

De vordering tot dooronderhandelen nader belicht

M.R. Ruygvoorn*

Een partij die in de precontractuele fase onderhandelingen afbreekt wanneer dat onaanvaardbaar is of die in de contractuele fase weigert door te onderhandelen totdat een gerechtvaardigd breekpunt in de onderhandelingen is bereikt, kan worden veroordeeld om de onderhandelingen voort te zetten. Maar: hoe zinvol is zo'n veroordeling? Is het voor de veroordeelde partij niet betrekkelijk eenvoudig om aan de veroordeling te voldoen maar vervolgens de onderhandelingen op te blazen? Heeft het nog wel zin om te trachten tot zaken te komen met een onwillige wederpartij? En wanneer is een dergelijke vordering niet toewijsbaar? Kortom: wat is het nut en waar liggen de grenzen van een veroordeling tot dooronderhandelen? Deze en een aantal aanpalende vragen staan centraal in dit artikel.

1 Een korte schets van het juridisch kader

Het rechtsbeginsel van de contractsvrijheid brengt met zich dat iedereen de vrijheid heeft om te onderhandelen met wie hij wil, waarover hij wil (met art. 3:40 BW als ondergrens) en wanneer hij wil. De pendant daarvan is de vrijheid om de onderhandelingen ook op ieder gewenst moment weer te kunnen afbreken. Toch is die vrijheid niet onbeperkt. Wanneer wij ons eerst even beperken tot de precontractuele fase heeft de Hoge Raad al in het arrest *Baris/Riezenkamp*¹ overwogen dat partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding en dat deze met zich meebrengt dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de onderhandelingspartner. In het arrest *Plas/Valburg*² bouwde de Hoge Raad op die eerdere overweging voort door te oordelen dat, zakelijk weergegeven, het partijen onder omstandigheden niet meer vrij

staat om de onderhandelingen af te breken en dat, in zo'n situatie, de partij die de onderhandelingen desalniettemin afbreekt, verplicht kan worden om het positief contractsbelang te vergoeden. In de loop der jaren is in diverse jurisprudentie van de Hoge Raad een verdere verfijning aangebracht die uiteindelijk is gecumuleerd in een van de laatste standaardarresten met betrekking tot dit leerstuk, het arrest *CBB/JPO*.³

In *CBB/JPO* oordeelde de Hoge Raad 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 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

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

1 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*). Zie voorts HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (*Booy/Wisman*).

2 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

3 HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (*CBB/JPO*).

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 de afbrekende partij. Bij het aannemen van dit gerechtvaardigd vertrouwen in het tot stand komen van de overeenkomst dient een strenge en tot terughoudendheid nopenende maatstaf te worden aangelegd. Met andere woorden: dit zogenaamde ‘totstandkomingsvertrouwen’ mag niet lichtvaardig worden aangenomen.⁴

Wie tot het ontstaan van dat totstandkomingsvertrouwen heeft bijgedragen (of tot andere omstandigheden die het afbreken van de onderhandelingen ongeoorloofd maken), maar desalniettemin vervolgens de onderhandelingen afbreekt, pleegt ten opzichte van de onderhandelingspartner een onrechtmatige daad.⁵ De onrechtmatigheid schuilt hem er dan in dat het handelen in strijd met – kort gezegd – het opgewekte totstandkomingsvertrouwen (of andere bijzondere omstandigheden) in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁶

Wie in de contractuele fase weigert te onderhandelen of de onderhandelingen afbreekt vóórdat een gerechtvaardigd breekpunt in de onderhandelingen is bereikt, kan geconfronteerd worden met een nakomingsvordering tot (door)onderhandelen

Anders is de grondslag indien onderhandelingen worden afgebroken in de contractuele fase. Gedacht kan dan bijvoorbeeld worden aan de situatie dat een partij zich op grond van een contractuele afspraak ertoe heeft verbonden om te gaan onderhandelen over bijvoorbeeld prijsaanpassingen of aan de situatie dat een bepaling in een contract nietig of om andere reden niet werkzaam is en partijen zich ertoe verplicht hebben om te gaan onderhandelen om te proberen de ontstane lacune op te lossen. Dergelijke clausules komen in de praktijk regelmatig voor. De verplichting om te gaan onderhandelen is dan een contractuele, waarvan nakoming kan worden gevorderd. Wie in de contractuele fase weigert te onderhandelen of de onderhandelingen afbreekt vóórdat een gerechtvaardigd breekpunt in de onderhandelingen is bereikt,

kan dus geconfronteerd worden met een nakomingsvordering tot (door)onderhandelen. Die nakomingsvordering is dan rechtstreeks geënt op het contract. In de precontractuele fase hebben we nog geen contract en rijst allereerst de vraag waarop een eventuele vordering tot dooronderhandelen dan juridisch kan worden gestoeld.

Ik acht twee opvattingen verdedigbaar. In de eerste opvatting betreft de vordering tot dooronderhandelen *de iure* een vordering tot schadevergoeding die zich vertaalt in een door de rechter opgelegde verplichting tot een doen⁷ (in plaats van betaling in geld). De tweede mogelijke oplossing is dat men de verplichting tot dooronderhandelen ziet als een verplichting tot een doen die voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheerst, waarvan het nalaten onrechtmatig is, maar waarvan de rechter slechts een veroordeling uitspreekt tot het nakomen daarvan. De juridische grondslag is dan dus de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige grondslag voor het ontstaan van verbintenissen.

Hoewel beide opties zonder meer verdedigbaar zijn, neig ik naar de laatste opvatting, nu deze het beste aansluit bij de feitelijke beleving van de teleurgestelde onderhandelingspartner en dogmatisch goed past in het uitgangspunt dat de onderhandelende partijen hun gedrag (en daarmee dus ook hun doen en nalaten) mede moeten laten leiden door de (precontractuele) redelijkheid en billijkheid. Het antwoord op de vraag welke optie juridisch de juiste(re) zou moeten zijn is echter, zo meen ik, vooral hoog academisch en weinig praktisch. De uitkomst is immers dezelfde. Hooguit zou men kunnen twisten over zaken als bijvoorbeeld de verjaringstermijn (twintig jaar als algemene verjaringstermijn volgens art. 3:306 BW of vijf jaar volgens art. 3:310 BW) maar bij vorderingen als de onderhavige spelen dergelijke aspecten in de praktijk zelden een rol.

2 Verplichting tot dooronderhandelen versus contractsdwang

Een verplichting tot dooronderhandelen moet worden onderscheiden van een verplichting om te contracteren. Deze laatste verplichting kan alleen voortvloeien uit reeds bereikte wilsovereenstemming (al dan niet onder toepassing van de wilsvertrouwenstheorie van art. 3:35 BW), bijvoorbeeld voortvloeiend uit een voorovereenkomst.⁸ Daarnaast moet de verplichting tot dooronderhandelen worden

4 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009, p. 79 e.v.

5 Ruygvoorn 2009, p. 290 e.v.

6 Ruygvoorn 2009, p. 292.

7 Vgl. S.C.J.J. Kortmann, ‘Dooronderhandelen, contracteren of presenteren’, *WPNR* (1996) 6214, p. 163-164, en zijn suggestie om in plaats van schadevergoeding in geld, een verplichting toe te wijzen tot het sluiten van een overeenkomst of het leveren van een zaak, ook al leidt dit ertoe dat de leverende partij toerekenbaar jegens een derde tekortschiet.

8 Vgl. Hof Arnhem 19 juni 2007, LJN: BA8878 en Rb. Amsterdam 4 juli 2007, *RCR* 2008, 21. Vgl. ook I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 215-230.



Foto © Marten Hoogstraat (www.whiteframe.nl)

onderscheiden van de verplichting tot het geven van uitvoering aan eerdere afspraken (anders dan bestaande uit de verplichting om tot het sluiten van een overeenkomst over te gaan), waarvan bijvoorbeeld sprake is indien een leveringshandeling moet worden verricht ten aanzien van een reeds verkocht goed. Ook bij het afdwingen daarvan is simpelweg sprake van een vordering tot nakoming.

In de literatuur is er wel op gewezen dat de door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid dat een partij die de onderhandelingen afbreekt, veroordeeld kan worden tot dooronderhandelen, evenals de mogelijkheid dat hij zou kunnen worden veroordeeld tot vergoeding van het positief contractbelang overigens, *de facto* en *de iure* zou leiden tot contractsdwang.⁹ Deze stelling wordt ermee beargumenteerd dat bij de verplichting tot vergoeding van het positief contractbelang, het moment van tot stand komen van de overeenkomst eigenlijk naar voren wordt gehaald en niet meer afhankelijk wordt gesteld van het mechanisme van aanbod en aanvaarding. Indien een onderhandelende partij, aldus is dan de redenering, vanaf het moment waarop hij erop mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen, er recht op heeft in de

positie te komen waarin hij zou komen te verkeren wanneer het contract daadwerkelijk gesloten was, zou er geen reëel verschil meer zijn tussen de precontractuele fase, waarin onderhandelingen op een gegeven ogenblik niet meer eenzijdig mogen worden afgebroken, en de contractuele fase. In beide gevallen zouden partijen dan immers recht hebben op de voordelen uit het contract. Eenzelfde probleem zou zich voordoen bij een vordering tot dooronderhandelen omdat de verplichting tot contractsluiting (aangenomen dat partijen geen beren op de weg meer tegenkomen) eigenlijk al naar voren zal worden gehaald ten opzichte van het moment van wilsovereenstemming.

Ik deel deze mening niet. Daartoe wijs ik erop dat het zeer goed mogelijk is dat, *nadat* er bij een van partijen het gerechtvaardigd vertrouwen is ontstaan dat enigerlei contract tot stand zal komen, partijen nog steeds op een gerechtvaardigd breekpunt in de onderhandelingen kunnen stuiten. De door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid dat een partij die in een stadium waarin hem dit niet meer vrijstaat, de onderhandelingen toch afbreekt, veroordeeld kan worden om door te onderhandelen, betekent dan ook geen contractsdwang voor die partij, maar louter en alleen

9 M.W. Hesselink, 'De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europees Privaatrecht', *WPNR* 1996, 6249, p. 908 en Kortmann 1996, p. 163 en 164.

de verplichting om, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, met de ander te trachten het (alsnog) eens te worden over de nog openstaande punten. Doet zich daarbij de situatie voor waarin partijen het uiteindelijk over een bepaald (doorgaans nieuw) onderwerp toch niet eens kunnen blijken te worden en betreft dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een wezenlijk onderdeel van hetgeen partijen beogen te regelen, dan kunnen de onderhandelingen alsnog zonder verdere verplichting tot dooronderhandelen of tot het betalen van schadevergoeding worden afgebroken. Er is vanaf dat moment immers geen totstandkomingsvertrouwen meer.

Hier hebben wij een van de kernproblemen te pakken die spelen bij een succesvolle vordering tot dooronderhandelen; wat kwalificeert als een gerechtvaardigd breekpunt?

Dit geschreven hebbende, realiseer ik mij meteen dat wij hier ook direct een van de kernproblemen te pakken hebben die spelen bij een succesvolle vordering tot dooronderhandelen; wat kwalificeert vervolgens als een gerechtvaardigd breekpunt? Stel dat een partij die onderhandelingen voerde met de verhuurder van een bedrijfspand veroordeeld wordt om de onderhandelingen met die verhuurder over de huur van het bedrijfspand voort te zetten. Stel vervolgens dat de veroordeelde partij als nieuwe eis stelt dat het gehuurde pand bij ieder Europees en wereldkampioenschap voetbal volledig oranje wordt geschilderd op kosten van de verhuurder en de verhuurder daaraan weigert te voldoen. Is er dan sprake van een gerechtvaardigd breekpunt? En hoe moeten we hier tegenaan kijken op het moment dat de nieuw geformuleerde wens van de huurder zich beperkt tot het opnieuw in de oorspronkelijke kleuren schilderen van het houtwerk waarvan de bestaande verflaag ten minste tien jaar oud is en de verhuurder daar niet aan wil voldoen?

De vraag stellen, is hem welhaast beantwoorden; het antwoord zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval, maar leidend zal zijn de redelijkheid van de geuite wens waarover geen overeenstemming kan worden bereikt. Laten we proberen om dit punt wat meer 'handen en voeten' te geven.

3 Wanneer is sprake van een gelegitimeerd breekpunt in de onderhandelingen?

Niets menselijks is ook onderhandelende partijen vreemd. En, met de hiervoor uiteengezette theorie voor ogen, ook niet de gedachte aan de zijde van de partij die veroordeeld is om door te onderhandelen, dat deze kan toewerken naar een gerechtvaardigd breekpunt in de onderhandelingen, zodat voldaan is aan het vonnis zonder dat die partij gedwongen wordt om alsnog met de ander zaken te doen. Hoe menselijk deze gedachte wellicht ook zijn moge, er zitten wel wat haken en ogen aan.

Een veroordeling tot voortzetting van de onderhandelingen betekent dat ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet worden dooronderhandeld

Nu onderhandelende partijen zich overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid jegens elkaar hebben te gedragen, betekent een veroordeling tot voortzetting van de onderhandelingen dat ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet worden dooronderhandeld. Dat vooronderstelt in elk geval dat duidelijk is waarover moet worden dooronderhandeld, en dat betekent weer dat, wil een vordering tot dooronderhandelen slagen, die vordering in elk geval zodanig gesubstantieerd dient te zijn dat de vordering ook met voldoende bepaalbaarheid kan worden uitgesproken.¹⁰ Dat is in de praktijk vaak een lastig punt, al was het alleen al vanwege het feit dat het niet ondenkbaar is dat in het kader van de voortzetting van de onderhandelingen nieuwe punten opkomen waarvan in redelijkheid kan worden aangenomen dat, hoewel partijen zich die punten mogelijk niet eerder gerealiseerd hadden, zij daarover toch een afspraak zullen moeten maken in het kader van hetgeen zij beogen te regelen. Het zal derhalve vaak niet mogelijk zijn om alle nog openstaande punten waarover partijen het nog eens zouden moeten worden alvorens een (romp)overeenkomst kan worden aangenomen, in de vordering te noemen, laat staan in de veroordeling op te nemen. Ik verwijs in dit verband onder meer naar de uitspraken van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 17 oktober en 28 november 1996,¹¹ waarin

¹⁰ Zie ook Y.G. Blei Weissmann, *Verbintenissenrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer 2004, aantekeningen op artikel 217, aant. 86.3 e.v.

¹¹ V.zr. Rb. Amsterdam 17 oktober en 28 november 1996, *KG* 1997, 69.

de voorzieningenrechter zijn veroordeling van een van de gedaagden noodzakelijkerwijs beperkte tot het binnen een week na betekening van het vonnis 'met Zilveren Kruis open en reëel verder onderhandelen over de totstandkoming van een overeenkomst voor farmaceutische hulp'. Een ander voorbeeld in dit verband is terug te vinden in de uitspraak van de Hoge Raad van 1 maart 1983 (*Huurdersvereniging/Koot*),¹² waarin het ging om een vordering tot veroordeling om in overleg te treden omtrent vaststelling van huren op basis van gemaakte afspraken. De omstandigheid dat partijen nog verdeeld waren over de concrete resultaten waartoe de in de overeenkomst vervatte afspraken moesten leiden, sloot, aldus de Hoge Raad, niet uit dat partijen tegenover elkaar verplicht waren om, met inachtneming van de eisen van de goede trouw, mee te werken aan het tot volkomenheid brengen van deze afspraken in overeenstemming met wat reeds was overeengekomen.¹³

Er dient dus open en reëel te worden dooronderhandeld. Dat sluit ook aan bij artikel 3:301 lid 4 van de Draft Common Frame of Reference:

'It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.'

Verwacht mag worden, en daar dienen bijvoorbeeld ook eventuele nieuwe eisen aan te worden getoetst, dat bij de voortzetting van de onderhandelingen partijen een reële, open en redelijke opstelling tonen ten aanzien van hetgeen zij nog moeten regelen. Voorstellen die gedaan worden om meningsverschillen te overbruggen, moeten reëel en redelijk zijn. Er mag geen sprake zijn van schijnaanbiedingen en voorstellen mogen niet op onredelijke gronden worden afgewezen.¹⁴ Frustreert de partij die bevolen is om de onderhandelingen voort te zetten deze onderhandelingen door een hele starre houding aan te nemen, dan zal de rechter moeten onderzoeken in hoeverre die starre houding een rechtvaardiging vindt in de over en weer ingenomen standpunten in die onderhandelingen.¹⁵

Ik meen dat het bij een gerechtvaardigd breekpunt in elk geval zou moeten gaan om een wezenlijk punt binnen datgene wat partijen met elkaar beogen te regelen

Hiermee wordt in elk geval in meer algemene bewoordingen richting gegeven aan de reikwijdte van een verplichting tot dooronderhandelen. Wanneer die verplichting wordt geschonden, valt niet altijd eenvoudig te zeggen vanwege het hoge casuïstische karakter. Desalniettemin wil ik wel proberen om enige nadere handvatten aan te dragen. Zo meen ik dat het bij een gerechtvaardigd breekpunt in elk geval zou moeten gaan om een wezenlijk punt binnen datgene wat partijen met elkaar beogen te regelen (afgezet tegen onder meer hetgeen partijen al wel met elkaar hebben afgesproken, de aard en omvang van de afspraken die partijen beogen te realiseren en het – over en weer kenbare – verwachtingspatroon van de respectieve partijen) dat nog niet eerder door partijen is afgekaart, maar waarvoor geldt dat de partij die het punt opbrengt, daarbij voldoende (rechtens te respecteren) belang heeft. Een belangrijk criterium is daarbij dus dat het moet gaan om een, in het licht van hetgeen partijen met elkaar beogen te regelen, *wezenlijk* punt. Wat als 'wezenlijk' moet worden beschouwd is in belangrijke mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ik meen echter dat daarbij de volgende gezichtspunten een rol zouden moeten spelen: allereerst de aard van de overeenkomst. Wat in het kader van de ene overeenkomst als een wezenlijk punt moet worden gekwalificeerd (bijvoorbeeld een forumkeuzebeding in een overeenkomst voor de exploitatie van een raffinaderij door Shell in Venezuela) hoeft dat in een andere overeenkomst allerm minst te zijn (bijvoorbeeld in een overeenkomst voor de aanschaf van printerpapier). Daarnaast speelt natuurlijk de persoonlijke perceptie van partijen een rol. Zo kan een punt dat wellicht objectief bezien niet als wezenlijk moet worden gekwalificeerd, dat in bepaalde onderhandelingen wel geacht moeten worden te zijn voor zover een van de partijen dit als zijn uitgangspunt op voorhand aan de onderhandelingspartner kenbaar heeft gemaakt.¹⁶

Aan de hand van deze handvatten zal de feitenrechter uiteindelijk dienen te beslissen of gesproken kan worden van een gerechtvaardigd breekpunt na reëel en open gevoerde onderhandelingen. Overigens zie ik niet in waarom niet ook de 'onvoorzienomstandigheden-regel' (zoals door de Hoge Raad geformuleerd in *De Ruitertij/MBO*)¹⁷ opgeld zou kunnen doen in de situatie dat onderhandelingen worden gevoerd op basis van een verplichting tot dooronderhandelen. Deze regel komt erop neer dat indien sprake is

¹² HR 1 maart 1983, *NJ* 1983, 585 (*Huurdersvereniging/Koot*).

¹³ Vgl. voorts onder meer V.zr. Rb. 's-Gravenhage 4 mei 2000, *KG* 2000, 153, V.zr. Rb. Almelo 14 december 2000, *KGK* 1558 en V.zr. Rb. Zwolle 22 maart 1996, *KG* 1996, 168.

¹⁴ Vgl. Blei Weissmann 2004, aant. 88, H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw*, Deventer: Kluwer 1984, p. 112-113 en Ruygvoorn 2009, p. 311.

¹⁵ Vgl. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 29 oktober 1991 en HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 289 (*Antillean Family Foods/McDonalds*).

¹⁶ M.R. Ruygvoorn, 'Over de contractuele plicht tot (door)onderhandelen', *NTBR* 2011, p. 72.

¹⁷ HR 14 juni 1996, *NJ* 1996, 481 (*De Ruitertij/MBO*).

van omstandigheden die niet in de risicosfeer liggen van de afbrekende partij, maar wel zodanig zijn dat in redelijkheid van deze partij niet kan worden gevergd dat hij de onderhandelingen voortzet, de onderhandelingen toch niet-schadeplichtig mogen worden afgebroken. Datzelfde geldt ook voor de tweede ontsnapingsclausule die de Hoge Raad binnen het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen heeft geformuleerd en die erop neerkomt dat, indien de onderhandelingen worden afgebroken, mede rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de partij die de onderhandelingen heeft afgebroken.¹⁸

Ik zie niet in waarom niet ook de 'onvoorzien-omstandigheden-regel' opgeld zou kunnen doen in de situatie dat onderhandelingen worden gevoerd op basis van een verplichting tot dooronderhandelen

Last but not least is er dan natuurlijk nog de dreiging van de executie van de dwangsomveroordeling. Die dreiging moet niet worden onderschat. Een vordering tot dooronderhandelen zal nagenoeg altijd zijn versterkt met een dwangsomveroordeling. In beginsel zal daarvan een voldoende financiële prikkel tot nakoming van de veroordeling uit moeten gaan. Wie zijn hand overspeelt, bijvoorbeeld door een nieuwe eis aan de onderhandelingspartner te stellen met geen ander doel dan om de onderhandelingen te frustreren, maar zonder dat dit leidt tot een *gerechtvaardigd* breekpunt, loopt niet alleen het risico dat hij dwangsommen verbeurt maar loopt vervolgens het risico dat zijn wederpartij alsnog kiest voor schadevergoeding. De omvang daarvan kan, indien vergoeding van het positief contractsbelang gevorderd wordt, in de praktijk zeer substantieel zijn. Wie is veroordeeld om de onderhandelingen voort te zetten en vervolgens bewust streeft naar een breekpunt in die onderhandelingen loopt dus een, onder omstandigheden substantieel, financieel risico op het moment dat later wordt vastgesteld dat er sprake was van een breekpunt.

Daarbij komt dat de teleurgestelde partij, ten opzichte van degene door wie de onderhandelingen waren afgebroken, er een groter belang bij kan hebben om te trachten als-

nog overeenstemming te bereiken dan om te volstaan met het vorderen van schadevergoeding. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin er sprake is van tijdsdruk en er onvoldoende tijd resteert om weer van meet af aan een nieuw onderhandelingstraject met andere partijen te starten. Of denk aan de situatie dat de verwachting bestaat dat de afbrekende partij niet in staat zal zijn om een veroordeling tot vergoeding van het positief contractsbelang volledig na te komen en er zodoende een groter belang bestaat bij het alsnog bereiken van overeenstemming met deze partij.

Voor situaties als deze vormt de veroordeling tot dooronderhandelen op straffe van verbeurte van een dwangsom een beter alternatief dan het vorderen van schadevergoeding, terwijl aan de andere kant de partij die tot dooronderhandelen is veroordeeld, gegeven de dreiging van het verbeuren van dwangsommen in combinatie met het risico dat alsnog wordt gekozen voor vergoeding van het positief contractsbelang, zich wel twee keer zal bedenken voordat getracht wordt de onderhandelingen te frustreren.

Tot zover de vraag naar de reikwijdte van de verplichting tot dooronderhandelen en het moment waarop het afbreken alsnog gelegitimeerd wordt (en waarmee alsdan aan de veroordeling tot dooronderhandelen is voldaan). Een andere interessante kwestie die in dit kader rijst is of de teleurgestelde partij wel onder alle omstandigheden de keuze heeft om in een geval van ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen te kiezen voor een vordering tot schadevergoeding of een vordering tot dooronderhandelen.

4 Keuzevrijheid?

In sommige gevallen zal een vordering tot dooronderhandelen, ook wanneer het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar moet worden geacht, niet toewijsbaar zijn. Ik noem de navolgende gevallen:

Vordering onvoldoende bepaalbaar

Zoals hiervoor al is aangegeven, moet een vordering tot dooronderhandelen, wil zij kunnen worden toegewezen, in elk geval zodanig gesubstantieerd zijn dat een veroordeling met voldoende bepaalbaarheid kan worden uitgesproken. Dat wil zeggen dat voldoende duidelijk zal moeten worden gemaakt waarover partijen het al eens waren en wat eventueel nog openstaande punten zijn waarover dus nog dooronderhandeld zou moeten worden.

¹⁸ Vgl. in dit verband de noot van S.E. Bartels onder Rb. 's-Gravenhage 3 juni 2009, *JOR* 2009, 245.

Vaak zal dit al onderdeel van het debat zijn om de onaanvaardbaarheid van het afbreken vastgesteld te krijgen. Ik geef te bedenken dat met name de omvang van de nog ongeregelde punten in relatie tot hetgeen waar partijen het al wel over eens zijn een van de criteria is waaraan in de praktijk veelal totstandkomingstrouwen wordt vastgeknoopt. Desalniettemin: hoe nauwkeuriger in de processtukken vastligt wat partijen beogen te regelen en waarover al overeenstemming bestaat, des te kleiner is het procesrisico en, belangrijker wellicht nog, de kans op executiegeschillen.

Dooronderhandelen blijvend onmogelijk

Net zomin als nakoming kan worden toegewezen in de situatie waarin dat blijvend onmogelijk is, kan een vordering tot dooronderhandelen worden toegewezen op het moment dat de overeenkomst over de totstandkoming waarvan werd onderhandeld, niet meer gesloten kan worden. Buiten evidente gevallen waarin bijvoorbeeld het object van die overeenkomst teniet is gegaan, vormt de meest voorkomende categorie van gevallen die onder deze noemer vallen de situatie waarin inmiddels door de partij die de onderhandelingen heeft afgebroken, met een derde is gecontracteerd. Dat is begrijpelijk omdat, indien de rechter een vordering tot dooronderhandelen in die situaties zal toewijzen, de rechter de veroordeelde partij dwingt om – behoudens een gelegitiemeerd breekpunt in de onderhandelingen – te contracteren met de teleurgestelde partij en de veroordeelde partij daarmee dwingt ofwel om wanprestatie te plegen ten opzichte van de partij waarmee hij inmiddels had gecontracteerd ofwel om een overeenkomst te sluiten die hij vervolgens niet na zou kunnen komen, vanwege het feit dat inmiddels al met een derde is gecontracteerd. Uit het arrest *Oosterhuis/Unigro*¹⁹ volgt dat in gevallen waarin nakoming onmogelijk is, bijvoorbeeld, zo voeg ik daaraan toe, omdat al met een derde te goeder trouw is gecontracteerd, een vordering tot nakoming moet worden afgewezen tenzij de verkoper de macht over de zaak kan herwinnen zonder dat hij daarvoor onredelijke offers moet brengen.

Dit ligt overigens anders wanneer zou kunnen worden vastgesteld dat de derde, met wie inmiddels is gecontracteerd, jegens de teleurgestelde partij onrechtmatig heeft gehandeld, bijvoorbeeld door, in de wetenschap dat de partij die de onderhandelingen heeft afgebroken dat niet had mogen doen, desalniettemin met die partij heeft gecontracteerd. Daarmee heeft de derde immers geprofiteerd

van het onrechtmatige gedrag van die partij. In een dergelijk geval is verdedigbaar dat die derde partij bij wijze van schadevergoeding in natura veroordeeld wordt tot het ongedaan maken van de overeenkomst.²⁰ In alle andere gevallen zal de benadeelde partij zijn aangevoerd op een vordering tot schadevergoeding, zij het afkomstig van zijn gewezen onderhandelingspartner, zij het afkomstig van de derde die aldus misbruik heeft gemaakt van het onrechtmatig gedrag van de afbrekende partij.

Uit het arrest Oosterhuis/Unigro volgt dat in gevallen waarin nakoming onmogelijk is, bijvoorbeeld omdat al met een derde te goeder trouw is gecontracteerd, een vordering tot nakoming moet worden afgewezen

Evidente zinloosheid

Verder wordt aangenomen dat een gebod tot dooronderhandelen niet toewijsbaar zal zijn indien evident is dat verder onderhandelen vanwege de verstoorde verhoudingen tussen partijen geen enkele reële kans van slagen heeft.²¹ A-G Franx stelt in zijn conclusie voor het arrest *Stuyvers' Beheer B.V./Eugster*²² dat verder onderhandelen niet zinloos is wanneer een partij niet wil contracteren, omdat zijn onwil tot contracteren niet meer ter zake doet op het moment dat rechtens moet worden aangenomen dat een partij verplicht is om de onderhandelingen voort te zetten. Hoewel ik dit standpunt dogmatisch gezien juist acht, wordt in de rechtspraak een gebod tot dooronderhandelen in gevallen waarin sprake is van evidente zinloosheid (bijvoorbeeld wanneer op voorhand duidelijk is dat niets de veroordeelde partij ervan zal weerhouden om de onderhandelingen of de nadien gesloten overeenkomst te frustreren) toch vaak niet als een passende maatregel gezien. In dergelijke gevallen vertaalt de verplichting tot dooronderhandelen zich dan enkel nog in een verplichting tot schadevergoeding.²³

Geen dwangsomveroordeling mogelijk

Een dwangsom vormt een effectieve prikkel tot een doen of nalaten en wordt nagenoeg altijd verbonden aan een vordering tot dooronderhandelen.²⁴ Er zijn echter omstandigheden waaronder geen plaats is voor een dwangsomveroordeling. Strikt genomen doet dat niet af

19 HR 21 mei 1976, *NJ* 1977, 73 (*Oosterhuis/Unigro*).

20 Zie Kortmann 1996, p. 163-164.

21 Zie Blei Weissmann 2004, aant. 97.3.

22 HR 15 mei 1981, *NJ* 1982, 85 (*Stuyvers' Beheer B.V./Eugster*).

23 Ruygvoorn 2009, p. 314.

24 HR 11 maart 1983, *NJ* 1983, 585 m.nt. P.A. Steijn (*Huurdersvereniging Koot/Handelsonderneming Koot*).

aan de mogelijkheid om een gebod tot dooronderhandelen te vorderen, maar daarbij rijst natuurlijk wel de vraag naar de effectiviteit van een dergelijk gebod. In gevallen waarin geen plaats is voor een dwangsomveroordeling, gaat het meestal om situaties waarin de partij die wordt verplicht door te onderhandelen, een overheidsorgaan betreft²⁵ of wanneer de feitelijke situatie nog te veel onzekerheden in zich bergt en de veroordeling daardoor te onbepaald is.²⁶

Een verweer dat erop neerkomt dat een vordering tot nakoming van de afbrekende partij disproportionele offers zou verlangen ten opzichte van een vordering tot schadevergoeding, zou onder omstandigheden best eens hout kunnen snijden

Keuzevrijheid beperkt door de redelijkheid en billijkheid

Een laatste beperking die ik wil adresseren laat zich, althans bij mijn weten, uit de jurisprudentie (nog) niet kennen maar vormt mijns inziens wel een reële mogelijkheid. De vordering tot dooronderhandelen in de precontractuele fase vertoont immers gelijkennis met de vordering tot nakoming in de contractuele fase. Sterker nog: een vordering tot dooronderhandelen in de contractuele fase *is*, zoals aangegeven, een nakomingsvordering. Nu is het vaste jurisprudentie²⁷ dat de crediteur niet altijd de vrije keuze heeft tussen nakoming en schadevergoeding.²⁸ Zakelijk weergegeven komt het erop neer dat indien de bezwarendheid voor de debiteur van de keuze voor een nakomingsvordering (in plaats van voor een schadevergoedingsvordering) door de crediteur, van de debiteur disproportioneel grote offers zou verlangen, het de crediteur niet (zonder meer) vrij staat om voor nakoming te kiezen. Naar ik meen zou deze jurisprudentie ook naar de precontractuele fase getransponeerd kunnen worden en zou een verweer dat erop neerkomt dat een vordering tot nakoming van de afbrekende partij disproportionele offers zou verlangen ten opzichte van een vordering tot schadevergoeding, onder omstandigheden best eens hout kunnen snijden. Ik denk

bijvoorbeeld aan de situatie dat de partij die de onderhandelingen (ongelegitimeerd) heeft afgebroken, zelf geen belang meer heeft bij het alsnog komen tot een overeenkomst met de onderhandelingspartner als gevolg van economische omstandigheden of de situatie waarin, indien de afbrekende partij alsnog tot een overeenkomst zou komen met zijn onderhandelingspartner, van hem onredelijk grote offers zouden moeten worden geveerd om die overeenkomst te kunnen nakomen omdat bijvoorbeeld zijn onderleverancier inmiddels is gefailleerd en tegen een veel hoger bedrag zou moeten worden ingekocht.

Wellicht lijkt een vordering tot dooronderhandelen op het eerste gezicht een papieren tijger, maar bedacht moet worden dat een veroordeling tot dooronderhandelen nagenoeg altijd gepaard zal gaan met de dreiging van een substantiële dwangsom

5 Conclusie

De vordering tot dooronderhandelen blijft een interessante rechtsfiguur. Wellicht lijkt een dergelijke vordering op het eerste gezicht een papieren tijger, maar bedacht moet worden dat een veroordeling tot dooronderhandelen nagenoeg altijd gepaard zal gaan met de dreiging van een substantiële dwangsom, zodat een partij die tot dooronderhandelen is veroordeeld, zich in de regel wel tweemaal zal bedenken voordat hij zal trachten de onderhandelingen te frustreren. Op hem rust immers de verplichting om de onderhandelingen open en reëel voort te zetten. Veel tot dooronderhandelen veroordeelde partijen zullen dan ook geneigd zijn om eieren voor hun geld te kiezen. Veelal zal de enkele dreiging met de mogelijkheid van het instellen van een vordering tot het verkrijgen van een titel om door te onderhandelen al wel voldoende zijn om de afbrekende partij terug aan de onderhandelingstafel te krijgen en alleen al dat gegeven vormt mijns inziens een voldoende legitimatie voor het bestaan van deze vordering die ik in de praktijk van alledag met regelmaat tegenkom.

25 Zie ook Blei Weissmann 2004, aant. 98.

26 V.zr. Rb. Dordrecht 18 september 2008, LJN: BF1260.

27 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (*Multi Vastgoed / Nethou*).

28 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Garantie, nakoming en schadevergoeding', *WPNR* (2004) 6577, p. 363 e.v.