



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht. 2

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. 2. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, 6249, 906-910.

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

A078474981 ISN: 684428

RAPDOC (R)

OPGEHAALD

NCC/IBL

Verzoeken te behandelen voor: 24-05-2005 **Ingediend door:** 0004/9999
Datum en tijd van indienen: 27-04-2005 20:39 **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:** 6249 **Electronisch leveren**
(LH=N)

Auteur: Hesselink, M.W. **Titel van artikel:** De schadevergoedingsplicht bij afgebroken-
onderhandelingen in het licht **Pagina's:** 906-910

Opmerking:
arno ID:
132826

LEE UW	SERIE	Weekblad voor privaatrecht	Jrg. 106, no. 5289(1975)-
LNVNRD			Jrg. 151(1990)-
IAR		Weekblad voor privaatrecht	Jrg. 106, no. 5289(1975)-
SBB		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

dat de vordering uit hoofde van art. 51 lid 1 Fw aan de gezamenlijke schuldeisers toekomt, is dit onjuist. Het invoeren van de actio Pauliana door de curator brengt slechts met zich dat goederen die paulianeus aan het vermogen van de schuldenaar zijn onttrokken, alsnog in de afwikkeling van het faillissement worden betrokken, c.q. dat de schuldenaar (met inachtneming van de hiervóór genoemde relatieve werking van de vernietiging) een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling verkrijgt jegens degene met wie hij heeft gehandeld. Het invoeren van de actio Pauliana door de curator (of buiten faillissement door één of meer schuldeisers) leidt er niet toe dat de schuldeisers een vordering verkrijgen jegens de wederpartij van de schuldenaar. Mocht Huizink hebben willen betogen dat de vordering aan de curator (in hoedanigheid) toekomt, dan is dat evenmin juist. Een dergelijk betoog miskent

immers dat tot de failliete boedel behorende vorderingen niet aan de curator toekomen, maar aan de gefailiteerde - het is zijn failliete boedel -, en miskent voorts dat de Hoge Raad in het arrest Peeters q.q./Gatzen slechts heeft aangenomen dat een aan de gezamenlijke schuldeisers toekomende onrechtmatige daadactie onder omstandigheden door de curator kan worden geldend gemaakt, hetgeen geenszins behoeft te betekenen - en onzes inziens ook niet betekent - dat die vordering aan de curator als schuldeiser toekomt, of dat die vordering tot de failliete boedel behoort. Van Schilf-gaarde heeft zich bij het hiervóór bestreden betoog van Huizink aangesloten. Zijn betoog verdient dan ook om dezelfde reden geen navolging⁵¹.

Prof. mr S.C.J.J. Kortmann
Mr N.E.D. Faber

De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht* (II, slot)

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.

4. Het negatief contractsbelang

De onderscheiding tussen positief en negatief contractsbelang werd geïntroduceerd door Jhering. In zijn artikel Culpa in contrahendo schreef hij met betrekking tot aansprakelijkheid voor het sluiten van een nietige overeenkomst:

'Das Interesse des Käufers läßt sich in unserm Verhältniß in doppelter Weise denken: einmal nämlich als ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Contracts, also an der Erfüllung - hier würde der Käufer in einem Geldäquivalent alles erhalten, was er im Fall der Gültigkeit des Contracts haben würde - und sodann als ein Interesse am Nichtabschluss des Contracts - hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äußere Thatsache des Contracts-abschlusses gar nicht vorgekommen wäre. Einige Beispiele werden diesen Unterschied, den ich der Kürze wegen positivem und negativem Vertragsinteresse bezeichnen will, klar machen.' (p. 16)

In datzelfde artikel maakte Jhering meteen al duidelijk dat het negatief contractsbelang ook gederfde winst uit een gemist contract met een derde kan omvatten⁵². Zoals in de vorige paragraaf bleek, wordt ook in moderne rechtsstelsels algemeen aangenomen dat het negatief contractsbelang zogenaamde lost opportunities omvat. Farnsworth heeft erop gewezen dat het belang van lost opportunities niet onderschat moet worden⁵³. Met name wanneer partijen op een volledige markt opereren, is deze schade veelal eenvoudig aan te tonen. Bij een volledige markt zal de schade wegens lost

opportunities bovendien zelfs gelijk zijn aan het positief contractsbelang! De rechtspraak uit verschillende landen biedt vele voorbeelden die het belang van zo'n actie uit lost opportunities kunnen illustreren.

In Zwitserland deed zich het volgende geval voor: Escophon voert onderhandelingen met een filiaal van de Bank in Langenthal over de financiering van door Escophon met derden af te sluiten huurovereenkomsten van televisie- en stereo-apparatuur. Partijen worden het eens over een ontwerpovereenkomst, maar twee maanden later keurt het hoofdkantoor van de bank deze af. Het Bundesgericht wijst de vordering tot vergoeding van het positieve belang af, maar veroordeelt de bank tot vergoeding van de schade die Escophon heeft geleden doordat zij door haar vertrouwen op de totstandkoming van de overeenkomst twee maanden heeft verloren, waarin ze, met het krediet van een andere bank, huurovereenkomsten had kunnen sluiten⁵⁴.

In Duitsland had een geluidstechnicus die met een operatheater onderhandelde over aanstelling aldaar, na overleg met een vertegenwoordiger van die opera, zijn baan bij een radiozender opgezegd. Na een directeurswisseling bij het operahuis kwam het uiteindelijk niet tot aanstelling van de technicus. De BAG wees de vordering tot betaling van het bedrag dat eiser bij de opera



Mr M.W. Hesselink**

* Uitgewerkte tekst van een deel uit de lezing De precontractuele redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, gehouden voor de cursus Europees contractenrecht aan de hand van de Principles (Utrecht, 26 april 1996) voor het a.i.o.-netwerk Europees Privaatrecht.

** Assistent in opleiding Centrum voor Europees Privaatrecht Molengraaff Instituut in Utrecht.

52. Jhering (1861), p. 20.
53. Farnsworth (1987), passim, m.n. pp. 224-229. Zie ook Weber (1992), p. 428; Asser-Hartkamp II, nos. 162, 487; Koziol-Welsler (1995), p. 209.
54. Bundesgericht, 6 februari 1979, BGE 105 II 75 (Escophon AG/Bank in Langenthal).

tot het einde van het seizoen zou verdienen af, maar wees de subsidiaire vordering tot betaling van het bedrag dat hij bij de radiozender verdiend zou hebben, toe⁵⁵.

In de Amerikaanse zaak Markov⁵⁶ had gedaagde, verhuurder van een pakhuis, onderhandeld met eiser, de huurder, die het pakhuis had onderverhuurd, over de verlenging van de huurovereenkomst. Gedaagde voerde deze onderhandelingen echter met het enige oogmerk het pakhuis door een bekende onderneming (de onderhuurder) bezet te hebben tijdens zijn (aan de huurder onbekende) onderhandelingen met een derde over de verkoop van het pakhuis. Toen de verkoop rond was, brak de verhuurder de onderhandelingen met de huurder af en vorderde ontruiming. Daardoor verloor de huurder de onderhuurder, zijn beste klant. De hoogste rechter van Washington wees de vordering tot vergoeding van de winst die eiser gemaakt zou hebben, als hij op tijd een huurovereenkomst met een andere verhuurder had gesloten en zo zijn onderhuurder had behouden, toe.

De gemiste kans een ander contract te sluiten behoeft niet per se een contract van dezelfde soort te betreffen. De Italiaanse Cassazione wees een vordering toe tot vergoeding van de schade die de eiser, een botenverhuurbedrijf, had geleden doordat hij gerechtvaardigd vertrouwend op de verkoop van een boot aan gedaagde, had nagelaten deze boot te verhuren aan derden⁵⁷.

Saleilles vond vergoeding van lost opportuniteiten in geval van afgebroken onderhandelingen misplaatst, omdat een partij die een interessant contract met een derde kan sluiten, gerechtvaardigd is de onderhandelingen met zijn onderhandelingspartner af te breken en daadwerkelijk het contract met de derde te sluiten⁵⁸. Deze redenering gaat echter alleen op voor een interessanter aanbod van een derde. Voor een aanbod van een derde dat geen better offer is, mag een partij in het stadium dat de wederpartij op de totstandkoming van de overeenkomst mocht vertrouwen, de onderhandelingen niet afbreken. Breekt vervolgens de wederpartij de onderhandelingen af, dan dient deze de schade geleden door het missen van deze kans te vergoeden. Wel biedt de observatie van Saleilles een goed argument om schadevergoeding voor lost opportuniteiten die het positief contractsbelang te boven gaat, af te wijzen. In Duitsland, waar vergoeding van het negatief belang meestal begrensd is door het positief belang⁵⁹, wordt bij afgebroken onderhandelingen echter juist algemeen aangenomen dat deze begrenzing niet geldt⁶⁰.

5. Nogmaals: de vrijheid onderhandelingen af te breken

In de VS deed zich de volgende zaak voor:

Hoffman maakt aan Red Owl kenbaar dat hij graag als franchisee een Red Owl supermarkt wil openen. Hoffmann wijst erop dat hij niet meer dan \$ 18.000 kan investeren. Red Owl verzekert hem dat dit voldoende is.

Hierop verkoopt Hoffman zijn bakkerij, koopt een kruidenierswinkel om ervaring op te doen, verkoopt die weer, verhuist naar een andere stad, koopt daar een stuk grond. Bij al deze handelingen wordt hij aangemoedigd door Red Owl die voortdurend verklaart dat alles in orde is en dat het contract binnenkort gesloten kan worden. Vervolgens vraagt Red Owl in de ontwerpovereenkomst opeens een aanmerkelijk hogere investering. Hoffman weigert. Hij begint een procedure gebaseerd op promissory estoppel en krijgt schadevergoeding voor de gemaakte kosten en de verliezen die hij bij de verkoop van zijn ondernemingen heeft gemaakt, d.w.z. het negatief contractsbelang.

De (enige) Illustration die de Principles geven bij aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen is gebaseerd op deze zaak. De casus is in deze Illustration nog iets aangescherpt, want er staat:

'When all is ready for the signing of the agreement, A informs B that the latter must invest a substantially higher sum.'

Waarschijnlijk al in de Red Owl zaak, maar toch zeker in het geval zoals geformuleerd in de Illustration, waar zelfs 'alles gereed was voor het tekenen van het contract', zou naar Nederlands recht vergoeding van het positief belang mogelijk zijn. De Principles spreken echter uitdrukkelijk alleen van een vergoeding van kosten.

De Principles zijn, anders dan het Nederlandse recht, niet consequent. De redenering van de Hoge Raad is immers sluitend: is vanaf een bepaald moment afbreken van de onderhandelingen niet meer toegestaan, dan moet de schade vergoed worden die door het afbreken is ontstaan. Aangezien de fase waarin niet meer mag worden afgebroken zich erdoor kenmerkt dat in dat stadium op de totstandkoming vertrouwd mag worden, en het dus per definitie aannemelijk is dat de overeenkomst tot stand gekomen was, indien de onderhandelingen niet waren afgebroken, moet de wederpartij worden gebracht in de situatie waarin zij zou verkeren indien de overeenkomst tot stand gekomen was. Anders gezegd: het beperken van aansprakelijkheid tot het negatief belang is logisch niet goed verenigbaar met het aanvaarden van een point of no return, waarna het afbreken van onderhandelingen niet meer is toegestaan.

Men zou dus kunnen concluderen dat de Principles vergoeding van het positief belang zouden moeten aanvaarden. Maar is dat de juiste conclusie? Het feit dat in geen enkel land behalve Nederland aansprakelijkheid voor het positief belang is aanvaard of zelfs maar wordt bepleit, geeft toch te denken? En ook het feit dat zich in Nederland meer dan 10 jaar na het Plas/Valburg-arrest nog steeds geen geval heeft voorgedaan waarin tot in hoogste instantie toewijzing van het positief contractsbelang passend werd geacht, terwijl toch het afbreken van onderhandelingen (anders dan bijvoorbeeld een rechtens relevante verandering van omstandigheden)

55. BAG NJW 1963, 1843; JZ 1964, 324 [7 juni 1963].

56. Markov v. ABC Transfer & Storage Co., 76 Wash. 2d 388, 457 P. 2d 535 (1969).

57. Cass. it., 12 maart 1993, n. 2973, Foro Italiano, I, 956.

58. Saleilles (1907), p. 722.

59. Zie bijvoorbeeld § 122 BGB.

60. Zie bijvoorbeeld Palandt-Heinrichs (1994), § 276, no. 100.

aan de orde van de dag is, roept twijfel op. In Nederland heeft de door de Hoge Raad ontwikkelde regel tot weinig kritiek geleid⁶¹. In het buitenland wordt aansprakelijkheid ter zake van het positief belang echter unaniem afgewezen. Waarom?

In de eerste plaats omdat men in het buitenland aanneemt dat het uit een oogpunt van billijkheid voldoende is dat de wederpartij gebracht wordt in de positie waarin zij zou verkeren indien zij nooit aan de teleurstellende onderhandelingen was begonnen. Dat is het geval bij vergoeding van al haar kosten en vergoeding van de schade geleden doordat zij mogelijkheden tot het sluiten van voordelige overeenkomsten met derden heeft laten lopen⁶².

In de tweede plaats omdat de Nederlandse leer onherroepelijk contractsdwang impliceert. De logische consequentie van de Nederlandse regel dat in de derde fase het afbreken van de onderhandelingen niet meer vrijstaat op straffe van aansprakelijkheid voor het positief belang, is dat er in die fase een plicht tot het sluiten van een overeenkomst bestaat. In geen enkel land wordt een dergelijke contracteerplicht aanvaard. Ze wordt in strijd geacht met het beginsel van contractsvrijheid⁶³.

61. Zie echter recentelijk J.M. Barendrecht, *Vertrouwen koppelen aan de feiten*, WPNR 6223 (1996), p. 357. Vòdr Plas/Valburg werd echter door de doctrine vrij algemeen aangenomen dat vergoeding van het positief belang niet mogelijk was. Zie bijvoorbeeld H. Drion (1967), p. 251. Vgl. Conclusie Biegman-Hartogh voor Plas/Valburg en Asser-Hartkamp II, no. 162.

62. Het feit dat men in de meeste andere landen een ander opvatting heeft over billijkheid in dit verband, wordt ook geïllustreerd door het feit dat in verscheidene buitenlandse uitspraken in gevallen waarin in naar Nederlands recht aangenomen zou worden dat de derde fase is bereikt en dat dus vergoeding van het positief contractsbelang mogelijk is, helemaal geen aansprakelijkheid wordt aangenomen. Zie bijvoorbeeld: Cour d'appel de Liège, 20 October 1989, *Revue de droit commercial belge*, 1990, 521, note Xavier Dieux.

63. Zie bijvoorbeeld Münchener Kommentar (Emmerich) (1994), 165; Malaurie/Aynès (1993), no. 379; Mestre, note onder Cour d'appel de Riom, 3e ch., 10 juni 1992, R.T.D. civ., 1993, p. 343; Van Ommeslaghe (1994), p. 43; Sacco (1993), p. 256.

64. Zie reeds Jhering (1861), p. 18: 'Das hiesige in anderer Form dasselbe geben, was man in der einen versagte. Was ist denn die Leistung des Aequivalents anders, als eine Art der Erfüllung des Contracts - statt in natura in Geld?' Zie ook H. Drion (1967), p. 244, die zegt dat, wanneer men het positief belang toekent, men de partij 'aan zijn toezegging houdt'. Aangezien het vermogensrecht zich alleen bezig houdt met op geld waardeerbare belangen, is er theoretisch geen verschil. Het praktische verschil wordt minder, wanneer men bedenkt dat ook bij vergoeding van het positief contractsbelang bij afgebroken

onderhandelingen schadevergoeding in natura in principe mogelijk is (zie art. 6: 103 BW).

65. Evanzo Barendrecht (1996), 357. Anders Abas, die vindt dat de Hoge Raad de verplichting tot vergoeding van gederfde winst 'uit de muts tovert' en die het leerstuk 'rebus sic stantibus' als (mede-)rechtsgrond voorstelt (P. Abas, *Een Oostenrijks Plas-Valburg*; Over de vergoeding van het positief belang bij afgebroken onderhandelingen, WPNR 6083, pp. 163-168). Anders kennelijk ook De Kluijver, diss., pp. 314-315, wanneer hij de onderscheiding positief/negatief belang verwerpt, omdat de vraag of alleen negatief belang danwel ook positief belang moet worden toegewezen, zich volgens hem oplost in een causaliteitsvraag: welke schade kan nog worden toegerekend aan met het recht strijdig gedrag. In werkelijkheid ligt de beslissende vraag echter vòdr de causaliteitsvraag en luidt: welk gedrag is ongeoorloofd. Acht men het afbreken zelf ongeoorloofd vanaf het moment dat aannemelijk is dat een overeenkomst tot stand zou komen, zoals de Hoge Raad doet (vgl. Asser-Hartkamp II, no. 163; zie infra, noot 66), dan is het causaliteitsprobleem hoogstens praktisch van aard: de rechter moet niet te hoge eisen stellen aan het bewijs. Acht men het afbreken zelf echter niet ongeoorloofd, dan komt men aan de, zoals gezegd eenvoudig te beantwoorden, vraag welke schade door het afbreken is veroorzaakt, helemaal niet toe.

66. Deze redenering gaat echter alleen op zolang het onstaan van gerechtvaardigd vertrouwen een noodzakelijke voorwaarde is voor het afbreken van de derde fase. Dit geldt niet voor de gevallen waarin 'andere omstandigheden' maken dat afbreken niet meer vrijstaat (zie HR 23 oktober 1987 (VSH/Shell), NJ 1988, 1017, noot Brunner; zie over

deze gevallen ook noot 22). Wanneer de onderhandelingen worden afgebroken op een moment dat vertrouwen op de totstandkoming van de overeenkomst nog niet gerechtvaardigd is, kan men niet zeggen dat het niet tot stand komen van de overeenkomst door het afbreken is veroorzaakt. Acht men het afbreken op dat moment wegens andere omstandigheden ongeoorloofd, dan is er geen plaats voor vergoeding van het positief contractsbelang. Anders Van Schilfgeaarde, noot onder HR 31 mei 1991 (Vogelaar/Skil), NJ 1991, 647, die geen principiële reden ziet waarom hier niet een vergoeding van het positief belang toegekend zou kunnen worden. De precisering in het recente arrest De Ruitertij/Ruiters is verenigbaar met genoemde redenering. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat het onstaan van gerechtvaardigd vertrouwen niet, zoals op grond van Plas/Valburg mocht worden aangenomen, een voldoende voorwaarde is voor het aanbreken van de fase waarin afbreken niet vrijstaat, met als mogelijke sanctie aansprakelijkheid ter zake van het positief belang. Rekening dient te worden gehouden met de bijdrage van de afbrekende partij aan het onstaan van het vertrouwen en met diens gerechtvaardigde belangen. Hierbij kan van belang zijn of zich een verandering van omstandigheden heeft voorgedaan.

67. Sacco (1993), p. 256. Vertaling: 'wanneer iemand zich terugtrekt uit de onderhandelingen op een wijze die in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, verwijt de wet hem niet dat hij de overeenkomst niet gesloten heeft (anders zou de ander de voordelen die het contract hem zou verschaffen kunnen vorderen); ze verwijt hem de wederpartij de illusie te hebben gewekt dat de overeenkomst zou worden gesloten.'

In de derde plaats: Indien een onderhandelingspartij vanaf het moment dat zij erop mocht vertrouwen dat een overeenkomst van de soort waarover onderhandeld werd, tot stand zou komen, er recht op heeft in de positie te komen waarin zij zou verkeren wanneer het contract daadwerkelijk gesloten was, is er geen reëel verschil meer tussen de derde fase en de vierde fase, namelijk die waarin het contract daadwerkelijk totstandgekomen is. In beide gevallen hebben partijen immers recht op de voordelen uit het contract⁶⁴. In feite verplaatst de Nederlandse leer het moment waarop gebondenheid ontstaat, van het moment dat een partij erop mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand gekomen was (vertrouwensleer (art. 3:35 BW)) naar het moment dat een partij erop mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen.

In zekere zin komen deze drie argumenten op hetzelfde neer. Uiteindelijk gaat het om de vraag of men er recht op kan hebben (financieel) in de positie te komen waarin een contractspartij verkeert, zonder dat aan de vereisten voor de totstandkoming van een geldige overeenkomst is voldaan. In Nederland is het antwoord ja, in alle andere landen neen.

Zoals gezegd, is de redenering van de Nederlandse Hoge Raad volledig sluitend⁶⁵: indien vanaf het moment dat de wederpartij erop mocht vertrouwen dat een contract gesloten zou worden, het afbreken zelf in strijd met de redelijkheid en billijkheid is, is vergoeding van het positief belang op haar plaats⁶⁶. Indien men vergoeding van het positief belang verwerpt, rijst dus de vraag: is het wel juist aan te nemen dat de onderhandelingen in een stadium kunnen raken waarin het afbreken zelf niet meer vrijstaat? Indien een partij onderhandelingen afbreekt op een moment dat de wederpartij mocht verwachten dat een overeenkomst tot stand zou komen, waarin zit dan het onbehoorlijke van zijn gedrag? Is de onbehoorlijkheid niet gelegen in het feit dat die partij bij de wederpartij ten onrechte vertrouwen heeft gewekt dat de overeenkomst tot stand zou komen? Sacco denkt er precies zo over:

'se taluno recede dalla trattativa in modo contrario alla buona fede, la legge non gli rimprovera di non aver concluso il contratto (altrimenti, la vittima potrebbe reclamare i vantaggi che doveva procurargli il contratto stesso), ma gli rimprovera di aver creato nella controparte un'illusione in merito alla conclusione del contratto.'

Een dergelijke benadering sluit aan bij het arrest Baris/Riezenkamp, de uitspraak waarmee de geschiedenis van het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid in Nederland begon. De Hoge Raad aanvaardde in die uitspraak:

'dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij'

Deze formule heeft de Hoge Raad overgenomen van de Duitse hoogste rechter. Het Reichsgericht heeft al in 1911 uitgemaakt dat men zich in de onderhandelingsfase de belangen van de wederpartij moet aantrekken. Sindsdien komt men in alle uitspraken (thans van de BGH) over culpa in contrahendo de volgende formule tegen:

'Schon während der Vertragsverhandlungen über den Abschluß eines Vertrags schuldet jeder Verhandlungspartner dem andern im Hinblick auf das durch die Verhandlungen begründete vertragsähnliche Vertrauensverhältnis zumutbare Rücksichtnahme auf dessen berechtigten Belange⁶⁸.

Het gedrag dat in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, is dus niet het afbreken van de onderhandelingen, maar het onzorgvuldig omspringen met de belangen van de wederpartij, hierin bestaande dat een partij toerekenbaar ten onrechte de indruk doet ontstaan dat een overeenkomst tot stand zal komen⁶⁹. Was dit gedrag achterwege gebleven, dan had de wederpartij geen kosten gemaakt en had zij wellicht met een ander gecontracteerd. Gechargeerd gezegd: haar wordt niet verweten dat zij de onderhandelingen heeft afgebroken, maar dat zij ze zover heeft laten komen. Zij had het niet zover mogen laten komen dat de wederpartij, vertrouwend op het totstandkomen van de overeenkomst, kosten maakte of kansen liet lopen⁷⁰.

Vindt men nu in een bepaald geval dat een partij er recht op heeft, te komen in de positie waarin zij zou verkeren als het contract gesloten was, dan is het het meest zuiver aan te nemen dat de wederpartij zich gebonden heeft en dat er dus reeds een contract tot

stand gekomen is (eventueel een overeenkomst om te contracteren, een kaderovereenkomst, een rompovereenkomst etc.^{71 72}). Naar Nederlands recht is dat heel goed mogelijk: door toepassing van de vertrouwensleer (art. 3:35 BW).

Een vormvereiste of het vereiste van toestemming van hogerhand is op zichzelf geen belemmering, omdat in de gegeven omstandigheden een beroep daarop in strijd met de redelijkheid en billijkheid geacht kan worden. En is een beroep op een vormvereiste of een toestemingsvereiste in een bepaald geval niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid, bijvoorbeeld omdat het vormvereiste tot doel heeft te beschermen tegen overijling, dan zal de wederpartij er toch ook niet op hebben mogen vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen? In zo'n geval staat de strekking van het vormvereiste sowieso aan vergoeding van het positief belang in de weg! Ook het algemeen belang hoeft niet in de weg te staan aan het aannemen van een overeenkomst. Verzet het algemeen belang zich tegen nakoming door de overheid, dan lost het recht op nakoming zich op in een vordering tot schadevergoeding terzake van het positief belang.

De conclusie moet dus zijn dat het systematisch niet juist is te aanvaarden dat er een moment is waarop het afbreken van onderhandelingen niet meer vrijstaat. Onderhandelingen kunnen op elk moment afgebroken worden. Heeft de partij die afbreekt echter tevoren bij de ander het vertrouwen gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen, en breekt zij nu zonder goede reden af, dan is zij voor dit vertrouwen wekken aansprakelijk, indien zij aldus de uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid voortvloeiende plicht de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij in acht te nemen, heeft geschonden. De schade die vergoed moet worden, is die welke niet ontstaan zou zijn als plichtschending was uitgebleven. Dat wil zeggen: het negatief belang, bestaande uit (m.n.) kosten en lost opportuniteiten. In de vorige paragraaf bleek dat een actie uit lost opportuniteiten zeer interessant kan zijn. Vindt men in een bepaald geval dat vergoeding van het positief belang op haar plaats is, dan vindt men in feite dat de wederpartij zich gebonden heeft. Vergoeding van het positief belang kan dan gewoon op grond van contract toegewezen worden.

6. Het Engelse recht

Het is goed op dit punt de aandacht te richten op het Engelse recht. Naar Engels recht bestaat geen plicht te onderhandelen conform de eisen van de redelijkheid en billijkheid⁷³. Dit betekent echter niet dat er in het Engelse recht in het geheel geen normering van de precontractuele fase bestaat. In de eerste plaats bestaat er het leerstuk misrepresentation. Daarnaast kan bij afgebroken onderhandelingen de rechtsfiguur estoppel enige hulp bieden. In het algemeen kan estoppel naar Engels recht slechts als exceptie ingeroepen worden en niet de basis zijn voor een actie ('estoppel can only be used as a shield, not as sword'). Een uitzondering op

68. Deze rechtspraak zal een wettelijke grondslag krijgen indien § 241 II jo. 305 II BGB KE uit het ontwerp van de commissie die een herziening van het Duitse verbintenissenrecht heeft voorbereid, inderdaad in het BGB geïntegreerd worden. 69. Vgl. bijv. BGH, LM § 276 [Fa] BGB Nr. 23 = BGH, NJW 67, 2199 [14 juli 1967]; BAG NJW 1963, 1843. IZ 1964, 324 [7 juni 1963]; Cour d'appel de Liège, 20 October 1989, Revue de droit commercial belge, 1990, 521, note Xavier Dieux; Bundesgericht, BGE 105 II 75 (Escophon AG v. Bank in Langenthal); Bianca (1987), no. 79 (p. 171); Koziol-Welser (1995), p. 208.

70. Deze benadering sluit bij wat vòòr Plas/Valburg algemeen werd aangenomen. Zie Pels Rijcken, niet gepubliceerd diescollege (te kennen uit H. Drion (1967)); Telders, WPNR 3536-3537 (1937) (pp. 453-455, 461-463); H. Drion (1967), p. 254.

71. Evenzo H. Drion, Preadvis, p. 257; J.M. Smits, Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid (diss. Leiden), Deventer 1995, p. 289. Zie reeds Jhering, met betrekking tot de schadevergoedingsplicht wegens het afsluiten van een nietige overeenkomst: 'Wenn das Erfüllungszwangsinteresse gefordert werden darf, so ist der Kaufvertrag nach unseren obigen Ausführungen nicht als ungültig, sondern als gültig zu bezeichnen.' (p. 64). Zie ook

Medicus, Gutachten, p. 503 en recenter, dezelfde, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1995, no. 106; Weber (1992), p. 401. Vgl. het Deense recht (zie Ole Lando, Denmark, in: Precontractual Liability; Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law; Montreal, Canada 18-24 August 1990, Deventer/Boston 1991, p. 121).

72. In WPNR 6214 (1996) presenteert Kortmann een interessant geval, waarin hij vorderingen tot vergoeding van het positief belang, tot dooronderhandelen, tot het sluiten van de overeenkomst en tot overdracht van de eigendom bij wijze van schadevergoeding in natura toewijsbaar acht. Naar positief Nederlands recht is dat zeker juist, maar dit voorbeeld illustreert hoe gekunsteld het Nederlandse systeem is. Immers, wat men in werkelijkheid beoogt, is gebondenheid van de gemeente. Zie S.C.J.J. Kortmann, Dooronderhandelen, contracteren of presteren (Privaatrecht Aktueel), WPNR 6214 (1996), pp. 163-164.

73. Zie Walford v. Miles [1992] 2 W.L.R. 174. Veelal wordt aangenomen dat deze uitspraak een grote kloof heeft geslagen tussen het Engelse recht en dat van continentaal Europa. Het is echter de vraag of een Franse, Duitse, Italiaanse of een de Principles toepassende rechter tot een andere beslissing zou zijn gekomen. In de eerste plaats hadden de Miles een serieuze reden om

niet met de Walfords maar met derden in zee te gaan: ze waren bezorgd dat het winkelpersoneel het niet goed zou kunnen vinden met de Walfords, hetgeen voor hen een risico opleverde nu ze in het te sluiten contract een bepaald bedrijfsresultaat zouden garanderen. In de tweede plaats eisten de Walfords in hun beroep bij de appelrechter en bij de House of Lords vergoeding van de winst die zij derden doordat ze de fotozaak, die volgens hen niet £ 2 mln. maar £ 3 mln. waard was, niet hadden verworven, het positief contractsbelang dus. Een vergoeding voor gemaakte kosten was namelijk in eerste instantie al toegevoegd, op basis van misrepresentation. Zoals hierboven bleek, is, behalve in Nederland, in geen enkel land aansprakelijkheid voor het positief belang mogelijk. Het is dus aannemelijk dat ook in andere stelsels de eis van de Walfords zou zijn afgewezen en dat zij ook daar genoeg zouden hebben moeten nemen met een vergoeding voor door hen gemaakte kosten. De meeste commentatoren van het Europese continent zullen daarom met Treitel instemmen, die deze beslissing 'entirely appropriate on the facts' acht (G.H. Treitel, The Law of Contract, 9th. ed., London 1995, p. 57). Evenzo H. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, Band I, Tübingen, 1996, p. 61.

deze regel vormen echter de gevallen, waarin een partij erop vertrouwde een recht met betrekking tot de onroerende zaak van de eigenaar te zullen verkrijgen (proprietary estoppel)⁷⁴. Veel Engelse auteurs hebben gepleit voor de aanvaarding van een algemene actie uit promissory estoppel. De voornaamste reden waarom de Engelse rechter een dergelijke algemene actie niet wil aanvaarden, is, dat deze de consideration-leer zou ondermijnen. De Australische zaak *Waltons Stores* heeft echter duidelijk gemaakt dat aanvaarding van een vordering op grond van promissory estoppel niet noodzakelijkerwijs leidt tot ondermijning van het vereiste van consideration⁷⁵.

In deze zaak hadden zich de volgende feiten voorgedaan: *Waltons Stores* en de *Mahers* waren in onderhandeling getreden over de huur van een appartementencomplex door laatstgenoemden aan eerstgenoemden. De *Mahers* stelden voor het bestaande gebouw af te breken en nieuwe appartementen te bouwen. Toen na enige maanden onderhandelen partijen over en weer voorgestelde amendementen op de ontwerp-overeenkomst hadden geaccepteerd, begonnen de *Mahers* het gebouw af te breken. Meer dan een maand nadat *Waltons Stores* kennis kreeg van het afbreken van het gebouw, toen inmiddels het nieuwe gebouw voor 40% voltooid was, brak zij de onderhandelingen af. De *Mahers* vorderden primair nakoming, subsidiaire schadevergoeding.

De primaire vordering werd afgewezen. Ten aanzien van de subsidiaire vordering overwoog Brennan J.:

'The object of the equity is not to compel the party bound to fulfil the assumption or expectation; it is to avoid the detriment which, if the assumption or expectation goes unfulfilled, will be suffered by the party who has been induced to act or to abstain from acting thereon.'

McKendrick heeft met verve bepleit dat de Engelse House of Lords deze uitspraak zal volgen⁷⁶. De redenering is duidelijk. Het resultaat van een succesvolle actie op grond van promissory estoppel is niet 'to make a promise binding' of 'to make good expectations created or encouraged by a defendant', daarvoor zou consideration vereist zijn, maar 'to avoid a detriment' ten gevolge van 'unconscionable conduct'. In andere woorden: omdat de doctrine of estoppel alleen het negatief contractsbelang beschermt, en niet het positief belang, is geen consideration vereist⁷⁷. Zoals boven bleek, was ook in de Amerikaanse *Red Owl* zaak de schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen, gebaseerd op promissory estoppel, beperkt tot het negatief contractsbelang⁷⁸.

Ook het in *Walton Stores* gehanteerde criterium voor aansprakelijkheid is interessant. Mason CJ en Wilson J. overwegen in hun opinion:

'mere reliance on an executory promise to do something, resulting in the promisee changing his position or suffering detriment, does not bring promissory estoppel into play. Something more would be required. Humphreys

Estate suggests that this may be found, if at all, in the creation or encouragement by the party estopped in the other party of an assumption that a contract will come into existence or a promise will be performed and that the other party relied on that assumption to his detriment to the knowledge of the first party.'

De gelijkenis met het eerste element van het boven geformuleerde 'Europese criterium' is frappant.

Uit de Australische *Walton Stores* zaak en uit de Amerikaanse *Red Owl* zaak blijkt dat naar Common Law aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen op basis van promissory estoppel mogelijk is. Interessant voor het Europese privaatrecht is, dat indien Engeland deze Common Law voorbeelden zou volgen⁷⁹, daar voor afgebroken onderhandelingen een regime zou gelden, dat zowel in benadering (aansprakelijkheid voor het wekken van vertrouwen) als in resultaat (vergoeding van het negatief contractsbelang) goed aansluit bij de heersende leer in Europa.

7. Conclusies

Uit het voorgaande blijkt dat er in Europa grote eestemigheid bestaat ten aanzien aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen. In de meeste stelsels geldt dat de partij die na bij zijn wederpartij het vertrouwen te hebben gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen, zonder goede reden onderhandelingen afbreekt, aansprakelijk is ter zake van het negatieve contractsbelang.

Het Nederlandse recht wijkt hiervan af. In de eerste plaats is in Nederland aansprakelijkheid (voor kosten) mogelijk voordat de wederpartij op het totstandkomen van de overeenkomst mocht vertrouwen. In de tweede plaats kan naar Nederlands recht een stadium in de onderhandelingen aanbreken waarin afbreken niet meer vrijstaat. Doet men dit toch, dan is aansprakelijkheid ter zake van het positief contractsbelang mogelijk.

In het bovenstaande is betoogd dat de leer van het Europese privaatrecht de voorkeur verdient. Een partij is altijd vrij onderhandelingen af te breken. Breekt zij echter af zonder goede reden in een stadium van de onderhandelingen waarin de wederpartij op grond van zijn verklaringen (resp. stilzwijgen) en gedrag (resp. nalaten) erop mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen, dan is zij aansprakelijk terzake van het negatief contractsbelang. Dit negatieve contractsbelang omvat niet alleen kosten, maar ook gemiste kansen een overeenkomst met een derde te sluiten. Is in een bepaald geval toewijzing van het positief belang op haar plaats, dan is het zuiverder aan te nemen dat de partij gebonden is.

Voorbeelden uit Amerika en Australië geven aan dat in Engeland een aansprakelijkheid die zowel in grondslag als in resultaat op de in continentaal Europa heersende leer lijkt, mogelijk is.

Mr M.W. Hesselink

74. Zie voor een geval van afgebroken onderhandelingen waar de rechtsfiguur proprietary estoppel hulp bood: J.T. *Developments v. Quinn* (1991). 62 P.&C.R. 33 (Court of Appeal).

75. *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (High Court of Australia), (1987) 164 CLR 387.

76. Ewan McKendrick, *Contract Law*, 2e druk, London 1994, pp. 96-98.

77. McKendrick geeft nog een voorbeeld (buiten de situatie van afgebroken onderhandelingen) om zijn opvatting toe te lichten: 'Let us suppose that someone promises to pay me £500 and I act on that promise to my detriment by spending £300 which I would not otherwise have spent. Enforcement of the promise would give me £500 (and hence protect my expectation interest), whereas 'avoiding a detriment' would give me only £300 (thus protecting my reliance interest). The former is the province of the law of contract and hence demands consideration, the latter is the province of estoppel and so does not require consideration. So to protect my reliance interest does not necessarily undermine the doctrine of consideration.'

78. Verwarrend is echter dat in de zaak *Waltons Stores* zelf uiteindelijk de High Court beslist dat *Waltons Stores* 'is estopped from retreating from its implied promise to complete the contract' en vergoeding van het positief belang wordt toegewezen. Vergoeding van het negatief belang zou hebben bestaan in vergoeding van de gemaakte kosten voor sloop en voor bouw van 40% van het nieuwe gebouw. Ook bij proprietary estoppel vergoeding van het positief belang mogelijk.

79. Het gebeurt niet zelden dat de House of Lords zich laat inspireren door het Australische recht. Prof. Peter Birks (Oxford) zei kort geleden in een gesprek met de auteur dezes dat hij verwacht dat de introductie van een actie uit promissory estoppel in het Engelse recht niet lang meer op zich zal laten wachten.