

Annotatie bij HR 12 augustus 2005, JOR 2006/31.

1. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg)? Een vroeggeboorte was het, aldus Vranken in Asser, Algemeen Deel, Een vervolg (2005), nr. 86. Genoemd arrest over de aansprakelijkheid wegens ontijdig afbreken van onderhandelingen, waarmee de HR zijn jurisprudentie begon, wordt in het onderhavige arrest van 12 augustus (rechtsoverweging 3.6) niet vermeld. Het kind wordt doodgezwegen en dat is op zijn minst merkwaardig als vijf weken daarvoor nog geconcludeerd is dat Plas/Valburg vaste jurisprudentie is, zie A-G Verkade in zijn conclusie vóór HR 8 juli 2005, LJN: AT6839 (UPC/Gemeente Hilversum). Hoe moet het onderhavige arrest worden verstaan?

2. Voorop staat dat in casu een vordering tot vergoeding van het positieve belang (kosten plus winst) aan de orde is en niet een vordering houdende vergoeding van het negatieve belang. Kortom, het gaat om de in de literatuur en menig advies of memo wel zo genoemde derde fase, niet om de tweede fase (alleen vergoeding van alle of een deel van de kosten). JPO heeft immers in reconventie subsidiair gevorderd een verklaring voor recht dat CBB (Centraal Bureau Bouwtoezicht BV, Arnhem) jegens JPO onrechtmatig heeft gehandeld door de in de eindfase geraakte onderhandelingen af te breken, terwijl bij JPO de gerechtvaardigde verwachting bestond dat tussen partijen overeenstemming zou worden bereikt. De beoogde transactie betreft de verwerving van bouwgrond in de gemeente Arnhem door JPO en de verkoop en doorlevering van een gedeelte daarvan door JPO aan CBB. JPO vordert verder veroordeling van CBB tot schadevergoeding, nader op te maken bij staat. De Rechtbank heeft in reconventie de subsidiaire vorderingen van JPO toegewezen, maar in hoger beroep heeft het Hof het vonnis in reconventie vernietigd en voor recht verklaard dat CBB jegens JPO onrechtmatig heeft gehandeld door de onderhandelingen af te breken en CBB veroordeeld tot vergoeding van de helft van de dientengevolge door JPO geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat. CBB gaat in beroep in cassatie in het bijzonder stellende dat het hof heeft miskend dat CBB eerst tot schadevergoeding verplicht is indien het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar was en dat eerst plaats is voor vergoeding van positief contractsbelang indien door CBB bij JPO het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat een overeenkomst zal totstandkomen. Het valt op dat de conclusie van A-G Hartkamp strekt tot verwerping van het cassatieberoep van CBB, maar dat de Hoge Raad casseert, hetgeen bij conclusies van Hartkamp niet vaak voorkomt.

2. De twee meest in het oog lopende rechtsoverwegingen haal ik hier met het oog op praktische leesbaarheid (gedeeltelijk) aan:

“3.6 Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld 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 totstandkomen 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. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een

lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen (vgl. HR 23 oktober 1987, nr. 12999, NJ 1988, 1017, rov. 3.1; HR 4 oktober 1996, nr. 16062, NJ 1997, 65, rov. 3.5.2.2; HR 14 juni 1996, nr. 16008, NJ 1997, 481, rov. 3.6).

3.7 De desbetreffende klachten treffen doel.

Het hof had, voor zover hier van belang, te oordelen over de vordering van JPO die - zakelijk weergegeven - strekte tot vergoeding van schade ter zake van het feit dat tussen partijen geen overeenkomst was totstandgekomen, in het middel aangeduid als vergoeding van 'positief contractsbelang'.

De bestreden overwegingen maken er geen melding van dat het hof bij zijn beoordeling van deze vordering en de daaraan ten grondslag gelegde stellingen de in 3.6 vermelde - strenge en tot terughoudendheid nopende - maatstaf heeft aangelegd.

(...)"

De bewoordingen van deze rechtsoverwegingen hebben inmiddels al hun weg naar de lagere rechtspraak gevonden, zie de alerte Rb. Breda 25 augustus 2005, NJF 2005, 442.

4. Overweging 3.6 bevat als het ware een restatement van de huidige stand van zaken met betrekking tot de vraag naar de consequenties van het afbreken van contractsonderhandelingen. Zij is evenwel beperkt omdat de zaak betrekking heeft op wat tot nu toe de derde fase werd genoemd (r.o. 3.7, eerste regel). En zij mist een verwijzing naar Plas/Valburg (r.o. 3.6 slot). Op het arrest zijn inmiddels tal van commentaren verschenen. Ik ga op enkele van de gemaakte observaties in. Drion, NJB 2005, p. 1781, lijkt aan te nemen dat met het arrest CBB/JPO (r.o. 3.6, eerste regel) expliciet is gekozen voor het uitgangspunt dat partijen vrij zijn om onderhandelingen af te breken. Dat is niet juist want dat oordeel gaf de Hoge Raad reeds in het wel door hem aangehaalde arrest VSH/Shell, HR 23 oktober 1987, NJ 88, 1017. Het waren woorden ontleend aan art. 6.5.3.8a Ontwerp-Nieuw BW, dat de eindstreep in 1992 nooit heeft gehaald. Voor het overige zijn de in r.o. 3.6. aangehaalde bewoordingen nagenoeg gelijkkluidend aan die van de arrest waaraan wordt gerefereerd. Ook de door mij bekritiseerde overweging (r.o. 3.6, tweede regel): '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' duikt weer op, hoewel het toch voor de hand ligt om 'daarbij' óók de gerechtvaardigde belangen van de teleurgestelde wederpartij te betrekken. Ik laat het nu maar bij deze verzuchting, zie B. Wessels, Pre-contractuele aspecten van een bedrijfsovername, in: S.Y.Th. Meijer (red.), Bedrijfsovername, Serie Praktijkhandleidingen, Kluwer, Deventer, 2005, p. 1 e.v.

5. De cruciale zinsnede schuilt natuurlijk in "een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf" (r.o. 3.7, tweede regel). Heeft de Hoge Raad zijn fasen-benadering naar een twee fasen leer teruggebracht (Christiaans, Maandblad voor Vermogensrecht 2005, p. 194 e.v.) of gebruikt hij nu "één toetssteen" (Hartlief/Tjittes, NJB 2005, p. 1607)? Me dunkt: één maatstaf, en wel, zoals de Raad in r.o. 3.6 aangeeft een 'maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen'. Hoewel in casu positief belang aan de orde is geldt de maatstaf over gehele linie, derhalve óók de 'oude tweede fase'. Hartlief/Tjittes merken op dat de rechtsgevolgen van afbreken van onderhandelingen gedifferentieerd kunnen zijn: vergoeding kosten, gedeelde winst, dooronderhandelen. Te betwijfelen is

echter of ‘dooronderhandelen’ een “sanctie” is bij de vaststelling van “de schadevergoedingsplicht”. Als zodanig komt zij niet in art. 6:94 e.v. BW voor.

6. Klap op de vuurpijl is die cruciale zinsnede. Zowel Drion en Hartlief/Tjittes onderkennen dit. Knijp ziet echter niets revolutionairs in het arrest (NJB 2005, p. 2376). Ik meen dat het arrest wel een markant arrest is, niet alleen voor het leerstuk, maar ook ten aanzien van de rol van de Hoge Raad bij zijn waardering voor centrale verbintenisrechtelijke beginselen. Ik zal dit toelichten. Hartlief/Tjittes schrijven: de boodschap is helder, aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen “moet niet spoedig worden aangenomen”. Zo helder is dat echter niet. Want wat wil de Hoge Raad nu zeggen met ‘een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf’. Drion meent dat de Hoge Raad ernst lijkt te maken met het luisteren naar de praktijk. Hij wilde een té ver gaande rol van de redelijkheid en billijkheid in het commerciële rechtverkeer terugdringen. Of wil de Hoge Raad het leerstuk beter in de pas laten lopen met de opvattingen in de ons omringende landen, zoals Hartlief, NJB 2005, 1871, meent? Het staat te bezien of de Hoge Raad dát wil. Ik wijs erop dat in een arrest van dezelfde datum (HR 12 augustus 2005, JOR 2005, 257) de Raad beslist dat bij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord terughoudendheid geboden is en dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken. Het gaat om een ‘strenge maatstaf’, aldus ook in dit laatste arrest. Betekent “strenge maatstaf” dat de Hoge Raad vindt die maatstaf alleen vervuld is dat als de rechter consistent en duidelijk motiveert of geeft zij uitdrukking aan een versterkte stelplicht en zwaardere bewijslast? Ik meen dat zij beide kan omvatten, maar op zichzelf is dat niet helder.

7. Terughoudendheid? Ik heb de indruk dat ‘terughoudendheid’ in het geweer gebracht om erosie van centrale noties in het burgerlijk recht te keren. Terughoudendheid moet kennelijk worden betracht bij de toepassing van een diepgeworteld civielrechtelijke principe (ook wel contractsvrijheid genoemd), namelijk (i) het beginsel dat iemand vrij is contractsonderhandelingen af te breken en (ii) het beginsel dat een schuldeiser in beginsel vrij is een aanbod (aangeboden kwijtscheldingsakkoord) te weigeren. De beide arresten staan daarbij echter niet op zichzelf. In HR 11 november 2005, LJN: AT6018; V-N 2005/57.20, wordt overwogen dat toerekening van kennis of wetenschap die iemand ten aanzien van de behoorlijke afwikkeling van een transactie heeft aan een ander, die deze kennis of wetenschap niet heeft, onder bijzondere omstandigheden is toegestaan, zij het “dat daarbij wel terughoudendheid moet worden betracht. Dit klemmt temeer als die toerekening wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag, gezien het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen.” Terughoudendheid in casu om het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat een ieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden niet aan te tasten. Niet het belang van het commerciële rechtverkeer, niet de Europese context van een leerstuk, het is indringender: het hoeden van de centrale beginselen van ons verbintenissen is aan de orde. Terughoudendheid betekent ook, volgens de laatste druk van de Dikke Van Dale, zich op de achtergrond houden, zo weinig mogelijk uiten van gedachten en gevoelens. Het is verre te prefereren dat de Hoge Raad minder terughoudend argumenteert.

8. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg)? Vroeggeboorte of het met het badwater weggegooid kind? De Hoge Raad is weer aan zet.

B. Wessels