

Onvoorziene omstandigheden en afgebroken onderhandelingen

MR. N.C. VOORTMAN EN MR. T. VOORTMAN

Vanwege de economische crisis heeft het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden de afgelopen periode veel aandacht gekregen in de literatuur.¹ Partijen proberen regelmatig van hun verplichtingen af te komen en brengen daarvoor artikel 6:258 BW in stelling.² Veelal zonder succes. Artikel 6:258 BW wordt met de nodige terughoudendheid toegepast. Voor wie met een ander heeft gecontracteerd, geldt als uitgangspunt *pacta sunt servanda*.³ Onvoorziene omstandigheden kunnen zich ook in de precontractuele fase voordoen. Deze omstandigheden zouden voor een partij een reden kunnen zijn om de onderhandelingen af te breken. De maatstaf van de Hoge Raad om aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen te beoordelen, noemt expliciet het element 'onvoorziene omstandigheden'. In dit artikel zullen wij onderzoeken op welke wijze deze onvoorziene omstandigheden een rol spelen bij afgebroken onderhandelingen.

Juridisch kader precontractuele aansprakelijkheid

Sinds het arrest *Baris/Riezenkamp*⁴ is het vaste rechtspraak dat onderhandelende partijen niet in een feitelijke verhouding tot elkaar staan, maar in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding. *Baris/Riezenkamp* laat onverlet dat het fundamentele beginsel van contractsvrijheid van toepassing is op onderhandelende partijen. Het feit dat die partijen in een bijzondere rechtsverhouding tot elkaar staan, tast dit beginsel niet aan. *Baris/Riezenkamp* maakt echter duidelijk dat de rechtspraak grenzen stelt aan deze contractsvrijheid, bijvoorbeeld door omstandigheden te formuleren waaronder onderhandelingen niet meer mogen worden afgebroken.⁵

Nieuwenhuis merkt terecht op dat wanneer partijen met de gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij rekening dienen te houden, dit niet betekent dat zij gehouden zijn zich ervan te vergewissen dat geen van beiden als gevolg van de overeenkomst erop achteruitgaat. Het gaat er vooral om dat partijen er op toezien dat ook aan de andere zijde de voorwaarden voor contractsvrijheid zijn gewaarborgd.⁶

Wat *Baris/Riezenkamp* nu feitelijk voor de grenzen van de contractsvrijheid of onderhandelingsvrijheid van partijen betekende, bleef tot 18 juni 1982 onduidelijk. Op deze datum wees de Hoge Raad het *Plas/Valburg*-arrest.⁷ De Hoge Raad overwoog dat de onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium kunnen zijn gekomen dat het afbreken in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten

1 Zie bijvoorbeeld, E.H. Hondius, Onvoorziene omstandigheden en het Nederlandse recht, *Contracteren*, 2011, nr. 3; A.J.H. Pleysier, Waardedaling van de canon geen onvoorziene omstandigheid, *JBN* 2011, nr. 4; P.S. Bakker en J.W. de Groot, Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken, *WPNR* 2009/6797; K.M. Kole en Z.L.F. Reiss, onvoorziene omstandigheden in crisistijd, *VGR* 2010, nr. 4; A.N. Kikkert, Kredietcrisis en onvoorziene omstandigheden, *JutD* 2010, nr. 5; P.S. Bakker en A.J. Kaarls, De verhouding tussen art. 6:258 BW en de MAC-clausule, mede in het licht van de huidige krediet- en economische crisis, *MvV* 2009, nr. 19.

2 E.H. Hondius, Onvoorziene omstandigheden en het Nederlandse recht, *Contracteren*, 2011, nr. 3, par. 4.

3 Afspraken moeten gerespecteerd worden.

4 Hoge Raad 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

5 B. Wessels, Afbreken van contractsonderhandelingen: de stand van zaken, in B. Wessels (red.), *Onderhandelen, bemiddelen en schikken* (serie Praktijkhandleidingen), Kluwer: Deventer 1998, p. 63. Wessels wijst tevens op andere uitzonderingen op de contractsvrijheid (of onderhande-

lingsvrijheid). Wessels schrijft dat een contracteerplicht kan voortvloeien uit een wet, een bestaand contract of een voorwaarde verbonden aan een vergunning. De wet, de statuten van een rechtspersoon of een contract kunnen daarnaast een onderhandelingsplicht bevatten of met zich meebrengen. Zie B. Wessels, *Precontractuele problemen, Onderhandelen en schikken*, 1990.

6 J.H. Nieuwenhuis, Contractvrijheid, een weerbaarstig beginsel, in T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Kluwer: Deventer 1999, p. 30. Nieuwenhuis schrijft dat: 'het inzicht dat het vooral erom gaat dat partijen erop toezien dat ook aan de zijde van de ander de voorwaarden voor contractsvrijheid zijn gewaarborgd, aan *Baris/Riezenkamp*-altruïsme enerzijds een scherper profiel verleent, maar anderzijds ook een ruimere strekking, die niet ophoudt bij de grenzen van het leerstuk waarop dit arrest betrekking had, namelijk dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten.'

7 Hoge Raad 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren.

Plas/Valburg was daar en (teleurgesteld) onderhandelend Nederland vond haar weg naar de rechtbank.⁸ Na Plas/Valburg wees de Hoge Raad een aantal arresten⁹ waarmee hij dit arrest heeft genuanceerd. Voor dit artikel is in die reeks het arrest *De Ruitelij/MBO*¹⁰ interessant. In dit arrest maakte de Hoge Raad duidelijk dat bij de beoordeling van de schadevergoedingsplicht wegens afgebroken onderhandelingen ook van belang kan zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.

In 2005 wees de Hoge Raad zijn arrest *CBB/JPO*.¹¹ In dit arrest verwees de Hoge Raad onder andere naar zijn eerdere arrest *De Ruitelij/MBO* en formuleerde een ‘strengere en tot terughoudendheid nopenende maatstaf’ die bij het aannemen van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen moet worden aangelegd. De Hoge Raad overwoog:

“Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat 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 totstandkomen 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 onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen [...]”¹²

De hiervoor besproken arresten geven een beeld weer van tientallen jaren jurisprudentie ter zake aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen.¹³ Wij merken

8 Vgl. R.P.J.L. Tjittes, De afbraak van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, in H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvarianties* (opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp), Kluwer: Deventer 2006, p. 139.
9 Hoge Raad 23 oktober 1987, *NJ* 1998, 1017 (*VSH/Shell*); Hoge Raad 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 65 (*ABB/Staat*); Hoge Raad 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (*De Ruitelij/MBO*); Hoge Raad 31 januari 1997, nr. 16 175 (*Diepenbrock/MeesPierson*).
10 Hoge Raad 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (*De Ruitelij/MBO*).
11 Hoge Raad 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (*CBB/JPO*).
12 Hoge Raad 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (*CBB/JPO*), r.o. 3.6.
13 Volledigheidshalve merken wij op dat de Hoge Raad ook na het arrest *CBB/JBO* arresten heeft gewezen betreffende het leerstuk van afgebroken onderhandelingen, waaronder HR 8 december 2006, *RvdW* 2006,

op dat de Hoge Raad zich niet heeft uitgelaten over de grondslag van een vordering tot vergoeding van schade wegens afgebroken onderhandelingen. Naar onze mening zou een dergelijke vordering gebaseerd dienen te worden op het leerstuk van de onrechtmatige daad.¹⁴

Kunnen onvoorziene omstandigheden het afbreken van onderhandelingen aanvaardbaar maken?

Onvoorziene omstandigheden

De door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf roept in het kader van dit artikel een aantal vragen op. Hoe dient het element ‘onvoorziene omstandigheden’ te worden ingevuld binnen die maatstaf en hoe wordt hier in de rechtspraak mee omgegaan? Kunnen onvoorziene omstandigheden het afbreken van de onderhandelingen aanvaardbaar maken? Verantwoorden zij afbreken zonder schadevergoedingsplicht? Hierna zullen wij nader op deze vragen ingaan. Allereerst een analyse van de rol van onvoorziene omstandigheden in de hiervoor weergegeven maatstaf.

De rol van onvoorziene omstandigheden

Reeds vóór het *CBB/JPO*-arrest bepaalde de Hoge Raad in *De Ruitelij/MBO*:

“[...] Rekening dient ook 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 [...]”¹⁵ (cursivering auteurs).

1150 (*X/Kabos*), HR 15 december 2006, *RvdW* 2007, 5 (*Planoform/ABN AMRO*) en HR 27 april 2007, *RvdW* 2007, 470 (*Puramis/MAB Groep*).

14 Het valt buiten het bestek van dit artikel om nader in te gaan op de grondslag voor aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen. Voor een uitvoerige beschrijving van de juridische grondslagen in de precontractuele fase verwijzen wij naar M.R. Ruysvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Kluwer Deventer 2009, hoofdstuk 8.
15 Hoge Raad 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (*De Ruitelij/MBO*). Wij merken op dat in de literatuur al vóór het *De Ruitelij/MBO*-arrest is gesteld dat onvoorziene omstandigheden bij afgebroken onderhandelingen een rol van betekenis kunnen spelen. Zie J.B.M. Vranken, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintennissenrecht*, Tjeenk Willink: Zwolle 1989, p. 107; P. Abas, Een Oostenrijks Plas-Valburg. Over de vergoeding van het positief belang bij afgebroken onderhandelingen, *WPNR* 1993, 6083. Zie voorts de parlementaire geschiedenis van wetsvoorstel 6.5.2.8a waarin wordt opgemerkt: ‘De beleidsvrijheid van de overheid brengt mee dat deze zich in geval van onvoorziene omstandigheden soms van haar verplichtingen tot nakoming van een door haar gesloten overeenkomst ontslagen kan achten (...). Het ligt voor de hand dat de overheid bij een overeenkomstige wijziging van de omstandigheden voordat een overeenkomst tot stand kwam, ook de onderhandelingen mag afbreken en dan eventueel eveneens schadevergoeding verschuldigd wordt.’ Parlementaire Geschiedenis Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1443.

De Hoge Raad relativeerde met deze overweging het Plas/Valburg-arrest. Negen jaar later herhaalde de Hoge Raad zijn hiervoor geciteerde overweging bijna letterlijk in het CBB/JPO-arrest, en bepaalde hij (wederom) dat bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van het afbreken van onderhandelingen, ook van belang kan zijn of zich onvoorziene omstandigheden in het onderhandelingsproces hebben voorgedaan.

Om de rol van onvoorziene omstandigheden in de maatstaf vast te stellen, dient onderzocht te worden waarop het woord 'hierbij' in het hiervoor weergegeven citaat ziet. Naar onze mening verwijst 'hierbij' terug naar de 'gerechtvaardigde belangen' van de afbrekende partij.¹⁶ Niet goed valt immers in te zien op welke wijze onvoorziene

Niet iedere onvoorziene omstandigheid zal het afbreken van onderhandelingen aanvaardbaar maken.

omstandigheden van belang zouden kunnen zijn bij de beantwoording van de vraag in welke mate en op welke wijze de afbrekende partij zelf aan het ontstaan van het vertrouwen heeft bijgedragen. De twee aspecten waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de (on)aanvaardbaarheid van het afbreken, namelijk de mate waarin en de wijze waarop de afbrekende partij aan het ontstane vertrouwen heeft bijgedragen (het 'ontstaansaandeel') en zijn gerechtvaardigde belangen, moeten in onze visie tegen elkaar worden afgewogen en zijn onderling communicerende vaten. Bij de onderlinge weging van die communicerende vaten kunnen onvoorziene omstandigheden een rol spelen in de zin dat zij onderdeel kunnen vormen van de 'gerechtvaardigde belangen' die het afbreken van de onderhandelingen aanvaardbaar maken. Wessels heeft gewezen op een mogelijke andere interpretatie.¹⁷ Wij begrijpen die aldus dat eveneens een weging plaatsvindt tussen het ontstaansaandeel van de afbrekende partij en zijn gerechtvaardigde belangen, maar dat de onvoorziene omstandigheden in die weging worden betrokken. De onvoorziene omstandigheden spelen dan niet enkel een rol bij de gerechtvaardigde belangen. Op basis van deze interpretatie zou dan ook verdedigbaar zijn dat de onvoorziene omstandigheden terugverwijzen naar de gehele voorgaande zin, of anders gezegd naar beide elementen die in de weging worden betrokken. In dat geval zou (zelfs) mogelijk zijn dat niet enkel onvoorziene omstandigheden aan de zijde van de afbrekende partij een rol kunnen spelen, maar ook onvoorziene omstandigheden aan de zijde van de teleurgestelde partij.

Ons inziens is echter niet goed denkbaar dat onvoorziene omstandigheden als onderdeel van een weging mede een rol spelen bij de beantwoording van de vraag in hoeverre de afbrekende partij aan het totstandkomingsvertrouwen heeft bijgedragen. De onvoorziene omstandigheden zouden in onze visie het afbreken van onderhandelingen onder omstandigheden kunnen wettigen, ook wanneer de afbrekende partij heeft bijgedragen aan het ontstaan van het gerechtvaardigd vertrouwen bij de ander. Naar ons oordeel wegen de onvoorziene omstandigheden dan ook enkel mee in het 'vat' van de gerechtvaardigde belangen.¹⁸ De stelling dat onvoorziene omstandigheden ook aan de zijde van de teleurgestelde partij een rol kunnen spelen, achten wij reeds om die reden niet aannemelijk, omdat de twee genoemde elementen die in de weging worden betrokken beide betrekking hebben op de afbrekende partij (zijn ontstaansaandeel en zijn gerechtvaardigde belangen). Het komt ons dan niet logisch voor dat de onvoorziene omstandigheden die daarbij een rol kunnen spelen, zich (ineens) aan beide zijden (teleurgestelde partij en afbrekende partij) kunnen hebben voorgedaan.

Invulling begrip 'onvoorziene omstandigheden'

Vervolgens rijst de vraag aan de hand van welke criteria invulling moet worden gegeven aan de onvoorziene omstandigheden zoals genoemd in de maatstaf van de Hoge Raad. Onze eerste gedachten gaan uit naar artikel 6:258 BW. In lid 1 van dit artikel is geregeld dat de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk kan ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat deze wijziging of ontbinding niet wordt uitgesproken indien de onvoorziene omstandigheden voor rekening komen van degene die zich erop beroept. Echter, dit artikel geeft een regeling voor onvoorziene omstandigheden die zich manifesteren in de contractuele fase. Wessels merkt op dat het hem passend lijkt 'in de door de HR uitgestippelde lijn aan te nemen dat (behalve redelijkheid en billijkheid) ook deze "onvoorziene omstandigheden"-normering "precontractuele" werking heeft en dusdoende mede haar invloed heeft op de precontractuele fase.¹⁹ Schreuder merkt eveneens op dat het leerstuk van onvoorziene omstandigheden op analoge wijze in de precontractuele sfeer een rol kan spelen. Zij verwijst hierbij naar relevante literatuur waarin dit ook is bepleit.²⁰ Wij delen die visie en zouden artikel 6:258 lid 1 BW ook op analoge wijze in de precontractuele sfeer willen toepassen.

16 Vgl. M.M. van Rossum, Open normen in het kader van de totstandkoming van de overeenkomst: Afbreken van onderhandelingen, *WPNR* 2002, 6472, p. 84.

17 Zie B. Wessels, Afbreken van contractsonderhandelingen: de stand van zaken, in B. Wessels (red.), *Onderhandelen, bemiddelen en schikken* (serie Praktijkhandleidingen), Kluwer: Deventer 1998, p. 77.

18 Vgl. M.M. van Rossum, Open normen in het kader van de totstandkoming van de overeenkomst: Afbreken van onderhandelingen, *WPNR* 2002, 6472, p. 84.

19 B. Wessels, Afbreken van contractsonderhandelingen: de stand van zaken, in B. Wessels (red.), *Onderhandelen, bemiddelen en schikken* (serie Praktijkhandleidingen), Kluwer: Deventer 1998, p. 77-78.

20 A.L.J.A. Schreuder, Precontractuele aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen: een vergelijking tussen Nederlands en Italiaans recht, *VrA* 2008/3.

Artikel 6:258 BW ziet op onvoorziene omstandigheden die zijn ingetreden na het sluiten van een overeenkomst en die partijen niet uitdrukkelijk of stilzwijgend in hun overeenkomst hebben verdisconteerd. Niet van belang is of partijen de wijziging van de omstandigheden hebben voorzien of hadden kunnen voorzien.²¹ Naarmate de kans op het intreden van de wijziging van omstandigheden groter is, zal eerder moeten worden aangenomen dat partijen daarmee ook rekening hebben gehouden.²² De vraag is nu hoe bij afgebroken onderhandelingen moet worden vastgesteld of een onvoorziene omstandigheid al dan niet door partijen in hun ‘overeenkomst’ is verdisconteerd. Er is immers nog geen overeenkomst waaraan kan worden getoetst in welke omstandigheden partijen al dan niet hebben voorzien. Het ontbreken van een overeenkomst is dan ook ontegenzeggelijk een complicerende factor. Echter, veelal zal een wijziging in de feitelijke omstandigheden aanleiding geven tot een beroep op onvoorziene omstandigheden.²³ Deze wijziging kan worden ‘afgezet’ tegen de voorwaarden waaronder partijen in de onderhandelingsfase al dan niet bereid waren te contracteren.

Het element onvoorziene omstandigheden is een onderdeel van de maatstaf op basis waarvan wordt beoordeeld of het afbreken in strijd is met een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Het afbreken is onaanvaardbaar wanneer er sprake is van schending van rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van enigerlei contract²⁴ of wanneer er andere omstandigheden²⁵ zijn die maken dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. In het kader van deze beoordeling zal onder andere worden onderzocht welke standpunten partijen hebben ingenomen tijdens de onderhandelingen. Anders gezegd, onder welke voorwaarden zij bereid waren te contracteren. Die voorwaarden kunnen mogelijk worden afgeleid uit (over en weer uitgewisselde) conceptovereenkomsten of andere documentatie en correspondentie.²⁶ Op basis van deze (veelal) schriftelijke

stukken zou vervolgens ook kunnen worden vastgesteld of de onvoorziene omstandigheid al dan niet in de (uitonderhandelde) voorwaarden verdisconteerd was. Dit laatste relateert de door ons gesignaleerde complicerende factor.

Analoge toepassing van artikel 6:258 lid 1 BW leidt dan tot de conclusie dat sprake zal moeten zijn van onvoorziene omstandigheden die intreden *na* het starten van het onderhandelingstraject en die niet reeds zijn verdisconteerd in de (uitonderhandelde) voorwaarden waaronder partijen bereid zijn tot de overeenkomst toe te treden. Dit wordt in de jurisprudentie bevestigd, zoals zal blijken uit enkele voorbeelden.

In een arrest van het hof Amsterdam²⁷ ging het om (afgebroken) onderhandelingen over schoolgebonden kinderopvang. ROC Amsterdam is een onderwijsinstelling die tevens kinderopvang aanbiedt. In 2003 heeft het ROC besloten om deze schoolgebonden kinderopvang uit te besteden, waarvoor zij een aanbestedingsprocedure is gestart. UK wint deze procedure en partijen treden vervolgens in onderhandeling over een overeenkomst. Op 28 juni 2004 vindt een laatste overleg plaats over de conceptovereenkomst. Deze conceptovereenkomst gaat uit van 1 augustus 2004 als aanvangsdatum en vermeldt een contractsduur van vijf jaar en vijf maanden. Bij brief van 5 juli 2004 schrijft ROC aan UK dat zij bereid is tot uiterlijk 1 januari 2005 te contracteren. Zij voert daartoe aan dat haar subsidie mogelijk per 1 januari 2005 zal worden stopgezet en dat er aanhoudende onduidelijkheid bestaat over de administratieve gevolgen van de Wet Kinderopvang. Het hof Amsterdam overweegt:

“De door ROC genoemde redenen om de onderhandelingen open te breken (...) leiden niet tot een ander oordeel, omdat voor partijen van meet af aan duidelijk was dat de financiering van de kinderopvang en de regelgeving die van belang was voor de kinderopvang per 1 januari 2005 zouden veranderen en zij ter zake ook hebben onderhandeld, bijvoorbeeld waar het gaat om de verdeling van risico's. Door ROC is niet gesteld en evenmin is gebleken dat er zich (...) onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.”²⁸

Hoewel het hof het niet met zoveel woorden overweegt, lijkt hij te bedoelen dat de gewijzigde omstandigheid – wijzigingen in het subsidiebeleid – reeds verdisconteerd was in de voorwaarden waaronder partijen bereid waren te contracteren (er was in de conceptovereenkomsten rekening gehouden met wijzigingen in het subsidiebeleid en ter zake een verdeling van risico's gemaakt). Van een onvoorziene omstandigheid is dan geen sprake.

21 Parlementaire Geschiedenis Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 968 en p. 975; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2010, nr. 436 ev.; Hoge Raad 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP).

22 Y.G. Blei Weissmann, *Verbintenissenrecht* (losbladig) Kluwer: Deventer, art. 217-227, aantekening 2, titel 5, afdeling 4, aantekening 19.

23 Parlementaire Geschiedenis Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 969. Dat de onvoorziene omstandigheden een wijziging betekenen ten opzichte van de situatie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, is echter niet noodzakelijk: men denke aan het geval dat een door partijen verwachte wijziging niet intreedt.

24 In het recente arrest *Vollenhoven/Shell* overweegt de Hoge Raad: ‘dat er enigerlei overeenkomst tot stand zou komen’. Hoge Raad 29 februari 2008, «JOR» 2008/145 (*Vollenhoven/Shell*).

25 Dit is een beperkte uitzonderingscategorie. Zie Hof Arnhem 7 november 2006, NJF 2007, 118. Zie ook Parlementaire Geschiedenis Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1440-1442 en M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Kluwer: Deventer, 2009, p. 61.

26 Wij realiseren ons dat onderhandelingen zich in vele gedaantes kunnen voordoen en niet iedere onderhandeling verloopt door het uitwisselen van conceptovereenkomsten die zijn voorzien van ‘track changes’. Partijen zullen echter, uit hoofde van de op hen rustende bewijslast, (schriftelijke) bewijsstukken in het geding brengen. Op basis van deze

bewijsstukken (bijvoorbeeld uitgewisselde conceptovereenkomsten) zal ook moeten worden getoetst of de onvoorziene omstandigheden al dan niet verdisconteerd waren.

27 Gerechtshof Amsterdam 17 januari 2008, LJN BC9812.

28 Gerechtshof Amsterdam 17 januari 2008, LJN BC9812, r.o. 4.14.

In een kwestie die speelde bij de Rechtbank Arnhem beriep Philips zich op nieuwe accountancy regelgeving die tot gevolg had dat zij een fabriek niet meer als ‘off-balance’ kon classificeren.²⁹ De rechtbank overwoog:

“Ten tweede verwijst Philips naar nieuwe accountancy regelgeving die zij betitelt als een ‘onvoorziene omstandigheid’. De regelgeving waar het om gaat is de zogenaamde IFRS (...) van 29 september 2003. Eén van de gevolgen van de IFRS is volgens Philips, dat Philips de permeaatwaterfabriek niet meer als ‘off-balance’ kan classificeren (...). De rechtbank volgt Philips niet in haar standpunt dat de komst van de accountancy regelgeving een onvoorziene omstandigheid is. Bij conclusie van antwoord heeft Philips aangevoerd dat richtlijn EIFT (...) reeds meebracht dat de fabriek op de balans van Philips moest worden verantwoord. De richtlijn (...) dateert al van 2001. Reeds om die reden kan Philips, die ook zelf in haar pleitnota aangeeft dat ‘(...) steeds meer in de zomer van 2003 de wetenschap van de daadwerkelijke komst van die regelgeving doordrong’, zich er niet op beroepen dat het haar pas in de loop van 2003 duidelijk werd dat off-balance financiering niet mogelijk zou zijn.”³⁰

Wederom was van een onvoorziene omstandigheid geen sprake. De accountancy regelgeving was terug te voeren tot 2001. De exacte aanvangsdatum van de onderhandelingen wordt in dit vonnis niet gegeven, maar aannemelijk lijkt dat de gewijzigde omstandigheid (gewijzigde accountancy regelgeving) zich had voorgedaan vóór aanvang van de onderhandelingen en daarmee verdisconteerd was.

Het element onvoorziene omstandigheden is een onderdeel van de maatstaf op basis waarvan wordt beoordeeld of het afbreken van onderhandelingen in strijd is met een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

Niet iedere onvoorziene omstandigheid zal het afbreken aanvaardbaar maken. Artikel 6:258 lid 1 BW brengt dit tot uitdrukking door te stellen dat het moet gaan om onvoorziene omstandigheden ‘welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.’ In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat hieraan slechts bij hoge uitzondering zal zijn voldaan. Redelijkheid en billijkheid verlangen trouw aan het gegeven woord en laten afwijkingen daarvan slechts bij hoge uitzondering toe.³¹

In de literatuur is betoogd dat deze terughoudende

benadering ook bij afgebroken onderhandelingen moet worden toegepast.³² Wij zouden ons echter kunnen voorstellen dat een minder terughoudende benadering in de precontractuele fase wordt toegepast. Reden voor de terughoudende benadering bij het honoreren van een beroep op onvoorziene omstandigheden in de contractuele fase is gelegen in het uitgangspunt dat afspraken dienen te worden nagekomen: *pacta sunt servanda*. Het uitgangspunt in de precontractuele fase is echter dat een partij in beginsel vrij is om de onderhandelingen af te breken en juist niet gebonden is aan de afspraken die hij beoogt te maken, tenzij het afbreken van de onderhandelingen als onaanvaardbaar wordt aangemerkt. Dit is een ander vertrekpunt dan in de contractuele context en dat zou naar onze mening een minder terughoudende benadering in de precontractuele fase rechtvaardigen. In zoverre achten wij het dan ook verdedigbaar dat artikel 6:258 lid 1 BW niet geheel op analoge wijze in de precontractuele sfeer wordt toegepast.

Vervolgens rijst de vraag of artikel 6:258 lid 2 BW ook (naar analogie) in de precontractuele fase moet worden toegepast. Wij wijzen er in dit kader op dat de Hoge Raad enkel en alleen heeft overwogen dat: ‘van belang kan zijn dat zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.’³³ Hoe dit begrip verder moet worden uitgelegd, wordt daarbij niet duidelijk. Op het eerste gezicht lijkt lid 1 van artikel 6:258 BW te volstaan, nu daarin de betekenis van het begrip ‘onvoorziene omstandigheden’ gevonden kan worden. Toepassing naar analogie van artikel 6:258 lid 2 BW lijkt ons echter in de precontractuele fase noodzakelijk. De parlementaire geschiedenis³⁴ maakt duidelijk dat artikel 6:258 lid 2 een uitwerking is van lid 1. Het completeert de onvoorziene omstandigheden. Wij zouden dan ook aan dit tweede lid precontractuele werking willen toekennen. Dit uitgangspunt is ook terug te vinden in de jurisprudentie.³⁵

Rechtsgevolg

Tot slot behandelen wij de vraag wat het rechtsgevolg zou moeten zijn indien onderhandelingen worden afgebroken vanwege onvoorziene omstandigheden. Kunnen de onderhandelingen dan worden afgebroken zonder enige vergoeding van schade of kosten? Wij menen van wel. In gelijke zin Schreuder en Tjittes. Schreuder merkt terecht op dat schadeplichtigheid moeilijk valt te rijmen met het erkennen van de vrijheid om de onderhandelingen af te

29 Rechtbank Arnhem 14 februari 2007, LJN BA0057. Andere voorbeelden waarin geen onvoorziene omstandigheden zijn aangenomen, zijn Hof Amsterdam 30 juli 2009, «JOR» 2010/83, Rechtbank Utrecht 10 maart 2010, NJF 2011, 53.

30 Rechtbank Arnhem 14 februari 2007, LJN BA0057, r.o. 2.9 en 2.10.

31 Parlementaire Geschiedenis Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 969. Zie ook Hoge Raad 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (*Briljant Schreuders/ABP*).

32 In gelijke zin: B. Wessels, *Afbreken van contractsonderhandelingen: de stand van zaken*, in B. Wessels (red), *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, (serie Praktijkhandleidingen) Kluwer: Deventer 1998 p.78; P. Abas, *Een Oostenrijks Plas-Valburg*. Over de vergoeding van het positief belang bij afgebroken onderhandelingen, *WPNR* 1993, 6083. Anders: Nieskens-Ipshoring, *NTBR* 1997, 1, p. 41.

33 Hoge Raad 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (*CBB/JPO*), r.o. 3.6.

34 Parlementaire Geschiedenis Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 968 en p. 973. Zie ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht*, Kluwer: Deventer 2005, p. 757.

35 Zie Hof Den Haag 16 juni 2005, LJN AU8850 en Rechtbank Amsterdam 8 maart 2012, LJN BV8591.

breken. De inbreuk op de contractsvrijheid wordt dan wel klemmend, aldus Schreuder.³⁶ Ook Tjittes lijkt dit standpunt te ondersteunen.³⁷ Op grond van een goede reden die niet toerekenbaar moet zijn aan de afbreker, zou ook hij willen aannemen dat de onderhandelingen kosteloos mogen worden afgebroken.

Een beroep op onvoorziene omstandigheden bij afgebroken onderhandelingen zal niet snel slagen. Juist in die bijzondere gevallen waarin een beroep op onvoorziene omstandigheden slaagt, zouden wij menen dat het afbreken aanvaardbaar is. De gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij leiden tot dit oordeel. Een vergoeding van schade of kosten lijkt ons dan niet op zijn plaats en past naar onze mening ook niet in de systematiek van artikel 6:162 BW. Er is in dat geval geen sprake van een handelen ‘in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. Van een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 lid 1 BW is geen sprake, van een schadevergoedingsplicht derhalve evenmin. Wij merken hierbij nog het volgende op. Nu de onvoorziene omstandigheden onderdeel vormen van de maatstaf die bepaalt of het afbreken maatschappelijk onzorgvuldig was of niet, ligt het minder voor de hand dat de onvoorziene omstandigheden worden beschouwd als een rechtvaardigingsgrond zoals in de literatuur is bepleit.³⁸ Indien de onvoorziene omstandigheden als een rechtvaardigingsgrond zouden kwalificeren, dan zien wij niet in hoe onvoorziene omstandigheden nog deel uitmaken van de maatstaf, en meer specifiek van de toets ‘ontstaansaan-deel versus gerechtvaardigd vertrouwen’ terwijl het woord ‘hierbij’ zoals hiervoor besproken er juist op wijst dat zij een onderdeel uitmaken van die toets. Een rechtvaardigingsgrond zorgt ervoor dat een daad die op zichzelf beschouwd onrechtmatig zou zijn, haar onrechtmatige karakter verliest.³⁹ Een rechtvaardigingsgrond is een omstandigheid die de onrechtmatigheid aan de daad ontnemt. Naar onze

mening brengen de onvoorziene omstandigheden mee dat de daad – het afbreken – niet onrechtmatig is. Aan de rechtvaardigingsgrond komt men dan niet toe.

Conclusies

Onvoorziene omstandigheden vormen een element van de maatstaf waarmee de precontractuele aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen wordt beoordeeld. Op basis van deze maatstaf dient bij de beoordeling van de (on)aanvaardbaarheid van het afbreken van onderhandelingen, rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de afbrekende partij aan het ontstane vertrouwen heeft bijgedragen en zijn gerechtvaardigde

Naar onze mening brengen de onvoorziene omstandigheden mee dat de daad – het afbreken van onderhandelingen – niet onrechtmatig is. Aan de rechtvaardigingsgrond komt men dan niet toe.

belangen. Deze aspecten dienen tegen elkaar te worden afgewogen en zijn als zodanig communicerende vaten. Bij deze weging kunnen onvoorziene omstandigheden een rol spelen in die zin dat zij onderdeel kunnen vormen van de gerechtvaardigde belangen van de afbreker, die het afbreken van de onderhandelingen aanvaardbaar maken. De afbrekende partij zal vanwege de onvoorziene omstandigheden niet onrechtmatig hebben gehandeld. Wij hebben aangegeven dat zowel artikel 6:258 lid 1 als lid 2 BW op analoge wijze in precontractuele verhoudingen moeten worden toegepast. Daarbij hebben wij echter een minder terughoudende benadering bepleit ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 6:258 lid 1 BW in de precontractuele fase dan in de contractuele fase gewoon is. Tot slot hebben wij het rechtsgevolg van een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden onderzocht. Indien de afbreker een beroep doet op onvoorziene omstandigheden als bedoeld in artikel 6:258 BW, die niet in zijn risicosfeer liggen, dan kunnen de onderhandelingen naar ons oordeel gelegitimeerd en kosteloos worden afgebroken.

Over de auteurs

Mr. N.C. Voortman is advocaat bij Wijn&Stael Advocaten in Utrecht.

Mr. T. Voortman is advocaat bij BWN Partners Advocaten in Amsterdam.

36 A.L.J.A. Schreuder, Precontractuele aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen: een vergelijking tussen Nederlands en Italiaans recht, *VrA* 2008/3, p. 87.

37 R.P.J.L. Tjittes, De afbraak van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, in H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvarianties* (opstellen aangeboden aan prof.mr. A.S. Hartkamp), Kluwer: Deventer 2006, p. 142.

38 Vgl. M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Kluwer: Deventer, 2009, p. 291.

39 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/nr. 88.