

HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (Plas Bouwonderneming BV / gemeente Valburg)

Wetsartikelen:	Art. 6:2 BW; art. 6:162 BW
Kernwoorden:	Afbreken onderhandelingen; precontractuele fase; positief belang
Kern:	<ul style="list-style-type: none">• In beginsel staat het onderhandelende partijen vrij om onderhandelingen te eindigen• Onder omstandigheden kan afbreken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn• als partijen over en weer erop mochten vertrouwen dat een overeenkomst zou volgen uit de onderhandelingen,
Versie: W.H. van Boom © versie 5 februari 2017	

1. Casus en uitspraak

De gemeenteraad van Valburg besluit in juni 1974 tot de bouw van een zwembad. Er wordt een zogenaamd 'programma van eisen opgesteld'. Er wordt niet tot openbare aanbesteding besloten – in die tijd bestonden veel minder strenge regels rondom aanbesteding – en er wordt afgewacht welke aannemers zich melden met een offerte. Plas Bouwonderneming BV komt in contact met de gemeentesecretaris, die aan Plas verzoekt om een offerte in te dienen. Inmiddels is dan ook een raadscommissie ingesteld, die besluit om de offerte van Plas en drie andere aannemers verder te onderzoeken. Op verzoek van de gemeente winnen Plas en een van de andere offranten vervolgens bij verschillende deskundigen op eigen kosten advies in. Plas en de andere aannemer dienen vervolgens een aangepaste offerte in. Het lijkt er op dat de keuze op Plas is gevallen, want op 9 januari 1975 deelt de burgemeester in een vergadering van het college van B&W mee dat dat Plas Bouwonderneming BV de laagste inschrijver was, dat haar plan voor de gemeente aanvaardbaar was, dat de Raad er nog over diende te beslissen en dat er nog enkele aanpassingen van details nodig waren. Echter, op 21 januari 1975 vergadert de gemeenteraad, en de bouw van het zwembad is niet geagendeerd. Aan het eind van de vergadering neemt echter een raadslid het woord. Die weet te melden dat aannemer Arns – die tot dan toe helemaal niet had meegedongen – het zwembad kan bouwen tegen een prijs die hfl. 156.000 lager is dan Plas had geoffreerd. Het raadslid deelt de plannen van Arns rond. Vervolgens besluit de gemeenteraad op de vergadering van 4 maart 1975 dat het contract aan Arns wordt gegund.

Plas Bouwonderneming BV ziet het contract dus aan zijn neus voorbij gaan. Zij vordert in deze procedure de veroordeling van de gemeente tot een bedrag van hfl. 60.000 aan voorbereidingskosten en hfl. 70.000 aan gedeelde winst. Bij wijze van primaire grondslag voert zij aan dat er al een bindende overeenkomst tussen hem en de gemeente tot stand was gekomen. Subsidiair vordert Plas vergoeding op de grondslag van onrechtmatige daad.

De rechtbank wijst het volledige bedrag toe, onder meer met de argumentatie dat de gemeente op 9 januari 1975 de verplichting op zich had genomen om eventuele latere aanbiedingen terug te sturen. Door de bouw aan een ander te gunnen, handelde zij in strijd met de 'goede trouw' (dat betekent

hier: in strijd met redelijkheid en billijkheid¹) die deze precontractuele fase beheerste, aldus de Rechtbank.

In appel stelt het Hof allereerst vast dat geen overeenkomst tot stand gekomen was. De rechtbank had immers de eis toegewezen op een andere grond dan een contractuele. Nu geen van beide partijen in appel hadden gegriefd tegen dat uitgangspunt (het werkwoord 'grieven' betekent hier het aanvechten in appel van een vaststelling of oordeel van de rechter van eerste aanleg), moest het Hof ook ervan uitgaan dat er geen overeenkomst tot stand was gekomen. Vervolgens oordeelt het Hof dat een schadevergoedingsplicht als gevolg van een gedraging in strijd met de goede trouw in de precontractuele fase niet tot de vergoeding van gederfde winst kan leiden. Die schadevergoedingsplicht gaat volgens het Hof namelijk niet verder dan gemaakte kosten en schade, die de wederpartij niet geleden zou hebben als de precontractuele verhouding niet zou zijn ontstaan.

De Hoge Raad oordeelt echter anders:

"In de vierde r.o. gaat het Hof uit van de rechtsregel dat de schadevergoedingsplicht als gevolg van een gedraging in strijd met de goede trouw in een precontractuele verhouding 'niet verder gaat dan gemaakte kosten en schade, welke de wederpartij niet geleden zou hebben, ware de precontractuele verhouding niet ontstaan', en dat zij dus geen vergoeding van gederfde winst kan omvatten. Een dergelijke regel vindt in zijn algemeenheid geen steun in het recht. Niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gederfde winst." (r.ov. 3.4)

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat als de gemeente zich na 9 januari 1975 niet meer mocht terugtrekken uit de onderhandelingen, een verplichting kon ontstaan voor de gemeente om de door Plas vóór die datum gemaakte kosten te vergoeden. Sterker nog:

"Een verplichting daartoe zou zelfs kunnen bestaan, als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de gemeente te goeder trouw die onderhandelingen niet meer had mogen afbreken, maar reeds wel in een stadium dat zulk afbreken haar in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door Plas gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen." (r.ov. 3.5)

Het cassatieberoep van Plas wordt gegrond verklaard, het arrest van het Hof vernietigd. De Hoge Raad verwijst naar een ander Hof om nogmaals te beslissen.

2. Commentaar

Dit arrest is van grote betekenis gebleken voor de ontwikkeling van het leerstuk van precontractuele aansprakelijkheid, maar ook voor het doctrinaire debat over de plaats van redelijkheid en billijkheid buiten overeenkomst. Het arrest wordt om die reden ook wel gezien als een uitspraak die

¹ Het begrip 'goede trouw' zoals in dit arrest gebruikt, is tegenwoordig 'redelijkheid en billijkheid'. Onder oud recht kon 'goede trouw' zowel duiden op 'redelijkheid en billijkheid' zoals thans bedoeld in art. 6:2 en 6:248 BW, als op 'verschoonbare onwetendheid' zoals nu in art. 3:11 BW is te vinden. Dat begrip noemen we nu nog steeds 'te goeder trouw zijn' en daarmee wordt bedoeld op wat iemand niet wist en ook niet behoorde te weten of te vermoeden in het kader van bijv. art. 3:86, maar ook art. 3:35 en 3:36.

voortbouwt op *Baris/Riezenkamp*.² Latere uitspraken die op *Plas/Valburg* voortbouwen, zijn onder meer *De Ruitery/MBO* (1996) en *CBB/JPO* (2005).³

Naar aanleiding van het arrest *Plas/Valburg* is in de literatuur al snel het beeld ontstaan dat onderhandelingen in drie fasen kunnen worden onderverdeeld. In de eerste fase staat het beide partijen vrij om onderhandelingen af te breken zonder elkaar iets verschuldigd te zijn. In de tweede fase mag men wel afbreken maar moet de 'afbrekende partij' de wederpartij schadeloos stellen voor de in het kader van de onderhandelingen gemaakte kosten. In de derde en laatste fase zijn de onderhandelingen in een zodanig stadium gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren.

Uit latere rechtspraak blijkt echter dat de indeling in fasen preciezer verwoord kan worden; zo gaat het in de derde fase niet zozeer om het gerechtvaardigd vertrouwen van beide partijen, maar vooral van dat van de wederpartij van de afbrekende partij. Bovendien blijkt uit die latere rechtspraak:

“dat, ingeval bij de wederpartij van degene die de onderhandelingen over een te sluiten overeenkomst afbreekt, het gerechtvaardigde vertrouwen bestond dat die overeenkomst tot stand zou komen, dit niet onder alle omstandigheden behoeft te leiden tot de slotsom dat het afbreken onaanvaardbaar is. Rekening dient ook 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.”⁴

Het idee dat onderhandelingen over complexe commerciële contracten 'lineair' verlopen van fase één naar fase drie, is dus een ernstige versimpeling van de werkelijkheid. Het komt voor dat totstandkomingsvertrouwen weer wegsijpelt tijdens onderhandelingen (en men dus als het ware van fase drie terugschakelt naar fase één of twee) en dat er 'beren op de weg' opduiken in de vorm van onvoorziene omstandigheden. Bovendien is kennelijk van belang wat de afbrekende partij heeft gedaan of nagelaten (d.w.z. *toedoen*) dat aan het ontstaan van dat vertrouwen bij de wederpartij heeft bijgedragen. Het is dus niet zo dat totstandkomingsvertrouwen van de één er altijd in de weg staat dat de ander de onderhandelingen afbreekt. Hopen mag, maar blind vertrouwen op een goede afloop is onverstandig.

Uit latere rechtspraak van de Hoge Raad spreekt bovendien duidelijker de terughoudendheid waarmee de rechter de tweede en derde fase dient toe te passen. Het uitgangspunt is immers de contractsvrijheid en daarmee de eerste fase. De maatstaf van totstandkomingsvertrouwen is, in de woorden van Hoge Raad in het arrest *CBB/JPO* een 'strengere en tot terughoudendheid nopende maatstaf'.⁵ Er moet heel wat aan de hand zijn om te kunnen zeggen dat het afbreken van onderhandelingen in het gegeven geval *onaanvaardbaar* was. Die terughoudendheid blijkt beter uit het arrest *CBB/JPO* dan uit *Plas/Valburg*:

² HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*).

³ HR 14 juni 1996, NJ 1997/481 (*De Ruitery BV / MBO-Ruiters BV*); HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (*Centraal Bureau Bouwtoezicht BV / JPO Projecten BV*).

⁴ HR 14 juni 1996, NJ 1997/481 (*De Ruitery BV / MBO-Ruiters BV*).

⁵ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (*Centraal Bureau Bouwtoezicht BV / JPO Projecten BV*), r.ov. 3.7.

“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).”⁶

In de rechtspraak wordt vrijwel nooit een beroep op de ‘derde fase’ gehonoreerd.⁷ Dat laat zich mede verklaren door de flinterdunne scheiding tussen contractuele gebondenheid en precontractuele-derde-fase-gehoudenheid.⁸ Zo komt het bij complexe contracten voor dat partijen als het ware ‘groeien’ naar een contract, er geen duidelijk model van aanbod en aanvaarding in de feiten kan worden herkend en dat partijen zelfs al een aanvang maken met de uitvoering van de werkzaamheden, in het vertrouwen over en weer dat het wel goed komt maar ook in de wetenschap dat er nog ‘losse eindjes’ aan het contract kleven. Een dergelijke situatie kan wellicht gekwalificeerd worden als ‘precontract’, maar vaak ook als ‘contract’, zeker als men bedenkt dat sprake kan zijn van een zogeheten ‘rompovereenkomst’: een overeenkomst op hoofdlijnen, waarbij de verbintenissen weliswaar met behulp van art. 6:248 BW *bepaalbaar* zijn in de zin van art. 6:227 BW maar nog niet (geheel) *bepaald*.

⁶ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (*Centraal Bureau Bouwtoezicht BV / JPO Projecten BV*), r.ov. 3.6.

⁷ Zie de analyse van L. Smeehuijzen en M. van Oosten, AAe 2015/1, p. 72 e.v.

⁸ Niet voor niets wordt het arrest *Plas/Valburg* om die reden wel een procesrechtelijk ‘geluk bij een ongeluk’ genoemd. Zou namelijk in appel wél gegriefd zijn tegen de vaststelling van de Rechtbank dat geen sprake was van een overeenkomst, dan zou de zaak wel eens heel anders hebben kunnen aflopen.