

# Artikel

## Bestaat de ‘tweede fase’ uit Plas/Valburg nog?

Mr. dr. M.R. Ruygvoorn\*

Bestaat de ‘tweede fase’ uit Plas/Valburg nog? Deze vraag houdt de gemoederen al geruime tijd bezig, met name na het arrest JPO/CBB.<sup>1</sup> Uit de traditionele interpretatie van de zogenoemde driefasenleer zoals die zich in de literatuur heeft ontwikkeld naar aanleiding van het arrest Plas/Valburg,<sup>2</sup> volgde dat er zich tijdens de onderhandelingen een stadium kan voordoen waarin het partijen weliswaar nog vrijstaat om de onderhandelingen eenzijdig af te breken, maar alleen wanneer – kort gezegd – de kosten die de onderhandelingspartner heeft gemaakt, worden vergoed. Hoewel de Hoge Raad sedert het arrest Plas/Valburg nimmer meer aan dit ‘stadium’ heeft gerefereerd, lijkt deze ‘tweede fase’ zich in de lagere jurisprudentie inmiddels een vaste plaats te hebben verworven en komt er langzaam maar zeker meer duidelijkheid over belangrijke vragen als: wat is de juridische grondslag voor een vordering die op deze ‘tweede fase’ is gebaseerd? Wanneer treedt die ‘tweede fase’ in? En welke schade kan worden gevorderd? Deze en aanverwante problematiek staan centraal in dit artikel.

### 1. Kostenvergoeding bij *gelegitimeerd* afgebroken onderhandelingen in Plas/Valburg

Het gaat in deze bijdrage dus niet om schadevergoeding bij *on*gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen (dat wil zeggen: onderhandelingen waarvan het afbreken onaanvaardbaar en daarmee onrechtmatig was), maar om schadevergoeding bij *gelegitimeerd* afgebroken onderhandelingen. Dat wil dus zeggen dat het afbreken van de onderhandelingen op zichzelf niet onaanvaardbaar was, daarmee niet onrechtmatig was en niet uit dien hoofde recht geeft op schadevergoeding.

Voor zover in het kader van dit artikel relevant, overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.5 in het arrest Plas/Valburg (na eerst ingegaan te zijn op het op onaanvaardbare wijze afbreken van onderhandelingen) als volgt:

‘Een verplichting daartoe [lees: tot vergoeding van de door de onderhandelingspartner in de onderhandelingen gemaakte kosten; MR] zou zelfs kunnen bestaan, als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de gemeente te goeder trouw die onderhandelingen niet meer 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.’

Deze rechtsoverweging riep tal van vragen op, zoals: indien er een stadium is waarin het afbreken van de

\* Mr. dr. M.R. Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht en als universitair docent verbonden aan de Universiteit Utrecht.

1. HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (JPO/CBB).  
2. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg).

onderhandelingen op zichzelf geoorloofd is, maar er wel kosten vergoed moeten worden, wanneer treedt dat stadium dan in? Wat is de juridische grondslag voor vergoeding van onderhandelingskosten in dat stadium? En: hoe verhouden deze kosten zich tot de vergoeding van het negatief contractsbelang (of heeft de Hoge Raad juist op het negatief contractsbelang gedoeld?) c.q. op welke kosten heeft de Hoge Raad precies het oog gehad?

Voorafgaand aan het beantwoorden van deze vragen stel ik allereerst vast dat de Hoge Raad in het arrest Plas/Valburg voor het eerst, maar tevens voor het laatst, aan dit zogenaamde stadium in het onderhandelingsproces heeft gerefereerd. In de opvolgende arresten<sup>3</sup> refereert de Hoge Raad immers nog ‘slechts’ aan de regel dat onderhandelende partijen verplicht zijn hun gedrag mede te doen bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen, waarbij als hoofdregel geldt dat de onderhandelingen eenzijdig kunnen worden afgebroken, ‘tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd – dat wil zeggen – onaanvaardbaar zou zijn’.<sup>4</sup>

## 2. De ‘driefasenleer’

Op zichzelf is het dus verbazingwekkend dat eerst na het arrest JPO/CBB uit 2005 de discussie omtrent het bestaan van het door de Hoge Raad in het arrest Plas/Valburg nog met zoveel woorden genoemde stadium ter discussie is gesteld. Wellicht is dit het gevolg geweest van de institutionalisering van de zogenoemde ‘driefasenleer’ zoals die in de literatuur is geïntroduceerd kort na het wijzen van het arrest Plas/Valburg. Deze zogenoemde ‘driefasenleer’ komt op het volgende neer. In de eerste fase zou het beide onderhandelende partijen vrijstaan om de onderhandelingen op ieder gewenst moment af te breken zonder tot vergoeding van de door de ander in het kader van de onderhandelingen gemaakte kosten te kunnen worden gehouden. In de tweede fase zou het partijen weliswaar nog vrijstaan om de onderhandelingen eenzijdig af te breken, maar leidt dit wel tot schadeplichtigheid van de afbrekende partij ter zake van de door de onderhandelingspartner gemaakte kosten. In de derde fase zou het partijen niet meer vrijstaan de onderhandelingen eenzijdig af te breken. Gebeurt dat toch, dan zou de afbrekende partij kunnen worden veroordeeld tot dooronderhandelen of tot schadevergoeding die zich mede uitstrekt tot het positief contractsbelang. Met deze ‘driefasenleer’ zijn generaties juristen opgegroeid, en hoewel de ‘driefasenleer’ op het eerste gezicht de indruk wekt dat zij een duidelijk kader

3. Te beginnen met het arrest van 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell).

4. Aldus de Hoge Raad in het arrest VSH/Shell. Zie voorts ook de arresten van 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil), 16 juni 1995, NJ 1995, 705 (Shell/Van Esta Chalingii), 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruijterij/MBO) en, meer recent, HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (JPO/CBB) en HR 29 februari 2008, RvdW 2008, 284 (X/Shell).

schept, is zij bij nadere betrachting mijns inziens verwarrend omdat ten onrechte de indruk wordt gewekt dat de betreffende fasen elkaar in alle gevallen noodzakelijkerwijs en onomkeerbaar in de tijd opvolgen. Dat hoeft naar mijn mening echter geenszins het geval te zijn. Integendeel: ik sluit mij aan, zoals ik hierna nog nader zal toelichten, bij het uitgangspunt dat zich in de precontractuele fase *de iure* doorgaans slechts twee situaties kunnen voordoen, te weten: de situatie waarin het beide partijen nog vrijstaat om eenzijdig onderhandelingen af te breken en de situatie waarin hun dit niet langer vrijstaat. *Daarnaast* (en dus niet noodzakelijkerwijs: opvolgend) *kan* (maar dit hoeft niet) zich de situatie voordoen dat er in de precontractuele fase op enig moment gedurende de periode dat de onderhandelingen nog eenzijdig kunnen worden beëindigd, een verplichting ontstaat (ik vermijd bewust het begrip ‘fase’ of ‘stadium’) om kosten die in het kader van de onderhandelingen zijn gemaakt, te vergoeden. Naar ik meen zal zich evenwel in verreweg de meeste gevallen een dergelijke verplichting in het geheel niet voordoen.

## 3. Enige recente opvattingen in de literatuur

Zoals aangegeven is de discussie over het al dan niet langer bestaan van de hiervoor bedoelde ‘tweede fase’ met name opgelaaid naar aanleiding van het arrest JPO/CBB. Daarin overwoog de Hoge Raad in de kern:

‘(...) Als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval de onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent tenslotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen.’

Geen woord meer over vergoeding van kosten en al helemaal niet in de situatie dat het de partijen op zichzelf vrij zou staan om de onderhandelingen af te

breken. Dit heeft een aantal auteurs ertoe gebracht om te stellen dat de Hoge Raad 'om' is en de driefasenleer volledig heeft verlaten. Zo onder meer Drion.<sup>5</sup> Drion stelt dat de fasen die in de literatuur naar aanleiding van het arrest Plas/Valburg zijn ontstaan, niet meer zouden bestaan. Hij overweegt:

'Het lijkt vanaf nu van tweeën één: óf de afbrekende partij mag profiteren van het beginsel dat afbreken vrij staat, óf hij is aansprakelijk voor alle schade (inclusief gedeerde winst), waarbij de rechter in het laatste geval nog tal van middelen heeft om tot een redelijk resultaat te komen (eigen schuld, de mate van verantwoordelijkheid voor het ontstane gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij dat de overeenkomst tot stand zou komen, schadebeperkingsplichten en dergelijke).'

Tot een soortgelijke conclusie als Drion komen Hartlief en Tjittes.<sup>6</sup> Zij concluderen:

'De vraag blijft welke betekenis nog toekomt aan het cryptische zinnetje in het arrest Plas/Valburg dat "als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de gemeente te goeder trouw die onderhandelingen niet meer 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". Wat ons betreft heeft die zinsnede, die lijkt op de constructie van een rechtmatige overheidsdaad (aansprakelijk als geen schadevergoeding wordt aangeboden), geen betekenis meer en is de enige toetssteen (afgezien van onzorgvuldigheid als vordering op een onrechtmatige daad wordt gebaseerd) de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De rechtsgevolgen daarvan kunnen gedifferentieerd zijn (vergoeding van kosten, gedeerde winst of dooronderhandelen).'

Ook Christiaans komt tot de conclusie dat de tweede fase uit het arrest Plas/Valburg lijkt te zijn verdwenen.<sup>7</sup> Christiaans stelt allereerst nog:

'Een verplichting tot vergoeding van alleen de door de andere partij in het kader van de onderhandelingen gemaakte kosten kan al eerder bestaan, namelijk indien niet gezegd kan worden dat de onderhandelingen in een zodanig stadium zijn geraakt dat afbreken onaanvaardbaar zou zijn, maar reeds wel in een stadium dat afbreken niet meer vrij staat zonder de door de ander gemaakte kosten te vergoeden. Met andere

woorden, in deze "tweede fase" dient het negatief contractsbelang te worden vergoed.'<sup>8</sup>

Christiaans vervolgt met de vaststelling dat de tweede fase niet meer bestaat en dat de Hoge Raad slechts één, zoals hij het zelf noemt, royale, eerste fase kent die haar grens vindt in onaanvaardbaarheid, daar waar het afbreken van de onderhandelingen onrechtmatig wordt. In de opvolgende fase (die door Christiaans als 'tweede fase, nieuwe stijl' wordt betiteld) is wel plaats voor schadevergoeding, hetgeen volgens Christiaans impliceert dat zowel geleden verlies als gedeerde winst – als vermogensschade als bedoeld in artikel 6:96 Burgerlijk Wetboek (BW) – voor vergoeding in aanmerking komt, en aangezien het wetboek niet voorziet in een variant waarin alleen geleden verliezen voor vergoeding in aanmerking komen, kan, in geval van onrechtmatig afbreken van onderhandelingen, volgens Christiaans alleen plaats zijn voor volledige aansprakelijkheid.<sup>9</sup>

Niet iedereen gaat echter in deze redenering mee en ook mij lijkt die iets te kort door de bocht. Zo schrijft Knijp in zijn reactie op de hiervoor genoemde bijdrage van Drion onder meer:

'Ook bij herlezing van het arrest [bedoeld is het arrest JPO/CBB; MR] kan ik de in r.o. 3.5 omschreven klachten niet anders plaatsen dan in "fase-3" van Plas/Valburg. Voor wat de inhoud van de maatstaf betreft waaraan de desbetreffende vordering moet worden getoetst, grijpt de Hoge Raad terug op het criterium van r.o. 3.1 van het arrest VSH/Shell, en voegt daaraan gedeelten toe van de arresten De Ruijterij/MBO en Combinatie/Staat. In dit verband moet worden benadrukt dat de Hoge Raad in VSH/Shell aangaf dat het in die zaak uitsluitend nog ging om de grondslag van de vordering van VSH tot vergoeding van het positief contractsbelang. Dat betrof – evenals thans – een uitgesproken fase-3 kwestie, in welk verband noch in dat arrest noch nadien in de literatuur, de driedeling van Plas/Valburg in twijfel werd getrokken. Waarom dan het arrest JPO/CBB waarin een gelijke vraag als in VSH/Shell aan de orde was en waarin dezelfde maatstaf werd toegepast, wél zou moeten leiden tot de conclusie dat het "mes" in Plas/Valburg is gezet en dat fase-2 niet (meer) bestaat, ontgaat mij vooralsnog. (...) Al met al lees ik niets revolutionairs in het recente arrest van de Hoge Raad (...). Overigens zou ik het wel betreuren als er sprake zou zijn van een einde van Plas/Valburg. Weliswaar is fase-2 met de plicht tot gehele of gedeeltelij-

5. C.E. Drion, Ons onderhandelingsrecht onder handen, NJB 2005/34.

6. T. Hartlief & R.J. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2005/31.

7. C.R. Christiaans, Aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen: van drie naar twee fasen, Maandblad voor Vermogensrecht 2005/10, p. 194.

8. Een van de vragen die rees naar aanleiding van het arrest Plas/Valburg was of in de zogenoemde 'tweede fase' de Hoge Raad daadwerkelijk het volledige negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking heeft willen laten komen of slechts een deel van de gemaakte onderhandelingskosten. Zoals uit het navolgende blijkt, meen ik dat hooguit slechts een deel van de gemaakte onderhandelingskosten voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen en in die zin gaat mij de stelling van Christiaans dus te ver.

9. Christiaans 2005, p. 195. Vgl. ook T. Hartlief, Hoe soft is ons contractrecht?, NJB 2007/33.

ke vergoeding van bepaalde kosten, zelfs vóórdat er sprake behoeft te zijn van een gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen, doctrinair wellicht een wat vreemde eend in de bijt, maar niettemin zou ik deze fase toch niet willen missen; de sprong van “niets” naar de precontractuele plicht tot vergoeding van het positief contractsbelang wordt anders wel enorm groot. En uitgaande van het bestaan van fase-2, vind ik het prima dat fase-3 streng en terughoudend dient te worden toegepast; in negen van de tien gevallen waarin sprake is van fase-3, zou men immers evengoed kunnen verdedigen dat reeds een voorovereenkomst (of rompovereenkomst) tot stand is gekomen, en dat maakt de precontractuele plicht tot vergoeding van het positief contractsbelang in fase-3 direct ook een stuk gemakkelijker aanvaardbaar (en uitlegbaar aan de buitenlandse juristen waarover Drion rept).<sup>10</sup>

In (deels) gelijke zin als Knijp schrijft Wessels in zijn annotatie bij JPO/CBB, in overeenstemming met datgene wat Knijp reeds had opgemerkt, dat het in het arrest JPO/CBB uitsluitend en alleen om de derde fase ging en dat de tweede fase in de casus die aan dit arrest ten grondslag lag, in het geheel geen rol heeft gespeeld. Uit deze bewoordingen leid ik af dat ook Wessels het niet zonder meer eens is met de gevolgtrekkingen van Drion.<sup>11</sup>

Tot zover een kleine bloemlezing uit de literatuur met betrekking tot de ‘tweede fase’ uit de ‘driefasenleer’ in het tijdperk na het arrest JPO/CBB.

## 4. De ‘tweede fase’ in de rechtspraak

De rechtspraak lijkt zich, anders dan de literatuur, bepaald minder druk te maken over het (voort)bestaan van de ‘tweede fase’ en neemt eerder een pragmatische houding aan. Deze is onder meer terug te vinden in het arrest van het Gerechtshof Den Bosch van 31 januari 2006 (Roompot/Efteling),<sup>12</sup> waarvan weliswaar beroep in cassatie is ingesteld, maar welk beroep op grond van artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) niet tot cassatie kon leiden.<sup>13</sup> In deze zaak ging het om onderhandelingen tussen de Efteling en Roompot met betrekking tot het ontwikkelen, realiseren en exploiteren van een (commerciële) verblijfsaccommodatie grenzend aan het Efteling Park. Deze onderhandelingen werden op enig moment door de Efteling afgebroken, waarop evenwel zowel door de rechtbank als het hof geoordeeld werd dat dit de Efteling op zichzelf vrijstond. Ten aan-

zien van de gemaakte (onderhandelings)kosten, waarvan vergoeding werd gevorderd, overwoog het hof (r.o. 4.9):

‘Uit het voorgaande volgt dat de rechtbank terecht geen grondslag voor vergoeding van, kort gezegd, het positief contractsbelang aanwezig heeft geacht. Daarentegen was naar het oordeel van de rechtbank op het moment dat de onderhandelingen stuk liepen wel een situatie bereikt waarin Efteling deze niet mocht afbreken zonder de door Roompot gemaakte kosten en schade te vergoeden. In geval van afgebroken onderhandelingen kan er in dat geval inderdaad enkel sprake zijn van een recht op vergoeding van het negatief contractsbelang, zoals door de rechtbank is overwogen.’<sup>14</sup>

Tot een soortgelijke conclusie kwam het Hof Arnhem<sup>15</sup> in de zaak tussen Planoform en ABN AMRO. Ook deze zaak onderging in cassatie het lot van artikel 81 Wet RO.<sup>16</sup> Het hof oordeelde dat ABN AMRO terecht gebruikmaakte van haar recht om van de zo langdurig en vergaand voorbereide overeenkomst toch af te zien, maar dat de redelijkheid en billijkheid eisten dat zij zich de belangen van Planoform had aangetrokken door haar de gemaakte kosten te vergoeden (r.o. 6.2). De onderhandelingen speelden zich immers na een eerste periode van verkennende besprekingen niet meer in een vrijblijvende sfeer af. Daarenboven was het afbreken van de onderhandelingen mede ingegeven door veranderde beleidsinzichten bij ‘haar organisatie’ (r.o. 6.1).

Ook volgens een zeer recente uitspraak van het Hof Leeuwarden<sup>17</sup> bestaat de ‘tweede fase’ uit Plas/Valburg nog steeds. Het hof overwoog, na eerst te hebben vastgesteld dat in beginsel als uitgangspunt heeft te gelden dat onderhandelingen voor eigen rekening en risico worden gevoerd, voor wat betreft de vordering tot vergoeding van kosten in verband met gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen:

‘Echter, zoals uit het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 1982 (Plas/Valburg) voortvloeit kan voor degene die de onderhandelingen afbreekt toch een verplichting bestaan tot vergoeding van door de wederpartij gemaakte kosten, indien de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zijn geraakt dat die onderhandelingen niet meer te goeder trouw mogen worden afgebroken, maar wel reeds in een stadium dat een dergelijk afbreken in de gegeven

10. G.J. Knijp, Plas/Valburg geldt nog altijd, NJB 2005-45/46, p. 2375.

11. Vgl. ook C. Bollen, Een belangrijk arrest over het afbreken van onderhandelingen dat weinig nieuws brengt, NTBR 2006/13, p. 69.

12. Hof Den Bosch 31 januari 2006, NJF 2006, 308.

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

14. Volledigheidshalve merk ik nog op dat de vijfde grief die Roompot had gericht tegen het vonnis van de rechtbank, inhield dat de Efteling ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt door haar handelwijze. Te dien aanzien merkt het hof op: ‘In het licht van het vorenstaande valt niet in te zien op welke wijze Efteling naast de op haar rustende verplichting tot vergoeding van de schade en kosten van Roompot – voor zover al niet vergoed door Efteling – ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Roompot. Voor zover daarvan al zou kunnen worden gesproken, heeft Roompot haar stellingen onvoldoende onderbouwd’ (r.o. 4.10).

15. Hof Arnhem 5 april 2005, rolnummer 2004.00377H.

16. HR 15 december 2006, RvdW 2007, 5 (Planoform/ABN Amro).

17. Hof Leeuwarden 1 februari 2011, LJN BP7319.

omstandigheden niet meer vrijstaat zonder de gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk te vergoeden.’

Het hof wees weliswaar de gevorderde vergoeding af, maar aanvaardt de mogelijkheid van schadevergoeding bij geëgitimeerd afgebroken onderhandelingen nog steeds als geldend recht.

Nog pregnanter speelde de ‘tweedefaseproblematiek’ in het tussenarrest van het Hof Arnhem van 27 januari 2009.<sup>18</sup> In deze zaak werd door het hof de primaire vordering die was gebaseerd op *ongeëgitimeerde* afgebroken onderhandelingen afgewezen en wijdde het hof een aantal rechtsoverwegingen aan de beoordeling van de subsidiaire vordering tot vergoeding van gemaakte kosten met een beroep op de hiervoor reeds ter sprake gekomen r.o. 3.6 uit het arrest Plas/Valburg, waarin de Hoge Raad refereert aan een mogelijke verplichting tot vergoeding van ‘gemaakte kosten’ bij geëgitimeerd afgebroken onderhandelingen. Onder verwijzing naar deze rechtsoverweging van de Hoge Raad en naar de conclusie van de advocaat-generaal in het arrest van de Hoge Raad van 15 december 2006 (Planoform/ABN AMRO) overwoog het hof in r.o. 4.33 onder meer als volgt:

‘Met de A-G Spier in zijn conclusie (...) van het arrest HR 15 december 2006 (...), en mede naar aanleiding van de verwerping onder toepassing van artikel 81 R.O. van het incidenteel cassatieberoep in dat arrest oordeelt het hof onvoldoende aanwijzingen aanwezig om aan te nemen dat de Hoge Raad de mogelijkheid van een verplichting tot vergoeding van de door de wederpartij van de afbrekende partij in het kader van de onderhandelingen gemaakte kosten heeft laten vallen in zijn hiervoor onder 4.13 geciteerde en op vergoeding van het positief contractsbelang toegesneden arresten [bedoeld is onder meer het arrest JPO/CBB; MR]. Naar het oordeel van het hof moet de grondslag van een dergelijke verplichting worden gezocht in (de aanvullende werking van) de redelijkheid en billijkheid, die immers de verhouding tussen onderhandelende partijen mede beheerst.’

Het hof continueert zijn betoog vervolgens in r.o. 4.36 en r.o. 4.37 voor wat betreft het antwoord op de vraag welke kosten in voorkomend geval voor vergoeding in aanmerking zouden komen:

‘Het gaat hier niet noodzakelijkerwijs alleen om onderhandelingskosten, maar in beginsel om alle kosten (waaronder met name ook kosten van voorbereiding, ontwikkeling, investering en bedrijfsvoering) die [geëitimeerde sub 1] en [geëitimeerde sub 2] hebben gemaakt in het kader van het traject dat partijen samen hebben afgelegd ten behoeve van het kanaalwaterproject. Daarbij verdient opmerking dat kosten eerder voor een vergoedingsbijdrage in aanmerking zullen komen naarmate deze meer in de sfeer van de

uitvoering van het project liggen en minder snel naarmate deze daarvan verder zijn verwijderd. Juist specifieke extra kosten bij [geëitimeerde sub 1] en [geëitimeerde sub 2] komen eerder voor vergoeding in aanmerking dan andere. Daarbij is mede van belang in hoeverre [geëitimeerde sub 1] en/of [geëitimeerde sub 2] deze kosten maakte(n) met medeweten of instemming van [appellante], of (zelfs) op initiatief dan wel verzoek van [appellante].

Van belang is voorts of partijen gedurende hun onderhandelingen met elkaar overleg hebben gevoerd en of zij afspraken hebben gemaakt over de oplopende kosten en de mate waarin zij deze zelf zouden moeten dragen, c.q. terugverdienen, dan wel van de wederpartij vergoed zouden krijgen.’

Uit deze relatief recente hofuitspraken volgt dat de (hogere) feitenrechtspraak<sup>19</sup> prima raad weet met vergoeding van kosten bij geëgitimeerd afgebroken onderhandelingen, terwijl de Hoge Raad niet de kans benut (c.q. kan of wil benutten) om in cassatie definitieve duidelijkheid te scheppen over het al dan niet moeten aannemen van de (in de literatuur ontwikkelde) tweede fase of, meer in het algemeen, de juistheid van de driefasenleer!<sup>20</sup>

Tekenend is overigens dat rechtbank en hof in de zaak Planoform/ABN AMRO spreken over een *situatie* die zou zijn bereikt en waarin de onderhandelingen niet mochten worden afgebroken zonder de door de onderhandelingspartner gemaakte kosten te vergoeden en niet over een *fase* of een *stadium*. En dat is mijns inziens nu juist waar het om gaat: er kan zich op enig moment (of ook niet) een situatie voordoen waarin het vergoeden van onderhandelingskosten in de rede ligt, ondanks dat de onderhandelingen op zichzelf geëgitimeerd zijn beëindigd.

18. Hof Arnhem 27 januari 2009, zaaknummer 104.003.701.

19. Zie voor enige lagere jurisprudentie onder meer: Rb. Haarlem 14 mei 2008, NJF 2008, 362, Rb. Haarlem 12 juli 2007, LJN BB4068, Rb. Almelo 31 januari 2007, LJN AZ9196, Rb. Arnhem 5 oktober 2005, LJN AU7615. Vgl. echter ook Hof Den Haag 6 februari 2007, NJF 2007, 153, waarin het hof oordeelde dat ‘het de gemeente (...) vrijstond om de onderhandelingen af te breken, aangezien het aan Rogom zelf te wijten was dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen’. Op grond daarvan is er, aldus het hof, geen enkele grond voor vergoeding van enige schade, noch het positief contractsbelang, noch het negatief contractsbelang. Het hof stelde in dat kader dat als een onderhandelende partij zekerheid wil verkrijgen over de vergoeding van door haar te maken of gemaakte kosten, ‘het op de weg van die partij ligt om daarover tijdig bindende afspraken te maken’.

20. Vgl. de door het hof in de zaak Efteling/Roompot in r.o. 4.9 overwogen zinsnede: ‘Daarentegen was naar het oordeel van de rechtbank op het moment dat de onderhandelingen stuk liepen wel een situatie bereikt waarin Efteling deze niet mocht afbreken *zonder de door Roompot gemaakte kosten en schade te vergoeden*’ [cursivering MR].

## 5. De grondslag en de reikwijdte van de vergoeding

Laat de Hoge Raad in het arrest Plas/Valburg de kans onbenut om duidelijkheid te verschaffen omtrent de juridische grondslag voor een succesvolle vordering bij *gelegitimeerd* afgebroken onderhandelingen, de lagere jurisprudentie heeft daaraan bij herhaling invulling gegeven door met zoveel woorden te verwijzen naar de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige grondslag voor verbintenissen. Daarmee lijkt de in de literatuur veel bekritiseerde,<sup>21</sup> door J. Drion<sup>22</sup> geopperde constructie waarbij niet het afbreken van de onderhandelingen op zichzelf onrechtmatig is, maar het dat wordt indien niet tevens schadevergoeding wordt aangeboden (de zogenaamde ‘constructie Drion’), definitief verworpen. En datzelfde lijkt ook te gelden voor de door mij eerder<sup>23</sup> verdedigde opvatting dat als grondslag voor een verplichting tot betaling van schadevergoeding bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen bij voorkeur onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking zou hebben te gelden. Toepassing van de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenissen heeft niet direct mijn voorkeur; daar waar men tot een bevredigende oplossing kan komen met toepassing van de traditionele bronnen van verbintenissen, zou men met een beroep op de rechtszekerheid bij voorkeur geen alternatieve bronnen moeten aanwenden waarvan de reikwijdte en de rechtsgevolgen tal van onduidelijkheden met zich brengen. En wat onder omstandigheden redelijk en billijk is, is nu eenmaal tot op grote hoogte subjectief, terwijl het leerstuk van de onrechtmatige daad inmiddels goed uitgekristalliseerd is en, zo meen ik, voor de rechtspraktijk een hanteerbaarder instrument oplevert dan de redelijkheid en billijkheid.

De gedachtegang die ik eerder heb verdedigd, komt er in grote lijnen op neer dat, net als bij ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen, ook bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen wordt aangeknoopt bij gerechtvaardigd vertrouwen en dat het schenden daarvan een onrechtmatige daad oplevert. Het zou dan, bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen, echter niet (langer) gaan om rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van enigerlei contract, maar ‘slechts’ om gerechtvaardigd vertrouwen dat men nog in aanmerking komt voor het verwerven van de overeenkomst waarover

wordt onderhandeld (of, anders gezegd: waarbij men het vertrouwen heeft dat men nog ‘in de race is’) en dat daar waar laatstbedoeld vertrouwen geschaad wordt, maatschappelijk onzorgvuldig wordt gehandeld in de zin van artikel 6:162 BW. Wie er dus gerechtvaardigd op vertrouwt nog steeds een potentiële kandidaat te zijn voor het verwerven van de overeenkomst waarover wordt onderhandeld, en *in dat vertrouwen* kosten maakt die uitstijgen boven datgene wat in acquisitief opzicht naar verkeersopvattingen redelijkerwijs mag worden verlangd, terwijl men (achteraf) moet vaststellen dat de facto al geen kans meer werd gemaakt op het verwerven van die overeenkomst, heeft recht op vergoeding van die kosten indien de onderhandelingen vervolgens in die situatie worden afgebroken. De onderhandelingspartners dienen immers van elkaar niet te verlangen dat er meer kosten worden gemaakt dan redelijkerwijs noodzakelijk is, gegeven de loop van de onderhandelingen, en wie meer verlangt op het moment waarop hij de wetenschap heeft dat de onderhandelingspartner geen reële kans meer heeft om de overeenkomst waarover wordt onderhandeld te verwerven, dient dat meerdere in beginsel voor eigen rekening te nemen. Zoals aangegeven, heeft echter klaarblijkelijk ook deze gedachtegang in de lagere jurisprudentie geen ingang gevonden en lijkt zich als heersende leer in de jurisprudentie af te tekenen dat een vordering tot (schade)vergoeding in geval van gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen gestoeld wordt op de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenissen.<sup>24</sup>

Daarmee rijst vervolgens de vraag naar de reikwijdte van de schadevergoedingsverplichting. Deze vraag wordt mijns inziens des te interessanter indien wij uitgaan van redelijkheid en billijkheid als juridische bron. Een van mijn (bijkomende) argumenten om aan te sluiten bij onrechtmatige daad als juridische grondslag was immers dat, voor wat betreft de daaraan verbonden rechtsgevolgen, eenvoudigweg kan worden teruggegrepen op afdeling 10 van titel 1 van Boek 6 BW (Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding). Er valt natuurlijk het nodige voor te zeggen om deze titel analoog toe te passen bij een buitenwettelijke grondslag tot schadevergoeding, maar daarvoor zijn, althans waar het het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen betreft, in

21. Tjittes noemt de ‘constructie Drion’, gelet op de beperkte en terughoudende maatstaf, voor toepassing bij afgebroken onderhandelingen ‘onnodig en gekunsteld’, terwijl Hartkamp de constructie eveneens als gekunsteld kwalificeert en opmerkt dat ‘in een moderne rechtstelsel het past deze gekunsteldheid te vermijden waar dit enigszins mogelijk is’. Zie: R.P.J.L. Tjittes, De afbraak van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, in: H.J. van Kooten (red.), Hartkampvarianties, Deventer: Kluwer 2006, p. 144; Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 166.

22. J. Drion, Een nieuwe koers in de Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad, WPNR (1947), 3992.

23. M.R. Ruygvoorn, Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden, serie Recht & Praktijk, 173 (diss.), Deventer: Kluwer 2009, p. 134 e.v.

24. Wellicht dat uit de uitspraak van het Hof Leeuwarden (Hof Leeuwarden 1 februari 2011, LJN BP7319) anders zou kunnen worden afgeleid, daar waar het hof een vordering in verband met gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen afwijst op de (kennelijke) grondslag ‘dat niet met recht kan worden gezegd dat de onderhandelingen al zover waren gevorderd dat het de gemeente niet langer vrijstond de onderhandelingen af te breken zonder de architectkosten en de kosten voor het uitwerken van de plannen voor het stallencomplex te vergoeden’. Het hof lijkt daarmee in elk geval veel waarde te hechten aan de mate waarin de onderhandelingen waren gevorderd en, zo lijkt uit het begin van r.o. 58 naar voren te komen, het daaraan gekoppelde vertrouwen dat er nog mogelijkheden zouden zijn om tot een overeenkomst te komen. Dat sluit aan bij de eerder door mij verdedigde opvatting, maar de overweging van het hof voor wat betreft de afwijzing van de betreffende vordering zijn tamelijk summier en meer dan een indicatie van de gedachtegang die het hof moet hebben gehad bij de betreffende afwijzing valt er mijns inziens niet uit af te leiden.

de jurisprudentie weinig aanknopingspunten te vinden. De rechtspraak loopt ter zake van de reikwijdte van de schadevergoedingsverplichting overigens nogal uiteen. Om hiervan enkele voorbeelden te geven: het Hof Den Bosch<sup>25</sup> oordeelde, in de zaak die leidde tot het hiervoor genoemde arrest Roompot/De Efteling, dat – kort gezegd – in een geval van gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen een verplichting tot vergoeding van schade en kosten uitsluitend kan leiden tot ‘een recht op vergoeding van het negatief contractsbelang’. Dat zou dan dus betekenen dat de gelaedeerde partij financieel in de positie moet worden gebracht waarin deze verkeerd zou hebben indien de onderhandelingen in het geheel niet zouden hebben plaatsgevonden. De Rechtbank Haarlem<sup>26</sup> oordeelde dat in een geval van gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen er slechts plaats was voor vergoeding van kosten ‘voor zover deze daadwerkelijk en in redelijkheid zijn gemaakt’, daar waar de Rechtbank Almelo een jaar daarvoor<sup>27</sup> had overwogen dat uitgangspunt dient te zijn dat de kosten die men in de precontractuele fase maakt in beginsel voor eigen rekening komen. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan het zo zijn dat een afbrekende partij de door de wederpartij gemaakte kosten moet vergoeden, maar dat het daarbij hooguit kan gaan om vergoeding van bepaalde kosten en, zo begrijp ik het vonnis van de rechtbank, niet om het volledige negatief contractsbelang. De Rechtbank Arnhem<sup>28</sup> oordeelde in een grotendeels vergelijkbare casus eveneens dat niet het volledige negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking kwam, maar dat de gelaedeerde partij genoeg moest nemen met slechts een deel van de architectkosten. Kort en goed: het spectrum reikt van vergoeding van het gehele negatief contractsbelang tot aan vergoeding van slechts enkele kostenposten, waarbij in die gevallen waarin niet het volledige negatief contractsbelang werd toegewezen, helaas niet tevens is beargumenteerd waarom de overige gemaakte kosten dan niet voor vergoeding in aanmerking kwamen.

In mijn proefschrift<sup>29</sup> verdedig ik de opvatting dat, in een geval van gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen, in elk geval geen plaats zou mogen zijn voor vergoeding van de reële, redelijkerwijs naar verkeersopvattingen te verwachten acquisitiekosten. Ten aanzien van deze kosten betoog ik dat deze ‘all in the game’ zijn; een partij die graag een bepaald onderhandelingsresultaat wenst, zal zich dienen in te spannen om dat resultaat te bereiken en in dat kader inspanningen moeten verrichten en (acquisitie)kosten moeten maken. Bedacht moet daarbij worden dat voor veel onderhandelingen geldt dat die niet eens uitvoerbaar zijn indien partijen niet (doorgaans: vanuit beide zijden) bepaalde investeringen doen, bijvoorbeeld om de waarde te kunnen bepalen van de onderneming die men wil overnemen of om de aan-

neemsom te kunnen bepalen die men ten minste wenst te ontvangen voor de bouw van bijvoorbeeld een zwembad. Het moeten maken van dergelijke kosten (onderzoekskosten, kosten van fiscale of juridische adviseurs, kosten van een bouwtechnisch constructeur, enzovoort) is dus als het ware *inherent* aan het voeren van onderhandelingen. De aard en omvang van de in het kader van het voeren van onderhandelingen te leveren inspanningen en te maken kosten zijn afhankelijk van de aard en het onderwerp van die onderhandelingen. Dat betekent overigens onder meer dat de omvang van de gemaakte kosten mijns inziens dan ook nooit een onderscheidend criterium kan zijn voor het al dan niet toekennen van een recht op vergoeding daarvan; men kiest er immers zelf voor om onderhandelingen te starten die een bepaald investerings- c.q. kostenniveau met zich brengen. Verder spelen, voor wat betreft de kosten die inherent zijn aan het voeren van onderhandelingen, mijns inziens ook omstandigheden zoals de gebruiken in de branche waartoe partijen behoren en door partijen met elkaar in het verleden opgedane eerdere (onderhandelings)ervaringen een rol, maar ook bijvoorbeeld macro-economische omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat hogere dan voorheen (gezien de verhouding tussen vraag en aanbod op dat moment) gebruikelijke acquisitiekosten als redelijke kosten voor het verwerven van bijvoorbeeld de opdracht dienen te worden beschouwd.

Mijns inziens dient dus bij commerciële onderhandelingen als uitgangspunt te gelden: ‘You win some, you lose some’. Wie onderhandelingen start, neemt een zeker risico dat die onderhandelingen niet succesvol zullen blijken te zijn. En de gedachte dat, in situaties waarin het afbreken van de onderhandelingen op zichzelf niet schadelijkt is, er een recht zou bestaan op vergoeding van gemaakte kosten die de betreffende onderhandelingen – gezien hun specifieke aard en het onderwerp daarvan – gebruikelijk met zich brengen, acht ik zonder meer onwenselijk. Het zou er de facto ook toe leiden dat partijen al heel snel het gevoel zouden hebben dat zij ‘aan elkaar vastzitten’ (bijvoorbeeld doordat partijen, uit vrees voor het moeten vergoeden van de kosten van de ander, de onderhandelingen niet meer durven af te breken, hoewel hun dit overigens vrij zou staan), hetgeen niet alleen bepaald niet in overeenstemming is met het beginsel van de contractsvrijheid, maar ook internationaal nauwelijks uit te leggen zou zijn en daarnaast economisch mijns inziens buitengewoon onwenselijk is; het zou immers feitelijk de concurrentie beperken.

Van den Berg<sup>30</sup> maakt een soortgelijk onderscheid. Hij onderscheidt tussen offertekosten, die voor eigen rekening blijven, en kosten die de uitvoering van de voorgenomen overeenkomst betreffen en die naar zijn oordeel (geheel of gedeeltelijk) voor rekening van de afbrekende

25. Hof Den Bosch 31 januari 2006, NJF 2006, 308.

26. Rb. Haarlem 14 mei 2008, NJF 2008, 263.

27. Rb. Almelo 31 januari 2007, LJN BB4068.

28. Rb. Arnhem 5 oktober 2005, LJN AU7615.

29. Ruygvoorn 2009, p. 122 e.v.

30. M.A.M.C. van den Berg, Plas-Valburg In de toekomstige tijd, BR 1993/6, p. 18-22.

partij kunnen komen. De Kluiver<sup>31</sup> voegt daaraan nog de volgende criteria toe ter beantwoording van de vraag wanneer er vanwege gevoerde onderhandelingen een aanspraak op vergoeding van kosten bestaat:

- de specificiteit van activiteiten van de wederpartij ten opzichte van de afbrekende onderhandelingspartner;
- de mate waarin een exclusief beslag is gelegd op de beschikbare plannings- en onderhandelingscapaciteit van de wederpartij;
- de economische afhankelijkheid van de wederpartij van de afbrekende partij;
- de mate waarin toedoen van de afbrekende partij tot activiteiten van de wederpartij heeft geleid;
- de gerechtvaardigde verwachting bij de wederpartij dat (bepaalde) kosten geheel of gedeeltelijk zouden worden vergoed;
- de mate waarin – door van kostenvergoeding af te zien – de afbrekende partij ongerechtvaardigd zal worden verrijkt in verband met al hetgeen zich in de onderhandelingsfase heeft voorgedaan.<sup>32</sup>

Het Hof Arnhem, in zijn hiervoor al bij herhaling ter sprake gekomen tussenarrest van 27 januari 2009, lijkt in grote lijnen eveneens bij deze gedachtegang aan te sluiten door te overwegen dat het bij vergoeding van kosten ‘niet noodzakelijkerwijs alleen gaat om onderhandelingskosten, maar in beginsel om alle kosten (waaronder met name ook kosten van voorbereiding, ontwikkeling, investering en bedrijfsvoering) die [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] hebben gemaakt in het kader van het traject dat partijen samen hebben afgelegd ten behoeve van het kanaalwaterproject’. Hoewel dit er in eerste instantie op lijkt te duiden dat het hof van mening is dat het negatief contractsbelang dient te worden vergoed, nuanceert het hof dit evenwel als volgt:

‘Daarbij verdient opmerking dat kosten eerder voor een vergoedingsbijdrage in aanmerking zullen komen naarmate deze meer in de sfeer van de uitvoering van het project liggen en minder snel naarmate deze daarvan verder zijn verwijderd. Juist specifieke extra kosten bij [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] komen eerder voor vergoeding in aanmerking dan andere. Daarbij is mede van belang in hoeverre [geïntimeerde 1] en/of [geïntimeerde 2] deze kosten maakte(n) met medeweten of instemming van appellante, of (zelfs) op initiatief dan wel verzoek van appellante.’

Het hof lijkt aldus aansluiting te zoeken bij artikel 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid), waarbij kosten die in een verder verwijderd verband tot de onderhandelingen staan, minder snel voor vergoeding in aanmerking komen dan kosten die daartoe in een minder ver verwijderd verband staan, en lijkt, door te overwegen dat ‘juist specifieke extra kosten eerder voor vergoeding in aanmerking komen dan andere’, tevens tot uitgangspunt te

nemen dat de kosten die – kort gezegd – inherent zijn aan het onderhandelingsproces (en dus niet kwalificeren als extra kosten), in beginsel voor eigen rekening dienen te blijven. Met deze lijn kan ik mij overigens goed verenigen, zij het dat ik ervoor zou willen pleiten om laatstgenoemde gedachte nog wat sterker aan te zetten door tot uitgangspunt te nemen dat, indien redelijkheid en billijkheid een verplichting tot schadevergoeding bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen met zich brengen, voor vergoeding slechts in aanmerking te laten komen de kosten die de teleurgestelde partij heeft gemaakt in verband met de onderhandelingen, voor zover die kosten (a) uitstijgen boven hetgeen naar verkeersopvattingen aan acquisitiekosten voor de betreffende onderhandelingen gebruikelijk moet worden geacht en (b) voor zover zij daarnaast in redelijkheid (zowel kwantitatief als kwalitatief) zijn gemaakt. Om deze laatste voorwaarde (sub b) nader toe te lichten: wie ter begeleiding van het onderhandelingsproces een adviseur inhuurt die onredelijk veel uren maakt of uren declareert tegen een ongebruikelijk hoog tarief, behoeft slechts te worden gecompenseerd voor een redelijk aantal uren tegen een gebruikelijk tarief.

Aldus resteert de vraag *wanneer* redelijkheid en billijkheid dan een verplichting tot vergoeding van kosten met zich brengen. Dat is en blijft natuurlijk de spreekwoordelijke hamvraag en tevens de grote onbekende variabele wanneer het aankomt op het geven van een procesadvies. Helaas biedt de jurisprudentie voor wat betreft de beantwoording van deze vraag slechts heel beperkt handvatten. Vrijwel altijd blijft het bij overwegingen die erop neerkomen dat onvoldoende rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de onderhandelingspartner<sup>33</sup> of dat de partij die de onderhandelingen heeft afgebroken zich de belangen van de wederpartij onvoldoende heeft aangetrokken<sup>34</sup>. Eén ding is echter wel duidelijk: met regelmaat wordt, in afgebroken onderhandelingszaken, de primaire vordering tot schadevergoeding in verband met het vermeend *ongelegitimeerd* afbreken van die onderhandelingen afgewezen, maar wordt een vordering tot schadevergoeding bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen alsnog geheel of gedeeltelijk toegewezen en dat betekent derhalve dat het altijd verstandig, zo niet (ter voorkoming van aansprakelijkheid aan de zijde van de adviseur) noodzakelijk is om in elk geval subsidiair een beroep te doen op de ‘tweede fase’, waarbij dan uiteraard zo veel mogelijk dient te worden beargumenteerd wat in het concrete geval maakt dat het redelijk en billijk is dat een deel van de door de teleurgestelde partij gemaakte kosten wordt vergoed. De rechter zal een dergelijke vordering in elk geval niet ongemotiveerd mogen afwijzen. Overigens zal de redenering aan de zijde van de eisende partij in de praktijk dan veelal zijn dat zo de omstandigheden – in onderling verband en samenhang beschouwd – al geen voldoende grondslag zouden vormen voor de stelling dat de onder-

31. H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 1992, p. 291.

32. Vgl. ook B. Wessels, *Afbreken van contractsonderhandelingen: de stand van zaken*, in: *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, Deventer: Tjeenk Willink 1998.

33. zoals in Rb. Haarlem 14 mei 2008, NJF 2008, 362.

34. zoals in HR 15 december 2006, RvdW 2007, 5 (Planoform/ABN AMRO).



handelingen ongelegitimeerd zijn afgebroken, diezelfde feiten en omstandigheden dan toch in elk geval, maar dan niet met het beroep op onrechtmatige daad maar op redelijkheid en billijkheid, een vergoeding van een deel van de gemaakte kosten kunnen rechtvaardigen. Die kosten dienen dan uiteraard wel, met inachtneming van de hiervoor geformuleerde uitgangspunten, deugdelijk te worden onderbouwd. Dat is dan overigens wel additioneel ten opzichte van de primaire vordering, omdat bij vergoeding van de hier bedoelde kosten in beginsel geen plaats is bij toewijzing van het primair gevorderde (vergoeding van het positief contractsbelang). De betreffende acquisitiekosten zullen dan immers moeten worden geacht te zijn verdisconteerd in de toegewezen winstderving. Anders gezegd: wie zijn extra inspanningen/investeringen gehonoreerd ziet door het welslagen van de onderhandelingen, ziet uiteindelijk zijn acquisitiekosten, ook al zijn die wellicht uiteindelijk hoger dan aanvankelijk ingeschat, verdisconteerd in de winst die uiteindelijk op het geacquireerde project wordt behaald, ook al is die daardoor (als gevolg van wellicht hoger uitgevallen kosten) iets lager dan verwacht.

## 6. Alternatieve vorderingen

Naast de redelijkheid en billijkheid zijn er natuurlijk alternatieve bronnen van verbintenissen denkbaar, zoals ongerechtvaardigde verrijking, onverschuldigde betaling en, zij het wat mij betreft met de nodige reserve, zaakwaarneming. Hoewel ik ongerechtvaardigde verrijking als mogelijke grondslag zeker niet wil uitsluiten, zal een vordering gebaseerd op artikel 6:212 BW veelal stranden op het niet genoegzaam kunnen aantonen van een verrijking van de onderhandelingspartner. Weliswaar bevat het begrip ‘verrijking’ zowel behaald voordeel als afgewend nadeel en is deze term onlangs nog door de Hoge Raad verruimd in zijn arrest van 5 september 2008,<sup>35</sup> desalniettemin zal het in de praktijk doorgaans lastig zijn om aan te tonen dat de wederpartij van de afbrekende partij überhaupt op enigerlei wijze gebaat is geweest bij hetgeen de onderhandelingspartner heeft gepresteerd. Bovendien spreekt artikel 6:212 BW van een ongerechtvaardigde verrijking *ten koste van een ander*, ofwel: tegenover een verrijking dient een verarming te staan en de vraag rijst of daaraan in voorkomend geval ook zal zijn voldaan, hetgeen mijns inziens in veel situaties niet zo zal zijn.

Wat de onverschuldigde betaling betreft merk ik op dat deze weg in de meeste gevallen zo mogelijk nog onbegaanbaarder zal blijken dan die van de ongerechtvaardigde verrijking. De kern bij onverschuldigde betaling is immers de onverschuldigdheid van de prestatie. Dit betekent enerzijds dat er op het moment van presteren geen rechtsverhouding aanwezig mag zijn, maar anderzijds betekent het ook dat een prestatie die is verricht

zonder enige verplichting en slechts in de hoop en verwachting dat een gedane offerte zal worden geaccepteerd, niet als onverschuldigd in de zin van artikel 6:203 BW kan worden gekwalificeerd. Anders gezegd: wij spreken thans over de situatie waarin er nog geen totstandkomingsvertrouwen is in het welslagen van de onderhandelingen, en wie onder die omstandigheden bij zijn volle verstand een investering pleegt, dient zich per definitie te realiseren dat de betreffende investering onverschuldigd geschiedt en hij kan er zich vervolgens, wanneer de onderhandelingen in het hier bedoelde stadium worden afgebroken, niet op beroepen dat hij via de weg van de onverschuldigde betaling voor de betreffende investering gecompenseerd dient te worden. In zekere zin speelt deze zelfde redenering bij het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking ook voor wat betreft het begrip ‘ongerechtvaardigd’ in artikel 6:212 lid 1 BW.

Tot slot de zaakwaarneming. Drion<sup>36</sup> heeft verdedigd dat werkzaamheden als het maken van ontwerpen en het uitvoeren van calculaties beschouwd kunnen worden als handelingen in het kader van zaakwaarneming. In deze benadering kan ik mij niet goed vinden. De redenering dat indien een partij bij het maken van een offerte bepaalde activiteiten verricht die ten goede (kunnen) komen aan de onderhandelingspartner, vind ik echter veel te gekunsteld.

## 7. Conclusie

Hoewel de Hoge Raad sedert het arrest Plas/Valburg niet meer heeft gerefereerd aan de mogelijkheid van een verplichting tot schadevergoeding bij *gelegitimeerd* afgebroken onderhandelingen (de zogenoemde ‘tweede fase’), worden daarop gestoelde vorderingen met een zekere regelmaat toegewezen in de lagere jurisprudentie. Alhoewel lang onzekerheid heeft bestaan omtrent de juridische grondslag van een dergelijke vordering, lijkt zich in de jurisprudentie inmiddels een lijn af te tekenen waarbij redelijkheid en billijkheid als juridische grondslag worden aangenomen. De jurisprudentie laat echter geen eenduidig beeld zien wanneer het aankomt op het antwoord op de vraag welke schade alsdan voor vergoeding in aanmerking komt. De rechtspraak loopt op dit punt uiteen van vergoeding van het volledige negatief contractsbelang tot vergoeding van slechts enkele bepaalde kosten die in het kader van de onderhandelingen zijn gemaakt. Het zou mijns inziens wenselijk zijn indien de rechtspraak zich (verder) zou ontwikkelen op dit punt in de richting van een recente (tussen)uitspraak van het Hof Arnhem, waaruit – kort gezegd – volgt dat in voorkomend geval niet het volledige negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komt, maar slechts die kosten die rechtstreeks verband houden met de onderhandelingen en uitstijgen boven de acquisitie-

35. HR 5 september 2008, NJ 2008, 481 (Verrijkte vrouw).

36. H. Drion, *Functies van rechtsregels in het privaatrecht*, in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak, *Speculum Langemeijer*; 31 rechtsgeleerde opstellen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 250.

kosten die naar verkeersopvattingen voor rekening van de teleurgestelde partij zouden dienen te blijven (omdat zij inherent zijn aan het onderhandelingsproces als zodanig), waarbij kosten overigens eerder voor toerekening in aanmerking komen wanneer zij zijn gemaakt met medeweten van of zelfs op verzoek van de wederpartij.

De hamvraag blijft uiteindelijk wanneer toerekening van schade aan de afbrekende partij in voldoende mate redelijk en billijk en daarmee gelegitimeerd is. Ook met betrekking tot de beantwoording van deze (rechts)vraag laat de jurisprudentie een sterk wisselend beeld zien dat met name heel casuïstisch van aard is. Uitgangspunt lijkt telkens te zijn dat men zich, ook wanneer het afbreken van de onderhandelingen nog niet onaanvaardbaar is, de gerechtvaardigde belangen van de onderhandelingspartner in voldoende mate dient aan te trekken. Wanneer zulks (nog) het geval is en wanneer niet meer, blijft vooral een feitelijke vraag. Het is te hopen dat de rechtspraak ons in de toekomst meer handvatten geeft (in de vorm van rechtens relevant geachte feiten en omstandigheden) om te bepalen of een bepaalde casus, waarbij onderhandelingen gelegitimeerd worden afgebroken, met een beroep op de redelijkheid en billijkheid een voldoende legitimatie geeft voor schadevergoeding.