

Wat is er mis met (gerechtvaardigd) totstandkomingsvertrouwen?

M.R. Ruygvoorn*

In het aprilnummer van *Ars Aequi* refereert professor Nieuwenhuis aan het arrest *Plas/Valburg*¹ als een van de dieptepunten in onze vaderlandse jurisprudentie. Zie ik het goed, dan komt zijn betoog er in de kern op neer dat het criterium dat de Hoge Raad aanlegt voor de beantwoording van de vraag of onderhandelingen nog gelegitimeerd kunnen worden afgebroken, namelijk: gerechtvaardigd vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen ofwel gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen, geen goede maatstaf zou zijn. Ik maak van de gelegenheid gebruik om bij deze constatering enige relativerende opmerkingen te maken.

Hoe zat het ook alweer bij afgebroken onderhandelingen?

Waar het in de doctrine van de afgebroken onderhandelingen om gaat, is dat het afbreken daarvan onder omstandigheden onaanvaardbaar kan zijn. Het afbreken is onaanvaardbaar op het moment dat er – kort gezegd – sprake is van rechtens relevant vertrouwen in de totstandkoming van enigerlei contract² of wanneer er andere omstandigheden zijn die maken dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is.³ Is het afbreken van de onderhandelingen in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar, dan wordt die handelwijze geacht jegens de onderhandelingspartner onrechtmatig te zijn.⁴ De onrechtmatigheid schuilt dan in het handelen in strijd met hetgeen in het ongeschreven recht betaamt, ofwel de maatschappelijk onzorgvuldigheid. Aldus is sprake van een ‘meertrapsraket’. Uiteindelijk komt men uit bij onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:162 BW. De onrechtmatigheid bestaat dan uit een handelen in strijd

met een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Die maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden doordat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. Het onaanvaardbaarheidscriterium op zijn beurt wordt aangenomen doordat er sprake is van schending van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen.

Nieuwenhuis meent dat totstandkomingsvertrouwen als aanknopingspunt voor schadevergoeding wegens afgebroken onderhandelingen geen bruikbaar criterium is

De bezwaren van Nieuwenhuis

Nieuwenhuis meent dat totstandkomingsvertrouwen als aanknopingspunt voor schadevergoeding wegens afgebroken onderhandelingen geen bruikbaar criterium is. Zie ik het goed, dan hangt dit standpunt met name samen met het uitgangspunt van Nieuwenhuis dat voor het aannemen van gerechtvaardigd vertrouwen een (kennelijk uitsluitend) normatief criterium geldt. Aldus zou volgens Nieuwenhuis een onvermijdelijke draaikolk ontstaan. Nieuwenhuis schrijft: ‘Als een partij de onderhandelingen niet mag afbreken, heeft de wederpartij het recht om te vertrouwen dat een overeenkomst tot stand komt. Maar wanneer mag een partij de onderhandelingen niet afbreken? Precies: als de wederpartij mag vertrouwen dat een overeenkomst tot stand komt. Enzovoort, en zo verder. Aanknopen bij het ‘totstandkomingsvertrouwen’ brengt ons geen stap verder.’

* 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 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723.

2 HR 29 februari 2008, *RvdW* 2008, 284 (X-shell).

3 HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (De Ruijterij/MBO) en HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (JPO/CBB).

4 Tot op heden heeft de Hoge Raad zich omtrent de juridische grondslag van een vordering uit onaanvaardbaar afgebroken onderhandelingen nooit rechtstreeks uitgelaten. In de lagere jurisprudentie en in de literatuur wordt evenwel algemeen aangenomen dat de grondslag van een dergelijke vordering onrechtmatige daad is. Zie voor een sprekend voorbeeld uit de jurisprudentie bijvoorbeeld Hof Arnhem, 7 november 2006, *NJF* 2007, 118 en voor wat betreft de literatuur M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (dias. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009, p. 284-294.

Schending van vertrouwen als norm in ons BW

In mijn visie, zoals hiervoor reeds kort uiteengezet, knoopt de Hoge Raad de onrechtmatigheid bij afgebroken onderhandelingen vast aan de schending van gewekt vertrouwen. Het verbinden van een rechtsgevolg (in dit geval onrechtmatigheid) aan het schenden van

vertrouwen is uiteraard niets nieuws in ons recht. We vinden dit uitgangspunt op diverse plekken in ons burgerlijk wetboek terug. Ik noem drie in het oog springende voorbeelden:

- Door degene die het vertrouwen wekt dat zijn wil overeenstemt met een door hem gedane verklaring of gedraging, kan geen beroep (meer) worden gedaan op een met die verklaring of gedraging niet overeenstemmende wil, zo bepaalt artikel 3:35 BW.
- Wie het vertrouwen wekt dat hij zich niet (langer) op een bepaald recht beroept, staat het niet meer vrij om zich daar vervolgens alsnog op te beroepen, zo volgt uit artikel 6:2 BW.
- Wie het vertrouwen wekt dat een ander, die in zijn naam een rechtshandeling verricht, daartoe bevoegd was, kan zich niet (langer) op onbevoegde vertegenwoordiging beroepen, zo volgt uit artikel 3:61 BW.

In mijn visie knoopt de Hoge Raad de onrechtmatigheid bij afgebroken onderhandelingen vast aan de schending van gewekt vertrouwen

In de kern gaat het er in al deze gevallen om dat rechtens relevant gewekt vertrouwen wordt gehonoreerd. Dit uitgangspunt sluit zowel aan bij het vertrouwensbeginsel als bij het rechtszekerheidsbeginsel. Vanuit die optiek sluit de benadering van de Hoge Raad voor wat betreft de aansprakelijkheid bij ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen daar dus naadloos bij aan.

Zoals aangegeven begrijp ik als de kern van het bezwaar van Nieuwenhuis dat het totstandkomingsvertrouwen een normatief criterium zou vormen. Ik vraag mij af of dit uitgangspunt juist is. De Hoge Raad gaat immers telkenmale uit van *gerechtvaardigd* vertrouwen van de wederpartij in de totstandkoming van enigerlei contract. Normatief vertrouwen is, zo meen ik, eerst rechtens *gerechtvaardigd* indien het vertrouwen ook in objectieve zin heeft kunnen postvatten.

Normatief vertrouwen is, zo meen ik, eerst rechtens gerechtvaardigd indien het vertrouwen ook in objectieve zin heeft kunnen postvatten

Aldus is dan sprake van een dubbele drempel; de wederpartij die de onderhandelingen afbreekt moet zelf het vertrouwen hebben gehad dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren *en* ook bij – kort gezegd – een gemiddeld persoon die behoort tot de maatschappelijke kringen van partijen moet dat vertrouwen hebben kunnen postvatten. Ook hier wil ik graag weer de parallel trekken met de voorbeelden uit ons BW die ik al eerder gaf; dat ik, als uitermate goedgelovig individu, erop ben gaan vertrouwen dat mijn wederpartij zich niet langer op een bepaald hem toekomend recht zal beroepen, maakt nog niet dat er sprake is van rechtsverwerking. Daarvoor is toch in elk geval vereist dat van mijn eigen goedgelovigheid wordt geabstraheerd om te toetsen of ook een gemiddeld handelend persoon behorend tot de kringen waarin partijen verkeren dat vertrouwen heeft kunnen hebben. Het recht beoogt geen bescherming te bieden tegen eigen onbezonnen handelen en goedgelovigheid. En dat ligt naar mijn smaak nu juist besloten in het woord 'gerechtvaardigd' dat de Hoge Raad gebruikt in combinatie met het begrip totstandkomingsvertrouwen.

Waar de redenering van Nieuwenhuis mijns inziens spaak loopt is het kennelijke uitgangspunt dat gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen eerst kan ontstaan wanneer een partij de onderhandelingen niet mag afbreken

Dat brengt mij tot de hiervoor aangehaalde draaikolk waar Nieuwenhuis aan refereert. Waar deze redenering mijns inziens spaak loopt is het kennelijke uitgangspunt dat gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen eerst kan ontstaan wanneer een partij de onderhandelingen niet mag afbreken. Mijns inziens dienen echter oorzaak en gevolg te worden omgedraaid, waardoor de door Nieuwenhuis gesignaleerde vicieuze cirkel

wordt voorkomen; onderhandelingen mogen worden afgebroken tot het moment waarop *gerechtvaardigd* totstandkomingsvertrouwen is ontstaan. Vanaf dat moment mogen de onderhandelingen in beginsel niet meer worden afgebroken.

Bovendien rijst de vraag welk ander, eventueel passender criterium er zou kunnen zijn, anders dan rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen, om bij het afbreken van onderhandelingen de onaanvaardbaarheid vast te stellen, resulterend in maatschappelijke onzorgvuldigheid en daarmee in onrechtmatigheid. Juist immers de omstandigheid dat ik er op enig moment op vertrouw dat het met de onderhandelingen wel goed gaat komen en *in dat vertrouwen* bepaalde dingen doe of juist nalaat, maakt dat het niet wenselijk is dat ik de voor mij nadelige consequenties van mijn doen of nalaten niet zou kunnen afwentelen op degene die aan het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen. Daarmee komt het mij voor, dat de 'totstandkomingsvertrouwensmaatstaf' de ideale meetlat vormt om te bepalen of onderhandelingen nog gelegitimeerd kunnen worden afgebroken.

Nu zou men wellicht kunnen betogen dat totstandkomingsvertrouwen als maatstaf een niet altijd even gemakkelijk te hanteren criterium is

Nu zou men wellicht kunnen betogen dat totstandkomingsvertrouwen als maatstaf een niet altijd even gemakkelijk te hanteren criterium is, bijvoorbeeld met een beroep op het arrest *JPO/CBB*.⁵ In dat arrest bepaalde de Hoge Raad dat, voor wat betreft het aannemen van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen, een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf moet worden aangelegd. Dat heeft in de lagere jurisprudentie tot nogal wat uiteenlopende beoordelingen van overigens vergelijkbare casus geleid, in die zin dat de ene rechter bepaald strenger en terughoudender is geweest dan de andere rechter.⁶ De vraag is echter of dit in de kern niet meer dan equilibratieproblemen zijn naar aanleiding van een door de Hoge Raad gezette nieuwe maatstaf, waarbij het eenvoudigweg een kwestie van tijd is voordat de nieuwe norm in de lagere jurisprudentie is uitgekris-

talliseerd. Naar mijn smaak verschilt deze situatie dan ook niet van de situatie waarin eertijds vastgesteld moest worden welke mate van vertrouwen aanwezig moet zijn, wil een beroep op rechtsverwerking kunnen worden gedaan c.q. in welke mate men erop heeft kunnen vertrouwen dat een toereikende volmacht aanwezig was voordat een beroep op de schijn volmachtverlening kon worden gedaan. Dat is dan dus, kortom, een kwestie van tijd. Aan de bruikbaarheid van de totstandkomingsvertrouwensmaatstaf als zodanig doet dat niet af.

Men kan op het arrest *Plas/Valburg* (in zoverre ben ik het volkomen met *Nieuwenhuis eens*) veel kritiek hebben, in die zin dat het arrest wellicht meer vragen opwierp (en thans nog steeds opwerpt) dan het eertijds beantwoordde

Conclusie

Men kan op het arrest *Plas/Valburg* (in zoverre ben ik het volkomen met *Nieuwenhuis eens*) veel kritiek hebben, in die zin dat het arrest wellicht meer vragen opwierp (en thans nog steeds opwerpt) dan het eertijds beantwoordde. Zo creëerde de Hoge Raad in zekere zin een nieuwe norm zonder daarbij direct aan te geven hoe deze ingevuld diende te worden, schiep de Hoge Raad geen duidelijkheid over de juridische grondslag van een vordering uit afgebroken onderhandelingen, refereerde de Hoge Raad aan de mogelijkheid van kostenvergoeding bij gelegitimeerd afgebroken onderhandelingen zonder daarbij aan te geven wanneer van een dergelijke vergoedingsplicht dan precies sprake is en refereerde de Hoge Raad aan de mogelijkheid tot vergoeding van 'gederfde winst', daarbij aanvankelijk in het midden latend of daarmee bedoeld werd op het positief contractsbelang. Op één punt past die kritiek echter mijns inziens niet en dat is het door de Hoge Raad geïntroduceerde rechtens relevante totstandkomingsvertrouwen als maatstaf voor maatschappelijke onzorgvuldigheid en daarmee als grondslag voor onrechtmatigheid bij een vordering uit afgebroken onderhandelingen.

► Zie voor het nawoord bij deze reactie p. 740

⁵ HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (*JPO/CBB*).

⁶ Zie voor een rechtspraakoverzicht *Ruygvoorn* 2009, p. 81-107.

Repliek

J.H. Nieuwenhuis*

Tegenspraak scherpt het begrip. Ruygvoorn bestrijdt mijn conclusie dat vertrouwen in de totstandkoming van enigerlei contract geen deugdelijke grondslag biedt voor het oordeel dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. Door zijn commentaar begriep ik nu beter waarom ik het bij het rechte eind heb.

Ruygvoorn bestrijdt mijn conclusie dat vertrouwen in de totstandkoming van enigerlei contract geen deugdelijke grondslag biedt voor het oordeel dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is

Ruygvoorn wijst erop dat gerechtvaardigd vertrouwen ook elders in het burgerlijk recht wordt beschermd, dus waarom ook niet bij afgebroken onderhandelingen? Als voorbeeld noemt hij artikel 3:35 BW. Bij gelegenheid van de aankoop van een stuk grond van Erckens heeft de gemeente Bunde zich verbonden diens belastingschade te vergoeden. Mocht Erckens vertrouwen dat hem de gehele inkomstenbelasting verschuldigd over de bedrijfschadevergoeding zou worden vergoed?¹ Hier springt een belangrijk verschil met vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst in het oog. Bij artikel 3:35 BW gaat het om onzekerheid over een voldongen feit: De gemeente Bunde heeft zich verbonden de belastingschade van Erckens voor haar rekening te nemen; de vraag is hoe dit voldongen feit moet worden opgevat. Mag het vertrouwen van Erckens in de ruime uitleg van het begrip 'belastingschade' worden gehonoreerd?

Het vertrouwen dat de onderhandelingen *zullen* leiden tot enigerlei contract is een verwachting omtrent een toekomstige onzekere gebeurtenis. Veel hechter is daarom de verwantschap met dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft. Driessen huurt een café met bovenwoning. Hij verkeert in de gerechtvaardigde verwachting dat in de onmiddellijke nabijheid van het café een groentemarkt zal worden gevestigd (goed voor de klandizie). Zijn teleurstelling is groot als de gemeenteraad zijn plannen wijzigt en een andere plaats aanwijst voor de groentemarkt. Het door Driessen tegen de verhuurder ingestelde beroep op dwaling wordt afgewezen.² Zie thans artikel 6:228 lid 2 BW.

De Hoge Raad en Ruygvoorn blijven gevangen in de ban van het beeld van de onderhandelingsfase als het pad dat leidt naar totstandkoming van een overeenkomst

De Hoge Raad en Ruygvoorn blijven gevangen in de ban van het beeld van de onderhandelingsfase als het pad dat leidt naar totstandkoming van een overeenkomst. Had de partij die de onderhandelingen afbreekt een gerechtvaardigd belang om rechtsomkeert te maken? De gerechtvaardigheid van dat belang wordt door de Hoge Raad naar voren geschoven als gezichtspunt om te bepalen of het afbreken van de onderhandelingen al dan niet onaanvaardbaar is.³ Dit gezichtspunt bevat een ongezone dosis paternalisme. Kern van het contractenrecht is het uitgangspunt dat het de partijen zelf zijn, die uitmaken

* Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis is emeritus hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

1 HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241.

2 HR 10 juni 1932, *NJ* 1933, 5.

3 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467.

of totstandkoming van een overeenkomst al dan niet in hun belang is. Wie na langdurige onderhandeling op het punt staat zijn vijfde café *annex* dansgelegenheid te kopen, mag in de nacht voorafgaande aan de dag waarop, naar het zich laat aanzien, het contract zal worden gesloten, tot inkeer komen: *Du mußt dein Leben ändern*. Morgen vertrek ik te voet naar Santiago de Compostela.

Het krachtigste argument tegen het door de Hoge Raad geïntroduceerde 'totstandkomingsvertrouwen' als grondslag voor het oordeel dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is, is te vinden in het proefschrift van Ruygvoorn.⁴ Achtentachtig procent van de door hem ondervraagde advocaten en bedrijfsjuristen gaf te kennen

het 'belangrijk' tot 'heel belangrijk' te vinden om aan de gevolgen van de rechtspraak van de Hoge Raad over het niet langer vrijstaan van het afbreken van de onderhandelingen te ontkomen door bijvoorbeeld in een *Memorandum of Understanding* te bedingen dat partijen 'geheel vrij zijn tot het moment dat er een door beide partijen ondertekende overeenkomst tot stand is gekomen' (*subject to signature*).⁵

Het stemt niet vrolijk dat ons contractenrecht blijkbaar zo in elkaar steekt dat onderhandelende partijen het niet kunnen stellen zonder de bijstand van een juridisch geschoolde mijnopruimingsdienst, ingehuurd om de berrbommen langs de weg van Plas/Valburg onschadelijk maken.

4 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 157.

5 Rb Amsterdam, 4 augustus 2005, *NJF* 2005, 420.