

# De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen – een kritisch overzicht

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes\*

## 1. Inleiding

Sinds het arrest *Plas/Valburg* (1982) houdt de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen de privaatrechtelijke gemoederen bezig. In de wekelijks gepubliceerde contractenrechtelijke rechtspraak nemen zaken over afgebroken onderhandelingen een prominente plaats in. De veelheid aan recente rechtspraak en literatuur vermeld in het voorliggende overzicht is eveneens veelzeggend.

In dit artikel geef ik een overzicht van de laatste stand van zaken op het terrein van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen. Hierbij besteed ik ook ruim aandacht aan de voor de praktijk belangrijke contractuele regelingen betreffende de onderhandelingsfase (zoals 'subject to'-bepalingen) en aan vragen van internationaal privaatrecht (welke rechter is bevoegd en welk recht is van toepassing indien onderhandelingen worden afgebroken?). In het overzicht is ook een groot aantal van mijn eigen ervaringen ten aanzien van het procederen over afgebroken onderhandelingen verwerkt. Behalve een beschrijving van wat volgens mij de stand van zaken is in de rechtspraak op het terrein van afgebroken onderhandelingen, voeg ik waar nodig een kritische noot toe. Sinds het arrest *De Ruiterij/MBO* (1996) heeft de Hoge Raad geen richting meer gegeven aan het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Waar relatief veel wordt geprocedeerd over afgebroken onderhandelingen en letters of intent (en andere precontractuele afspraken) zou de Hoge Raad wat mij betreft meer leiding moeten geven aan het debat. In de slotparagraaf geef ik een wensenlijstje op welke punten het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen aanpassing behoeft.

## 2. De grondnorm in de precontractuele fase: redelijkheid en billijkheid

Indien partijen met elkaar in onderhandeling treden, dan ontstaat er een rechtsverhouding: de feitelijke verhouding van de onderhandelende partijen wordt een verhouding beheerst door rechtsnormen.<sup>1</sup> De rechtsverhouding van onderhandelende partijen is onderworpen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 BW). De redelijkheid en billijkheid brengt volgens de rechtspraak

van de Hoge Raad in algemene zin met zich dat partijen over en weer rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Zij mogen hun eigen belang nastreven, maar moeten, tot op zekere hoogte, ook rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander. Die passage uit het arrest *Baris/Riezenkamp* (1957)<sup>2</sup> is nog steeds geldend recht en geldt voor de redelijkheid en billijkheid in de gehele precontractuele fase,<sup>3</sup> dat een ruimer bereik heeft dan enkel de kwestie van het afbreken van onderhandelingen. Zo vormt de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase ook de grondslag voor precontractuele mededelingsplichten, en voor de eventuele toepasselijkheid van algemene beginselen van aanbestedingsrecht (zoals het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel) bij private aanbestedingen.<sup>4</sup>

In het standaardarrest over de aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen, *CBB/JPO* (uit 2005),<sup>5</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld (r.o. 3.5) dat onderhandelende partijen 'verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen'.<sup>6</sup>

De rechtsplicht om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen geldt naar mijn mening vooral voor de *procedurele aspecten* van het onderhandelen. Zo'n procedureel aspect is bijvoorbeeld dat wanneer een onderhandelende partij met een redelijke mate van waarschijnlijkheid weet dat zij geen contract met de andere zal sluiten, zij dit meteen aan de andere partij moet mededelen om te voorkomen dat die andere partij verdere onderhandelingskosten maakt. Voor de *materiële aspecten* (de inhoud) van de onderhandelingen geldt dat niet. Bij het onderhandelen gaat het om het in de wacht slepen van het beste onderhandelingsresultaat voor de desbetreffende partij. De commerciële belangen van de ander hoeft je daarbij niet te respecteren. Iedere partij moet ongelimiteerd voor haar eigen commerciële belangen kunnen opkomen.

Bij het afbreken van de onderhandelingen moet de afbreker rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, maar ook andersom. De wederpartij moet evenzeer rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij om de onderhandelingen te mogen afbreken. Dat heeft de Hoge Raad expliciet

\* Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes is advocaat en partner bij BarentsKrans en redacteur van dit tijdschrift.

1. Zo ook het Duitse recht (par. 311 lid 2 BGB), maar anders het Engelse recht (*Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128) en het 'Amerikaanse recht' (*A/S Apotbekemess v. IMC*, 873 F.2d 155, 158).

2. HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*).

3. Deze norm geldt ook bij de uitvoering van de overeenkomst, zie onder meer HR 19 oktober 2007, NJ 2007/565 (*Vodafone/ETC*).

4. Zie HR 4 april 2003, NJ 2004/35 (*RZG/Conformed*) en HR 3 mei 2013, NJ 2013/572 (*KLM/CCC*).

5. HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (*CBB/JPO*).

6. Zie ook HR 15 februari 1991, NJ 1991/493 en HR 23 oktober 1987, NJ 1988/1017 (*VSH/Shell*).

geoordeeld in het arrest *De Ruiterij/MBO*<sup>7</sup> (1996) en herhaald in het arrest *CBB/JPO* (2005). Zelfs al heeft de afbrekende partij bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat er een overeenkomst tot stand zal komen, dan nog kan het belang van de afbrekende partij prevaleren om de onderhandelingen te mogen afbreken, bijvoorbeeld – zoals de Hoge Raad aangeeft in *De Ruiterij/MBO* (en heeft herhaald in het arrest *CBB/JPO*) – als zich in de loop van de onderhandelingen ‘onvoorziene omstandigheden’ hebben voorgedaan. Dergelijke onvoorziene omstandigheden kunnen de afbrekende partij een goede reden geven de onderhandelingen te mogen afbreken. Zo ging het in de zaak *De Ruiterij/MBO* om onderhandelingen over de uitbreiding van een hotel in Maastricht. Tijdens de onderhandelingen stortte de economie in, en in het bijzonder de hotelmarkt in Maastricht, zodat een uitbreiding van het hotel zinloos zou zijn. De Hoge Raad merkte dit gegeven aan als een ‘onvoorziene omstandigheid’ die het afbreken van de onderhandelingen kon rechtvaardigen. Het belang van de afbrekende partij om de zinloos geworden onderhandelingen te mogen afbreken prevaleerde boven het belang van de wederpartij die er gerechtvaardigd op vertrouwde dat een overeenkomst tot stand zou komen.

### 3. Aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen

#### 3.1. Totstandkoming van een overeenkomst

Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding (art. 6:217 lid 1 BW). Aanbod en aanvaarding zijn rechtshandelingen en eisen wilsverklaringen (art. 3:33 BW). Maar ook indien de wederpartij gerechtvaardigd mocht denken dat de andere partij een aanbod of aanvaarding deed van een zekere inhoud, dan nog is de andere partij daaraan gebonden (art. 3:35 BW). Aanbod en aanvaarding hoeven niet uitdrukkelijk plaats te vinden, maar kunnen in elke vorm geschieden en kunnen in een of meer gedragingen besloten liggen (art. 3:37 lid 1 BW).<sup>8</sup> Zo is bijvoorbeeld door de Hoge Raad aanvaard dat wanneer beide partijen ophouden hun verplichtingen uit een bestaande overeenkomst na te komen, uit dat gedrag het bestaan van een beëindigingsovereenkomst wordt afgeleid.<sup>9</sup>

In de praktijk is het proces van aanbod en aanvaarding in voorkomende gevallen minder duidelijk dan het Burgerlijk Wetboek het in art. 6:217 BW uitdrukt. In de parlementaire geschiedenis en door de Hoge Raad wordt erkend dat dit enkel de normale wijze van totstandkoming van een contract betreft, maar dat een overeenkomst ook anders tot stand kan komen dan door aanbod en aanvaarding.<sup>10</sup>

Of een overeenkomst tot stand is gekomen, moet volgens de Hoge Raad worden beantwoord aan de hand van de Haviltex-uitlegmaatstaf: het is afhankelijk van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars

verklaringen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten afleiden.<sup>11</sup> Uitleg en de wils-/vertrouwensleer zijn twee zijden van dezelfde medaille.

De grens tussen de fase dat er sprake is van een contract en de precontractuele fase is in voorkomende gevallen uiterst dun. Er is sprake van een contract indien een partij het gerechtvaardigde vertrouwen heeft dat een contract tot stand gekomen is (art. 3:35 BW). Er is sprake van de onderhandelingsfase indien een partij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft dat een contract tot stand zal komen. De contractuele en precontractuele fase naderen elkaar helemaal waar, weliswaar in een zeldzaam geval, wordt aangenomen dat wegens het afbreken van onderhandelingen een afbrekende partij de wederpartij gederfde winst moet vergoeden. Dat is een remedie die ook beschikbaar is in geval van wanprestatie van een tot stand gekomen overeenkomst.

Het belang van de vraag of er een overeenkomst (of hoofdpunten) tot stand is gekomen, dan wel dat er nog (slechts) sprake is van de onderhandelingsfase, is erin gelegen dat in geval van een overeenkomst de crediteur de remedies wegens een tekortschieten in de nakoming van een overeenkomst ter beschikking staan (zoals nakoming, schadevergoeding mede bestaande uit gederfde winst, en ontbinding). In de onderhandelingsfase is dat remediearsenaal beperkter (in de regel schadevergoeding bestaande uit onderhandelingskosten).

#### 3.2. Totstandkoming van een overeenkomst op hoofdpunten

Een overeenkomst kan tot stand komen ook als partijen het niet over alle onderdelen van de overeenkomst eens zijn. Een overeenkomst op hoofdpunten kan evenzeer een juridisch bindende overeenkomst zijn. Een overeenkomst op hoofdpunten wordt ook wel ‘rompovereenkomst’ genoemd en in het Engels een ‘heads of agreement’ of ‘term sheet’. Bedacht moet worden dat het begrip ‘rompovereenkomst’ (evenmin als de Engelstalige pendanten) geen vastomlijnde juridische betekenis heeft.<sup>12</sup>

Of een overeenkomst tot stand is gekomen indien partijen het over een aantal onderdelen eens is en over een aantal onderdelen niet, hangt volgens de Hoge Raad af van de bedoeling van partijen te dien aanzien. In HR 26 september 2003, r.o. 4.2, *NJ 2004/460 (Regiopolitie/Hovax)* heeft de Hoge Raad geoordeeld:

‘Het antwoord op de vraag of ten aanzien van een overeenkomst, bij de totstandkoming waarvan een aantal onderling samenhangende verbintenissen moet worden geregeld, overeenstemming omtrent een of meer onderdelen een overeenkomst doet ontstaan zolang omtrent andere onderdelen nog geen overeenstemming bestaat, is afhankelijk van de bedoeling van partijen zoals deze op grond van de betekenis van hetgeen wel en niet geregeld is, van het al dan niet bestaan van het voornemen tot verder on-

7. HR 14 juni 1996, *NJ 1997/481 (De Ruiterij/MBO)*.

8. HR 21 december 2001, r.o. 3.7, *NJ 2002/60 (Van Beers/Camping Vredenburg)*.

9. HR 8 juli 2011, *NJ 2012/684 (G4/Hanzevast)*.

10. TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 879 en HR 16 september 2011, r.o. 3.4, *NJ 2011/572 (Batavus/Vriend)*.

11. HR 16 september 2011, r.o. 3.4, *NJ 2011/572 (Batavus/Vriend)* en HR 21 december 2001, *NJ 2002/60*.

12. HR 18 maart 1994, r.o. 3.9, *NJ 1995/744 (Linguamatics/Polyglot)*.

derhandelen en van de verdere omstandigheden van het geval moet worden aangenomen (...).<sup>13</sup>

Dat de bedoeling van partijen doorslaggevend is om te bepalen of een overeenkomst (op onderdelen) tot stand gekomen is, moet – indachtig het zojuist genoemde (Haviltex-)criterium bij de totstandkoming en de uitleg van overeenkomsten – in die zin begrepen worden dat doorslaggevend is wat partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen redelijkerwijs hebben afgeleid en hebben mogen afleiden.<sup>14</sup> De Hoge Raad noemt in het arrest *Regiopolitie/Hovax* een aantal gezichtspunten die relevant kunnen zijn bij de vaststelling van die bedoeling van partijen: (i) de betekenis van hetgeen wel en niet geregeld is, (ii) het al dan niet bestaan van het voornemen tot verder onderhandelen en, het weinig onderscheidende, (iii) de omstandigheden van het geval.

Het eerstgenoemde criterium (ad i) spreekt het meest aan: indien partijen het eens zijn over de wezenlijke elementen van een overeenkomst (de essentialia), kan een overeenkomst op hoofdpunten worden aangenomen. De Rechtbank Rotterdam heeft als gezichtspunt gegeven dat indien het mogelijk is dat de leemten in de overeenkomst op grond van de aanvullende werking van de wet en de redelijkheid en billijkheid kunnen worden ingevuld, er een overeenkomst op hoofdpunten is.<sup>15</sup>

Wat een wezenlijk element is van een overeenkomst is primair aan partijen om aan te geven. Het komt daarbij weer aan op hetgeen partijen over en weer hebben verklaard. Een objectief onbelangrijk punt kan een wezenlijk punt worden als een partij tijdens de onderhandelingen aan de ander heeft verklaard aan dat punt bijzonder te hechten. Indien niet blijkt van dergelijke verklaringen of gedragingen van partijen ten aanzien van het gewicht van een contractonderdeel, dan komt het aan op hetgeen redelijke partijen in de gegeven omstandigheden als wezenlijk zouden aanmerken (een meer objectieve test).

Het tweede criterium (ad ii) houdt volgens de Hoge Raad in dat indien partijen niet het voornemen hebben verder te onderhandelen, dat dit een aanwijzing is dat partijen er (op hoofdpunten) uit zijn.<sup>16</sup> Hiertoe moet wel de intentie van partijen om niet verder te onderhandelen achterhaald worden, hetgeen niet altijd eenvoudig is. Stopt een partij met de onderhandelingen omdat zij er geen been meer in ziet of omdat zij eruit is?

Van belang bij de vaststelling van hetgeen naar objectieve maatstaven de essentialia van de overeenkomst zijn, is de complexiteit en het (financiële) gewicht van een transactie. Indien het gaat om de eenvoudige koop van een boek volstaat overeenstemming over het object (welk boek)

en de prijs. Maar indien het bijvoorbeeld gaat om de overname van de aandelen in een target met een serieus financieel belang volstaat overeenstemming over het object (de aandelen) en de prijs niet om een overeenkomst op hoofdpunten te mogen aannemen. Bij dergelijke transactie spelen garanties en vrijwaringen een belangrijke rol en zal ook ten aanzien daarvan, althans van de belangrijkste garanties en vrijwaringen, overeenstemming moeten bestaan wil er sprake zijn van een overeenkomst op hoofdpunten.<sup>17</sup> Bij de koop van bijvoorbeeld een vliegtuig zijn niet alleen het object en de koopprijs van wezenlijk belang, maar ook de prestaties van het vliegtuig en de garanties daarvoor, de onderdelen en de beschikbaarheid daarvan, onderhoud, reparaties en training, de op de klant toegesneden vormgeving van het vliegtuig en de ‘aircraft documentation’, zodat zonder overeenstemming over deze essentialia geen overeenkomst op hoofdpunten tot stand komt.<sup>18</sup>

Creatief was het betoog van de potentiële koper van een onderneming die, toen partijen geen overeenstemming bereikten over een overnameprijs, betoogde dat er toch een overeenkomst op hoofdpunten tot stand gekomen was gelet op art. 7:4 BW. In art. 7:4 BW is bepaald dat wanneer een koop is gesloten zonder dat een prijs is bepaald, de koper een redelijke prijs verschuldigd is. De Hoge Raad wees dit beroep van de koper af, omdat art. 7:4 BW alleen is geschreven voor het geval dat partijen zich volstrekt niet hebben bekommerd om de prijs maar niet voor het geval dat partijen daarover geen overeenstemming hebben bereikt.<sup>19</sup>

Om te voorkomen dat er tijdens het onderhandelingsproces een overeenkomst op hoofdpunten kan worden aangenomen, kan het aanbeveling verdienen overeen te komen dat er geen bindende overeenkomst is zolang er niet een door beide partijen getekend schriftelijk contract is (een zogenaamde ‘subject to contract’-bepaling, waarover meer in par. 4.3.6) of een ander voorbehoud op te nemen. Indien er een overeenkomst op hoofdpunten tot stand is gekomen, zullen de eventuele leemten opgevuld moeten worden door de wet (denk bijvoorbeeld bij koop aan titel 7.1 BW), de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).<sup>20</sup> Indien een dergelijke aanvulling niet mogelijk is, is dat een aanwijzing dat er geen romp-overeenkomst bestaat.<sup>21</sup>

13. De Hoge Raad verwijst naar HR 2 februari 2001, NJ 2001/179 (*Antilliaanse dierenartsen*). In eerdere zin reeds HR 14 juni 1968, NJ 1968/331 (*Polak/Zwolsman*).

14. Naar Engels recht geldt ook dat of een ‘heads of agreement’ een bindende overeenkomst inhoudt, een kwestie van uitleg is. Zie G. McMeel, *The Construction of Contracts*, Oxford: OUP 2011, par. 141.6.

15. Rb. Rotterdam 1 mei 2013, r.o. 4.4, NJF 2013/339 (*Strukton/GE*).

16. HR 26 september 2003, NJ 2004/460 (*Regiopolitie/Hovax*).

17. Vgl. Rb. Rotterdam (vzr.) 29 oktober 2008, RCR 2009/15 (*TMH/Pharox*).

18. Rb. Midden-Nederland 2 oktober 2013, r.o. 4.5, JOR 2014/348 (*Premion/Rekkof*).

19. HR 10 december 1999, r.o. 3.3, NJ 2000/5 (*Peters/Peters*).

20. Zie HR 5 maart 2010 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), punt 2.8, RvdW 2010/382 (*Fair Play Centers/Geveke*).

21. W.L. Valk, in: *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 2013, par. 79.

### 3.3. Aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen

#### 3.3.1. Gronden voor aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen

Het leerstuk van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen mag zich naar Nederlands recht sinds het arrest *Plas/Valburg* (1982),<sup>22</sup> toen de aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen door de Hoge Raad voor het eerst volmondig werd erkend, in een grote belangstelling verheugen van wetenschap en praktijk. In andere civil-law-jurisdicties is het leerstuk van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen bekend, maar leeft het minder.<sup>23</sup> In common-law-landen is het leerstuk niet (Engeland) of veel minder (USA) een onderwerp van betekenis, omdat een aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen niet, dan wel beperkt wordt aanvaard.<sup>24</sup>

Het beginsel van de contractvrijheid staat ook in het Nederlandse recht ferm voorop. In beginsel mogen onderhandelingen te allen tijde en om welke reden dan ook worden afgebroken zonder dat de afbrekende partij daardoor schadevergoeding verschuldigd wordt. Wie denkt een goed of dienst bij een ander beter of goedkoper te kunnen krijgen, mag de onderhandelingen afbreken en met die ander in zee gaan. In het standaardarrest *CBB/JPO* (2005) stelt de Hoge Raad de contractvrijheid en de vrijheid onderhandelingen af te breken voorop:

‘Voorop moet worden gesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen (...) vrij is de onderhandelingen af te breken (...).’

Deze passage in het arrest *CBB/JPO* maakt duidelijk dat naar Nederlands recht de onderhandelingsvrijheid sinds het arrest *Plas/Valburg* meer centraal is komen te staan

en de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen meer naar de achtergrond is verdwenen.<sup>25</sup>

Voor een behoorlijk functioneren van de markteconomie is de vrijheid te kunnen onderhandelen en de onderhandelingen te kunnen afbreken zonder aansprakelijk te zijn, of de angst daarvoor te hoeven hebben, van essentieel belang.<sup>26</sup> In de wandeling wordt die vrije onderhandelingsfase wel de ‘eerste fase’ genoemd.

In twee categorieën van gevallen kan aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen bestaan.

Ten eerste is dat volgens het arrest *Plas/Valburg* het geval als het afbreken van de onderhandelingen, zonder de wederpartij een vergoeding van de door haar gemaakte kosten aan te bieden, in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Het betreft een soort rechtmatigedaadsconstructie: het afbreken van onderhandelingen is rechtmatig mits – kort gezegd – de onderhandelingskosten vergoed worden.<sup>27</sup> Hier wordt wel gesproken van de ‘tweede fase’. De maatstaf is die van de redelijkheid en billijkheid, hetgeen een minder strenge maatstaf lijkt in te houden dan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (waar het onaanvaardbaarheids criterium geldt).<sup>28</sup> In de praktijk is het uiterst onduidelijk wanneer partijen in deze fase zijn beland.<sup>29</sup> In de rechtspraak worden niet of nauwelijks maatstaven genoemd wanneer deze tweede fase aan de orde is. De rechtspraak is hier een beetje een tombola.

Deze soort van ‘rechtmatigedaadsconstructie’, door J. Drion gepropageerd voor de rechtmatige overheidsdaad, heeft zijn broer H. Drion doorgetrokken naar de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen.<sup>30</sup>

In uitspraken van de Hoge Raad na *Plas/Valburg* is die constructie nimmer volmondig door de Hoge Raad herhaald.<sup>31</sup> Wel werd de rechtmatigedaadsconstructie bij afgebroken onderhandelingen nog genoemd in de toelichting op art. 6.5.2.8a ontwerp-BW<sup>32</sup> en ook in lagere rechtspraak is de constructie toegepast bij afgebroken

22. HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (*Plas/Valburg*).

23. Het leerstuk van aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen is in civil-law-landen niet onbekend. Zie bijvoorbeeld par. 311 (2) jo. 241 BGB, art. 1112 Code civil (dat op 1 oktober 2016 in werking is getreden), art. 1337 Codice civile en art. 42 Contractenrecht Volksrepubliek China.

24. Zie voor het Engelse recht *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, welke uitspraak, ondanks kritiek, nog steeds overeind staat: *Petromec Inc v. Petroleo Brasileiro SA* [2005] EWCA 891 en *Holloway v. Chancery Mead* [2007] EWHC 2495, en voor het Amerikaanse recht: A. Schwarz & R.E. Scott, ‘Precontractual liability and preliminary agreements’, *Harvard Law Review* 2007, p. 668-676.

25. Zo ook HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:819 (concl. A-G G.R.B. van Peursem), punt 2.10 (art. 81 Wet RO). A-G Timmerman zet in zijn conclusie (punt 2.11 en 2.12) voor HR 3 februari 2006, NJ 2006/120 (*Budé/Geju*) deze terughoudendheid in de sleutel van een bijzonder contractenrecht voor ondernemers.

26. M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 1999, p. 72 en Valk 2013, par. 79.

27. HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (*Plas/Valburg*): ‘3.5 (...) Een verplichting daartoe zou zelfs kunnen bestaan, als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de gemeente te goeder trouw die onderhandelingen niet meer had mogen afbreken, maar reeds wel in een stadium dat zulk afbreken haar in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door Plas gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen.’

28. In de parlementaire geschiedenis wordt ook hiervan gezegd dat volgens het arrest *Plas/Valburg* er sprake is van ‘onaanvaardbaarheid’ in geval de kosten niet vergoed worden. Zie MvA II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1440 (sub 4).

29. Zo ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/199.

30. H. Drion, *Precontractuele verhoudingen naar Nederlands recht* (Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1967, Jaarboek 1967-1968), p. 282-283. Zie voor een uitvoerig overzicht van voor- en tegenstanders: Blei Weissmann, in: *GS Verbintenisrecht*, art. 217-227.I, aant. 116.1.

31. Met dien verstande dat in HR 16 juni 1995, r.o. 3.7, NJ 1995/705 (*Shell/Van Esta Tjallingii*) die, door de rechtbank gebruikte, constructie aan de orde kwam, zonder dat de Hoge Raad genoodzaakt was zich daarover principieel uit te laten. Zie ook HR 31 mei 1991, NJ 1991/647 (*Vogelaar/Skil*).

32. MvA II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1440-1441.

onderhandelingen.<sup>33</sup> De constructie is naar mijn mening gelet op de beperkte en terughoudende maatstaf van aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen onnodig en gekunsteld.<sup>34</sup>

Ten tweede kan aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen bestaan als dit afbreken onaanvaardbaar is, hetgeen in voorkomende gevallen (onder meer) kan (niet: moet) leiden tot het vergoeden van positief contractbelang (gederfde winst) van de wederpartij. Dit wordt de ‘derde fase’ genoemd. De derde fase wordt eerst bereikt als de wederpartij dacht en redelijkerwijs mocht denken dat op grond van de onderhandelingen enigerlei overeenkomst tot stand zou komen, dan wel op grond van de andere omstandigheden van het geval.

De fasen II en III moeten overigens niet zozeer worden begrepen – zoals het begrip ‘fase’ wel doet vermoeden – als elkaar opvolgende gebeurtenissen, maar veeleer als naast elkaar bestaande situaties en aansprakelijkheidsgronden. Sommige auteurs vinden het spreken in fasen onjuist of gekunsteld,<sup>35</sup> of zien maar twee fasen (fase I en II samen gevoegd, en fase III).<sup>36</sup> Indien het vorenstaande in ogenschouw wordt genomen, heb ik er geen bezwaar tegen de ingesloten termen ‘fase I, II en III’ te blijven gebruiken.

### 3.3.2. Remedies in geval van aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen

Indien het afbreken van de onderhandelingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan staat een aantal remedies ter beschikking: (i) schadevergoeding bestaande uit het positief belang (gederfde winst) of het negatieve belang (vergoeding van in de onderhandelingsfase gemaakte kosten en kansschade), en (ii) een bevel tot voortzetting van de onderhandelingen tot er een overeenkomst is.

Ten eerste, indien er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen (en er geen goede reden was de onderhandelingen af te breken), kan het *positief belang* worden gevorderd (maar het is geen verplichting in dat geval het positief contractbelang toe te wijzen). Bij het positief contractbelang gaat het erom dat een partij wordt gebracht in de situatie dat een contract zou zijn gesloten. Een dergelijke vordering houdt een vergoeding van gederfde winst in. Gederfde winst moet terughoudend worden toegewezen om de onderhandelingsvrijheid niet te zeer in gevaar te brengen.

De mogelijkheid van vergoeding van gederfde winst wegens het afbreken van onderhandelingen is alleen bekend in het Nederlandse recht en wordt in geen enkele andere jurisdictie aanvaard.<sup>37</sup> Uit de rechtspraak blijkt dat in de praktijk vergoeding van het positief contractbelang naar Nederlands recht slechts in een handjevol zaken is toegewezen.<sup>38</sup> De mogelijkheid van vergoeding van gederfde winst wegens het afbreken van onderhandelingen is dus in de regel een theoretische mogelijkheid.

De Hoge Raad heeft beslist dat, zonder dat er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen dat een overeenkomst tot stand komt, er geen reden is voor toekenning van gederfde winst bij het afbreken van onderhandelingen.<sup>39</sup> De Hoge Raad oordeelde in die zin in *X/Shell* (r.o. 3.4):

‘(...) voor vergoeding van het positief contractbelang bij afgebroken onderhandelingen [is] geen plaats (...) wanneer de wederpartij van degene die de onderhandelingen afbrak niet erop mocht vertrouwen dat in ieder geval enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren.’

Indien het afbreken van de onderhandelingen op grond van ‘de andere omstandigheden van het geval’ onaanvaardbaar moet worden geoordeeld, zonder dat er tevens sprake is van totstandkomingsvertrouwen, dan is een vergoeding van het positief belang (gederfde winst) dus niet aan de orde.

Ten tweede kan er, zowel als er gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen als wanneer dat niet het geval is, reden zijn voor vergoeding van het *negatief belang* indien het afbreken van de onderhandelingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het ‘negatief belang’ houdt in dat de wederpartij van de afbrekende partij moet worden gebracht in de situatie alsof de onderhandelingen niet zouden hebben plaatsgevonden. In dat geval zouden bijvoorbeeld geen onderhandelingskosten zijn gemaakt,<sup>40</sup> geen adviseurs zijn ingeschakeld, en zou geen opdracht zijn gegeven om bouwtekeningen te maken. Het negatief belang ziet primair op vergoeding van gemaakte kosten. Aangenomen wordt dat alleen die onderhandelingskosten, bestaande uit acquisitiekosten, voor vergoeding in aanmerking komen die de redelijkerwijs naar verkeersopvattingen te maken acquisitiekosten overtreffen.<sup>41</sup> Normale acquisitiekosten blijven voor rekening van de partij die ze maakt (tenzij anders is overeengekomen).

33. Zie na het wijzen van het arrest *CBB/JPO*: Hof Leeuwarden 1 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BP7319 en Hof Arnhem 27 januari 2009 (ongepubliceerd, geciteerd in M.R. Ruygvoorn, *Contracteren* 2011, p. 43).

34. Zo ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/205.

35. M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Utrecht), 2009, par. 3.2.

36. Zie C. Bollen, ‘Afbreken van onderhandelingen: de drie mythes van Plas/Valburg. Van drie fasen naar twee stadia in het onderhandelingsproces’, *WPNR* 2004, afl. 6596, p. 857 e.v. Deze herverdeling van fasen is zuiver semantisch en daarom niet relevant.

37. Zie M.W. Hesselink, *WPNR* 1996, afl. 6248, p. 880-881.

38. Zie Ruygvoorn 2009, par. 9.3.5 en L. Smeehuijzen & M. van Oosten, ‘Plas/Valburg: veel rechtsonzekerheid en ondermaats resultaat in de feitenrechtspraak’, *AA* 2015, p. 76, met vermelding van rechtspraak, waaraan toe te voegen Rb. Amsterdam 23 december 2009, r.o. 4.5 en 4.6, *RCR* 2010/45 (*Leyduin/Gap*); Rb. Utrecht 10 maart 2010, *NJF* 2011/53; Rb. Utrecht 10 november 2010, *NJF* 2011/52; Hof Den Haag te kennen uit HR 1 maart 2013, *NJ* 2013/142 (*Greenib Car/Van Dam*); Rb. (vzr.) Rotterdam 2 november 2011, *RCR* 2012/19 en Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, *RCR* 2014/50, *NJF* 2014/257.

39. HR 29 februari 2008, *RvdW* 2008/284 (*Vollenhoven/Shell*).

40. Interne kosten (bijvoorbeeld loonkosten van eigen onderhandelaars) komen ook voor vergoeding in aanmerking.

41. Zie Rb. Gelderland 26 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8104, r.o. 4.9 (*Michlo/Physique*) en Rb. Gelderland 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4708, r.o. 4.15 (*Burger King*). Zie reeds Ruygvoorn 2009, p. 122 e.v. en dezelfde, ‘Bestaat de “tweede fase” uit Plas/Valburg nog?’, *Contracteren* 2011, p. 45.

Maar het negatief belang kan meer omvatten dan alleen onderhandelingskosten, zoals een vergoeding voor de door de onderhandelingen met de afbrekende partij verloren gegane kans om met een derde een contract te sluiten. Kanschade is schade die voor vergoeding in aanmerking komt.<sup>42</sup> Hierbij moet wel bedacht worden dat kansschade alleen aan de orde is indien partijen zijn overeengekomen exclusief met elkaar te onderhandelen. Anders zal de partij die niet met derden onderhandelt 100% eigen schuld tegengeworpen krijgen (art. 6:101 BW). Immers, parallelle onderhandelingen zijn naar Nederlands recht, behoudens andersluidende afspraak, geoorloofd. Een andere moeilijkheid is om vast te stellen hoe het hypothetische contract met de derde eruit zou hebben gezien en wat de daardoor gederfde<sup>43</sup> winst zou zijn. Indien de rechter of arbiter de schade niet nauwkeurig kan vaststellen, mag hij de schade schatten (art. 6:97 BW).

Indien het positief belang (gederfde winst) wordt gevorderd, dan kan in beginsel niet tevens het negatief belang (vooral bestaande uit onderhandelingskosten) worden gevorderd. De eerste vordering gaat uit van de totstandkoming van het contract (zodat onderhandelingskosten daarin begrepen liggen, tenzij anders is overeengekomen) en de tweede dat het contract niet tot stand gekomen is. Het positieve contractbelang omvat in die zin ook de kosten in de onderhandelingsfase indien deze in de contractprijs zouden zijn verdisconteerd.<sup>44</sup>

Ten derde kan in voorkomende gevallen een *bevel tot voortzetting van de onderhandelingen* gevorderd worden (art. 3:296 BW) (op straffe van verbeurte van een dwangsom) totdat er sprake is van een overeenkomst. De Hoge Raad heeft aldus geoordeeld in het arrest *Koot/Koot*:

‘3.3 (...) De omstandigheid (...) dat pp. nog verdeeld zijn over de concrete resultaten waartoe de in de overeenkomst vervatte afspraken moeten leiden, sluit niet uit dat zij tegenover elkaar verplicht zijn, met inachtneming van de eisen van de goede trouw ertoe mede te werken dat deze afspraken in overeenstemming met wat reeds is overeengekomen tot volkomenheid worden gebracht, noch dat de nakoming van deze verplichting door een met bedreiging van een dwangsom versterkte veroordeling in rechte kan worden afgedwongen.’

Een bevel tot dooronderhandelen kan worden aangenomen als geoordeeld wordt dat het afbreken van de onderhandelingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>45</sup>

Een bevel tot dooronderhandelen kan niet worden opgelegd indien dooronderhandelen juridisch onmogelijk is,

omdat bijvoorbeeld het goed waarover onderhandeld werd inmiddels aan een derde is verkocht en geleverd.<sup>46</sup>

Een rechter zal er in de regel niet verstandig aan doen spoedig een bevel te geven om de onderhandelingen (te goeder trouw) voort te zetten (op straffe van verbeurte van een dwangsom). Een dergelijk bevel kan licht leiden tot executiegeschillen, waar de ene partij stelt dat de andere partij dwangsommen is verbeurd wegens het niet voldoende onderhandelen. Dat klemt temeer als het onderhandelingsresultaat niet bij voorbaat min of meer vastomlijnd is. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft daar eens met juistheid op gewezen:

‘De vorderingen van Decker voor zover deze gericht zijn op voortzetting van de onderhandelingen tussen partijen, worden evenwel afgewezen, reeds omdat op voorhand niet eenduidig kan worden vastgesteld wanneer Van der Ploeg van haar zijde de onderhandelingen reëel zou hebben hervat alsmede tot welk concept (eind)resultaat deze onderhandelingen zouden moeten leiden, anders gezegd, welke concrete inhoud de door Decker beoogde koopovereenkomst zou moeten hebben, en aldus een dergelijke veroordeling in praktische zin niet kan worden ten uitvoer gelegd. (...)’<sup>47</sup>

Soms kan een bevel tot dooronderhandelen nuttig zijn, als een partij net even een zetje van de rechter nodig heeft of indien het object van de onderhandelingen zodanig uniek is dat de wederpartij voornamelijk belang heeft bij nakoming van het contract en niet bij schadevergoeding. De wijsheid van de voorzieningenrechter is hier doorslaggevend. Zo is een bevel tot dooronderhandelen toegewezen in een situatie waarin partijen een langdurige samenwerkingsrelatie hadden waaraan zij feitelijk nog steeds uitvoering gaven en waarin zij op elkaar waren aangewezen.<sup>48</sup>

Een bevel tot dooronderhandelen kan worden gecombineerd met een verbod om met een derde te onderhandelen of te contracteren (op straffe van verbeurte van een dwangsom). Aangenomen wordt evenwel dat een verplichting om verder te onderhandelen in beginsel zal inhouden de verplichting om niet met derden te onderhandelen of te contracteren.<sup>49</sup>

### 3.3.3. Het arrest CBB/JPO: het huidige standaardarrest voor de aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen

In het arrest *CBB/JPO* geeft de Hoge Raad een fraaie samenvatting van zijn rechtspraak op het gebied van precontractuele aansprakelijkheid (voor gederfde winst).<sup>50</sup> Het arrest *CBB/JPO* is het standaardarrest op het terrein van de aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen. De Hoge Raad (r.o. 3.6):

42. Zie HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/Hassink*).

43. HR 11 maart 1983, NJ 1983/585 (*Koot/Koot*).

44. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/197.

45. Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:224, r.o. 2.9 (*Fagron/Sébastien*).

46. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/195.

47. Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 1999, r.o. 4.9, NJ 1999/762 (*Van der Ploeg/Decker*).

48. Rb. Arnhem (vzr.) 4 mei 2011, r.o. 4.17, RCR 2011/70 (*Nikko/ECH*).

49. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/196 (slot).

50. HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (*CBB/JPO*).

‘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 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 (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).’

De kenner van de rechtspraak ziet dat de Hoge Raad hier zijn eerdere rechtspraak over de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen aan elkaar knoopt: van *VSH/Shell*, *Baris/Riezenkamp*, *De Ruiterij/MBO* tot *ABB/Staat*. Opvallend is dat de Hoge Raad in zijn rechtspraak bijna nooit heeft verwezen naar het arrest waarmee de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen is ingeluid: *Plas/Valburg* (1982).<sup>51</sup> In het nieuwe standaardarrest *CBB/JPO* wordt *Plas/Valburg* eveneens niet genoemd; het begint bij *VSH/Shell* (waarin art. 6.5.2.8a ontwerp-BW is neergelegd). In het arrest *CBB/JPO* laat de Hoge Raad de grondslag van het ‘onaanvaardbaar’ afbreken van de onderhandelingen in het midden; hij zegt niet ‘onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid’. De term ‘onaanvaardbaar’ vindt wel zijn basis in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW). Het ingetrokken wetsvoorstel betreffende afgebroken onderhandelingen (art. 6.5.2.8a ontwerp-BW) verwees ook naar ‘onaanvaardbaarheid’ van het afbreken van onderhandelingen, hetgeen was ontleend aan de bepalingen betreffende de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, zonder dat een

keuze is gemaakt voor de grondslag.<sup>52</sup> De zorgvuldigheidsnorm (art. 6:162 BW) kan evenwel ook dienen als grondslag voor een onaanvaardbaarheidsoordeel.

De grondslag van de ‘onaanvaardbaarheid’ van het afbreken van onderhandelingen kan zijn gelegen in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW)<sup>53</sup> en/of de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW.<sup>54</sup> De inhoud van beide normen verschilt bij de beoordeling van het afbreken van onderhandelingen niet.<sup>55</sup> Zoals in de parlementaire geschiedenis staat:

‘Het ligt overigens voor de hand om in het overgangsg gebied, gevormd door de onderhandelingsfase, verbintenissen aan te nemen die naar gelang van de omstandigheden hun grondslag vinden in onrechtmatige daad of in niet-inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid waarnaar partijen zich uit hoofde van de als gevolg van de onderhandelingen tussen hen ontstane rechtsverhouding jegens elkaar dienen te gedragen.’<sup>56</sup>

In de parlementaire geschiedenis is vermeld dat met de term ‘onaanvaardbaar’ is aangesloten bij de bepalingen betreffende de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.<sup>57</sup>

Eerder is in de parlementaire geschiedenis ten aanzien van die grondslagenstrijd (onrechtmatige daad of redelijkheid en billijkheid) opgemerkt:

‘In beide gevallen zal het gaan om het gedrag dat van partijen in het licht van hun onderhandelingspositie en de verdere omstandigheden van het geval geveerd kan worden.’<sup>58</sup>

Bij het afbreken van onderhandelingen zijn partijen – anders dan bij de meeste onrechtmatige daden – evenwel geen vreemden van elkaar, maar hebben, door met elkaar in onderhandeling te treden, reeds een rechtsverhouding met elkaar.<sup>59</sup>

In het arrest *CBB/JPO* overweegt de Hoge Raad nadrukkelijk (r.o. 3.7) dat de door hem gegeven maatstaf ter beoordeling van de vraag of het afbreken van onderhandelingen ‘onaanvaardbaar’ is of niet, ‘een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf’ is. De Hoge Raad sluit aldus aan bij de toetsingsmaatstaf van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW). In dat verband heeft de Hoge Raad reeds vele malen geoordeeld dat ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ een terughoudende maatstaf is.<sup>60</sup> Een terughoudende toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is temeer op

51. In HR 24 maart 1995, NJ 1997/569 (*Beliën/Staat*) wordt aan *Plas/Valburg* gerefereerd.

52. MvA II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1439.

53. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/205.

54. Voor de onrechtmatige daad opteren vooral Ruygvoorn 2009 en K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), 2012, par. 3.12.2 (p. 327).

55. Zo ook Hof Arnhem 7 november 2006, NJ 2007/118. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/203 en Ruygvoorn 2009, par. 8.4.2.

56. MvA II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1439.

57. MvA II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1440 (sub 3, slot).

58. EV I, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 71.

59. Aldus HR 24 december 1999 (concl. A-G A.S. Hartkamp), punt 7, NJ 2000/185 (*Van Basten/The*).

60. Zie HR 9 januari 1998, NJ 1998/363 (*Apeldoorn/Duisterhof*); HR 25 februari 2000, NJ 2000/471 (*Frans Maas/FNV*); HR 14 december 2001, NJ 2002/59 (*Bouwkamp/Van Dijke*); HR 8 februari 2002, NJ 2002/284 (*Poelstra/Bettman*) en HR 20 december 2003, NJ 2003/153 (*Bollemeijer/TPG*).

haar plaats als de wederpartij een ondernemer is. De juist genoemde uitsmijter van de Hoge Raad, die beter een vooropstelling had kunnen zijn, tempert de verwachtingen van een partij die schadevergoeding (of een andere remedie) wil vorderen van een partij die de onderhandelingen heeft afgebroken. Dat is nodig omdat, waar de aansprakelijkheidscriteria buitengewoon vaag zijn en de opbrengst potentieel hoog (gederfde winst), de rechtspraak over de aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen aanzet tot procederen.

De toepassingsvereisten om op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of de zorgvuldigheidsnorm tot het oordeel te kunnen komen dat het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar is, verschillen niet wezenlijk van elkaar. Het enige denkbare verschil zou kunnen liggen in het vereiste van de toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad, een vereiste dat niet geldt bij de redelijkheid-en-billijkheidstoets. Naar de kern genomen bestaat er geen verschil, omdat degene die onaanvaardbaar de onderhandelingen afbreekt daarvan zal weten of behoren te weten, zodat toerekening op grond van verwijtbaarheid in dat geval gegeven is (art. 6:162 lid 3 BW).

In de rechtspraak van de Hoge Raad sinds *VSH/Shell* is te ontwaren dat de Hoge Raad de aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen steeds verder terugdringt. Dat is positief, want het bevordert de vrijheid van onderhandelen en daarmee de economische mogelijkheden. De Nederlandse rechtspraak sluit daardoor ook meer aan bij de rechtspraak in landen om ons heen, waar eveneens terughoudendheid geprekeerd wordt bij het aangaan van aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen.<sup>61</sup>

Tot slot merk ik nog op dat het onaanvaardbaar afbreken van de onderhandelingen niet alleen kan worden aangevoerd door de wederpartij van de afbrekende partij, maar – in een waarschijnlijk zeldzaam geval – ook door de afbrekende partij zelf.<sup>62</sup> Dat is het geval als het gedrag van de wederpartij dermate onaanvaardbaar was dat de afbrekende partij genoopt was de onderhandelingen af te breken. In dat geval heeft de afbrekende partij recht op een schadevergoeding.

3.3.4. De reikwijdte van CBB/JPO: bestaat fase II nog? De reikwijdte van het arrest *CBB/JPO* is in de literatuur onduidelijk bevonden. De Hoge Raad spreekt in r.o. 3.6 heel algemeen van ‘de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen’. Coen Drion heeft daaruit afgeleid dat het arrest ook ziet op fase II (afbreken mag, mits de kosten worden vergoed) en dat deze fase daarmee dus is verlaten, omdat de Hoge Raad haar in het arrest *CBB/JPO* niet meer noemt.<sup>63</sup> G.J. Knijp heeft dat bestreden.<sup>64</sup> Hij wijst erop dat in de zaak *CBB/JPO* alleen een vordering van projectontwikkelaar JPO jegens opdrachtgeefster CBB aan de orde was strekkende tot vergoeding

van gedeerde winst wegens het afbreken van onderhandelingen; onderhandelingskosten werden niet gevorderd. De Hoge Raad wijst daar ook op in de rechtsoverweging (r.o.3.5) die aan zijn algemene uiteenzetting voorafgaat. Naar mijn mening heeft Knijp het gelijk aan zijn zijde. Het arrest *CBB/JPO* ziet alleen op de aansprakelijkheid voor gedeerde winst wegens het afbreken van de onderhandelingen.

Dat neemt niet weg dat ik wel vind dat Coen Drion gelijk zou moeten hebben, in die zin dat het wenselijk is dat fase II (de wat rare rechtmatigedaadsconstructie enkel genoemd in *Plas/Valburg*) komt te vervallen.<sup>65</sup> Aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen zou alleen moeten bestaan indien het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar is (op grond van de redelijkheid en billijkheid en/of de zorgvuldigheidsnorm). Die hoge drempel (‘onaanvaardbaar’) geeft partijen de nodige vrijheid van onderhandelen, en sluit beter aan bij wetgeving en rechtspraak in de ons omringende landen. Wat de rechtsgevolgen zijn van het onaanvaardbaar afbreken van de onderhandelingen (vergoeding van kosten, kansschade en/of gedeerde winst) kan vervolgens bepaald worden afhankelijk van alle omstandigheden van het concrete geval.

### 3.3.5. Grondslagen voor aansprakelijkheid bij het afbreken van onderhandelingen

In het standaardarrest *CBB/JPO* is vermeld dat in twee gevallen het afbreken van onderhandelingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn: (i) in geval van *gerechtvaardigd vertrouwen* van de wederpartij in het tot stand zullen komen van een of enigerlei overeenkomst (zie nader par. 3.3.6), of (ii) in verband met de *andere omstandigheden van het geval* (zie par. 3.3.7). Maar zelfs indien er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, of andere omstandigheden, dan kan blijkens het arrest *CBB/JPO* het afbreken toch niet onaanvaardbaar zijn, indien de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij een *goede reden* vormen om de onderhandelingen desalniettemin af te breken (zie par. 3.3.8).

Deze dubbele grondslag (totstandkomingsvertrouwen of andere omstandigheden van het geval) heeft de Hoge Raad kennelijk ontleend aan de beoogde, maar nimmer ingevoerde, wetsbepaling in het Burgerlijk Wetboek over afgebroken onderhandelingen (art. 6.5.2.8a ontwerp-BW). Hierin stond:

‘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.’

61. Zie H. Beale e.a., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 371 e.v.

62. Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2005, *NJF* 2006/249.

63. C.E. Drion, *NJB* 2005, p. 1781.

64. G.J. Knijp, *NJB* 2005, p. 2375. Zo ook HR 15 december 2006 (concl. A-G J. Spier), punt 5.4 en 5.5, *RvdW* 2007/5 (*Planofarm/ABN AMRO*).

65. Zie R.P.J.L. Tjittes, ‘De afbraak van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen’, in: H.J. van Kooten (red.), *Hartkampvarianties, Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp*, Deventer: Kluwer 2006, p. 149.



De Hoge Raad heeft zich in *VSH/Shell* kennelijk bij deze ontwerpbevestiging aangesloten, waarin beide pijlers (totstandkomingsvertrouwen en andere omstandigheden van het geval) zijn genoemd. Om die reden is de parlementaire geschiedenis van het ontwerpartikel relevant bij de invulling van het leerstuk van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen.

### 3.3.6. Grondslag (i): gerechtvaardigd vertrouwen wederpartij afbreker

Het afbreken van onderhandelingen kan in de eerste plaats onaanvaardbaar zijn indien de afbrekende partij bij de wederpartij het *gerechtvaardigd vertrouwen* heeft gewekt dat er een (of enigerlei) contract tot stand zou komen. Deze aansprakelijkheidsgrond geeft aanleiding tot het maken van een aantal opmerkingen.

Ten eerste merk ik op dat de Hoge Raad niet erg consistent is in het taalgebruik waarop het gerechtvaardigd vertrouwen gericht moet zijn. Soms heeft hij het over ‘de overeenkomst’, suggererend dat het moet gaan om vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst waarover onderhandeld werd.<sup>66</sup> Een andere keer spreekt hij van gerechtvaardigd vertrouwen in ‘enigerlei overeenkomst’.<sup>67</sup> De laatste toets kan doen vermoeden dat ook het tot stand komen van enige andere overeenkomst dan waarover onderhandeld werd tot aansprakelijkheid kan leiden indien het onderhandelen onaanvaardbaar wordt afgebroken. Ik vermoed niet dat achter het wisselende woordgebruik diepe gedachten van de Hoge Raad zitten. Mijn voorkeur gaat uit naar ‘de overeenkomst’, omdat naar mijn mening het vertrouwen alleen ziet op de overeenkomst waarover onderhandeld werd. Het arrest *VSH/Shell* biedt daarvoor een illustratie. Partijen onderhandelden over een joint venture waarin beide partijen zouden deelnemen (een samenwerkingsverband dat ook daadwerkelijk een samenwerken van partijen vereiste) en niet over enkel de koop van aandelen van de ene partij in een vennootschap waarin ook de andere partij aandelen heeft (neutraal medeaandeelhouderschap, zonder dat samenwerken is vereist). Het relevante totstandkomingsvertrouwen is dat in de totstandkoming van een joint venture (waarin partijen met elkaar moeten samenwerken) en niet dat in de totstandkoming van enkel een ‘neutrale’ koopovereenkomst (een ‘one off’, waarbij het element van samenwerking ontbreekt).

Ten tweede eist het totstandkomingsvertrouwen dat het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in de totstandkoming van de overeenkomst veroorzaakt moet zijn door *toedoen* van de afbrekende partij.<sup>68</sup> Alleen dan is er reden de afbrekende partij aansprakelijk te houden voor het afbreken van de onderhandelingen. De eenzijdige juichstemming van de wederpartij kan daartoe, vanzelfsprekend, geen grond vormen.

Ten derde merk ik op dat het antwoord op de vraag of er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen bij langdurige onderhandelingen uiteindelijk wordt getoetst op het *moment van het afbreken van de onderhandelingen*.<sup>69</sup>

Een eenmaal tijdens de onderhandelingen opgewekt vertrouwen kan derhalve verminderen of verdwijnen in de loop van de onderhandelingen. Met dat gegeven kan door een partij die de onderhandelingen zo schadevrij mogelijk wenst af te breken strategisch gedrag vertoond worden. De partij die gebondenheid wil afdwingen zal deelakkoorden telkens bevestigen (een salamitactiek). De partij die daarentegen de handen vrij wil houden, of zich zonder of met een geringere kans op aansprakelijkheid wil terugtrekken uit vergevorderde onderhandelingen, zal proberen de verwachtingen van de wederpartij teniet te doen (door bijvoorbeeld het opwerpen van nieuwe issues, zoals ten aanzien van voorgestelde bedingen in de conceptovereenkomsten) of te verminderen (door bijvoorbeeld de duur of omvang van het contract te beperken).

Ten vierde merk ik op dat de stelplicht en de bewijslast van feiten en omstandigheden die met zich brengen dat er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand zal komen, rusten op de partij die daarop een beroep doet ter onderbouwing van haar rechtsvorderingen.<sup>70</sup>

Aan de vraag of de onderhandelingen in een zodanig stadium zijn gekomen dat er sprake is van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen kom je eerst toe indien overeenstemming over wezenlijke punten van de overeenkomst bestaat,<sup>71</sup> met dien verstande dat de overeenstemming over die wezenlijke punten niet zodanig is dat reeds van een overeenkomst op hoofdpunten kan worden gesproken.

En zelfs als er sprake is van een gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen op het moment van afbreken, dan nog zijn er omstandigheden waaronder de afbrekende partij mogelijk zonder schadevergoeding te moeten betalen de onderhandelingen mag afbreken, namelijk als er voor de afbrekende partij een goede reden voor het afbreken bestond (zoals onvoorzienbare omstandigheden die verder onderhandelen commercieel niet zinvol maken).<sup>72</sup>

### 3.3.7. Grondslag (ii): andere omstandigheden van het geval

Behalve gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij van de afbreker dat er een overeenkomst tot stand zou komen, kan het afbreken van de onderhandelingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn op grond van ‘de andere omstandigheden van het geval’, zo leert de Hoge Raad al sinds *VSH/Shell* (1987) en zo is het ook vermeld in het standaardarrest *CBB/JPO* (2005). Deze aansprakelijkheidsgrond is tot dusverre nauwelijks tot ontwikkeling gekomen en heeft een bescheiden rol.

66. Zie vooral HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/1017 (*VSH/Shell*) en HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/467 (*CBB/JPO*).

67. HR 29 februari 2008, *RvdW* 2008/284 (*X/Shell*).

68. HR 14 juni 1996, *NJ* 1997/481 (*De Ruiterij/MBO*) en HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/467 (*CBB/JPO*).

69. HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997/65 (*ABB/Staat*).

70. HR 1 maart 2013, r.o. 3.5.2, *NJ* 2013/142 (*Greenib/Van Dam*).

71. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:819 (concl. A-G G.R.B. van Peursem), punt 2.9 en 2.11 (art. 81 Wet RO), verwijzend naar HR 16 juni 1995, *NJ* 1995/705 (*Shell/Tjallingii*).

72. HR 14 juni 1996, *NJ* 1997/481 (*De Ruiterij/MBO*) en HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/467 (*CBB/JPO*).

De vage aansprakelijkheidsgrond voor het afbreken van onderhandelingen ‘de andere omstandigheden van het geval’ is ontleend aan de beoogde regeling van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen in het ontwerp-BW (art. 6.5.2.8a), een regeling die uiteindelijk nooit in werking is getreden omdat de wetgever de ontwikkeling aan de rechtspraak wilde overlaten.<sup>73</sup> In de parlementaire geschiedenis van het genoemde ontwerp-artikel wordt toegelicht wat onder ‘andere omstandigheden’ moet worden verstaan.<sup>74</sup> Genoemd wordt het grote belang dat met de totstandkoming van overeenstemming is gemoed, zoals het voeren van onderhandelingen over collectieve arbeidsvoorwaarden onder invloed van een dreigende staking, voortzetting van onderhandelingen wegens maatschappelijke belangen, en indien tegen de achtergrond van een bestaande rechtsverhouding wordt onderhandeld die partijen tot onderhandelen verplicht (zoals een bedongen verplichting tot heronderhandeling). Volgens de parlementaire geschiedenis gaat het om zeer specifieke uitzonderingsgevallen waarin een voortzetten van de onderhandelingen kan worden gevegd, ook al is er geen sprake van gerechtvaardigd vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zal komen. In de lagere rechtspraak is geoordeeld dat de ‘andere omstandigheden’ een zeer beperkte categorie uitzonderingsgevallen betreft. Het moet volgens die rechtspraak gaan om (zeer) zwaarwegende omstandigheden die veelal een veroordeling tot hervatting van de onderhandelingen en niet een vordering tot schadevergoeding het meest voor de hand doen liggen.<sup>75</sup>

Een voorbeeld van een aansprakelijkheid op grond van ‘de andere omstandigheden van het geval’ is het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Vogelaar/Skil* (1991). Het betrof onderhandelingen tussen het gereedschapsmerk Skil en Vogelaar die mogelijk ploegleider/teammanager zou worden van een door Skil (mede) te sponsoren wielerploeg die aan de Tour de France zou deelnemen. Skil had uitdrukkelijk als voorwaarde voor sponsoring bedongen, hetgeen Vogelaar wist, dat er een medesponsor zou worden gevonden die het project ook voor een zeker bedrag zou financieren. Waar aan die voorwaarde niet was voldaan, kon bij Vogelaar niet het gerechtvaardigde vertrouwen zijn ontstaan dat de overeenkomst met Vogelaar tot stand zou komen. De Hoge Raad oordeelde dat, ondanks het ontbreken van totstandkomingsvertrouwen, het afbreken van de onderhandelingen toch naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (r.o. 3.5):

‘(...) Tenslotte betoogt het onderdeel dat het “ook overigens” – waarmee kennelijk wordt bedoeld: ook als een gerechtvaardigd vertrouwen als vorenbedoeld ontbreekt –

onaanvaardbaar kan zijn om gezamenlijke plannen voor een overeenkomst als hier werd beoogd “radicaal en zonder compensatie eenzijdig te beëindigen”. De bedoelde mogelijkheid kan inderdaad niet worden uitgesloten, doch de door Vogelaar aangevoerde omstandigheden waarvan in cassatie kan worden uitgegaan, rechtvaardigen niet de conclusie dat de handelwijze van Skil als onaanvaardbaar jegens Vogelaar moet worden aangemerkt. (...)’<sup>76</sup>

Een ander voorbeeld van een zaak waarin werd geoordeeld dat tijdens de onderhandelingen weliswaar geen totstandkomingsvertrouwen bestond, maar het afbreken van de onderhandelingen op grond van de andere omstandigheden van het geval wel onaanvaardbaar werd geoordeeld is de volgende.<sup>77</sup> Een ziekenhuis en een horeca-/retailexploitant onderhandelen over een vernieuwde exploitatie van horeca en winkeltjes in het ziekenhuis. Het ziekenhuis en de exploitant maken daartoe plannen om de centrale hal aan te passen en de horeca en winkeltjes langdurig te exploiteren. Het ziekenhuis komt evenwel in een financiële crisis te verkeren en stopt de onderhandelingen. Het hof acht dit beëindigen van de onderhandelingen onaanvaardbaar op grond van de andere omstandigheden van het geval. Het hof wijst erop dat de exploitant in deze jarenlang de vaste partner van het ziekenhuis was, dat partijen langdurig over de plannen hebben onderhandeld, dat de plannen mede het resultaat waren van inspanningen van de exploitant, dat het ziekenhuis die plannen nog steeds (op enige wijze) wilde uitvoeren en dat het ziekenhuis de exploitant niet heeft gevraagd of hij bereid was mee te werken aan de uitvoering van de gewijzigde plannen waarbij rekening wordt gehouden met de verslechterde financiële situatie van het ziekenhuis en/of waarbij voor het ziekenhuis een voordeliger financieel arrangement wordt getroffen.

Nog een voorbeeld waarin is aanvaard dat aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen bestond, betreft de situatie dat er bij de wederpartij van de afbrekende partij geen gerechtvaardigd vertrouwen bestond dat er enigerlei overeenkomst tot stand zou komen, maar waar de wederpartij op verzoek en/of met medeweten van de afbrekende partij wel (aanzienlijke) kosten heeft gemaakt waarvan de afbrekende partij heeft geprofiteerd. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde dat de afbrekende partij gehouden is de schade van de wederpartij (deels) te vergoeden.<sup>78</sup>

De categorie ‘andere omstandigheden’ zal met name dienst kunnen doen als de wederpartij van de afbrekende partij geen gerechtvaardigd vertrouwen heeft in het tot stand komen van een overeenkomst, maar de afbrekende partij zich wel schuldig maakt aan onaanvaardbaar onder-

73. *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1448.

74. *MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1440 en *Nota II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1442.

75. Hof Arnhem 7 november 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ6032 en Rb. Utrecht 2 juli 2008, r.o. 4.24, *RCR 2008/88 (Faillissement Megapool/EP)*.

76. HR 31 mei 1991, *NJ 1991/647 (Vogelaar/Skil)*.

77. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5156, r.o. 4.19 en 4.20.

78. Hof Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4503, r.o. 2.11.

handelingsgedrag, zoals het niet serieus onderhandelen, het aansturen op een breuk, het aanvoeren van een voorwendende reden om de onderhandelingen af te breken, het uitspelen van gegadigden tegen elkaar,<sup>79</sup> of het niet tijdig mededelen dat met de wederpartij naar alle waarschijnlijkheid geen contract zal worden gesloten.<sup>80</sup>

### 3.3.8. Uitzondering: gerechtvaardigd belang afbrekende partij, waaronder onvoorziene omstandigheden

Bij het antwoord op de vraag of een partij die de onderhandelingen afbreekt onaanvaardbaar heeft gehandeld, moet volgens de Hoge Raad sinds het arrest *De Ruiterij/MBO* (1996), herhaald in het standaardarrest *CBB/JPO* (2005), mede rekening worden gehouden met de ‘gerechtvaardigde belangen’ van de afbrekende partij. De Hoge Raad voegt daaraan toe, dat hierbij ook van belang kan zijn of zich in de loop van de onderhandelingen ‘onvoorziene omstandigheden’ hebben voorgedaan. Uit deze overweging leid ik af dat, ondanks de aanwezigheid van gerechtvaardigd vertrouwen bij de wederpartij dat een overeenkomst tot stand zou komen of de aanwezigheid van andere omstandigheden van het geval, de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij met zich kunnen brengen dat het afbreken van de onderhandelingen toch niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De Hoge Raad geeft in de arresten *De Ruiterij/MBO* en *CBB/JPO* als voorbeeld van een dergelijk gerechtvaardigd belang van de afbrekende partij dat zich tijdens de onderhandelingen ‘onvoorziene omstandigheden’ hebben voorgedaan. De ‘onvoorziene omstandigheden’ in het arrest *De Ruiterij/MBO* waren een verslechtering van de economische situatie in het algemeen en de hotelmarkt in Maastricht in het bijzonder. De uitbreiding van een hotel in Maastricht, waarover partijen onderhandelden, zou daarom niet zinvol zijn.

Het begrip ‘onvoorziene omstandigheden’ moet hier in feitelijke zin worden verstaan: omstandigheden die bij het aangaan van de onderhandelingen niet voorzienbaar waren, maar die tijdens de onderhandelingen naar voren treden. Het gaat hier – vanzelfsprekend – niet om onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW, die enkel zien op niet in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheden. Bij afgebroken onderhandelingen is van een tot stand gekomen overeenkomst nog geen sprake. De onvoorziene omstandigheden in de precontractuele fase mogen minder pregnant zijn om het afbreken te rechtvaardigen dan ze moeten zijn om een tot stand geko-

men overeenkomst niet (ongewijzigd) uit te voeren.<sup>81</sup> Een precontractuele relatie is een minder hechte relatie dan een contractuele relatie.

Het arrest *De Ruiterij/MBO* biedt naar mijn mening grondslag voor de opvatting dat de onderhandelingen afgebroken mogen worden als daarvoor – huiselijk gezegd – een ‘goede reden’ is,<sup>82</sup> met dien verstande dat het ontstaan van de goede reden niet toerekenbaar moet zijn aan de afbreker.

In de lagere rechtspraak zijn illustratieve voorbeelden te vinden van dergelijke ‘goede redenen’.

Ik noem ten eerste als voorbeeld het tijdens onderhandelingen over een joint venture rijzen van nieuwe vragen omtrent de verhouding en waardering van de door de partners in te brengen activa en fiscaal-vennootschapsrechtelijke vragen over de al dan niet toepasselijkheid van het structuurregime.<sup>83</sup> Indien het echter gaat om een aan de afbreker toe te rekenen opkomende reden, zoals gewijzigd intern ondernemingsbeleid, dan rechtvaardigt dit niet een afbreken van de onderhandelingen.<sup>84</sup>

Een tweede voorbeeld betreft de onderhandelingen tussen een omroep en de presentatoren-programmamakers van een bekend klusprogramma op tv over het tot stand komen van een nieuwe programmareeks, waarbij tijdens de onderhandelingen commotie is ontstaan doordat een van de presentatoren werd beschuldigd van seksueel misbruik met als gevolg dat adverteerders van het programma afhaakten.<sup>85</sup> De commotie en het afhaken van adverteerders vormen als ‘fait accompli’ een goede, externe reden om de onderhandelingen te mogen beëindigen.

Wat een goede reden is om de onderhandelingen af te breken, hangt af van de omstandigheden van het geval. Zo heeft de Hoge Raad met het Hof Den Haag geoordeeld dat een importeur van auto’s de onderhandelingen met een potentiële dealer niet reeds mocht afbreken op de enkele grond dat het voor de samenwerking benodigde vertrouwen door het (niet bewust) doen van onjuiste mededelingen door de potentiële dealer was komen te ontbreken, maar dat tevens vereist is dat de potentiële dealer de importeur bewust onjuist heeft geïnformeerd (omtrent de voortgang van het bouwproces van de showroom en de werkplaats en de daarvoor benodigde vergunningen).<sup>86</sup> Het hof oordeelde dat de dealer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat er een dealerovereenkomst tot stand zou komen, gelet op de gedetailleerde intentieverklaring, en de zwaarwegende betekenis die daaraan in de autobranche wordt toegekend, de hoge in-

79. HR 26 januari 1981, *NJ* 1981/426 (*Van Oosterom/Majoor*): Majoor had Oosterom de indruk gegeven dat hij de enige kandidaat was om zijn garagebedrijf over te nemen en was met hem tot verregaande overeenstemming gekomen. Majoor verkocht vervolgens zijn zaak aan Pouwels zonder Oosterom de kans te geven het bod van de derde (Pouwels) te overtreffen.

80. Zie voor al deze gevallen J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, 1989, nr. 71-74.

81. Vranken 1989, nr. 75, p. 107.

82. Daarvoor is gepleit door: H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1992, nr. 313; M.W. Hesselink, ‘De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht’, *WPNR* 1996, afl. 6249, p. 910; Hesselink 1999, p. 76 en 78 en Mak, ‘Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, Een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law’, *AA* 2002, p. 67.

83. Hof Den Haag 28 oktober 1997, *JOR* 1998/67 (*Reestland/Delcave*).

84. Hof Den Haag 16 oktober 2002, *Prg.* 2003/6076 (*Container Centrales/Speksnijder*), waartegen het cassatieberoep is verworpen in HR 18 juni 2004, C03/038 HR met toepassing van art. 81 Wet RO, en Rb. Amsterdam 4 juni 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9628, r.o. 4.3 (*A/ING*) (de beslissing om de onderhandelingen af te breken vanwege stopzetting franchiseformule was een interne strategische keuze van ING).

85. Rb. Amsterdam (vzr.) 19 augustus 2004, *NJF* 2004/553 (*HOT/SBS*).

86. HR 1 maart 2013, *NJ* 2013/142, r.o. 3.4.3 (*Greenib Car/Van Dam*).

vesteringen die de importeur van de potentiële dealer verlangde (in een showroom en werkplaats) en door de wijze waarop de importeur de potentiële dealer reeds als dealer van het desbetreffende automerk heeft geïntroduceerd en behandeld (uitvoeringswerkzaamheden). De potentiële dealer had, gelet op een en ander, grote belangen bij de totstandkoming van de dealerovereenkomst. Wil er sprake zijn van een goede reden voor de importeur om de onderhandelingen af te breken dan moeten, gelet op die zwaarwegende belangen van de wederpartij (de beoogde dealer), daaraan hoge eisen worden gesteld. Voor alle duidelijkheid merk ik op, dat een goede reden niet de enige grond is om de onderhandelingen te mogen afbreken.<sup>87</sup>

Indien de afbrekende partij een goede reden had om de onderhandelingen af te breken is dat afbreken niet langer onaanvaardbaar. De 'tweede fase' in *Plas/Valburg*, dat afbreken geoorloofd is mits kosten worden vergoed, kan een grondslag bieden om de wederpartij een kostenvergoeding toe te kennen als de afbrekende partij een goede reden had om de onderhandelingen af te breken.<sup>88</sup> Enerzijds zou dat gerechtvaardigd kunnen zijn als de goede reden in de (risico)sfeer van de afbrekende partij ligt en niet (mede) in die van de wederpartij (zoals bij zuiver interne beleidswijzigingen). Anderzijds zou het kunnen optreden van onvoorziene omstandigheden tijdens de loop van de onderhandelingen als een algemeen voorzienbaar feit gezien kunnen worden, waar een wederpartij maar rekening mee moet houden. Dat zou pleiten voor het 'buutvrij' kunnen afbreken van de onderhandelingen, ondanks het bestaan van gerechtvaardigd vertrouwen bij de wederpartij dat een overeenkomst tot stand zal komen.<sup>89</sup>

Het Nederlandse recht loopt door het arrest *De Ruiterrij/MBO*, herhaald in *CBB/JPO*, weer in de pas met ons omringende rechtsstelsels, die laten zien dat afbreken van onderhandelingen wegens een goede reden geoorloofd is en dat in dat geval geen schadevergoeding verschuldigd is.<sup>90</sup>

### 3.4. Andere grondslagen voor aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen

Het gedrag van partijen in de onderhandelingsfase kan ook reden zijn aansprakelijkheid aan te nemen op andere rechtsgronden dan de redelijkheid en billijkheid.<sup>91</sup> Genoemd is al de *onrechtmatige daad*. Zo is het op onbetamelijke wijze uitspelen van verschillende gegadigden onrechtmatig.<sup>92</sup>

Andere relevante leerstukken voor een precontractuele aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen zijn *zaakwaarneming* (art. 6:198 e.v. BW)<sup>93</sup> en *ongerechtvaardigde verrijking* (art. 6:212 BW).

Een voorbeeld van toepassing van ongerechtvaardigde verrijking in de precontractuele fase is de volgende zaak.

Credit Suisse verhuurt bedrijfsruimte in Rotterdam aan Easy, die de ruimte onderverhuurt aan de broodjeszaak Subway. Na het einde van de huurovereenkomst tussen Credit Suisse en Easy op 15 maart 2008 onderhandelt Credit Suisse met Subway om een nieuwe, rechtstreekse huurovereenkomst aan te gaan. Die onderhandelingen worden afgebroken door Credit Suisse zonder dat een huurovereenkomst tot stand gekomen is. Subway is tijdens de onderhandelingen de bedrijfsruimte blijven gebruiken. Credit Suisse vordert om die reden van Subway een bedrag van bijna € 75 000 voor het gebruik van de bedrijfsruimte vanaf 1 april 2008 tot medio maart 2009. Volgens Subway is daarvoor geen aanleiding omdat er geen overeenkomst tot stand gekomen is. De Hoge Raad oordeelt dat in deze situatie Subway op grond van ongerechtvaardigde verrijking een gebruiksvergoeding verschuldigd is aan Credit Suisse ook al waren partijen nog in onderhandeling en was er nog geen overeenkomst tot stand gekomen. De Hoge Raad in *Credit Suisse/Subway* (r.o. 3.3):

'(...) Onder zodanige omstandigheden is voor dit voortgezet gebruik in beginsel een gebruiksvergoeding verschuldigd op de voet van art. 6:212 BW. Degene die het gebruik van de bedrijfsruimte voortzet is daardoor immers verrijkt, omdat het gebruik van andermans bedrijfsruimte in het maatschappelijk verkeer in de regel slechts tegen een vergoeding plaatsvindt, terwijl de onderhuurder is bevrijd van de met zijn wederpartij overeengekomen verplichting de huurprijs te voldoen, door de beëindiging van de overeenkomst van onderhuur. De eigenaar van de bedrijfsruimte lijdt door dat voortgezet gebruik schade, ook als hij niet elders vervangende bedrijfsruimte hoeft te huren en hij niet door dat gebruik is verhinderd de ruimte aan een derde te verhuren. Gelet op de analogie met de gevallen die zijn geregeld in de art. 7:225 en 7:230a BW, past het immers in het stelsel van de wet de schade van de eigenaar in het onderhavige geval naar objectieve maatstaven te berekenen. Het causaal verband tussen deze verrijking en verarming ligt in de omstandigheden van het geval besloten. Ten slotte is aanvaarding van een verrijkingsoverdracht in beginsel niet onredelijk omdat het gebruik van de bedrijfsruimte welbewust door de gebruiker is voortgezet, en het daaruit resulterende voordeel hem dus niet is opgedrongen, terwijl de verrijking slechts toewijsbaar is tot het laagste bedrag van de verrijking en de verarming.'<sup>94</sup>

## 4. Contractuele regelingen in de onderhandelingsfase

### 4.1. Contractuele (her)onderhandelingsbedingen

In sommige (duur)contracten zijn partijen expliciet overeengekomen dat zij bij een verlenging van het contract (te goeder trouw) met elkaar zullen onderhandelen.

87. Zie HR 19 december 2003, C02/251 HR (concl. A-G L.A.D. Keus), punt 2.8.

88. Hiervoor pleiten T. Hartlief, *AA* 2005, p. 1034 en Vranken 1989, nr. 75, p. 107.

89. Zie M.R. Ruygvoorn, *AA* 2012, p. 618.

90. Zie Hesselink, *WPNR* 1996, afl. 6248, p. 880-881.

91. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/201.

92. HR 16 januari 1981, *NJ* 1981/425.

93. Zie Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 217, aant. 1.99.

94. HR 24 mei 2013, *NJ* 2013/540 (*Credit Suisse/Subway*).

In dat geval is er volgens de Hoge Raad geen sprake van enige precontractuele fase, zodat de criteria voor het onaanvaardbaar afbreken van de onderhandelingen als neergelegd in het arrest *CBB/JPO* niet van toepassing zijn.<sup>95</sup> Het gaat om een contractuele (her)onderhandelingsplicht.

Wat de betekenis is van een dergelijk (her)onderhandelingsbeding moet worden vastgesteld door de uitleg daarvan (aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf). In de regel zal een onderhandelingsbeding inhouden dat de contractpartijen zich moeten inspannen om te goeder trouw te onderhandelen. Zij zijn evenwel niet verplicht tot overeenstemming te komen. Zij mogen in de onderhandelingen vanzelfsprekend hun eigen commerciële belangen najagen en als een vertrouwen in de goede afloop gerechtvaardigd ontbreekt dan mogen zij de (verdere) onderhandelingen afbreken.

#### 4.2. Contractuele bedingen betreffende de onderhandelingsfase – algemeen

In de precontractuele fase heerst contractvrijheid. Partijen mogen hun rechten en verplichtingen in die fase zelf vormgeven. Soms worden die afspraken ‘voorovereenkomst’, ‘gentlemen’s agreement’, ‘letter of intent’, ‘memorandum of understanding’ of ‘term sheet’ genoemd. Wat de precieze betekenis is van een ‘gentlemen’s agreement’, ‘letter of intent’ of ‘memorandum of understanding’ is een kwestie van uitleg. De betiteling van een document is naar Nederlands recht niet doorslaggevend; het gaat om de inhoud daarvan. Anders dan naar common law is het in ons recht ‘substance over form’. Zo kan het voorkomen dat blijkt dat partijen onder de aanhef ‘letter of intent’ een perfecte overeenkomst (op hoofdpunten) hebben gesloten. Voor het gemak duid ik alle contractuele afspraken van partijen omtrent de onderhandelingsfase hierna aan als LoI.

In een LoI kunnen partijen diverse onderwerpen contractueel regelen. Ik noem een aantal gebruikelijke onderwerpen, die hierna aan de orde komen zoals (par. 4.2.1) de juridische (on)verbindendheid van bepaalde bedingen in de LoI, (par. 4.2.2) het al dan niet exclusief onderhandelen met een partij, (par. 4.2.3) geheimhouding, (par. 4.2.4) voorwaarden voor het tot stand komen of de werking van een contract (‘subject to’-bepalingen), (par. 4.2.5) de rechtsgevolgen van schending van onderhandelingsverplichtingen, (par. 4.2.6) break fees en (par. 4.2.7) rechts- en forumkeuzebedingen.

##### 4.2.1. De juridische (on)verbindendheid van bepaalde bedingen

In voorkomende gevallen wordt bepaald dat (delen van) de LoI niet zijn bedoeld om juridische binding te creëren, hetgeen wordt overgelaten aan het definitieve contract. De LoI dient in zoverre enkel om de geest of commerciële

overwegingen van de beoogde transactie weer te geven, of een zekere tussenstand in de onderhandelingen. Veelal zijn bepaalde delen van een LoI wel bedoeld als juridisch bindend, zoals een beding om exclusief met een bepaalde partij te onderhandelen, een (uitsluiting van een) kostenvergoeding en – bij internationale onderhandelingen – rechts- en forumkeuzeclausules.

Sommige onderdelen zijn daarentegen niet bedoeld als juridisch bindend, maar als ‘gentlemen’s agreement’ (zoals de hoofdpunten van vrijwaringen en garanties in een koopovereenkomst van aandelen in een doelwitvennootschap). Hierbij moet bedacht worden dat door uitleg moet worden vastgesteld of partijen al dan niet juridische binding hebben beoogd overeen te komen ten aanzien van een bepaald beding. Door uitleg kan komen vast te staan dat ondanks de vlag ‘gentlemen’s agreement’ of LoI partijen toch hebben beoogd juridisch bindende afspraken te maken, of dat er zelfs een contract (op hoofdpunten) tot stand gekomen is.<sup>96</sup>

Het verdient daarom aanbeveling expliciet in de LoI aan te geven welke onderdelen als juridisch bindend bedoeld zijn en welke onderdelen niet. In de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer wordt, om de juridische onverbindendheid van bepaalde afspraken te benadrukken, ook gebruikgemaakt van juridisch niet-bindende begrippen als ‘the parties intend’ of ‘the parties anticipate’ en worden begrippen als ‘the parties agree’ en ‘the parties shall’ en dergelijke vermeden.

Naar Nederlands recht kunnen partijen overeenkomen dat zij te goeder trouw zullen onderhandelen. Naar Engels recht is dat in *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128 niet mogelijk geoordeeld, omdat een dergelijk beding onvoldoende bepaalbaar (gebrek aan ‘certainty’) en derhalve nietig is.<sup>97</sup> In latere Engelse rechtspraak lijkt daarvan te worden teruggekomen onder het mom van ‘als partijen dat willen afspreken, waarom zullen wij rechters daar dan moeilijk over doen?’<sup>98</sup> Naast business certainty is ook de ruimhartige contractvrijheid een pijler van het Engelse contractenrecht.

##### 4.2.2. Het al dan niet exclusief onderhandelen met een partij

Het voeren van gelijktijdige onderhandelingen met meer dan een partij is in geen enkel rechtstelsel in strijd met de redelijkheid en billijkheid.<sup>99</sup> Een partij is ook niet verplicht mede te delen dat zij betrokken is in onderhandelingen met een derde.<sup>100</sup> Dat zal naar mijn mening anders zijn vanaf het moment dat de desbetreffende partij met een redelijke mate van zekerheid weet dat zij met die derde, althans niet met haar wederpartij, een contract gaat

95. HR 29 oktober 2010, r.o. 3.3.2, *RvdW* 2010/1286 (*Arcadis/DLO*). Zie ook HR 27 mei 2011 (concl. A-G M.H. Wissink), punt 2.5.2, *RCR* 2011/63 (*Hemubo/VVE Strandhotel Zandvoort*).

96. Zie Rb. Utrecht 30 oktober 2013, *NJF* 2014/71 (*PDC/Akzo Nobel*). Zie verder B. Wessels, *Letters of Intent*, 2010, p. 25-28.

97. Zie ook *MRI Trading AG v. Erdenet Mining Corp.* [2013] EWCA 156.

98. *Petromec Inc v. Petroleo Brasileiro SA Petrobras* [2005] EWCA 891 (par. 120-121) en Teare J (par. 40) in *Emirates Trading Agency v. Prime Mineral Exports* [2014] EWHC 2104 en Coulson J in *Secretary of State for Defence v. Turner Estate Solutions* [2015] EWHC 1150 (par. 104).

99. Zie Hesselink 1999, p. 71. Zie ook Rb. Breda (vzr.) 29 juli 2009, r.o. 3.8, *RCR* 2009/71 (*Abold/Heja*) (die dit – onnodig – vastknoopt aan de hoedanigheid van professionele partijen).

100. Vranken 1989, nr. 73 en Hesselink 1999, p. 71.

sluiten. Zij mag haar wederpartij geen onnodige onderhandelingskosten laten maken.<sup>101</sup>

Partijen kunnen naar Nederlands recht overeenkomen al dan niet exclusief met elkaar te onderhandelen, desgewenst alleen gedurende een zekere periode.<sup>102</sup> Een beding om exclusief met een partij te onderhandelen wordt ook wel een ‘standstill agreement’, ‘no shop agreement’ of ‘lock-out agreement’ genoemd. Zoals vaker gezegd, hebben dergelijke bedingen naar Nederlands recht geen vastomlijnde betekenis maar moet de betekenis daarvan door uitleg worden vastgesteld.

Indien partijen overeenkomen exclusief met elkaar te onderhandelen dan verhoogt dat de zorgplicht van partijen jegens elkaar in de onderhandelingsfase.<sup>103</sup> Door het exclusiviteitsbeding ontnemen zij immers de ander de mogelijkheid met derden te onderhandelen.

Naar Engels recht is het alleen mogelijk om voor bepaalde tijd, maar niet voor onbepaalde tijd, exclusief te onderhandelen met een bepaalde partij.<sup>104</sup> Een dergelijke lock-out agreement houdt niet in dat een onderhandelende partij verplicht is om met de andere partij in onderhandeling te blijven (er is geen ‘lock-in’-verplichting). Naar Nederlands recht geldt een dergelijke tijdslimiet niet. Het is evenwel niet goed voorstelbaar dat partijen overeenkomen heel lang exclusief met elkaar te onderhandelen (zonder positief of negatief resultaat).

#### 4.2.3. Geheimhouding

Onderhandelingen, de inhoud daarvan en hetgeen tijdens de onderhandelingen aan informatie wordt uitgewisseld zijn in beginsel niet geheim. De desbetreffende informatie mag in beginsel ook door ieder van de onderhandelende partijen worden gebruikt, tenzij de andere partij op de desbetreffende informatie een intellectuele-eigendomsrecht heeft (zoals een octrooirecht of auteursrecht) of er sprake is van een onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking of een handelen in strijd met de aanvullende op beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Internationaal wordt aangenomen dat indien de ene partij aan de andere partij tijdens de onderhandelingen informatie verstrekt en daarbij uitdrukkelijk verklaart dat de informatie geheim moet blijven, de andere partij, ook indien die informatie niet wordt beschermd door een intellectuele-eigendomsrecht, die informatie niet mag openbaren of ten eigen nutte mag gebruiken.<sup>105</sup> Het in ontvangst nemen van informatie onder dergelijke omstandigheden, kan beschouwd worden als een aanvaarding van een aanbod tot geheimhouding. Schending van een aldus impliciet tot stand gekomen geheimhoudingsbeding levert wanprestatie op.<sup>106</sup> In voorkomende gevallen kan een geheimhoudingsplicht ook impliciet voortvloeien uit de aard van de

informatie (zoals knowhow, commerciële strategieën, lijsten van klanten en leveranciers en dergelijke) en/of de hoedanigheid van partijen (dat partijen [mogelijke] concurrenten zijn).<sup>107</sup> Een voorbeeld. Partijen onderhandelen over de overname van een onderneming. De verkopende partij heeft de potentiële koper het klantenbestand van de onderneming ter beschikking gesteld. Nadat de onderhandelingen zijn afgebroken, heeft de potentiële koper actief klanten van de verkopende partij benaderd met als gevolg dat de omzet van de potentiële verkoper met bijna 63% is afgenomen. De Rechtbank Gelderland heeft dit gedrag van de potentiële koper onrechtmatig geoordeeld.<sup>108</sup>

Om discussies te voorkomen of er al dan niet impliciet of uit de redelijkheid en billijkheid een geheimhoudingsverplichting voortvloeit, is het beter expliciet overeen te komen dat de onderhandelingen (althans een of meer aspecten daarvan, zoals de inhoud) geheim worden gehouden.

Hier wordt in veel gevallen een aparte overeenkomst over gesloten, ook wel een non-disclosure agreement (NDA) of een ‘confidentiality agreement’ genoemd. De strekking van een geheimhoudingsbeding is volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de volgende:

‘De strekking van een geheimhoudingsbeding (...) is in het algemeen het beschermen van de vennootschap en de daarbij behorende belanghebbenden tegen het weglekken van vertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie, vanwege de daaraan verbonden zakelijke risico’s.’<sup>109</sup>

De gebruikelijke issues die hier spelen zijn onder meer welke informatie als vertrouwelijk kwalificeert, wie over de informatie mag beschikken (degene die een vertrouwelijkheidsverklaring heeft afgelegd, of dat overeengekomen wordt dat de potentiële koper zich verplicht dat eenieder die in zijn organisatie over de informatie kan beschikken zich gedraagt overeenkomstig de geheimhoudingsovereenkomst), wat de uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht zijn (zoals wettelijke strafrechtelijke en fiscale verplichtingen, en openbare informatie), hoe de informatie teruggegeven of vernietigd moet worden als de transactie niet tot stand komt, hoelang de informatie geheim gehouden moet worden, dat de koper klanten en/of werknemers van de verkoper niet mag benaderen (‘non-solicitation’), indien de verkoper beursgenoteerd is: een verbod om te handelen in de genoteerde aandelen van de verkoper (‘standstill’), en wat de sanctie op niet-nakoming is (veelal een contractuele boete omdat het moeilijk is de precieze schade vast te stellen bij schending van een ge-

101. Jansen 2012, par. 3.12.3 (p. 330) en Vranken 1989, nr. 72.

102. Vgl. HR 27 mei 2011, RCR 2011/63 (*Hemubo Betontechniek/VVE Flatgebouw Strandhotel Zandvoort*).

103. Zie NAI 5 februari 2010, r.o. 5.18, *TvA* 2011, afl. 18.

104. Zie *Pitt v. PHH Asset Management* [1994] 1 WLR en *Petromec v. Petroleo Brasileiro* [2005] EWCA 891.

105. Zie art. 2.1.16 UPICC en art. 2:302 PECL.

106. Hesselink 1999, p. 91.

107. J.G.A. Struycken, ‘NDA’s, process letters, engagement letters, release letters en biedbrieven. Over geheimhoudingsovereenkomsten en ander spul’, *Contracteren* 2013, afl. 2, p. 72-75; M.J. Janssen & D.R. de Breij, ‘Documentatie in de “voorfase” van een transactie’, *TOP* 2013, p. 214-215 en Hesselink 1999, p. 91.

108. Rb. Gelderland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4410, r.o. 4.7.

109. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5271, r.o. 4.8. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 29 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7300, r.o. 5.6.

heimhoudingsbeding).<sup>110</sup> In geval van een overname van een doelwitvennootschap is het verstandig dat zowel de verkoper als de doelwitvennootschap en de koper partij zijn bij de geheimhoudingsovereenkomst (zonder dat dit te ver gaat, zodat niet alle portfoliovennootschappen van een private-equity-partij daar ook onder zouden vallen).<sup>111</sup>

Een geheimhoudingsbeding kan er ook aan in de weg staan dat informatie en ideeën, die tijdens de onderhandelingen door de ene partij met de andere partij zijn uitgewisseld en die niet beschermd worden door een intellectuele-eigendomsrecht, door de andere partij mogen worden gebruikt (zonder toestemming). Zo oordeelde het Haagse Hof over het gebruik van de naam D'Expert die tijdens de onderhandelingen door de ene partij is geopperd en later, na het afbreken van de onderhandelingen, door de andere partij is gebruikt.<sup>112</sup>

‘Bij besprekingen omtrent mogelijke samenwerking zullen door degenen, die aan die besprekingen deelnemen, immers veelal informatie en ideeën worden uitgewisseld en voorstellen worden gedaan. Indien de besprekingen worden afgebroken omdat voor die samenwerking geen vruchtbare basis aanwezig blijkt, is het in beginsel niet ongeoorloofd om van die informatie en ideeën gebruik te maken, tenzij daarover afspraken zijn gemaakt of toezeggingen zijn gedaan dan wel te dien aanzien een geheimhoudingsplicht geldt.’

Ter voorkoming van het gebruik van rechtens onbeschermde informatie die tijdens de onderhandelingen door de ene partij met de andere partij is gedeeld zullen daarvoor afspraken gemaakt moeten worden, indien de vertrouwelijkheid of exclusiviteit niet uit de aard van de verstrekte informatie blijkt (of dat niet is meegedeeld door de desbetreffende partij aan de andere partij).

#### 4.2.4. Voorwaarden voor het tot stand komen of de werking van het contract ('subject to'-bepalingen)

In een LoI kan ook worden opgenomen dat de totstandkoming of werking van het contract afhankelijk is van het voldoen aan of niet intreden van zekere voorwaarden, zoals bijvoorbeeld de voorwaarde van een door beide partijen ondertekend schriftelijk contract, de voorwaarde van toestemming van de raad van bestuur of de raad van commissarissen, de voorwaarde van toestemming van de relevante mededingingsautoriteit en/of de voorwaarde van een bevredigende uitkomst van een due-diligence-onderzoek. In par. 4.3 ga ik daar nader op in.

#### 4.2.5. Rechtsgevolgen schending onderhandelingsverplichtingen

Het staat partijen vrij om bijvoorbeeld te bedingen dat geen schadevergoeding verschuldigd is indien de onderhandelingen worden afgebroken, om te bedingen dat een zeker bedrag aan schadevergoeding verschuldigd is, of dat in geval van het afbreken van onderhandelingen geen bevel tot dooronderhandelen gevorderd mag worden.

Op een dergelijk exoneratiebeding (een uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid of van beschikbare remedies) kan geen beroep worden gedaan indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Indien bij het afbreken van de onderhandelingen een gefixeerde schadevergoeding is overeengekomen, kwalificeert dit als een boetebeding (art. 6:91 BW). Een boete kan gematigd worden (art. 6:94 lid 1 BW). In geval van een commercieel contract gesloten tussen commerciële partijen zal van een en ander niet spoedig sprake zijn.

#### 4.2.6. Break fees

Een bijzondere vermelding verdienen de zogenaamde 'break fees' bij de onderhandelingen over een overname van aandelen in een doelwitvennootschap (de 'target').<sup>113</sup>

Een break fee houdt in dat als de onderhandelingen niet uitmonden in een overname, de doelwitvennootschap een schadevergoeding verschuldigd is aan de bieder (de potentiële koper). De break fee wordt veelal geformuleerd als een percentage van het bod (in Nederland variërend van 1 tot 5%, gemiddeld 3% van de transactiewaarde<sup>114</sup>). Bij een openbaar bod gaat het veelal om een break fee van tientallen tot honderden miljoenen euro's. In de praktijk komen dergelijke bedingen regelmatig voor bij openbare biedingen, en minder bij de verkoop van niet-beursgenoteerde bedrijven.<sup>115</sup>

##### 4.2.6.1. Belang bij een break fee

De biedende partij kan diverse (cumulerende) belangen hebben bij een break fee:

##### (i) Vergoeding van (onderhandelings)kosten

De kosten van onderhandelingen bij een grote overname zijn aanzienlijk. Het gaat om kosten van adviseurs, maar ook om de 'commitment fees' die banken verlangen voor het ter beschikking houden van financiering.

##### (ii) Het committeren van de doelvennootschap aan het voorgenomen bod

De break fee prikkelt de doelwitvennootschap om na te komen. Onderzoek uit de Verenigde Staten laat zien dat de kans op voltooiing van de beoogde transactie (aanzien-

110. Zie kort J. Goetsch, 'De geheimhoudingsovereenkomst: aandachtspunten voor de fusie- en overnamepraktijk', *V&O* 2015, p. 51 e.v.; M. Brink, *Due Diligence*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011 (2e druk), p. 493 e.v. en H.J. de Kluiver, 'Overnamecontracten, letters of intent en garanties', *O&F* 2003/58, p. 37. Zie voor een recent geval waarin geen schending van een NDA werd aangenomen: Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2751.

111. Daarvoor waarschuwen – terecht – Janssen & De Breij 2013, p. 215.

112. Aldus het Hof Den Haag (r.o. 7) te kennen uit HR 24 december 1999, *NJ* 2000/185 (*Van Basten/The*).

113. Een 'reverse break fee' (dat de bieder verplicht is een bedrag aan de doelvennootschap te betalen) komt ook voor. Zie S.M. van Engelen, 'In hoeverre zijn break fees toelaatbaar?', *TOP* 2010, p. 178.

114. Van Engelen 2010, p. 179.

115. Bij het openbaar bod van Barclays op ABN AMRO (2007) ging het om een break fee van € 200 000 000. Bij de beoogde private overname van Corus door Pechiney (2002) ging het om een bedrag van € 20 000 000 (zie Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, r.o. 2.9, *JOR* 2003/85).

lijk) toeneemt wanneer een break fee wordt overeengekomen.<sup>116</sup>

(iii) Afschrikking van derden

Derden die overwegen een concurrerend bod op de doelvennootschap uit te brengen, omdat de doelvennootschap bij het afbreken van de onderhandelingen wordt belast met een (aanzienlijke) schuld die de waarde van de doelvennootschap (daarmee) drukt, kunnen door de break fee afschrikt worden.<sup>117</sup>

De eerste twee doelstellingen van de break fee (i en ii) worden algemeen als legitiem gezien.

Tegen de laatste doelstelling (iii, de break fee als ‘poison pill’: het onaantrekkelijk maken van de doelvennootschap voor andere overnamekandidaten) bestaan bedenkingen. In de Verenigde Staten wordt een break fee van 1-4% geoorloofd geacht. In Engeland is de break fee gemaximeerd tot 1% van de transactiewaarde.<sup>118</sup>

4.2.6.2. Rechtsgronden om een break fee aan te tasten

In de literatuur worden diverse rechtsgronden aangevoerd om een hoge break fee (hoger dan de schade van de andere partij) te kunnen aantasten.<sup>119</sup> Ik noem de volgende.

(i) Doeloverschrijding door de doelwitvennootschap (art. 2:7 BW)

De Kluiver acht een beroep door de doelwitvennootschap op doeloverschrijding mogelijk als duidelijk is dat de break fee het belang van de vennootschap duidelijk heeft overstegen, waarbij de hoogte van de break fee een redelijke vergoeding voor gemaakte kosten en schade te boven gaat.<sup>120</sup> Stevens is een andere opvatting toegedaan. Volgens hem levert een hoge break fee, ook als die de kosten en schade van de andere partij overstijgt, geen doeloverschrijding op indien zo’n break fee het belang van de vennootschap dient (zoals de continuïteit van de onderneming op lange termijn<sup>121</sup>).<sup>122</sup>

(ii) Redelijkheid en billijkheid binnen de vennootschap (art. 2:8 BW)

Vooropgesteld moet worden dat volgens de beschikking van de Hoge Raad in de *ABN AMRO*-zaak het bestuur ‘(...) onder omstandigheden gehouden [is] de gerechtvaardigde belangen van potentiële (“serieuze”) bidders te respecteren en (...) zich [dient] te onthouden van maatre-

gelen die mogelijke biedingen kunnen frustreren en die de belangen van de desbetreffende bidders onevenredig kunnen schaden, bijvoorbeeld doordat zij een “level playing field” illusoir maken. (...)’<sup>123</sup> Een break fee moet tegen dat licht worden gezien. Frustreert een break fee niet andere biedingen of schaadt de break fee de belangen van de overige serieuze bidders niet?<sup>124</sup>

Indien de hoge break fee een afschrikkingsinstrument is en in feite kan worden beschouwd als een beschermingsmaatregel, moet voor de toetsing van de geoorlooftheid van een dergelijke beschermingsmaatregel de zogenaamde RNA-norm worden toegepast.<sup>125</sup> Aan de norm zal in zoverre zijn voldaan indien de break fee noodzakelijk is met het oog op de belangen van de continuïteit van de vennootschap (en de daarbij betrokken belangen). Uitgangspunt van de RNA-norm is dat een voor onbepaalde tijd te handhaven beschermingsmaatregel in het algemeen niet gerechtvaardigd is. Een break fee is definitief verschuldigd en uit dien hoofde verdacht. Maar de uiteindelijke toetssteen van de toelaatbaarheid van de beschermingsmaatregel is of deze in de gegeven omstandigheden bij een redelijke afweging van de in het geding zijnde belangen (nog) valt binnen de marges van een adequate en proportionele reactie op het dreigende gevaar van een ongewenste overname. Volgens Stevens mag de break fee zo hoog zijn dat daarvan invloed uitgaat op de biedprijs en mag een concurrerende bieder aldus op achterstand worden gezet, maar mag die fee niet zo hoog zijn dat hij voor een concurrerend bod ‘buitensporig bezwaarlijk’ wordt, hetgeen bijvoorbeeld het geval is als een concurrerend bod onmogelijk wordt.<sup>126</sup>

Een bestuursbesluit tot het aangaan van een break fee is vernietigbaar (art. 2:15 lid 1 sub b BW) indien het bestuur de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW heeft geschonden. Deze vernietiging tast de geldigheid van de overeenkomst tot het aangaan van de break fee met de wederpartij niet aan; de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur van de doelwitvennootschap wordt in beginsel niet ongedaan gemaakt.<sup>127</sup>

(iii) Onbehoorlijke taakvervulling bestuurder (art. 2:9 BW)

Indien een bestuurder van een doelwitvennootschap besluit tot het overeenkomen van een break fee ten laste van de doelwitvennootschap, kan de vraag rijzen of het bestuur zich jegens de vennootschap heeft gekwetend van

116. T.W. Bates & M.L. Lemon, *Breaking up is hard to do? An analysis of termination fee provisions and merger outcomes*, 2002.

117. De Kluiver, *O&F* 2003/58, p. 44.

118. Rule 21.2 City Code on Takeovers and Mergers.

119. W. de Nijs Bik, ‘Break fees’, *Ondernemingsrecht* 2006/88; T.M. Stevens, ‘Het fusieprotocol’, in: *Handboek Openbaar Bod*, 2008, p. 219 e.v. en Van Engelen 2010, p. 179 e.v. Als grondslag voor de doelwitvennootschap om de break fee te wijzigen wordt door sommigen ook art. 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) genoemd, maar die grondslag is dermate beperkt dat hij naar mijn mening niet relevant is. Zo ook Van Engelen 2010, p. 182-183.

120. De Kluiver, *O&F* 2003/58, p. 37.

121. Zie HR 20 september 1996, r.o. 3.4, *NJ* 1997/149 (*Playland*).

122. Stevens 2008, par. 5.6.1, p. 220-222. In gelijke zin Van Engelen 2010, p. 180.

123. HR 13 juli 2007, r.o. 4.6, *NJ* 2007/434 (*ABN AMRO*).

124. Zie C.J.C. de Brauw, ‘Concurrerende openbare biedingen’, *Ondernemingsrecht* 2008/20, par. 2.

125. HR 18 april 2003, *NJ* 2003/286 (*RNA/Westfield*).

126. Stevens 2008, par. 5.6.2, p. 227. In gelijke zin: Van Engelen 2010, p. 180-181.

127. Zie HR 13 juli 2007, r.o. 4.10, *NJ* 2007/434 (*ABN AMRO*). Zie voor een uitzondering HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (*Bibolini*).



een behoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW).<sup>128</sup> Zo niet, dan is het bestuur jegens de vennootschap aansprakelijk. Het bestuur kan ter rechtvaardiging van zijn besluit wijzen op het belang van de continuïteit van de vennootschap op de lange termijn en dat daarom overname door een derde moet worden voorkomen.<sup>129</sup> Onbehoorlijke taakvervulling kan leiden tot vernietiging van het besluit tot het aangaan van de break fee (art. 2:9 jo. 15 lid 1 sub a BW), maar de doelwitvennootschap blijft als regel aan de break fee gebonden (de vernietiging heeft geen externe werking).

(iv) Goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW)

Honée heeft erop gewezen dat een break fee nietig kan zijn wegens strijd met de goede zeden.<sup>130</sup> Daarvan is sprake als de break fee een onzedelijke strekking heeft.<sup>131</sup> De strekking van een rechtshandeling zijn de voor beide partijen bij de break fee te voorziene gevolgen en/of kenbare motieven.<sup>132</sup> Het opwerpen van een beschermingsmaatregel is niet per se onzedelijk. Het enkele feit dat een break fee een zeer hoog bedrag inhoudt doet een break fee niet nietig zijn. Een break fee die de toetsing aan vennootschapsrechtelijke normen (als art. 2:8 BW) doorstaat, zal niet spoedig nietig zijn.<sup>133</sup>

(v) Matiging van een boete (art. 6:94 lid 1 BW)

De break fee wordt door velen gezien als een boetebeding. Een boetebeding is een betalingsverplichting in geval van niet-nakoming (art. 6:91 BW). Indien de break fee wordt getriggerd door een niet-nakoming door de doelwitvennootschap kan de fee kwalificeren als een boetebeding, maar niet als de break fee wordt getriggerd door het falen van de transactie om andere redenen, zoals het niet vervullen van een voorwaarde (zonder dat er sprake is van een tekortkoming).<sup>134</sup> Matiging op grond van art. 6:94 lid 1 BW is dan niet van toepassing, maar dat sluit niet uit dat een beroep op de (gehele) verschuldigdheid van de break fee naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Matiging van een boete is onder meer aan de orde als het bedrag van de boete in verhouding tot de werkelijke schade buitensporig is (zij het dat de rechter niet uitsluitend op die verhouding mag letten).<sup>135</sup> Dat is volgens de Hoge Raad een tot terughoudendheid nopen maatstaf die met zich brengt dat eerst onder bijzondere omstandigheden grond voor matiging in geval van een oneigenlijk boetebeding aanwezig kan zijn en dat aan de motivering van het oordeel dat daarvan sprake is hoge eisen moeten worden gesteld.<sup>136</sup> Een break fee voor redelijk voorzien-

bare kosten en commitment (zeg van 1-3% van de koopprijs) zal als regel niet onaanvaardbaar zijn.

4.2.7. Rechts- en forumkeuze

Bij internationale onderhandelingen verdient het aanbeveling overeen te komen welk recht van toepassing is op de onderhandelingen, en welke rechter of welk arbitrage-instituut bevoegd is van geschillen te dien aanzien kennis te nemen. Het internationaal privaatrecht op dit punt is niet geheel uitgewerkt (zie par. 5), zodat het aandacht verdient een regeling te treffen teneinde geschillen en procedures daarover te voorkomen.

4.3. *Onderhandelen en contracteren met een voorbehoud ('subject to'-bepalingen)*<sup>137</sup>

4.3.1. Algemeen

Om hun rechtsverhouding in de precontractuele fase zelf vorm te geven, sluiten commerciële partijen nogal eens overeenkomsten die de precontractuele fase beheersen (ook wel aangeduid als Letter of Intent, memorandum of understanding of term sheet).

Bij contractonderhandelingen tussen commerciële partijen van enige omvang is het eerder regel dan uitzondering dat een of meerdere voorbehouden worden gemaakt voordat een contract tot stand komt, dan wel juridische werking heeft. In de Engelse taal, die in internationale commerciële contracten meestal wordt gebezigd, wordt dan gesproken van 'subject to'-bepalingen. Te denken valt aan het voorbehoud van totstandkoming van een volledige schriftelijke overeenkomst ('subject to contract') of een door alle partijen ondertekende overeenkomst ('subject to signature'), het voorbehoud van onderteekening door beide partijen ('subject to signature'), het voorbehoud dat goedkeuring wordt verleend door een vennootschapsrechtelijk orgaan (bijvoorbeeld de raad van commissarissen) of het financieringsvoorbehoud ('subject to finance'). Bekende andere voorbehouden zijn de voorbehouden 'subject to approval of the Competition Authorities' (mededingingsautoriteiten zoals de Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt), 'subject to approval of the Works Council' (de ondernemingsraad) en de 'subject to due diligence' (de uitkomsten van een due-diligence-onderzoek bij de targetvennootschap<sup>138</sup>).

De voorbehouden kunnen in alle fasen van het totstandkomingsproces van een overeenkomst worden gemaakt:

128. In de Verenigde Staten is dit aangenomen bij een hoge break fee door de Delaware Supreme Court in de bekende zaak *Paramount Communications Inc. v. QVC Network Inc.* 637 A. 2d 34, 50.

129. Stevens 2008, par. 5.6.3.

130. Aldus H.J.M.N. Honée, 'Spugen in andermans pap', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 473-474.

131. HR 19 december 2014, *RvdW* 2015/137.

132. TM, *Parl. Gesch. Boek* 3, p. 190.

133. Stevens 2008, p. 229 en Van Engelen 2010, p. 182.

134. Stevens 2008, par. 5.6.5.

135. Zie HR 27 april 2007, *NJ* 2007/262 (*Intrahof/Bart Smit*).

136. HR 16 september 2011, r.o. 3.4.3, *NJ* 2012/56 (*Subat/Kost*).

137. Deze paragraaf is voor een deel ontleend aan M. van Hooijdonk & R.P.J.L. Tjittes, 'Precontractuele aansprakelijkheid bij onderhandelen met een voorbehoud', *Contracteren* 2008, afl. 3.

138. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:224, r.o. 2.11 (*Fagron/Sébastien*).

van het begin van de precontractuele fase tot en met het sluiten van een (romp)overeenkomst.<sup>139</sup>

Om juridische betekenis te hebben is het verstandig een voorbehoud tussen partijen overeen te komen. Maar ook een tijdens de onderhandelingen door de ene partij jegens de andere partij eenzijdig kenbaar gemaakt voorbehoud kan juridische betekenis toekomen. Immers, ook een eenzijdig voorbehoud heeft invloed op het vertrouwen dat de wederpartij mag hebben.<sup>140</sup>

#### 4.3.2. Soorten voorwaarden: totstandkomingsvoorwaarde, opschortende voorwaarde, ontbindende voorwaarde

Vooropgesteld moet worden dat de contractvrijheid met zich brengt dat partijen, voor zover hier van belang, hun rechtsverhouding in de onderhandelingsfase, welke fase reeds door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst,<sup>141</sup> en in de totstandkomingsfase zelf mogen vormgeven. Hiertoe behoort ook dat zij kunnen overeenkomen dat er eerst sprake is van een contract, dan wel van een juridisch bindend of werkend contract, indien aan bepaalde (een bepaalde), toekomstige onzekere voorwaarde(n) is voldaan.<sup>142</sup>

Een voorwaarde staat eraan in de weg dat een partij erop mag vertrouwen (i) dat een contract tot stand is gekomen (bij een totstandkomingsvoorwaarde), (ii) dat een contract juridische werking heeft (bij een opschortende voorwaarde), of (iii) dat een contract werking blijft behouden (bij een ontbindende voorwaarde). Kort gezegd: een voorwaarde staat in de weg aan (i) het tot stand komen (of de werking) van een overeenkomst en (ii) het totstandkomingsvertrouwen in het kader van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen.<sup>143</sup>

Voor alle duidelijkheid: een opschortende voorwaarde staat niet in de weg aan gerechtvaardigd vertrouwen dat een voorwaardelijke overeenkomst tot stand is gekomen of tot stand zal komen.<sup>144</sup> Hetzelfde geldt voor een totstandkomingsvoorwaarde.

Een voorwaarde kan, zoals gezegd, op een aantal wijzen worden vormgegeven: als een totstandkomingsvoorwaarde, een opschortende voorwaarde of een ontbindende voorwaarde. Of er sprake is van een totstandkomingsvoorwaarde, een opschortende voorwaarde of een ontbindende voorwaarde is een kwestie van uitleg van de voorwaarde.<sup>145</sup> Als regel zijn de in de onderhandelingsfase overeengekomen voorwaarden totstandkomingsvoorwaar-

den of opschortende voorwaarden. Zolang niet aan de voorwaarde is voldaan, komt de overeenkomst niet tot stand (totstandkomingsvoorwaarde), dan wel hebben de daaruit voortvloeiende verbintenissen geen werking (opschortende voorwaarde).

In geval van een *totstandkomingsvoorwaarde* komen partijen overeen dat bij het intreden of uitblijven van een gebeurtenis (tot een zeker moment) de overeenkomst niet tot stand komt.

Bij een opschortende voorwaarde en een ontbindende voorwaarde is de overeenkomst reeds tot stand gekomen en zijn verbintenissen ontstaan (zie art. 6:26 BW).<sup>146</sup> Alleen is de werking van de verbintenissen uit overeenkomst afhankelijk van het plaatsvinden van een gebeurtenis (de *opschortende voorwaarde*), dan wel komt de werking van een verbintenis te vervallen bij het plaatsvinden van een gebeurtenis (de *ontbindende voorwaarde*) (zie art. 6:21 en 22 BW). In de common law wordt een opschortende voorwaarde een 'condition precedent' en een ontbindende voorwaarde een 'condition subsequent' genoemd.

Een belangrijk verschil tussen de werking van de opschortende en de ontbindende voorwaarde is dat de verbintenis (uit overeenkomst) in geval van een ontbindende voorwaarde reeds van kracht is, zodat de debiteur daarin kan tekortschieten tot het moment dat de verbintenis vervalt door het intreden van de gebeurtenis.<sup>147</sup> Vervulling van de ontbindende voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht (art. 3:38 lid 2 BW).<sup>148</sup> Bij een opschortende voorwaarde is dat niet het geval. De verbintenis werkt dan eerst en daarin kan eerst worden tekortgeschoten met het plaatsvinden van een gebeurtenis (bijvoorbeeld na goedkeuring van de raad van commissarissen).

Op een voorwaarde kan in beginsel door iedere partij een beroep worden gedaan, ook de wederpartij van degene in het belang van wie een voorwaarde is opgenomen, tenzij het beroep op de voorwaarde door de ene partij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>149</sup> Partijen kunnen vanzelfsprekend ook overeenkomen dat enkel de ene partij een beroep kan doen op de voorwaarde en de andere niet.

Op de partij die beweert dat zij als crediteur rechten aan een overeenkomst onder *opschortende voorwaarde* kan ontlenen, rust de stelplicht en bewijslast van het bestaan, de inhoud en het vervuld zijn van de voorwaarde.<sup>150</sup>

Op de partij die zich ter bevrijding van een verbintenis beroept op een ontbindende voorwaarde, rust de stel-

139. HR 5 maart 2010 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), punt 2.2, *RvdW* 2010/382 (*Fair Play Centers/Geveke*).

140. Zie HR 12 oktober 2012 (concl. A-G M.H. Wissink), punt 2.27, *RvdW* 2012/1286 (*PPC/AMU*).

141. HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*); HR 4 april 2003, *NJ* 2004/35 (*RZG/Comformed*) en HR 3 mei 2013, *NJ* 2013/572 (*KLM/CCC*).

142. Zie voor de eisen aan een voorwaarde: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1\* 2012/168.

143. Zie HR 24 november 1995, *NJ* 1996/162 (*Van Engen/Mirror Group*). Zie ook HR 5 maart 2010 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), punt 2.3, *RvdW* 2010/382 (*Fair Play Centers/Geveke*).

144. Zie HR 12 oktober 2012 (concl. A-G M.H. Wissink), punt 2.25, *RvdW* 2012/1286 (*PPC/AMU*).

145. Vgl. onder meer HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737, r.o. 3.5.2 (*Hof van Twente*); HR 1 juni 2012, r.o. 3.7.2, *NJ* 2012/471 (*Almere/Weernekers*) en Hof Amsterdam 30 oktober 2012, r.o. 4.5 e.v., *RCR* 2013/11 (*X/Mediq*). Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1\* 2012/179 en HR 5 maart 2010 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), punt 2.5, *RvdW* 2010/382 (*Fair Play Centers/Geveke*).

146. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1\* 2012/166.

147. Zie ook Hof Amsterdam 30 oktober 2012, *RCR* 2013/11 (*X/Mediq*): 'subject to board approval' (toestemming raad van bestuur) wordt uitgelegd als ontbindende voorwaarde waarop niet tijdig een beroep is gedaan, zodat de vordering tot nakoming wordt toegewezen.

148. Op grond van art. 6:24 BW is de schuldeiser in beginsel verplicht reeds verrichte prestaties ongedaan te maken.

149. Zie HR 24 oktober 2008, r.o. 3.4, *NJ* 2008/558 (*Hoogendoorn/Benthuizen*).

150. HR 7 december 2001, *NJ* 2002/494 (*Probis/De Smedt*).

plicht en bewijslast van het bestaan, de inhoud en het vervuld zijn van de voorwaarde.<sup>151</sup>

#### 4.3.3. Het beperkte toepassingsbereik van de zuiver potestatieve voorwaarde

Een voorwaarde bij een *eenzijdige overeenkomst* (niet bij een wederkerige overeenkomst) is non-existent indien de vervulling van de voorwaarde *geheel* afhangt van de *enkele* wil van de *schuldenaar*.<sup>152</sup> Dan is er sprake van, wat wel wordt genoemd, een *zuiver potestatieve voorwaarde*. De verbintenis onder een zuivere potestatieve voorwaarde (geheel afhankelijk van de wil van een partij) kan – nog – niet als verbintenis gelden.<sup>153</sup> Zij is non-existent.<sup>154</sup> Er worden drie bedenkingen aangevoerd tegen een zuiver potestatieve voorwaarde. Ten eerste dat er nog geen bindingswil is. Ten tweede dat er sprake is van willekeur als de totstandkoming afhangt van het wilsrecht van één partij. Ten derde dat een toekomstige wilsverklaring geen toekomstige onzekere gebeurtenis is in de zin van art. 6:21 BW, zodat er geen sprake is van een voorwaarde.

Het toepassingsbereik van de zuiver potestatieve voorwaarde is in het huidige Burgerlijk Wetboek uiterst beperkt.<sup>155</sup> Zoals gezegd ziet zij alleen op *eenzijdige overeenkomsten* (zoals een schenking, maar niet op een koopovereenkomst of een overeenkomst van opdracht). Een zuiver potestatieve voorwaarde wordt veelal alleen ongeldig geacht als de totstandkoming van de verbintenis afhankelijk is van de wil van de *debiteur*, maar niet als zij afhankelijk is van de wil van de *crediteur*.<sup>156</sup>

Een potestatieve voorwaarde leidt verder alleen tot nietigheid in geval van een *opschortende potestatieve voorwaarde*; een ontbindende potestatieve voorwaarde wordt wel geldig geacht.<sup>157</sup>

Ten slotte is alleen een *zuiver* potestatieve voorwaarde ongeldig, dat wil zeggen een voorwaarde die afhangt van de enkele wil van een partij (of een daad die zo gemakkelijk te verrichten is dat die met de enkele wil gelijk te stellen is). Indien daar een ander element bijkomt (zoals de eis dat indien het financieel kan, of indien het economisch verstandig is, maar ook indien de besluitvorming met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid moet plaatsvinden zodat het ontstaan van de verbintenis niet afhangt van de willekeur van de schuldenaar<sup>158</sup>) is er geen sprake meer van een zuiver potestatieve voorwaarde en is de voorwaarde niet ongeldig.

Waar vervulling van de voorwaarde afhangt van het tot stand komen van een door beide partijen ondertekend

contract, van goedkeuring door de raad van commissarissen, van besluitvorming door de raad van bestuur die is onderworpen aan de redelijkheid en billijkheid en dergelijke, is geen sprake van een *zuiver* potestatieve voorwaarde en is de (voor zover van belang bij potestatieve voorwaarden: opschortende) voorwaarde geldig.<sup>159</sup> Hetzelfde geldt voor een ‘subject to signature’-voorbehoud (voorbehoud van een handtekening), dat veelal een laatste ‘overall-toets’ inhoudt (een afweging van de financieel-economische haalbaarheid of wenselijkheid) zodat er geen sprake van is dat het ontstaan van verbintenissen enkel afhangt van de wil en willekeur van één partij (de debiteur). Bovendien is de voorwaarde mede afhankelijk van de handtekening van de andere partij dus hangt de voorwaarde niet enkel af van de wil van één partij. Bovendien gaat het veelal om meerzijdige overeenkomsten en niet om eenzijdige overeenkomsten, zodat het verbod van een zuiver potestatieve voorwaarde geen opgeld doet.

#### 4.3.4. Het effect van een voorwaarde op de aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen: geen gedeelde winst, maar wel kostenvergoeding?

Indien een contractuele gebondenheid eerst ontstaat als aan een of meer bepaalde voorwaarden is voldaan, dan brengt dit met zich dat in beginsel geen precontractuele aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen kan bestaan tot vergoeding van gedeelde winst. In de inleiding is uiteengezet dat de enige pijler voor het aannemen van precontractuele aansprakelijkheid voor gedeelde winst is dat door toedoen van de afbrekende partij een gerechtvaardigd vertrouwen bij de wederpartij is gewekt dat een (of enigerlei) overeenkomst tot stand zal komen. Een duidelijk en onomwonden voorbehoud voorkomt in beginsel dat bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen kan ontstaan dat een overeenkomst tot stand zal komen, zolang de voorwaarde nog niet is vervuld, zodat geen precontractuele aansprakelijkheid voor vergoeding van gedeelde winst kan ontstaan.<sup>160</sup>

De vraag kan dan rijzen of een precontractuele aansprakelijkheid tot vergoeding van kosten wel aan de orde is. Aansprakelijkheid voor gemaakte kosten is niet uitgesloten, omdat de aansprakelijkheid te dien aanzien niet afhangt van de vraag of er sprake is van totstandkomingsvertrouwen in enigerlei overeenkomst en een voorbehoud alleen het ontstaan van dat vertrouwen belet.<sup>161</sup> Hier wreekt zich dat niet duidelijk is wanneer bij afgebroken onderhandelingen een kostenvergoeding moet worden

151. HR 22 april 2011, r.o. 3.4, NJ 2011/188 (*Batavus/Race Productions*) en HR 17 april 2009, r.o. 3.3, NJ 2009/196 (*Vermijeren/Van Rijen*). Het gaat om een bevrijdend verweer.

152. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-*I*\* 2012/175.

153. TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 146-147.

154. Valk 2013, par. 47 (slot).

155. Zie H.B. Krans, in: *Verbintenissenrecht algemeen*, 2014, par. 71; Brink 2011, par. 7.4.2, p. 373 en uitvoerig H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden), 2015, par. 7.3.3.

156. Stolz 2015, p. 621.

157. Zie Olthof, in: *GS Vermogensrecht*, art. 38, aant. 16.1.

158. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-*I*\* 2012/175 en Brink 2011, par. 7.4.2, p. 373. Anders kennelijk: Ruygvoorn 2009, par. 6.5.1.4.

159. Anders: Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 14 april 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD0037, r.o. 4.5.1 (*Rijkers/Essent*): opschortende voorwaarde goedkeuring bestuur is een potestatieve voorwaarde.

160. HR 24 november 1995, NJ 1996/162 (*Van Engen/Mirror*). Zie ook HR 20 december 2013, r.o. 3.5.2, NJ 2014/144 (*Staat/G*). Zie verder Hof Den Haag 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM1591, r.o. 2.9 (*Moerkerk & Zandstra/Delek*).

161. Zo ook H.J. de Kluiver & C.A. Schwarz, in: *Onderhandelen en schikken* (Serie Praktijkhandleidingen), 1998, p. 110.

toegewezen. Uitgangspunt dient te zijn dat, tenzij partijen anders overeenkomen, onderhandelingen voor eigen rekening en risico worden gevoerd.<sup>162</sup> De redelijkheid van een kostenvergoeding enkel voor de lange duur van de onderhandelingen zie ik om die reden niet. Dit kan anders zijn in aan opzet en bewuste roekeloosheid gelijk te stellen gevallen, bijvoorbeeld wanneer een partij alleen met een andere partij onderhandelt om laatstgenoemde van het sluiten van een contract met een derde af te houden. Wie zekerheid wenst en aansprakelijkheid ook voor kosten wil in- of uitsluiten zal dat echter expliciet moeten bedingen.

De reikwijdte van een voorbehoud kan worden begrensd door de uitleg daarvan. Een beroep op een voorbehoud kan een afbrekende partij niet vrijstaan als hij van dit voorbehoud afstand heeft gedaan, het recht daarop een beroep te doen heeft verwerkt of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid anderszins in de weg staat aan het invoeren van het voorbehoud. Ik ga op die aspecten thans nader in.

#### 4.3.5. Het (niet) kunnen invoeren van de voorwaarde:

art. 6:23 BW en de redelijkheid en billijkheid

Een voorbehoud gemaakt in de precontractuele fase kan van tafel zijn indien daarvan (impliciet) afstand is gedaan ('waiver'),<sup>163</sup> het recht is verwerkt daarop een beroep te doen ('estoppel'),<sup>164</sup> dan wel een beroep daarop anderszins naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (of een variant daarvan als het hierna te bespreken art. 6:23 BW).<sup>165</sup> De opmerking van Vranken, dat een voorbehoud alleen zal blijven gelden wanneer het tijdens de onderhandelingen wordt herhaald,<sup>166</sup> komt mij als te streng voor. Een contractueel beding werkt en blijft werken, tenzij daar afstand van is gedaan of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is daarop een beroep te doen.

Op overeenkomsten die onder een voorbehoud zijn aangegaan, is volgens de Hoge Raad het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid van toepassing. De Hoge Raad heeft dit beslist in het arrest *Beliën/Provincie*.<sup>167</sup> In dat geval vorderde *Beliën* schadevergoeding op basis van een tweetal overeenkomsten die beide onder het voorbehoud van goedkeuring van gedeputeerde staten waren aangegaan. Het hof meende dat het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid niet de basis kon zijn voor *Beliën*'s schadevordering, omdat partijen reeds definitieve afspraken hadden gemaakt. Het feit dat die overeenkomsten 'partijen [niet] vermag te verbinden' deed daar volgens het hof niet aan af. Dit oordeel werd

door de Hoge Raad vernietigd. De Hoge Raad oordeelde: 'De maatstaven welke in voormelde rechtspraak [*Plas/Valburg*, *VSH/Shell* en *Vogelaar/Skil*, RJT] zijn ontwikkeld ter beantwoording van de vraag wanneer het afbreken van onderhandelingen jegens de wederpartij onaanvaardbaar is, komen in een geval als het onderhavige voor overeenkomstige toepassing in aanmerking.'

Het arrest *Beliën/Provincie* houdt in dat een partij in beginsel vrij is een beroep te doen op het voorbehoud en vervolgens niet (meer) gebonden is aan (de werking van) de overeenkomst, 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 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.<sup>168</sup>

Uit het arrest *Beliën/Provincie* volgt dat niet alleen de precontractuele fase, maar ook de fase dat er een overeenkomst bestaat maar waarin het voorbehoud moet worden vervuld, wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid brengt met zich dat op de partij ten behoeve van wie het voorbehoud is bedongen een inspanningsverplichting rust om deze voorwaarde te (doen) vervullen (in het geval van een opschortende voorwaarde), dan wel om het intreden daarvan te voorkomen (in geval van een ontbindende voorwaarde).<sup>169</sup> Daarbij moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen.<sup>170</sup> Indien de partij die daarbij belang had de vervulling van de opschortende voorwaarde heeft belet, dan geldt bij een opschortende voorwaarde de voorwaarde als vervuld indien redelijkheid en billijkheid dat eisen (art. 6:23 lid 1 BW).

Voor een 'beletten' in de zin van art. 6:23 lid 1 BW is vereist dat de niet-vervulling van de voorwaarde is veroorzaakt door toedoen van de partij die daarbij belang had.<sup>171</sup> Een voorbeeld. Een ontwikkelaar en een gemeente komen overeen dat de ontwikkelaar een perceel bouwgrond van de gemeente koopt onder de opschortende voorwaarde dat 50% van het op de grond te bouwen kantoorpand verhuurd moet zijn. De voorwaarde wordt niet vervuld, maar de projectontwikkelaar stelt dat dit komt omdat de gemeente (de verkoopster) een potentiële huurder (een zorginstelling) had verwezen naar een andere kantoorlocatie in de gemeente en dat de gemeente aldus de vervulling van de opschortende voorwaarde heeft belet. Feit was evenwel dat de huurster niet voor het kantoorpand van de ontwikkelaar koos, omdat zij is gefuseerd met een andere zorginstelling en die laatste zorginstelling zich elders wilde vestigen (op een door de gemeente ge-

162. Zie ook Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 217-227 I.1, aant. 118.

163. Afstand van recht is een rechtshandeling (HR 16 april 1993, NJ 1993 (*Amaya/Aruba Hotel*)), waarop van toepassing zijn art. 3:33 en 35 BW (wils-/vertrouwensleer) en art. 3:37 BW (een wilsverklaring kan ook impliciet gedaan worden).

164. Voor het aannemen van rechtsverwerking is, voor zover hier van belang, vereist de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan bij de schuldenaar het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak (in dit geval: op het invoeren van de voorwaarde) niet (meer) geldend zal maken. Zie HR 29 september 1995, NJ 1996/89 (*Van den Bos/Provincial*) en HR 24 april 1998, NJ 1998/621 (*W/P*).

165. Zie ook HR 5 maart 2010 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), punt 2.6, *RvdW* 2010/382 (*Fair Play Centers/Geveke*).

166. Vranken 1989, p. 110.

167. HR 24 maart 1995, NJ 1997/569 (*Beliën/Provincie*).

168. Zie Rb. Arnhem 1 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ8630, r.o. 4.2 (*X/Barneveld*).

169. HR 21 juni 1996, NJ 1996/698 (*Tomlow/Zwietering*).

170. HR 10 juni 2011, r.o. 3.4.3, NJ 2011/423 (*ING/Kreuger*).

171. HR 5 februari 2016, RCR 2016/36 (*X/Sittard-Geleen*).

stimuleerde ‘zorgboulevard’). De niet-ervulling van de opschortende voorwaarde is derhalve niet veroorzaakt door toedoen van de gemeente, maar door een keuze van de potentiële huurster.

Bij een ontbindende voorwaarde geldt dat als de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht, de voorwaarde als niet vervuld geldt indien de redelijkheid en billijkheid dit verlangt (art. 6:23 lid 2 BW). De regels van art. 6:23 BW moeten gezien worden als een toepassing van de redelijkheid en billijkheid.<sup>172</sup> Daarbij moet wel worden opgemerkt dat art. 6:23 BW niet de strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf van de ‘onaanvaardbaarheid’ eist die de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wel vereist (art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW).<sup>173</sup> Buiten het toepassingsgebied van art. 6:23 BW (bijvoorbeeld als er sprake is van een totstandkomingsvoorwaarde) kan eenzelfde resultaat worden bewerkstelligd met de redelijkheid en billijkheid. Het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar indien een partij die een totstandkomingsvoorwaarde is overeengekomen, de totstandkoming van de overeenkomst belet.

Uit de redelijkheid en billijkheid vloeit ook voort dat bij het invoeren van het voorbehoud de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij in acht moeten worden genomen.

Uit de inspanningsplicht die een opschortende en ontbindende voorwaarde met zich brengt, kan worden afgeleid dat de afbrekende partij, die een beroep doet op het niet vervuld zijn van de opschortende voorwaarde, dan wel het vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde, in het kort de reden moet aangeven waarom de voorwaarde al dan niet is vervuld. Van de afbrekende partij kan in voorkomende gevallen worden verlangd dat zij in enige mate aangeeft welke inspanningen zij heeft verricht om de voorwaarde al dan niet te vervullen. Die feiten spelen zich immers geheel in haar domein af. Indien die verantwoording in het geheel niet wordt gewenst, zal expliciet bedongen moet worden dat de desbetreffende partij de onderhandelingen mag afbreken om haar moverende redenen zonder nadere uitleg.

#### 4.3.6. Voorbehoud ‘subject to contract’ (voorbehoud volledig contract); ‘subject to signature’ (voorbehoud handtekeningen alle partijen)

In de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer hebben de voorbehouden ‘subject to contract’ en ‘subject to signature’ een tamelijk vastomlijnde betekenis. In geval van ‘subject to contract’ is er geen contractuele binding zolang partijen het niet eens zijn over alle bepalingen (de definitieve tekst) van een overeenkomst. Een ‘subject to signature’ gaat

nog een stapje verder: er is geen contractuele binding zolang niet alle partijen de definitieve schriftelijke overeenkomst hebben ondertekend.

Ik merk wel op dat een ‘subject to contract’- of een ‘subject to signature’-bepaling naar Anglo-Amerikaans recht niet zozeer wordt gezien als een opschortende voorwaarde, maar als een bepaling die in de weg staat aan het vereiste naar Anglo-Amerikaans recht voor het tot stand komen van een bindend contract, waarbij partijen de bedoeling hebben een bindende overeenkomst te sluiten (de ‘intention to create legal binding’).<sup>174</sup> Naar Engels recht wordt een ‘subject to contract’-beding uiterst serieus genomen, maar het is mogelijk dat partijen daarvan impliciet afstand doen op grond van hun gedrag (‘implied waiver’). De Engelse Supreme Court heeft dit aanvaard in een geval waarin partijen het bijna over alle contractvoorwaarden eens waren en het contract vervolgens ook voor een belangrijk deel al werd uitgevoerd.<sup>175</sup>

Naar Nederlands recht is het op grond van de contractvrijheid mogelijk te bedingen dat een overeenkomst eerst tot stand komt, dan wel dat een tot stand gekomen overeenkomst eerst werking heeft, indien partijen het eens zijn over alle (hoofd)onderdelen van de overeenkomst (‘subject to contract’), dan wel indien alle partijen de overeenkomst hebben ondertekend (‘subject to signature’).<sup>176</sup>

Naar Nederlands recht is de betekenis van een ‘subject to contract’- of ‘subject to signature’-bepaling minder vastomlijnd en is het een kwestie van uitleg wat onder ‘subject to contract’ of ‘subject to signature’ moet worden verstaan.<sup>177</sup> Soms wordt geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen ‘subject to contract’ en ‘subject to signature’. In de regel zullen partijen daaronder begrijpen dat partijen het eens zijn over alle onderdelen van de schriftelijke overeenkomst (‘subject to contract’) c.q. dat die overeenkomst door alle partijen moet zijn ondertekend (‘subject to signature’), maar dat is geen wet van Meden en Perzen. Andere interpretaties zijn denkbaar: is een mondelinge overeenstemming op hoofdlijnen voldoende? Gaat het om schriftelijke overeenstemming op hoofdpunten of om overeenstemming over de definitieve schriftelijke versie? Betreft het de ondertekening door alle partijen van een definitief schriftelijk contract? Bij gebreke van een eenduidige tekst van de bepaling, komt het aan op een Haviltex-uitleg.

Zo heeft het Bossche Hof geoordeeld dat een ‘subject to signature’-clausule bepaalt dat er geen gebondenheid bestaat tot het einde van de onderhandelingsfase en dat dit

172. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2012/182 en Stolz 2015, p. 684.

173. Brink 2011, p. 372-373. Anders: Stolz 2015, p. 692-693.

174. Zie Furmston, Norisada & Poole, *Contract Formation and Letters of Intent*, 1998, p. 190 e.v. en Lake & Draetta, *Letters of Intent and other Precontractual Documents*, 1994, p. 69 e.v.

175. Zie *RTS Flexible Systems Ltd v. Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG* [2010] UKSC 14.

176. Zie HR 24 november 1995, r.o. 3.3, *NJ 1996/162 (Van Engen/Mirror Group)*; HR 20 december 2013, r.o. 3.5.1 en 3.5.2, *NJ 2014/144 (Staat/G)*. Zie, naast de hierna te noemen lagere rechtspraak, ook Rb. Haarlem (vzr.) 27 oktober 2011, r.o. 4.5, *RCR 2012/14 (Foresome/BTH)*; Hof Den Haag 7 mei 2013, r.o. 15, *NJF 2013/241 (Woonbron/Veka)* en Rb. Amsterdam 30 september 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:6458*, r.o. 4.5. Voor alle duidelijkheid: dat berust niet op art. 3:39 BW (rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht, zijn nietig), omdat het artikel alleen ziet op wettelijke vormvereisten. Zie kort Hijma, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 39, aant. 2 sub a.

177. Zie Hof ’s-Hertogenbosch 23 augustus 2016, *ECLI:NL:GHSHE:2016:3729*, r.o. 3.3.3. Het beding luidde dat de overeenkomst eerst rechtsgevolgen heeft op het moment dat elke partij de overeenkomst rechtsgeldig heeft ondertekend.

het totstandkomingsmoment van de overeenkomst markeert.<sup>178</sup> Volgens het hof is het doel en de strekking van een 'subject to signature'-clausule om de ingangsdatum te markeren en de rechtsgevolgen niet te doen ingaan alvorens er volledige wilsovereenstemming bestaat. Het hof duidt een 'subject to signature'-bepaling (de overeenkomst moet door alle partijen zijn ondertekend) derhalve als een 'subject to contract'-bepaling (partijen zijn het eens over alle onderdelen van de overeenkomst). Het hof acht daarom niet van belang dat de overeenkomst niet door alle partijen was ondertekend, maar dat een getypte in plaats van een met pen gezette handtekening van een van de partijen ook volstond om aan de 'subject to signature'-bepaling te voldoen. Naar mijn mening zou het beter zijn geweest als het hof, al haviltexend, had beslist dat onder 'ondertekening' mede moet worden begrepen een getypte handtekening en niet enkel een 'natte' handtekening.

Een 'subject to contract'- of 'subject to signature'-beding moet voldoende helder worden overeengekomen. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde dat een verzoek 'to sign in every paper and return to our office by e-mail or fax' en de mededeling 'wait for paper duly signed in order to prepare material' onvoldoende is om een 'subject to signature'-beding te kunnen aannemen.<sup>179</sup> Hieruit blijkt niet of partijen bedoeld hebben de eis van ondertekening van het geschrift als een totstandkomingsvoorwaarde of een opschortende voorwaarde te zien.

Om iedere onzekerheid te voorkomen is het aan te bevelen dat partijen in het voorbehoud uitdrukkelijk overeenkomen dat zij geheel vrij zijn tot het moment dat (i) er een definitieve schriftelijke overeenkomst tot stand is gekomen ('subject to contract'), dan wel dat (ii) de overeenkomst door alle partijen is ondertekend. In dat geval zal voor dat moment als regel geen (verbintenis uit) overeenkomst ontstaan, althans geen verbintenissen die werken, en ontstaat bovendien geen precontractuele aansprakelijkheid.<sup>180</sup> Precontractuele aansprakelijkheid zal als regel niet worden aangenomen, omdat het voorbehoud in de weg staat aan het ontstaan van gerechtvaardigd vertrouwen dat enigerlei contract tot stand zal komen, zolang er geen definitieve schriftelijke overeenkomst is, dan wel een door alle partijen ondertekend schriftelijk contract. Aansprakelijkheid voor gederfde winst is dan in ieder geval niet aan de orde. Uit rechtspraak ten aanzien van andere voorwaarden blijkt dat in voorkomende gevallen desondanks aansprakelijkheid voor gemaakte kosten kan worden aangenomen.<sup>181</sup> Om ieder misverstand uit te sluiten, zal, indien dit is gewenst, uitsluiting van die kosten expliciet moeten geschieden in een ander beding, omdat dit niet altijd zonder meer volgt uit een 'subject to contract'-bepaling.

Naar Nederlands recht kan een beroep op een 'subject to contract'- of een 'subject to signature'-beding niet geoorloofd zijn als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>182</sup>

Een voorbeeld van een dergelijke toetsing van een 'subject to signature'-voorbehoud is te vinden in het arrest *Fiji Fiji/NSS* van het Hof Amsterdam.<sup>183</sup> Partijen onderhandelden in dat geval over de levering van satellietcapaciteit door NSS aan Fiji Television. Volgens Fiji was een overeenkomst tot stand gekomen, maar NSS beriep zich op het voorbehoud dat sprake moest zijn van een schriftelijke service ordering agreement (SOA) en service order form, goedgekeurd en ondertekend door een bevoegde vertegenwoordiger van NSS. In kort geding vorderde Fiji vervolgens nakoming van de overeenkomst. Het hof oordeelde dat tussen partijen een overeenkomst tot stand was gekomen en dat het enige wat ontbrak de ondertekening van de SOA en de service order form door beide partijen was. Het hof oordeelde vervolgens dat het, gelet op alle omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat NSS een beroep kon doen op het enkele feit dat Fiji de overeenkomsten nog niet had getekend alhoewel die ook (op hoofdpunten) uitonderhandeld waren. Van belang in dit geval was dat het hof ervan uitging dat de onderhandelaar van de zijde van NSS bevoegd was om de overeenkomst aan te gaan, en dat er op alle essentiële punten overeenstemming was bereikt.

Uit het arrest *Fiji/NSS* kan worden afgeleid dat het gevaar bestaat dat een 'subject to signature'-voorbehoud niet langer kan worden ingeroepen als de overeenkomst in feite rond is en alleen nog maar getekend moet worden. In latere rechtspraak is eveneens aanvaard dat indien partijen over de essentialia van een overeenkomst overeenstemming hebben, een beroep op een 'subject to contract'-bepaling in beginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, tenzij moet worden aangenomen dat partijen ervan moeten uitgaan dat dit afbreekrecht wezenlijk is.<sup>184</sup>

In de literatuur is in vergelijkbare zin aanvaard dat als partijen al een aantal conceptovereenkomsten hebben uitgewisseld die sterk op elkaar lijken, de ene partij er redelijkerwijs geen rekening mee hoeft te houden, behoudens andersluidende afspraak, dat de andere partij zich de vrijheid wilde voorbehouden een laatste concept integraal te beoordelen en om dan eventueel nieuwe, voorheen niet geopperde belangrijke bezwaren daartegen in te brengen.<sup>185</sup> In dat geval is een beroep op de 'subject to contract'-bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geoordeeld.

Indien partijen geen enkele binding of precontractuele aansprakelijkheid wensen zolang een definitief schriftelijk contract niet tot stand gekomen is, dan wel niet door alle

178. Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3729, r.o. 3.3.1.

179. Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8550, r.o. 2.4 (*Sevenstar/Primeyates*).

180. Rb. Amsterdam (vzr.) 4 augustus 2005, *NJF* 2005/420 (*Justvoice/Gouden Gids*).

181. Zo ook De Kluiver & Schwarz 1998, p. 106.

182. Zie ook Rb. Midden-Nederland 2 oktober 2013, r.o. 4.4, *JOR* 2014/348 (*Premion/Rekkof*) en Hof Den Haag 7 mei 2013, r.o. 17, *NJF* 2013/241 (*Woonbron/Veka*).

183. Hof Amsterdam (k.g.) 23 augustus 2004, *NJ* 2006/265 (*Fiji/NSS*).

184. Hof Den Haag 7 mei 2013, r.o. 17, *NJF* 2013/241 (*Woonbron/Veka*).

185. HR 12 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2340 (concl. A-G J.L.R.A. Huydecoper), punt 13 sub c en 11 (*X/Mega Vastgoed*).

partijen is getekend, dan moet dit duidelijk worden overeengekomen (liefst niet in een standaardbepaling of-tewel een ‘boilerplate’).<sup>186</sup> Een aldus specifiek onderhandelde ‘subject to contract’- of ‘subject to signature’-bepaling zal dan alleen terzijde geschoven kunnen worden op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid (bijvoorbeeld omdat er alleen onderhandeld is om een partij ervan af te houden een contract te sluiten met een derde partij) of als van een ‘subject to contract’- of ‘subject to signature’-bepaling afstand is gedaan (of de gerechtvaardigde indruk daartoe is gewekt).

De Rechtbank Amsterdam heeft in een vergelijkbare zaak geoordeeld dat een ‘subject to contract’- of een ‘subject to signature’-bepaling (in de zin van een voorwaarde dat er een door beide partijen getekend schriftelijk contract moet liggen) niet van doorslaggevende betekenis hoeft te zijn om geen bindende overeenkomst (op hoofdpunten) aan te nemen, maar dat dit wel relevant is in een situatie waarin een partij weet dat de wederpartij een partij uit Engeland is en dat in dat land een dergelijke clausule in de regel tot gevolg heeft dat een niet ondertekende overeenkomst in beginsel niet bindend is.<sup>187</sup> In dat geval mogen partijen van elkaar verwachten dat een ‘subject to contract’- of ‘subject to signature’-beding serieus genomen wordt.

Een ander voorbeeld waarin is geoordeeld dat een beroep op een ‘subject to signature’-bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, betreft het arrest van de Hoge Raad inzake TomTom en een Chief Financial Officer (CFO) van TomTom.<sup>188</sup> Partijen waren overeengekomen dat de toepasselijkheid van de voor TomTom nadelige contractuele ontslagregeling van de CFO afhankelijk is gesteld van de opschortende voorwaarde van ondertekening van het arbeidscontract waarover partijen onderhandelden. Toen de relatie tussen de CFO en TomTom inmiddels in zeer korte tijd was bekoeld, heeft TomTom de CFO een conceptarbeidsovereenkomst gezonden die niet voldeed aan hetgeen partijen eerder in een ‘term sheet’ waren overeengekomen. Vervolgens heeft TomTom naar aanleiding van een belastingkwestie eenzijdig afgezien van voortzetting van het dienstverband en heeft zij de onderhandelingen over de uitwerking van het arbeidscontract afgebroken. ’s Hofs oordeel, dat TomTom aldus in de zin van art. 6:23 lid 1 BW heeft belet dat met de CFO een ondertekend arbeidscontract tot stand kwam en daarmee heeft belet dat de opschortende voorwaarde werd vervuld, waarbij TomTom belang had omdat de contractuele ontslagregeling niet in werking trad, heeft de Hoge Raad in stand gelaten. De opschortende voorwaarde dat een ondertekende arbeidsovereenkomst tot stand moet zijn gekomen, heeft het hof om die reden naar redelijkheid en billijkheid voor vervuld gehouden.

Een ‘subject to signature’-clausule is voorts van belang bij de uitleg of een LoI al dan niet een juridisch bindende koopovereenkomst (op hoofdpunten) inhoudt. De Rechtbank Midden-Nederland heeft geoordeeld dat een ‘subject to signature’-clausule daaraan in de weg staat.<sup>189</sup> Daartoe moet nog een koopovereenkomst opgesteld en ondertekend worden.

#### 4.3.7. Voorbehoud ‘subject to board approval’

Een van meest voorkomende voorbehouden is die van toestemming voor het aangaan of de werking van contract van een vennootschapsrechtelijk orgaan, zoals het bestuur, de raad van commissarissen, en/of de algemene vergadering van aandeelhouders.

Indien enkel de Engelstalige term ‘subject to board approval’ wordt gebruikt, dan kan een vraag om uitleg rijzen wat onder de ‘board’ moet worden verstaan. Is dat het bestuur, of het bestuur en de raad van commissarissen (de ‘one tier board’), waar de ‘board’ kan bestaan uit zowel ‘executive board members’ (bestuur) als ‘non-executive board members’ (raad van toezicht).<sup>190</sup> Soms wordt onder de ‘board’ zelfs de moedermaatschappij begrepen. Indien de personen die het contract feitelijk hebben uitonderhandeld (veelal de commerciële en/of technische onderhandelaars) niet vertegenwoordigingsbevoegd zijn het contract namens de desbetreffende vennootschap te sluiten (zoals bij de B.V. en de N.V. waar het bestuur bevoegd is de B.V. of de N.V. te vertegenwoordigen, art. 2:130/240 BW), onderstreept de ‘subject to board approval’-clausule hun onbevoegdheid.<sup>191</sup> Mededelingen van de (onbevoegde) onderhandelaars dat toestemming van de board een formaliteit is, doen niet af aan het feit dat goedkeuring door het bestuur gegeven moet worden.<sup>192</sup> De onbevoegde onderhandelaars kunnen het wel bevoegde bestuur niet binden en kunnen in beginsel ook niet namens het wel bevoegde bestuur de indruk wekken dat er goedkeuring is verleend of geen goedkeuring nodig is.

Indien de onderhandelaars wel bevoegd zijn (indien de onderhandelingen worden gedaan door een formele bestuurder of meerdere bestuurders), dan beoogt het onderhavige ‘subject to board approval’-beding kennelijk hun *externe bevoegdheid* om zonder meer – zonder dat aan de voorwaarde is voldaan – een contractuele binding tot stand te brengen, te beperken. Echter, de bevoegdheid van een bestuurder om de vennootschap extern te vertegenwoordigen kan in beginsel niet beperkt worden (zie art. 2:110/240 lid 3 BW). Die constatering – en tevens relativisering van het ‘subject to board approval’-beding – heb ik in de literatuur niet eerder gezien. Om tot het beoogde resultaat te komen dat de onderhandelende bestuurder(s) zonder toestemming van de andere bestuurder(s) geen de vennootschap bindende overeenkomst kan (kunnen) sluiten, moet de redelijkheid en billijkheid uit

186.Rb. Amsterdam (vzr.) 4 augustus 2005, NJF 2005/420 (*Justvoice/Gouden Gids*).

187.Rb. Amsterdam 6 augustus 2013, r.o. 4.15, JOR 2015/91 (*Adidas/UK Athletics*).

188.HR 9 december 2011, NJ 2012/5 (*TomTom/CFO*).

189.Zie Rb. Midden-Nederland 2 oktober 2013, r.o. 4.4, JOR 2014/348 (*Premion/Rekkof*).

190.Zie Rb. Den Haag 1 april 2009, JOR 2009/183.

191.De Kluiver 1992, p. 21 (nr. 23) en De Kluiver & Schwarz 1998, p. 109. Zie Hof Den Haag 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM1591, r.o. 2.9 (*Moerkerk & Zandstra/Delek*).

192.Zie Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6458, r.o. 4.6.

de kast worden gehaald. Indien een ‘subject to board approval’-beding is gemaakt, kan gesteld worden dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is indien de wederpartij, die een ‘subject to board approval’-beding heeft aanvaard en derhalve daarvan wetenschap heeft, mag betogen dat de bestuurder die de onderhandelingen heeft volbracht (tot een contract onder voorbehoud van goedkeuring van het – voltallige – bestuur, of anderen) vertegenwoordigingsbevoegd was en dat derhalve een rechtens bindend contract tot stand is gekomen ook zonder dat het voorbehoud van goedkeuring van andere bestuurders is vervuld.<sup>193</sup>

Van een contractueel voorbehoud van toestemming van een bepaald vennootschappelijk orgaan jegens de wederpartij moet worden onderscheiden de situatie dat om redenen van vennootschapsrecht (wet of statuten) voor het nemen van een besluit van het bestuur tot het aangaan van een bepaalde transactie soms goedkeuring is vereist van een ander vennootschapsorgaan (zoals de raad van commissarissen, de vergadering van aandeelhouders of de ondernemingsraad).<sup>194</sup> Dergelijke interne vennootschappelijke goedkeuringsvereisten hebben geen externe werking in die zin dat dit contractuele gebondenheid van de vennootschap jegens derden niet in de weg staat.

In de zaak *Asko/Ahold*, waar twee grote detailhandelsconcerns zonder voorbehoud onderhandelden over een nauwe samenwerking, heeft de President van de Rechtbank Haarlem geoordeeld dat een bindende overeenkomst niet tot stand is gekomen, mede omdat goedkeuring van het bestuur en de raad van commissarissen ontbrak.<sup>195</sup>

Deze ‘subject to board approval’ was niet overeengekomen, maar werd door de president afgeleid uit de omstandigheden van het geval.

De president introduceerde een impliciet voorbehoud van goedkeuring van de raad van bestuur en raad van commissarissen. A-G Wissink heeft zich hierbij aangesloten.<sup>196</sup> Volgens hem is de gedachte dat naarmate de transactie (financieel) belangrijker en gecompliceerder is, het voor een partij eerder voor de hand kan liggen om, als stilzwijgende afspraak of op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, aan te nemen dat (ook) aan de zijde van haar wederpartij verschillende personen of organen zich met de uiteindelijke transactie moeten bemoeien alvorens deze aan de zijde van de wederpartij als goedgekeurd kan worden beschouwd. Het gaat daarbij volgens Wissink niet alleen om de (formele) bevoegdheidsverdeling binnen een partij, maar of een partij begrijpt of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat haar wederpartij aan de onderhandelingstafel goedkeuring nodig heeft (van organen of personen binnen de wederpartij, maar ook van binnen een groep van rechtspersonen verbonden personen of organen). Als gezichtspunten bij het beantwoorden van de vraag of een dergelijk impliciete ‘subject to board approval’ moet worden aangenomen noemt hij: de aard en omvang van de transactie, de aard

van de partijen en de positie van de onderhandelaars, alsmede de aard en kenbaarheid van de (formele) bevoegdheidsverdeling binnen de partij ten behoeve van wie wordt onderhandeld. Wel wijst Wissink erop (conclusie, punt 2.28.2) dat het niet voldoende is dat een partij begrijpt of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat haar wederpartij aan de onderhandelingstafel goedkeuring *nodig heeft*. Het gaat erom of deze partij begrijpt of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat in verband daarmee aan de zijde van haar wederpartij een *voorbehoud van goedkeuring bestaat*. Het zal wederom van de omstandigheden van het geval afhangen of een partij er in het kader van de onderhandelingen van mag uitgaan dat het verkrijgen van goedkeuring een interne kwestie aan de zijde van de wederpartij is, dan wel een kwestie die ook de onderhandelingen raakt en daarmee als een voorbehoud van goedkeuring heeft te gelden. Op dit punt past volgens hem enige voorzichtigheid, want het is in eerste instantie aan de (betrokken onderhandelaars van de) wederpartij om aan te geven dat een goedkeuringsvoorbehoud bestaat. In dit opzicht bestaat er volgens Wissink een parallel met de rechtspraak over (schijn van) vertegenwoordigingsbevoegdheid. Een formele bevoegdheidsverdeling kan, maar hoeft er niet aan in de weg te staan dat een partij wordt gehouden aan de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van onderhandelaars.

Uiteraard geldt dat in het geval de onderhandelingen worden gevoerd door een bepaald orgaan (bijvoorbeeld door het bestuur) niet het voorbehoud kan worden gemaakt dat hetzelfde orgaan goedkeuring verleent. Wat in de praktijk wel voorkomt en geoorloofd is, is dat wordt onderhandeld door een bestuurder met het voorbehoud dat het voltallig bestuur de overeenkomst uiteindelijk goedkeurt.

Een voorbeeld van een situatie waarin het voorbehoud niet kon worden ingeroepen is te vinden in het arrest *ATP/PSL* van het Hof Arnhem.<sup>197</sup> ATP en PSL Groep hadden overeenstemming bereikt over de verkoop van aandelen in PSL Reisadviesgroep BV onder de (opschortende) voorwaarde dat de aandeelhouders van ATP aan die transactie goedkeuring zou verlenen. Ondanks dat nog geen definitieve overeenkomst was ondertekend, handelden partijen al wel conform de conceptovereenkomst. ATP liet echter op enig moment weten dat zij van de overname afzag omdat haar aandeelhouders niet de benodigde toestemming gaven als gevolg van de uitkomst van het due-diligence-onderzoek. PSL vorderde vervolgens in kort geding (primair) nakoming van de overeenkomst. De aandelen van ATP waren voor ongeveer 65% in handen van Friezenberg B.V., waarvan de aandelen op haar beurt volledig in handen waren van Jansen. Jansen trad namens ATP op als onderhandelaar.

Naar het oordeel van het hof was het naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar dat ATP zich beriep op het ontbreken van goedkeuring van de aandeelhouders

193. Zie kort Asser/Kroeze 2-I 2015/341.

194. Zie bijvoorbeeld art. 2:107a BW (goedkeuring ava) en art. 2:164/274 BW (toestemming RvC). In art. 2:107a en 164 lid 2 BW is uitdrukkelijk bepaald dat het ontbreken van goedkeuring van de ava, respectievelijk de RvC op een dergelijk besluit de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of bestuurders niet aantast. Zie ook HR 13 juli 2007, NJ 2007/434 (*ABN AMRO*).

195. Rb. Haarlem (pres.) 10 oktober 1989, KG 1989/390 (*Asko/Ahold*).

196. HR 12 oktober 2012 (concl. A-G M.H. Wissink), punt 2.28.1, RvdW 2012/1286 (*PPC/AMU*).

197. Hof Arnhem (k.g.) 26 augustus 2003, JOR 2003/250 (*ATP/PSL*).



(waar 65% van de aandelen in handen was van onderhandelaar Jansen). Het hof gaf voor die beslissing drie redenen. Ten eerste omdat de onderhandelingen werden gevoerd door de (indirecte) meerderheidsaandeelhouder waardoor bij de wederpartij de indruk werd gewekt dat toestemming van de aandeelhouders een formaliteit zou zijn. Ten tweede omdat voor het overige over de overname overeenstemming was bereikt en daaraan zelfs uitvoering was gegeven. Ten derde omdat de algemene vergadering van aandeelhouders geen goede grond had genoemd voor het onthouden van toestemming, omdat het due-diligence-onderzoek reeds lang was afgerond.

Een voorbehoud van goedkeuring van het bestuur kon ook niet worden ingeroepen in de zaak *Vredenburg/C&E*.<sup>198</sup> Hier onderhandelde C&E bank met een van haar medewerkers over een vervroegde afscheidregeling. Deze regeling werd aangeboden onder voorbehoud van goedkeuring door de directie. Uiteindelijk besloot de directie de goedkeuring niet te verlenen. De president oordeelde dat de medewerker erop had mogen vertrouwen dat een regeling tot stand zou komen. Daarbij werd van belang geacht dat het initiatief tot het overleg was genomen door de bank, dat dit was gedaan met medeweten van de directie en dat er ruim tijdsverloop was tussen het tijdstip waarop de regeling voor het eerst werd aangeboden en het tijdstip waarop de directie haar uiteindelijke beslissing aan hem meedeelde.

Een voorbeeld van een geval waarin een beroep op een voorbehoud wel werd gehonoreerd is te vinden in de kortgedinguitspraak *Mastum/NCM*.<sup>199</sup> Wegens een verslechterde financiële situatie van Mastum wilde kredietverzekeraar NCM de verzekering beëindigen die zag op aan Mastum verstrekte leverancierskredieten. Partijen gingen hierover in overleg en bereikten uiteindelijk overeenstemming over een nieuw scenario waarbij door de onderhandelaars van NCM het voorbehoud werd gemaakt dat haar directie goedkeuring zou verlenen. De directie verleende de goedkeuring niet. Mastum vorderde vervolgens in kort geding nakoming van de overeenkomst, stellende dat de onderhandelaars ervaren medewerkers waren die geacht mochten worden te hebben overlegd met de directie, zodat het voorbehoud niet meer kon worden ingeroepen. Deze vordering werd in kort geding afgewezen aangezien het voorbehoud uitdrukkelijk was gemaakt, de directie haar toestemming niet had verleend en het feit dat de onderhandelingen door ervaren medewerkers was gevoerd dit niet anders maakte.

Een ander voorbeeld waarin het beroep op een voorbehoud van toestemming van de raad van commissarissen de toets van de redelijkheid en billijkheid kon doorstaan, is het arrest *Roompot/De Efteling* van het Hof 's-Hertogenbosch.<sup>200</sup> De Efteling en Roompot onderhandelden over de ontwikkeling, realisatie en exploitatie van een verblijfsaccommodatie grenzend aan De Efteling. In de LoI was bepaald dat de totstandkoming van de overeen-

komsten onderworpen was aan de goedkeuring van de raad van commissarissen van beide ondernemingen. De raad van commissarissen van De Efteling weigerde uiteindelijk die toestemming te geven, omdat er nog discussie bestond over de reikwijdte van een 'change of control'-bepaling, terwijl op dat moment ophanden was – hetgeen Roompot niet eerder had geopenbaard – dat de meerderheid van de aandelen in Roompot in handen zou komen van een derde (investeringsmaatschappij Nesbic), zodat de 'change of control'-bepaling relevant werd. De Efteling mocht om die reden (beroep op het ontbreken van goedkeuring van de raad van commissarissen) de onderhandelingen met Roompot afbreken en vergoeding van gederfde winst werd afgewezen. Het hof kende Roompot wel een kostenvergoeding toe, kennelijk omdat de onderhandelingen op dat moment in een vergevorderd stadium waren.

Uit de vorenstaande uitspraken blijkt dat naarmate er meer verwevenheid bestaat tussen de feitelijke onderhandelaar(s) en het goedkeurende orgaan het moeilijker zal zijn om het voorbehoud van goedkeuring door het bestuur in te roepen. Als de onderhandelaar een beslissende invloed heeft in het goedkeurende orgaan, kan licht bij de wederpartij de gerechtvaardigde indruk zijn gewekt dat de goedkeuring een formaliteit is en een overeenkomst tot stand zal komen.

Een vergelijkbaar vertrouwen bij de wederpartij kan worden gewekt als het goedkeurende orgaan tijdens de onderhandelingen telkenmale op de hoogte is gehouden van het onderhandelingsresultaat en daartegen niet protesteert, alhoewel daar wel aanleiding voor zou zijn geweest.

Waar het meestal niet praktisch is afstand te creëren tussen onderhandelaar en goedkeurende orgaan, is het aan te bevelen overeen te komen in de LoI dat het goedkeurende orgaan een laatste overall-toets mag aanleggen, ook al is het geïnformeerd of heeft de onderhandelaar een beslissende stem in het goedkeuringsorgaan, en om tevens een 'subject to contract'-beding op te nemen. Volgens Vranken mag een voorbehoud van goedkeuring altijd worden uitgeoefend, ook al is voorafgaand contact geweest met de goedkeurende instantie, omdat uitgangspunt is dat het goedkeurende orgaan een laatste overall-toets mag doen.<sup>201</sup> Dit uitgangspunt lijkt ook logisch, omdat de goedkeuringsbevoegdheid alleen ten volle kan worden uitgeoefend over het totale onderhandelingsresultaat.<sup>202</sup>

Opvallend is verder dat het Hof Arnhem in het arrest *ATP/PSL* aangaf dat er een 'goede grond' moet zijn voor de aandeelhoudersvergadering om haar goedkeuring te onthouden. In lagere rechtspraak is die beslissing, dat een beroep op een 'subject to board approval' zonder opgave van relevante redenen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, wel gevolgd.<sup>203</sup>

De aangevoerde reden om goedkeuring te onthouden moet een relevante (valide) reden zijn. Het Hof 's-Herto-

198.Rb. Utrecht (pres.) 14 maart 1989, *KG* 1989/171 (*Vredenburg/C&E*).

199.Rb. Amsterdam 7 december 2000, *KG* 2001/17 (*Mastum/NCM*).

200.Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, *NJF* 2006/308 (*Roompot/De Efteling*). Het daartegen gerichte beroep in cassatie faalde met toepassing van art. 81 Wet RO (HR 26 oktober 2007, *RvdW* 2007/931).

201.Vranken 1989, nr. 76, p. 108.

202.A.C. Schaafsma & O.S. Elsenga, *V&O* 2004, p. 30 en Vranken 1989, nr. 76, p. 108.

203.Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 14 april 2008; ECLI:NL:RBSHE:2008:BD0037 (*Rijkers/Essent*). Zo ook Brink 2011, par. 7.4.3, p. 383.

genbosch oordeelde in de zaak *De Ruiterij/MBO*, dat het beroep van De Ruiterij op een goedkeuringsvoorbehoud van de moedermaatschappij faalde, omdat de redenen voor weigering van goedkeuring door de moedermaatschappij geen verband hielden met de punten die in de onderhandelingen tussen De Ruiterij en MBO aan de orde waren geweest.<sup>204</sup>

Over het antwoord op de vraag of het goedkeurende orgaan bij het onthouden van goedkeuring een (goede) reden moet aangeven aan de wederpartij voor het afbreken wordt verschillend gedacht. De Kluiver is van mening dat die goede reden moet worden verstrekt (zoals onvrede over de inhoudelijke voorwaarden van een transactie).<sup>205</sup>

Ruygvoorn is kennelijk van mening dat dit in beginsel niet zo is, maar dat de redelijkheid en billijkheid anders met zich kan brengen.<sup>206</sup> Om iedere onduidelijkheid te voorkomen dat het goedkeurende orgaan ook zonder goede reden goedkeuring mag onthouden, kan worden overeengekomen dat het orgaan dat goedkeuring dient te verlenen die goedkeuring kan onthouden om haar moverende redenen.<sup>207</sup>

In het arrest *Roompot/De Efteling* valt op dat ondanks de omstandigheid dat een beroep op een voorbehoud niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geoordeeld, de wederpartij toch een kostenvergoeding werd toegekend. Die kostenvergoeding kan niet zijn toegekend op grond van gerechtvaardigd vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen (daaraan staat het voorbehoud in de weg). Wat de grondslag dan wel is, behalve 'de redelijkheid' omdat de onderhandelingen al zo ver gevorderd waren, valt hier niet in te zien. Ik zie om eerdergenoemde redenen geen aanleiding voor een kostenvergoeding bij een geslaagd beroep op een voorbehoud.

Het opnemen van een voorbehoud noopt de partij(en) ten behoeve van wie het voorbehoud is gemaakt tot een zekere inspanning om te bewerkstelligen dat de goedkeuring door het desbetreffende vennootschapsorgaan wordt gegeven. Die inspanningsplicht bestaat eerst als er een uitonderhandeld contract ligt.<sup>208</sup> Die inspanningsplicht brengt met zich dat het bestuur is gehouden het andere vennootschapsorgaan, dat de goedkeuring moet verstrekken, een juiste voorstelling van zaken te geven van de beoogde transactie en de mate van overeenstemming tot dan toe.

Moet het bestuur, dat de onderhandelingen heeft gevoerd en dat onder voorbehoud overeenstemming heeft over de overeenkomst, ten tweede ook een *positief advies* geven aan de goedkeurende instantie, zoals de raad van commissarissen of de moedermaatschappij? Het is naar mijn mening niet vereist dat positief wordt geadviseerd, maar

wel dat neutraal informatie wordt verschaft ten behoeve van de onafhankelijke oordeelsvorming van het bestuur (en/of de raad van commissarissen).<sup>209</sup> Het is evenwel in (arbitrale) rechtspraak wel eens aangenomen dat een positief advies wel verplicht is als het bestuur met de wederpartij geheel tot overeenstemming is gekomen.<sup>210</sup> Realiteit is dat nader informeel contact met een kritische strekking plaatsvindt tussen het bestuur, dat inmiddels bedenkingen heeft gekregen, en de instantie die toestemming moet geven, met als doel dat goedkeuring wordt onthouden (waarop dan nadere onderhandelingen kunnen plaatsvinden).<sup>211</sup> In de beslotenheid van het vennootschappelijk verband kan veel gebeuren zonder dat een derde daar een vinger achter krijgt. Het bestuur kan de andere vennootschapsorganen in ieder geval niet dwingen goedkeuring te geven.

Een vraag is of indien een overeenkomst is gesloten onder opschortende voorwaarde van goedkeuring van een goedkeurende instantie (zoals het bestuur of een moedermaatschappij), de desbetreffende partij, hangende die goedkeuring, met een derde partij mag onderhandelen om een tweede overeenkomst onder voorbehoud van goedkeuring aan te gaan, teneinde beide overeenkomsten aan de goedkeurende instantie voor te leggen die daarvan een zal goedkeuren. Het Hof Arnhem heeft geoordeeld dat niet zonder meer een algemene regel bestaat, die erop neerkomt dat een partij die een overeenkomst onder de voorwaarde van goedkeuring heeft gesloten, waarbij de voorwaarde op geen enkele wijze is ingeperkt, niet mag trachten met het oog op die goedkeuring met een derde een beter resultaat te bereiken om dat eveneens ter goedkeuring voor te leggen.<sup>212</sup> Het aangaan van exclusieve onderhandelingen zal als regel moet worden overeengekomen.

#### 4.3.8. Voorbehoud 'subject to approval': onderhandelen met overheidslichamen

De bevoegdheid een privaatrechtelijke overeenkomst namens een gemeente te sluiten berust bij het college van burgemeester en wethouders (B&W) (art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet). Deze publiekrechtelijke bevoegdheidsbepaling heeft externe werking.<sup>213</sup> Wel moet het college de gemeenteraad vooraf inlichten over het voornemen te besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen met mogelijk ingrijpende gevolgen voor de gemeente, en moet het de gemeenteraad in de gelegenheid stellen wensen en bedenkingen ter kennis van het B&W te brengen voordat het een besluit neemt (art. 169 lid 4 Gemeentewet). Aan deze kennisgevingsplicht kan worden voldaan door goedkeuring van de gemeenteraad te bedingen voor het aangaan van een overeenkomst.<sup>214</sup>

204.HR 14 juni 1996, *NJ* 1997/481 (*De Ruiterij/MBO*).

205.De Kluiver 1992, p. 304-305. Indien vergaand overeenstemming bestaat, bepleit hij dat partijen een ultieme poging moeten doen het eens te worden, wil een beroep op een 'subject to board approval'-beding openstaan.

206.M.R. Ruygvoorn, 'Afbreken van onderhandelingen; een stappenplan', *NJB* 2006, p. 1149.

207.HR 24 november 1995, *NJ* 1996/162 (*Van Engen/Mirror*).

208.Hof Den Haag 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM1591, r.o. 2.12 (*Moerkerk & Zandstra/Delek*).

209.Zie M. Haentjens & J.W. Meijer, 'Contracteren onder voorwaarden', *TOP* 2011, p. 70 en Ruygvoorn 2009, p. 223-224.

210.Zo ook NAI 23 maart 1998, *TvA* 2000/3, 22. Anders: Ruygvoorn 1992, par. 6.7.2 (p. 223).

211.Zie Lake & Draetta 1994, p. 212.

212.Hof Arnhem 20 maart 2007, *NJF* 2007/377 (*Geradts/Wolverine*).

213.Zie HR 1 juni 2012 (concl. A-G M.H. Wissink), punt 4.25.4, *NJ* 2012/471 (*Almere/Weernekers*).

214.HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737, r.o. 3.5.3 (*Hof van Twente*).

Desalniettemin kan de gemeenteraad contractueel een bevoegdheid worden verleend om in te stemmen met het aangaan, het werken of het vervallen van de werking van een overeenkomst. Een beroep op een dergelijk contractueel voorbehoud van instemming zal niet spoedig naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Bij de burger gewekt vertrouwen dat de voorwaarde van goedkeuring is vervuld kan bovendien enkel gebaseerd worden op toedoen van de gemeenteraad zelf, maar niet op toedoen van anderen (zoals B&W of een advocaat van de gemeente). In het arrest *Hof van Twente* oordeelde de Hoge Raad (r.o. 3.7.2):

‘In het stelsel van de Gemeentewet komt groot gewicht toe aan de bevoegdheidsverdeling tussen het college van B&W en de gemeenteraad. De raad heeft een autonome positie, en grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van een gemeente zonder instemming van de raad in gevallen waar de raad een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt. Dat geldt ook in gevallen waarin die formele positie wordt ontleend aan een contractueel voorbehoud van instemming, zoals in het onderhavige geval het in (...) de samenwerkingsovereenkomst opgenomen voorbehoud van goedkeuring van de realisatieovereenkomst door de Raad. De zelfstandige beslissingsvrijheid van de raad brengt mee dat een wederpartij niet erop mag vertrouwen dat handelingen van het college de instemming van de raad hebben indien dat vertrouwen niet mede wordt ontleend aan toedoen van de raad zelf.’

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat in het stelsel van de Provinciewet hetzelfde heeft te gelden ten aanzien van de bevoegdheidsverdeling tussen gedeputeerden en provinciale staten.<sup>215</sup> Waar in het stelsel van de Gemeentewet de gemeenteraad een autonome positie heeft, heeft provinciale staten dat in het stelsel van de Provinciewet. Daarom moet volgens de Hoge Raad grote terughoudendheid worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van (een gemeente dan wel) een provincie zonder instemming van het ter zake volgens de wet bevoegde orgaan. Dat B&W de bevoegdheid heeft tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen namens de gemeente, sluit niet uit dat ambtenaren onderhandelingen namens de gemeente kunnen voeren en dat als resultaat van die onderhandelingen een rechtshandeling tot stand komt onder de voorwaarde van goedkeuring van B&W.<sup>216</sup> Indien er sprake is van een opschortende voorwaarde is art. 6:23 BW van toepassing. Bij een totstandkomingsvoorwaarde is de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van toepassing. Wat betreft de aan te leggen redelijkheidstoets bij het vervuld zijn van een voorwaarde maakt het niet zoveel uit hoe de voorwaarde kwalificeert.

In de rechtspraak is geoordeeld dat een provincie, ondanks een duidelijke bevoegdheidsverdeling in de Provinciewet die delegatie of goedkeuring achteraf door provinciale staten eist, op grond van een onrechtmatige daad aansprakelijk kan zijn voor gedragingen van gedeputeerden in geval van bijzondere omstandigheden die met zich brachten dat de wederpartij erop mocht vertrouwen dat de gedeputeerden (die geen voorbehoud omtrent hun bevoegdheid hadden gemaakt, noch hadden gewaarschuwd dat de Provincie slechts een inspanningsplicht op zich nam) intern maatregelen hadden genomen om een voor de Provincie bindende regeling te kunnen treffen (verlaging van de huurprijs van een voetbalstadion voor een seizoen) teneinde te voorkomen dat de wederpartij bij het opvolgen van hun instructies aanzienlijke schade zou lijden (tevergeefs gemaakte kosten en aangegane verplichtingen).<sup>217</sup> Hetzelfde geldt voor een bestuurder van een ander overheidslichaam.

#### 4.3.9. Voorbehoud ‘subject to finance’

Een ander bekend voorbehoud is het voorbehoud ‘subject to finance’. Een overeenkomst komt eerst tot stand (totstandkomingsvoorwaarde), heeft eerst werking (opschortende voorwaarde), of daaraan komt de werking te vervallen (ontbindende voorwaarde), indien de desbetreffende partij (in geval van een ontbindende voorwaarde: geen) financiering van de desbetreffende transactie weet te verkrijgen binnen een bepaalde termijn en binnen de overeengekomen voorwaarden (omvang van de lening, rentepercentage, zekerheidsstelling en andere condities). Een financieringsvoorbehoud kan niet stilzwijgend worden aangenomen op grond van de redelijkheid en billijkheid of gewoonte.<sup>218</sup>

De bovengenoemde verschillende modaliteiten van een financieringsvoorbehoud laten zien dat waar die modaliteiten niet expliciet zijn weergegeven in het voorbehoud, ruimte voor interpretatie bestaat. Indien dit niet nader is bepaald zal een financieringsvoorbehoud meestal worden uitgelegd in die zin dat het desbetreffende bedrag binnen een bepaalde periode wordt verkregen onder bij grote geldverstrekkende instellingen gebruikelijke voorwaarden.<sup>219</sup>

Een financieringsvoorbehoud brengt met zich dat de partij die zich op het ontbreken van financiering wil beroepen een inspanningsplicht heeft om financiering te verkrijgen.<sup>220</sup> Meestal betekent dit dat de desbetreffende partij (ten minste) twee financiers moet hebben benaderd voor een financiering op gebruikelijke condities (rente, zekerheden en overige voorwaarden).<sup>221</sup>

Het vorenstaande neemt niet weg dat het causaal verband tussen een geschonden inspanningsplicht en de door de wederpartij gestelde schade kan ontbreken indien de afbrekende partij maar één afwijzende reactie kan overleggen, maar aannemelijk weet te maken dat zij, ook indien

215.HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1309, r.o. 3.11.2 (*Vitesse/Gelderland*).

216.HR 1 juni 2012, r.o. 3.10, *NJ* 2012/471 (*Almere/Weermekers*).

217.HR 25 juni 2010, *NJ* 2010/371 (*Gelderland/Vitesse*).

218.Hof 's-Hertogenbosch 11 september 2007, *Prg.* 2008/53.

219.Rb. 's-Hertogenbosch 6 april 2005, *NJF* 2005/197.

220.Art. 6:23 BW en eerder HR 21 juni 1996, *NJ* 1996/698 (*Tomlow/Zwietering*).

221.Vgl. in dit verband Hof Leeuwarden 23 maart 2005, *NJF* 2005/219 en Hof Arnhem 7 oktober 1997, *NJ* 1998/842.

zij meer financiers had benaderd, geen financiering zou hebben verkregen.<sup>222</sup>

Een beroep op een financieringsvoorbehoud kan erop afstuiten als de partij die daar een beroep op wil doen daarvoor geen goede reden geeft, hetgeen veelal zal inhouden dat aan de wederpartij wordt verduidelijkt welke inspanningen zijn gedaan om financiering te verkrijgen met welk resultaat.

Een voorbeeld. Metram en Eifeler onderhandelden over de overname van aandelen in Metram door Eifeler voor een bedrag van (toen nog) f 7 700 000. In een LoI was ten behoeve van Eifeler een financieringsvoorbehoud gemaakt dat de ING Bank een krediettoezegging diende te doen van meer dan f 5 500 000. De ING Bank wilde echter niet meer financieren dan f 4 700 000. Eifeler stelde vervolgens aan Metram voor dat Metram de koopprijs zou verminderen met f 400 000 en aan Eifeler een lening zou verstrekken van f 400 000. Vervolgens brak Eifeler de onderhandelingen kennelijk af met een beroep op het financieringsvoorbehoud onder de enkele motivering dat hij 'Seine Dispositionen mit anderen Prioritäten getroffen [hat]'. De Rechtbank Maastricht oordeelde dat Eifeler geen beroep toekomt op het financieringsvoorbehoud. De rechtbank besliste wel dat Eifeler de onderhandelingen had afgebroken in een stadium dat er nog geen sprake was van vertrouwen in de totstandkoming van een koopovereenkomst, maar veroordeelde Eifeler tot vergoeding van de kosten.<sup>223</sup>

## 5. Grensoverschrijdend onderhandelen: aspecten van internationale bevoegdheid en toepasselijk recht

### 5.1. Algemeen

Bij internationale onderhandelingen kunnen de vragen rijzen (i) *welke rechter* internationaal bevoegd is van een vordering wegens afgebroken onderhandelingen kennis te nemen en (ii) *welk recht* die rechter daarop moet toepassen. Het antwoord op beide vragen is van groot belang omdat bijvoorbeeld de Engelse rechter en het Engelse recht niet of nauwelijks een aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen aanvaarden, terwijl dat in Nederland en Duitsland door rechter en rechtspraak wat ruimhartiger wordt aangenomen.

Regels van internationaal privaatrecht bepalen welke rechter bevoegd is en welk recht van toepassing is in geval van het afbreken van internationale contractonderhandelingen. In het onderstaande zal blijken dat te dien aanzien nog veel vragen open zijn. Om eindeloze en kostbare geschillen over de vaststelling van de bevoegde rechter en van het toepasselijk recht te voorkomen, verdient het daarom aanbeveling bij internationale onderhandelingen van enige omvang expliciet overeen te komen wie de be-

voegde rechter is (een *forumkeuzebeding*<sup>224</sup>) en wat het op de onderhandelingen toepasselijk recht is (een *rechtskeuzebeding*).

Ik bespreek in het onderstaande enkel de bevoegdheid van de rechter op basis van de Herschikking EEX-Verordening, en het toepasselijke recht aan de hand van de Rome II-Verordening. Indien deze verordeningen formeel en/of materieel niet van toepassing zijn, moet naar Nederlands recht worden teruggevallen op het commune internationaal privaatrecht dat voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en het toepasselijke recht vergelijkbare regels kent die op gelijke wijze ingevuld worden.<sup>225</sup>

### 5.2. Bevoegde rechter

Indien partijen daartoe een forumkeuzebeding hebben gemaakt (art. 25 Herschikking EEX-Verordening) dan is de door partijen aangewezen rechter bevoegd te oordelen over geschillen betreffende de precontractuele fase. Indien een dergelijk forumkeuzebeding ontbreekt, moet de bevoegde rechter worden gevonden door toepassing van de gewone regels van bevoegdheidsrecht. Hoofregel is dat bevoegd is de rechter van de woonplaats van de gedaagde (art. 4 Herschikking EEX-Verordening). Een alternatief bevoegde rechter kan gevonden worden indien er sprake is van een verbintenis uit overeenkomst, dan wel een verbintenis uit onrechtmatige daad. In geval van een verbintenis uit overeenkomst is alternatief bevoegd (in plaats van de rechter van de woonplaats van de gedaagde) de rechter van de plaats van tenuitvoerlegging van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt (art. 7 lid 1 Herschikking EEX-Verordening). In geval van een verbintenis uit onrechtmatige daad is ook bevoegd de rechter van de plaats waar het schadetoebrengeende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen (art. 7 lid 2 Herschikking EEX-Verordening).

De begrippen 'verbintenis uit overeenkomst' en 'verbintenis uit onrechtmatige daad' zijn autonome begrippen, die in de Herschikking EEX-Verordening een eigen invulling hebben die anders kan zijn dan in een van de nationale rechtsstelsels.<sup>226</sup> In de nationale rechtsstelsels wordt een vordering wegens het afbreken van onderhandelingen verschillend gekwalificeerd: als onrechtmatige daad (zoals in Frankrijk), als een contractuele vordering (althans daarop gelijkend, zoals in Duitsland), dan wel als een van beide of een vordering sui generis (zoals in Nederland).<sup>227</sup> Waar de alternatieve bevoegdheidsregels van art. 7 Herschikking EEX-Verordening een uitzondering vormen op de hoofdregel dat de rechter van de woonplaats van verweerder bevoegd is, moet die uitzon-

222. Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 22 november 2006, *NJF* 2007/41 en Rb. 's-Hertogenbosch 6 april 2005, *NJF* 2005/197.

223. Rb. Maastricht 18 februari 2004, *NJF* 2004/281.

224. Een arbitraal beding is vanzelfsprekend ook mogelijk.

225. Zie met betrekking tot de bevoegdheid van de Nederlandse rechter: art. 2 Rv (woonplaats gedaagde), met als alternatieve bevoegdheid art. 6 sub a Rv (verbintenis uit overeenkomst) en art. 6 sub e Rv (verbintenis uit onrechtmatige daad). Zie met betrekking tot het toepasselijke recht: art. 10:155 BW (dat de Rome I-Verordening van overeenkomstige toepassing verklaart op situaties buiten het toepassingsgebied daarvan) en art. 10:159 BW (dat de Rome II-Verordening van overeenkomstige toepassing verklaart op situaties buiten het toepassingsgebied daarvan).

226. Zie kort L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2015, par. 237 en 239.

227. Zie Hesselink, *WPNR* 1996, afl. 6248, p. 880-881.

dering volgens het Hof van Justitie beperkt worden uitgelegd.<sup>228</sup>

In HvJ EG 17 september 2002, *NJ* 2003/46 (*Tacconi*) heeft het Hof van Justitie geoordeeld (r.o. 25), dat in het desbetreffende geval de aansprakelijkheid voor schade wegens het afbreken van onderhandelingen een verbintenis uit onrechtmatige daad is. Er is sprake van een verbintenis uit onrechtmatige daad met betrekking tot elke vordering die ertoe strekt een verweerder aansprakelijk te stellen en die geen verband houdt met een verbintenis uit overeenkomst.<sup>229</sup> Een verbintenis uit overeenkomst is enkel een *vrijwillig* jegens een andere partij aangegane verbintenis.<sup>230</sup> Waar de aansprakelijkheid in de zaak *Tacconi* berustte op de *wettelijke plicht* (naar Italiaans recht) om onderhandelingen niet in strijd met de goede trouw af te breken, was er geen sprake van een vrijwillig aangegane verbintenis en was er daarom geen sprake van een verbintenis uit overeenkomst, maar van een verbintenis uit onrechtmatige daad in de zin van art. 7 lid 2 Herschikking EEX-Verordening.<sup>231</sup> Die kwalificatie sluit thans aan bij art. 12 Rome II-Verordening, waar de precontractuele aansprakelijkheid eveneens onder de noemer van de niet-contractuele aansprakelijkheid is geplaatst. De alternatief bevoegde rechter om over een vordering tot aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen te oordelen, is derhalve de rechter van de plaats waar het schadetoebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen.

Indien onderhandelingen worden afgebroken, wat is dan de plaats van het schadetoebrengende feit? Dat is niet altijd eenvoudig vast te stellen. Denk alleen al aan het geval dat de onderhandelingen in een voorkomend geval worden afgebroken doordat de afbrekende partij de wederpartij meedeelt niet verder te willen onderhandelen, maar doordat de ene partij niets meer van zich laat horen.<sup>232</sup>

Indien onderhandelingen wel worden afgebroken door een mededeling van de afbrekende partij aan de wederpartij, heeft de Hoge Raad in het arrest *BUS/Chemconserve* geoordeeld dat bevoegd is de rechter van de plaats waar de mededeling de wederpartij heeft bereikt, tenzij dit een zuiver willekeurig adres is.<sup>233</sup> In casu werd de brief door de potentiële Duitse koper, die de onderhandeling afbrak, gericht aan de Nederlandse aandeelhouder van de doelvennootschap (omtrent de overname waarvan partijen onderhandelden) die was gevestigd in Rijswijk (in het arrondissement Den Haag). Dan is er geen sprake van

een willekeurige plaats waar het schadeveroorzakend handelen heeft plaatsgevonden. De Haagse rechter was derhalve (mede) bevoegd te oordelen over de vordering wegens het afbreken van onderhandelingen.

De Hoge Raad wijst er in het arrest *BUS/Chemconserve* op dat een louter intern besluit (van een partij of haar bestuur) tot het beëindigen van onderhandelingen, ook al zou dit zijn neergelegd in een aan de wederpartij te zenden brief, nog niet kan worden aangemerkt als afbreken van de onderhandelingen waardoor schade wordt veroorzaakt. Daarvan kan volgens de Hoge Raad eerst sprake zijn als het besluit effect sorteert doordat het ten uitvoer wordt gelegd en de wederpartij daarvan op de hoogte raakt. Het afbreken van de onderhandelingen heeft pas effect door de ontvangst van de brief waarin dit afbreken wordt medegedeeld. Meer algemeen geldt dat een tot een persoon gerichte verklaring haar werking eerst heeft indien de verklaring (zoals een brief of e-mail waarin onderhandelingen worden afgebroken) de geadresseerde heeft bereikt (vgl. art. 3:37 lid 3 BW).

Indien bij afgebroken onderhandelingen een plaats waar het schadetoebrengende feit zich heeft voorgedaan niet kan worden vastgesteld, dan kan de rechter zijn bevoegdheid niet ontlenen aan art. 7 lid 2 Herschikking EEX-Verordening.<sup>234</sup> De bevoegde rechter is dan de rechter van de woonplaats van de verwerende partij.

Indien een partij ziet aankomen dat zij de onderhandelingen wenst af te breken kan zij, om bevoegdheid van haar nationale rechter te bewerkstelligen, de wederpartij in haar vestigingsplaats uitnodigen om aldaar de wederpartij mede te delen dat zij de onderhandelingen afbreekt om zo de bevoegdheid van de rechter van de vestigingsplaats van de afbrekende partij te creëren ter zake van een eventuele vordering wegens afgebroken onderhandelingen.

Een vordering wegens het afbreken van onderhandelingen kwalificeert niet per definitie als een verbintenis uit onrechtmatige daad in de zin van art. 7 lid 2 Herschikking EEX-Verordening. Indien de onderhandelingsplicht voortvloeit uit een overeenkomst, zoals bijvoorbeeld een LoI of een heads of agreement, dan gaat het om een vrijwillig aangegane verbintenis en is er wel sprake van een verbintenis uit overeenkomst.<sup>235</sup> De bevoegde rechter is dan de rechter van de plaats waar de verbintenis om te onderhandelen is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd (art. 7 lid 1 Herschikking EEX-Verordening). Indien partijen geen plaats van onderhandeling zijn overeenge-

228. HvJ EG 27 september 1988, *NJ* 1990/425 (*Kalfelis/Schröder*); HvJ EG 10 juni 2004, *NJ* 2006/335 (*Kronhofer/Maier*) en HvJ EG 16 juli 2009, *NJ* 2011/349 (*Zuid-Chemie/Philippo's*).

229. Zie onder meer HvJ EG 27 september 1988, *NJ* 1990/425 (*Kalfelis/Schröder*) en HvJ EU 13 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:148 (*Brogstetter*).

230. Zie recent onder meer HvJ EU 13 maart 2014, *NJ* 2015/1 (*Brogstetter/Montres Normandes*).

231. Kritisch daarover P. Mankowski, *Brussels Ibis Regulation*, München: Sellier 2012, art. 5, aant. 58.

232. Zie voor meer lokaliseringsproblemen Th.M. de Boer in zijn noot bij HR 21 september 2001, *NJ* 2002/254 (*BUS/Chemconserve*).

233. HR 21 september 2001, r.o. 3.5.2 en 3.5.3, *NJ* 2002/254 (*BUS/Chemconserve*). Zie in gelijke zin Rb. Gelderland 31 december 2014, r.o. 4.4 en 4.5, *JBPR* 2015/53 (*Franchisenemer/BurgerKing*).

234. Zie Rb. Rotterdam 24 september 2003, r.o. 3.15-3.17, *JBPR* 2004/43 (*Tropicana/Deutsche Bank en Merrill Lynch*). De vordering betrof het profiteren van informatie en het niet langer de intentie hebben om een overeenkomst aan te gaan, terwijl bovendien niet is gebleken dat in Rotterdam een mededeling is ontvangen dat de onderhandelingen werden beëindigd.

235. Zie Rb. 's-Hertogenbosch 4 mei 2005, r.o. 2.9, *NJF* 2005/240 (*Pingo Poultry/Boparan*). Zie ook L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR* (Praktijkreeks IPR, nr. 11), 2015; M.A. Meijssen in zijn noot bij Rb. Gelderland 31 december 2014, *JBPR* 2015/53 (*Franchisenemer/BurgerKing*); J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen* (Praktijkreeks IPR, nr. 16), 2015, par. 78 en 332; B. Volders, 'Culpa in contrahendo in the conflict of laws: a first appraisal of Article 12 of the Rome II Regulation', *NIPR* 2008, afl. 4 (special), p. 464-466; P. Mankowski, in: U. Magnus & P. Mankowski, *Brussels I regulation*, 2012, art. 5, aant. 41 en P. Vlas in zijn noot bij HvJ EG 17 september 2002, *NJ* 2003/46 (*Tacconi*).

komen, is het naar Nederlands recht moeilijk te bepalen waar de verbintenis om te onderhandelen moet worden uitgevoerd. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft in een dergelijk geval geoordeeld dat de alternatieve bevoegdheidsregel van (thans) art. 7 lid 1 Herschikking EEX-Verordening dan niet toegepast kan worden en dat teruggevallen moet worden op de hoofdregel van (thans) art. 4 Herschikking EEX-Verordening: bevoegd is de rechter van de woonplaats van de verweerder.<sup>236</sup> Zo zijn er nog wel meer openstaande vragen. Strikwerda beveelt een eiser, die al die onzekerheden wenst te voorkomen, aan zijn zaak, overeenkomstig de hoofdregel van art. 4 Herschikking EEX-Verordening, maar 'gewoon' aanhangig te maken bij de rechter van de woonplaats van verweerder.<sup>237</sup>

### 5.3. Toepasselijk recht

Op grond van art. 1 lid 2 sub i Rome I-Verordening is de precontractuele aansprakelijkheid uitgesloten van het materiële toepassingsgebied van die verordening, die ziet op verbintenissen uit overeenkomst. De precontractuele aansprakelijkheid is te beschouwen als een niet-contractuele verbintenis anders dan uit onrechtmatige daad (art. 12 Rome II-Verordening). De precontractuele aansprakelijkheid wordt voor de toepassing van de Rome II-Verordening beschouwd als een autonoom begrip dat niet noodzakelijkerwijs samenvalt met het begrip van het nationale recht van een betrokken lidstaat.<sup>238</sup> Het begrip 'precontractuele aansprakelijkheid' staat niet geheel vast, maar omvat het afbreken van onderhandelingen, het achterhouden van informatie of het verschaffen van onjuiste informatie.<sup>239</sup> Verbintenissen uit ongerechtvaardigde verrijking vanwege tijdens de onderhandelingsfase verkregen voordelen behoren niet tot het toepassingsgebied van art. 12 Rome II-Verordening, maar tot dat van art. 10 Rome II-Verordening (ongerechtvaardigde verrijking).<sup>240</sup> Voorwaarden die beogen precontractuele aansprakelijkheid uit te sluiten ('subject to'-bepalingen) of andere bedingen betreffende de precontractuele aansprakelijkheid worden wel beheerst door het volgens art. 12 Rome II-Verordening toepasselijke recht.<sup>241</sup>

Ingevolge art. 12 lid 1 Rome II-Verordening is de hoofdregel dat de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, ongeacht of de overeenkomst al dan niet daadwerkelijk is gesloten, beheerst

wordt door het recht dat van toepassing is op de overeenkomst of – in geval van afgebroken onderhandelingen – dat op de overeenkomst van toepassing zou zijn geweest indien zij was gesloten.<sup>242</sup> De accessoire aanknopning (aan het contract) staat voorop. Het recht dat van toepassing is of zou zijn op de (te sluiten) overeenkomst wordt bepaald door de Rome I-Verordening.

Een aanknopning aan deze hypothetische *lex contractus* kan niet plaatsvinden indien de inhoud van het toekomstige contract onvoldoende bepaald is om tot vaststelling van een hypothetische *lex contractus* te komen.<sup>243</sup> In de praktijk zal dat veelal geen problemen opleveren, omdat in een dergelijk geval de onderhandelingen zo pril zijn dat waarschijnlijk geen enkel rechtsstelsel enige precontractuele aansprakelijkheid zal aanvaarden. Maar indien bijvoorbeeld een New Yorkse partij en een Nederlandse partij tot op het laatst twijfelen of zij hun contractuele betrekking zullen vormgeven als een koopovereenkomst of een agentuurovereenkomst, is het hypothetisch op de overeenkomst toepasselijke recht nog niet vast te stellen.<sup>244</sup>

Wat is het mogelijk toepasselijke recht op de overeenkomst waarover partijen onderhandelen?

Ten eerste moet worden nagegaan of partijen een *rechtskeuze* hebben gemaakt. Indien het gaat om een rechtskeuze in precontractuele verhoudingen, dan is art. 14 Rome II-Verordening van toepassing.<sup>245</sup> Indien partijen tijdens de onderhandelingen een geldige rechtskeuze hebben gemaakt met betrekking tot de nog te sluiten overeenkomst (bijvoorbeeld in de LoI, memorandum of understanding of term sheet staat bijvoorbeeld dat dit het recht van land X zal zijn) dan is het op grond van deze rechtskeuze aangewezen recht op de precontractuele aansprakelijkheid van toepassing.<sup>246</sup> De rechtskeuze kan gedaan worden bij het aangaan van de onderhandelingen (indien het professionele partijen betreft), tijdens de onderhandelingen of zelfs na het ontstaan van een geschil.<sup>247</sup>

Ten tweede, indien geen rechtskeuze betreffende de precontractuele aansprakelijkheid is gemaakt, dan is op de precontractuele aansprakelijkheid van toepassing het recht dat op de overeenkomst van toepassing zou zijn geweest indien zij was gesloten. In dat verband moet ten eerste worden gekeken of die *toekomstige overeenkomst* een *rechtskeuzebeding* bevat (art. 3 Rome I-Verordening). Een rechtskeuze kan ook worden aangenomen als partijen

236. Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2006, r.o. 4.4.5 en 4.4.6, *NJF* 2006/625 (*Pingo Poultry/Boparan*). Zie in deze zin reeds Th.M. de Boer in zijn noot bij HR 21 september 2001, *NJ* 2002/254 (*BUS/Chemconserve*).

237. Strikwerda 2015, par. 78 (slot).

238. Considerans nr. 30 Rome II-Verordening. Zie ook Pontier 2015, par. 332 en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2014/1194.

239. Ibili, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 12 Rome II, aant. 2; Pontier 2015, par. 332 en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2014/1195.

240. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2014/1197.

241. Zie Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2014/1198.

242. Rb. Rotterdam 21 oktober 2009, r.o. 3.2, *NIPR* 2010/186 (*Fortress/RPG*) en Rb. Midden-Nederland 30 december 2013, r.o. 4.12, *JBPR* 2014/34 (*Frog/Bader*).

243. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2014/1204.

244. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2014/1204.

245. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2014/1192.

246. Hof Amsterdam 26 april 2011, r.o. 4.7-4.8, *RCR* 2011/65, *NIPR* 2011/330 (*NBM/RREEF*): de precontractuele verhouding van partijen wordt beheerst door de LOI waarin staat dat Duits recht van toepassing is, in tegenstelling tot de koopovereenkomst van de desbetreffende onroerende zaak waarop Nederlands recht van toepassing is. Zie ook Pontier 2015, par. 333.

247. Ibili, in: *GS Onrechtmatige Daad*, art. 12 Rome II, aant. 3.1 (met rechtspraak).

over de rechtskeuze in een eerste of eerdere conceptovereenkomst blijkens latere concepten nooit een geschil hebben gehad.<sup>248</sup> In dat geval is op grond van art. 12 lid 1 Rome II-Verordening dat gekozen recht ook van toepassing op de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen.

Indien een dergelijke rechtskeuze ten aanzien van de latere overeenkomst niet is gedaan, moet het op de (toekomstige) overeenkomst toepasselijke recht worden gevonden door toepassing van de *objectieve verwijzingsregels* (art. 4 Rome I-Verordening; veelal zal dat het recht zijn van het land van de partij die de kenmerkende of karakteristieke prestatie moet leveren).<sup>249</sup>

In de literatuur wordt opgemerkt dat de beschermingsbepaling van art. 10 lid 2 Rome I-Verordening analogisch van toepassing moet zijn op art. 12 lid 1 Rome II-Verordening.<sup>250</sup> Wanneer een partij de onderhandelingen afbreekt betreffende een overeenkomst waarvan haar wederpartij de kenmerkende prestant is, zal het recht van het land waar die wederpartij haar gewone verblijfplaats heeft veelal van toepassing zijn (art. 4 Rome I-Verordening). Indien dit rechtsstelsel veel eerder aansprakelijkheid voor het voor het afbreken van onderhandelingen aanneemt dan het recht waarmee de afbrekende partij getrouwd is, zal het niet altijd redelijk zijn de afbrekende partij aansprakelijk te achten onder toepasselijkheid van het hypothetische contractstatuut. Een analogische toepassing van art. 10 lid 2 Rome I-Verordening houdt in dat een partij zich op het recht van het land waar zij haar gewone verblijfplaats heeft kan beroepen om aan te tonen dat zij niet aansprakelijk is, indien uit de omstandigheden blijkt dat het niet redelijk zou zijn de gevolgen van haar gedrag te bepalen overeenkomstig het formeel toepasselijke recht.

Indien het hypothetische contractstatuut in een zeldzaam geval<sup>251</sup> niet is vast te stellen (mogelijk bij onderhandelingen die in een pril stadium worden afgebroken<sup>252</sup>), dan geeft art. 12 lid 2 Rome II-Verordening andere verwijzingsregels. In een dergelijk geval is toepasselijk het recht van het land waar de schade zich voordoet of het recht van het land waar partijen beide hun gewone verblijfplaats hebben, tenzij uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat een ander land kennelijk nauwer verbonden is, in welk geval het recht van dat andere land van toepassing is.

Hoewel blijkens de tekst van art. 12 lid 2 sub c Rome II-Verordening (nauwere verbondenheid met ander rechtsstelsel) alleen ziet op de gevallen waarin volgens art. 12 lid 1 Rome II-Verordening geen (hypothetisch) contractstatuut kan worden bepaald, wordt in de literatuur aangenomen dat deze correctie (nauwere verbondenheid met ander rechtsstelsel) eveneens van toepassing is indien het

(hypothetische) contractstatuut wel kan worden bepaald.<sup>253</sup>

## 6. Slotbeschouwing

Aan het einde van dit overzichtsartikel wil ik de aandacht vragen voor een aantal kwesties met betrekking tot de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen die heroverweging of nadere overdenking behoeven en waar tot dusverre te weinig aandacht voor is:

(i) De aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen zou enkel aanvaard moeten worden indien het afbreken daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De zogenaamde fase II uit het arrest *Plas/Valburg* (het afbreken van onderhandelingen is geoorloofd mits de kosten van de wederpartij worden vergoed) mag op de schroothoop van obsoleete leerstukken. De drempel voor aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen mag in alle gevallen omhoog. De contractvrijheid en onderhandelingsvrijheid verdienen meer ruimte. Zo sluit ons recht ook beter aan bij dat van de landen om ons heen. Verder zou het uitgesloten moeten zijn dat wegens het afbreken van onderhandelingen gederfde winst verschuldigd is. Nederland is het enige land ter wereld waar wegens het ongeoorloofd afbreken van onderhandelingen gederfde winst toegewezen kan worden (als ware er een overeenkomst gesloten) en niet enkel het negatieve contractbelang.

(ii) Het afbreken van onderhandelingen is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar indien de afbrekende partij bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat enigerlei overeenkomst tot stand zal komen, dan wel op grond van de andere omstandigheden van het geval, tenzij de afbrekende partij, met inachtneming van de wederzijdse belangen van partijen, een objectieve goede reden had (die niet zuiver intern mag zijn; geen enkele subjectieve wilswijziging) de onderhandelingen af te breken. Indien de afbrekende partij een dergelijke goede reden had de onderhandelingen af te breken is zij geen schadevergoeding verschuldigd. Het verdient aanbeveling de gevallen waarin het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar is op grond van, zoals dat in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt genoemd, de ‘andere omstandigheden van het geval’ (de gevallen anders dan het wekken van gerechtvaardigd vertrouwen dat enigerlei overeenkomst tot stand zal komen) nader uit te werken.

(iii) Bij het overeenkomen van voorwaarden voor het tot stand komen of in werking treden van een overeenkomst verdient het aanbeveling dat partijen duidelijk overeenkomen of er sprake is van een totstandkomingsvoorwaarde (een voorwaarde voor totstandkoming van de overeen-

248.Rb. Utrecht 19 november 2003, *NIPR* 2004/33, waarover instemmend Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2014/1203.

249.Zie Rb. Rotterdam 21 oktober 2009, *NIPR* 2010/186 en Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2010, r.o. 4.4.1-4.4.4, *NIPR* 2011/200: het onroerend goed over de verkoop waarvan partijen onderhandelen, ligt in Duitsland en volgens art. 4 lid 1 sub c Rome I-Verordening is daarop Duits recht van toepassing (en de uitzondering van art. 4 lid 3 Rome I-Verordening doet zich niet voor). Indien een koopovereenkomst wordt beheerst door het Weens Koopverdrag, moet worden aangeknoopt bij het nationale recht dat volgens de Rome I-Verordening op de koopovereenkomst van toepassing is. Zo ook F. Ibili, *WPNR* 2008, afl. 6780, p. 1014-1015; dezelfde, in: *GS Onrechtmatige Daad*, art. 12 Rome II, aant. 3.4 en Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2014/1206.

250.Volders, *NIPR* 2008, afl. 4 (special), p. 467 en Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2014/1207.

251.Zo ook Pontier 2015, par. 334 en Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2014/1209.

252.Zie Ibili, *WPNR* 2008, afl. 6780, p. 1015 (met verwijzingen in voetnoot 25).

253.Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2014/1211.

komst) of een opschortende voorwaarde (de overeenkomst is tot stand gekomen maar werkt eerst vanaf het vervuld zijn van de voorwaarde).

(iv) Een ongeldige zuivere potestatieve voorwaarde moet zeer zelden worden aanvaard. Een ‘subject to signature’-beding of ‘subject to board approval’-beding kwalificeert niet als zodanig.

(v) ‘Subject to signature’- en andere ‘subject to’-bepalingen in commerciële contracten gesloten tussen grote commerciële partijen, die zich hadden voorzien van interne en/of externe juridische bijstand, moeten door die partijen serieus genomen worden, ook als er sprake is van ‘boilerplates’ (standaardbedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld). Dit laat immers onverlet dat die partijen de voorwaarden overeengekomen zijn. De neiging in de Nederlandse rechtspraak de betekenis van dergelijke voorwaarden sterk te relativeren is onjuist.

(vi) De werking van een ‘subject to board approval’ (goedkeuring bestuur) moet worden gerelativeerd bij een N.V. of B.V. Indien de onderhandelaars geen bestuurders zijn, onderstreept het beding enkel dat slechts het bestuur bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Indien een bestuurder onderhandelt doet een ‘subject to board approval’-beding geen afbreuk aan de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid van de onderhandelende bestuurder. Om gebondenheid te voorkomen moet de redelijkheid en billijkheid eraan te pas komen.

(vii) Indien de onderhandelingsverplichtingen voortvloeien uit een afspraak van partijen (LoI, memorandum of understanding, term sheet, en dergelijke) dan geldt bij afgebroken internationale onderhandelingen dat er geen sprake is van een verbintenis uit onrechtmatige daad, maar van een verbintenis uit overeenkomst. Waar de plaats van de onderhandelingen niet is overeengekomen, is onmogelijk vast te stellen in welke plaats de verbintenis om te onderhandelen moet worden uitgevoerd, zodat noodzakelijkerwijs de bevoegde rechter, volgens de hoofdregel, de rechter van de woonplaats (vestigingsplaats) van de gedaagde (de afbrekende partij) is.