

## Boekbeshouwingen

**H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. VU Amsterdam, serie Recht en praktijk 65, Kluwer, Deventer 1992, 446 p.**

H.J. de Kluiver is universitair hoofddocent te Maastricht. Zijn proefschrift geeft een goed overzicht van het privaatrecht inzake afgebroken onderhandelingen. De aanpak (waarnaar men even op zoek moet omdat die niet uit de inleiding blijkt) is probleemgericht: de in de rechtspraak en literatuur opgekomen problemen die de onderhandelingsfase betreffen worden systematisch behandeld. De 380 paragrafen waarin dat gebeurt, beginnen steeds met grote letters, waarin de auteur veelal zijn eigen mening geeft, waarna kleine letters met verwijzingen naar rechtspraak van de Hoge Raad, veel lagere rechtspraak en ook flink wat rechtsvergelijkende gegevens volgen. Omdat het boek veel verschillende onderwerpen behandelt, geef ik mijn overzicht van de inhoud en mijn commentaar puntsgewijs en ben ik daarin niet volledig en ook niet altijd evenredig met de omvang van het door De Kluiver gestelde.

1. Hoofdstuk 1, 'Onderhandeling en overeenkomst', valt met de deur in huis met een stelling over de totstandkoming van overeenkomsten: 'wanneer een onderhandelingsresultaat niet voldoende bepaalbaar is, zal in beginsel moeten gelden dat een intentie om juridisch verbonden te willen zijn ontbreekt' (p. 7). Deze stelling wordt opgehangen aan het arrest Polak/Zwolsman (HR 14 juni 1968, NJ 1968, 331). Wat De Kluiver hier meer wil zeggen dan art. 6:227 bepaalt, is mij niet geheel duidelijk geworden. Op deze gedachte wordt in het verdere boek ook niet echt voortgebouwd. Hier en op andere plaatsen wil De Kluiver geloof ik te graag zijn mening geven over onderwerpen die maar van zijdelings belang zijn.

2. Echt buiten het boek gaat de auteur op p. 28, waar hij stelt dat het een rechter vrij staat een partij te ontzeggen feiten en omstandigheden te bewijzen als de te bewijzen omstandigheden de gestelde overeenkomst 'weinig voor de hand liggend' zouden maken. Dit is een onjuiste conclusie uit het arrest HR 23 maart 1984, RvdW 84, 69 en de auteur geeft ook zelf al aan dat deze interpretatie van de beslissing achterhaald is door HR 10 augustus 1989, NJ 1989, 825.

3. In hoofdstuk 1 worden ook de beperkende bedingen 'subject to contract' (volgens De Kluiver niet absoluut geldend), 'subject to board approval' (idem), 'afhankelijkheid van financiering' (aanvaardbaar), 'entire agreement clause' (erkenning weinig gewenst) en 'gentlemen's agreement' (onder omstandigheden verbintenis-scheppend) kort behandeld.

4. Hoofdstuk 2 bevat beschouwingen over de goede trouw. In paragraaf 2.7 geeft De Kluiver als zijn mening dat onderhandelen als een besluitvormingsproces dient te worden bekeken. Ook hier is echter niet geheel duidelijk wat de konsekwenties voor het verdere betoog zijn.

5. In hoofdstuk 2 en 3 constateert De Kluiver het in het algemeen ontbreken van een verbintenis tot onderhandelen. Hij benadert het vraagstuk van de onderhandelingsplicht vanuit de bevoegdheid van de rechter in kort geding. Hij motiveert dit door aan te sluiten bij het betoog van onder meer Asscher, dat voor de bevoegdheid van een President voldoende is dat sprake is van een belangenconflict. Tegen deze leer bestaat het bezwaar dat zij zo begrepen kan worden dat voor een toewijzing van een vordering in kort geding voldoende zou zijn dat de rechter toewijzing, gezien de belangen over en weer, geboden acht. De heersende leer houdt in dat voor toewijzing van een vordering in kort geding wel degelijk een rechtsgrond aanwezig moet zijn (vgl. de heldere uiteenzetting van Blaauw, Het kort geding A. Algemeen deel, 1992, p. 10 e.v. en BRv., aant. 1 op art. 289-297). Wel is het zo dat die rechts-

grond slechts aannemelijk behoeft te worden gemaakt en dat een belangenafweging ertoe kan leiden dat een op zichzelf aannemelijke vordering toch niet wordt toegewezen. De Kluisver kiest voor een 'graduele benadering': hoe ingrijpender de maatregel, hoe duidelijker de rechtsgrond moet zijn. Dit spreekt mij niet aan. De feiten leveren een rechtsgrond op of niet. Het is niet zo dat de feiten meer of minder rechtsgrond opleveren. Wel kunnen de feiten meer of minder aannemelijk zijn.

6. In de paragrafen 3.3 e.v. wordt de voor de praktijk belangrijke vraag behandeld wanneer een bevel tot dooronderhandelen kan worden toegewezen. Op basis van een analyse van de (cassatie- en lagere) rechtspraak komt De Kluisver tot een zestal factoren: de mate van gevorderdheid van onderhandelingen, de voorafgaande relatie en bestaande afhankelijkheid, eventuele discriminatie en monopoliepositie, andere in het geding zijnde belangen, het onderhandelingsgedrag van partijen en de eventuele status van een partij als overheidsorgaan. Stellig over de toepassing van die factoren is De Kluisver als een partij zijn wederpartij essentiële informatie heeft onthouden of onjuiste informatie heeft verschaft: dan zou de bevoegdheid bestaan om de onderhandelingen af te breken. Essentieel is in ieder geval hetgeen bij de totstandkoming van een overeenkomst aanleiding zou kunnen zijn tot vernietiging wegens dwaling of bedrog. Heel veel verder komt de praktijk hiermee niet, maar het is ook erg moeilijk duidelijke lijnen in de rechtspraak te ontdekken.

7. In paragraaf 3.9 wordt terecht als nadien toe te passen criterium vermeld of een bevel tot dooronderhandelen zinvol is. Daarvoor is volgens De Kluisver voldoende dat 'een redelijk resultaat mogelijk is' (p. 81). Hij stelt dat dit afhankelijk is van de aard van de relatie. In de kiem vindt men hier het criterium, dat een bevel tot dooronderhandelen niet toewijsbaar is, als voor de uitvoering van de overeenkomst een vertrouwensrelatie tussen partijen onontbeerlijk is en verwacht mag worden dat die zal ontbreken. Ik kan mij daarmee verenigen. Dan is schadevergoeding een zinvoller sanctie.

8. Hoofdstuk 4 behandelt (zonder verstreckende conclusies) de voorbereidende overeenkomsten en toezeggingen. Hier komen vertrouwelijkheidsbedingen, exclusiviteitsbedingen, voorkeursrechten, raam-, basis- en deelovereenkomst aan de orde. Op p. 114 is de mening te vinden dat het terugkomen op een eerder bereikte deelovereenstemming mag. De Kluisver vindt het belangrijk dat partijen de vrijheid behouden creatieve voorstellen te doen. Mij lijkt echter dat in de praktijk als één van de weinige normen voor onderhandelen wordt aanvaard, dat het niet is toegestaan op een al uitonderhandeld punt terug te komen. Uiteraard staat het een partij te allen tijde vrij om met een creatief voorstel te komen, dat bij aanvaarding ook inhoudt dat het eerder afgesprokene wordt gewijzigd. Maar het eenzijdig terugkomen op een bepaald onderdeel van het onderhandelingsresultaat, zonder dat daarvoor een goede reden aanwezig is, lijkt mij een indicatie van onzorgvuldig onderhandelen.

9. Anders dan de meeste Nederlandse en buitenlandse literatuur en lagere rechtspraak van na Plas/Valburg, vindt De Kluisver dat een onderhandelende niet verplicht is om aan zijn wederpartij te laten weten dat hij ook nog met derden onderhandelt en ook niet om de wederpartij in de gelegenheid te stellen een beter bod dan een derde te doen.

10. In paragraaf 4.6 gaat het over toezeggingen. Toezeggingen en letters of intent worden aldus geplaatst, dat daarvan alleen mag worden afgeweken als daarvoor goede redenen bestaan.

11. Dat De Kluisver niet snel geneigd is om tot aansprakelijkheid in precontractuele verhoudingen te komen, blijkt uit hoofdstuk 5 over het gedrag in onderhandelingen van de overheid. Hij bekritiseert de jurisprudentie van de civiele rechter, die naar zijn mening te snel schadevergoeding toekent wegens het niet nakomen van een toezegging. Ik vraag mij echter af of de door hem besproken jurisprudentie zo vrijgevig is als hij doet voorkomen. In het hoofdstuk zijn wel interessante rechtsvergelijkende gegevens opgenomen.

12. In hoofdstuk 6 tot en met 8 gaat het om de aanspraak op schadevergoeding. Hoofd-

stuk 6 begint met historische en rechtsvergelijkende beschouwingen. Het is boeiend om te lezen dat de Italianen al voor 1910 op niveau over deze aansprakelijkheid discussieerden. Als geheel vond ik dit rechtsvergelijkende gedeelte van het proefschrift echter wat minder interessant, omdat het vooral toont hoe het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen in de verschillende jurisdicties theoretisch wordt ingepast. Wellicht was er in de buitenlandse literatuur en jurisprudentie meer aan werkelijke criteria te vinden geweest en daar was ik benieuwd naar. De conclusie op p. 243 reikt niet verder dan dat er in andere landen sprake moet zijn van een 'toedoen' van één partij en dat de criteria van gerechtvaardigd vertrouwen en de geldige reden voor het afbreken een belangrijke rol spelen.

13. Hoofdstuk 7 gaat over de grondslagen voor schadevergoeding. Dat gekozen wordt voor de redelijkheid en billijkheid, zal niet verbazen. De Kluiver tracht echter meer uit het grondslagendebat te halen. Hij bespreekt de literatuur over wat wij vroeger noemden de aansprakelijkheid bij rechtmatige daad, waarschijnlijk omdat hij uit wil komen bij een verbintenis tot schadevergoeding, zonder dat daaraan een primaire verbintenis tot bepaald positief handelen aan vooraf gaat.

14. Uit de jurisprudentie op dit terrein leidt hij af dat met name de belangen van de bestaanszekerheid en de continuïteit van een onderhandelingspartner bescherming verdienen. Het betoog had hier wel wat strakker gemogen. De auteur bespreekt onder meer de gehele geschiedenis van het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad, waaruit echter geen wezenlijke bouwstenen voor zijn verdere betoog komen.

15. In hoofdstuk 8 tracht De Kluiver te komen tot criteria voor het afwegen van de belangen. Als 'voorwaarden' voor aansprakelijkheid beschouwt De Kluiver: 'de mate' waarin toedoen van de afbrekende partij heeft geleid tot activiteiten van de wederpartij en 'de mate' van specificiteit van activiteiten van de wederpartij. De mate waarin iets er is, kan moeilijk een voorwaarde zijn. Het is merkwaardig dat deze gedachtenfout op een zo essentiële plaats in het proefschrift is blijven staan.

16. Ter nadere concretisering van de belangen van bestaanszekerheid en continuïteit kunnen een rol spelen: een reeds bestaande afhankelijkheid van de wederpartij van de afbrekende partij en de mate waarin beslag wordt gelegd op de beschikbare plannings- en onderhandelingscapaciteit van de wederpartij. De Kluiver is hier wel erg voorzichtig. Hij zegt één en ander maal dat ook andere belangen en criteria een rol kunnen spelen en zijn 'criteria' kunnen eigenlijk niet zo worden genoemd. Het zijn slechts gezichtspunten die de blik van de rechter op bepaalde soorten omstandigheden richten, maar zij geven niet aan waar de grens moet liggen als de rechter deze omstandigheden gaat beoordelen. De Kluiver zelf ziet zijn criteria vooral iets opleveren voor kleine bedrijven (p. 293).

17. Aansprakelijkheid kan vervolgens ook bestaan buiten het geval van het onvoldoende rekening houden met essentiële belangen van de wederpartij, namelijk als er een specifieke normoverschrijding is. Naast de evidente gevallen waarin de onderhandelingen worden gebruikt om vertrouwelijke informatie te verkrijgen, behandelt De Kluiver hier de gevallen die de Hoge Raad brengt onder het criterium van het 'totstandkomingsvertrouwen'. De Kluiver acht dit vereiste terecht niet erg bruikbaar, omdat het vertrouwen in de gedachten-gang van de Hoge Raad is gericht op het tot stand komen van 'enigerlei contract' en zulks moeilijk bepaalbaar is en dus een moeilijk toepasbaar criterium oplevert. De Kluiver ziet (met onder meer Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintennisrecht, 1989, p. 98) meer in een benadering via het aanwezig zijn van een goede reden voor het afbreken van onderhandelingen. Hij toont aan dat dit ook in het Franse, Duitse en Italiaanse recht de leidende benadering is.

18. Wel moet De Kluiver nog afbakenen wanneer de onderhandelingsfase zich zo heeft verdicht, dat men alleen maar met een goede reden kan terugtreden. Verder dan dat die situatie zich in ieder geval voordoet als partijen zich, via bijvoorbeeld een letter of intent, tot

dooronderhandelen hebben verplicht, komt De Kluiver hier niet (p. 401/402). Wellicht kan hier, zoals H. Drion heeft voorgesteld (Preadvis Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland 1967, p. 284, zie ook Nieuwenhuis, RM Themis 1989, p. 467) als minimumeis worden gesteld dat de afbrekende partij een aanbod heeft gedaan.

19. Goede redenen zijn volgens De Kluiver omstandigheden waaromtrent partijen niet reeds eerder afspraken maakten en waarvan zij niet reeds in een eerder stadium hadden moeten beseffen dat deze voor de goede uitkomst van de onderhandelingen een ernstig obstakel vormden. Goede redenen kunnen bijvoorbeeld zijn dat nieuwe technische mogelijkheden of milieu-inzichten opkomen of dat men met de mogelijkheid wordt geconfronteerd van een gunstiger transactie met een derde. Afbreken is in dit laatste geval echter volgens hem wel onrechtmatig als men die mogelijkheid eerder had kunnen ontdekken.

20. In deze gevallen is in ieder geval vergoeding van de gemaakte kosten geboden, waarbij De Kluiver zich wel afvraagt of 'normale elementaire offertekosten' buiten beschouwing moeten worden gelaten.

21. Of een verdergaande vergoedingsplicht ontstaat, wil De Kluiver oplossen aan de hand van het onrechtmatige daadsleerstuk: onderzocht moet worden of er bij het niet onrechtmatig afbreken een contract tot stand zou zijn gekomen. Vanwege de lastige causaliteitsvragen beveelt De Kluiver aan dat de rechter het toe te wijzen bedrag relateert aan de kans dat de overeenkomst tot stand zou zijn gekomen. Voor het onderscheid tussen positief en negatief belang ziet De Kluiver geen plaats. Welke schade vergoed moet worden, is volgens hem een kwestie van causaliteit. Ik vond dit een aansprekend betoog.

22. Volgens De Kluiver is de afbrekende partij verplicht de gronden voor het afbreken van de onderhandelingen mee te delen. (p. 308)

23. Hoofdstuk 9 behandelt de problematiek van de hulppersonen bij onderhandelingen. De benadering vind ik kenmerkend. De Kluiver behandelt eerst vrij uitvoerig de leerstukken van de vertegenwoordiging en de aansprakelijkheid voor ondergeschikten en hulppersonen, waarbij hij stelling neemt in een aantal controverses. Dan noemt hij interessant materiaal over het functioneren van organisaties. Als het gaat om het uiteindelijk trekken van conclusies uit het verzamelde materiaal blijft echter veel ongebruikt en komt hij niet tot echt bruikbare criteria.

24. Ook hoofdstuk 10 lijdt aan dit euvel. Het mededingingsrecht, de speltheorie en de rechtseconomie worden genoemd, maar uiteindelijk doet de auteur hier weinig mee. Het is ook een beetje een kwestie van smaak. De brede opzet van het boek maakt dat het zeker geslaagd is als verzameling van bronnenmateriaal over onderhandelingen. Ik houd echter meer van een kernachtiger opzet, waarin niet alle uiteindelijk weinig opleverende sporen waarop de onderzoeker heeft gezeten zijn terug te vinden. Voor wat betreft het zo noodzakelijke verder invullen van de normen voor afgebroken onderhandelingen heeft De Kluiver zeker op een aantal punten een nuttige bijdrage geleverd. Die bijdrage had wellicht groter kunnen zijn, als hij zich bij de verslaglegging van zijn onderzoek iets meer had beperkt. Ik hoop dat De Kluiver met het onderwerp bezig blijft en de in zijn proefschrift aanwezige kernen voor nadere criteria laat uitkomen.

*Tilburg, januari 1994*

*J.M. Barendrecht*