



13 oktober 2005 / nr. 21

Bedrijfsjuridische berichten

Schadevergoeding

Afgebroken onderhandelingen

(HR 12 augustus 2005, *RvdW* 2005, 93)

mr. A. van Elk

58

1. Inleiding

Op 12 augustus 2005 wees de Hoge Raad een arrest over het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Dit leerstuk is geheel in de jurisprudentie ontwikkeld. In dit arrest vat de Hoge Raad de geldende regels op het gebied van afgebroken onderhandelingen samen (en dan met name in het kader van de vergoeding van het positieve contractsbelang). In dit artikel geef ik een overzicht van de jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van afgebroken onderhandelingen en plaats ik het arrest in het licht van die jurisprudentie.

Als men de jurisprudentie van de Hoge Raad in chronologische volgorde beziet, kan men ruwweg twee fases onderscheiden. In de eerste fase wordt het leerstuk van afgebroken onderhandelingen geïntroduceerd en het bereik vervolgens uitgebreid. In de tweede fase ziet men vooral een inperking van de mogelijkheid schadevergoeding te verkrijgen vanwege afgebroken onderhandelingen. Het komt er kort gezegd op neer dat het

Schadevergoeding

58 Afgebroken onderhandelingen, (HR 12 augustus 2005, *RvdW* 2005, 93),
mr. A. van Elk, advocaat Van Gessel & Blaauw Advocaten te Amsterdam / 225

Arbeidsrecht

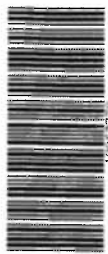
59 Dubbelzinnige opzegging,
mr. M.S.J. Top, advocaat Kennedy Van der Laan te Amsterdam / 229

arrest van 12 augustus 2005 past in de trend van de Hoge Raad tot aanscherping van de mogelijkheden om schadevergoeding te krijgen vanwege afgebroken onderhandelingen. Ik zet de jurisprudentie voor beide fases hieronder uiteen.

2. Fase I: introductie en uitbreiding van het leerstuk

2a. Plas/Valburg

De basis voor het leerstuk van afgebroken onderhandelingen is in 1982 gelegd met het arrest Plas/Valburg (HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723). De Hoge Raad onderscheidt daarin drie stadia in onderhandelingen: het eerste stadium waarin afbreken van onderhandelingen partijen vrij staat, het tweede stadium waarin afbreken nog mogelijk is mits de gemaakte kosten van de wederpartij worden vergoed en tenslotte het derde stadium waarin afbreken te goeder trouw niet meer mogelijk is. Dat laatste stadium is bereikt als partijen: 'over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren.' In dat geval kan de afbrekende



partij gehouden zijn om de gederfde winst van de wederpartij te vergoeden.

2b. VSH/Shell

In 1987 breidt de Hoge Raad de Plas/Valburg regel uit in zijn arrest VSH/Shell (HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017). De Hoge Raad overweegt dat het partijen te allen tijde vrij staat de onderhandelingen af te breken, 'tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van VSH (=wederpartij van de afbreker, AvE) in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd – d.w.z. onaanvaardbaar – zou zijn.'

Het is dus niet alleen het gerechtvaardigde vertrouwen dat schadeplichtig maakt. Ook 'andere omstandigheden' kunnen redengevend zijn. Wat die andere omstandigheden zijn, wordt verder niet ingevuld. Mij is geen jurisprudentie bekend waar deze andere omstandigheden maatgevend zijn geweest voor schadeplichtigheid bij afgebroken onderhandelingen. Het lijkt erop dat de Hoge Raad de lagere rechtspraak de ruimte heeft willen bieden om het leerstuk verder te ontwikkelen. De Hoge Raad geeft in dit arrest ook een nadere causaliteitstoets voor de vergoeding van gederfde winst bij afgebroken onderhandelingen. Dergelijke schade komt voor vergoeding in aanmerking indien aannemelijk is dat bij voortzetting van de onderhandelingen de overeenkomst tot stand zou zijn gekomen.

2c. Vogelaar/Skill

Het arrest Vogelaar/Skill (HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647) maakt duidelijk dat het leerstuk van afgebroken onderhandelingen van toepassing is op alle situaties waarin partijen in overleg zijn over de totstandkoming van een overeenkomst, of dit nu in een 'onderhandelings'-verhouding is of anderszins. In dit geval bijvoorbeeld ging het om de formatie van een wielerploeg door Skill die vervolgens Vogelaar had benaderd voor de rol van ploegleider. Vogelaar accepteerde, maar uiteindelijk ging de deal niet door omdat Skill geen co-sponsor kon vinden. Vogelaar vorderde schadevergoeding van Skill op grond van ten onrechte afgebroken onderhandelingen. Strikt genomen is hier geen sprake van afgebroken onderhandelingen tussen Vogelaar en Skill. Partijen waren het eens over de invulling van ieders rol bij het totstandkomen van de wielerploeg, zodat er op wezenlijke punten overeenstemming was bereikt. Het is een omstandigheid die buiten hun relatie

ligt die het project vroegtijdig doet stranden (het niet vinden door Skill van een co-sponsor). Desalniettemin moet de beëindiging van hun relatie langs dezelfde maatstaf worden beoordeeld als een vordering op grond van afgebroken onderhandelingen.

2d. Beliën/Brabant

Een uitbreiding van het toepassingsgebied van het onderhavige leerstuk was ook onderwerp van dispuut in het arrest Beliën/Brabant (HR 24 maart 1995, *NJ* 1997, 569). In deze zaak was er een overeenkomst totstandgekomen onder opschortende voorwaarde. Die voorwaarde was echter een potestatieve voorwaarde, een voorwaarde die de betreffende partij zelf in de hand had. Vervolgens werd die voorwaarde niet vervuld. Kan dan wel gesproken worden van afgebroken onderhandelingen? Het hof vond van niet. De Hoge Raad vindt van wel. Ook al is er strikt genomen een overeenkomst totstandgekomen (zij het voorwaardelijk) en hebben partijen geen verschil van inzicht meer over openstaande punten, indien de voorwaarde in zo'n geval niet vervuld wordt, moet de vraag of dit onaanvaardbaar is volgens de Hoge Raad volgens dezelfde maatstaven worden beoordeeld als de vraag of sprake is van onaanvaardbaar afgebroken onderhandelingen.

3. Fase 2: inperking van het leerstuk

Vanaf 1995 blijkt van inperking van de mogelijkheden om vergoeding van schade te krijgen vanwege ten onrechte afgebroken onderhandelingen.

3a. Van Engen/Mirror Group

De eerste begrenzing die de Hoge Raad op dat gebied aanbrengt, ziet op het expliciete voorbehoud dat onderhandelingen worden gevoerd 'subject to contract'. Dat wil zeggen dat expliciet het voorbehoud is gemaakt dat definitieve gebondenheid pas ontstaat nadat een overeenkomst is getekend. De Hoge Raad laat een dergelijk voorbehoud toe in zijn arrest van 24 november 1995 (*NJ* 1996, 162). Het opnemen van een dergelijk voorbehoud vergroot de ruimte om de onderhandelingen af te breken, omdat het voorkomt dat bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen ontstaat dat een overeenkomst tot stand zal komen.

Het is daarbij van belang op te merken dat het bedingen van een dergelijk voorbehoud niet met

zich brengt dat het afbreken van de onderhandelingen altijd is toegestaan. Het blijft gaan om een waardering van de omstandigheden waarin partijen verkeren op het moment van afbreken. Het is mogelijk dat de onderhandelingen na het sluiten van een dergelijke voorwaarde zodanig ver(der) gaan dat (in de woorden van A-G Hartkamp in zijn conclusie bij het arrest):

‘het voorbehoud door de feiten wordt achterhaald of een beroep daarop in strijd zou komen met redelijkheid en billijkheid.’

3b. De Ruitersrij/MBO

Een belangrijke inperking van de mogelijkheden om vergoeding van schade te vorderen vanwege afgebroken onderhandelingen formuleerde de Hoge Raad in zijn arrest van 14 juni 1996 (*NJ* 1997, 481). In dit arrest krijgen met name de belangen van de afbrekende partij de aandacht. Er was, kort gezegd, sprake van langdurige onderhandelingen over de uitbreiding van een hotel. Partijen hebben wel al over veel punten overeenstemming bereikt, maar nog niet over de prijs. Dan breekt de eigenaar van het hotel de (langdurige) onderhandelingen af. Hij geeft een aantal oorzaken op, waaronder een verslechterde economische situatie in het algemeen en voor het hotel in het bijzonder en het feit dat binnen het concern waartoe de eigenaar behoort een investeringsstop is afgekondigd. De aannemer vordert vervolgens vergoeding van positief contractsbelang en legt beslag. Hij stelt gerechtvaardigd vertrouwen te hebben gehad in de totstandkoming van enigerlei overeenkomst.

De Hoge Raad geeft echter aan dat het afbreken van onderhandelingen ook in geval van gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij mogelijk is. Daarbij moet rekening worden gehouden met:

- De mate waarin en de wijze waarop de afbrekende partij tot het ontstaan van het vertrouwen heeft bijgedragen;
- de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij, en
- eventuele onvoorziene omstandigheden die zich tijdens de onderhandelingen hebben voorgedaan.

Het arrest biedt dus de ruimte om onderhandelingen toch te mogen afbreken in het geval de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen had in de totstandkoming van enigerlei overeenkomst. In het concrete geval pakte dit toch niet goed uit voor de eigenaar van het hotel. Volgens de Hoge Raad heeft het hof terecht op grond van de weging van alle omstandigheden van het geval

geoordeeld dat de eigenaar de onderhandelingen niet mocht afbreken. Het hof heeft geoordeeld dat weliswaar meerdere redenen werden opgegeven voor het afbreken van de onderhandelingen, maar dat het werkelijke probleem de afgekondigde investeringsstop betrof. Aangezien de eigenaar zelfstandig bevoegd was dergelijke transacties aan te gaan, komt deze omstandigheid voor zijn rekening.

3c. ABB/Staat

Doorgaans speelt bij de problematiek van afgebroken onderhandelingen een rol dat partijen al langdurig met elkaar in gesprek zijn. Wat is de invloed van dat tijdsverloop op het gerechtvaardigde vertrouwen dat partijen mogen hebben in de totstandkoming van een overeenkomst? Die vraag kwam aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 4 oktober 1996 (*NJ* 1997, 65). De Hoge Raad overweegt daarin dat ‘in gevallen als het onderhavige, waarin onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, is bij het oordeel omtrent de vraag of het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar wegens gerechtvaardigd vertrouwen in het totstandkomen van de overeenkomst, voor wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend hoe daaromtrent tenslotte, op het moment van afbreken, moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen.’

Het totstandkomingsvertrouwen moet dus op het moment van afbreken worden beoordeeld. Wellicht mocht een partij er op enig moment op vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen, maar door het voortduren van de onderhandelingen en de wijzigende omstandigheden (in dit geval brak de Staat de onderhandelingen af om te zien of er niet geprivatiseerd moest worden, en ging daarna weer verder met onderhandelen), mocht die partij er uiteindelijk niet meer op vertrouwen dat enigerlei overeenkomst in elk geval tot stand zou komen. Het tijdsverloop kan er overigens ook toe leiden dat kleinere geschilpunten tussen partijen steeds belangrijker worden en uiteindelijk het totstandkomingsvertrouwen blokkeren.

4. HR 12 augustus 2005 (JPO/CBB)

Dan kom ik nu toe aan het arrest van 12 augustus 2005 van de Hoge Raad. De feiten waren – op hoofdlijnen – als volgt. JPO en CBB zijn in onderhandeling over de aankoop van een stuk grond door JPO van de

gemeente Arnhem en de doorverkoop van een deel daarvan door JPO aan CBB. De onderhandelingen worden gevoerd op basis van concept-overeenkomsten waar geen wezenlijke wijzigingen in worden aangebracht. De onderhandelingen duren lang, hetgeen mede wordt veroorzaakt doordat JPO tegelijkertijd met de gemeente onderhandelt over de verkrijging van de grond. Op een goed moment is voor CBB de maat vol. Zij kondigt aan de onderhandelingen te zullen afbreken als er niet op korte termijn een concrete opleveringsdatum volgt. JPO geeft daarop aan dat zij inmiddels van de gemeente de grond aangeboden heeft gekregen, maar dat er nog wat haken en ogen aan zitten (onder meer een ongunstig bestemmingsplan). CBB breekt daarop de onderhandelingen af. Volgens JPO ten onrechte.

Het hof volgt de gedachtengang van JPO. De onderhandelingen zijn door CBB ten onrechte afgebroken. CBB had – gelet op het lange traject dat partijen daarvoor hebben afgelegd – de onderhandelingen niet ineens mogen afbreken. JPO heeft daardoor recht op vergoeding van het positieve contractsbelang. Maar JPO valt ook wat te verwijten, aldus het hof. JPO heeft niet in voldoende mate gereageerd op het ultimatum van CBB, hetgeen tot een escalatie van de verhoudingen heeft geleid. Het hof oordeelt dat JPO daarmee eigen schuld heeft aan het ontstaan van de schade en laat de helft van de schade voor haar eigen rekening.

De Hoge Raad casseert het oordeel van het hof. Het bezwaar dat de Hoge Raad aantekent is met name gericht tegen 's hofs motivering. De Hoge Raad verwijst uitdrukkelijk naar de arresten VSH/Shell, De Ruitertij/MBO en ABB/Staat. Hij vat het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen als volgt samen:

(...) 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 andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. [VSH/Shell, AvE]. 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 [De Ruitertij/MBO, AvE], terwijl, in het geval 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 [ABB/Staat, AvE] .

De Hoge Raad duidt de bovenstaande maatstaf als een 'strengere en tot terughoudendheid nopende' maatstaf. Daarmee bevestigt de Hoge Raad de trend die hij al eerder heeft ingezet. Een beroep op de schadevergoeding vanwege ten onrechte afgebroken onderhandelingen moet niet snel worden aangenomen. Het betrof in de onderhavige zaak weliswaar specifiek vergoeding van gederfde winst, maar de maatstaf die de Hoge Raad in dit arrest hanteert is niet slechts tot die categorie beperkt. De Hoge Raad spreekt immers over de 'maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen.' Zij maakt geen onderscheid in de aard en omvang van de schade. De maatstaf geldt overigens op grond van eerdere jurisprudentie (Vogelaar/Skill, Beliën/Brabant) ook in gevallen waarin partijen niet in een 'onderhandelingsverhouding' tegenover elkaar staan.

De Hoge Raad heeft met name moeite met de motivering van het hof. Het hof heeft haar beslissing niet met zoveel woorden langs de maatstaf van de voornoemde arresten gelegd. Het hof heeft in zijn arrest aangegeven dat CBB de onderhandelingen 'niet had mogen afbreken'. Volgens de Hoge Raad had het hof echter moeten aangeven waarom het afbreken 'onaanvaardbaar' was. Op zichzelf lijkt mij dit niet een wezenlijke toevoeging. Het inhoudelijke verschil tussen beide begrippen is mijns inziens miniem. Het lijkt mij duidelijk wat het hof tot uitdrukking heeft willen brengen. Ik vermoed dat de Hoge Raad hiermee wil onderstrepen dat het hof expliciet de verschillende relevante aspecten bij afbreken van onderhandelen had moeten benoemen. Het eerste aspect is dan of er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst. Het tweede aspect is of er gerechtvaardigde belangen zijn bij de afbreker van de onderhandelingen die dat afbreken rechtvaardigen. In dat geval had het hof de in De Ruitertij/MBO ontwikkelde criteria expliciet in zijn arrest moeten betrekken. Het lijkt erop dat de

Hoge Raad terzake van afgebroken onderhandelingen een zwaardere motiveringsplicht oplegt aan de rechterlijke instanties. Zeker is dit echter niet. Het blijft mogelijk dat de Hoge Raad met het begrip 'onaanvaardbaar' tot uitdrukking heeft willen brengen dat het om uitzonderingsgevallen gaat.

Voor wat betreft vergoeding van het positieve contractsbelang heeft het hof bovendien niet aangegeven waarom aannemelijk was dat bij voortgang van onderhandelingen de overeenkomst wel tot stand zou zijn gekomen. Dat is, zo zagen we al in VSH/Shell, wel vereist. Partijen die procederen over de vraag of positief contractsbelang vergoed moet worden vanwege ten onrechte afgebroken onderhandelingen, zullen zich vaak primair op het standpunt stellen dat een overeenkomst tot stand is gekomen. Of dat daadwerkelijk het geval is, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf die de Hoge Raad heeft neergelegd in het arrest Animal Hospital (HR 2 februari 2001, NJ 2001, 179) en het arrest Regiopolitie/Hovax (HR 26 september 2003, NJ 2004, 460). Ik volsta hier met een verwijzing naar die arresten.

Op zichzelf bezien is de beslissing van de Hoge Raad niet zo verrassend. Het geheel lag immers al besloten in eerdere jurisprudentie. De Hoge Raad heeft een en ander nu samengevat en in dat opzicht zal dit arrest thans waarschijnlijk de basis worden voor procedures in dit soort zaken.

Desalniettemin was de uitkomst ook weer niet volkomen voorspelbaar. De Procureur-Generaal bijvoorbeeld had geen bezwaar tegen de motivering van het arrest van het hof. Hij concludeerde tot verwerping van de in cassatie naar voren gebrachte motiveringsklachten, omdat zijns inziens uit de gedingstukken voldoende duidelijk was gebleken dat elk van bovenstaande aspecten (van het leerstuk van afgebroken onderhandelingen) behandeld was. De Hoge Raad neemt daar geen genoegen mee. Het hof had expliciet duidelijk moeten maken wat de toegepaste maatstaf was. In dat licht bezien is het raadzaam om in zaken als deze elk van de bovenstaande onderdelen van het leerstuk separaat te behandelen om de rechter aldus op het juiste (motiverings)spoor te zetten.

Overigens wordt ook nu weer door de Hoge Raad aangehaald dat niet alleen het gerechtvaardigd vertrouwen, maar ook 'andere omstandigheden' tot schadevergoeding kunnen verplichten bij afbreken van onderhandelingen. Helaas vult de Hoge Raad ook deze keer het criterium van de 'andere omstandigheden' niet in. Het arrest van het hof wordt gecasseerd op basis van het crite-

rium van gerechtvaardigd vertrouwen. De 'andere omstandigheden' krijgen geen nadere invulling. Een aspect wat niet in het arrest van de Hoge Raad aan de orde komt is de door het hof vastgestelde verdeling van de schade tussen partijen. Het hof oordeelt namelijk dat JPO heeft 'bijgedragen aan de escalatie tussen partijen' en aldus mede verantwoordelijk is voor de bij haar ontstane schade. Daarmee wordt mijns inziens een smalle scheidslijn bewandeld. Als JPO kennelijk heeft bijgedragen aan de escalatie tussen partijen, dan zou dat immers ook een rechtvaardiging hebben kunnen opleveren voor CBB om de onderhandelingen af te breken. Zoals gezegd, het is een smalle scheidslijn. Dat laat overigens onverlet dat ik de oplossing van het hof wel elegant vindt. Op deze manier ontstaat een nadere nuancering. De handelwijze van de wederpartij is niet genoeg om afbreken van de onderhandelingen te rechtvaardigen, maar wel genoeg om een deel van de daaruit voortvloeiende schade voor rekening van die wederpartij te laten. In dergelijke gevallen zullen mijns inziens nog zwaardere eisen aan de motivering van het rechterlijk oordeel worden gesteld. Overigens moet de partij die de onderhandelingen afbreekt wel voldoende gemotiveerd een beroep doen op die 'eigen schuld' van de wederpartij (HR 23 september 2003, NJ 2004, 460). Dat wordt in beginsel niet ambtshalve toegepast door de rechter.

Arbeidsrecht

Dubbelzinnige opzegging

mr. M.S.J. Top

59

I. Inleiding

Een vonnis van de kantonrechter waarin hij de arbeidsovereenkomst ontbindt levert zelden interpretatieproblemen op; de arbeidsovereenkomst wordt (al dan niet onder toekenning van een vergoeding) met ingang van een bepaalde datum ontbonden. Vervolgens wordt een eindafrekening opgemaakt door de werkgever en daarmee is de kous veelal af. Lastiger ligt het wanneer de werkgever of werknemer zelf de arbeidsovereen-