



**UvA-DARE (Digital Academic Repository)**

**De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht. 1**

Hesselink, M.W.

*Published in:*

Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

Hesselink, M. W. (1996). De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht. 1. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, 6248, 879-883.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.



UB Groningen  
UvA Keur  
Broerstraat 4  
9700 AN Groningen

A07847499X ISN: 684429 RAPDOC (R) OPGEHAALD NCC/IBL

**Verzoeken te behandelen voor:** 24-05-2005 **Ingediend door:** 0004/9999  
**Datum en tijd van indienen:** 27-04-2005 20:40 **Datum plaatsen:** 10-05-2005  
16:13 **Type aanvrager:** UKB **I.D.:** UVA KEUR (UB GRONINGEN)

**PPN: 820027243**

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie Voortz. van: Weekblad voor  
privaatrecht, notaris-ambt en registratie Koninklijke Notariële Broederschap 1975  
's-Gravenhage Koninklijke Notariële Broederschap

**Gewenst:** 1996-00-00 **Deel:** 127 **Nummer:** 6248 **Electronisch leveren**  
(LH=N)

<b>Auteur:</b>	<b>Titel van artikel:</b>	<b>Pagina's:</b>
Hesselink, M.W.	De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht	879-883

**Opmerking:**  
arno ID:  
132825

<b>LEE UW</b>	<b>SERIE</b>	Weekblad voor privaatrecht	Jrg. 106, no. 5289(1975)-
<b>LNVNRD</b>			Jrg. 151(1990)-
<b>IAR</b>		Weekblad voor privaatrecht	Jrg. 106, no. 5289(1975)-
<b>SBB</b>		38	Lopende jrg.

- |  |  |
|--|--|
| 1. <input type="checkbox"/> origineel gestuurd | 6. <input type="checkbox"/> niet beschikbaar       |
| 2. <input type="checkbox"/> fotokopie gestuurd | 7. <input type="checkbox"/> uitgeleend             |
| 3. <input type="checkbox"/> overige            | 8. <input type="checkbox"/> wordt niet uitgeleend  |
| 4. <input type="checkbox"/> nog niet aanwezig  | 9. <input type="checkbox"/> bibliografisch onjuist |
| 5. <input type="checkbox"/> niet aanwezig      | 10. <input type="checkbox"/> bij de binder         |

**Fakturen zenden aan:** Rijksuniversiteit Groningen  
Bibliotheek, Uitleenbureau  
Postbus 559  
9700AN Groningen

schuldigd blijkt te zijn<sup>13</sup>. Dat hij dit niet gedaan heeft kan niet worden afgewenteld op Citco.

Het arrest van de Hoge Raad betreft aldus beschouwd in wezen een vorm van procesrisico-allocatie, op grond van de ten processe vaststaande feiten. Vereenzelviging is daarbij een nuttig instrument dat de rechter vrijstaat te hanteren, telkens wanneer door bewuste manipulatie met rechtspersonen dit risico op een apert onredelijke wijze dreigt te worden toebedeeld. Dat de Hoge Raad daarbij noodzakelijk ingaat tegen (een starre toepassing van) de dogmatiek van het vennootschapsrecht,

getuigt juist van moed en van de visie dat de onrechtmatige daad geen panacee is voor alle problemen die zich voordoen bij manipulatie met rechtspersonen. Het arrest getuigt allerm minst, zoals Mohr stelt, van het motto "lange slagen, snel thuis". Om maar in de sfeer van oud-Nederlandse sporten te blijven; het arrest is veeleer een gepaste toepassing van het aloude spreekwoord "wie kaatst moet de bal verwachten".

Mr S.M. Bartman\*

13. Conclusie onder nr. 14.  
\* Advokaat te Amsterdam.



Mr M.W. Hesselink\*\*

## De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht\* (I)

In de belangrijkste Europese rechtsstelsels en in de Principles is aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen beperkt tot het negatief contractsbelang; het Nederlandse recht wijkt hiervan af. Schrijver betoogt dat de leer van het Europese privaatrecht de voorkeur verdient en wijst op het belang van lost opportunities, die deel uitmaken van het negatief belang. Wil men het positief belang toewijzen, dan dient men, op basis van de vertrouwensleer, gebondenheid aan te nemen.

### Inleiding

De geschiedenis van het leerstuk van aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen begint aan het begin van deze eeuw aan de voet van de Vesuvius en niet, zoals soms wordt aangenomen, halverwege de vorige in Duitsland. In zijn beroemde artikel *Culpa in contrahendo* oder *Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* uit 1861, spreekt Rudolph von Jhering namelijk - anders dan vaak wordt gedacht - met geen woord over afgebroken onderhandelingen; wat hij voorstelt, is aansprakelijkheid voor het sluiten van een ongeldige overeenkomst<sup>1</sup>. De eerste die aansprakelijkheid heeft verdedigd voor afgebroken onderhandelingen was Gabriele Fagella<sup>2</sup>. Deze raadsheer in de Corte d'Appello van Napels schreef in 1906 in een feestbundel een artikel waarin hij drie precontractuele perioden onderscheidde<sup>3</sup>. De derde was de periode nadat er een aanbod was gedaan, de tweede, die waarin één van partijen of beiden een aanbod formuleerde en de eerste, de fase daarvoor. Het

nieuwe in de theorie van Fagella was dat daarin niet alleen in de derde, maar ook in de tweede en de eerste fase een partij die zich uit de onderhandelingen terugtrok, aansprakelijk kon zijn. In 1907 schreef Raymond Saleilles in de *Revue Trimestrielle de droit civil*, een artikel dat geheel gewijd was aan de theorie van Fagella, die hij daarin vrijwel volledig onderschreef<sup>4</sup>. Nog onder het oude wetboek is door de Italiaanse Cassazione aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen aanvaard. Het nieuwe wetboek uit 1942 bevat een specifieke bepaling voor precontractuele aansprakelijkheid, art. 1337 c.c.i. In Duitsland heeft de BGH op basis van het door het Reichsgericht ontwikkelde, in niet veel meer dan de naam aan Jherings ideeën herinnerende, leerstuk van de culpa in contrahendo, in de jaren '50 aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen aanvaard. Ook in de meeste andere landen Europese landen, zoals Frankrijk, Zwitserland, België, Spanje, Griekenland, Oostenrijk, Nederland bestaat er thans aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen. Een uitzondering lijkt Engeland. Zowel de UNIDROIT Principles als het Ontwerp voor de Principles of European Contract Law (PECL) bevat een bepaling over de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase, die het probleem van de afgebroken onderhandelingen regelt. Het gaat om resp. art. 2:15 UNIDROIT Principles en art. 2:301 ontwerp PECL. In dit artikel zal door vergelijking van deze bepalingen met de belangrijkste Europese rechtsstelsels, geprobeerd worden de grondslag en omvang van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het Europese privaatrecht te bepalen en zal het Nederlandse recht in het licht daarvan met een kritische blik bekeken worden<sup>5</sup>. Aangezien

und deutschen Privatrechts IV (1861), pp. 1-112.

2. Vgl. De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss. VU Amsterdam), Deventer, 1992, waar men in hoofdstuk 6 een uitgebreid historisch vergelijkend overzicht vindt.

3. Gabriele Fagella, *Dei periodi precontractuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in: *Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda*, vol. III, pp. 271-342, Napels, 1906.

4. M.R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle; à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, R.T.D. Civ., VI, 1907, pp. 697-751.

5. De rol van de precontractu-

ele redelijkheid en billijkheid strekt veel verder dan alleen het probleem van afgebroken onderhandelingen. Zo is de redelijkheid en billijkheid in veel stelsels de grondslag voor precontractuele informatieplichten, voor geheimhoudingsplichten, voor aansprakelijkheid voor het voeren van onderhandelingen zonder de intentie te hebben een overeenkomst te sluiten, voor aansprakelijkheid van de onbevoegde vertegenwoordiger, voor Prospekthaftung. Op al deze onderwerpen zal hier niet worden ingegaan.

de beide Principles-bepalingen bijna woordelijk gelijk-luidend zijn, maar van het ontwerp art. 2:301 PECL nog geen Comment gepubliceerd is, zal hier de UNIDROIT-bepaling centraal staan.

### 1. De vrijheid onderhandelingen af te breken

Het eerste lid van artikel 2.15 UNIDROIT Principles luidt:

'(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.'

Deze regel vloeit voort uit het beginsel van de contractsvrijheid. Eenieder is niet alleen vrij te kiezen met wie en waarover hij in onderhandelingen wil treden, maar ook tot welk punt hij de onderhandelingen wil voortzetten. Hij is dus vrij de onderhandelingen af te breken wanneer hij wil, zonder dat hij daarvoor aansprakelijk is<sup>6</sup>. Het belang van deze vrijheid is duidelijk. Voor een markteconomie is het essentieel dat er vrijheid bestaat via onderhandelingen erachter te komen of de wederpartij de geschikte partner is of dat het beter is met een ander te contracteren. Wanneer een partij aansprakelijkheid riskeert, ingeval de onderhandelingen niet tot het sluiten van een contract leiden, zal hij ervoor huiveren in onderhandeling te treden. Farnsworth heeft gewaarschuwd voor een dergelijk chilling effect<sup>7</sup>.

Maar is de vrijheid onderhandelingen af te breken absoluut? Het tweede lid van art. 2.15 zegt:

'(2) However, a party who (...) breaks off negotiations in bad faith is liable for losses caused to the other party.'

De Comment licht dit toe door te zeggen dat de onderhandelingen op een punt kunnen komen waarna ze niet langer abrupt en zonder rechtvaardiging afgebroken mogen worden. Doet een partij dat toch, dan moet zij het verlies dat zij bij de wederpartij veroorzaakt, vergoeden.

verlassen, wenn man Anspruch darauf hat. (...) Warum soll sich der eine Verhandlungspartner auf einen Vertragsschluss verlassen dürfen, obwohl er diesen noch nicht soll verlangen können?' (Dieter Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln, 1981, p. 498). Medicus is bepaald niet de enige die aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen heeft bestreden (zie Münchener Kommentar (Emmerich) (1985), Vor § 275, no. 79).

10. Zie bijvoorbeeld Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, p. 108.

11. Zoals gezegd, heeft de rechtspraak in Duitsland van deze figuur een gebruik gemaakt dat weinig te maken heeft met de rechtsfiguur die Jhering voor ogen stond. In het vervolg wordt met de term

### 2. Wanneer is het afbreken in strijd met de redelijkheid en billijkheid?

Wanneer zo'n point of no return bereikt is, hangt volgens de Comment in het bijzonder af van (1) de mate waarin de ander, als gevolg van het gedrag van de één, reden had te vertrouwen op een positief resultaat en (2) het aantal onderwerpen waarover partijen al overeenstemming hadden bereikt. Hoe is dit geregeld in de verschillende Europese stelsels?

In Duitsland is een partij die (1) verwijtbaar (schuldhaft) de onderhandelingen afbreekt (2) zonder goede reden (ohne triftigen Grund) of uit niet ter zake doende overwegingen (sachfremden Erwägungen) (3) nadat zij bij de ander het vertrouwen heeft gewekt dat een overeenkomst zeker tot stand zou komen, aansprakelijk terzake van het negatief belang contractsbelang<sup>8</sup>. Er is in Duitsland echter strijd over de vraag of voor aansprakelijkheid schuld vereist is<sup>9</sup>. Ballerstedt en later ook Canaris en Larenz hebben verdedigd dat dit niet het geval is<sup>10</sup>. De reden hiervoor is dat, volgens hen, er een ander fundament voor de aansprakelijkheid moet worden aangenomen. In de heersende leer is de aansprakelijkheid gebaseerd op de culpa in contrahendo-leer<sup>11</sup>: een partij die plotseling de onderhandelingen afbreekt, is aansprakelijk voor de verwijtbare schending van de precontractuele plicht rekening te houden met de belangen van de wederpartij. Volgens Larenz moet het fundament voor de aansprakelijkheid echter niet gezocht worden in de leer van de culpa in contrahendo, maar in de vertrouwensleer (Vertrauenshaftung). In het Duitse recht heeft de vertrouwensleer een andere functie dan in Nederland. Vanwege de sterke wilsleer geldt daar niet, zoals bij ons, dat bij gerechtvaardigd vertrouwen de schijn als werkelijkheid moet gelden, maar leidt het opwekken van schijn slechts tot een plicht de ontstane zgn. 'vertrouwensschade' (d.w.z. het negatief belang) te vergoeden. In het BGB zijn verscheidene manifestaties van dit vertrouwensbeginsel te vinden, bijvoorbeeld §122. Volgens Larenz c.s. dient de rechter deze bepalingen analogisch toe te passen bij afgebroken onderhandelingen. Deze opvatting is gevolgd door een aantal van de senaten van de BGH<sup>12</sup>. De andere senaten en de meerderheid in de doctrine houden echter aan de culpa in contrahendo - benadering vast. Veel auteurs wijzen erop dat het praktisch belang van deze grondlagenstrijd niet zo groot is, nu in beide lerens de twee overige elementen van het criterium voor aansprakelijkheid, te weten (1) het wekken van vertrouwen dat een overeenkomst zeker tot stand zou komen en (2) het ontbreken van een goede reden voor het afbreken, dezelfde zijn en het toch zelden voor zal komen dat, indien aan deze beide voorwaarden is voldaan, het afbreken niet toerekenbaar geacht kan worden<sup>13</sup>.

In Italië geldt vrijwel hetzelfde criterium als in Duitsland: een partij die de onderhandelingen afbreekt zonder goede reden, na het vertrouwen gewekt te hebben dat een overeenkomst tot stand zou komen, is aansprakelijk ter zake van het negatief belang<sup>14</sup>. Schuld is in Italië niet vereist<sup>15</sup>.

6. Zie bijvoorbeeld Palandt-Heinrichs (1994), § 276, no. 72; Terré/Simier/Lequette (1993), no. 177; Cian-Trabucchi (1992), art. 1337 (p. 1057).

7. E. Allan Farnsworth, Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations, Columbia Law Review, Vol. 87 (1987), p. 243.

8. Zie bijvoorbeeld BGH, LM § 276 (Fa) BGB Nr. 34 = NJW 1970, 1840 [10 juli 1970]. Zie reeds BGH, LM § 276 (Fa) BGB Nr. 3 = MDR 1954, 346 [16 maart 1954]. Zie voor een recentere voorbeeld BGH ZIP 1988, 88 [21 september 1987].

9. Volgens Medicus is bij afgebroken onderhandelingen in het algemeen helemaal geen plaats voor aansprakelijkheid. Hij stelt: 'darauf daß ein Vertrag abgeschlossen werden wird, darf man sich ebenso wie auf irgendein anderes künftiges Ereignis im allgemeinen von Rechts wegen eben nur

'culpa in contrahendo' niet verwezen naar de leer van Jhering, maar naar het door de Duitse rechtspraak ontwikkelde leerstuk. Overigens vormen de gevallen van afgebroken onderhandelingen een relatief kleine groep in deze jurisprudentie.

12. Zie BGH, LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28 = WM 1969, 595 [6 februari 1969]; BGH, NJW 1975, 1774 [12 juni 1975] en, recentelijk, BGH, LM § 276 (Fa) Nr. 102 = NJW-RR 1989, 627 = ZIP 1989, 514 [22 februari 1989].

13. Zie bijvoorbeeld Münchener Kommentar (Emmerich) (1994), Vor § 275, nr. 164.

14. Zie bijvoorbeeld Cass. 17 juni 1974, Foro padano 1975, I, 80, noot Prandi; Temi, 175, 408, noot Fajella.

15. Zie Rodolfo Sacco, Il contratto, t. II, in: Giorgio De Nova, Trattato di diritto civile, diretto da Rodolfo Sacco, Torino 1993, p. 235.

In Frankrijk is er weinig rechtspraak over afgebroken onderhandelingen. Aansprakelijkheid is gebaseerd op het leerstuk van misbruik van recht in samenhang met de redelijkheid en billijkheid<sup>16</sup>. Wat vergoed moet worden, is het geleden verlies. Een partij misbruikt haar recht de onderhandelingen af te breken als zij het oogmerk heeft de wederpartij te schaden of als zij te kwader trouw is<sup>17</sup>. Een partij is 'te kwader trouw' wanneer zij plotseling zonder goede reden de onderhandelingen afbreekt op een moment dat de wederpartij mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen<sup>18</sup>. Alleen een 'faute patente, indiscutable' leidt tot aansprakelijkheid<sup>19</sup>.

In Nederland worden, zoals bekend, sinds Plas/Valburg drie stadia in de onderhandelingen onderscheiden<sup>20</sup>. In

een eerste stadium staat afbreken vrij, zonder aansprakelijkheid. Vervolgens is er een stadium waarin afbreken nog wel vrijstaat, maar bij afbreken kosten van de wederpartij moeten worden vergoed. Tenslotte is er een stadium waarin afbreken niet meer vrijstaat. Dit stadium breekt aan wanneer de wederpartij erop mag vertrouwen dat enig contract van de soort waarover onderhandeld wordt, tot stand zal komen<sup>21</sup>, of wanneer 'andere omstandigheden' maken dat afbreken niet gerechtvaardigd is<sup>22</sup> <sup>23</sup>. In het derde stadium kan kennelijk zelfs een goede reden voor het afbreken niet meer baten<sup>24</sup> <sup>25</sup>. Breekt een partij in dit derde stadium de onderhandelingen af, dan kan zij zelfs aansprakelijk zijn voor gederfde winst<sup>26</sup>.

Het is duidelijk dat de Duitse, de Italiaanse, de Franse en de UNIDROIT-regel sterk op elkaar lijken<sup>27</sup>. In al deze stelsels geldt dat de partij die zonder goede reden onderhandelingen afbreekt op een moment dat de wederpartij erop mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen, aansprakelijk is ter zake van het negatieve contractsbelang. De twee doorslaggevende elementen zijn dus: 1) door de afbrekende partij gewekt gerechtvaardigd vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen; 2) ontbreken van een goede reden voor het afbreken. Wat het eerste element betreft, blijkt in de praktijk dat het vergevorderde stadium van de onderhandelingen veelal belangrijker is dan subjectief vertrouwen<sup>28</sup>. In één uitspraak heeft de Italiaanse Cassazione voor aansprakelijkheid (N.B: aansprakelijkheid terzake van het negatieve belang) zelfs geëist dat over alle essentiële punten overeenstemming was bereikt<sup>29</sup>. Met betrekking tot het element 'goede reden' wordt algemeen aangenomen dat een beter aanbod van een derde voldoende kan zijn om ook in dit stadium (d.w.z. het stadium waarin de wederpartij erop mag vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zal komen) de onderhandelingen nog af te breken zonder dat dit leidt tot aansprakelijkheid<sup>30</sup>.

Het Nederlandse systeem van drie fasen wijkt hiervan af. In de eerste plaats kan in Nederland reeds voordat de wederpartij erop mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen een schadevergoedingsplicht bestaan, namelijk wanneer 'andere omstandigheden' het afbreken onaanvaardbaar maken. Een plicht tot vergoeding van kosten kan zelfs zonder zulke omstandigheden bestaan. In de tweede plaats kan naar Nederlands recht vanaf het moment dat de wederpartij mocht verwachten dat een overeenkomst tot stand zou komen vergoeding van het positief belang gevraagd worden, terwijl in de andere landen vanaf dat moment aansprakelijkheid überhaupt pas ontstaat, en wel ter zake van het negatief belang. Op de omvang van de aansprakelijkheid zal nu wat uitgebreider worden ingegaan.

### 3. De rechtsgevolgen van afbreken in strijd met de redelijkheid en billijkheid

De aansprakelijkheid van degene die de onderhandelingen afbreekt in strijd met de redelijkheid en billijk-

lijkheden van de vakbond vergen verder te onderhandelen. Hoe het ook zij, de gevallen waarin 'andere omstandigheden' maken dat het afbreken in strijd met de redelijkheid en billijkheid is, hoewel de wederpartij nog niet gerechtvaardigd vertrouwde op de totstandkoming van een overeenkomst, zijn betrekkelijk zeldzaam. Daarom zal er in het vervolg van dit betoog niet verder op in worden gegaan.

23. Het criterium, zoals geformuleerd in VSH/Shell is door de Hoge Raad herhaald in HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647; HR 24 maart 1995, RvdW, nr. 75; HR 16 juni 1995, NJ 1995, 705, noot Stein; HR 24 november 1995, NJ 1996, 162.

24. Een recent arrest van de Hoge Raad zou echter een opening kunnen bieden voor de introductie van een goede reden die het afbreken kan rechtvaardigen, zelfs na het ontstaan van vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zal komen. In HR 14 juni 1996, RvdW 1996, nr. 140 (De Ruitertij/Ruiters) heeft de Hoge Raad gepreciseerd dat de derde fase niet in alle gevallen waarin de wederpartij gerechtvaardigd erop vertrouwt dat een overeenkomst tot stand zal komen, aanbreekt. Bij beoordeling van de vraag of afbreken vrijstond, moet ook rekening worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de afbreker. De vraag rijst wat dit kan betekenen. Is het belang dat de wederpartij heeft bij de mogelijkheid op gunstigere voorwaarden met een derde te contracteren een gerechtvaardigd belang? Dit zou betekenen dat een aanbod van een derde het afbreken nog kan rechtvaardigen, hoewel reeds bij de wederpartij (mede door zijn toedoen) het vertrouwen is ontstaan dat de overeenkomst met hem gesloten zou worden. Dit zou aansluiten bij het buitenland. Aanvaardt men dat een better offer van een derde ook na gewekt vertrouwen het afbreken nog kan rechtvaardigen, dan zal het toch in ieder geval moeten gaan om een nieuw aanbod, een aanbod dat de afbreker niet eerder kende en ook niet eerder had kunnen kennen. Zo'n aanbod zou wellicht ook als een onvoorziene omstandigheid kunnen gelden, een andere reden waarom volgens de Hoge Raad in De Ruitertij/Ruiters ondanks gerechtvaardigd vertrouwen afbreken toch nog vrij kan staan. Zie over dit arrest ook infra (noot 66).

Vgl. verder Martijn Hesselink, Hugo van Kooten, De rechtspositie naar artikel 7:2 BW (nieuw) van de consumer die bij mondelinge overeenkomst een woning heeft gekocht, in een binnenkort verschijnende bundel, Deventer 1996.

25. In het geval beslist in HR 24 november 1995, NJ 1996, 162 heeft de cassatie-advocaat geprobeerd de 'triftige Grund' ingang te doen vinden, zij het in geheel tegenovergestelde zin. Terwijl een goede reden in bovengenoemde stelsels een disculpatie-mogelijkheid biedt bij afbreken in het stadium waarin de wederpartij totstandkoming van de overeenkomst mocht verwachten, werd in deze zaak de Hoge Raad gevraagd te beslissen dat men zich ook voor het moment van ontstaan van gerechtvaardigd vertrouwen op totstandkoming van de overeenkomst alleen uit de onderhandelingen mag terugtrekken indien men daar een goede reden voor heeft. Het cassatiemiddel werd verworpen.

26. In Nederland wordt wordt veelal gesproken van een 'dynamisch proces' van totstandkoming van de overeenkomst waarin partijen langzamerhand steeds meer gebonden raken. Zie bijvoorbeeld Van Schilf gaarde, noot onder Plas/Valburg, AA 32 (1983) 758 en Schoordijk, Onderhandelen te goeder trouw, Deventer 1984, p. 93.

27. Zie ook het Spaanse (vgl. Díez-Picazo/Gullón (1995), p. 68) en Oostenrijkse recht (vgl. Koziol-Welsch (1995), p. 204; Posch (1991), p. 48). Op het Engelse recht zal in paragraaf 6 worden ingegaan.

28. Zie ook Comment bij art. 2.15 UNIDROIT Principles. 29. Cass. 22 oktober 1982, n. 5492, GI 1984, I, 1. Anders: BGH, LM § 276 [Fa] BGB Nr. 34 = NJW 1970, 1840 [10 juli 1970] en Hoffmann v. Red Owl Stores, 26 Wis 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965).

30. Zie Palandt-Heinrichs (1994), § 276, no. 72; Sacco (1993), p. 234; Schmidt (1974), p. 53. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak Cour d'appel de Liège, 20 oktober, Revue de droit commercial belge, 1990, 521, note Xavier Dieux. Zie reeds Saleilles (1907), p. 718. Volgens Saleilles (1907), pp. 718-719 is afbreken alleen dan ongeoorloofd wanneer het niet te rechtvaardigen is 'par un intérêt économique'.

16. Zie Com. 20 maart 1972, Bull. civ. IV, no. 93; J.C.P. 1973, 17543, note J. Schmidt; R.T.D. civ., 1972, p. 722, obs. G. Durry; Civ. III, 3 oktober 1972, Bull. civ. III, no. 491; Civ. I, 12 april 1976, Bull. civ. I, no. 122; Def., 1976, a. 31434, no. 5, p. 389, n. Aubert.

17. Civ. I, 12 april 1976, loc. cit. 18. Zie Patrice Jourdain, Rapport français, in: La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII 1992, Paris 1994, p. 128; Terré/Simier/Lequette (1993), no. 177 (p. 138); Malaurie/Aynès (1993), no. 379; J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3ème ed. par J. Ghestin, Paris 1993, no. 330 (p. 297); Joanna Schmidt-Szalewski, France, in: Precontractual liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada 18-24 August 1990, Deventer/Boston 1991, p. 150.

19. Cour d'appel de Pau, 14 januari 1969, D. 1969, 716. 20. HR 18 juni 1982 (Plas/Valburg), NJ 1983, nr. 723, noot Brunner; AA 32 (1983), 758, noot Van Schilf gaarde. Een andere benadering wordt voor- gesteld door De Kluyver, diss, p. 308.

21. Zie Hr Plas/Valburg. 22. Deze uitbreiding van de aansprakelijkheid is te vinden in het arrest VSH/Shell (HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017, noot Brunner). Ze is ontleend aan het ingetrokken art. 6.5.2.8a Ontwerp NBW. De regering had hierbij in het bijzonder het geval van cao-onderhandelingen op het oog (zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1442). Daarbij heeft de werkgever er belang bij in onderhandeling te zijn, omdat bij afbreken van de onderhandelingen door de vakbond schade dreigt door dat ten gevolge van een staking de productie stil komt te liggen. Deze schade is een bijzonder soort schade omdat ze noch van het positief, noch van het negatief contractsbelang deel uitmaakt. Men kan zich afvragen in hoeverre het logisch is deze gevallen via het leerstuk van afgebroken onderhandelingen te regelen. De schade wordt immers door de staking veroorzaakt. Het lijkt dan passender rechtstreeks de onrechtmatigheid van de staking te beoordelen. Bij die beoordeling zal dan aan de orde komen of de vakbond verder had moeten onderhandelen. Is het uitroepen van de staking rechtmatig, dan is het zeer de vraag of de redelijkheid en bil-

heid, is in art. 2.15 UNIDROIT Principles beperkt tot het verlies dat hij bij de wederpartij veroorzaakt. De Comment licht toe dat onder 'losses' moet worden verstaan: (1) de kosten die de wederpartij heeft gemaakt en (2) de gemiste kans om met een derde te contracteren (lost opportunities). Waar het dus op neerkomt, is dat de wederpartij moet worden gebracht in de situatie waarin zij zou verkeren indien zij niet aan de onderhandelingen was begonnen<sup>31</sup>. De Comment zegt uitdrukkelijk dat slechts dit zogenaamde negatief belang, en niet ook het positief belang, vergoed moet worden. Dat wil zeggen: de wederpartij hoeft niet gebracht te worden in de situatie waarin zij zou verkeren indien het contract daadwerkelijk gesloten was. De gederfde winst hoeft dus niet vergoed te worden<sup>32</sup>. Hoe is dit geregeld in de verschillende stelsels?

In Nederland heeft de wederpartij, zoals zojuist gezegd, bij afbreken in de tweede fase recht op vergoeding van zijn kosten, terwijl bij afbreken in de derde fase ook vergoeding van het positief contractsbelang tot de mogelijkheden behoort. Voor lost opportunities is in Nederland weinig aandacht<sup>33</sup>.

276, no. 100; Soergel-Wiedemann (1990), Vor § 275, no. 187 (p. 637).

36. Zie BGH, LM BGB § 276 (Fa) no. 11; NJW 61, 169; MDR 1961, 49 [19 oktober 1960]; BGH LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28; WM 1969, 595 [6 februari 1969]; BGH ZIP 1988, 88, 90 [21 september 1987]. Zie Palandt-Heinrichs (1994), § 276, no. 100; Münchener Kommentar (Emmerich) (1994), Vor § 275, nos. 165, 207; Martin Weber, Haftung für in Aussicht gestellten Vertragsabschluss, AcP 192 (1992), p. 428; Medicus, Gutachten, p. 597; Werner Lorenz, Germany, in: Precontractual liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada 18-24 August 1990, Deventer/Boston 1991, p. 166.

37. BGH 120, 281 = NJW 1993, p. 520 [25 november 1992]. Anders: de Amerikaanse zaak Heyder Products Co. v. (Ct. Cl. 1956), waar slechts het negatief belang (i.c. kosten) werd toegewezen.

38. BGH 108, 200 [4 juli 1989]. Naar Nederlands recht zou hier waarschijnlijk op grond van de vertrouwensleer een overeenkomst worden aangenomen met de inhoud die de verzekere- de mocht verwachten.

39. Zie BGH NJW 65, 813 [29 januari 1965]. In de praktijk gaat het altijd om het vormvereiste van § 313 BGB. Deze rechtspraak is algemeen gekritiseerd, omdat het vormvereiste erdoor wordt ondermijnd (zie bijvoorbeeld Larenz (1987), p. 114 en Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 17. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, no. 185).

40. Zie bijvoorbeeld Cass. 20 augustus 1980, n. 4942, Mass. Foro it., 1980, 78; Cass. 11 mei 1990, n. 4051, Foro it., 1991, I, 184, noot D. Caruso, Note in tema di danni precontrattuali; Cass. 12 maart 1993, n. 2973, Foro Italiano, I, 956. Zie Sacco (1993), p. 256; Cian-Trabucchi (1992), p. 1058; Alberto Trabucchi, Istituzioni di Diritto Civi-

le, 34th ed., Padova 1993, no. 281 (p. 612); C. Massimo Bianca, Diritto Civile, III, Il contratto, Milano 1987, no. 82.

41. Zie bijvoorbeeld Cass. 20 augustus 1980, n. 4942, loc. cit.; Cass. 12 maart 1993, n. 2973, loc. cit. Cian-Trabucchi (1992), p. 1058; Bianca (1987), no. 82 (p. 179); Trabucchi (1993), no. 281 (pp. 612-613).

42. Zie echter Malaurie/Aynès (1993), no. 379 (p. 210). De Franse leer gaat terug op Fagella (1906), die het begrip 'negatief contractsbelang' een 'assurdo giuridico' noemde (pp. 338, 341).

43. Zie bijvoorbeeld Civ. 1, 12 April 1976, Bull. civ., 1, no. 122; Def. 1976, a. 31434, no. 5, p. 389, n. Aubert. Zie ook Terré/Simler/Lequette (1993), no. 177 (p. 139); Malaurie/Aynès (1993), no. 379 (p. 210); Schmidt (1991), p. 149; Jourdain (1994), p. 130.

44. Zie bijvoorbeeld Terré/Simler/Lequette (1993), no. 177 (p. 139); Mestre, R.T.D. Civ. 1988, pp. 108-109; Schmidt (1991), p. 149; Jourdain (1994), p. 130; Rennes, 1re ch. B, 29 april 1992, J.C.P., 1993, éd G. IV, 1520, Juris Data, n. 048674. Zie in Nederland: Hartkamp, Conclusie voor VSH/Shell, NJ, 1988, 1017; 'het enkele missen van een reële kans op een geambieerd contract moet in beginsel als schade worden aangemerkt' (voorzichtiger in Asser-Hartkamp I, nr. 434b). Evenzo Brunner, noot onder datzelfde arrest. Zie ook De Kluijver, diss., p. 307.

45. Muriel Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, Paris 1992, p. 482: (...) il faut bien distinguer, d'une part, le lien de causalité entre la faute et la perte d'une chance et, d'autre part, le lien, qui n'est plus stricto sensu un lien de causalité, entre cette perte d'une chance et le dommage définitif subi par la victime. Zie ook Mazeaud-Chabas, pp. 413-414: 'le recours à la théorie de la perte d'une chance ne peut masquer le doute sur le lien de causalité'.

In Duitsland bestaat zowel in de heersende leer als in de alternatieve leer een plicht tot vergoeding van het negatief belang<sup>34</sup>. Dit negatieve belang omvat ook in Duitsland uitdrukkelijk naast kosten ook lost opportunities<sup>35</sup>. Het positieve belang wordt niet vergoed<sup>36</sup>. Er zijn in Duitsland wel enkele gevallen waarin op grond van culpa in contrahendo aansprakelijkheid ter zake van het positief belang is aangenomen, maar dat waren geen gevallen van afgebroken onderhandelingen. In één geval had de Staat na een openbare aanbesteding het contract niet aan de laagste bieder gegund<sup>37</sup>. In een ander geval had een verzekeraar de verzekerde onjuist geïnformeerd over het toepassingsgebied van zijn reisverzekering<sup>38</sup>. Tenslotte dient het positief belang vergoed te worden indien een partij een op haar rustende plicht schendt de wederpartij erop te wijzen dat de te sluiten overeenkomst ongeldig zal zijn wegens een vormvereiste<sup>39</sup>. In alle drie de gevallen werd vergoeding van het positief belang passend geacht op grond van de strekking van de geschonden plicht. De plicht die men schendt wanneer men onverwacht voortijdig onderhandelingen afbreekt, strekt er niet toe te voorkomen dat de wederpartij schade lijdt doordat de onderhandelingen uiteindelijk niet tot een contract leiden, maar ze strekt ertoe te voorkomen dat de wederpartij schade lijdt doordat zij in de onderhandelingen betrokken is. Daarom is hier volgens de Duitse rechtspraak en doctrine slechts plaats voor vergoeding van het negatief belang.

Ook in Italië kan alleen vergoeding van het negatief belang gevraagd worden<sup>40</sup>. Het negatief belang omvat ook daar, naast kosten, lost opportunities<sup>41</sup>.

In Frankrijk kent men de onderscheiding tussen positief belang en negatief belang niet als zodanig<sup>42</sup>. Wat vergoed moet worden, zijn de verliezen (les pertes) van de wederpartij. Deze bestaan in de eerste plaats uit de gemaakte kosten<sup>43</sup>. Volgens sommige auteurs en een lagere rechter is hier echter ook plaats voor toepassing van de theorie van perte d'une chance<sup>44</sup>. Vergoed zou dan moeten worden de schade die de wederpartij heeft geleden door het verlies van de kans het beoogde contract te sluiten. Het lijkt er echter op dat deze opvatting gebaseerd is op een verkeerd gebruik van deze theorie. Fabre-Magnan heeft in haar proefschrift overtuigend betoogd dat de theorie de la perte d'une chance niet gebruikt mag worden om een causaliteitsprobleem te ondervangen<sup>45</sup>. Indien bijvoorbeeld een student op weg naar een tentamen wordt aangerezen, is zijn schade (onder andere) het verlies van de kans het tentamen succesvol af te leggen. Immers, als hij niet was aangerezen, was hij zeker naar het tentamen gegaan en had hij, afhankelijk van zijn voorbereiding, een goede kans gehad te slagen. Indien echter niet vast staat dat de student, indien hij niet aangerezen was, op tijd bij het tentamen was aangekomen (bijvoorbeeld omdat hij al veel te laat was of omdat hij de verkeerde kant opreed), kan de theorie de la perte d'une chance geen redding bieden. Vertaald naar Nederlandse termen mag de theorie alleen gebruikt worden voor het bepalen van de

31. Correcter: indien zij niet had vertrouwd dat een overeenkomst tot stand zou komen. Kosten en lost opportunities voor dat moment moet zij zelf dragen. Zie bijvoorbeeld Bundesgericht, 6 februari 1979, BGE 105 II 75 (Escophon AG/Bank in Langenthal).

32. De Comment zegt: 'generally'. Het is echter aannemelijk dat deze uitzondering wordt opengelaten voor andere gevallen (dan voortijdig afbreken) van onderhandelen in strijd met de goede trouw of voor het geval van opzettelijk schade veroorzaken, zoals in Duitsland.

33. Zie echter Asser-Hartkamp II, no. 162. Zie ook het geval dat beslist werd in HR 12 mei 1989, NJ 1989, 614. Zie ook reeds H. Drion, Precontractuele verhoudingen naar Nederlands recht (Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Jaarboek 1967/1968, Zwolle, pp. 265-290 = Geschriften van H. Drion, pp. 231-257, Deventer 1982), pp. 235, 255 (hier wordt verwezen naar de pagina-nummering in de Geschriften).

34. Zie bijvoorbeeld BGH LM § 276 (Fa) BGB Nr. 3; MDR 1954, 346 [16 maart 1954]; BGH, LM BGB § 276 (Fa) no. 1 I; NJW 61, 169; MDR 1961, 49 [19 oktober 1960]; BAG NJW 1963, 1843; JZ 1964, 324 [7 juni 1963]; BGH, LM § 276 (Fa) BGB Nr. 23 = BGH, NJW 67, 2199 [14 juli 1967]; BGH LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28; WM 1969, 595 [6 februari 1969]; BGH, LM 276 (Fa) BGB Nr. 34 = NJW 1970, 1840 [10 juli 1970]; BGH NJW 1975, 43, 44; Betr. 1979, 741 [18 oktober 1974]; BGH NJW 1975, 1774 [12 juni 1975]; BGH 71, 386-400 [8 juni 1978]; BGH 76, 343-351; NJW 1980, 1683 [7 februari 1980]; BGH ZIP 1988, 88, 90 [21 september 1987]; BGH LM § 276 (Fa) Nr. 102 = NJW-RR 1989, 627 = ZIP 1989, 514 [22 februari 1989].

35. Zie bijvoorbeeld BAG, 7 juni 1963, loc. cit.; BGH ZIP 1988, 88, 90, loc. cit. Zie Palandt-Heinrichs (1994), §

276, no. 100; Soergel-Wiedemann (1990), Vor § 275, no. 187 (p. 637).

36. Zie BGH, LM BGB § 276 (Fa) no. 11; NJW 61, 169; MDR 1961, 49 [19 oktober 1960]; BGH LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28; WM 1969, 595 [6 februari 1969]; BGH ZIP 1988, 88, 90 [21 september 1987]. Zie Palandt-Heinrichs (1994), § 276, no. 100; Münchener Kommentar (Emmerich) (1994), Vor § 275, nos. 165, 207; Martin Weber, Haftung für in Aussicht gestellten Vertragsabschluss, AcP 192 (1992), p. 428; Medicus, Gutachten, p. 597; Werner Lorenz, Germany, in: Precontractual liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada 18-24 August 1990, Deventer/Boston 1991, p. 166.

37. BGH 120, 281 = NJW 1993, p. 520 [25 november 1992]. Anders: de Amerikaanse zaak Heyder Products Co. v. (Ct. Cl. 1956), waar slechts het negatief belang (i.c. kosten) werd toegewezen.

38. BGH 108, 200 [4 juli 1989]. Naar Nederlands recht zou hier waarschijnlijk op grond van de vertrouwensleer een overeenkomst worden aangenomen met de inhoud die de verzekere- de mocht verwachten.

39. Zie BGH NJW 65, 813 [29 januari 1965]. In de praktijk gaat het altijd om het vormvereiste van § 313 BGB. Deze rechtspraak is algemeen gekritiseerd, omdat het vormvereiste erdoor wordt ondermijnd (zie bijvoorbeeld Larenz (1987), p. 114 en Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 17. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, no. 185).

40. Zie bijvoorbeeld Cass. 20 augustus 1980, n. 4942, Mass. Foro it., 1980, 78; Cass. 11 mei 1990, n. 4051, Foro it., 1991, I, 184, noot D. Caruso, Note in tema di danni precontrattuali; Cass. 12 maart 1993, n. 2973, Foro Italiano, I, 956. Zie Sacco (1993), p. 256; Cian-Trabucchi (1992), p. 1058; Alberto Trabucchi, Istituzioni di Diritto Civi-

le, 34th ed., Padova 1993, no. 281 (p. 612); C. Massimo Bianca, Diritto Civile, III, Il contratto, Milano 1987, no. 82.

41. Zie bijvoorbeeld Cass. 20 augustus 1980, n. 4942, loc. cit.; Cass. 12 maart 1993, n. 2973, loc. cit. Cian-Trabucchi (1992), p. 1058; Bianca (1987), no. 82 (p. 179); Trabucchi (1993), no. 281 (pp. 612-613).

42. Zie echter Malaurie/Aynès (1993), no. 379 (p. 210). De Franse leer gaat terug op Fagella (1906), die het begrip 'negatief contractsbelang' een 'assurdo giuridico' noemde (pp. 338, 341).

43. Zie bijvoorbeeld Civ. 1, 12 April 1976, Bull. civ., 1, no. 122; Def. 1976, a. 31434, no. 5, p. 389, n. Aubert. Zie ook Terré/Simler/Lequette (1993), no. 177 (p. 139); Malaurie/Aynès (1993), no. 379 (p. 210); Schmidt (1991), p. 149; Jourdain (1994), p. 130.

44. Zie bijvoorbeeld Terré/Simler/Lequette (1993), no. 177 (p. 139); Mestre, R.T.D. Civ. 1988, pp. 108-109; Schmidt (1991), p. 149; Jourdain (1994), p. 130; Rennes, 1re ch. B, 29 april 1992, J.C.P., 1993, éd G. IV, 1520, Juris Data, n. 048674. Zie in Nederland: Hartkamp, Conclusie voor VSH/Shell, NJ, 1988, 1017; 'het enkele missen van een reële kans op een geambieerd contract moet in beginsel als schade worden aangemerkt' (voorzichtiger in Asser-Hartkamp I, nr. 434b). Evenzo Brunner, noot onder datzelfde arrest. Zie ook De Kluijver, diss., p. 307.

45. Muriel Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, Paris 1992, p. 482: (...) il faut bien distinguer, d'une part, le lien de causalité entre la faute et la perte d'une chance et, d'autre part, le lien, qui n'est plus stricto sensu un lien de causalité, entre cette perte d'une chance et le dommage définitif subi par la victime. Zie ook Mazeaud-Chabas, pp. 413-414: 'le recours à la théorie de la perte d'une chance ne peut masquer le doute sur le lien de causalité'.

omvang van de schade, niet bij de vestiging van de aansprakelijkheid. Daarvoor blijft een *condicio sine qua non*-verband een absoluut vereiste. Vertaald naar afgebroken onderhandelingen betekent dit dat de theorie niet gebruikt kan worden om recht te geven op vergoeding van schade geleden wegens het verlies van de kans een voordelige overeenkomst te sluiten. Hoogstens kan de theorie gebruikt worden om, wanneer men zou

besluiten tot vergoeding van het positief belang, de omvang van de schadevergoeding te beperken in evenredigheid met de mate van onzekerheid dat de verwachte winst ook daadwerkelijk behaald zou worden<sup>46</sup>.

Evenals bij het criterium van aansprakelijkheid is er grote eenstemmigheid in Europa: naar Duits, Italiaans, Belgisch<sup>47</sup>, Zwitsers<sup>48</sup>, Spaans<sup>49</sup>, Grieks<sup>50</sup>, Oostenrijks<sup>51</sup> recht en naar de Principles wordt slechts het negatief belang vergoed en naar Frans recht, volgens de heersende leer, alleen het geleden verlies. Wederom wijkt Nederland, waar ook vergoeding van het positief belang mogelijk is, af. In de volgende paragraaf zal iets uitgebreider worden ingegaan op de mogelijkheden die een actie tot vergoeding van het negatief contractsbelang biedt.

(wordt vervolgd)

Mr M.W. Hesselink

46. In die zin correct is Cour d'appel de Riom, 3e ch., 10 juni 1992, R.T.D. civ., 1993, p. 343, obs. Mestre; Rev. jurisp. dr. aff., no. 893, p. 732. De felle kritiek waarmee deze uitspraak is ontvangen, was gericht tegen het feit dat een vergoeding van 'het positief belang' überhaupt werd toegewezen. Zie bijvoorbeeld Mestre: 'Décision qui, on l'avouera, nous semble particulièrement sévère et même dangereuse puisque, contrairement à ses dires, elle aboutit finalement à obliger les parties, sous peine d'engager leur responsabilité, à contracter dès lors que les pourparlers ont

atteint un certain stade. Autrement dit, à la suivre, il y aurait en quelque sorte un point de non retour à partir duquel les espérances dans lesquelles l'autre a été entreteñu ne pourraient plus être valablement déçues.' Zie ook Malaurie/Aynès (1993), no. 379 (p. 210). Het is niet aannemelijk dat de Cour de cassation de Cour d'appel de Riom zal volgen in het toewijzen van 'het positief belang' bij afgebroken onderhandelingen.

47. Zie Jacques Herbots, Contract Law in Belgium, Deventer-Boston/Bruuxelles 1995, no. 193.

48. Zie Bundesgericht, 6 februari 1979, BGE 105 II 75 (Escophon AG/Bank in Langenthal).

49. Zie Luis Díez-Picazo, Antonio Gullón, Sistema de derecho civil, Volumen II, Madrid 1995, p. 81.

50. Zie Stathopoulos, Contract law in Hellas, The Hague-London-Boston/Athens 1995, no. 88.

51. Zie Koziol-Welser (1995), p. 204; Willibald Posch, Austria, in: Precontractual Liability; Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law; Montreal, Canada 18-24 August 1990, Deventer/Boston 1991, p. 48.

## Collectief actierecht komt moeizaam tot bloei

Onlangs verscheen de eerste uitspraak inzake een collectieve actie ex art. 6:240 BW wegens een vermeend onredelijk bezwarend beding in algemene voorwaarden (aansprakelijkheidsuitsluiting bij onderbreking van stroomleverantie). De auteur gaat in op enkele (Europees-rechtelijke) achtergronden en plaatst kritische kanttekeningen bij dit arrest: Hof 's-Gravenhage 26 juni 1996, rolno. 14/1893.

1. 'Het bedrijf is jegens de aanvrager of de verbruiker niet aansprakelijk voor schade aan personen of zaken ten gevolge van onderbreking van de levering', aldus luidt de tekst van art. 20 lid 1 van de model algemene voorwaarden elektriciteit 1994, idem gas 1994, idem warmte 1994, idem drinkwater 1994, ten behoeve van haar ledennutsbedrijven vastgesteld door EnergieNed en Vewin. Twee jaar lang onderhandelt de Consumentenbond over herziening van deze aansprakelijkheidsuitsluiting. Naar aanleiding van een grootschalige stroomstoring op de Veluwe vindt de bond het kenmerk welletjes. Hij dagvaardt eind 1994 EnergieNed en Vewin voor Hof 's-Gravenhage met o.m. de vordering het gebruik van art. 20 lid 1 te verbieden. Gedurende de procedure doet zich nog een stroomstoring in Bleiswijk voor. Gevolg: bedorven diepvriesproducten, sterfte dure tropische vissen, beschadiging van vloeren en kasten als gevolg van dooiwater, geen licht, noch elektronische beveiliging bij kantoren, bedrijfsterreinen, banken en museum, schade wegens piek- en/of dipspanning bij herinschakeling van apparaten.

Op 26 juni jl. doet het Hof uitspraak<sup>1</sup>. De vordering van

de bond tegen Vewin wordt afgewezen. In de procedure tegen EnergieNed wordt voor recht verklaard dat art. 20 lid 1 onredelijk bezwarend is. Aan EnergieNed wordt een verbod op gebruik opgelegd, alsook het bevel binnen 2 weken na betekening van het arrest haar leden/energiebedrijven te berichten dat zij zich niet meer op genoemde bepaling mogen beroepen, voorzover daarin de aansprakelijkheid van het bedrijf voor schade aan zaken tengevolge van onderbreking van de levering van de elektrische energie volledig is uitgesloten.

2. Het is de eerste gepubliceerde uitspraak op grondslag van art. 6:240 e.v. BW. Deze bepalingen zijn bijna 5 jaar oud en kennen een zgn. collectief controlemechanisme. Bedingen in algemene voorwaarden kunnen op vordering van organisaties van consumenten of beroeps- of bedrijfsgeenoten door het Hof 's-Gravenhage onredelijk bezwarend worden verklaard, waaraan een verbod van verder gebruik van het beding kan worden verbonden. De uitspraak heeft gelding jegens ieder, art. 6:243<sup>2</sup>. De Hoge Raad beschouwde 10 jaar geleden de in art. 6:240 e.v. opgenomen regeling als één waarop moeilijk door de rechter vooruitgelopen kan worden, zie HR



Prof. mr B. Wessels\*

\* Partner van een maatschap van belasting- en ondernemingsrechtadviseurs, hoogleraar burgerlijk recht en handelsrecht Vrije Universiteit Amsterdam.

1. Hof 's-Gravenhage 26 juni 1996, rolno. 94/1893; inmiddels gepubliceerd in JOR 1996/79, nt. S.C.J.J. Kortmann.

2. Een novum, aldus Asser-Vranken, 1995, nr. 79, tevens wijzend op de spanning met de oorspronkelijke betekenis van art. 12 Wet AB.