

## Over de contractuele plicht tot (door)onderhandelen

9

Wanneer kunnen onderhandelingen die worden gevoerd op basis van een contractuele verplichting daartoe, gelegitimeerd worden afgebroken? Dit was één van de vragen die centraal stond in het geschil dat uitmondde in het arrest van de Hoge Raad van 29 oktober 2010.<sup>2</sup> In dit artikel zal deze vraag, geplaatst in het bredere perspectief van het leerstuk van afgebroken onderhandelingen, worden behandeld, waarbij met name wordt ingegaan op het onderscheid tussen het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase en het afbreken daarvan in de contractuele fase.

### De casus

De casus die aan de onderhavige uitspraak ten grondslag lag, is tamelijk complex en leidde tot meerdere procedures die cumuleerden in het arrest van 29 oktober 2010. Voor wat betreft de rechtsvraag die in dit artikel centraal staat, laat de casus zich als volgt samenvatten. Partijen, Heijmans en Arcadis enerzijds (hierna: Heijmans c.s.) en Stichting Dienst Landbouwkundig Onderzoek (hierna: 'DLO') anderzijds, hadden onder meer een samenwerkingsovereenkomst gesloten, gericht op de gezamenlijke ontwikkeling en realisering van een bedrijventerrein in Lelystad, het zogenaamde Bio Science Park. Daartoe was onder meer reeds een commanditaire vennootschap opgericht (Bio Science Park I C.V.), waarin Heijmans c.s. als beherend vennoten optraden en DLO als commanditaire vennoot.

Wezenlijk onderdeel van de hele opzet van de samenwerking betrof een aanzienlijke te verkrijgen Europese subsidie voor het project. Doordat de uitvoering van het project vertraging opliep, kon niet tijdig worden voldaan aan alle vereisten voor het verkrijgen van die subsidie voorafgaand aan het moment dat de voorwaarden daarvoor wijzigden. Nadat die voorwaarden waren gewijzigd, bestond op zich nog wel de mogelijkheid tot het verkrijgen van subsidie, maar dan zouden wel de voorwaarden waaronder partijen hadden afgesproken met elkaar te gaan samenwerken, gewijzigd moeten worden. Onder meer zou DLO op enigerlei wijze risicodragend moeten gaan participeren (wat aanvankelijk niet de bedoeling was) en daarnaast zou DLO met een derde partij (in casu de provincie Flevoland) tot afspraken moeten komen teneinde een bepaalde mate van overheidsbetrokkenheid te realiseren om te kunnen voldoen aan (één van) de nieuwe voorwaarden voor het verkrijgen van subsidie.

Nu hadden partijen in de tussen hen gesloten samenwerkingsovereenkomst de mogelijkheid voorzien dat er – kort gezegd – een kink in de kabel zou kunnen komen voor wat betreft de EU-subsidie. Partijen hadden namelijk in art. 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst het volgende afgesproken:

'Indien de EU-bijdrage niet of niet in de mate zoals voorzien in de tussen partijen overeen te komen grondexploitatie door DLO in de BSP C.V. zou worden ingebracht, zal dit door ieder van partijen kunnen worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid die partijen verplicht medewerking te verlenen aan aanpassing (en eventueel zelfs beëindiging) van de samenwerkingsovereenkomst en de overeenkomsten die uit deze samenwerkingsovereenkomst voortvloeien, voor zover ongewijzigde instandhouding van deze overeenkomst(en) jegens één van partijen onredelijk zou zijn. [...]

Overeenkomstig art. 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst hebben partijen met elkaar onderhandeld over een aangepaste opzet van de afgesproken samenwerking en zijn door DLO ook daadwerkelijk besprekingen gestart met de provincie Flevoland. Dit heeft echter niet tot een aanpassing van de samenwerkingsovereenkomst geleid omdat DLO, althans in de perceptie van Heijmans c.s., de onderhandelingen heeft afgebroken en in elk geval schriftelijk de samenwerkingsovereenkomst heeft opgezegd.

Vervolgens staat onder meer de rechtsvraag centraal in hoeverre het DLO vrijstond om de samenwerkingsovereenkomst te beëindigen en over de aanpassing daarvan de facto niet verder te willen onderhandelen.

### Kern van de stellingen van DLO

In appel en (nader uitgewerkt) in cassatie stelt DLO zich op het standpunt dat – kort gezegd – voor het antwoord op de vraag in hoeverre het DLO vrijstond om de onderhandelingen met Heijmans c.s. omtrent onder meer aanpassing van de samenwerkingsovereenkomst af te breken, getoetst moet worden aan de hand van de maatstaf die geldt voor het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase, namelijk: in hoeverre is er sprake geweest van rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van enigerlei (in dit geval dus: aangepast) contract, waarbij naar het oordeel van DLO dan mede voor het al dan niet kunnen aannemen van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen relevant is in hoeverre DLO er uiteindelijk in zou slagen om met de provincie Flevoland overeenstemming te bereiken omdat overeenstem-

1. Mr. dr. M.R. Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. en als honorair docent verbonden aan de Universiteit Utrecht.  
2. HR 29 oktober 2010, L/N BN5612.

ming met de provincie Flevoland *conditio sine qua non* zou zijn voor het kunnen bereiken van overeenstemming over een gewijzigde samenwerking met Heijmans c.s. In navolging van deze stellingname concludeert DLO, onder verwijzing naar het arrest *JPO/CBB*,<sup>3</sup> dat bij het aannemen van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf moet worden aangelegd en dat, wanneer men die maatstaf zou aanleggen, men niet zou moeten kunnen concluderen dat het afbreken van de onderhandelingen door DLO onaanvaardbaar is jegens Heijmans c.s.

Het hof<sup>4</sup> volgt, aldus de Hoge Raad<sup>5</sup>, deze redenering van DLO niet omdat het hof van oordeel was dat er in de verhouding tussen DLO enerzijds en Heijmans c.s. (en de commanditaire vennootschap) anderzijds geen sprake was van enige precontractuele fase. Het hof overweegt dat de onderhandelingen tussen partijen, die, naar het hof heeft vastgesteld, voortvloeien uit een daartoe in art. 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst opgenomen verplichting, betrekking hadden op een wijziging van de bestaande contractuele verhoudingen. Dat oordeel is, aldus nog steeds de Hoge Raad, alleszins begrijpelijk en geeft geen blijk van 'enige miskenning van de grenzen van het toepassingsgebied van de criteria die gelden voor de beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden het afbreken van precontractuele onderhandelingen niet meer geoorloofd is en wat van een ongeoorloofd afbreken de rechtsgevolgen zijn'. De aldus tegen de betreffende overwegingen van het hof gerichte klachten falen derhalve.

### De boodschap van de Hoge Raad

Met zijn oordeel dat het hof geen blijk heeft gegeven van enige miskenning met betrekking tot de grenzen van het toepassingsgebied van de criteria die moeten worden aangelegd voor de beantwoording van de vraag of onderhandelingen in de precontractuele fase nog gelegitimeerd kunnen worden afgebroken, heeft de Hoge Raad mijns inziens tot uitdrukking willen brengen dat rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen als maatstaf voor afgebroken onderhandelingen in de contractuele fase (dat wil zeggen: in de situatie waarin op grond van een contractuele afspraak tussen partijen wordt (door)onderhandeld) niet geëigend is. Dat oordeel lijkt mij juist en heeft alles te maken met het verschil in juridische grondslag voor een vordering uit vermeend ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen.

Algemeen wordt aangenomen dat de grondslag voor een aanspraak uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase de onrechtmatige daad

is.<sup>6</sup> De onrechtmatigheid bestaat er dan in dat het in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar was om de onderhandelingen af te breken en die onaanvaardbaarheid wordt door de Hoge Raad gestoeld op het niet handelen door de afbrekende partij in overeenstemming met het (subjectief aanwezige maar ook objectief, rechtens relevante) vertrouwen dat deze partij bij de onderhandelingspartner heeft gewekt omtrent – kort gezegd – de kans op het tot stand komen van de overeenkomst waarover werd onderhandeld.<sup>7</sup> Wie niet handelt in overeenstemming met het vertrouwen dat hij daaromtrent bij zijn onderhandelingspartner heeft gewekt, handelt maatschappelijk onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig in de zin van art. 6:162 BW. Het criterium van het rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen vormt daarmee mijns inziens een dogmatisch verantwoorde<sup>8</sup> en voor de praktijk hanteerbare maatstaf in de precontractuele fase. Totdat dit rechtens relevante totstandkomingsvertrouwen is ingetreden, mogen onderhandelingen in beginsel nog worden afgebroken.

En daarin schuilt dan mijns inziens meteen het grote verschil met onderhandelingen die worden gevoerd uit hoofde van een daartoe bestaande contractuele verplichting. Het aannemen van een 'vrijheid blijheid-fase', waarin het partijen te allen tijde vrijstaat de onderhandelingen af te breken, verhoudt zich niet met een contractuele onderhandelingsplicht. Onder meer betekent immers een contractuele plicht om te gaan onderhandelen, dat een weigering om dat te doen, in beginsel een (toerekenbare) tekortkoming oplevert waarvan nakoming kan worden gevraagd of die leidt tot schadeplichtigheid van de tekortschietende partij op grond van art. 6:74 BW.<sup>9</sup>

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

4. R.o. 3.9.2 en 3.9.3 in onderling verband beschouwd in het tussenarrest d.d. 17 juli 2008, nr. 06/1736 en 06/1737.

5. R.o. 3.3.2.

6. Zie M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 290 e.v. en de daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie. Overigens zij in dit verband nog opgemerkt dat onder omstandigheden ook redelijkheid en billijkheid en ongerechtvaardigde verrijking als mogelijke bronnen voor verbintenissen bij ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen denkbaar zijn. Zie in dit verband Ruygvoorn, t.a.p., p. 284 e.v. en p. 295 e.v.

7. Anders: J.H. Nieuwenhuis, AA 2010, p. 288-290 (waarin Nieuwenhuis het afbreken van de onderhandelingen ten opzichte van de teleurgestelde partij ziet als een teleurgestelde toekomstverwachting van die partij), de reactie daarop van M.R. Ruygvoorn, AA 2010, p. 737-739 met repliek J.H. Nieuwenhuis, AA 2010, p. 740-741.

8. Het uitgangspunt dat vertrouwen dat rechtens relevant (dat wil zeggen: zowel subjectief bestaand als objectief waardeerbaar) moet worden gehonoreerd, past uitstekend in het wettelijk systeem. Dit uitgangspunt is immers onder meer terug te vinden in leerstukken als rechtsverwerking, de wilsvertrouwenstheorie van art. 3:35 BW en schijn van volmachtverlening. In de kern zijn al deze leerstukken gebaseerd op het op enig moment kunnen aannemen van door de wederpartij gewekt vertrouwen dat op een bepaald recht geen beroep (meer) zal worden gedaan, dat wil en verklaring met elkaar overeenstemmen of dat er een volmacht bestond.

9. De grondslag voor een dergelijke vordering kan overigens, zo komt het mij voor, niet eens onrechtmatige daad zijn omdat de gewraakte handelwijze (het niet voortzetten van de onderhandelingen) niet ook los van de contractuele context onrechtmatig is, hetgeen wel een vereiste is om, naast uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming, ook uit onrechtmatige daad te kunnen ageren, maar dat hier verder ter zijde.

Afhankelijk van de precieze reikwijdte van de verplichting om te gaan onderhandelen, die in beginsel dient te worden vastgesteld op grond van uitleg van de contractuele afspraken, komt het mij voor dat partijen bij een contractuele verplichting om te onderhandelen in beginsel de inspanningsverplichting hebben om deze te continueren totdat in die onderhandelingen een gerechtvaardigd breekpunt zal zijn bereikt. Verder dan dat zal de verplichting in elk geval niet kunnen gaan omdat dit dan contractsdwang zou impliceren over een in beginsel nog niet (voldoende) bepaalde rechtsverhouding. Een minder vergaand uitgangspunt verhoudt zich, tenzij de reikwijdte van de afgesproken verplichting in dat opzicht beperkingen bevat, evenmin met de contractsvrijheid die immers met zich brengt dat het partijen vrijstaat om op elkaar een rechtens afdwingbare verplichting te leggen om te trachten over een bepaald onderwerp overeenstemming te bereiken en algemeen kan worden aangenomen dat het niet in de bedoeling van partijen gelegen zal hebben om op elkaar een zinledige verplichting te hebben willen leggen in die zin dat de onderhandelingen te allen tijde straffeloos afgebroken zouden kunnen worden. Wanneer wij daarmee tot uitgangspunt nemen, dat in beginsel moet worden dooronderhandeld tot dat een gerechtvaardigd breekpunt in de onderhandelingen is bereikt, rijst de vraag wat heeft te kwalificeren als een gerechtvaardigd breekpunt en hoe moet worden aangekeken tegen de situatie, zoals die zich voordeed in het geschil dat aan de onderhavige uitspraak ten grondslag lag, dat één van de partijen de onderhandelingen met de wederpartij eerst zinvol kan voortzetten nadat de eerstgenoemde partij ook in onderhandeling overeenstemming heeft weten te bereiken met een derde.

### Reikwijdte van de contractuele verplichting tot (door)onderhandelen

Hoe ver reiken de verplichtingen nu precies, die voor partijen voortvloeien uit de afspraak om met elkaar te gaan onderhandelen, zoals waarvan de *facto* sprake was in art. 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst die leidde tot de hier besproken uitspraak van de Hoge Raad? Ik merk daarbij op dat een dergelijke bepaling in de rechtspraak geenszins ongebruikelijk is. Neem alleen al het veelvuldig voorkomende beding in overeenkomsten op grond waarvan, indien er sprake mocht zijn van een nietige bepaling in de overeenkomst, partijen verplicht zijn om in onderhandeling te treden teneinde te trachten te komen tot een geldige bepaling die naar aard en strekking zo dicht mogelijk aanligt tegen de nietige bepaling. Een ander voorbeeld betreft de rompovereenkomst. Dat wil zeggen: een overeenkomst waarin een enkel, ondergeschikt punt nog ongeregeld is, maar waarbij de punten die nog niet geregeld zijn, zodanig irrelevant zijn ten opzichte van hetgeen partijen al wel geregeld hebben (zowel kwantitatief als kwalitatief), dat dit er niet aan in de weg staat dat partijen al wel wilso-

overeenstemming hebben bereikt op grond van art. 6:217 BW. Voor zover de nog niet geregelde punten in voorkomend geval niet door de rechter op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:248 lid 1 BW kunnen worden ingevuld, dienen partijen zelf voor invulling daarvan zorg te dragen. Dat kan in beginsel uitsluitend indien de onderhandelingen worden voortgezet. Indien één van partijen dat weigert, dan kan die partij daartoe door zijn wederpartij gedwongen worden. Ook dan heeft de verplichting tot voortzetting van de onderhandelingen een contractuele basis op grond van een zogenaamd *pactum de contrahendo*, ofwel een in de reeds bereikte wilsovereenstemming belichaamd geachte verplichting om te trachten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid overeenstemming te bereiken over de nog ongeregelde punten van de rompovereenkomst.<sup>10</sup>

Dat het hier een inspannings- en geen resultaatsverbintenis betreft, moge duidelijk zijn. De vraag is dan echter welke inspanningen men zich gediend te getroosten *casu quo* wat men al dan niet nog dient te accepteren als het erom gaat in de onderhandelingen water bij de wijn te doen (lees: wat kan kwalificeren als een gerechtvaardigd breekpunt)? Deze problematiek is niet nieuw; sinds het arrest *Plas/Valburg*<sup>11</sup> is deze vraag natuurlijk veelvuldig aan de rechter voorgelegd in het kader van kortgedingprocedures die ertoe strekken een veroordeling van de wederpartij te verkrijgen om de door deze afgebroken onderhandelingen voort te zetten nadat gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen was ontstaan. Het ligt dan ook voor de hand om, wat deze vragen betreft, aansluiting te zoeken bij de jurisprudentie die is geweest in het kader van vorderingen tot dooronderhandelen. Immers, mijns inziens kan worden aangenomen dat de situaties waarin dooronderhandelen gevorderd wordt op grond van de aanwezigheid van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen in de precontractuele fase en die waarin dat wordt gevorderd op grond van een contractuele verplichting in de contractuele fase, met elkaar op dit punt zonder meer vergelijkbaar zijn; in beide gevallen dient in beginsel te worden dooronderhandeld totdat een gerechtvaardigd breekpunt is bereikt.

Uit die jurisprudentie blijkt om te beginnen dat een vordering tot (door)onderhandelen niet meer toewijsbaar is indien dooronderhandelen blijvend onmogelijk is,<sup>12</sup> wanneer de vordering tot dooronderhandelen ontoereikend bepaalbaar is, wanneer inmiddels met een derde is

10. Voor een nadere uitwerking van dit leerstuk: zie Ruygvoorn, t.a.p., p. 38 e.v.

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

12. Vgl. in dit verband de suggestie van S.J.J. Kortmann, 'Dooronderhandelen, contracteren of presteren', *WPNR* 1996/6214, p. 163-164 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 de derde tekortschiet.

gecontracteerd en in gevallen van evidente zinloosheid.<sup>13</sup> Een succesvolle verplichting tot dooronderhandelen betekent echter dat 'reëel (verder) dient te worden onderhandeld',<sup>14</sup> hetgeen onder meer impliceert dat op punten waarover reeds consensus is bereikt, niet meer kan worden teruggekomen<sup>15</sup> en dat een partij aan wie een voorstel is gedaan, de gelegenheid wordt gegeven om zich gedurende een redelijke tijd te beraden en eventueel een tegenvoorstel uit te werken.<sup>16</sup> Doet de teleurgestelde partij zijn tot (door)handelen verplichte wederpartij een redelijk compromisvoorstel, maar weigert de tot (door)onderhandelen verplichte partij dat te aanvaarden, althans daarop reëel in te gaan, dan is alsnog denkbaar dat de tot (door)onderhandelen verplichte partij, al dan niet via de weg van reële executie, veroordeeld wordt om dat compromisvoorstel alsnog te aanvaarden.<sup>17</sup>

Hiermee wordt in elk geval enige richting gegeven aan de reikwijdte van een verplichting tot (door)onderhandelen. Wanneer die verplichting wordt geschonden, valt niet altijd eenvoudig te zeggen vanwege het hoge casuïstische karakter van deze vraag. Willen de onderhandelingen nog gelegitimeerd kunnen worden afgebroken, dan zal er zich in ieder geval een wezenlijk punt moeten voordoen binnen datgene wat partijen met elkaar beogen te regelen, dat nog niet eerder een rol van betekenis speelde, waar de partij die het punt opbrengt, voldoende (rechtens te respecteren) belang bij heeft (lees: niet 'pour

besoin de la cause') en waarbij het punt gerechtvaardigd wordt opgebracht (dat wil zeggen: zonder dat de wederpartij daarmee op rechtens ontoelaatbare wijze wordt overvallen).

Wat in dat kader als 'wezenlijk' moet worden beschouwd binnen het geheel van afspraken dat partijen beogen te regelen, is, zoals al aangegeven, in belangrijke mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zij het dat daarbij de volgende gezichtspunten wel een belangrijke rol spelen. Allereerst speelt de aard van de overeenkomst een rol; wat in het kader van de ene overeenkomst als een wezenlijk punt valt te kwalificeren (bijvoorbeeld de forumkeuze in een overeenkomst voor de exploitatie van een raffinaderij tussen Shell en de Staat Venezuela) hoeft dat in een andere overeenkomst allerminst te zijn (bijvoorbeeld in een overeenkomst voor de aanschaf van printerpapier)<sup>18</sup>. Daarnaast speelt de persoonlijke perceptie van partijen een rol, uiteraard voor zover die de wederpartij kenbaar is of had behoren te zijn; zo zal een punt dat wellicht objectief gezien niet als wezenlijk moet worden gekwalificeerd, dat in een bepaalde onderhandeling wel geacht moeten worden te zijn voor zover één van partijen dit als zijn uitgangspunt aan de onderhandelingspartner heeft kenbaar gemaakt.

Verder valt mijns inziens niet in te zien waarom niet ook de 'onvoorziene omstandighedenregel' (zoals door de Hoge Raad geformuleerd in *De Ruitertij/MBO*<sup>19</sup>) opgeld zou kunnen doen in de situatie dat onderhandelingen worden gevoerd op basis van een contractuele verplichting daartoe. Datzelfde geldt tot slot voor de tweede ontsnappingsclausule die de Hoge Raad binnen het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen heeft geformuleerd en die erop neerkomt dat, indien onderhandelingen worden afgebroken, mede rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de partij die de onderhandelingen heeft afgebroken.<sup>20</sup>

Hoe nu, tot slot, te denken over de complicatie die in de onderhavige casus speelde, namelijk dat (door)onderhandelen met de contractspartij alleen maar zin zou hebben, indien het zou lukken om eerst met een derde tot zaken te komen? Het komt mij voor dat, in het licht van het vorenstaande, ten minste ook de verplichting om met de

13. Zie in dit verband de opmerking van A-G Franx in zijn conclusie onder HR 15 mei 1981, NJ 1982/85 (*Stuyvers' Beheer/Eugster*), waarin hij stelt dat verder onderhandelen niet zinloos moet worden geacht indien 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. De wil van de afbrekende partij is, anders gezegd, niet meer vrij; hij moet geacht worden op de grondslag van redelijkheid en billijkheid de onderhandelingen te willen voortzetten en, zo mogelijk, met die wederpartij te willen contracteren. Hoewel dit dogmatisch gezien juist is, wordt in de rechtspraak evenwel een gebod om door te onderhandelen in gevallen waarin sprake is van evidente zinloosheid van het voortzetten daarvan, toch vaak niet als een passende maatregel gezien.

14. Rb. Amsterdam (vzr.) 17 oktober en 28 november 1996, KG 1997/69. Vgl. ook HR 1 maart 1983, NJ 1983/585 (*Huurdersvereniging Koot*) 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 ertoe mee te werken dat deze afspraken in overeenstemming met wat reeds was overeengekomen, tot volkomenheid zouden worden gebracht. Vgl. voorts onder meer Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 4 mei 2000, KG 2000/153, Rb. Almelo (vzr.) 14 december 2000, KGK 1558 en Rb. Zwolle (vzr.) 22 maart 1996, KG 2996/168.

15. Zie Y.G. Blei Weissmann, *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2004 (losbl.), aantekeningen op art. 217 I, meer in het bijzonder aant. 89 en de daar aangehaalde jurisprudentie. Zie verder Ruygvoorn, t.a.p., p. 312.

16. Zie Blei Weissmann, t.a.p., aantekeningen op art. 217 I, meer in het bijzonder aant. 90 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

17. Zie Blei Weissmann, t.a.p., aantekeningen op art. 217 I, meer in het bijzonder aant. 97.3 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

18. Vgl. in dit verband HR 5 maart 2010, LjN BL0011, RvdW 2010/382 (*Fair Play/Geveke*) en M.R. Ruygvoorn, 'Contracteren onder voorbehoud; het blijft lastig!', MvV 2010/6, p. 168-172. In de zaak *Fair Play/Geveke* gaat het hof (gesanctioneerd door de Hoge Raad) mee in het standpunt van één van partijen dat het karakter van een projectontwikkelingsovereenkomst met zich kan brengen dat over een dergelijke overeenkomst – kort gezegd – eerder dan bij een 'gemiddelde' overeenkomst binding kan bestaan.

19. HR 14 juni 1996, NJ 1997/481 (*De Ruitertij/MBO*).

20. Vgl. in dit verband de noot van S.E. Bartels bij het vonnis van Rechtbank 's-Gravenhage 3 juni 2009, JOR 2009/245, waarin Bartels constateert dat de hier bedoelde uitvlucht in de situatie dat sprake is van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen, zich in een toenemende belangstelling mag verheugen.

derde in onderhandeling te treden, volgt uit art. 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst. Geldt dan ook dat met die derde moet worden dooronderhandeld, totdat ofwel de derde de onderhandelingen gelegitimeerd afbreekt ofwel er zich ook voor de tot onderhandelen verplichte partij een gerechtvaardigd breekpunt voordoet? Ik zou menen van wel. Het aannemen van 'vrijheid blijheid' op dit punt verhoudt zich niet met de ratio van een verplichting tot (door)onderhandelen zoals die aan art. 2.5 ten grondslag ligt. Gaat de verplichting van art. 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst vervolgens ook zo ver dat, indien de derde de onderhandelingen ongelegitimeerd afbreekt, de tot onderhandelen verplichte partij ook gehouden is om bijvoorbeeld in kort geding voortzetting van de onderhandelingen door de derde te voeren? Ik twijfel. Hier wordt wel erg veel van de wederpartij gevergd. Veel zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder, zo lijkt mij, de bewoordingen van het beding, de bedoeling van partijen, de slagingskansen van een vordering tot dooronderhandelen, het belang dat de wederpartij (nog) bij een dergelijke vordering heeft en de gerechtvaardigde belangen van de tot (door)onderhandelen verplichte partij zelf.

### Conclusie

Het criterium dat in de precontractuele fase dienst doet om vast te stellen of onderhandelingen gelegitimeerd

kunnen worden afgebroken (rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen), biedt geen juist uitgangspunt om vast te stellen of onderhandelingen die een contractuele basis hebben, verplicht moeten worden voortgezet. De reden daarvoor is gelegen in het verschil in de juridische grondslag (onrechtmatige daad versus contract), waarbij het uitgangspunt in de precontractuele fase is dat de onderhandelingen kunnen worden afgebroken tenzij er sprake is van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen, terwijl onderhandelingen die op een contractuele grondslag stoelen, in beginsel niet mogen worden afgebroken, tenzij er zich een gerechtvaardigd breekpunt voor doet, er sprake is van onvoorziene omstandigheden (als bedoeld in *De Ruitersij/MBO*) of de gerechtvaardigde belangen van de tot (door)onderhandelen verplichte partij zulks met zich brengen. In hoeverre een contractuele (door)onderhandelingsplicht ook tot verderstrekken der verplichtingen leidt, zoals bijvoorbeeld het starten van onderhandelingen met derden en het deze eventueel in kort geding aanspreken tot dooronderhandelen, zal, ingeval van geschil daarover, in eerste instantie door uitleg van de gemaakte afspraken moeten worden vastgesteld. Hier ligt een schone taak voor diegenen die verantwoordelijk zijn voor het opstellen van contractuele 'onderhandelingsclausules'.