

TBR 2010/123

Afgebroken onderhandelingen en de juridische kwalificatie van voorbehouden

Mr. M.R. Ruygvoorn¹

1. Inleiding

Sinds het baanbrekende arrest *Plas/Valburg*² blijft het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen de gemoederen bezig houden. Dat het leerstuk nog lang niet uitgekristalliseerd is, blijkt onder meer uit de niet aflatende stroom uitspraken in met name de lagere rechtspraak. Over dit leerstuk, dat met name ook voor de onroerendgoedpraktijk van groot belang is, is vorig jaar in de serie *Recht & Praktijk* van de schrijver dezes de handelseditie verschenen van het proefschrift over afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden.³ In dit proefschrift wordt de status quo van het leerstuk weergegeven en wordt een aantal suggesties aangedragen met betrekking tot de richting waarin het leerstuk zich (verder) zou kunnen ontwikkelen met betrekking tot onderdelen die nog niet volledig zijn uitgekristalliseerd. In dit artikel worden de belangrijkste conclusies uit het proefschrift besproken, mede in het licht van een tweetal recente uitspraken.

2. Van Plas/Valburg naar een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf

Naar inmiddels algemeen wordt aangenomen heeft het arrest *JPO/CBB*⁴ een belangrijke nuancering gebracht voor wat betreft de aansprakelijkheid wegens ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen. Weliswaar herhaalt de Hoge Raad grotendeels de reeds geldende regel dat het uitgangspunt is dat onderhandelingen eenzijdig mogen worden afgebroken, tenzij dit in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is, maar de Hoge Raad voegt daaraan

toe dat wanneer die onaanvaardbaarheid gestoeld is op het bij de onderhandelingspartner aanwezige rechtens relevante vertrouwen in - kort gezegd - het welslagen van de onderhandelingen, voor het aannemen van dat rechtens relevante vertrouwen een 'strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf moet worden aangelegd'. Men mag aldus kennelijk niet lichtvaardig aannemen dat 'enigerlei contract'⁵ uit de onderhandelingen zal resulteren'. Daarmee heeft de Hoge Raad echter ook een vage term geïntroduceerd. Immers: dat men bij het aannemen van rechtens relevant vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen terughoudendheid moet betrachten, behoeft op zichzelf geen verbazing. Met het aanvaarden van het uitgangspunt dat onderhandelingen niet meer eenzijdig mogen worden afgebroken, aanvaardt men immers een inbreuk op het beginsel van de contractsvrijheid dat met zich brengt dat onderhandelingen altijd eenzijdig niet schadeplichtig zouden moeten kunnen worden afgebroken. De vraag rijst echter hoe streng en terughoudend de rechter bij het aannemen van voormeld rechtens relevant vertrouwen dan wel moet zijn.

Uit een uitvoerige analyse van de feitenrechtspraak blijkt dat de reikwijdte van de door de Hoge Raad geïntroduceerde aan te leggen maatstaf alles behalve eenduidig is. De lagere rechtspraak laat een grote variëteit zien met betrekking tot de interpretatie van de begrippen 'streng' en 'terughoudend', hetgeen de onzekerheid met betrekking tot de inschatting van de proceskansen bij procedures over afgebroken onderhandelingen, welke procedures sowieso al gekenmerkt worden door een hoog casuïstisch gehalte met alle onzekerheden omtrent de uitkomst van

1 Marcel Ruygvoorn is als advocaat verbonden aan Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht en als honorair universitair docent aan de Universiteit Utrecht.

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

3 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, serie *Recht & Praktijk* deel 173.

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

5 Weliswaar refereert de Hoge Raad in het arrest *JPO/CBB* aan gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van 'de overeenkomst, maar in het arrest van 29 februari 2008, RvdW 2008, 284 (*X/Shell*) heeft de Hoge Raad dit nader genuanceerd door aan te geven dat het wel degelijk mag gaan om rechtens relevant vertrouwen in het welslagen van 'enigerlei contract', hetgeen ruimte biedt voor een snellere aanname van aansprakelijkheid doordat het vertrouwen niet alleen hoeft te bestaan in de totstandkoming van de concrete overeenkomst waaromtrent in het kader van de onderhandelingen is gesproken, maar waarbij het ook mag gaan over een overeenkomst die in het (directe) verlengde daarvan ligt.

dien, er niet minder om maakt.⁶ Gezien deze grote verscheidenheid bij de toepassing in de lagere rechtspraak van het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt dat bij het aannemen van rechtens relevant vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf moet worden aangelegd, zou het tot aanbeveling strekken indien de feitenrechter zijn toe- of afwijzing van een vordering wegens ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen uitvoeriger dan thans het geval pleegt te zijn, motiveert, en om daarbij meer concreet aan te geven op grond van welke feiten en omstandigheden nu precies rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen al dan niet in het betreffende geval dient te worden aangenomen. Dit zou de praktijk meer handvatten geven om in een concreet geval een inschatting te kunnen maken van het procesrisico.

3. JPO/CBB; het einde van de 'driefasenleer'?

Naar aanleiding van het arrest *Plas/Valburg* is in de literatuur de zogenaamde 'driefasenleer' ontstaan. De basis voor deze driefasenleer werd gevormd door de overweging van de Hoge Raad in het arrest *Plas/Valburg* dat een verplichting tot vergoeding van de in het kader van de onderhandeling gemaakte kosten 'zelfs zou kunnen bestaan, als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de gemeente te goeder trouw die onderhandelingen niet had mogen afbreken, maar reeds wel in een stadium dat zulk afbreken haar in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door Plas gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen'. Kennelijk kan er zich dus een situatie voordoen waarin de onderhandelingen nog wel eenzijdig mogen worden afgebroken, maar waarin de afbrekende partij dan wel aansprakelijk wordt voor de door de onderhandelingspartner reeds gemaakte (onderhandelings)kosten. Deze formulering van de Hoge Raad heeft al vrij snel tal van vragen opgeworpen, zoals: Heeft de Hoge Raad hier het oog gehad op het volledige negatieve contractsbelang, of slechts op bepaalde kosten? Wat is de juridische grondslag voor een verplichting tot vergoeding van

kosten en, last but not least: Wanneer doet zich die situatie dan precies voor?

In feite spelen deze vragen nog steeds. Interessant is namelijk dat de Hoge Raad de betreffende overweging nooit meer heeft herhaald. De lagere rechtspraak daarentegen heeft inmiddels op vele verschillende manieren toepassing gegeven aan de voormelde overweging van de Hoge Raad. Helemaal echter niet op een eenduidige wijze. En in dit laatste schuilt hem met name het probleem; uit een jurisprudentieanalyse blijkt dat het procederen over schadevergoeding bij *gelegitimeerd* afgebroken onderhandelingen min of meer gelijk staat aan het spelen van Russisch roulette.

De ene keer wordt bijvoorbeeld eenvoudigweg geoordeeld dat voor vergoeding van kosten plaats is 'voor zover deze daadwerkelijk en in redelijkheid zijn gemaakt', zonder daarbij aan te geven wat daarvoor dan de grondslag is en of hiermee dan bedoeld wordt op het (volledige) negatieve contractsbelang⁷, terwijl in een andere geval, waar de kaarten in de kern niet wezenlijk anders lagen, zonder verdere toelichting een door de afbrekende partij aangeboden schadevergoeding die slechts zag op een beperkt gedeelte van wat het volledige negatieve contractsbelang zou zijn geweest, 'als voldoende' werd beoordeeld.⁸ Tekenend in dit verband zijn bijvoorbeeld ook de uitspraken van de Hoge Raad in de zaken *Roompot Recreatie Beheer/De Efteling*⁹ en *Planofarm/ABN AMRO*.¹⁰ In de uitspraak van de rechtbank die ten grondslag lag aan eerstgenoemd arrest van de Hoge Raad lijkt de rechtbank nog aansluiting te zoeken bij de in het kader van de driefasenleer gepropageerde rechtmatige daadconstructie (de zogenaamde 'constructie Drion') waarbij niet het afbreken van de onderhandelingen op zich onrechtmatig is, maar het afbreken daarvan *in combinatie* met het niet aanbieden van vergoeding van de onderhandelingspartner gemaakte kosten. Hof en Hoge Raad (deze laatste deels om cassatietechnische redenen) nemen niet de kans waar om op dit punt duidelijkheid te creëren, daar waar in de literatuur de hiervoor bedoelde 'constructie Drion' inmiddels algemeen lijkt te worden verworpen.¹¹ Ook in de literatuur is onduidelijkheid troef.¹² Derhalve wordt een suggestie aangedragen ten aanzien

6 Zie voor een uitvoerige analyse van de hier bedoelde lagere rechtspraak Ruygvoorn, t.a.p. p. 81-105.

7 Rb. Haarlem 14 mei 2008, NJF 2008, 362.

8 Rb. Arnhem 5 oktober 2005, LJN: AU7615.

9 HR 26 oktober 2007, RvdW 2007, 931 (*Roompot Recreatie Beheer/De Efteling*).

10 HR 15 december 2006, RvdW 2007, 5 (*Planofarm/ABN AMRO*).

11 Vgl. bijvoorbeeld R.P.J.L. Tjittes, *De afbraak van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, Hartkampvarianties 2006*, p. 144, A.S. Hartkamp, *mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht; deel II: algemene leden overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 166 en M.R. Ruygvoorn, tap, p. 133 e.v.

12 Zie bijvoorbeeld de opvattingen van T. Hartlief en R.J. Tjittes, *Kroniek van het Vermogensrecht, NJB 2005/31*, C.R. Christiaans, *Aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen: van drie naar twee fasen, Maandblad voor Vermogensrecht 2005/10*, p. 194 versus de opvattingen van G.J. Knijp, *Plas/Valburg geldt nog altijd, NJB 2005/45-46*, p. 2375 en C. Bollen, *Een belangrijk arrest over afgebroken onderhandelingen dat weinig nieuws brengt, NTBR 2006/13*.

van hoe om te gaan met de 'tweede fase' uit de driefasenleer. Uitgangspunt daarbij is dat zich een situatie *kan* (maar dus niet noodzakelijkerwijs *moet*) voordoen waarin onderhandelingen nog eenzijdig niet-schadeplichtig kunnen worden afgebroken, maar waarin wel een recht bestaat op vergoeding van onderhandelingskosten. Uitgangspunt zou daarbij dan dienen te zijn dat onderhandelingskosten voor eigen rekening dienen te blijven tenzij a) van de teleurgestelde onderhandelingspartner op enig moment is verlangd dat deze kosten maakt die uitstijgen boven het 'investeringsniveau' dat in normaal acquisitief opzicht naar verkeersopvattingen mocht worden verwacht als zijnde kosten die voor eigen rekening dienen te blijven (mede bezien in het licht van de aard van de onderhandelingen, de onderlinge verhouding van partijen en de tussen hen geldende gewoonte en de marktsituatie), terwijl b) vast komt te staan dat de partij die deze extra kosten heeft gemaakt ten onrechte in het (rechtens relevante) vertrouwen verkeerde dat hij nog als potentiële contractspartner kwalificeerde. Let wel: het gaat hier dan dus niet om het rechtens relevante vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen (dat gaat een stap verder), maar om het rechtens relevante vertrouwen dat men nog 'in de race is' en als zodanig nog kans maakt op het verwerven van de opdracht waarover wordt onderhandeld. Dit zou de 'vertrouwensondergrens' kunnen worden genoemd ter onderscheiding van de mate van vertrouwen die noodzakelijk is in het daadwerkelijk tot stand komen van de overeenkomst als onderscheidende factor voor het niet meer eenzijdig mogen afbreken van onderhandelingen.

Of de rechtspraak zich ook daadwerkelijk in deze richting zal gaan ontwikkelen, moet worden bezien. In elk geval lijken er in de jurisprudentie wel aanknopingspunten voor deze gedachtegang te vinden.

4. Het gebruik van voorbehouden

Eén van de kernhoofdstukken van het proefschrift gaat over het gebruik van voorbehouden in het onderhandelingsproces. Dé manier om te kunnen ontsnappen aan het postvatten van rechtens relevant vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen wordt immers gevormd door het 'inbouwen' van voorbehouden. Uit het praktijkonderzoek, dat mede de basis vormt van het proefschrift, onder een groot aantal praktijkjuristen (zowel advocaten als bedrijfsjuristen) is naar voren gekomen dat in de praktijk veelvuldig gebruik wordt gemaakt van voorbehouden. Wie kenbaar wordt gemaakt dat wordt onderhandeld met een partij die het onderhandelingsresultaat afhankelijk heeft gesteld van het intreden van een bepaalde voorwaarde, kan er zich in beginsel immers niet met succes op beroepen

dat hij rechtens relevant heeft kunnen vertrouwen op het totstandkomen van de overeenkomst zolang de gestelde voorwaarde nog niet is ingetreden. Dat wil zeggen: indien en voor zover het voorbehoud door de partij ten behoeve van wie het is gemaakt, ook consequent wordt 'volgehouden' en niet wordt 'ondergraven', bijvoorbeeld met de opmerking op enig moment in het onderhandelingsproces dat het voorbehoud 'slechts een formaliteit betreft'. Immers, aan opmerkingen als deze zou, ondanks het gemaakte voorbehoud, alsnog rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen in de overeenkomst kunnen worden ontleend.

In hoofdstuk 6 van het proefschrift worden de mogelijke voorbehouden die gemaakt kunnen worden in drie, sluitende categorieën gerubriceerd, te weten:

I de categorie voorbehouden waarbij het intreden van het voorbehoud afhankelijk is van de wil van (één) van partijen (bijvoorbeeld: het voorbehoud dat pas een overeenkomst tot stand komt na daadwerkelijke ondertekening van een schriftelijke overeenkomst);

II de categorie voorbehouden waarbij het intreden van het voorbehoud afhankelijk is van de wil van een derde (bijvoorbeeld: het voorbehoud van goedkeuring door de raad van commissarissen); en
III de categorie waarin de voorbehouden vallen waarvan het intreden *onafhankelijk* is van de wil van (één) van partijen of van een derde (bijvoorbeeld: het voorbehoud dat de AEX door de 500 puntengrens heen gaat).

Vervolgens is onderzocht hoe de voorbehouden die in de respectieve categorieën vallen, juridisch zouden kunnen worden gekwalificeerd. Daarbij worden vier verschillende kwalificaties onderscheiden, te weten: voorbehouden als vormvoorschriften (waarbij nog een nader onderscheid wordt gemaakt tussen vormvoorschriften in ruime zin en vormvoorschriften in enge zin), voorbehouden als opschortende voorwaarden, voorbehouden als beperking op de vertegenwoordigingsbevoegdheid en voorbehouden als voorovereenkomsten. Sommige voorbehouden kunnen, afhankelijk van de wijze waarop zij zijn geformuleerd, meerdere juridische kwalificaties hebben, terwijl omgedraaid een categorie I-voorbehoud bijvoorbeeld nooit een opschortende voorwaarde kan zijn omdat zij dan zou kwalificeren als een potestatieve voorwaarde. Zo zou een categorie III-voorbehoud bijvoorbeeld niet worden gekwalificeerd als een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Binnen de verschillende categorieën voorbehouden kunnen zich tal van problemen voordoen, enigszins afhankelijk van de juridische duiding die men in

voorkomend geval aan het betreffende voorbehoud geeft. In het proefschrift wordt een aantal wezenlijke problemen besproken.

Eén van die problemen betreft de juiste juridische kwalificatie van gehanteerde voorbehouden. Dat die kwalificatie in de praktijk niet altijd even gemakkelijk is, blijkt onder meer uit een recente uitspraak van de Hoge Raad in een projectontwikkelingszaak.¹³ Het ging in deze zaak om de juridische duiding van een voorbehoud dat in de precontractuele fase was gemaakt. Van meet af aan was door één van partijen onderhandeld onder het voorbehoud 'van juridische en economische haalbaarheid'. Partijen twistten erover of dit voorbehoud juridisch moest worden gekwalificeerd als een opschortende of ontbindende voorwaarde, dan wel als een voorovereenkomst. Dit laatste in die zin dat de partij die het betreffende voorbehoud had gemaakt, zich ertoe zou hebben gecommitteerd om de projectontwikkelingsovereenkomst waarover werd onderhandeld te zullen gaan sluiten op het moment dat van de juridische en economische haalbaarheid genoegzaam zou zijn gebleken. In de alternatieve lezing zou de projectontwikkelingsovereenkomst reeds zijn aangegaan, zij het onder opschortende (of ontbindende) voorwaarde.

De Advocaat-Generaal merkt (mijns inziens terecht) op dat de overwegingen van het hof op dit punt bepaald niet zonneklaar zijn. Het hof lijkt het voorbehoud enerzijds te kwalificeren als een belemmering/essentiale voor het ontstaan van consensus maar anderzijds lijkt het hof het voorbehoud (tevens) te zien als een opschortende voorwaarde. Dit geeft aan hoe lastig het in de praktijk is om voorwaarden op juridisch juiste wijze te kwalificeren.

Is het voorbehoud wel helder kwalificeerbaar, zoals bijvoorbeeld het geval is bij het voorbehoud dat pas een overeenkomst ontstaat op het moment dat deze schriftelijk tussen partijen is vastgelegd ('subject to contract'), dan kunnen er tal van andere problemen rijzen, zoals bijvoorbeeld het geval was in een recente uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.¹⁴ In deze zaak was de vraag aan de orde hoe te oordelen in een situatie dat - kort gezegd - in een geval van onderhandelingen over de totstandkoming van een particuliere aannemingsovereenkomst nog niet was voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste, terwijl de onderhandelingen zich ontegenzeggelijk al in een zeer ver gevorderd stadium bevonden. De Raad kwam tot de conclusie dat, zolang niet aan het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:766 lid 1 BW was voldaan, er tussen partijen nog geen overeenkomst bestond, nu art. 3:39 BW bepaalt dat indien de wet een bepaalde vorm voor een over-

eenkomst voorschrijft, de overeenkomst nietig is zolang niet aan die vorm is voldaan. De interessante vraag die dan vervolgens echter rijst is of art. 3:39 BW analoge toepassing verdient ingeval partijen contractueel een dergelijk vormvoorschrift (schriftelijkheid) hebben afgesproken, bijvoorbeeld in een intentieverklaring aan het begin van de onderhandelingen. Wat nu wanneer partijen consensueel (mondeling) overeenstemming bereikt hebben en één van partijen zich vervolgens terugtrekt? Over deze kwestie is, voor zover mij bekend, nog geen hogere jurisprudentie bekend. Naar ik meen zou het antwoord op deze vraag echter afhankelijk zijn van de ratio van het vormvoorschrift in die zin dat indien de betreffende afspraak is gemaakt met het oog op de bewijsfunctie ervan, ik geen aanleiding zie voor analoge toepassing van art. 3:39 BW. Is de ratio daarentegen gelegen in de wens van partijen om tussen hen eenduidigheid te creëren omtrent het antwoord op de vraag wanneer tussen hen een overeenkomst tot stand komt, dan zie ik geen beletsel voor analoge toepassing.

5. Juridische grondslagen voor vorderingen wegens afgebroken onderhandelingen

Hoewel het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen inmiddels een lange geschiedenis kent, blijkt het ook op het punt van de juridische grondslag voor bijvoorbeeld een vordering tot schadevergoeding geënt op ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen bepaald nog niet uitgekristalliseerd te zijn. In het arrest *Plas/Valburg* knoopt de Hoge Raad weliswaar in eerste instantie aan bij de redelijkheid en billijkheid, maar naar mijn mening mag uit dit arrest niet worden afgeleid dat de Hoge Raad daarmee ook noodzakelijkerwijs de redelijkheid en billijkheid heeft gezien als zelfstandige bron van verbintenissen die ontstaan uit hoofde van ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen. En hoewel in de literatuur stemmen zijn opgegaan om de redelijkheid en billijkheid in dit verband wel als zelfstandige bron van verbintenis te zien, ben ik daar geen voorstander van, nog los van het antwoord op de vraag of men überhaupt, meer in het algemeen de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenis wil zien.

Illustratief in dit verband is dat de Hoge Raad vanaf het eerstvolgende arrest na *Plas/Valburg* (het arrest *Shell/VSH*) het niet meer heeft over het afbreken van onderhandelingen in strijd met de redelijkheid en billijkheid, maar over afbreken van onderhandelingen dat 'niet gerechtvaardigd, dat wil zeggen onaanvaardbaar is'. Verder merk ik op dat in ons

¹³ HR 5 maart 2010, RvdW 2010, 382.

¹⁴ RvA 30.528.

half open stelsel de bronnen van verbintenissen weliswaar niet limitatief in de wet zijn opgesomd en verbintenissen ook kunnen ontstaan in bijzondere gevallen waarbij geen sprake is van een wettelijke regeling maar mits het aannemen van de verbintenissen past in het stelsel van de wet en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen. Mijns inziens past bij het aannemen van verbintenissen op grond van een niet in de wet geregelde grondslag echter wel de nodige terughoudendheid. Daarvoor is te meer reden indien wij een wél in de wet geregelde bron hebben die meer dan genoeg mogelijkheden biedt om, met alle gewenste nuancerings van dien in voorkomend geval, tot aansprakelijkheid uit hoofde van afgebroken onderhandelingen te komen. Deze bron is de onrechtmatige daad. Er valt mijns inziens van alles voor te zeggen om ongelegitimeerd afbreken van onderhandelingen te zien als een handeling in strijd met de normen van de maatschappelijke betamelijkheid die nu eenmaal met zich brengen dat de onderhandelende partijen hun gedrag mede dienen te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Het in strijd met de redelijkheid en billijkheid afbreken van de onderhandelingen is dan in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en lijdt derhalve tot onrechtmatig handelen in de zin van art. 6:162 BW. Ik meen dat in dit verband de norm 'maatschappelijke betamelijkheid' van art. 6:162 BW uitwisselbaar is met de redelijkheid en billijkheid die ook de precontractuele verhoudingen beheerst. Wanneer men dit uitgangspunt kan aanvaarden, valt mijns inziens niet in te zien waarom men dan niet onrechtmatige daad als grondslag zou aanvaarden. Ik geef er sterk de voorkeur aan om, bij het vaststellen van grondslagen van aansprakelijkheid, vanuit het oogpunt van rechtszekerheid te kiezen voor de traditionele bronnen van verbintenissen, zeker wanneer die prima blijken aan te sluiten bij de in de rechtspraak ontwikkelde relevante factoren voor wat betreft het beoordelen van een casus die geënt is op vermeend ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen.

Dat neemt overigens niet weg dat naast of, in sommige gevallen, in plaats van de onrechtmatige daad als bron van verbintenissen uit hoofde van afgebroken onderhandelingen onder omstandigheden ook ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling in aanmerking zouden kunnen komen, maar dat zal niet snel het geval zijn.

6. Internationaal privaatrechtelijke aspecten

In het laatste hoofdstuk van het proefschrift wordt uitvoerig stilgestaan bij enkele relevante privaatrechtelijke aspecten van het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Deze aspecten zijn met name de vraag naar welk recht een geschil bij grensoverschrijdend afgebroken onderhandelingen moet worden beoordeeld en welke rechter, in geval van grensoverschrijdend afgebroken onderhandelingen, alternatieve bevoegdheid heeft om van het geschil kennis te nemen. Beide vragen worden geplaatst in het licht van de op 17 december 2009 in werking tredende EG-verordening die bekend staat als Rome I (de vervanger van het thans geldende Europees Overeenkomsten Verdrag (EVO))¹⁵ en de eveneens reeds in werking getreden verordening die bekend staat als Rome II ter zake van het recht dat van toepassing is op niet contractuele verbintenissen.¹⁶ De conclusie is dat, hoewel artikel 12 Rome II een separate regeling bevat voor het vaststellen van het toepasselijke recht op een vordering wegens ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen, nog tal van vragen open blijft. Allereerst rijst bijvoorbeeld de vraag waarop de Europese wetgever het oog heeft gehad bij niet contractuele verbintenissen indien de overeenkomst waarover werd onderhandeld nu juist wél tot stand komt. Ik veronderstel dat de Europese wetgever hier het oog heeft gehad op de situatie dat, nadat de overeenkomst waarover werd onderhandeld tot stand is gekomen, de ene partij tot de ontdekking komt dat in de precontractuele fase onoorbaar is gehandeld. Zulks bijvoorbeeld doordat van de zijde van een inkopende partij de prijs is gedrukt door te refereren aan een andere, goedkopere maar achteraf niet bestaande aanbieding van derden. Dit is echter gissen.

Een andere vraag die rijst is, in hoeverre een vordering die strekt tot het verkrijgen van vergoeding van het in het onderhandelingstraject gemaakte kosten eveneens geacht moet worden bestreken te worden door artikel 12 Rome II voor wat betreft de vaststelling van het daarop toepasselijke recht. Daar valt het nodige voor te zeggen, maar hieromtrent bestaat vooralsnog geen zekerheid.

Verder rijst de vraag hoe moet worden aangekeken tegen lid 2 van artikel 12 Rome II. Dit artikellid kent een alternatieve verwijzingsregel voor het geval de hoofdregel van artikel 12 geen soelaas biedt. Maar: wanneer komt men dan aan die alternatieve regel toe? Die situatie lijkt moeilijk denkbaar.

15 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement van 17 juni 2008, PbEG 2007, L 177/6.

16 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement van 11 juli 2007, PbEG 2007, L 199/40.

Aldus levert niet alleen de vraag van de zoektocht naar het toepasselijke recht nog tal van vragen op, maar ook (nog steeds) de zoektocht naar een eventueel alternatief bevoegde rechter in geval van een grensoverschrijdend geschil doet dat. Het gaat daarbij dan om de toepassing van de EEX executieverordening, respectievelijk artikel 6 Rv. De Hoge Raad heeft bepaald dat alternatief bevoegd is de rechter in de plaats waar - kort gezegd - de mededeling dat de onderhandelingen worden afgebroken, de teleurgestelde partij bereikt.¹⁷ Dit leidt echter snel tot willekeur en onder omstandigheden tot forumshopping. Ik stel vast dat, welke genuanceerde oplossing men ook zou willen nastreven om tot een alternatief bevoegd forum te komen, de uitkomst altijd in meer of mindere mate willekeurig zal zijn en pleit er dan ook voor om, in navolging van enige lagere jurisprudentie¹⁸, dat voor dergelijke vorderingen uitsluitend de hoofdregel van artikel 2 EEX-Vo kan worden gevolgd.

7. Samenvattend

Samenvattend bestrijkt het proefschrift nagenoeg alle voor de praktijk relevante aspecten met betrekking tot het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. De slotsom luidt dat hoewel het leerstuk al een rijke en relatief lange geschiedenis kent, het op een aantal wezenlijke punten toch bepaald nog niet uitgekristalliseerd is. Op deze punten beoogt het proefschrift, naast een inventarisatie van de bestaande problematiek en de nog voor discussie vatbare vragen, oplossingen aan te dragen die zoveel mogelijk passen in het gebouw zoals dat door met name de hogere jurisprudentie reeds is geconstrueerd en dat anderzijds ook aansluit bij de wensen van de praktijk zoals deze voortvloeien uit het onderzoek dat binnen een deel van de advocatuur en onder een groot aantal bedrijfsjuristen is uitgevoerd.

¹⁷ HR 21 september 2001, NJ 2002, 254 (Bus/Chemconserve).

¹⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 4 mei 2005, NJ 2005, 240 gevolgd door Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2006, NJF 2006, 625.