

## Ons onderhandelingsrecht onder handen

Op 12 augustus heeft de Hoge Raad een belangwekkend arrest gewezen (HR 12 augustus 2005, C04/163HR, CBB/JPO) dat echter nog niet de aandacht – en, wat mij betreft: de waardering – heeft gekregen die het verdient. In dit arrest heeft de Hoge Raad, als ik het goed zie, op tamelijk ferme wijze het mes gezet in *Plas/Valburg*<sup>1</sup> en alle daarop volgende jurisprudentie, althans in dat wat de literatuur daarvan heeft gemaakt. En dat is niet niks.

Sinds het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw weten we dat er in Nederland een vérgaande precontractuele aansprakelijkheid kan bestaan, dat het partijen – dus – niet meer kan vrijstaan om gevoerde onderhandelingen te beëindigen en dat de omvang van die aansprakelijkheid zich kan uitstrekken tot gederfde winst. Een en ander al naar gelang de fase waarin de onderhandeling zich bevindt.

Wie in de internationale commerciële praktijk werkt weet dat buitenlandse juristen soms met stevige verbazing kunnen luisteren naar wat je als Nederlander in voorkomende gevallen over precontractuele aansprakelijkheid moet adviseren. Toegegeven, er zijn ook in diverse andere landen – soms al langer – soortgelijke ontwikkelingen geweest, maar nergens toch zo duidelijk als in Nederland-Gidsland.<sup>2</sup>

In de tussentijd riep de jurisprudentie van de Hoge Raad toch wel behoorlijk wat vraagtekens op, hoewel gezegd moet worden dat er weinig principiële tegenstanders van *Plas/Valburg* zijn opgestaan. Sommige vragen waren van meer technisch-juridische of dogmatische aard, zoals: welke plek moet de precontractuele aansprakelijkheid nu in ons internationaalprivaatrechtelijk systeem krijgen.<sup>3</sup> Andere vragen waren van meer praktische aard, zoals: wat heb je nou aan de mogelijkheid van een vordering tot dooronderhandelen als partijen totaal gebrouilleerd zijn? Of: moeten de bekende drie fasen van *Plas/Valburg* niet meer samengetrokken worden, nu de afgrenzing tussen die drie fasen in de praktijk nauwelijks te trekken valt? En: lopen we niet te zeer uit de pas in vergelijking met het buitenland?

Welnu, de Hoge Raad heeft op 12 augustus 2005 gewichtige woorden gesproken. *'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 gerechtvaardigde 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.'* Even verderop (in rechtsoverweging 7) stelt de Hoge Raad expliciet dat de voor-

melde maatstaf een strenge en tot terughoudendheid nopende is. En dat lijkt echt een trendbreuk.

Een paar dingen valt op. Uitgangspunt van ons precontractuele schadevergoedingsrecht is nu, anders dan menigeen in de praktijk dacht, expliciet de vrijheid van partijen om onderhandelingen af te breken, al moeten zij hun gedrag mede laten bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen (Baris-Riezenkamp<sup>4</sup> staat dus nog). De genoemde vrijheid vindt onder meer zijn begrenzing wanneer de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen had dat *de*<sup>5</sup> overeenkomst tot stand zou komen.

Dit is een heel andere benadering dan die in de literatuur over precontractuele aansprakelijkheid is gaan overheersen, namelijk dat bij afbreken van onderhandelingen uit de Baris-Riezenkamp-maatstaf al snel enigerlei vorm van aansprakelijkheid te construeren zou zijn.<sup>6</sup> Hier maakt de Hoge Raad nu dus resoluut een einde aan, zoals hij ook – doch dat is minder zeker – een einde lijkt te maken aan de beroemde drie fasen van *Plas/Valburg*. Die fasen zijn immers in dit arrest in het geheel niet (meer) terug te vinden. Het lijkt vanaf nu van tweeën één: óf de afbrekende partij mag profiteren van het beginsel dat afbreken vrijstaat, óf hij is aansprakelijk voor alle schade (inclusief gederfde 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, schadebeperringsplichten en dergelijke).

Dit alles is toe te juichen. In de praktijk moesten we te vaak grijpen naar instrumenten als 'Letters of Intent' of 'Memorandums of Understanding' om de – door partijen zeer vaak gewilde – afbrekervrijheid terug te winnen op *Plas/Valburg* en reesterden er, als boven gemeld, nog diverse vragen en afgrenzingsproblemen. De Hoge Raad lijkt ernst te maken met het luisteren naar de praktijk en heeft de laatste tijd in ieder geval oog voor het terugdringen van een té vergaande rol van de redelijkheid en billijkheid in het commerciële rechtsverkeer. Dit arrest is daarvan een treffend voorbeeld en daarmee een goede zaak! ■

1. HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723.
2. Nederland was *geen* gidsland waar het de eerste ontwikkelingen van de precontractuele aansprakelijkheid betrof. Die eer komt waarschijnlijk Italië toe, in de persoon van Faggella (zie het proefschrift van De Kluiver, p. 188) en wat betreft wets tekst de artikelen 1337 en 1338 van de Codice Civile uit 1942. En natuurlijk moet ook de culpa in contrahendo van Von Jhering in dit kader worden genoemd.
3. Een aanzienlijk deel van dit soort vragen is in de loop der tijd opgelost. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 17 september 2003, *NJ* 2003, 46, over internationale jurisdictieproblemen in dit kader.
4. HR 11 januari 1957, *NJ* 1959, 37.
5. En dus niet meer: 'enige vorm van'.
6. Wie de belangrijkste arresten van de Hoge Raad nog eens zou teruglezen, ziet overigens dat de Hoge Raad steeds vrij voorzichtige bewoordingen heeft gebruikt. Het lijkt erop alsof de voorzichtige praktijk meer in deze arresten is gaan lezen dan erin was geschreven, en misschien wel bedoeld.