds vaker gebruik gingen maken van intentieverklaringen. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO aangegeven dat er alleen sprake kan zijn van vergoeding van het positieve contractsbelang als er voldaan is aan de strenge en tot terughoudendheid nopen de maatstaf. Toch gaat het hier enkel om een theoretische verandering. Uit de rechtspraak is immers gebleken dat vergoeding van het positief contractsbelang niet vaak wordt opgelegd. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de rechterlijke macht altijd al voorzichtig is geweest met het bewezen verklaren dat partijen de derde fase hebben bereikt en dat om die reden de onderhandelingen niet afgebroken mochten worden. Zoals ook uit de parlementaire geschiedenis van het ontwerpartikel is gebleken is Nederland voorzichtig met het inperken van de contractvrijheid.

7.4 *Casus*

De conclusie met betrekking tot de casus is dat het voor de Project B.V. en de gemeente in de praktijk waarschijnlijk niet zoveel verschil had uitgemaakt als zij geen intentieovereenkomst overeen waren gekomen. Volgens de Hoge Raad staat het beginsel van contractsvrijheid immers voorop. Partijen zijn alleen aansprakelijk voor het afbreken van de onderhandelingen als dit onaanvaardbaar is op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hierbij wordt rekening gehouden met het gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst. In eerdere jurisprudentie is ook bepaald dat er pas een overeenkomst tot stand is gekomen als er overeenstemming is bereikt over alle essentialia. In deze casus is het de vraag of partijen überhaupt overeenstemming zouden bereiken over de essentialia, nu partijen nog in onderhandeling waren over de prijs. Het hof heeft bepaald dat partijen de onderhandelingen nog rechtmatig konden afbreken. Partijen konden immers geen gerechtvaardigd vertrouwen hebben in de totstandkoming van de overeenkomst, nu zij het recht hebben voorbehouden om de onderhandelingen af te kunnen breken. De vraag is of partijen zonder de intentieovereenkomst dit gerechtvaardigd vertrouwen wel zouden hebben.



8. Aanbevelingen

In dit hoofdstuk zijn een aantal aanbevelingen geformuleerd voor Holla Poelman Van Leeuwen Advocaten N.V. Deze aanbevelingen zijn voornamelijk gericht op de dagelijkse werkzaamheden van het kantoor en op de seminar die met het accountantskantoor zal worden gehouden.

8.1. Belangenbehartiging

Zoals uit de conclusie is gebleken is de thans geldende regel, bij de vraag of partijen aansprakelijk zijn voor het afbreken van de onderhandeling, de in het arrest CBB/JPO geformuleerde maatregel. Uit jurisprudentie is gebleken dat de rechterlijk macht in alle gevallen toetst aan deze maatstaf. Hierbij moet rekening worden gehouden met het feit dat het gaat om een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf. Op de rechterlijke macht rust een zware motiveringsplicht. Voor de advocatuur betekent dit dat zij bij een soortgelijke zaak goed moeten onderbouwen waarom het afbreken van de onderhandelingen onrechtmatig is. De advocatuur dient echter rekening te houden met het feit dat zij voor beide partijen kunnen optreden. Om die reden is de eerste aanbeveling gesplitst in de situatie dat de cliënt de afbrekende partij is en dat de cliënt de wederpartij is.

8.1.1 Cliënt is de afbrekende partij

Als de cliënt de afbrekende partij is zal dit voor de advocaat betekenen dat hij aan zal moeten tonen waarom de wederpartij niet het gerechtvaardigd vertrouwen kon hebben in de totstandkoming van de overeenkomst en waarom het afbreken van de onderhandelingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is. Uit het arrest CBB/JPO is gebleken dat het gaat om een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf, waardoor de afbrekende partij in zijn voordeel staat. In Nederland staat de contractvrijheid immers voorop. Een voorbeeld van een situatie waarin geen gerechtvaardigd vertrouwen bestaat is wanneer partijen een intentieovereenkomst zijn overeengekomen. Het is niet mogelijk om als aanbeveling een lijst op de stellen met de jurisprudentie die de advocatuur kan gebruiken ter onderbouwing van de vordering, aangezien er teveel uiteenlopende jurisprudentie is. Er wordt telkens gekeken naar de feiten en omstandigheden van de desbetreffende zaak. Dit zorgt ervoor dat de advocatuur een ruime keuze heeft in jurisprudentie ter onderbouwing van de vordering.

8.1.2 Cliënt is niet de afbrekende partij

De tweede aanbeveling is dat wanneer de cliënt de wederpartij is van de afbrekende partij de zaak zoveel mogelijk in der minne te regelen. Uit jurisprudentie is gebleken dat rechters bijna nooit bewezen achten dat een overeenkomst tot stand is gekomen, dan wel dat de onderhandelingen in zo'n verre mate gevorderd zijn dat voldaan kan worden aan de strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf. Hierdoor zal de rechter vergoeding van het positief contractsbelang niet snel opleggen. Ook de verplichting tot dooronderhandelen of de verplichting tot sluiten van een overeenkomst is in de jurisprudentie niet vaak opgelegd.

Wanneer het niet mogelijk is om de zaak in der minne te regelen, is het van belang dat de advocaat zoveel mogelijk moet laten inzien dat zijn cliënt het gerechtvaardigd vertrouwen had dat de overeenkomst tot stand zou komen. Er moet worden voldaan aan de strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf. Dit kan echter alleen door te kijken naar de feiten en omstandigheden van de zaak. Wanneer de cliënt bijvoorbeeld extra kosten heeft gemaakt voor de onderhandelingen zal de rechter eerder bepalen dat deze kosten door de afbrekende partij vergoed dienen te worden. Als het echter gaat om kosten die vallen onder het ondernemersrisico zal de rechter geen schadevergoedingsplicht opleggen. Ook in deze

situatie is het van belang dat de advocaat de juiste jurisprudentie gebruikt ter onderbouwing van de vordering.

8.2 *Gebruik intentieverklaring*

Aan Holla Poelman Van Leeuwen N.V. zou ik aanbevelen om in ieder geval partijen te allen tijde aan te raden een intentieovereenkomst op te stellen. Hiervoor zou een vervolgonderzoek moeten worden verricht naar wat de inhoud zou moeten zijn van een dergelijke overeenkomst. Het is namelijk zo dat voorafgaand aan de onderhandelingen nog niet duidelijk is wie van de partijen eventueel de onderhandelingen af zouden breken. In sommige intentieverklaringen is opgenomen dat de overeenkomst alleen tot stand zal komen na goedkeuring door het bestuur van een onderneming. Uit jurisprudentie is in ieder geval gebleken dat de rechterlijke macht zich doorgaans houdt aan deze clausule.

Ook kunnen materiële en formele regels opgesteld worden, waaruit blijkt wanneer en op welke wijze de onderhandelingen afgebroken kunnen worden. De open norm van de aansprakelijkheid in de precontractuele fase wordt hierdoor ingeperkt. Partijen kunnen immers een beroep doen op wanprestatie, wanneer niet wordt voldaan aan de overeengekomen regels. Het kan echter ook zo zijn dat partijen overeenkomen dat het recht wordt voorbehouden om de onderhandelingen op ieder moment af te breken. In principe zou deze clausule niet nodig zijn, omdat in de jurisprudentie is bepaald dat partijen te allen tijde bevoegd zijn de onderhandelingen af te breken, behalve als wordt voldaan aan de strenge en tot terughoudendheid nopen de maatstaf die in het arrest CBB/JPO is bepaald. De vraag is echter of een dergelijke clausule ook van toepassing blijft naar mate de onderhandelingen vorderen.

8.3 *Vervolgonderzoek*

In aanbeveling drie is besproken dat het van belang kan zijn dat partijen een intentieovereenkomst overeenkomen. Hierbij zijn kort de problemen geschetst die uit zo'n overeenkomst kunnen voortkomen. Om die reden is de derde aanbeveling om een vervolgonderzoek te doen naar de vraag:

“Welke inhoud dient een intentieovereenkomst (letter of intent) te hebben, rekening houdende met de belangen van partijen?”

8.4 *Seminar*

Voor de seminar zal het in ieder geval van belang zijn om de uitkomsten van dit onderzoek en de uitkomsten van het vervolgonderzoek te combineren. Wellicht is het van belang om bij een vervolgonderzoek ook dieper in te gaan op de juridische aspecten van overname van een onderneming. Deze juridische aspecten dienen ook in een intentieovereenkomst op te worden genomen. Misschien is het mogelijk om een “fasen-indeling” te maken in de intentieovereenkomst, waaruit duidelijk blijkt op welk moment de onderhandelingen zonder schade kunnen worden afgebroken, op welk moment welke kosten vergoed dienen te worden en op welk moment aanspraak gemaakt kan worden op vergoeding van het positief contractsbelang. Als het mogelijk is om zo'n intentieovereenkomst op te stellen zou dat een interessante inhoud zijn voor de seminar.

“ De precontractuele aansprakelijkheid, het walhalla voor Juridisch Nederland”

Het leerstuk van de aansprakelijkheid in de precontractuele fase is in Nederland van groot belang. Er zijn immers veel verschillende rechtsgebieden waarin dit een belangrijke rol speelt. Uit deze scriptie is gebleken dat veel juridische professionals dit ook een belangrijk leerstuk vinden. De vraag van de opdrachtgever is echter wat mijn mening over dit leerstuk is.

In Nederland is het grondbeginsel contractsvrijheid altijd van belang geweest. Dit betekende dat partijen te allen tijde de onderhandelingen konden afbreken, zonder dat zij aansprakelijk waren voor de geleden schade. Ik denk dat de Hoge Raad door het arrest Baris/Riezenkamp alleen aan heeft willen geven dat er situaties zijn, waarin zo'n grote mate van vrijheid niet gewenst is. Te denken valt dan aan situaties waarin het gaat om het verschil in machtspositie, zoals bij de verhouding tussen werkgever en werknemer. Ik denk dat de Hoge Raad in de daarop volgende arresten duidelijkheid heeft willen verschaffen over de mogelijkheden die partijen hebben. Ik doel dan met name op het arrest Plas/Valburg, waarin de Hoge Raad heeft benadrukt dat er een mogelijkheid tot vergoeding van het positief contractsbelang bestaat. Ik denk echter dat de Hoge Raad deze mogelijkheid alleen heeft willen geven voor uitzonderlijke situaties. Als reactie op dit arrest is de driefasenleer ontstaan, maar ik vraag me sterk af of de Hoge Raad ook daadwerkelijk een driefasenleer heeft willen creëren, aangezien de Hoge Raad dit woord nooit letterlijk heeft gebruikt.

Dat de Hoge Raad uiteindelijk in het arrest CBB/JPO een andere maatstaf hanteert, betekent niet dat de driefasenleer ingeperkt is. Ik ben namelijk van mening dat de Hoge Raad een maatstaf heeft opgesteld, die is gebaseerd op de rechtsoverwegingen uit eerdere arresten. Daarbij heeft de Hoge Raad door te spreken over een strenge en tot terughoudendheid nopen de maatstaf de discrepantie tussen de theorie en de praktijk willen beperken. In de theorie en in het juridisch onderwijs krijgt de driefasenleer immers veel aandacht, terwijl het niet duidelijk is of de Hoge Raad zo'n leer ooit bedoeld heeft. Ik ben van mening dat dit leerstuk veel te theoretisch is gemaakt door juridisch Nederland, terwijl het juist belangrijk is om naar de praktijk te kijken. Alleen uit jurisprudentie kan immers geconcludeerd worden wat de geldende maatstaf is en hoe hiermee om moet worden gegaan.

Uit de praktijk blijkt dat het voornamelijk in het commerciële rechtsverkeer van belang is dat partijen de vrijheid krijgen om te onderhandelen met wie zij willen ook de mogelijkheid hebben om de onderhandelingen af te breken, wanneer deze niet tot een gewenst resultaat leiden. Ik ben eveneens van mening dat deze contractsvrijheid in bepaalde gevallen beperkt moet worden, maar ik denk niet dat het nodig is om daarvoor een theoretische constructie zoals de driefasenleer te maken. Dit leerstuk speelt immers in zoveel verschillende rechtsgebieden een rol, dat er enkel moet worden gekeken naar de feitelijke situatie en de individuele omstandigheden van de desbetreffende zaak. In mijn ogen zal de inperking van deze complexe theorie kunnen leiden tot een te verre inperking van de contractsvrijheid. Daarbij moet niet vergeten worden wat de reden van de wetgever is geweest om het ontwerpartikel over de aansprakelijkheid in de precontractuele fase niet in de wet op te nemen.

Ik ben van mening dat juridisch Nederland geen invuloefening of limitatieve lijst moet willen gebruiken in dit leerstuk. Het zou een uitdaging moeten zijn om op een creatieve manier het beste voor de cliënt eruit te halen. Om die reden wil ik nogmaals concluderen dat het niet nodig is om in de theorie constructies te bouwen om de open normen in te perken. Of in een specifieke zaak sprake is van aansprakelijkheid zal moeten blijken uit de uitspraak van de rechterlijke macht en vergt om die reden een uitgebreide onderbouwing en motivatie van de jurist. Kortom, het walhalla voor de creatieve jurist!



10. Procesevaluatie

In dit hoofdstuk zal ik reflecteren op het onderzoek en het schrijven van de scriptie. In de aanbevelingen heb ik in ieder geval al aangegeven dat een vervolgonderzoek over het onderwerp intentieverklaringen aan te bevelen is. In dit hoofdstuk zal ik hier niet uitvoerig op ingaan.

Vanaf het begin was de aanleiding en de probleemstelling van dit onderzoek duidelijk. Het formuleren van een goede vraagstelling vormde echter wat problemen. Achteraf is het prettig dat ik in het begin stadium de vraagstelling een aantal keer heb veranderd. Dit zorgde ervoor dat ik bij het schrijven van de scriptie niet tot vervelende problemen ben aangelopen. Per hoofdstuk wist ik precies wat ik aan het onderzoeken was. Uiteindelijk heb ik wel een deelvraag moeten schrappen in verband met tijd en de grootte van de scriptie. Na een kort onderzoek bleek namelijk dat deze deelvraag te complex was om in een deelvraag te behandelen. Om die reden heb ik dan ook aanbevolen een vervolgonderzoek te doen.

Ik heb gebruik gemaakt van de onderzoeksmethode deskresearch. Dit deskresearch bestond uit een literatuuronderzoek, maar was voornamelijk gericht op de jurisprudentie. Dit zorgde ervoor dat ik veel tijd heb moeten besteden aan het zoeken naar geschikte jurisprudentie. Uiteindelijk had ik voldoende jurisprudentie gevonden en heb ik een samenvatting per uitspraak gemaakt. Ik vond het vooral moeilijk om hoofdstuk zes op een juiste manier in te delen. De scriptie bestaat voornamelijk uit samenvattingen van uitspraken en formuleren van de rechtsregels. Door deze rechtsregels toe te passen op een casus heb ik de veranderingen in de praktijk kunnen waarnemen. De casus zorgde ervoor dat het onderzoek niet alleen theoretisch was.

Uiteindelijk heb ik achteraf gekozen om mijn mening in een artikel te formuleren. In een betrouwbaar onderzoek past eigenlijk geen mening van de onderzoeker, maar de opdrachtgever vond het wel van belang dat ik mijn mening zou geven. In de conclusie is hiervoor geen plaats, omdat de conclusie alleen het antwoord op de onderzoeksvraag inhoudt. Ik heb moeite gehad met het formuleren van de conclusie, omdat er geen eenduidig antwoord is te geven op de centrale vraagstelling. In theorie zijn de regels namelijk veranderd, maar dit zorgt niet voor een verandering in de praktijk.

Het onderzoek is betrouwbaar omdat er gebruik is gemaakt van betrouwbare bronnen. Uit de jurisprudentie is de meeste informatie gehaald. Ik heb mijn mening pas geuit, nadat het gehele onderzoek klaar was. Dit was een extra aanvulling. Verder is het onderzoek ook valide, omdat er gemeten is wat opdrachtgever wilde weten. Zowel bij het formuleren van de deelvragen als bij het beantwoorden van de deelvragen is telkens de vraag gesteld of er een samenhang is met de centrale vraagstelling.

Op 2 juni 2009 was Holla Poelman Van Leeuwen Advocaten N.V., kantoor 's-Hertogenbosch, in het bezit van een rapport, waarin de thans geldende regels beschreven staan die dienen ter invulling van de open norm omtrent de aansprakelijkheid bij afbreken van de onderhandelingen in de precontractuele fase en waarin antwoord wordt gegeven op de vraag of deze regels zijn veranderd in de loop der jaren. De begrippen in de doelstelling zijn afgebakend, nu in het onderzoeksrapport staat aangegeven dat de thans geldende regels de regels zijn die tot mei 2009 golden. Dit geldt eveneens voor het begrip in de loop der jaren.

11.1 Literatuur

Dunné 2004

J.M. Dunné, *Verbintenissenrecht, contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Hijma e.a. 2007

J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2007.

Hogeweg 2004

R. Hogeweg, *Een goed rapport*, Utrecht: ThiemeMeulenhoff 2004.

De Kluiver 1992

H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Ruygvoorn 2005

M.R. Ruygvoorn, *Monografieën privaatrecht. Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005.

11.2 Handboeken

Asser/Hartkamp 2004 (4)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. deel II Algemene leer der overeenkomsten*, Den Haag: A.S. Hartkamp 2004.

Asser/Hartkamp 2004 (4)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. deel III Verbintenissen uit de wet*, Den Haag: A.S. Hartkamp 2004.

Asser/Hartkamp 2004 (5)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Verbintenissenrecht. Deel III. Bijzondere overeenkomsten*, Den Haag: A.S. Hartkamp 2004.

Blei Weismann (artikelsgewijs commentaar)

G. Blei Weismann, *Verbintenissenrecht losbladig, artikelsgewijs commentaar op art. 217-227*, Kluwer: Deventer bijgewerkt tot 2008.

11.3 Publicaties

Bollen 2004

C. Bollen, Afbreken van de onderhandelingen, de drie mythes van Plas/Valburg, *WPNR* 2004/6596, p. 857-866.

Bollen 2006

C. Bollen, 'Een belangrijk arrest over afbreken van onderhandelingen dat weinig nieuws brengt', *NTBR* 2006, 13, p. 62-69.

Brons 2006

M. Brons, 'Ad rem: CBB/JPO gaat nog lang niet ver genoeg', *Contracteren* 2006/2, p. 30-32.

Bungener 2006

A.F. Bungener, *SR* 2006, 2, sub 2, p. 58-59.

Drion 2005

C. Drion, 'Ons onderhandelingsrecht onder handen', *NJB* 2005, p. 1781.

Drion & Van Wechem 2006

C. Drion en T.H.M. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2006, 386, p. 469.

Van Elk 2005

A. van Elk, 'Afgebroken onderhandelingen', *Bb* 2005, 58, p. 225 en 227.

Hartlief & Tjittes 2005

T. Hartlief en R.J. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2005, p. 1606-1607.

Hartlief 2005

T. Hartlief, noot in AA, onder HR 12 augustus 2005, *RvdW* 2005, 93.

Knijp 2005

G.J. Knijp, 'Plas/Valburg geldt nog altijd', *NJB* 2005, p. 2375-2376.

Romburgh 2006

H.D. van Romburgh, 'Een omwenteling. Plas/Valburg achterhaald?', *TA* 2006, p. 6-14.

Ruygvoorn 2006

M.R. Ruygvoorn, *NJB* 2006, 876, p. 1147-1148.

Schoordijk 2007

H.C.F. Schoordijk, *WPNR* 2007/6693, p. 35-36.

Tjittes 2001

R.J. Tjittes, Enige opmerkingen over de beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid in het ondernemerscontracterenrecht, *Contracteren* 2001, p. 31.

Van Wechem & Wissink 2005

T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, 'Actualia contractspraktijk: Leerstukken, Een nieuwe norm voor afgebroken onderhandelingen?', *Contracteren* 2005/4, p. 99-100.

Van Wechem & Wissink 2006

T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, 'Actualia contractspraktijk: Leerstukken: Wederom afgebroken onderhandelingen: HR 3 februari 2006, C04/274HR', *Contracteren* 2006/1, p. 17-18.

11.4 *Parlementaire stukken*

MvA II inv. Ad afd. 6.5.2. sub 2, *parl geschied inv boek* 6 p. 1439.

Van Der Burg en Korthalf, *Parlementaire geschiedenis*, Inv, boek 6 p. 1443.

Kamerstukken 2001/2002, 23 095, nr. 8, p. 8.

11.5 Jurisprudentie

11.5.1 Hoge Raad

HR 13 december 1953, *NJ* 1954, 248 m.nt. Ph.A.N. Houwing.
HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.nt. L.E.H. Rutten en m.nt. W.C.L. van der Grinten.
HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548, m.nt. D.J. Veegens en m.nt. J.H. Beekhuis.
HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183 m.nt. G.J. Scholten en m.nt. W.C.L. van der Grinten.
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.
HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt. C.J.H. Brunner, P. van Schilfgaarden.
HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017.
HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493 m.nt. P. van Schilfgaarde.
HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647 m.nt. P. van Schilfgaarde.
HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 287 m.nt. P. van Schilfgaarde.
HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 m.nt. M. Scheltema en H. Hennekens.
HR 24 maart 1995, *NJ* 1997, 596.
HR 16 juni 1995, *NJ* 1995, 705.
HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 162.
HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 m.nt. H.J. Snijders, H. Wammes en M.A.B. Chao-Duivis.
HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 65.
HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 119.
HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467.
HR 3 februari 2006, *LJN* AU8278.
HR 15 december 2006, *LJN* AZ2721.
HR 27 april 2007, *LJN* BA2509.
HR 26 oktober 2007, *LJN* BB5623.
HR 29 februari 2008, *LJN* BC1855.

11.5.2 Gerechtshof

Hof Amsterdam 17 januari 2008, *LJN* BC9812.
Hof Arnhem 13 december 2005, *LJN* AU9147
Hof Arnhem 7 november 2006 *NJF* 2007, 118.
Hof Arnhem 19 juni 2007, *LJN* BA8878.
Hof Arnhem 24 maart 2009, *LJN* BI0915.
Hof Aruba 24 maart 2009, *LJN* BH9793.
Hof 's-Gravenhage 8 september 2006, *LJN* AZ0209.
Hof 's-Gravenhage 19 april 2007, *NJF* 2007, 525.
Hof 's-Gravenhage 7 april 2009, *LJN* BI1738.
Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 1989, *NJ* 1992, 429.
Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2005, *LJN* AU5198.
Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2005, *LJN* AV2121..
Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, *LJN* AW2537.
Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2008, *LJN* BC8682.
Hof Leeuwarden 10 februari 2009, *LJN* BH4505.

11.5.3 Rechtbank

Rechtbank Alkmaar 29 maart 2006, *LJN* AV7589.
Rechtbank Almelo 31 januari 2007, *LJN* AZ9196.
Rechtbank Amsterdam 6 februari 2008, *LJN* BC7190.
Rechtbank Amsterdam 22 mei 2008, *LJN* BD3464.
Rechtbank Amsterdam 29 januari 2009, *LJN* BB7395.
Rechtbank Amsterdam 25 maart 2009, *LJN* BI2006.
Rechtbank Amsterdam 15 april 2009, *LJN* BI3549.
Rechtbank Arnhem 21 december 2005, *LJN* AV1987.
Rechtbank Arnhem 18 januari 2006, *LJN* AV5462.

Rechtbank Arnhem 15 maart 2006, *LJN* AW2739.
Rechtbank Arnhem 7 november 2006, *NJF* 2007, 118.
Rechtbank Arnhem 3 december 2008, *LJN* BG7062.
Rechtbank Arnhem 18 maart 2009, *LJN* BH7610.
Rechtbank Arnhem 15 april 2009, *LJN* BI2201.
Rechtbank Breda 25 augustus 2005, *NJF* 2005, 442.
Rechtbank 's-Gravenhage 9 januari 2007, *NJF* 2007, 136.
Rechtbank 's-Gravenhage 30 oktober 2008, *LJN* BG5016.
Rechtbank Groningen 17 februari 2006, *NJF* 2006, 205.
Rechtbank Haarlem 13 december 2006, *LJN* AZ4442.
Rechtbank Haarlem 5 juli 2007, *LJN* AY3519.
Rechtbank Haarlem 12 juli 2007, *LJN* BB4068.
Rechtbank Haarlem 14 mei 2008, *LJN* BD7608.
Rechtbank 's-Hertogenbosch 16 juli 2008, *LJN* BD7282.
Rechtbank Leeuwarden 29 juni 2006, *NJF* 2006, 542.
Rechtbank Roermond 19 december 2008, *LJN* BG7992.
Rechtbank Rotterdam 21 november 2005, *LJN* BC0215.
Rechtbank Rotterdam 26 maart 2008, *LJN* BD6989.
Rechtbank Rotterdam 23 april 2008, *LJN* BD2974.
Rechtbank Rotterdam 9 juli 2008, *LJN* BD6962.
Rechtbank Rotterdam 29 oktober 2008, *LJN* BG3459.
Rechtbank Utrecht 23 april 2008, *LJN* BD0116.
Rechtbank Utrecht 2 juli 2008, *LJN* BD6010.
Rechtbank Utrecht 13 augustus 2008, *LJN* BD9800.
Rechtbank Utrecht 22 oktober 2008, *LJN* BG3821.
Rechtbank Utrecht 21 januari 2009, *LJN* BH1050.
Rechtbank Utrecht 15 april 2009, *LJN* BI4105.
Rechtbank Zutphen 22 november 2005, *NJF* 2006, 377.
Rechtbank Zwolle 31 augustus 2005, *LJN* AV4166.
Rechtbank Zwolle 22 december 2008, *LJN* BH2990.

Bijlage 1. Onderzoeksplan