

# Vergoeding van positief of negatief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen?

Bb 2014/72

*Schadeberekening, meer in het bijzonder bij ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen, en de keuze tussen positief en negatief contractsbelang*

## 1. Inleiding

De wijze van schadeberekening verschilt al naargelang de juridische grondslag voor de aansprakelijkheid. Bij aansprakelijkheid als gevolg van ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen geldt sinds het arrest Plas/Valburg dat het positief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komt. Dat vergoeding van het positief contractsbelang in de praktijk steeds minder voorkomt, laat onverlet dat de mogelijkheid tot het vorderen van het positief contractsbelang uitgangspunt blijft. Enkele recente uitspraken uit de hogere feitenrechtspraak bevestigen dit, waarbij een recente uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden aantoont hoe flexibel ons schadevergoedingsrecht is en hoe groot de rechterlijke vrijheid in dat verband.

## 2. Normatief kader bij wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding

Als algemeen uitgangspunt binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht heeft te gelden dat degene die als gevolg van een fout van een ander (ongeacht of dit nu een onrechtmatige daad of wanprestatie is) nadeel ondervindt, zo veel mogelijk in de positie dient te worden gebracht waarin hij zonder die fout zou hebben verkeerd. Dit wordt ook wel een secundaire vorm van rechtshandhaving genoemd waarbij de gevolgen van de schending van het recht zo veel mogelijk dienen te worden weggenomen.

Maar hoe deze schade te berekenen? Dat hangt af van de grondslag van de aansprakelijkheid. Uitgangspunt bij onrechtmatige daad vormt dat voor de bepaling van de omvang van de schadevergoeding “moet worden uitgegaan van een vergelijking van de situatie waarin de benadeelde als gevolg van de onrechtmatige daad verkeert, met de situatie waarin hij zonder de onrechtmatige daad zou hebben verkeerd” (HR 18 januari 2002, NJ 2002/168 (*Interplant/Oldenburger*)). Bij wanprestatie moet de schade worden begroot “op basis van de vermogensvermindering die ten tijde van de niet-nakoming door de tot de prestatie gerechtigde is geleden ten opzichte van de situatie waarin hij zou zijn geraakt bij behoorlijke nakoming” (HR 26 april 2002, NJ 2004/210 (*Sparrow/Van Beukering*)). Bij ontbinding wordt de schadevergoeding vastgesteld “door met elkaar in vergelijking te brengen, enerzijds, de hypothetische situatie waarin de schuldeiser zou hebben

verkeerd bij een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming en, anderzijds, de feitelijke situatie waarin de schuldeiser na ontbinding van de overeenkomst verkeert” (HR 24 september 2004, NJ 2006/201 (*Muijlaert/Moes*)).

Aangenomen wordt dat een vordering wegens ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen in beginsel gestoeld wordt op onrechtmatige daad. De normschending (de onrechtmatigheid) bestaat er dan in beginsel uit dat gehandeld wordt in strijd met het vertrouwen tot het ontstaan waarvan men zelf heeft bijgedragen. Zou die normschending er niet zijn geweest en het vertrouwen tot het ontstaan waarvan men zelf heeft bijgedragen, zijn gehonoreerd, dan dient (hypothetisch) vervolgens te worden aangenomen dat de onderhandelingen succesvol zouden zijn geweest, het contract waarover werd onderhandeld tot stand zou zijn gekomen en deugdelijk zou zijn uitgevoerd. Dat laatste is uiteraard anders op het moment dat de normschender aannemelijk kan maken dat ook bij honorering van het gewekte vertrouwen de overeenkomst, indien die al tot stand zou zijn gekomen, nimmer (deugdelijk) tot uitvoering zou zijn gekomen.

In zoverre loopt de schadevergoedingsregel zoals die geldt bij ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen dus keurig in de pas met de hoofdregel.

## 3. Alternatief: negatief contractsbelang

De teurgestelde partij kan echter ook kiezen voor vergoeding van het negatief contractsbelang. In dat geval vraagt hij de rechter om financieel te worden gebracht in de positie waarin hij zou zijn komen te verkeren indien er in het geheel niet zou zijn onderhandeld. Veelal zal de in de toekomst te lijden schade, vanwege de winstdervingscomponent die daar veelal in zit, hoger zijn dan het negatief contractsbelang, maar dat hoeft niet in alle gevallen zo te zijn. Allereerst kan het negatief contractsbelang wel degelijk ook een gedeelde winstcomponent bevatten, namelijk in die gevallen waarin de gelaedeerde een lucratieve overeenkomst met een andere partij (bewijsbaar) heeft laten schieten omdat hij meende zelf de onderhandelingen niet (meer) af te mogen breken. Voor zover in het contract dat aldus niet gesloten kon worden een winstmarge zat, komt die winstmarge als gedeelde winst in beginsel voor vergoeding in aanmerking. Daarnaast geldt dat het ook een kwestie van afweging van bewijsmiddelen is. Uitgangspunt in ons schadevergoedingsrecht is immers dat schade zo veel mogelijk concreet wordt becijferd, hetgeen in de praktijk met name nogal eens problemen oplevert bij het becijferen van toekomstige (en daarmee in belangrijke mate hypothetische) vermogensverliezen. Wie voorziet dat het lastig wordt om aan te tonen dat de overeenkomst waarover werd onderhandeld, indien deze zou zijn uitgevoerd, zou hebben geleid tot – kort gezegd – positieve resultaten op korte of middenlange termijn, doet er mogelijk verstandig aan om, al was het maar alternatief

<sup>1</sup> Mr. dr. M.R. Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht.

voor zover het een hoger bedrag betreft, vergoeding te vorderen van het negatief contractsbelang. In elk geval moet er een keuze worden gemaakt; positief of negatief contractsbelang sluiten elkaar uit, simpelweg omdat er anders sprake zou zijn van een dubbelrekening. De 'onderhandelingskosten' worden immers normaal gesproken als algemene kosten ten laste van het resultaat gebracht en wanneer sprake zou zijn van vergoeding van het positief contractsbelang (waarin in beginsel een winstmarge zit verdisconteerd die bijdraagt aan het resultaat) en daarnaast vergoeding zou plaatsvinden van de 'onderhandelingskosten' (die ten laste van het resultaat komen) zou de gelaedeerde dubbel worden beloond.

#### 4. Positief contractsbelang niet langer uitgangspunt?

Met enige regelmaat wordt in de praktijk de vraag opgeworpen of het uitgangspunt dat bij ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen het positief contractsbelang toewijsbaar is, nog wel juist is omdat dit in de praktijk zelden zou worden toegewezen. Feit is echter dat in de feitenrechtspraak nog wel degelijk met een zekere regelmaat vergoeding van het positief contractsbelang bij ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen als uitgangspunt wordt erkend en ook wordt toegewezen. Een goed voorbeeld daarvan vormt Gerechtshof Arnhem/Leeuwarden 15 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3102, waarin het hof nog eens met zoveel woorden aangeeft dat vergoeding van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen het uitgangspunt is. Daarbij geldt dan wel, zo voeg ik daar nog aan toe, dat dit alleen geldt indien het ongelegitimeerd zijn van het afbreken van de onderhandelingen valt terug te voeren op rechtens relevant vertrouwen in – kort gezegd – de totstandkoming van enigerlei contract. Niet wanneer het afbreken van de onderhandelingen op grond van andere omstandigheden onaanvaardbaar moet worden geacht. In dit laatste geval komt voor vergoeding slechts in aanmerking het negatief contractsbelang.

Naar ik meen is het enkele feit dat we wellicht minder vaak dan voor het arrest CBB/JPO het geval was succesvolle procedures uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen zien (waarbij vergoeding van positief contractsbelang aan de orde is) vooral het gevolg van het gegeven dat, sinds het arrest CBB/JPO, de rechter bij het aannemen van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen in enigerlei contract een 'strengere en tot terughoudendheid nopenende maatstaf' moet aannemen. Dat heeft echter niets met de berekening van de schadevergoeding te maken maar alles met de aanname van de aansprakelijkheid. Omdat aansprakelijkheid minder snel komt vast te staan, gegeven de voormelde door de rechter aan te leggen maatstaf, zal er eenvoudiger minder snel met succes kunnen worden geprocedeerd uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen. Wordt evenwel aansprakelijkheid vastgesteld (op basis van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen) dan geldt echter onverkort dat recht bestaat op vergoeding van het positief contractsbelang en daarmee ook op de winst die met de overeenkomst over de totstandkoming waarvan werd onderhandeld, had kunnen worden gegenereerd.

#### 5. Probleem: de vaststelling van toekomstige schade

Eén van de problemen die zich bij de becijfering van het positief contractsbelang voordoet, is natuurlijk dat daarbij uitgegaan moet worden van de hypothese dat de overeenkomst over de totstandkoming waarvan werd onderhandeld, ook deugdelijk zou zijn uitgevoerd en de winstmarges zou hebben gegenereerd waarop de gelaedeerde partij hoopte. Uitgangspunt daarbij dient te zijn, het zij herhaald, dat de schade zo veel mogelijk concreet wordt berekend. Dat daarbij het doen van bepaalde aannames niet te vermijden valt, moge duidelijk zijn en wordt in de rechtspraak ook geaccepteerd. Ons schadevergoedingsrecht biedt de rechter evenwel een zodanige flexibiliteit, dat met dergelijke onzekerheden gemakkelijk rekening gehouden kan worden. De hiervoor aangehaalde uitspraak van het Gerechtshof Arnhem/Leeuwarden vormt hier een goed voorbeeld van. Het hof komt tot de conclusie dat op grond van alle feiten en omstandigheden niet kan worden aangenomen dat het project waarover partijen onderhandelden, vanwege het commerciële risico dat daaraan was verbonden, per definitie succesvol zou zijn geweest. Het door de gelaedeerde partij beweerdelijk gemiste voordeel, lag dan, aldus het hof, ook niet voor het oprapen. Daarbij komt, aldus nog steeds het hof, dat niet is gesteld nog gebleken is dat het om een unieke kans ging, zodat mocht worden aangenomen dat de inspanningen en kosten van de gelaedeerde ter zake de bouwplannen en de financiering alsmede zijn contacten met derden (in casu zorgverleners) ook elders rendabel gemaakt hadden kunnen worden. Aannemelijk was volgens het hof wel, dat realisatie elders enige tijd in beslag zou hebben genomen zodat er wel termen aanwezig zijn om een deel van de gemiste rendementen te vergoeden, maar niet de rendementen die de gelaedeerde vorderde over een periode van dertig jaar.

#### 6. Conclusie

Uitgangspunt binnen het schadevergoedingsrecht bij ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen is nog immer vergoeding van het positief contractsbelang of (maar dan op basis van een keuze van de gelaedeerde) vergoeding van het negatief contractsbelang. Bij vergoeding van het positief contractsbelang dient de gelaedeerde financieel in de positie te worden gebracht waarin deze zou zijn komen te verkeren indien de onderhandelingen succesvol zouden zijn geweest, het contract waarover werd onderhandeld, tot stand zou zijn gekomen en deugdelijk zou zijn uitgevoerd. Dat impliceert in veel gevallen mede vergoeding van toekomstige schade. Deze dient in essentie zo concreet mogelijk te worden berekend. Het schadevergoedingsrecht biedt in dat kader grote flexibiliteit voor wat betreft de uiteindelijke vaststelling van de toekomstige gemiste kansen, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval en dus ook met de onzekerheid of een contract uiteindelijk wel zo succesvol zou zijn geweest als de gelaedeerde voor ogen stond.