

Afgebroken onderhandelingen in dynamische tijden

Elias Ram, senior advocaat Corporate M&A bij Stek

Een onderhandeling is een proces waarmee partijen proberen om door voor- en tegenvoorstellen tot een overeenkomst te komen. Gedurende het onderhandelingsproces kan het voorkomen dat partijen gezamenlijk vaststellen dat er onvoldoende basis is om tot overeenstemming te komen, maar het kan ook zijn dat één van de partijen de onderhandelingen afbreekt terwijl de andere partij nog bereid was om door te onderhandelen. Het eenzijdig afbreken van onderhandelingen kan onder omstandigheden gepaard gaan met aansprakelijkheidsrisico's. Ondernemingen kunnen hiermee eerder worden geconfronteerd in deze dynamische tijden van nieuwe disruptieve technologieën, klimaatverandering en oplopende (geo)politieke spanningen. Tegen deze achtergrond is denkbaar dat lopende onderhandelingen moeten worden afgebroken. Hoe krijg je als bedrijfsjurist in dit soort situaties grip op mogelijke aansprakelijkheidsrisico's?

Vertrekpunt is dat een overeenkomst pas tot stand komt door aanbod en aanvaarding daarvan en dat het onderhandelende partijen in de daaraan voorafgaande precontractuele fase in beginsel vrij staat om de onderhandelingen over een overeenkomst af te breken. Maar onderhandelingen kunnen zich in een zo vergevorderd stadium bevinden dat afbreken niet zonder meer is toegestaan. De afbrekende partij kan dan aansprakelijk worden gesteld voor schade of worden verplicht om door te onderhandelen. Als bedrijfsjurist zul je in dit soort situaties namens een afbrekende

partij claims van de wederpartij zoveel mogelijk willen beperken, of, juist namens een niet-afbrekende partij, inzichtelijk willen krijgen welke claimmogelijkheden tot je beschikking staan.

Precontractuele aansprakelijkheid: hoe zat het ook alweer?

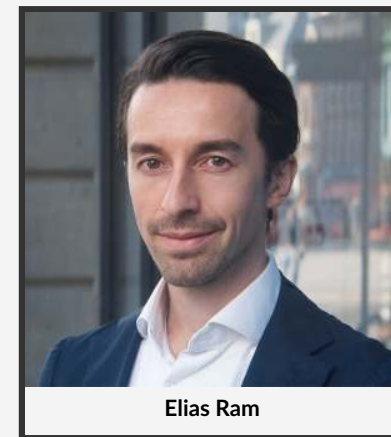
Uit het principe van contractsvrijheid vloeit voort dat partijen in beginsel mogen contracteren met wie, waarover en wanneer zij willen en dus ook de onderhandelingen over een overeenkomst mogen afbreken. Die vrijheid reikt alleen niet zo ver dat een partij onder geen enkele omstandigheid zonder aansprakelijkheidsrisico's kan weglopen van de onderhandelingstafel.

Uit het arrest Baris/Riezenkamp^[1] uit 1957 volgt dat partijen door in onderhandeling te treden in een door de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) beheerste rechtsverhouding komen te staan waarin zij rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Vervolgens is in het Plas/Valburg^[2] arrest uit 1982 de rechtsregel geïntroduceerd dat het afbreken van vergevorderde onderhandelingen tot een verplichting tot schadevergoeding kan leiden. In de literatuur en de lagere rechtspraak is uit Plas/Valburg vervolgens de zogenaamde drie-fasenleer gedestilleerd:

1. Fase één: waarin partijen zich in zo'n vroeg stadium van onderhandelen bevinden dat het afbreken daarvan is toegestaan zonder enige verplichting tot schadevergoeding. Bijvoorbeeld wanneer een partij de onderhandelingen afbreekt door een onvoorziene omstandigheid die het gevolg is van geopolitieke spanningen terwijl partijen uitsluitend onderlinge interesse voor een overeenkomst hebben gespeeld maar nog geen overeenstemming hebben bereikt over één of meer essentialia van de overeenkomst, zoals de prijs.
2. Fase twee: waarin partijen zich in zo'n verdergevoerd stadium van onderhandelen bevinden dat het een partij weliswaar vrij staat om de onderhandelingen af te breken, mits de schade van de wederpartij wordt vergoed. Denk bijvoorbeeld aan een situatie waarin de onderhandelingen worden afgebroken door een plotselinge verandering in rente- of prijsniveau terwijl partijen zich in een verder gevorderd stadium van onderhandelingen bevinden, over een deel van de essentialia al voorwaardelijke overeenstemming is bereikt en partijen bovendien al onderhandelingskosten hebben gemaakt.
3. Fase drie: treedt in wanneer afbreken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, namelijk in het geval dat de niet-afbrekende partij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft dat een overeenkomst tot stand komt of op grond van andere omstandigheden van het geval. De afbrekende partij kan dan worden verplicht tot schadevergoeding of door-onderhandelen. Denk hierbij aan de situatie waarin partijen na langdurig onderhandelen op alle commerciële punten overeenstemming hebben bereikt en waarbij de beslissingbevoegde persoon bovendien al heeft aangegeven dat 'men er wel uit gaat komen'. Ondanks dat trekt deze persoon op het laatste moment toch de stekker uit de onderhandelingen en ondertekent de nagenoeg uitonderhandelde overeenkomst niet. De aanleiding blijkt te zijn een nieuwe technologie die, veel sneller dan verwacht, op de markt is gekomen en een substantieel goedkoper alternatief biedt voor de dienst die de partij waarmee is onderhandeld aanbiedt.

In welke fase een partij zich bevindt zal uiteindelijk per zaak moeten worden beoordeeld aan de hand van de gegeven omstandigheden van het geval. Daarbij hoeft de mate van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen gedurende het onderhandelingsproces niet altijd lineair te verlopen. Het is goed mogelijk dat partijen door (onvoorziene) omstandigheden van de tweede fase, naar de derde fase en weer terug naar de eerste fase gaan. Bijvoorbeeld doordat na uitvraag bepaalde feiten boven tafel komen die maken dat partijen verder afdrijven van overeenstemming. Voor het vaststellen of het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar is, moet worden bepaald of op het moment van afbreken sprake was van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen bij de niet-afbrekende partij.

In de latere rechtspraak is de rechtsregel van Plas/Valburg verder aangescherpt en verruimd en in 2005 heeft de Hoge Raad in het nog altijd leidende arrest CBB/JPO^[3] die lijn in de jurisprudentie samengevat. Uit het arrest volgt als hoofdregel dat een partij vrij is om onderhandelingen af te breken (fase één en fase twee), tenzij dat onaanvaardbaar is voor de niet-afbrekende partij (fase drie). Afbreken is onaanvaardbaar wanneer gerechtvaardigd



Elias Ram

**'WAS ER GERECHTVAARDIG
TOTSTANDKOMINGSVERTROUWEN?'**

totstandkomingsvertrouwen is gewekt bij de niet-afbrekende partij of op grond van andere omstandigheden van het geval. Er is sprake van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen wanneer een gemiddeld zorgvuldig handelend persoon, op het moment van afbreken van de onderhandelingen door de wederpartij, er op mocht kunnen vertrouwen dat een overeenkomst zou voortvloeien uit die onderhandelingen. Voorbeelden van 'andere omstandigheden van het geval' die afbreken onaanvaardbaar maken zijn te vinden in de parlementaire geschiedenis van artikel 6.5.2.8a van het ontwerp van het nieuwe BW.^[4]

Het bestaan van dat gerechtvaardigd vertrouwen maakt op zichzelf overigens niet dat het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar is. Er moet ook rekening worden gehouden met de mate waarin en de manier waarop de afbrekende partij tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen. Daarbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, waar mogelijk eerder sprake van kan zijn in onzekere tijden. Als de afbrekende partij een objectief (dus niet zuiver intern) goede reden had om de onderhandelingen af te breken, zoals onvoorziebare omstandigheden die verder onderhandelen commercieel niet zinvol maken, dan hoeft dat afbreken niet onaanvaardbaar te zijn. Wat een gerechtvaardigde reden is om de onderhandelingen af te breken, hangt uiteindelijk af van de omstandigheden van het geval.

Zodra een overeenkomst tot stand is gekomen is de rol van de contractsvrijheid – en daarmee de vrijheid om de onderhandelingen af te breken – uitgespeeld. Het is dus essentieel te bepalen wanneer dat het geval is. Vanzelfsprekend ontstaat een overeenkomst wanneer de overeenkomst rechtsgeldig is getekend. Er zijn ook minder duidelijke situaties, bijvoorbeeld als partijen de overeenkomst niet hebben ondertekend, maar wel al hebben uitgevoerd of als een partij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand was gekomen. Ook in deze situaties kunnen uit de overeenkomst over een weer verplichtingen voor partijen voortvloeien. Als een partij haar verplichtingen vervolgens niet nakomt, dan kan de wederpartij op grond van de tot stand gekomen overeenkomst nakoming, ontbinding of schadevergoeding vorderen.

**'GERECHTVAARDIGD VERTROUWEN
MAAKT OP ZICHZELF HET AFBREKEN
VAN ONDERHANDELINGEN NIET
ONAAANVAARDBAAR'**

Mogelijke rechtsmiddelen

In de praktijk zal bij een geschil over afgebroken onderhandelingen meestal primair aanspraak worden gemaakt op nakoming en eventueel wanprestatie van een vermeend tot stand gekomen overeenkomst en (meer) subsidiair op schadevergoeding en/of gebod tot door-onderhandelen.

De niet-afbrekende partij zal een aanspraak op grond van onaanvaardbaar afbreken van onderhandelingen doorgaans baseren op onrechtmatige daad. Uitgangspunt bij onrechtmatige daad is dat je voor het vaststellen van (de omvang van) de schade de situatie waarin de benadeelde als gevolg van de onrechtmatige daad verkeert moet vergelijken met de situatie waarin die benadeelde zonder de onrechtmatige daad zou hebben verkeerd. De onrechtmatigheid is dan gelegen in de omstandigheid dat de afbrekende partij heeft gehandeld in strijd met het gerechtvaardigde totstandkomingsvertrouwen van de niet-afbrekende partij. Een niet-afbrekende partij kan ook aanspraak maken op schadevergoeding op basis van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW).

De niet-afbrekende partij kan – afhankelijk van in welke precontractuele fase de afbrekende partij zich terugtrekt van de onderhandelingen – aanspraak maken op schadevergoeding in de vorm van het positief of negatief contractsbelang. Bij het negatief contractsbelang gaat het om de schade die de niet-afbrekende partij lijdt ten opzichte van de situatie waarin die partij zou hebben verkeerd als geen overeenkomst zou zijn gesloten. Doorgaans omvat de schade dan de (onderhandelings-)kosten, zoals gemaakte kosten voor externe adviseurs. De schade kan ook gedeerde winst omvatten, bijvoorbeeld in het geval waarin de niet-afbrekende partij kan aantonen dat hij een

ander winstgevend contract heeft opgegeven omdat hij dacht dat hij zelf de onderhandelingen niet (meer) mocht afbreken (zogenaamde *lost opportunities*). Negatief contractsbelang kan in zowel fase twee als fase drie gevorderd worden. Bij het positief contractsbelang gaat het om de schade die de niet-afbrekende partij lijdt ten opzichte van de situatie waarin die partij zou hebben verkeerd als wel een overeenkomst zou zijn gesloten. Dit omvat de (onderhandelings-)kosten, voor zover niet verdisconteerd in de contractprijs, en de gedeerde winst uit de beoogde overeenkomst. Op het positief contractsbelang kan alleen aanspraak worden gemaakt bij afbreken in fase drie en als sprake is van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen. In de praktijk wordt dat zelden toegewezen. Wanneer je aanspraak maakt op het positief contractsbelang, kun je niet ook het negatief contractsbelang vorderen. Andersom geldt hetzelfde.

**'DE NIET-AFBREKENDE PARTIJ
KAN AANSPRAAK MAKEN OP
SCHADEVERGOEDING'**

Wanneer gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen is gewekt (dus in fase drie) kun je ook aanspraak maken op een gebod om de afbrekende partij door te laten onderhandelen. De afbrekende partij heeft dan een inspanningsverplichting om verder te onderhandelen over de totstandkoming van een nieuwe overeenkomst, maar is niet verplicht tot het aangaan daarvan. De afbrekende partij moet dan proberen het eens te worden met de niet-afbrekende partij over de openstaande punten. Kunnen partijen het over de laatste openstaande punten niet eens worden, dan is er geen sprake meer van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen en mogen de onderhandelingen worden afgebroken. Een vordering tot door-onderhandelen zal worden afgewezen als dat geen zin meer heeft, bijvoorbeeld omdat al met een derde is gecontracteerd. In dat geval ligt het meer voor de hand aanspraak te maken op schadevergoeding.

Overzicht

De verschillende stadia van (pre-)contractuele aansprakelijkheid en de mogelijke vorderingen bij het afbreken van onderhandelingen of niet-nakomen van de (vermeende) overeenkomst zien er op basis van het voorgaande als volgt schematisch uit:

Fase	Wanneer van toepassing?	Mogelijke vorderingen
Fase één	Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, doorgaans in een vroeg stadium	In beginsel geen
Fase twee	Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, doorgaans in een verder gevorderd stadium	Negatief contractsbelang
Fase drie	Gerechvaardigd vertrouwen dat de onderhandelingen zouden resulteren in een overeenkomst of andere omstandigheden van het geval	Negatief contractsbelang, positief contractsbelang of dooronderhandelen
Contractuele fase	Ondertekende overeenkomst, een al uitgevoerde overeenkomst of gerechtvaardigd vertrouwen dat de overeenkomst tot stand is gekomen	Nakoming en andere gebruikelijke contractuele rechten

Grip op aansprakelijkheidsrisico's bij afgebroken onderhandelingen

Het afbreken van onderhandelingen kan dus in de tweede en met name in de derde fase leiden tot aansprakelijkheidsrisico's voor de afbrekende partij. Door duidelijke afspraken te maken over de onderhandelingsfase en die neer te leggen in een schriftelijke voorovereenkomst kun je proberen om meer grip te krijgen op deze risico's. Zulke voorovereenkomsten worden in de praktijk ook wel aangeduid als *letter of intent (LoI)*, *term sheet (TS)*, *heads of agreement (HoA)* of bijvoorbeeld *memorandum of understanding (MoU)*.

In een voorovereenkomst nemen partijen vaak een inspanningsverplichting op om te goeder trouw te onderhandelen over een mogelijke overeenkomst. Hierin kunnen afspraken worden gemaakt over exclusiviteit en geheimhouding en ook over aansprakelijkheidsrisico's en voortijdige binding aan de overeenkomst waarover wordt onderhandeld. Deze afspraken kunnen een belangrijke rol spelen bij de beantwoording van de vraag of een partij voortijdig de onderhandelingen mag afbreken.

Door het opnemen van de volgende bedingen kan een onderneming meer grip krijgen op aansprakelijkheidsrisico's in verband met afgebroken onderhandelingen:

1. Kostenbeding. Door middel van een kostenbeding kunnen partijen afspreken dat iedere partijen zijn eigen kosten draagt en geen schadevergoeding aan de andere partij is verschuldigd (en eventueel dat geen gebod tot dooronderhandelen mag worden gevorderd) bij het afbreken van onderhandelingen. Zo'n beding is doorgaans afdwingbaar, tenzij dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, bijvoorbeeld in het geval gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat een overeenkomst tot stand komt.
2. 'Non-binding' bepalingen. Partijen kunnen ook opnemen dat zij niet gebonden zijn aan enige overeenkomst totdat de laatste details zijn uitonderhandeld (vaak aangeduid als *non-binding agreement*) en/of dat als constitutief vormvereiste geldt dat de overeenkomst moet zijn ondertekend door beide partijen voordat die als bindend kan gelden (de zogenaamde *subject to contract* of *subject to signature* bepalingen). Ook nemen partijen in de praktijk vaak op dat de voorovereenkomst zelf niet-bindend is, met uitzondering van bepaalde clausules zoals een geheimhoudingsbeding. Dergelijke 'non-binding' bepalingen hebben naar Nederlands recht geen vastomlijnde betekenis, maar een duidelijk geformuleerde bepaling kan het risico van binding aan een overeenkomst onder omstandigheden wel degelijk beperken. Het is daarbij van belang om je te realiseren dat een rechter altijd kan oordelen dat een beroep op dergelijke bepalingen onaanvaardbaar is op grond van de redelijkheid en billijkheid wanneer desalniettemin gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen is gewekt bij de wederpartij.
3. Opschortende voorwaarden. Verder kunnen partijen bepaalde opschortende voorwaarden opnemen en concreet omschrijven wanneer en op welke wijze deze zullen zijn vervuld. Bijvoorbeeld dat de overeenkomst nog moet worden goedgekeurd door een intern (vennootschappelijk) orgaan, zoals het bestuur (*subject to board approval* bepaling). Uit de rechtspraak volgt dat in beginsel een beroep kan worden gedaan op dergelijke opschortende voorwaarden. Let bij opschortende voorwaarden in zijn algemeenheid op dat deze niet generiek potestatief zijn. Daar is sprake van als de vervulling van de betreffende voorwaarde uitsluitend afhankelijk is van de wil van één van de partijen bij de rechtshandeling en kan om die reden nietig zijn. En ben specifiek in het geval van een *subject to board approval* bepaling scherp op de omstandigheid dat de persoon die de onderhandelingen voert ook onderdeel uitmaakt van het orgaan dat uiteindelijk de voorbehouden goedkeuring moet verlenen. In dat geval kan namelijk gerechtvaardigd vertrouwen worden gewekt dat de goedkeuring slechts een formaliteit zal zijn.
4. Rechtskeuzebeding. Een andere optie kan zijn om een rechtskeuzebeding op te nemen waarin het recht van een jurisdictie die geen aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen kent, zoals Engels recht, van toepassing is op enige vorm van pre-contractuele aansprakelijkheid tussen partijen.^[5] Professionele partij mogen zo'n beding op grond van artikel 14 lid 1 van Verordening (EG) 864/2007 (Rome II) opnemen en laat onverlet dat partijen de rest van de (voor)overeenkomst kunnen laten beheersen door Nederlands recht.

Los van bovenstaande contractuele manieren om grip te krijgen op aansprakelijkheidsrisico's zijn effectieve procesmatige manieren om de verwachtingen van de wederpartij herhaaldelijk gedurende het proces te managen en dat steeds schriftelijk vast te leggen, ongeacht of een voorovereenkomst is aangegaan. Daarmee kan worden voorkomen dat bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen ontstaat in de totstandkoming van een overeenkomst. Wat je in deze context als bedrijfsjurist concreet kunt doen, is duidelijk in (de header van) de conceptovereenkomst opnemen dat de overeenkomst onder voorbehoud is van nadere beoordeling en commentaar en akkoord van de principaal en/of zulke voorbehouden expliciet noemen in de correspondentie met de wederpartij en bij het uitsturen van commentaar op de concept-overeenkomst.

Andersom, als de intentie is om een wederpartij juist wel in de pre-contractuele aansprakelijkheidssfeer te kunnen trekken, moet je dus scherp zijn op de hierbovengenoemde beperkende bedingen. Daarbij kun je een beding opnemen dat een (bepaalde) afbrekende partij bij het weglopen van de onderhandelingen de gemaakte kosten, al dan niet een gefixeerd bedrag (*break fee*), moet vergoeden aan de niet-afbrekende partij. Dit kan een stevig drukmiddel zijn om de wederpartij in onderhandelingen te laten blijven. Tegelijkertijd zal de afdwingbaarheid van zo'n eenzijdig kostendekkend beding sterk afhangen van de onderhandelingsdynamiek tussen partijen en in welke fase van de onderhandelingen partijen zich bevinden.

Praktische tips voor de bedrijfsjurist

Kortom, er zijn verschillende manieren om als bedrijfsjurist van toegevoegde waarde te zijn voor een onderneming die wordt geconfronteerd met aansprakelijkheidsrisico's bij afgebroken onderhandelingen in dynamische tijden. Praktische tips zijn in het bijzonder de volgende:

- Stel doorlopend vast in welk stadium van de onderhandelingen partijen zich bevinden en wees je bewust van wat de gevolgen zijn wanneer een partij in een bepaald stadium de onderhandelingen wenst af te breken.
- Manage doorlopend de verwachtingen van de andere partij en leg dat schriftelijk vast om te voorkomen dat een wederpartij zich kan beroepen op gerechtvaardigd (totstandkomings)vertrouwen.
- Neem, als je als partij flexibel wilt zijn in het afbreken van onderhandelingen, aansprakelijkheidsbeperkende bedingen en voorbehouden op in een voorovereenkomst zodat je daar in een zo laat mogelijk stadium nog op kan beroepen bij eventuele onvoorziene ontwikkelingen.
- Neem, als je de wederpartij juist onder druk wilt kunnen zetten om door te onderhandelen, op dat gemaakte onderhandelingskosten of een vast bedrag moet worden vergoed bij het afbreken van onderhandelingen en wees kritisch op aansprakelijkheidsbeperkende bedingen en voorbehouden die gelden ten gunste van de wederpartij.

[1] HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (Baris/Riezenkamp).

[2] HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (Plas/Valburg).

[3] HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO).

[4] Hierin is een aantal zeer specifieke omstandigheden genoemd: het belang dat met de totstandkoming van overeenstemming gemoeid is, zoals bij het voeren van onderhandelingen over collectieve arbeidsvoorwaarden onder invloed van een dreigende staking, het belang van de wederpartij in verband met het door de overheid te betrachten gelijkheidsbeginsel en verplichtingen tot onderhandelen die uit andere rechtsverhoudingen voortvloeien, alsmede bedongen verplichtingen tot onderhandelingen. Parl. Gesch. Inv. op art. 6.5.2.8a, p. 1440, 1442.

[5] Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland, 21 december 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:7209, waarin de rechtbank in r.o. 4.16 het volgende overweegt: "*De rechtbank stelt voorop dat naar Engels recht geen verplichting bestaat om te goeder trouw te onderhandelen. Het staat een partij te allen tijde vrij om de onderhandelingen af te breken en er is geen verbintenis om door te onderhandelen zolang er een 'goede reden' is om zich terug te trekken. Naar Engels recht kunnen pas verbintenissen ontstaan tot vergoeding van gederfde winst als een overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen. Omdat vaststaat dat tussen partijen geen overeenkomst is gesloten, kan het [...] gevorderde positieve contractsbelang van € 6.068.250,00 reeds om die reden niet worden toegewezen.*"