

## Artikel NGB

Over het afbreken van onderhandelingen en de juridische houdbaarheid van voorbehouden.

*Mr M.R. Ruygvoorn*<sup>1</sup>

In het kader van de opzet van mijn proefschrift over afgebroken onderhandelingen en de juridische houdbaarheid van voorbehouden heb ik in de maanden januari en februari van dit jaar een onderzoek gehouden onder 2229 advocaten (voornamelijk werkzaam bij de grote kantoren en met minimaal 5 jaar relevante werkervaring) en 1024 bedrijfsjuristen (waaronder, met medewerking van het NGB, de NGB-leden). De geënquêteerden werden per e-mail benaderd waarbij zij door middel van een inlogcode en een wachtwoord konden inloggen op een beschermde website waarop een aantal vragen stond vermeld. Die vragen konden zowel anoniem als niet-anoniem worden ingevuld. In totaal hebben 534 geënquêteerden daadwerkelijk gerespondeerd, waaronder 293 advocaten en 241 bedrijfsjuristen. Na een korte omschrijving van het doel van het onderzoek treft u onderstaand aan de meest in het oog springende resultaten daarvan. Alle resultaten kunt u downloaden via [www.vbk.nl](http://www.vbk.nl). Indien u op de homepage bent treft u daar een link aan naar de onderzoeksresultaten.

### **Doel van het onderzoek**

Het doel van het onderzoek was tweeledig. In de eerste instantie wilde ik onderzoeken hoe de praktijk aankijkt tegen en omgaat met het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden. Daarnaast wilde ik onderzoeken of de vigerende jurisprudentie met betrekking tot deze leerstukken aansluit bij de wensen van de praktijk.

### **Meest opvallende uitkomsten**

De drie meest opvallende uitkomsten van het onderzoek laten zich als volgt rubriceren:

1. De jurisprudentie zou meer aanknopingspunten moeten bieden om vast te stellen of onderhandelingen nog eenzijdig niet-schadeplichtig kunnen worden afgebroken;
2. De praktijk lijkt verder te gaan dan de Hoge Raad in JPO/CBB (HR 12 augustus 2005, NJ2005,467);
3. De helft van de respondenten acht de vigerende jurisprudentie met betrekking tot voorbehouden te restrictief.

Ad 1. Op de vraag of de huidige jurisprudentie voldoende aanknopingspunten biedt om vast te stellen of eenzijdig niet-schadeplichtige beëindiging van onderhandelingen mogelijk is antwoordde 48% van de respondenten in de categorie "neutraal" tot "geheel mee oneens". Slechts 18% liet weten het met deze stelling eens of geheel eens te zijn. Dat is een verhoudingsgewijs laag percentage. Een mogelijke verklaring voor dit relatief lage percentage is wellicht gelegen in het in belangrijke mate casuïstische karakter van de jurisprudentie over het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Wanneer immers het gerechtvaardigd vertrouwen in – kort gezegd – het welslagen van de onderhandelingen heeft postgevat, hangt in belangrijke mate af van de omstandigheden van het geval en laat zich moeilijk in een algemene regel vatten. Duidelijk is in elk geval (al sinds Shell / Van Esta Tjallingii) dat in elk geval over de essentialia van de overeenkomst waarover wordt onderhandeld, overeenstemming dient te bestaan. Wat echter onder "essentialia" dient te worden verstaan, is niet alleen sterk afhankelijk van de aard van de overeenkomst waarover wordt onderhandeld, maar zeker ook van de perceptie van partijen. Indien ik bijvoorbeeld mijn onderhandelingspartner op voorhand kenbaar maak dat overeenstemming over een specifieke wijze van geschillenbeslechting voor mij heel belangrijk is, dan mag mijn onderhandelingspartner er niet lichtvaardig op vertrouwen dat de onderhandelingen succesvol zullen zijn zolang op het punt van de geschillenbeslechting nog geen overeenstemming is bereikt. Dit hoewel naar objectieve maatstaven bij de meeste overeenkomsten

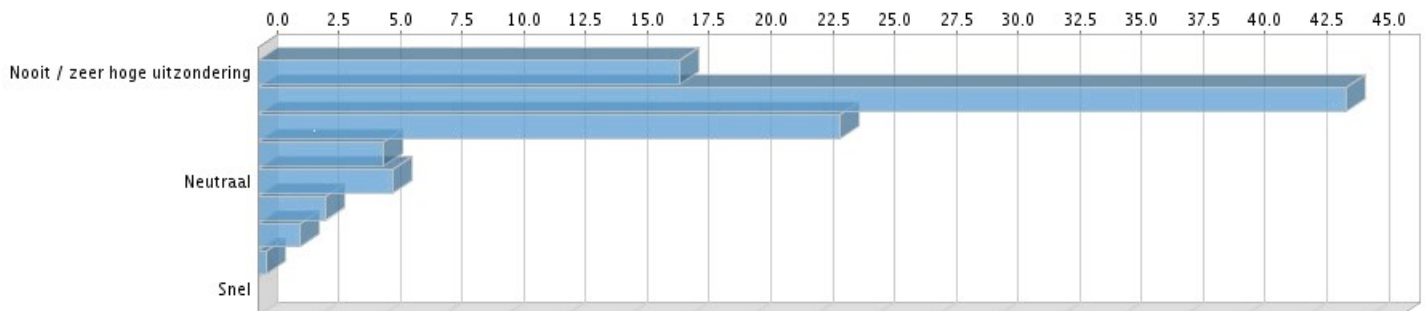
---

<sup>1</sup> Mr M (Marcel) R. Ruygvoorn is advocaat/partner bij Van Benthem & Keulen advocaten te Utrecht en honorair universitair docent en promovendus aan de universiteit Utrecht.

overeenstemming over de wijze van geschillenbeslechting niet geacht zal moeten worden te behoren tot de essentialia van die overeenkomsten.<sup>2</sup>

Naar mijn mening is hier vooral een taak weggelegd voor de feitenrechter. Deze zal de vaststelling dat het hiervoor bedoelde rechtens relevante vertrouwen in het welslagen van de onderhandeling heeft postgevat, door middel van een deugdelijke motivering handen en voeten moeten geven en daarbij in voldoende mate inzage dienen te geven in de redenering op basis waarvan tot het betreffende oordeel is gekomen. Naar mijn smaak wordt voor wat betreft dit aspect nog te vaak het adagium: “grote stappen, snel thuis” gehuldigd zodat het voor de praktijk in veel gevallen vaag blijft op basis van welke feiten en omstandigheden nu precies het hiervoor bedoelde rechtens relevante vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen is aangenomen.

Ad 2 De tweede in het oog springende conclusie is dat de praktijk verder lijkt te willen gaan dan de Hoge Raad in JPO/CBB voor wat betreft de maatstaf die moet worden aangelegd voor het aannemen van rechtens relevant vertrouwen in het welslagen van onderhandelingen. In het arrest JPO/CBB formuleerde de Hoge Raad de regel dat daarbij een strenge en tot terughoudendheid nopenende maatstaf moet worden aangelegd. De vraag die aan de respondenten is voorgelegd, wanneer het gerechtvaardigd vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen dient te worden aangenomen, leidde, grafisch weergegeven, tot de navolgende uitslag:

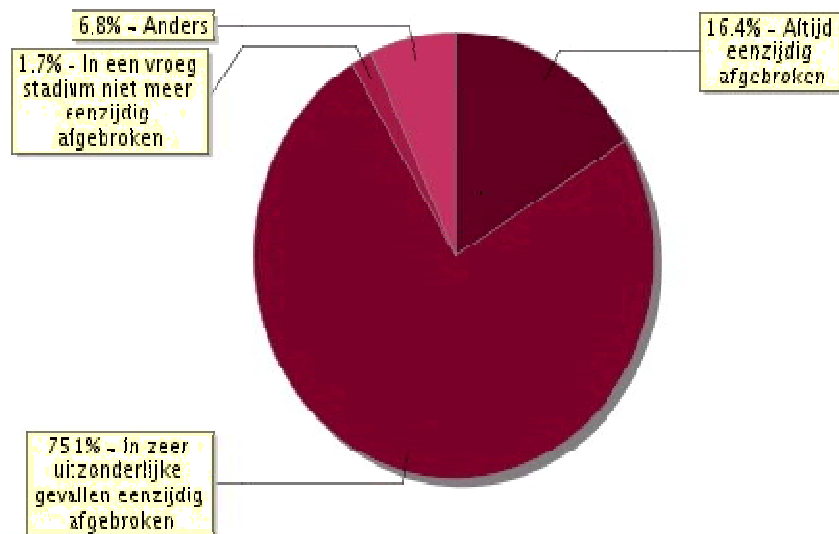


De grote vraag blijft natuurlijk wat de Hoge Raad precies heeft bedoeld met de formulering zoals hierboven weergegeven. Meer in het bijzonder rijst de vraag of de Hoge Raad daadwerkelijk afstand heeft willen nemen van de regel zoals geformuleerd in het arrest Plas / Valburg, zoals dat door C. Drion in diverse publicaties is betoogd.<sup>3</sup> Wat verder van deze discussie ook zij, naar mijn mening is het een gegeven dat de lagere rechtspraak sinds het arrest JPO/CBB een stuk strenger is geworden in die zin dat het stadium waarin onderhandelingen niet meer eenzijdig mogen worden afgebroken, significant is opgeschoven richting het moment van de contractsluiting.

<sup>2</sup> zie ook mijn bijdrage aan het NJB (NJB nr 21, 26 mei 2006, p.1144 e.v.) en mijn Monografie Privaatrecht, Kluwer 2005, p. 29 e.v.

<sup>3</sup> voor een kritische beschouwing van het arrest JPO/CBB en de opvattingen van C. Drion op dit punt: zie mijn voormelde bijdrage aan het NJB.

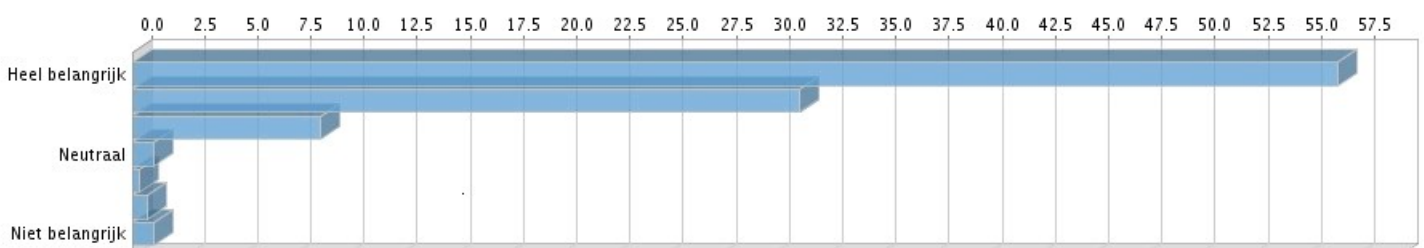
Een andere vraag die in dit kader is gesteld in het onderzoek betreft de vraag met welk uitgangspunt de praktijk het meest gediend zou zijn. Dit leidde tot de onderstaande grafische weergave:



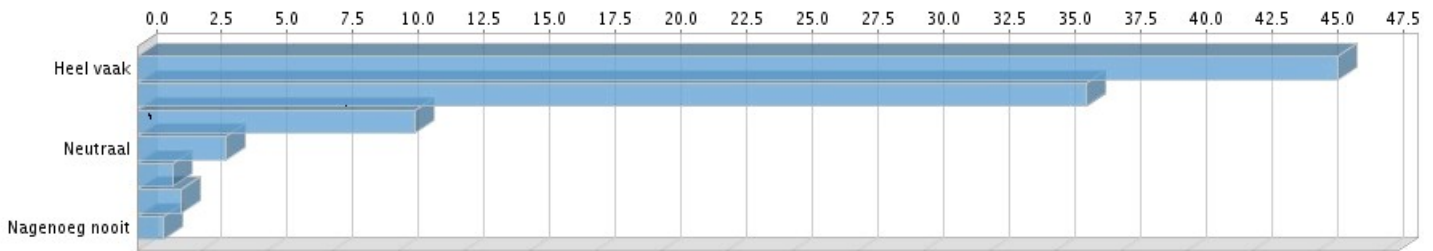
Hieruit blijkt dat maar liefst ruim 16% van de respondenten van mening is dat eenzijdig afbreken altijd geoorloofd dient te zijn. Deze groep respondenten huldigt het beginsel van de contractvrijheid in haar meest zuivere vorm. Niet alleen een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf dus, maar altijd de mogelijkheid om onderhandelingen, ongeacht in welk stadium die verkeren, eenzijdig te beëindigen. 75% Van de respondenten is van mening dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen eenzijdig afbreken van onderhandelingen ongeoorloofd zou moeten zijn. Daarmee lijkt de meerderheid van de respondenten “aan te schurken” tegen de norm zoals die door de Hoge Raad is geformuleerd in JPO/CBB of gaat zelfs nog iets verder. Een mogelijke verklaring voor de wens van in elk geval een substantieel deel van de praktijk (in elk geval van de hiervoor genoemde 16%) zou gelegen kunnen zijn in de wens tot het vergroten van de rechtszekerheid. Tot de hiervoor bedoelde 16% behoorde overigens een relatief hoog percentage bedrijfsjuristen in verhouding tot de advocaten die voor deze optie kozen. Een andere verklaring zou kunnen zijn de wens om meer aan te sluiten bij de rechtspraktijk op dit punt in de ons omringende jurisdicties en met name voor wat betreft de Angelsaksische rechtspraktijk.

Ad 3 De antwoorden op de vragen met betrekking tot voorbehouden geven niet alleen een goed beeld van de praktijk op dit punt, maar bovendien komt een belangrijk onderscheid naar voren voor wat betreft de houdbaarheid van voorbehouden.

Allereerst is de vraag voorgelegd naar het belang van de mogelijkheid om gebruik te kunnen maken van voorbehouden en de mate waarin de praktijk van voorbehouden ook daadwerkelijk gebruik maakt. Dit leidde tot de volgende reacties:

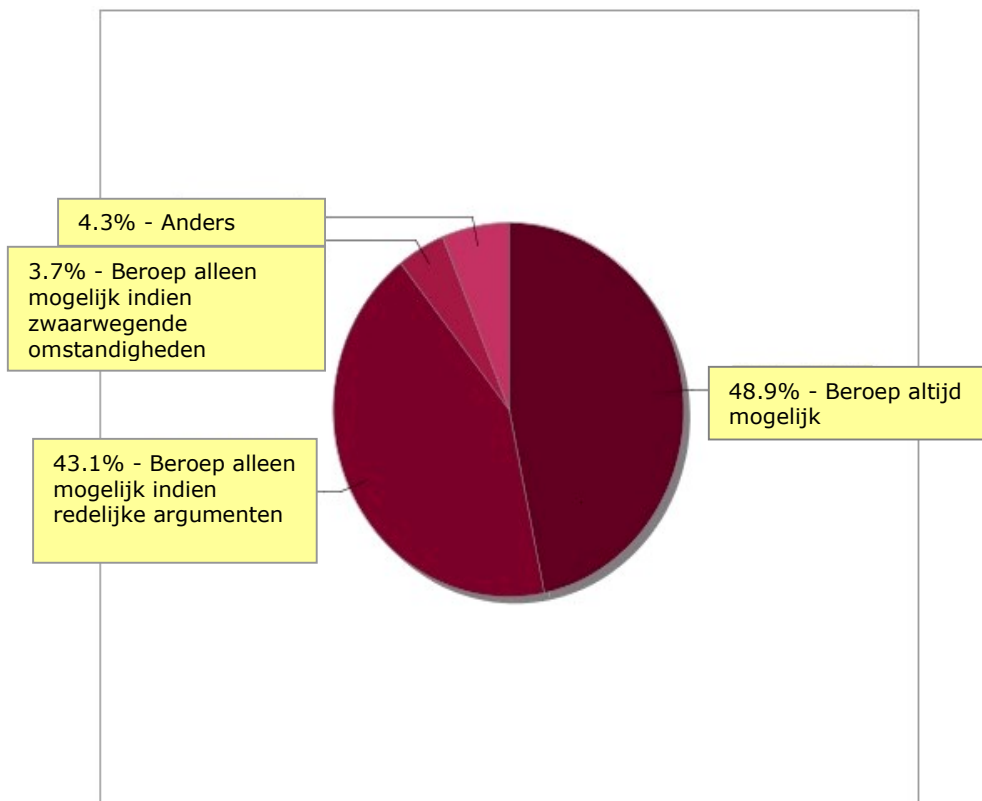


Vervolgens is de vraag gesteld in welke mate van voorbehouden gebruik wordt gemaakt. De reacties op deze vraag geven het volgende beeld:



De conclusie is derhalve dat de mogelijkheid om gebruik te maken van voorbehouden door de praktijk niet alleen heel belangrijk wordt geacht, maar dat daarvan in de praktijk ook veel gebruik wordt gemaakt. Met deze uitkomst wint het antwoord op de navolgende vraag in belangrijke mate aan relevantie: waarmee zou de praktijk volgens de respondenten het meest gediend zijn voor wat betreft de mogelijkheid om een beroep te doen op een bedongen voorbehoud?

Het antwoord op deze vraag is verrassend. Het blijkt dat bijna 50% van de respondenten van mening is dat een beroep op een voorbehoud altijd mogelijk zou moeten zijn, ongeacht de redenen voor dat beroep, terwijl 43% van de respondenten van mening is dat een beroep alleen mogelijk zou moeten zijn indien daarvoor redelijke argumenten kunnen worden aangedragen. Grafisch weergegeven geeft dit het volgende beeld:



De conclusie kan geen andere zijn dan dat er sprake is van een significante verdeeldheid in de praktijk waarbij naar mijn mening de wens van een substantieel aantal praktijkjuristen zich niet verhoudt met de vigerende jurisprudentie. Zo toetste de Hoge Raad in de Ruijterij/MBO bijvoorbeeld de redenen die werden aangedragen om goedkeuring aan het sluiten van een overeenkomst te onthouden aan de punten die eerder in de onderhandelingen tussen partijen aan de orde waren

geweest. In *Advanced Travel Partners/DSL Groep* oordeelde het Hof dat de beslissing van het betreffende orgaan om goedkeuring al dan niet te onthouden, getoetst dient te worden aan de maatstaf van redelijkheid en billijkheid.

Natuurlijk is het altijd lastig om de nodige nuancering (die juristen nu eenmaal eigen is) goed te verwerken in een enquête, waarin de ruimte voor nuance (door de noodzakelijkerwijs nu eenmaal bestaande beperking voor wat betreft de te geven antwoorden) beperkt is. Desalniettemin blijkt toch bij een significante groep respondenten de wens te bestaan om, voor wat betreft de mogelijkheid om een beroep op een voorbehoud te doen, minder restrictief te zijn dan de huidige jurisprudentie. Daarbij teken ik overigens direct aan dat, voor zover mij bekend, de Hoge Raad nog niet de mogelijkheid heeft gehad om zich helder over deze problematiek uit te laten. Vooralsnog zullen wij het moeten doen met lagere jurisprudentie in onderling verband beschouwd.

Interessant is natuurlijk de vraag wat de hiervoor bedoelde bijna 50% van de respondenten heeft bewogen om de stelling in te nemen dat een beroep op een voorbehoud, ongeacht de redenen daarvoor, altijd mogelijk zou moeten zijn. Mogelijk dat ook dit antwoord weer valt terug te voeren op de wens om zoveel mogelijk duidelijkheid vooraf te creëren met betrekking tot hetgeen tussen partijen in de onderhandelingsfase rechtens is. Daar staat mijns inziens evenwel tegenover dat indien men dit uitgangspunt zou willen aanvaarden, onderhandelen snel verwordt tot een vorm van Russische roulette waarbij een van de onderhandelingspartners in feite op elk door hem gewenst moment de spreekwoordelijke stekker uit de onderhandelingen kan trekken zonder dat dit voor hem leidt tot enigerlei vorm van aansprakelijkheid. Naar mijn smaak worden de belangen van de onderhandelingspartner daarmee te zeer uit het oog verloren en ligt misbruik op de loer. Bovendien zou er van het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen in die visie weinig tot niets overblijven omdat alsdan zou moeten worden aangenomen dat, indien een voorbehoud is gemaakt, rechtens relevant vertrouwen in – kort gezegd – het welslagen van de onderhandelingen nimmer zou moeten worden aangenomen.

Uit het vorenstaande moge genoegzaam blijken dat het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen, ook met JPO/CBB in het achterhoofd en ondanks haar reeds lange geschiedenis, nog steeds springlevend is met nog tal van rechtsvragen die het onderzoeken meer dan waard zijn.

Rest mij nog alle NGB-leden die de moeite hebben genomen om aan het onderzoek mee te werken, van harte te bedanken. Een groot aantal van hen mocht ik begroeten op het symposium dat op 15 mei 2007 plaatsvond en waar de onderzoeksresultaten zijn gepresenteerd. Hen dank ik ook voor de bijdrage aan de (panel)discussie. Tot slot dank ik het Bestuur van het NGB voor de buitengewoon plezierige samenwerking die er mede toe heeft geleid dat het onderhavige onderzoek überhaupt mogelijk kon worden gemaakt. Uw beroepsgroep, waarvan ik in het verleden, voordat ik als advocaat werkzaam werd bij Van Benthem & Keulen in Utrecht, ook een aantal jaren deel heb mogen uitmaken, heeft op deze wijze een interessante bijdrage kunnen leveren aan praktijkgericht wetenschappelijk onderzoek.

Marcel Ruygvoorn

Utrecht, 24 mei 2007