

Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen

Een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law

Chantal Mak (EUR)*

De toenemende Europese invloeden op het Nederlandse privaatrecht geven aanleiding tot een nieuwe beschouwing van de regeling van aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen. Een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law levert een aantal aanknopingspunten op voor de ontwikkeling van een uniforme Europese regeling op dit gebied.

1 Inleiding

Het voortschrijdende proces van Europese eenwording doet op vele terreinen zijn invloed gelden. Ook het privaatrecht wordt in toenemende mate gekleurd door een 'Europeanisering' van het vakgebied.¹ Met name het afgelopen decennium heeft het onderzoek naar de mogelijkheid om tot een uniform Europees privaatrecht te komen een grote vlucht genomen en hebben zich langzaam de contouren afgetekend van dit nog nauwelijks ontgonnen deel van het civiele recht. Unificatie en harmonisatie hebben tot nog toe onder meer plaatsgevonden door middel van verdragen, verordeningen en richtlijnen. Een andere — met name op initiatief van rechtswetenschappers ontwikkelde — methode om een aanzet tot uniformering van het privaatrecht in Europa te geven, is het formuleren van (niet-bindende) Principles. Zo zijn onder andere beginse- len van Europees trustrecht opgesteld, loopt een zogenaamd European Civil Code project en zijn beginselen van Europees onrechtmatige daads-

recht in de maak.² Op het terrein van het contractenrecht is voorts al sinds begin jaren tachtig een commissie aan het werk onder leiding van de Deen Ole Lando. Deze naar haar voorzitter ge- heten Lando-commissie publiceerde vorig jaar de herziene en uitgebreide versie van haar Principles of European Contract Law (hierna: PECL of Principles), voorzien van een uitgebreid artikels- gewijs commentaar.³ Daarin komt een groot aantal onderwerpen op het terrein van het over- eenkomstenrecht aan bod, waaronder de aan- sprakelijkheid voor afgebroken onderhandelin- gen (art. 2:301 PECL).

Het leerstuk van afgebroken onderhandelin- gen heeft ook in Nederland nog nieuwswaarde, gezien bijvoorbeeld de recente procedure van voetbalclub AZ tegen de Ierse speler Connolly.⁴ Sinds de Hoge Raad in 1982 arrest wees in de zaak Plas/Valburg,⁵ lijkt de jurisprudentiële ont- wikkeling van het leerstuk echter tot een voorlo- pig eindpunt te zijn gekomen. In latere recht- spraak van het hoogste rechtscollege werden slechts kleine correcties of aanvullingen aange-

* Chantal Mak is als junior onderzoeker verbonden aan de afdeling Privaatrecht van de Universiteit van Amsterdam. Dit artikel is een bewerking van haar afstudeerscriptie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 J.M. Smits, *Europees Privaatrecht in wording. Naar een Ius Commune Europaeum als gemengd rechtsstelsel*, Intersentia, Antwerpen/Groningen 1999, p. 19.

2 J.M. Smits, *De Principles of European Contract Law and Common Law and Civil Law*, *WPNR* 2001, p. 235.

3 O. Lando & H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2000. Zie hierover onder meer: D. Busch & E.H. Hondius, Een nieuw contractenrecht voor Europa: de Principles of European Contract Law vanuit Nederlands perspectief, *NJB* 2000, pp. 837-848; M.W. Hesselink & G.J.P. de Vries, *Principles of European Contract Law* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Kluwer,

Deventer 2001.

4 AZ stelde aanvankelijk dat mondelinge overeenstemming was bereikt met Connolly over een driejarig contract. Laatstgenoemde was een andere mening toege- daan en ging in op een aanbieding van de Londense club Wimbledon. De arbitragecommissie van de KNVB oor- deelde eind juli dat van een rechtsgeldige arbeidsover- eenkomst van AZ met de speler nog geen sprake was. Een schadevergoeding op basis van afgebroken onder- handelingen zou eventueel nog wel tot de mogelijkheden behoren. Connolly werd uiteindelijk in het gelijk gesteld. Zie onder meer: *Algemeen Dagblad* 28 juli 2001, Connolly had geen deal met AZ; *NRC Handelsblad* 25 juli 2001, p. 10, Geschil over 'contract'. AZ wil 10 mln gulden van Ier Connolly; en *Algemeen Dagblad* 10 oktober 2001, Connolly krijgt gelijk.

5 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt. Brunner, *AA* 1983, pp. 758-763 m.nt. Van Schilfgaarde.

bracht op de in Plas/Valburg geformuleerde regels. De Nederlandse regeling wijkt niettemin op verschillende punten aanmerkelijk af van andere Europese rechtsstelsels. In de literatuur blijft dan ook discussie bestaan omtrent vraagstukken die de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen betreffen.

Een eerste vraag is welke nu precies de voorwaarden zijn waaronder de afbrekende partij aansprakelijk kan worden gehouden voor de door de wederpartij geleden schade. In verband hiermee rijst vervolgens de vraag naar de omvang van de aansprakelijkheid: dienen alleen de kosten die de wederpartij gemaakt heeft ten behoeve van de onderhandelingen vergoed te worden of komt ook de door haar geleden schade als gevolg van het feit dat geen contract tot stand is gekomen (waaronder gedeelde winst) in aanmerking voor vergoeding?

Door middel van een vergelijking van het Nederlandse recht met de PECL zal ik in dit artikel proberen tot een oordeel te komen omtrent deze aspecten van een wenselijke regeling betreffende aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen. Daartoe wordt allereerst aandacht besteed aan de waarde van een dergelijke exercitie (paragraaf 2), waarna achtereenvolgens wordt ingegaan op de criteria voor (3) en de omvang van (4) aansprakelijkheid in geval van afgebroken onderhandelingen. Tot besluit volgen enkele conclusies (5).

2 Waarde van de vergelijking

Om tot een goede uitkomst te komen, moet eerst duidelijk zijn wat het nut is van de vergelijking. Met andere woorden: wat is de toegevoegde waarde van bestudering van de PECL voor Nederlandse juristen, in het bijzonder op het gebied van afgebroken onderhandelingen?

In de inleiding bij de PECL noemen de opstellers een aantal doelen waarvoor de beginselen zijn ontworpen.⁶ Een daarvan luidt dat de Principles als inspiratiebron kunnen dienen voor de verdere ontwikkeling van het nationale contractenrecht. Rechters zouden de beginselen als leidraad kunnen gebruiken wanneer zij zich moeten uitspreken over onderwerpen die in het na-

tionale recht nog niet duidelijk uitgewerkt zijn. Nu bestaat in de Nederlandse rechtspraak sinds het arrest Plas/Valburg een duidelijke lijn op het gebied van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen. Deze wijkt echter op bepaalde punten aanzienlijk af van buitenlandse regelingen op dit terrein.⁷ Een heroverweging van de Nederlandse regels lijkt dan ook op zijn plaats; gekeken kan worden of de leer van de Hoge Raad inzake de problematiek van afgebroken onderhandelingen wel houdbaar is en of een andere regeling wellicht de voorkeur verdient. Daartoe kan een vergelijking met diverse andere rechtssystemen aanknopingspunten bieden. De opstellers van de PECL hebben een dergelijke vergelijking reeds gemaakt en zijn tot een volgens hen meest wenselijke regeling gekomen. Het is daarom interessant om de Principles hier de functie van toetssteen te laten vervullen en te beoordelen of deze beginselen inderdaad een wenselijker oplossing bieden dan het Nederlandse recht.

Een vergelijking is bovendien belangwekkend in het licht van het onderzoek naar de mogelijkheid om tot een uniform Europees privaatrecht te komen. In dit opzicht vindt als het ware een omgekeerde toets plaats, namelijk van de Principles aan het nationale — hier het Nederlandse — recht. De vraag is in dat geval of vanuit Nederlands oogpunt fundamentele bezwaren bestaan tegen de in de PECL geformuleerde regels voor afgebroken onderhandelingen. Mocht dit het geval zijn, dan ligt hierin een aanwijzing dat de Principles minder geschikt zijn om als uitgangspunt voor een uniforme regeling op dit gebied te functioneren.

Voordat tot daadwerkelijke vergelijking wordt overgegaan, dient echter kort te worden stilgestaan bij de kritiek die in de literatuur soms wordt geuit op het gebruik van beginselen bij het formuleren van uniforme regels. In hoeverre kunnen beginselen, in het bijzonder de PECL, een rol spelen bij de ontwikkeling van een Europees privaatrecht of zelfs een Europese variant van het Burgerlijk Wetboek (BW)?

Met name Smits heeft zich uitgesproken tegen het toekennen van een (te) grote betekenis aan Principles bij de mogelijke ontwikkeling van een

6 Lando & Beale, *a.w.*, pp. xxiii-xxiv.

7 Zie voor een overzicht van de uitwerking van het leerstuk van afgebroken onderhandelingen in verschillende

Europese rechtsstelsels: M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht* (diss. Utrecht), Kluwer, Deventer 1999, pp. 71-86.

Europees BW.⁸ Hij geeft voor deze opvatting onder meer als argument dat betwijfeld kan worden of het contractenrecht nog wel door *algemene* beginselen kan worden omschreven: 'het thans reeds [door middel van richtlijnen, CM] geharmoniseerde privaatrecht heeft immers geleid tot een *verscheiden* contractenrecht, verdeeld naar het *type* contract en naar het *specifiek bestreken* terrein'.⁹ Als voorbeeld hiervan noemt Smits onder andere de regelgeving inzake de totstandkoming van reisovereenkomsten en die met betrekking tot de inhoud van consumentenovereenkomsten. Een ander bezwaar is volgens hem dat aan beginselen, die per definitie abstract zijn, geen concrete casus gekoppeld zijn. Het gevaar bestaat dat een beginsel een zodanig compromiskarakter heeft, dat het 'geen adequate weergave is van welk nationaal rechtstelsel dan ook'.¹⁰ Principles zouden daardoor op zichzelf geen vervanging kunnen vormen van de huidige nationale rechtstelsels.

Deze kritiek lijkt mij in principe terecht; het opstellen van algemene beginselen is inderdaad niet eenvoudig en het is lastig om in een beginsel de kern van in verschillende landen bestaande regelingen te vatten zonder compromissen te sluiten. Niettemin kan de vraag worden gesteld of de opstellers van de PECL deze werkelijk de rol hebben willen geven die er in deze opvatting aan toegeschreven wordt. De toelichting stelt slechts dat '[t]he Principles can serve as a model on which harmonisation work may be based'.¹¹ Het is de benadering in de literatuur geweest, die ertoe heeft geleid dat veelal een grotere betekenis aan de PECL wordt toegedicht. Een groot aantal auteurs behandelt de Principles immers als gelijkwaardig aan een nationaal rechtstelsel en maakt op die basis een vergelijking tussen de beginselen en het nationale recht.¹² De oorspronkelijke doelstelling lijkt juist: de PECL

dienen niet zozeer te worden gezien als voorloper van een Europees BW, maar eerder als een gemeenschappelijke taal waarin Europese juristen het contractenrecht kunnen bediscussiëren.¹³ De Principles dienen niet zonder meer in de huidige vorm als wetboek te worden overgenomen, maar kunnen een rol spelen bij een geleidelijke ontwikkeling van een uniform contractenrecht.

In het navolgende worden de Principles dan ook beschouwd als referentiepunt voor een mogelijke Europese regeling van aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen. Op basis van een vergelijking met het Nederlandse recht zal een oordeel worden gevormd over de belangrijkste elementen die in een (Europese) regeling over dit onderwerp aanwezig dienen te zijn. Daarbij wordt niet beoogd een 'wetsartikel' te formuleren; zoals vermeld, vindt unificatie immers bij voorkeur geleidelijk plaats. De bedoeling is slechts de door de Nederlandse rechter en door de ontwerpers van de Principles gemaakte keuzes te onderzoeken op aanvaardbaarheid en eventueel een alternatief aan te dragen.

3 Criteria voor aansprakelijkheid

3.1 Nederlands recht

Uitgangspunt in zowel het Nederlandse recht als de PECL is de contractsvrijheid: het staat een ieder in het algemeen vrij om naar eigen verkiezing overeenkomsten aan te gaan.¹⁴ Hieronder valt ook de vrijheid in onderhandeling te treden met wie men wil en die onderhandelingen weer af te breken zonder hiervoor een reden te hoeven geven.¹⁵ In bepaalde gevallen kan de afbrekende partij echter aansprakelijk zijn voor de door de wederpartij als gevolg van het afbreken geleden schade. In dit kader wordt de precontractuele fase in het Nederlandse recht sinds de beroemde

8 Smits, *a.w.* 2001; dezelfde auteur, *The Good Samaritan in European Private Law. On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future* (oratie Maastricht), Kluwer, Deventer 2000, pp. 19-26 en pp. 40-46, en *a.w.* 1999, pp. 52-57.

9 Smits, *a.w.* 2001, p. 238.

10 Smits, *a.w.* 2001, p. 238.

11 Lando & Beale, *a.w.*, p. xxiv.

12 Aldus ook Smits, *a.w.* 1999, pp. 52.

13 Zie onder andere: J.H. Nieuwenhuis, *Principles of European Contract Law. Vooraankondiging Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, NTBR* 2001, p. 133; M.W. Hesselink, *The Principles of European Contract Law. Some Choices Made By The Lando*

Commission, in: *Principles of European Contract Law* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Kluwer, Deventer 2001, p. 94; Smits, *a.w.* 2001, p. 238 en dezelfde auteur, *a.w.* 1999, p. 57.

14 B. Wessels, *Afbreken van contractsonderhandelingen. De stand van zaken*, in: B. Wessels (red.), *Onderhandelen, bemiddelen en schicken*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998, p. 63; A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. A. Verbintenisrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001, p. 32; en de artikelen 1:102 en 2:301 lid 1 PECL.

15 Lando & Beale, *a.w.*, p. 191.

uitspraak van de Hoge Raad in Plas/Valburg¹⁶ onderscheiden in drie stadia:

1 In het eerste stadium kunnen partijen de onderhandelingen afbreken zonder dat dit een gehoudenheid tot schadevergoeding meebrengt.

2 Het volgende stadium wordt gekenmerkt door het gegeven dat er nog geen sprake van is dat partijen 'over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren', maar dat het afbreken van de onderhandelingen toch niet meer geheel vrijstaat. Wanneer desondanks de onderhandelingen worden afgebroken, bestaat in dit stadium een verplichting tot (gehele of gedeeltelijke) vergoeding van de door de wederpartij gemaakte kosten (negatief contractsbelang¹⁷).

3 In het laatste stadium is het afbreken van onderhandelingen in strijd met de redelijkheid en billijkheid, aangezien de wederpartij erop mocht vertrouwen dat enigerlei overeenkomst in ieder geval uit de onderhandelingen zou voortvloeien. Indien een partij de onderhandelingen staakt, dienen in dit geval de kosten van de wederpartij vergoed te worden (negatief belang) en onder bepaalde omstandigheden ook het positieve contractsbelang, dat wil zeggen de geleden schade als gevolg van het feit dat geen contract als waarover werd onderhandeld tussen partijen tot stand is gekomen (onder andere gederfde winst).

In latere jurisprudentie heeft de Hoge Raad de lijn van Plas/Valburg doorgetrokken, met hier en daar een verbetering of aanvulling op de centrale gedachtegang uit dit arrest.¹⁸

3.2 De regeling in de PECL

Ten aanzien van afgebroken onderhandelingen zijn de artikelen 1:201 en 2:301 PECL van belang. Het eerstgenoemde artikel bepaalt dat:

- (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.
- (2) The parties may not exclude or limit this duty.¹⁹

In artikel 2:301 van de Principles is een uitwerking van dit beginsel van *good faith and fair dealing* te vinden ten aanzien van aansprakelijkheid voor onderhandelingen in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De bepaling luidt als volgt:

- (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
- (2) However, a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.
- (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.²⁰

3.3 Vergelijking

De PECL en het Nederlandse recht komen inhoudelijk gedeeltelijk overeen. Beide kennen immers de mogelijkheid om een afbrekende partij aansprakelijk te houden voor de schade die de wederpartij als gevolg hiervan lijdt. De Principles bezien de afgebroken onderhandelingen echter in een bredere kader: artikel 2:301 regelt de aansprakelijkheid voor onderhandelen in strijd met de goede trouw, waaronder niet alleen het afbreken wordt begrepen, maar ook het aangaan of voortzetten van onderhandelingen zonder de

16 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt. Brunner, *AA* 1983, pp. 758-763 m.nt. Van Schilfgaarde, r.o. 3.4 en 3.5. Zie ook Hartkamp, *a.w.*, pp. 149-152; Wessels, *a.w.* 1998, pp. 64-81 en dezelfde auteur, *Contractsonderhandelingen in internationaal verband*, in: B. Wessels, T.H.M. van Wechem (red.), *Contracteren in de internationale praktijk*, Kluwer, Deventer 1992, pp. 22-23 en 29-35; J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel I. Contractenrecht*, Kluwer, Deventer 2001, pp. 259-297; H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss. Amsterdam VU), Kluwer, Deventer 1992, pp. 234-242; J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie* (diss. Tilburg), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1990, pp. 38-41; H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw*, Kluwer, Deventer 1984, pp. 1-3.

17 Zie over negatief en positief contractsbelang J. Spier, T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Kluwer, Deventer 2000, p. 190.

18 Aldus ook Wessels, *a.w.* 1992, p. 29. Zie onder meer: HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 m.nt. Brunner (VSH/Shell); HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647 m.nt. Van Schilfgaarde (Vogelaar/Skil); HR 24 maart 1995, *NJ* 1997, 569 (Beliën/Brabant); HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 m.nt. Snijders (De Ruitertij/MBO); HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 65 (De Combinatie/Staat).

19 Zie over deze bepaling Lando & Beale, *a.w.*, pp. 113-119.

20 Lando & Beale, *a.w.*, pp. 189-193; G.J.P. de Vries, Are The Principles Of European Contract Law Better Than Dutch Contract Law?, in: *Principles of European Contract Law* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Kluwer, Deventer 2001, pp. 124-128; F. Nieper, Aansprakelijkheid voor onderhandelingen. Onderhandelingen in strijd met de goede trouw (art. 2:301 PECL), *NTBR* 2000, pp. 433-437.

intentie een contract te sluiten.²¹ Het Nederlandse recht neemt in het laatste geval eveneens aansprakelijkheid aan, maar ziet dit los van de problematiek van afgebroken onderhandelingen; de grondslag hoeft niet in een aparte precontractuele aansprakelijkheid te worden gezocht, omdat het handelen zonder meer als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd.²²

Een verdergaande vergelijking tussen de twee regelingen geeft een idee van de factoren die van belang zijn voor het al dan niet aannemen van aansprakelijkheid.

Totstandkomingsvertrouwen

Waarin is precies de onbehoorlijkheid gelegen die ten grondslag ligt aan de schadeplichtigheid van de afbrekende partij? Volgens de Nederlandse Hoge Raad is onder omstandigheden het afbreken zelf ongeoorloofd.²³ In andere Europese landen wordt echter veelal aangenomen dat de onbehoorlijkheid niet is gelegen in het afbreken van de onderhandelingen, maar in het ten onrechte wekken van vertrouwen bij de wederpartij dat een overeenkomst zal worden gesloten.²⁴ Verdedigbaar is dat de PECL eveneens uitgaan van het gegeven dat het ten onrechte wekken van vertrouwen centraal staat bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag.²⁵

Het afbreken hoeft mijns inziens op zichzelf inderdaad niet onbehoorlijk te zijn. Een dergelijk oordeel lijkt — met name in combinatie met de in Nederland bestaande sanctie van vergoeding van het positief belang — immers ook op een contracteerplicht te wijzen, hetgeen in het algemeen — naar mijn mening terecht — als te vergaand en in strijd met de contractsvrijheid wordt bestempeld.²⁶ Gezien het feit dat het gaat om de precontractuele verhouding tussen partijen, waarin partijen per definitie nog niet tot het

beoogde contract zijn gekomen, is het een grote stap om aan te nemen dat vanaf een bepaald moment in de onderhandelingen geen beëindiging van dit proces mag plaatsvinden. Uitgangspunt is dan ook in de meeste Europese rechtsstelsels, en in de Principles, dat partijen de vrijheid hebben in onderhandeling te treden en zich ook weer terug te trekken zonder dat zij zich daarvoor hoeven te verantwoorden. Hiermee is het economisch verkeer gediend, aangezien partijen op deze manier niet door dreigende aansprakelijkheid of een mogelijke contracteerplicht worden afgeschrikt om onderhandelingen te starten.²⁷ Slechts in uitzonderingsgevallen dient derhalve een afbrekende partij aansprakelijk te worden gehouden voor haar handelen, en een contracteerplicht zou daarbij gezien de contractsvrijheid in het geheel niet tot de mogelijkheden moeten behoren. De reden voor aansprakelijkheid ligt in dergelijke gevallen in het feit dat de afbrekende partij bij haar wederpartij ten onrechte het vertrouwen heeft gewekt dat een contract zou worden gesloten; door op deze wijze te handelen heeft zij een zorgvuldigheidsnorm geschonden.²⁸ Het ten onrechte wekken van vertrouwen lijkt hier dan ook een betere grond dan het afbreken op zich, zij het dat hieraan dient te worden toegevoegd dat wel sprake dient te zijn van toerekenbaarheid aan de afbrekende partij.²⁹

De omstandigheden van het geval

Desalniettemin kan het gewekte vertrouwen mijns inziens niet los worden gezien van de omstandigheden van het geval. Gerechtvaardigd vertrouwen alleen is niet genoeg voor het aannemen van aansprakelijkheid; daarnaast moet sprake zijn van omstandigheden die het afbreken in strijd doen komen met de redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen partijen be-

21 Lando & Beale, *a.w.*, p. 189. Zie ook De Vries, *a.w.*, p. 125.

22 Aldus ook Smits, *a.w.* 2001, p. 239. Het aangaan of voortzetten van onderhandelingen zonder de bedoeling te hebben een overeenkomst te sluiten blijft in het kader van dit onderzoek dan ook verder buiten beschouwing.

23 Zie HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt. Brunner, *AA* 1983, pp. 758-763 m.nt. Van Schilfgaarde (Plas/Valburg), r.o. 3.4; HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 m.nt. Brunner (VSH/Shell), r.o. 3.1; HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647 m.nt. Van Schilfgaarde (Vogelaar/Skil), r.o. 3.5; HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 m.nt. Snijders (De Ruitertj/MBO), r.o. 3.6; HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 65 (De Combinatie/Staat), r.o. 3.5.2.2.

24 Hesselink, *a.w.* 1999, p. 72.

25 *Comment F* bij artikel 2:301 PECL stelt: 'Liability may be based on misrepresentation: (...) A led B to believe that it intended to conclude a contract. (...) Liability may also be imposed because a party gave promises during the negotiations'; Lando & Beale, *a.w.*, p. 190.

26 M.W. Hesselink, De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europees privaatrecht, *WPNR* 1996, p. 908.

27 Hesselink, *a.w.* 1999, p. 72; Hartkamp, *a.w.*, pp. 148-149.

28 Vgl. HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. Rutten (Baris/Riezenkamp), *AA* 1957-1958, p. 103 e.v. m.nt. Van der Grinten.

29 Hesselink, *a.w.* 1996, p. 909.

heerst.³⁰ Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de lange duur van de onderhandelingen. Bovendien zijn de omstandigheden van het geval van belang bij het vaststellen van gerechtvaardigd vertrouwen; zo zijn situaties denkbaar waarin omstandigheden meebrengen dat het ontstaan van vertrouwen niet aan de afbrekende partij kan worden toegerekend, omdat zij daaraan niet heeft bijgedragen. De Hoge Raad heeft in dezelfde lijn aangenomen dat de aanwezigheid van bepaalde omstandigheden tot de conclusie kan leiden dat de afbrekende partij, ondanks het bestaan van gerechtvaardigd vertrouwen, niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade van de wederpartij.³¹ Het totstandkomingsvertrouwen staat dus centraal, maar dient te worden bezien in de context van de concrete casus.

De omstandigheden van het geval kunnen dan ook in beginsel evenmin los worden gezien van het bestaan van gerechtvaardigd vertrouwen. De overweging van de Hoge Raad in het arrest VSH/Shell³² dat het vrijstaat onderhandelingen af te breken, 'tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen (...) of in verband met de andere omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd — d.w.z. onaanvaardbaar — zou zijn',³³ zou ik derhalve niet willen onderschrijven. Uiteraard bestaan er gevallen waarin aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen niet zozeer is gebaseerd op het bestaan van totstandkomingsvertrouwen (de uitzondering bevestigt ook hier de regel), bijvoorbeeld in geval van CAO-onderhandelingen.³⁴ Dit betreft echter uitzonderingsgevallen, die zich met name op collectief en publiekrechtelijk terrein voordoen.³⁵ In de meeste — privaatrechtelijke — situaties lijkt het

niet juist het vertrouwenscriterium te laten vervallen; indien slechts enkele (in de besproken jurisprudentie meestal twee) private partijen bij de onderhandelingen betrokken zijn, is het immers vreemd aansprakelijkheid aan te nemen terwijl nog niet werd vertrouwd op het tot stand komen van een overeenkomst. Slechts voor op verzoek van de wederpartij gemaakte kosten, bijvoorbeeld voor een ontwerp of een deskundig advies, zou wellicht een uitzondering kunnen worden gemaakt. Op dit punt valt dan ook meer te zeggen voor de regeling in het merendeel van de EU-lidstaten en in de Principles, waaronder niet de mogelijkheid bestaat aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen aan te nemen zonder dat sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen.³⁶

Goede reden

Een omstandigheid die in het bijzonder van belang is, betreft tot slot het bestaan van een 'goede reden' voor het afbreken van de onderhandelingen. Het bestaan van een goede reden, waaronder bijvoorbeeld begrepen een beter aanbod van een derde,³⁷ rechtvaardigt onder de PECL het beëindigen van het onderhandelingsproces, ook als reeds sprake is van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen bij de wederpartij. De Hoge Raad lijkt in het arrest De Ruiterij/MBO³⁸ een opening te geven voor het invoeren van dit criterium in het Nederlandse recht.³⁹ In deze zaak heeft hij namelijk geoordeeld dat zelfs indien sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, dit niet onder alle omstandigheden hoeft te betekenen dat afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. Ook moet rekening worden gehouden met de belangen van de afbrekende partij.⁴⁰ Een goede reden voor het staken van de

30 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt. Brunner, *AA* 1983, pp. 758-763 m.nt. Van Schilfgaarde (Plas/Valburg), r.o. 3.4 ('onder de gegeven omstandigheden'). Aldus ook Van Dunné, *a.w.*, p. 278.

31 HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 m.nt. Snijders (De Ruiterij/MBO), r.o. 3.6.

32 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 m.nt. Brunner (VSH/Shell).

33 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 m.nt. Brunner (VSH/Shell), r.o. 3.1. De formulering is bijna letterlijk ontleend aan ontwerp-wetsartikel 6.5.2.8a NBW. Dit artikel is bij amendement geschrapt, omdat de Tweede Kamer van mening was dat het leerstuk van afgebroken onderhandelingen zich nog niet voor codificatie leende. Zie *PG Inv. Boek 6*, p. 1441 en *Handelingen TK* 1986-1987, pp. 4742-4743. Zie over dit artikel ook: Hartkamp, *a.w.*, p. 150; Van Dunné, *a.w.*, pp. 276-279; De Kluiver, *a.w.*, p. 236.

34 Van Dunné, *a.w.*, pp. 277-278.

35 Van Dunné, *a.w.*, p. 278; Hesselink, *a.w.* 1999, p. 77 en dezelfde, *a.w.* 1996, p. 881. Hesselink wijst met betrekking tot CAO-onderhandelingen op het belang van de werkgever om in onderhandeling te zijn. Bij afbreken van de onderhandelingen door de vakbond dreigt namelijk schade doordat als gevolg van een staking de productie stil komt te liggen.

36 Wanneer een partij onderhandelt zonder de intentie een overeenkomst te sluiten, is totstandkomingsvertrouwen van de wederpartij evenwel geen absoluut vereiste voor aansprakelijkheid onder de PECL. Zie Lando & Beale, *a.w.*, p. 190. Deze situaties vallen buiten het bestek van dit artikel.

37 Hesselink, *a.w.* 1999, p. 78; De Kluiver, *a.w.*, p. 303.

38 HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 m.nt. Snijders (De Ruiterij/MBO).

39 Hesselink, *a.w.* 1999, p. 78, noot 85.

40 HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 m.nt. Snijders (De Ruiterij/MBO), r.o. 3.6.

onderhandelingen zou hier wellicht onder kunnen worden gebracht, al moet ten aanzien van een beter aanbod van een derde worden opgemerkt dat de afbreker dit aanbod dan niet eerder had mogen of kunnen kennen.⁴¹ Het opnemen van dit criterium in een eventuele uniforme regeling lijkt mij zeker aanbevelenswaardig: indien geen goede reden voor afbreken aanwezig is, biedt dit een concreter aanknopingspunt dan het gewekte vertrouwen op zich;⁴² als wel sprake is van een goede reden kan deze wellicht het afbreken van de onderhandelingen rechtvaardigen, ondanks het bestaan van totstandkomingsvertrouwen.

Drie factoren zouden dus een rol moeten spelen bij het beantwoorden van de vraag naar aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen: gerechtvaardigd vertrouwen, de omstandigheden van het geval, en een goede reden voor het afbreken. Het laatstgenoemde element kan wellicht onder het begrip 'overige omstandigheden' worden geschaard, hoewel dit in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot nu toe niet is gebeurd. De verschillende factoren hebben gemeen dat ze alle zien op de gerechtvaardigde belangen van de bij de onderhandelingen betrokken partijen.⁴³ Ze beïnvloeden elkaar onderling en moeten daarom mijns inziens allemaal betrokken worden in de bij de beantwoording van de vraag naar aansprakelijkheid te maken afwegingen.

4 Omvang van aansprakelijkheid

Nu is weergegeven in welke situaties — in de naar mijn mening meest wenselijke regeling — aansprakelijkheid kan worden aangenomen, rijst de vraag naar de omvang van de toe te kennen schadevergoeding. Het Nederlandse recht kent, zoals eerder aangegeven, de mogelijkheid tot vergoeding van het negatief contractsbelang, en in bepaalde gevallen zelfs vergoeding van het positief belang.⁴⁴ De PECL beperken de vergoeding tot *losses*, dat wil zeggen het negatief contracts-

belang, waaronder begrepen de verliezen als gevolg van gemiste contracten met derden (*lost opportunities*).⁴⁵ Wat zou, gezien in het licht van de zojuist geïdentificeerde criteria voor aansprakelijkheid, de meest wenselijke regeling zijn?

Voor de gevallen waarin geen sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, is het antwoord eenvoudig. Indien in een dergelijke casus sprake is van schadeplichtigheid, hetgeen uitzondering zal zijn, komen mijns inziens enkel de op verzoek van de wederpartij gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking. Het gaat hierbij dus om het negatief contractsbelang. *Lost opportunities* zijn daarbij vanzelfsprekend nog niet aan de orde; de benadeelde partij mocht immers nog niet vertrouwen op het totstandkomen van een contract met de onderhandelingspartner, zodat zij hiervoor overeenkomsten met derden niet hoefde te laten lopen.

Dan de gevallen waarin wel gerechtvaardigd vertrouwd wordt op het tot stand komen van een overeenkomst. In ieder geval kan de benadeelde partij in een dergelijke situatie aanspraak maken op vergoeding van het negatief contractsbelang; zowel het Nederlandse recht als de PECL gaan hier vanuit, evenals de meeste Europese rechtstelsels. Onder deze schadevergoeding zijn begrepen de ten behoeve van het onderhandelingsproces gemaakte kosten en eventuele *lost opportunities*. De hamvraag blijft echter of ook het positief belang voor vergoeding in aanmerking dient te komen.

Argumenten die worden aangevoerd tegen vergoeding van het positief belang zijn onder andere: (1) het eerder genoemde bezwaar dat dit een contracteerplicht zou impliceren, (2) de overweging dat de billijkheid niet meer vereist dan dat de teleurgestelde partij wordt gebracht in de positie waarin zij zou verkeren indien zij niet in onderhandeling was getreden en (3) het gegeven dat door het aannemen van deze mogelijkheid geen verschil meer zou bestaan tussen het laatste deel van de precontractuele fase en het stadium waarin daadwerkelijk een contract totstandgekomen is.⁴⁶

41 Hesselink, *a.w.* 1999, p. 78, noot 85; De Kluiver, *a.w.*, p. 303. Vgl. J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid* (diss. Leiden), Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 293.

42 Vgl. J.M. Barendrecht, *Vertrouwen koppelen aan feiten. Oneigenlijke toepassing van de vertrouwensleer bij tegenwoordiging, uitleg en precontractuele aansprakelijkheid*, *WPNR* 1996, p. 357.

43 Vgl. reeds HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. Rutton (Baris/Riezenkamp), *AA* 1957-1958, p. 103 e.v. m.nt. Van der Grinten.

44 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt. Brunner, *AA* 1983, pp. 758-763 m.nt. Van Schilfgaarde (Plas/Valburg), r.o. 3.4 ('gederfde winst').

45 Lando & Beale, *a.w.*, p. 191.

46 Hesselink, *a.w.* 1996, p. 908.

Als wordt uitgegaan van het gegeven dat niet het afbreken zelf ongeoorloofd is, maar het ten onrechte wekken van totstandkomingsvertrouwen, vervalt het probleem van de contracteerplicht, aangezien partijen dan te allen tijde de (contracts)vrijheid hebben om de onderhandelingen eenzijdig af te breken. Vergoeding van het positief belang lijkt op zichzelf niet te verplichten tot contracteren. Het betreft immers, evenals bij *lost opportunities*, vergoeding van gedeelde winst;⁴⁷ in beide gevallen ligt daar het missen van een contract aan ten grondslag, maar hoeft niet daadwerkelijk een overeenkomst te zijn gesloten. Om die reden boet ook het argument aan kracht in dat vanuit het oogpunt van billijkheid vergoeding van het negatief belang volstaat. Daaronder valt immers eveneens de gedeelde winst uit gemiste contracten met derden. Niet goed valt in te zien waarom op grond van de billijkheid wel deze *lost opportunities* vergoed zouden worden en niet de gedeelde winst uit het contract dat uiteindelijk geen doorgang heeft gevonden.⁴⁸ Overigens kan de als gevolg van *lost opportunities* geleden schade in theorie de omvang van het positief contractsbelang evenaren of zelfs overtreffen. Veelal wordt er echter voor gepleit het positief belang als grens te stellen voor de hoogte van de schadevergoeding uit *lost opportunities*.⁴⁹

Wat de contracteerplicht betreft, merkt Van den Berg — uitgaande van het Nederlandse recht — overigens op dat het 'ook bij voortzetting van de onderhandelingen mogelijk [blijft] dat er een moment aanbreekt waarop het niet langer meer strijdt met de eisen van redelijkheid en billijkheid om de onderhandelingen af te breken'.⁵⁰ Hij doelt daarmee op de situatie dat na een aanvankelijke toename van het totstandkomingsvertrouwen, gaandeweg het onderhandelingsproces een afname daarvan plaatsvindt, zodat afbreken toch weer geoorloofd is. Van contracteerdwang zou dus nooit sprake zijn. Deze redenering lijkt mij niet overtuigend, aangezien de rechter het al dan niet aanwezige vertrouwen dient te beoordelen zoals dat op het moment van afbreken bestaat, waarbij op de achtergrond het verloop van het onderhandelingsproces meespeelt.⁵¹ Indien

op dit moment geen totstandkomingsvertrouwen meer bestaat, staat afbreken in beginsel vrij en wordt vanzelfsprekend geen contracteerplicht opgelegd. Wanneer echter wel sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, is afbreken volgens de Hoge Raad niet meer toegestaan en dit lijkt, *in combinatie* met het toekennen van vergoeding van het positief belang, wel degelijk te impliceren dat een plicht tot contracteren wordt aangenomen. Dat een eventuele voortzetting van het onderhandelingsproces wellicht tot een afnemend vertrouwen zou leiden, doet hier mijns inziens niet aan af, nu dat niet het vertrouwen is waarover de rechter moet oordelen. In een regeling waarin niet het afbreken op zich als ongeoorloofd wordt aangemerkt, is een contracteerplicht echter niet aan de orde, zodat toewijzing van het positief contractsbelang in beginsel denkbaar is.

Het laatstgenoemde argument, dat bij vergoeding van het positief belang de grens tussen de precontractuele fase en het contractuele stadium vervaagt, is mijns inziens in dit kader dan ook het sterkst. Door deze vergoeding toe te wijzen, wordt de benadeelde partij in de positie gebracht alsof de overeenkomst wel tot stand is gekomen. Hoewel ingeval gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen aanwezig is, de onderhandelingen vaak reeds een grote mate van verdichting hebben bereikt, is van een contract nog geen sprake. Maakte dit in vergelijking met de vergoeding voor *lost opportunities* niet veel verschil, aangezien beide betrekking hebben op gedeelde winst uit gemiste overeenkomsten, vanuit contractueel perspectief doet vergoeding van het positief belang toch vreemd aan. De teleurgestelde partij komt daarmee immers in dezelfde positie als wanneer de overeenkomst waarover werd onderhandeld, wel was gesloten.⁵² Op die manier wordt in wezen al contractuele gebondenheid aangenomen op een moment dat partijen dit zelf nog niet beogen. Naar mijn mening is slechts in uitzonderingsgevallen sprake van een zodanig overvloeien van onderhandelingen in een overeenkomst, dat eventueel het positief belang vergoed zou kunnen worden.⁵³ Evenals Hesselink

47 Vgl. Van Dunné, *a.w.*, pp. 296-297.

48 Vgl. Van Dunné, *a.w.*, pp. 296-297.

49 Hesselink, *a.w.* 1996, p. 907. Vgl. Nieper, *a.w.*, p. 437.

50 M.A.M.C. van den Berg, Van 'alles of niets' tot gedeelde draaglast in de precontractuele fase, in: W.H. Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*. Van toedeling naar verdeling van nadeel, W.E.J.

Tjeenk Willink, Deventer 1997, p. 29, onder verwijzing naar De Ruitertij/MBO en De Combinatie/Staat.

51 Vgl. HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 65 (De Combinatie/Staat), r.o. 3.5.2.2.

52 Hesselink, *a.w.* 1996, p. 908.

53 Vgl. Hartkamp, *a.w.*, pp. 145-146. Anders Van den Berg, *a.w.*, pp. 28-29.

zou ik in dat geval contractuele gebondenheid als grondslag willen voorstellen.⁵⁴

5 Conclusie

Bijna twintig jaar nadat de Hoge Raad arrest wees in de zaak Plas/Valburg mag het leerstuk van afgebroken onderhandelingen zich nog regelmatig in de belangstelling van diverse auteurs verheugen. De zaak van AZ tegen de Ierse voetballer David Connolly laat eveneens zien dat procedures over dit onderwerp ook vandaag de dag nog nieuwsaarde hebben, hetgeen ongetwijfeld samenhangt met de grote belangen die veelal met onderhandelingen gemoeid zijn. De toenemende Europese invloeden op het Nederlandse privaatrecht geven daarenboven aanleiding tot een nieuwe beschouwing van de regeling van aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen.

Wanneer de regelingen in het Nederlandse recht en in de PECL tegen elkaar worden afgezet, blijkt dat geen van beide op zichzelf een — naar mijn mening — wenselijke regeling van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen geeft. Een vergelijking geeft echter wel waardevolle aanzetten voor een eventueel te ontwikkelen uniforme regeling.

Anders dan de Hoge Raad zou ik niet de opvatting willen voorstaan dat het afbreken van de onderhandelingen op zichzelf ongeoorloofd kan zijn. Beter lijkt het uitgangspunt van de meeste Europese rechtsstelsels en van de PECL dat het

ten onrechte bij de wederpartij wekken van vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zal komen, onbehoorlijk is. Bijkomende criteria zijn de omstandigheden van het geval, die het afbreken in strijd doen komen met de redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen partijen beheerst, en — eventueel onder het voorgaande criterium begrepen — de afwezigheid van een goede reden voor het beëindigen van de onderhandelingen. In een mogelijke uniforme regeling zouden deze aspecten in mijn opvatting moeten worden gehanteerd bij het beantwoorden van de vraag naar aansprakelijkheid.

Zolang geen sprake is van vertrouwen, is in beginsel geen schadeplichtigheid mogelijk, tenzij het gaat om op verzoek van de afbrekende partij gemaakte kosten. Wanneer wel vertrouwen aanwezig was, kan de benadeelde partij mijns inziens in ieder geval aanspraak maken op vergoeding van het negatief contractsbelang, inclusief *lost opportunities*. Vergoeding van het positief belang lijkt niet in overeenstemming met het contractenrecht, aangezien daarmee de grens tussen de onderhandelingsfase en de contractuele fase feitelijk vervalt.

Een definitieve regeling is hiermee uiteraard nog niet gegeven. De verdere ontwikkeling van het Europees privaatrecht, in het bijzonder op het gebied van afgebroken onderhandelingen, zal moeten leren of daadwerkelijk tot uniforme regels kan worden gekomen. Het Nederlandse recht en de PECL bieden in ieder geval een aantal interessante aanknopingspunten voor de invulling van een dergelijke regeling.

54 Hesselink, *a.w.* 1996, p. 909.