

TBR 2011/127

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 24-8-2010, No. 31.209, LJN: (Schriftelijkheidsvereiste; Valkuil of redding?)

Mr. P.H.M. Smeets, ir. P.L.M. van Hulten en A. Rongen

BW: art. 7:766, art. 3:39

Algemene voorwaarden. Voorwaarde van schriftelijkheid. Afgebroken onderhandelingen

Met noot M.R. Ruygvoorn

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid

4. Bij repliek heeft ondernemster nog de bevoegdheid van de Rechtbank X. betoogd. Desgevraagd heeft zij ter zitting toegelicht dat in dit betoog noch impliciet, noch expliciet een beroep besloten ligt op onbevoegdheid van arbiters en heeft zij de bevoegdheid van arbiters uitdrukkelijk erkend. De bevoegdheid van de ondergetekenden tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat derhalve onbetwist tussen partijen vast.

De feiten

5. Tussen partijen staat het volgende vast:

a. opdrachtgever is eigenaar van een woning te X.. In de loop van 2007 heeft hij het plan opgevat om deze woning te verbouwen;

b. in het kader van de afweging tussen verbouwen en nieuwbouw is opdrachtgever in contact gekomen met ondernemster;

c. bij brief d.d. 19 juli 2007 (productie 3 bij antwoord) heeft ondernemster een richtprijs van € 518.340,00 inclusief BTW verstrekt voor nieuwbouw van de woning in de stijl van een woning, zoals gerealiseerd te Y., met een totale inhoud van ca. 1.060 m³;

d. deze richtprijs is gebaseerd op het afwerkingsniveau van het 'Prestatiebestek luxe versie v4' en is 'inclusief o.a. architect- en constructeurkosten, ontwerp van binnenhuis- en tuinarchitect, totale bouwbegeleiding (zeer complete advisering), overleg met overheid en nutsbedrijven en grondwerk';

e. op 9 augustus 2007 is door partijen een intentieverklaring ondertekend waarin partijen zijn overeengekomen: *'Voorafgaand aan het opstellen van een aannemingsovereenkomst adviseert de ondernemster het bouwplan te laten toetsen aan het bestemmingsplan en voor te leggen aan de welstandscommissie. Hiervoor dient een ontwerp tekening (gevels en plattegronden) en een situatietekening ingediend te worden bij de gemeente. Opdrachtgever geeft opdrachtneemster hierbij opdracht voor het maken van een schetsontwerp. De kosten voor het maken van dit ontwerp en voor de bijbehorende begeleiding bedragen € 7.500,00 zegge: zevenduizend vijfhonderd euro (inclusief 19% BTW). Dit bedrag wordt voldaan, conform de verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden, binnen zeven dagen na ontvangst van de door opdrachtneemster te verstrekken factuur. De vooraf betaalde kosten worden gezien als voorschot op een nader te bepalen aanneemsom. Indien opdrachtneemster en opdrachtgever geen overeenstemming bereiken over de hoogte van de aanneemsom, althans tussen partijen geen aannemingsovereenkomst wordt gesloten, dan worden bovengenoemde kosten niet terugbetaald en geldt een en ander als vergoeding voor de verrichte werkzaamheden. ...'*

f. het door ondernemster gemaakte schetsontwerp d.d. 7 september 2007 (productie 3 bij eis) is door de welstandscommissie van de gemeente Dordrecht afgekeurd;

g. ondernemster heeft het schetsontwerp in verband daarmee aangepast op 28 januari 2008, 4 februari 2008 en 17 maart 2008 (productie 4 bij eis);

h. op 3 april 2008 is door ondernemster een bestek opgesteld en aan opdrachtgever toegezonden;

i. op 28 april 2008 is dit bestek door partijen besproken; ondernemster heeft het bestek hierop aangepast en opdrachtgever bij e-mail van 6 mei 2008 in het bezit gesteld van het aangepaste bestek d.d. 6 mei 2008 met bijlagen;

j. bij brief van 20 mei 2008 heeft opdrachtgever, althans diens adviseur, opmerkingen en aanvullingen op het bestek, de aannemingsovereenkomst en de verkoop-, leverings-, en betalingsvoorwaarden, aan ondernemster toegezonden;

k. bij brief d.d. 2 juni 2008 (productie 11) heeft ondernemster aan opdrachtgever een offerte gezonden voor de bouw van de woning ten bedrage van € 996.673,00 inclusief BTW;

l. bij brief d.d. 11 augustus 2008 (productie 12) heeft opdrachtgever hierop gereageerd, opmerkingen op de offerte van 2 juni 2008 gemaakt, gewezen op de brief van 19 juli 2007 waarin een prijsopgave van € 518.340,00 is gedaan, en aan ondernemster te kennen gegeven dat hij van mening is dat de prijs voor de woning all-in niet meer mag bedragen dan € 800.000,00;

m. bij brief d.d. 22 augustus 2008 (productie 14) heeft ondernemster aan opdrachtgever aangepaste tekeningen (d.d. 21 augustus 2008) van het woonhuis gezonden, uitgevoerd met platte daken, en hiervoor een prijs geoffreerd ten bedrage van € 850.000,00 inclusief BTW;

n. bij brief d.d. 8 september 2008 heeft opdrachtgever aan ondernemster te kennen gegeven geen gebruik te maken van diens aanbieding, omdat hem is gebleken dat het bestek verre van volledig is en de geoffreerde prijs veel te hoog.

De vordering

6. Ondernemster is van mening dat tussen partijen mondeling overeenstemming is bereikt over de essentialia van de koop-/aannemingsovereenkomst, althans dat de onderhandelingen tussen partijen zich in een zodanig stadium bevonden dat sprake is van een situatie, die het contract dicht benadert, althans dat het afbreken van de onderhandelingen in dit stadium niet mag plaatsvinden zonder de gemaakte kosten en de gederfde winst te vergoeden.

Zij vordert:

'eiseres verzoekt Uw Raad om bij vonnis, voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, verweerder:

- I. primair te veroordelen tot ondertekening en nakoming van de koop-/aannemingsovereenkomst als vastgelegd in productie 5, op straffe van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag waarop verweerder daarmee nalatig is, met een maximum van € 250.000,00;*
- II. subsidiair te veroordelen tot betaling aan eiseres van een schadevergoeding ter grootte van het positieve contractsbelang, te weten € 80.000,00, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van deze memorie van eis tot die der algehele voldoening;*
- III. zowel primair als subsidiair met veroordeling van verweerder in de verschuldigde buitengerechtigde kosten, zoals bedoeld in Rapport Voorwerk II, zijnde een bedrag van € 1.788,00 exclusief BTW of een bedrag door Uw Raad in goede justitie vast te stellen;*

IV. alsmede de kosten van het geding, waaronder begrepen de verschotten en het salaris van de advocaat van eiseres.'

Het verweer

7. Opdrachtgever heeft de stellingen van ondernemster gemotiveerd betwist en heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van ondernemster in haar vorderingen, althans tot afwijzing daarvan, onder veroordeling van ondernemster in de kosten van de procedure, een reële tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand daaronder begrepen. Zij heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat ondernemster toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen onder de intentieovereenkomst en is - bij antwoord in de eerdere rechtbankprocedure - overgegaan tot buitengerechtelijke ontbinding van deze overeenkomst. Voor zover de Raad enige vordering van ondernemster toewijsbaar mocht achten, heeft opdrachtgever zich nog beroepen op verrekening met hetgeen hij vanwege de ontbinding van de intentieovereenkomst op ondernemster te vorderen heeft aan ten onrechte betaalde vergoeding.

De beoordeling van het geschil

8. Ondernemster stelt zich primair op het standpunt dat tussen partijen over de essentialia van de koop-/aannemingsovereenkomst overeenstemming was bereikt en opdrachtgever dient na te komen. Opdrachtgever betwist dat, zoals ondernemster heeft gesteld, reeds een overeenkomst tot stand is gekomen. Er is geen overeenstemming bereikt over het bestek, de (tekst van de) aannemingsovereenkomst en de bijbehorende verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden, noch over de prijs en de verschijningsvorm. Bij brief van 11 augustus 2008 heeft hij nog opmerkingen gemaakt bij het bestek, de geoffreerde prijs van de hand gewezen en ondernemster erop gewezen dat de prijs voor de woning all-in niet meer dan € 800.000,00 zou mogen bedragen. Met de uitvoering van de woning met platte daken is hij zeker niet akkoord gegaan.

9. Voorts heeft opdrachtgever erop gewezen dat ondernemster haar eigen verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden over het hoofd ziet. Volgens artikel 3 van die voorwaarden komt een overeenkomst eerst tot stand indien die door ondernemster is bevestigd, waarbij die bevestiging voor aannemingsovereenkomsten schriftelijk dient te geschieden. Die schriftelijke bevestiging, zo heeft opdrachtgever aangegeven, ontbreekt hier, zodat volgens de eigen voorwaarden van ondernemster al geen overeenkomst tot stand kan zijn gekomen. Ondernemster heeft ter zitting betoogd dat opdrachtgever zich niet op deze bepaling kan beroepen. Het artikel is ten gunste van de gebruiker van de voorwaarden opgesteld, zodat alleen zij zich op het niet-tekenen kan beroepen. Deze gedachtegang van ondernemster kunnen arbiters niet volgen. Op grond van dit artikel in deze voorwaarden, die eveneens van toepassing zijn op de intentieverklaring, zijn partijen vrijwillig overeengekomen dat de overeenkomst tot aanneming van werk, zoals in casu, pas bindend wordt nadat zij door ondernemster is bevestigd. Het staat ondernemster niet vrij - ook niet op grond van de redelijkheid en billijkheid - van deze overeenkomst af te wijken als de wederpartij daarmee niet instemt.

10. Met opdrachtgever zijn arbiters van oordeel dat tussen partijen geen overeenkomst tot stand is gekomen. Daarbij nemen zij in aanmerking dat bij een aannemingsovereenkomst schriftelijke vastlegging zeer voor de hand liggend en gebruikelijk is (vergelijk art. 7: 766 BW). Als partijen dat niet doen, zoals in deze zaak, wijst dat erop dat zij de contractsinhoud nog onvoldoende vinden om zich definitief te binden. Zo is geen overeenstemming bereikt over de prijs en de verschijningsvorm. Ondernemster heeft zulks weliswaar aangevoerd, doch opdrachtgever heeft dit betwist en van de vermeende overeenstemming is geen schriftelijke vastlegging voorhanden. Ondernemster heeft ter zitting desgevraagd erkend, de vermeende overeenstemming niet schriftelijk te hebben bevestigd. Nu arbiters van een tot stand gekomen aannemingsovereenkomst ook overigens niet is gebleken, noch uit de hen ter beschikking staande stukken, noch uit hetgeen ter zitting aan de orde is gebracht, wijzen zij de primaire vordering af.

11. Arbiters dienen thans de vraag te beantwoorden of de onderhandelingen tussen partijen zodanig ver waren gevorderd, dat het afbreken daarvan in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid en

derhalve niet meer vrijstaat. Zou een partij in dit stadium de onderhandelingen toch nog afbreken, dan zal zij in de eerste plaats gehouden zijn de door de wederpartij gemaakte kosten te vergoeden en kan zij gehouden zijn tot vergoeding van de gedeelde winst. 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 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 (HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723; HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017; HR 21 mei 1991, *NJ* 1991, 647; HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467).

12. Van een dergelijk stadium in de onderhandeling - als hiervoor omschreven - is naar het oordeel van arbiters sprake wanneer de overeenkomst bijna volledig is en slechts over kleine onderdelen nog verder dient te worden onderhandeld om tot die volledige overeenkomst te komen. Van een zodanig vergevorderd stadium was hier geen sprake. Zo was men het blijkens productie 12 bij eis nog zeker niet eens over de prijs. Ook over de verschijningsvorm, het woonhuis uitgevoerd met platte daken, en het bestek, dat als verre van volledig wordt betiteld door opdrachtgever in productie 15 bij eis, was geen overeenstemming bereikt. Geen kleine dingen als het gaat over een aannemingsovereenkomst. Ook hier heeft ondernemster gesteld dat mondeling overeenstemming is bereikt, doch opdrachtgever heeft dit gemotiveerd betwist en ondernemster heeft geen bewijs kunnen aandragen. De vermeende bereikte overeenstemming is, zoals ondernemster heeft erkend, niet schriftelijk bevestigd. Vorenstaande brengt arbiters tot de conclusie dat er geen sprake kan zijn van vergoeding van het positieve contractsbelang.

13. Arbiters dienen thans de vraag te beantwoorden of de onderhandelingen tussen partijen in een zodanig stadium zijn gekomen dat het opdrachtgever niet meer vrij stond de onderhandelingen af te breken zonder de door ondernemster gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor zijn rekening te nemen.

14. Ondernemster heeft gewezen op het langdurige onderhandelingstraject van ruim een jaar dat door partijen is gevolgd. Opdrachtgever heeft hierbij aangetekend dat sprake is van ruime tijdspannes waarin partijen geen contact met elkaar hadden en heeft nadrukkelijk betwist dat sprake zou zijn geweest van een jaar lang onafgebroken onderhandelingen. Arbiters is zulks uit het dossier ook niet gebleken. Tussen het tijdstip waarop ondernemster aan opdrachtgever een richtprijs geeft voor nieuwbouw, bij brief van 19 juli 2007, en het tijdstip waarop daadwerkelijk schriftelijk offerte wordt gedaan, bij brief d.d. 2 juni 2008, is bijna een jaar verstreken. Een groot deel van dat jaar is, zo stellen arbiters vast, gebruikt voor het aanpassen van het schetsontwerp van de woning aan de eisen van de gemeentelijke welstandscommissie. Het ontwerp dat aan de eisen van welstand voldeed, dateert van 17 maart 2008. Het vervaardigen van het schetsontwerp betrof werkzaamheden die voortvloeiden uit de intentieverklaring van partijen d.d. 9 augustus 2007.

15. Arbiters stellen vast dat vanaf het schetsontwerp d.d. 17 maart 2008 partijen in regelmatig contact lijken te geraken. In de periode vanaf 28 april 2008 tot 2 juni 2008 wordt het bestek opgesteld en tweemaal op aangeven van opdrachtgever aangepast. Op 2 juni 2008 volgt voor het eerst een schriftelijke offerte, die wordt afgewezen, met de opmerking dat de prijs niet meer zou mogen bedragen dan € 800.000,00. Hierop volgt een tweede offerte d.d. 22 augustus 2008. Opdrachtgever wijst op 9 september 2008 het aanbod volledig af.

16. Van een jaar lang onafgebroken onderhandelen, op grond waarvan ondernemster stelt dat zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen, althans dat partijen niet van elkaar af konden zonder dat opdrachtgever door ondernemster gemaakte kosten diende te vergoeden, is naar het oordeel van arbiters geen sprake. Daarbij nemen arbiters in aanmerking dat partijen voor de werkzaamheden - benodigd tot het komen van een 'welstandbestendig' schetsontwerp - een afzonderlijke overeenkomst sloten, op grond waarvan opdrachtgever de

overeengekomen prijs voor deze werkzaamheden heeft voldaan. De subsidiaire vordering wordt eveneens afgewezen. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

De voorwaarde van schriftelijkheid die, met name in algemene voorwaarden, regelmatig wordt bedongen is een van de thema's die centraal staat in dit arbitrale vonnis. De achtergrond van deze voorwaarde zal ongetwijfeld de wens van de gebruiker van de algemene voorwaarden zijn geweest om voor hemzelf maximale flexibiliteit te creëren zodat hij het zo lang mogelijk in eigen hand heeft om de overeenkomst al dan niet tot stand te brengen. Dat een dergelijke voorwaarde echter, met name kennelijk in het bouwrecht, tegen de gebruiker van de voorwaarde kan werken, volgt uit de onderhavige uitspraak. Daarnaast geeft deze uitspraak grond voor een aantal overpeinzingen over het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen.

Vormvereiste

Overeenkomsten komen, afgezien van de situatie waarin de wet anders bepaalt (zoals bijvoorbeeld bij de aannemingsovereenkomst) vormvrij tot stand. In deze zaak had de opdrachtnemer in de eigen algemene voorwaarden bepaald dat een overeenkomst eerst tot stand komt indien die door de opdrachtnemer is bevestigd, waarbij die bevestiging voor aannemingsovereenkomsten schriftelijk dient te geschieden. Die schriftelijke bevestiging (die overigens op grond van art. 7:766 lid 3 BW in deze zaak niet noodzakelijk was omdat op eigen grond gebouwd werd) ontbrak volgens de opdrachtgever, die, anders dan opdrachtnemer van mening was dat er tussen partijen nog geen (romp)overeenkomst tot stand was gekomen. De opdrachtnemer betoogde, dat de opdrachtgever zich op de betreffende bepaling niet kan beroepen. Het artikel zou ten gunste van de gebruiker van de voorwaarden zijn opgesteld, zodat alleen de opdrachtnemer zich op het niet-tekenen kan beroepen. Deze gedachtegang wordt door arbiters niet gevolgd; op grond van het betreffende artikel in de algemene voorwaarden van de opdrachtnemer zijn partijen, aldus arbiters, vrijwillig overeengekomen dat de overeenkomst tot aanneming van werk pas bindend wordt nadat zij door de opdrachtnemer is bevestigd. Het staat, aldus nog steeds arbiters, de opdrachtnemer niet vrij - ook niet op grond van de redelijkheid en billijkheid (!) - van deze overeenkomst af te wijken als de wederpartij daarmee niet instemt.

Deze overwegingen roepen een aantal interessante vragen op, met name wanneer men zou moeten aannemen dat mondeling (consensueel) reeds overeenstemming is bereikt. Dat laatste was (en in zoverre ben ik het volledig met arbiters eens) in casu overigens niet het geval.

Wat is het rechtsgevolg van een overeengekomen vormvereiste van schriftelijkheid indien partijen vervolgens mondeling volledige wilsovereenstemming bereiken? Men zou zich op het standpunt kunnen stellen dat die bereikte mondelinge overeenstemming nietig is met een beroep op art. 3:39 BW. Dit artikel bepaalt dat rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm verricht zijn, nietig zijn tenzij uit de wet anders voortvloeit. [2] Maar dit artikel ziet echter nadrukkelijk uitsluitend op *wettelijke* vormvereisten, terwijl wij hier te maken hebben met een *contractueel* vormvereiste. Is er aanleiding om art. 3:39 BW analoog toe te passen, gelijk arbiters kennelijk doen, op contractueel overeengekomen vormvereisten? Ik zou, zij het met enige voorzichtigheid, willen bepleiten dat dit in de regel niet het geval is, maar dat wel bepleitbaar is dat dit afhangt van de ratio van het overeengekomen vormvoorschrift. Voor zover de ratio daarvan is gelegen in de bewijsfunctie, zie ik niet in waarom analoge toepassing, in weerwil van het feit dat de wetstekst nadrukkelijk alleen het oog heeft op wettelijke vormvoorschriften, geïndiceerd zou moeten zijn. Indien daarentegen de ratio van het vormvoorschrift gelegen is in de rechtszekerheid in het belang van beide partijen teneinde tussen hen absolute duidelijkheid te creëren omtrent het antwoord op de vraag wanneer zij jegens elkaar gebonden zijn, acht ik analoge toepassing mogelijk wel te bepleiten. [3] Nietigheid zou dan het gevolg zijn, tenzij men zou moeten concluderen dat uit de handelwijze van partijen blijkt dat zij het eerder overeengekomen vormvoorschrift overboord hebben gezet. Partijen kunnen dat laatste nadrukkelijk overeenkomen, maar overeenstemming daaromtrent zou ook kunnen worden geconstrueerd aan de hand van de wils-vertrouwenstheorie van art. 3:33 jo 35 BW. Laat ik van dit

laatste een voorbeeld geven: indien twee partijen bij een koopovereenkomst van aandelen in een dochtermaatschappij in de intentieverklaring afspreken dat zij pas gebonden zijn indien de overeenkomst op papier staat, maar zij vervolgens op alle punten mondeling overeenstemming bereiken en samen een feestje bouwen om die bereikte overeenstemming te vieren, dan is de kans groot dat het er rechtens voor gehouden moet worden dat partijen het vormvereiste geacht moeten worden te hebben laten varen. Een soortgelijk resultaat kan wellicht ook bereikt worden via de figuur van de rechtsverwerking dan wel afstand van recht. Voor een stringente analoge toepassing van art. 3:39 BW op contractueel bedongen vormvoorschriften zie ik in elk geval geen plaats.

Daarbij speelt als complicerende factor nog de situatie dat het vormvereiste is bedongen ter bescherming van (met name) het belang van één van partijen. Zou het daarbij om een wettelijk vormvoorschrift gaan, dan geldt als sanctie niet nietigheid, maar vernietigbaarheid (...). Bij contractueel bedongen vormvoorschriften die slechts beogen de belangen van één van partijen te behartigen, meen ik dat de consensuele overeenstemming in beginsel onvoldoende is om de partij die vervolgens weigert om de consensuele overeenstemming in de overeengekomen vorm vast te leggen, daartoe te dwingen, met dien verstande evenwel dat de partij in wiens (eenzijdige) belang het vormvoorschrift is overeengekomen, de consensueel bereikte overeenstemming kan vernietigen en waarbij de wederpartij een termijn zou kunnen stellen waarbinnen kenbaar dient te worden gemaakt of tot vernietiging wordt overgegaan (art. 3:55 BW). Zulks tenzij komt vast te staan dat het vormvoorschrift uitsluitend een bewijsfunctie beoogde te dienen. [4]

Tot zover enkele overpeinzingen naar aanleiding van de, mijns inziens ietwat rigide, overwegingen van arbiters ter zake van de voorwaarde van schriftelijkheid zoals die was opgenomen in de algemene voorwaarden van de opdrachtnemer.

Tot slot nog een tweetal opmerkingen naar aanleiding van de overwegingen van arbiters ter zake van het beroep door de opdrachtnemer op het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Allereerst r.o. 11. Daarin merken arbiters op dat de vraag ter beantwoording voorligt of de onderhandelingen tussen partijen zodanig ver waren gevorderd dat het afbreken daarvan in strijd zou moeten worden geacht met de redelijkheid en billijkheid en derhalve niet meer vrijstaat. Deze gedachtegang acht ik, althans voor wat betreft de rechtsgrond voor een vordering uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen, achterhaald. Algemeen wordt immers in de rechtspraak en literatuur aangenomen dat niet redelijkheid en billijkheid, maar onrechtmatige daad de grondslag is voor een dergelijke vordering. [5] Dat dit onderscheid voor wat betreft de stelplicht, de bewijslast en de motivering door arbiters of de rechter het nodige uitmaakt, behoeft verder geen betoog.

Dan het door arbiters in r.o. 11 genoemde rechtsgevolg van ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen. Arbiters overwegen dat de in een zodanig geval afbrekende partij 'in de eerste plaats gehouden is de door de wederpartij gemaakte kosten te vergoeden en gehouden kan zijn tot vergoeding van de gedeerde winst'. Mijn probleem met deze overweging is dat zij klaarblijkelijk vooronderstelt dat naast het positief contractsbelang ook het negatief contractsbelang kan worden vergoed, terwijl deze twee elkaar juist uitsluiten. [6] Dit laat zich niet alleen dogmatisch beredeneren, maar ook rein praktisch; indien naast op gedeerde winst ook recht zou bestaan op vergoeding van gemaakte kosten, dan zou mijns inziens een dubbeltelling ontstaan. Indien het contract waarover werd onderhandeld immers tot stand zou zijn gekomen, dan moet worden aangenomen dat de winst die met het contract behaald wordt, de kosten voor het verwerven daarvan insluit. Vergoeding van gedeerde winst en, separaat, van de verwervingskosten verhoudt zich niet met dat uitgangspunt. De gelaedeerde zal dus altijd moeten kiezen tussen het vorderen van het positieve contractsbelang of het vorderen van het negatieve contractsbelang. Daarbij teken ik volledigheidshalve aan dat het eerste niet altijd meer hoeft te zijn dan het tweede. Indien de gelaedeerde partij bijvoorbeeld in staat zou zijn om te bewijzen dat hij een lucratief contract met een derde heeft laten schieten omdat hij in de veronderstelling verkeerde dat het hem niet meer vrijstond om de onderhandelingen met zijn onderhandelingspartner af te breken, terwijl hij op dat andere contract meer winst zou hebben kunnen maken, doet hij er verstandig aan om primair het negatief contractsbelang te vorderen indien hij wordt geconfronteerd met het ongelegitimeerd afbreken van de onderhandelingen door zijn onderhandelingspartner.

M.R. Ruygvoorn

[1] Mr. dr. M.R. (Marcel) Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht en als universitair docent verbonden aan de Universiteit Utrecht.

[2] vgl. Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss Leiden 1988, p. 118-119, waarin Hijma in verband met het rechtsgevolg van het niet voldoen aan een (wettelijk) voorgeschreven vorm wijst op het verschil tussen nietigheid en non-existentie. Hijma wijst op dit verschil, maar verwerpt de non-existentie die aan de daad op voorhand elke werking (als rechtshandeling) ontzegt op grond van de principiële redenering dat in het recht bepaalde gegevens niet bij voorbaat kunnen of moeten worden weggewerkt.

[3] Voor een uitvoerige uiteenzetting over dit thema, zie M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 97 e.v..

[4] Voor een uitvoerige uitwerking van dit leerstuk, zie Ruygvoorn, 2009, p. 213 e.v..

[5] Ruygvoorn 2009, p. 290-294 en de daar aangehaalde rechtspraak en literatuur.

[6] Vgl. J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, M.W. Hesslink, 'De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht', *WPNR* 96/6249, p. 906 en Ruygvoorn 2009, p. 319.