

Afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase

■ ◆ ■ ◆ ■
*Eisen die in de rechtspraak worden gesteld aan het toekennen
van een schadevordering op grond van afgebroken onderhandelingen
in de derde fase van de precontractuele onderhandelingen*

Naam Charlotte Thielen

ANR 831143

Vak Bouwrecht

Examinatoren

mr. dr. S. van Gulijk

mr. J.M.H.P. van Neer

Scriptie Bouwrecht

Afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase

Eisen die in de rechtspraak worden gesteld aan het toekennen van een schadevordering op grond van afgebroken onderhandelingen in de derde fase van de precontractuele onderhandelingen

Naam	Charlotte Thielen
ANR	831143
Vak	Bouwrecht
Begeleider	Van Gulijk

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Onderzoeksopzet	4
§ 1.1 Aanleiding.....	4
§ 1.2 Onderzoeksvraag en deelvragen	7
§ 1.3 Onderzoeksdoel	9
§ 1.4 Onderzoeksmethoden.....	9
§ 1.5 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie	9
Hoofdstuk 2 Driefasenleer.....	12
§ 2.1 Ontstaansgeschiedenis van de driefasenleer	12
§ 2.2 Eisen gesteld aan vergoeding bij afgebroken onderhandelingen.....	14
§ 2.2.1 Eisen en gezichtspunten met betrekking tot vergoeding van het positief contractsbelang.....	15
§ 2.2.2 Essentialia van de overeenkomst.....	18
§ 2.3 Overeenkomsten in de precontractuele fase	19
§ 2.5 Tussenconclusie	23
Hoofdstuk 3 Civiele en arbitraire rechtspraak.....	25
§ 3.1 Vergoeding negatief en positief contractsbelang in civiele uitspraken	25
§ 3.1.1 Wel vergoeding negatief contractsbelang, geen vergoeding positief contractsbelang.....	25
§ 3.1.2 Geen vergoeding van zowel het negatief als positief contractsbelang.....	28
§ 3.1.3 Vergoeding van het positief contractsbelang	29
§ 3.2 Vergoeding positief en negatief contractsbelang in arbitrale uitspraken.....	30
§ 3.2.1 Wel vergoeding negatief contractsbelang, geen vergoeding positief contractsbelang.....	30
§ 3.2.2 Geen vergoeding van zowel het negatief als positief contractsbelang.....	31
§ 3.2.3 Vergoeding van het positief contractsbelang	32
§ 3.3 Opmerkelijkheden tussen de civiele en arbitrale uitspraken	33
§ 3.4 Tussenconclusie	36
Hoofdstuk 4 Inzichten ontleend aan de PECL met betrekking tot het toekennen van schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase	38
§ 4.1 Introductie PECL	38
§ 4.2 Vergelijking tussen de Nederlandse regeling van afgebroken onderhandelingen en de regeling in de PECL.....	39

§ 4.2.1 artikelen 1:201 en 2:301 PECL	40
§ 4.2.3 Geen vergoeding van het positief contractsbelang onder de PECL	43
§ 4.3 Inzichten die de PECL biedt met betrekking tot de toekenning van schadevergoeding in de precontractuele fase.	44
Hoofdstuk 5 Beginselen van het aanbestedingsrecht en ontwikkelingen in de Aanbestedingswet.....	48
§ 5.1 Begripsomschrijving van een aanbesteding.....	48
§ 5.2 Beginselen van het aanbestedingsrecht.....	49
§ 5.3 Ontwikkelingen met betrekking tot een Nieuwe Aanbestedingswet.	50
§ 5.4 Inzichten ontleend met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en de Nieuwe Aanbestedingswet.	53
§ 5.5 Tussenconclusie	56
Hoofdstuk 6 Conclusie	58
Literatuurlijst	63
Jurisprudentielijst	68

Hoofdstuk 1 Onderzoeksopzet

§ 1.1 Aanleiding

Een veel voorkomend probleem binnen de bouw vormt het verschijnsel 'leuren'. Hiermee wordt bedoeld dat de opdrachtgever binnen een aanbestedingsprocedure voor een aanneming, verschillende gegadigden achtereenvolgens benadert met het verzoek een aanbidding te doen, zonder ze daadwerkelijk allen een reële kans te geven de opdracht te verwerven¹. Het achtereenvolgens benaderen van verschillende gegadigden op zich maakt het leuren niet onbehoorlijk, het gaat om het doorspelen van de informatie van de aanbidding van de eerdere gegadigde aan de latere.² Hierbij kan het gaan om een enkelvoudige uitnodiging, waarmee bedoeld wordt dat de opdrachtgever zich tot één partij keert. In deze situatie is er geen sprake van directe maar van latente mededinging door andere gegadigden.³ Of er kan een meervoudige uitnodiging gedaan worden, waarbij de opdrachtgever twee of meer gegadigden uitnodigt om tegelijk een aanbidding te doen. Hierbij is dan sprake van directe mededinging, er wordt gesproken over een 'aanbesteding'.⁴ Het begrip 'aanbesteding' wordt ook in ruimere zin gebruikt en geldt dan zowel voor de enkelvoudige als voor de meervoudige uitnodiging. In deze scriptie wordt het begrip 'aanbesteding' in ruime zin gebruikt. Het gaat hierbij om een uitnodiging van de opdrachtgever aan een of meer gegadigden tot het doen van een aanbidding, om vervolgens weer een uitnodiging te doen tot een aanbidding aan een andere gegadigde.⁵ Deze latere gegadigde wordt vervolgens geïnformeerd over de aanbidding van de eerste met het doel hierdoor een onderbidding uit te lokken. De eerst benaderde partij wordt door deze praktijk onheus bejegend, er vindt immers geen objectieve vergelijking plaats van de aanbiddingen van beide partijen.⁶ Hij krijgt geen eerlijke en serieuze kans om de opdracht binnen te halen, maar wordt wel verleid tot het steken van tijd en energie in een aanbidding zonder dat de opdrachtgever daadwerkelijk van plan is hierop in te gaan.⁷ Dit is met name een

¹ Asser 5-III C, Aanneming van werk, II het gevaar van 'leuren', nr 60

² Asser 5-III C, Aanneming van werk, II het gevaar van 'leuren', nr 61

³ Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Aanbesteding als uitnodiging tot het doen van een aanbod, nr 40

⁴ Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Aanbesteding als uitnodiging tot het doen van een aanbod nr 40

⁵ Er is dus sprake van twee soorten aanbesteding namelijk enkelvoudige en meervoudige, het gaat het bestek van deze scriptie echter te buiten om hiertussen onderscheid te maken, in het vervolg wordt dus gesproken van 'aanbesteding'. Het begrip aanbesteding in ruime zin wordt ook gebruikt door Cremers, van Nouhuys, van Wassenaer, Drion, van den Berg en Helby zie Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Aanbesteding als uitnodiging tot het doen van een aanbod nr 40

⁶ M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: IBR 2010, p.198

⁷ Asser 5-III C, Aanneming van werk, II het gevaar van 'leuren', nr 60

probleem bij grootschalige bouwprojecten, waarbij voordat een realistische offerte gedaan kan worden, vaak al veel en tijdrovend werk verricht moet worden door de aanbieder. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat het uit te voeren werk nog onvoldoende bepaald is om een reëel aanbod te kunnen doen. Dan kan de opdrachtgever een uitnodiging doen aan een of meer gegadigden om met hem in onderhandeling te treden. In deze (voor)onderhandelingsfase kan het werk nader worden omschreven waarna eventueel een uitnodiging van de opdrachtgever aan de gegadigde kan volgen tot het doen van het aanbod van het aldus omschreven werk.⁸ Vanwege het tijdrovende vooronderzoek, zoals het bekijken of en welke vergunningen er nodig zijn, onderzoeken van het bestemmingsplan enzovoort, waar veel geld, energie en emotie van de aannemer in gaat zitten, is het juist in deze sector van belang het 'leuren' aan te pakken.⁹ Aan het afbreken van de onderhandelingen zijn bepaalde consequenties verbonden zoals het vergoeden van de schade aan de niet- afbrekende partij.

In deze scriptie gaat het om de toekenning van schadevergoeding na het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase, dus het stadium van onderhandelingen zonder dat er een contract is getekend. Tijdens de contractuele fase is er wel een contract ondertekend, maar dit blijft buiten het bereik van deze scriptie.

Er zijn door de Hoge Raad verschillende arresten gewezen met betrekking tot de precontractuele onderhandelingen waaruit later de 'driefasenleer' is ontstaan, waarover in het volgende hoofdstuk meer. In 1957 is in HR Baris/ Riezenkamp een grondregel door de Hoge Raad gegeven met betrekking tot de manier waarop onderhandelende partijen met elkaar om moeten gaan. Deze regel is in 1982 door de Hoge Raad in HR Plas/Valburg verder uitgewerkt waardoor de 'driefasenleer' is ontstaan. Er zijn drie fases waarin precontractuele onderhandelingen zich kunnen bevinden, de tweede en derde fase zijn in deze scriptie het belangrijkst. Fase 2 houdt in dat onderhandelingen mogen worden afgebroken maar er dient wel een vergoeding van het negatief contractsbelang, de gemaakte kosten, gedaan te worden. Fase 3 betekent dat er een vergoeding plaats moet vinden van het positief contractsbelang, dus de gederfde winst. Aan het intreden van deze derde fase worden door de Hoge Raad strenge eisen gesteld. In 2005 wordt met het arrest HR CBB/JPO een nog strengere maatstaf, in vergelijking met voorgaande jurisprudentie, geformuleerd voor het aannemen van vergoeding van het positief contractsbelang. Dat deze maatstaf voor vergoeding van het positief contractsbelang terughoudend moet worden toegepast is niet zo raar, hiermee wordt immers een inbreuk gemaakt op het beginsel van contractsvrijheid dat inhoudt dat onderhandelingen

⁸ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, I Aanbesteding als uitnodiging tot het doen van een aanbod, nr 41

⁹ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, II het gevaar van 'leuren', nr 60

altijd zonder kostenconsequenties eenzijdig moeten kunnen worden afgebroken.¹⁰ De vraag is echter waar de grens ligt waarbinnen het gerechtvaardigd is onderhandelingen eenzijdig af te breken zonder dat er kostenconsequenties zijn. Deze door de Hoge Raad geïntroduceerde strenge maatstaf voor het aannemen van fase 3 tijdens de onderhandelingen is zeker niet eenduidig. Vooral in de lagere civiele rechtspraak is er onduidelijkheid over de striktheid van de eisen voor het toepassen van de maatstaf. Dit leidt tot grote rechtsonzekerheid voor partijen met betrekking tot het inschatten van de eigen proceskansen wanneer het gaat om procedures over afgebroken onderhandelingen.¹¹ Er is dus sprake van een spanningsveld tussen enerzijds het beginsel van de contractsvrijheid dat met zich meebrengt dat onderhandelingen altijd zonder verdere kostenconsequenties mogen worden afgebroken en anderzijds de bescherming van de onderhandelende partijen in het licht van de redelijkheid en de billijkheid, dat meebrengt dat er rekening gehouden moet worden met de ‘gerechtvaardigde belangen’ van de wederpartij.¹²

In deze scriptie zal onderzocht worden in hoeverre civiele rechters en arbiters in bouwarbitrage zaken de strenge maatstaf zoals die door de Hoge Raad verwoord werd in HR CBB/JPO, in latere rechtspraak hebben toegepast. Daarvoor zal eerst gekeken worden naar wat de driefasenleer inhoudt en welke eisen door de rechter in HR CBB/JPO werden gesteld voor het toekennen van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen. Ook wordt gezien of na het belangrijke arrest CBB/JPO, deze eisen nog steeds in de civiele en arbitrale rechtspraak worden toegepast en welke aanvullende criteria en gezichtspunten er zijn ontstaan. In het licht van de toenemende Europeanisering zal ook worden gekeken naar wat de PECL, de Principles of European Contract Law, hierover vermelden en welke inzichten deze te bieden hebben voor het onderwerp. Het gaat dan met name om artikel 1:201 PECL over ‘Good Faith and fair dealing’ en artikel 2:301 PECL over ‘Negotiations contrary to good faith’.¹³ Daarnaast worden de beginselen van het aanbestedingsrecht nader gezien. Sinds het arrest HR RZG/Conformed is er een ontwikkeling gaande dat de redelijkheid en de billijkheid zoals die geldt in de precontractuele fase een grondslag kan zijn voor de doorwerking van de

¹⁰ M.R. Ruygvoorn, 'Afgebroken onderhandelingen en de juridische kwalificatie van voorbehouden', *TBR* 2010/123, p. 664

¹¹ M.R. Ruygvoorn, 'Afgebroken onderhandelingen en de juridische kwalificatie van voorbehouden', *TBR* 2010/123, p. 664

¹² Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, I Beperkingen onderhandelingsvrijheid, nr 53

¹³ Y.G. Blei Weissmann, *Groene serie Verbintenissenrecht*, aantekening 3.7 bij 6:217 BW, Kluwer 2010 (elektronisch geraadpleegd)

beginselen van het aanbestedingsrecht.¹⁴ Deze beginselen, waaronder het gelijkheids- en transparantiebeginsel, hebben zich geleidelijk, naar aanleiding van literatuur en rechtspraak over aanbestedingsrecht ontwikkeld.¹⁵ Vanaf januari 2013 treedt de Nieuwe Aanbestedingswet in werking waarin deze beginselen wettelijk zijn verankerd. Bezien zal worden welk inzicht deze ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht, dus de meervoudige uitnodiging, te bieden hebben voor, de problematiek van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase voor de enkelvoudige uitnodiging.

§ 1.2 Onderzoeksvraag en deelvragen

Centrale Onderzoeksvraag

Het voorgaande leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

In hoeverre passen civiele rechters en arbiters in bouwarbitragezaken bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase de strenge en terughoudende maatstaf die voortvloeit uit HR CBB/JPO toe?

Subvragen

1. Wat houdt het leerstuk van de ‘driefasenleer’ in volgens de doctrine en welke eisen worden door de rechter gesteld aan het intreden van fase drie bij de precontractuele onderhandelingen ? In hoofdstuk 2 wordt het leerstuk van de ‘driefasenleer’ uitgelegd aan de hand van de literatuur. Ook wordt gezien welke eisen er gesteld worden voor vergoeding van het positief contractsbelang, daarbij wordt dieper ingegaan op de in de rechtspraak tot stand gekomen eis ‘essentialia van de overeenkomst’. Vervolgens wordt ingegaan op de soorten overeenkomsten die er zijn in de precontractuele fase, voor een beter begrip van de in het volgende hoofdstuk bestudeerde jurisprudentie. Tot slot wordt gezien welke opvattingen hierover heersen in de wetenschappelijke literatuur.

¹⁴ M.A.M.C van den Berg, *Bouwcontractenrecht in beweging*, 40 jaar instituut voor bouwrecht 2009, p. 59. HR RZG, Conformed, 4 april 2003, *LJN* AF2830

¹⁵ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, II het gevaar van ‘leuren’, nr 68

2. Wordt in de lagere civiele en arbitrale rechtspraak in de periode 2007 tot 2012 de terughoudende maatstaf, zoals verwoord in HR CBB/JPO, nog steeds op gelijke wijze als in dit arrest toegepast, of worden er aanvullende criteria gehanteerd voor toekenning van het positief en het negatief contractsbelang?

In hoofdstuk 3 wordt een overzicht gegeven vanaf 2007 tot heden van een aantal voor dit onderwerp interessante civiele en arbitrale uitspraken en arresten waarbij de problematiek van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase speelde. Er is gekozen voor een langere periode om te bekijken of er zich bepaalde ontwikkelingen hebben voorgedaan in de toekenning van vergoeding van het positief contractsbelang sinds het arrest HR CBB/ JPO. Bezien wordt of strenge maatstaf zoals verwoord in HR CBB/JPO ook in latere arresten op dezelfde manier wordt toegepast of dat er andere criteria worden verwoord.

3. Welke inzichten biedt de PECL met betrekking tot de problematiek van het toekennen van schadevergoeding in de precontractuele onderhandelingen?

In hoofdstuk 4 wordt aangegeven wat de PECL zijn en welke artikelen hiervan, van belang zijn voor het onderwerp van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase. Ook wordt een vergelijking gemaakt tussen de regeling uit PECL en de Nederlandse regeling met betrekking tot dit onderwerp. Naar aanleiding van deze vergelijking wordt het inzicht besproken wat de PECL de Nederlandse regeling te bieden heeft.

4. Welke inzichten met betrekking tot de problematiek van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase, bij enkelvoudige uitnodigingen, bieden de beginselen van het aanbestedingsrecht en de ontwikkelingen in de Aanbestedingswet?

In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op wat een aanbesteding is, en op de beginselen van het aanbestedingsrecht. Ook worden de recente ontwikkelingen rond de Nieuwe Aanbestedingswet bezien. Vervolgens wordt gekeken welk inzicht deze Nieuwe Aanbestedingswet en de beginselen van het aanbestedingsrecht die gelden voor aanbestedingen bieden voor de problematiek van de afgebroken onderhandelingen bij enkelvoudige uitnodigingen waarbij dus geen sprake is van een aanbesteding.

§ 1.3 Onderzoeksdoel

Met behulp van dit onderzoek wil ik de problematiek van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase vanuit verschillende invalshoeken bekijken. Namelijk vanuit de literatuur, de jurisprudentie, en in internationale context te plaatsen door de PECL erbij te betrekken. Ook worden de recente ontwikkelingen van de Nieuwe Aanbestedingswet, hierbij betrokken. Hierdoor hoop ik inzichtelijk te maken in hoeverre de eisen die door de Hoge Raad in HR CBB/JPO verwoord zijn in latere civiele en arbitrale rechtspraak worden toegepast. Hierbij wordt bekeken welke eisen er worden gesteld aan het toekennen van schadevergoeding en door welke gezichtspunten deze eisen worden ingekleurd. Ook wordt gekeken of er in de loop der tijd nieuwe criteria of gezichtspunten zijn ontstaan. De PECL en de ontwikkelingen van de Nieuwe Aanbestedingswet worden bekeken om de problematiek in een breder kader te plaatsen, waardoor het mogelijk is nieuwe inzichten te verkrijgen met betrekking tot deze problematiek.

§ 1.4 Onderzoeksmethoden

In dit onderzoek wordt gebruik gemaakt van twee onderzoeksmethoden. Ten eerste een literatuurstudie en ten tweede jurisprudentie onderzoek.

Deelvraag 1 wordt beantwoord aan de hand van literatuur, boeken, tijdschriften en jurisprudentie, hetzelfde geldt voor deelvraag twee. De volgende deelvraag 3, betreft jurisprudentie onderzoek. Er wordt een overzicht gegeven van de door mij gevonden civiele en arbitraire uitspraken waarin de problematiek van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase speelde. In sommige van deze uitspraken werd alleen het positief contractsbelang toegekend en in andere alleen het negatief contractsbelang, of er was helemaal geen plaats voor schadevergoeding. Deelvraag 4 en 5 worden ook beantwoord aan de hand van de doctrine. Tot slot volgt de conclusie.

§ 1.5 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

De strenge tot terughoudendheid nopen maatstaf zoals gebleken uit HR CBB/JPO, voor vergoeding van het positief, al dan niet inclusief het negatief contractsbelang is zeker niet eenduidig. Dit leidt weer tot onzekerheid met betrekking tot het inschatten van de eigen

proceskansen van partijen.¹⁶ Bij de precontractuele onderhandelingen hebben de partijen verschillende belangen. De opdrachtgever wil zo goedkoop mogelijk een zo kwalitatief hoogwaardig mogelijk bouwwerk laten realiseren.¹⁷ Mochten de onderhandelingen met de eerste partij op niets uitlopen dan wil hij natuurlijk snel met een derde aannemer verder onderhandelen zonder verdere kosten te vergoeden. Aan de andere kant staan de belangen van de aannemer, zoals eerder aangegeven, stopt deze veel tijd en energie en emotie in het vooronderzoek waarvoor hij, als de onderhandelingen op niets uitlopen natuurlijk een vergoeding wil krijgen. Hij had immers ook met een ander een overeenkomst kunnen sluiten. Naarmate de onderhandelingen in een verder stadium geraken is het voor de aannemer van belang dat de druk die op zijn vermogen om andere opdrachten binnen te halen komt te liggen, ook daadwerkelijk beloond wordt met een overeenkomst. Vooral het voortbestaan van de 'orderportefeuille' van de aannemer is van groot belang. In de bouwsector vormt het 'werk bij werk' houden vaak een belangrijkere reden om een bepaalde opdracht binnen te halen dan het behalen van winst. Ook is dit van belang voor volgende opdrachten omdat in de arbeidsvoorwaarden vaak eisen worden gesteld aan de mate van ervaring.¹⁸ Bij het eerder omschreven probleem van 'leuren' komen de belangentegenstellingen van de opdrachtgever en aannemer duidelijk naar voren. De opdrachtgever gebruikt verkregen informatie van de aannemer om er zelf beter van te worden, in die zin dat hij elders een lagere aanneemsom hoopt te bedingen, zonder er een tegenprestatie tegenover te stellen. De aannemer staat met lege handen ondanks zijn grote inspanningen. Meer duidelijkheid omtrent deze kwestie is gewenst, zodat partijen beter weten waar ze aan toe zijn in geval van problemen en hiernaar kunnen handelen. Ook voor de wetenschap is dit onderzoek interessant, met name het jurisprudentie onderzoek. Hierbij wordt onderzocht in hoeverre de strenge maatstaf, zoals verwoord door de Hoge Raad in 2005 in HR CBB/JPO, in de latere civiele en arbitraire rechtspraak in de periode 2007 tot 2012 toegepast wordt. Ook wordt gezien of er misschien nog aanvullende criteria zijn ontwikkeld. Daarnaast wordt de problematiek met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen ook vanuit de internationale context gezien door te kijken welke inzichten aan de PECL kunnen worden ontleend. Hetzelfde geldt voor de recente ontwikkelingen omtrent de Nieuwe Aanbestedingswet, gezien wordt welke inzichten deze ontwikkelingen meebrengen voor de problematiek van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase. Door de problematiek vanuit verschillende invalshoeken te bekijken, te

¹⁶ M.R. Ruygvoorn, 'Afgebroken onderhandelingen en de juridische kwalificatie van voorbehouden', *TBR* 2010/123, p. 664

¹⁷ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, I Beperkingen onderhandelingsvrijheid, nr 53

¹⁸ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, I Beperkingen onderhandelingsvrijheid, nr 57

weten de jurisprudentie, internationale context en de recente ontwikkelingen wordt het in een breder kader geplaatst. Hierdoor hoop ik inzichtelijk te maken wat de ontwikkelingen zijn met betrekking tot de terughoudende maatstaf zoals die verwoord is in HR CBB/JPO in de latere jurisprudentie, en wat mijn visie omtrent deze problematiek is.

Hoofdstuk 2 Driefasenleer

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op deelvraag 1: *Wat houdt het leerstuk van de ‘driefasenleer’ in volgens de wetenschappelijke literatuur en welke eisen worden er gesteld aan het intreden van fase drie bij de precontractuele onderhandelingen?*. In paragraaf 1 behandel ik de ontstaansgeschiedenis van de ‘driefasenleer’. Vervolgens komen in paragraaf 2 de eisen aan bod waaraan voldaan moet worden om in aanmerking te komen voor vergoeding van het positief contractsbelang en voor het negatief contractsbelang. Paragraaf 3 gaat over de soorten overeenkomsten die er bestaan in de precontractuele fase. In de door mij bestudeerde arbitrale jurisprudentie zijn namelijk vaak al bouwcontracten gesloten, in de civiele jurisprudentie wordt vaak gesproken van een intentieverklaring. Het is van belang te weten onder welke soort overeenkomst deze vallen in verband met de gevolgen ervan bij afgebroken onderhandelingen. In paragraaf 4 zijn de heersende opvattingen in de literatuur met betrekking tot de driefasenleer verwoord. Afgesloten wordt in paragraaf 5 met een tussenconclusie.

§ 2.1 Ontstaansgeschiedenis van de driefasenleer

In HR Baris/ Riezenkamp, is door de Hoge Raad een grondregel aangegeven met betrekking tot de manier waarop onderhandelende partijen met elkaar om dienen te gaan. Uit dit arrest volgt dat ‘partijen hun gedrag moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’. De partij die als eerste verzocht is om een aanbieding te doen heeft hier tijd en energie in gestoken, hij heeft er dus een gerechtvaardigd belang bij dat hij een faire kans krijgt om de opdracht binnen te halen. Omdat de gedane aanbieding voor de opdrachtgevende partij ook van waarde is, er wordt namelijk duidelijk op welke manier de bouwplannen bewerkstelligd kunnen worden en tegen welke kosten en voorwaarden, moet hij rekening houden met de belangen van de wederpartij.¹⁹ Deze grondregel uit HR Baris/Riezenkamp is in 1982 verder vormgegeven in HR Plas/Valburg, de literatuur heeft hierin de ‘driefasenleer’ verwoord. Tijdens de eerste fase is het partijen toegestaan op elk moment de onderhandelingen zonder verdere kosten af te breken. Fase twee houdt in dat de onderhandelingen in een dermate verregaand stadium zijn beland, dat het partijen niet meer vrijstaat zonder de gemaakte kosten voor het geheel of een deel te vergoeden. Bij de derde fase zijn de onderhandelingen in een zodanig stadium dat het in strijd is met de goede trouw,

¹⁹ M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: IBR 2010, p.199

de redelijkheid en billijkheid om ze af te breken. Wordt dit toch gedaan dan moeten de gemaakte kosten worden vergoed, alsmede de kosten van gederfde winst.²⁰ Hier wordt dus een vergoeding toegekend voor zowel een negatief als een positief contractsbelang, de kosten zouden zonder onderhandelingen zijn uitgebleven en er zou mogelijk winst zijn geboekt op het contract met een derde (het positieve contractsbelang).²¹

Aan het intreden van de derde fase worden door de Hoge Raad steeds hogere eisen gesteld. De Hoge Raad geeft aan dat het uitgangspunt is dat ‘onderhandelingen eenzijdig mogen worden afgebroken tenzij dit in de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar is. Uit HR VSH/Shell uit 1987 en HR Vogelaar/ Skil uit 1991, blijkt dat ‘het afbreken van de onderhandelingen niet meer is toegestaan als dat op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in de totstandkoming van een overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar is’.²² Hierin wordt dus een verdere nuancering gemaakt op het arrest HR Plas/Valburg, en het blijkt dat het een onderhandelende partij niet meer vrijstaat om onderhandelingen eenzijdig af te breken op het moment dat de wederpartij het ‘gerechtvaardigd vertrouwen’ heeft dat indien de onderhandelingen zouden worden voortgezet, er een overeenkomst tot stand zou komen van hetzelfde soort als waarover onderhandeld werd.²³ In 2005 zijn er aan het intreden van de derde fase van de precontractuele onderhandelingen, en daarmee aan het toekomen van een vordering op grond van positief contractsbelang, in het arrest HR CBB/JPO strengere eisen gesteld. Hieruit blijkt dat er volgens de Hoge Raad een ‘strengere en terughoudende maatstaf moet worden toegepast’ voor het aannemen van de derde fase uit de ‘driefasenleer’.²⁴ Er wordt in dit arrest niet heel duidelijk verwezen naar de grondnorm van HR Baris/ Riezenkamp. Het valt op dat in de belangrijkste overwegingen uit HR CBB/JPO niet meer aangesloten wordt bij de belangrijkste overweging uit HR Plas/Valburg, namelijk dat het mogelijk is dat onderhandelingen over een bepaalde overeenkomst in een zodanig stadium zijn beland dat gezien de goede trouw door partijen verwacht kon worden dat enigerlei overeenkomst tot stand zou komen. In een dergelijke situatie kan er sprake zijn van vergoeding van gederfde winst.²⁵ Hierin kan men een accentverschuiving ontdekken die de vrijheid om onderhandelingen af te breken sterker

²⁰ M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: IBR 2010, p.200

²¹ T. Hartlief, ‘Aansprakelijkheid van afgebroken onderhandelingen: terughoudendheid troef’, *Ars Aequi* (54) 2005, nr 12, p1028- 1029

²² M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: IBR 2010, p.200

²³ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 64

²⁴ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 79

²⁵ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 79

benadrukt dan waarvan tot dusverre sprake was.²⁶ Voor het aannemen van ‘rechtens relevant’ vertrouwen worden nu hogere eisen gesteld dan voorheen. Daarnaast rust op de rechter bij het aannemen van de derde fase een strenge motiveringsplicht.²⁷ Waarom de Hoge Raad de eisen voor het intreden van de derde fase juist in dit Arrest heeft verhoogd, is niet helemaal duidelijk. Drion alsmede Ruygvoorn gaan er vanuit dat de Hoge Raad de intentie heeft gehad om te breken met de eerdere norm. Dit zou ook blijken uit de bewoordingen van de Hoge Raad, maar waarom, dat komt niet naar voren. Daarbij moet volgens Ruygvoorn wel opgemerkt worden dat het aannemen van de optie dat op een bepaald moment in de precontractuele fase de onderhandelingen niet meer zonder kostenconsequentie eenzijdig kunnen worden afgebroken een inbreuk wordt gemaakt op het belangrijke beginsel van de contractsvrijheid.²⁸ Hij zegt hiermee dus eigenlijk dat het niet vreemd is dat de Hoge Raad er in dit geval wegens de omstandigheden van het geval ertoe heeft beslist de eisen voor het intreden van de derde fase te verhogen. In december 2011 is door het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, na doorverwijzing door de Hoge Raad in 2005 in het arrest CBB/JPO, uitspraak gedaan in deze zaak. Het Hof was van oordeel dat er geen sprake was van ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen, er is geen plaats voor vergoeding van het positief contractsbelang.²⁹

§ 2.2 Eisen gesteld aan vergoeding bij afgebroken onderhandelingen

In deze paragraaf worden de eisen uiteengezet, zoals gebleken uit het arrest CBB/JPO, waaraan volgens de Hoge Raad voldaan moet worden, wil er sprake kunnen zijn van vergoeding van het positief contractsbelang, inclusief het negatief contractsbelang. In de eerste subparagraaf behandel ik de vier eisen die voortvloeien uit HR CBB/JPO en door welke gezichtspunten deze eisen ingevuld kunnen worden. In de tweede subparagraaf wordt ingegaan op een belangrijk gezichtspunt dat in veel van de door mij bestudeerde jurisprudentie werd aangehaald, namelijk de ‘essentialia van de overeenkomst’.

²⁶ Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Beperkingen van de onderhandelingsvrijheid, nr. 54

²⁷ M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: IBR 2010, p.201

²⁸ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 79

²⁹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, *LJN* BU9078

§ 2.2.1 Eisen en gezichtspunten met betrekking tot vergoeding van het positief contractsbelang

In het arrest CBB/JPO geeft de Hoge Raad voor het eerst aan dat het bij vergoeding van het positief contractsbelang om een ‘streng en terughoudend’ maatstaf gaat.³⁰ De Hoge Raad geeft dus aan dat de hoofdregel is dat onderhandelingen mogen worden afgebroken, zonder verdere consequentie. Het oordeel dat het afbreken van onderhandelingen ‘onaanvaardbaar’ zou zijn mag niet snel worden aangenomen. In deze subparagraaf worden de vier eisen, gesteld aan vergoeding van het positief contractsbelang, en de gezichtspunten waardoor deze eisen nader kunnen worden ingevuld, behandeld.

Bij het toekennen van schadevergoeding voor afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase moet door de rechter worden gekeken of dit afbreken onaanvaardbaar is gebeurd, dit is de eerste eis. Of er hiervan sprake is kan worden beoordeeld aan de hand van twee gezichtspunten namelijk of er sprake is van ‘gerechtvaardigd vertrouwen’ in de totstandkoming van de overeenkomst, ofwel dat er sprake is van ‘andere omstandigheden’. Dit eerste gezichtspunt van ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’ houdt in dat de niet-afbrekende partij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand zou komen. Of hiervan sprake is wordt beoordeeld aan de hand van een derde gezichtspunt van de ‘essentialia van de overeenkomst’, dat ontstaan is na het arrest HR CBB/JPO. Dit gezichtspunt houdt in dat tussen partijen overeenstemming moet zijn bereikt over alle kernpunten van de overeenkomst. In de civiele jurisprudentie zijn daarnaast nog de gezichtspunten ontwikkeld, dat indien door onderhandelen toch nergens meer toe leidt, de onderhandelingen niet onaanvaardbaar zijn afgebroken en dat indien er telkens voorbehouden worden gemaakt bij aanbiedingen hieruit niet het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen mag worden afgeleid.³¹ In de arbitrale jurisprudentie wordt nog gewezen op het gezichtspunt dat indien er een te groot prijsverschil is tussen het bouwbudget en de aanbieding er geen gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen kan zijn ontstaan.³²

Het tweede gezichtspunt, namelijk de ‘andere omstandigheden’, waardoor het afbreken onaanvaardbaar zou zijn moet bijvoorbeeld worden verstaan de maatschappelijke

³⁰ J. Van den Brande, ‘de vrijheid om onderhandelingen af te breken’, *Onderneming en Financiering* (69) 2006, p. 7

³¹ Gerechtshof Amsterdam 6 juni 2009, *LJN* BJ8504 en Hoge Raad, 27 mei 2011, *LJN* BP8707

³² Raad van Arbitrage voor de Bouw, 4 juni 2010, No. 32.186 en Raad van Arbitrage voor de Bouw, 8 november 2011, No. 71.589

belangen die door de overeenkomst geraakt worden.³³ Het in staat van faillissement verkeren bij een aandelenovername valt hier bijvoorbeeld dan weer niet onder, de ‘andere omstandigheden’. Dit is een zeer beperkte categorie uitzonderingsgevallen.³⁴

Het tweede criterium dat de Hoge Raad stelt met betrekking tot vergoeding van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen is, dat rekening gehouden dient te worden met de gedragingen en uitlatingen van partijen die kunnen hebben bijgedragen tot het ontstaan van het ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’ in de overeenkomst. Als bijvoorbeeld de afbrekende partij, ondanks dat geen overeenstemming bereikt is over de essentialia van de overeenkomst toch laat doorschemeren dat deze volgens hen wel doorgang gaat vinden, dan heeft deze door middel van gedragingen en uitlatingen bijgedragen in het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen in de overeenkomst. Andersom geldt dit natuurlijk ook, hier gaat het over het gezichtspunt van de ‘eigen schuld’. De niet- afbrekende partij kan door middel van haar gedragingen, als een soort van ‘eigen schuld’ ervoor zorgen dat geen gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst kon bestaan. Bijvoorbeeld door een belangrijke financiële eis niet te accepteren waardoor een overeenkomst niet doorgaat, of door de onderhandelingen heel lang te laten duren waardoor de overeenkomst voor de afbrekende partij niet meer rendabel is.³⁵ In de jurisprudentie werd ook nog gewezen op het gezichtspunt dat indien er sprake was van een voor aanvaarding vatbaar aanbod, hieruit het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen kan worden afgeleid.³⁶

Een derde criterium bij de schadevergoedingsbeoordeling is dat rekening gehouden dient te worden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Deze grondregel is al verwoord in HR Baris/ Riezenkamp. In het kader van deze scriptie houdt deze regel zoals gezegd in dat bij de precontractuele onderhandelingen de opdrachtgevende partij de aannemende partij na het doen van een aanbieding een serieuze en faire kans biedt op het verweven van de opdracht. De aannemer heeft immers tijd en energie in het maken van de aanbieding gestoken. Bovendien is het naarmate de onderhandelingen verder vorderen voor een aannemer van groot belang dat de druk die op zijn capaciteit ligt om opdrachten aan te nemen ook daadwerkelijk resulteert in een overeenkomst.³⁷ Aan de andere kant zijn er de gerechtvaardigde belangen van de opdrachtgever die zo goedkoop mogelijk een kwalitatief

³³ Gerechtshof Arnhem 6 november 2006, *LJN* AZ6032

³⁴ Rb Utrecht 2 juli 2008, *LJN* BD6010

³⁵ Rb Amsterdam 25 maart 2009, *LJN* BI2006

³⁶ Gerechtshof Arnhem 19 juni 2007, *LJN* BA8878

³⁷ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, I Beperkingen onderhandelingsvrijheid, nr 57

hoogwaardig bouwwerk wil laten realiseren en mochten de onderhandelingen op niets uitlopen dan wil deze natuurlijk zo snel mogelijk met een derde onderhandelen zonder verdere kostenvergoedingen.

Een vierde criterium is dat ook gekeken moet worden naar eventuele onvoorziene omstandigheden die zijn opgetreden gedurende de onderhandelingen. Onder deze omstandigheden worden mijns inziens verstaan, omstandigheden van buitenaf waardoor het sluiten van de overeenkomst niet meer aantrekkelijk of rendabel zou zijn.³⁸ Indien de onderhandelingen ondanks andere omstandigheden toch worden voortgezet, dan moet gekeken worden naar het verloop van het gehele onderhandelingsproces.

Voor het eventueel toewijzen van een schadevergoeding op grond van het positief dan wel negatief contractsbelang wordt cumulatief naar al deze eisen gekeken. Er is mijns inziens geen rangorde in deze eisen. Dus ook al heeft een partij het gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst, dan nog hoeft afbreken ervan door de wederpartij niet onaanvaardbaar te zijn. Ter illustratie hiervan, een uitspraak uit 2009 waarbij er sprake was van het gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst, toch was er hier geen plaats voor vergoeding van de schade. Wegens ‘onvoorziene omstandigheden’, het ging hier om de economische crisis waardoor de samenwerking niet meer rendabel was, afbreken van de onderhandelingen was hierdoor een gerechtvaardigd belang van de afbrekende partij.³⁹ De criteria met bijbehorende gezichtspunten worden in het onderstaande schema overzichtelijk weergegeven.

Criteria	Gezichtspunten
1. Het afbreken moet onaanvaardbaar zijn	- gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen - essentialia van de overeenkomst - andere omstandigheden - dooronderhandelen zou toch nergens meer toe leiden - voorbehouden gemaakt bij gedane prijsaanbiedingen - te groot prijsverschil tussen aanbieding en bouwbudget (in arbitrale uitspraken)
2. gedragingen en uitlatingen van partijen die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van het gerechtvaardigd vertrouwen	- eigen schuld - een voor aanvaarding vatbaar aanbod
3. er moet rekening gehouden worden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij	- een voor aanvaarding vatbaar aanbod
4. onvoorziene omstandigheden gedurende de onderhandelingen	- geen aanvullende gezichtspunten gevonden

³⁸ Rb Arnhem 14 februari 2007, *LJN* BA0057, Rb Utrecht 10 maart 2010, *LJN* BL7086

³⁹ Rb. Den Haag 3 juni 2009, *LJN* BJ3251

§ 2.2.2 Essentialia van de overeenkomst

In deze subparagraaf wordt nader ingegaan op het belangrijke gezichtspunt ter invulling van het eerste criterium namelijk onaanvaardbaarheid van het afbreken van de onderhandelingen. Omdat dit gezichtspunt in het grootste deel van de door mij bestudeerde jurisprudentie expliciet gehanteerd werd is het zinvol deze hier te behandelen.

Overeenkomsten komen tot stand door het bereiken van wilsovereenstemming over de totstandkoming van één of meerdere verbintenissen, dus door aanbod en aanvaarding art 6:217 BW. De wet geeft geen omschrijving van het begrip ‘aanbod’. Om een aanbod te kwalificeren als aanbod zoals in art 6:217 BW moet het aan ten minste drie eisen voldoen. Ten eerste moet het voorstel gericht zijn op een rechtsgevolg, namelijk het tot stand brengen van een overeenkomst. Ten tweede moet dit voorstel gericht zijn tot één of meerdere bepaalde personen die vervolgens door aanvaarding van dit aanbod een overeenkomst tot stand kunnen brengen. En tot slot moet het aanbod voldoende bepaalbaar te zijn. Dit houdt in dat de inhoud van de overeenkomst voldoende duidelijk moet zijn en dat met de aanvaarding van het aanbod de overeenkomst tot stand kan komen.⁴⁰ Voor het onderwerp van deze scriptie, namelijk de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase, is dit derde punt van belang. Volgens art 6:227 BW moeten verbintenissen die partijen op zich nemen bepaalbaar zijn, dit houdt in dat het aanbod die punten moet bevatten, die degene die het aanbod doet geregeld wil hebben bij de aanvaarding ervan. Niet wordt verlangd dat het aanbod ook daadwerkelijk alle punten verschaft die partijen in de toekomstige overeenkomst zouden moeten of willen regelen.⁴¹

Van belang voor de rechter bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering van het positief contractsbelang, al dan niet inclusief het negatief contractsbelang en voor het negatief contractsbelang zijn de ‘essentialia van de overeenkomst’. De invulling van dit gezichtspunt hangt volgens de literatuur af van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval. Bijvoorbeeld een koopovereenkomst, in de literatuur wordt aangenomen dat het object van de koop en de koopprijs zeker gezien worden als essentialia van de overeenkomst.⁴² Een ander voorbeeld is dat bij de verkoop van vorderingen van

⁴⁰ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 33

⁴¹ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 33. Zie ook Y.G. Blei Weissmann, *serie Verbintenissenrecht*, aantekeningen bij 6:217 nr 72 (Object voldoende bepaald) Kluwer 2010 (elektronisch geraadpleegd)

⁴² M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 33

franchisenemers, de samenwerkingsovereenkomsten die met deze franchisenemers zijn gesloten niet als essentialia van de overeenkomst gezien kan worden. Het ging namelijk om de verkoop van de vorderingen op de franchisenemers en niet om de verkoop van de franchisenemers zelf.⁴³

Het gaat dus om afspraken die de kern van de prestatie bevatten zonder welke de overeenkomst niet bestaanbaar is⁴⁴ Als aan deze eis is voldaan dan is er dus sprake van *de* overeenkomst waar de Hoge Raad over spreekt en niet meer over *enige* overeenkomst.⁴⁵ Op grond hiervan kan geoordeeld worden dat het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar is en schadevergoeding betaald moet worden. Of ook daadwerkelijk het positief en negatief contractsbelang vergoed wordt op grond van dit criterium hangt ook af van andere criteria zoals de onvoorziene omstandigheden van het geval en het gedrag van partijen waardoor zij het vertrouwen hebben gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen in samenhang met het gehele verloop van het onderhandelingsproces.

§ 2.3 Overeenkomsten in de precontractuele fase

In de door mij bestudeerde jurisprudentie kwam het vaak voor dat, partijen voordat zij de overeenkomst sloten waarover zij onderhandelen, zij van te voren, dus in de precontractuele fase, al afspraken hadden gemaakt over het onderhandelingsproces of de toekomstige overeenkomst. In deze paragraaf wordt gezien welke overeenkomsten er zijn in de precontractuele fase en wat hieronder valt in de bouwpraktijk. Dit is van belang te weten omdat hieraan consequenties zijn verbonden in verband met het toekennen van schadevergoeding.

In de arbitrale jurisprudentie was dit een bouwteam- overeenkomst in het kader van een bouwteam- samenwerkingsverband.⁴⁶ In de civiele jurisprudentie sloten partijen voordat

⁴³ Rb Utrecht 2 juli 2008, *LJN* BD6010

⁴⁴ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 34

⁴⁵ Naar aanleiding van HR CBB/JPO is de indruk ontstaan dat de Hoge Raad geen onderscheid zou willen maken tussen het positief en negatief contractsbelang, en dus de tweede fase zoals ontstaan in HR Plas/Valburg zou willen verlaten. Hij heeft het immers over *de* overeenkomst en niet zoals in eerdere jurisprudentie over *een* of *enige* overeenkomst, waarover de inhoud nog verschillende kanten op kan gaan. Zie ook J. Van den Brande, 'de vrijheid om onderhandelingen af te breken', *Onderneming en Financiering* (69) 2006, p 9. en C.R. Christiaans, 'Aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen van drie naar twee fasen', *Maandblad voor vermogensrecht* 2005, p 196

⁴⁶ Bij een bouwteam wordt de klassieke scheiding tussen ontwerp en uitvoering van een bouwproces doorbroken. In eerste instantie is de aannemer de eerste en ook de enige die een aanbieding mag doen voor de uitvoering van het werk, of hij daadwerkelijk ook de opdracht krijgt hangt af van het gegeven of partijen het eens

zij gingen onderhandelen over de toekomstige overeenkomst vaak een intentieverklaring. Hierin worden net als in de bouwteam- overeenkomst allerlei afspraken over het onderhandelingsproces in vastgelegd. Afspraken met betrekking tot afgebroken onderhandelingen kunnen gaan over, hoe ver de vrijheid gaat om onderhandelingen af te breken, wat de redenen zijn om onderhandelingen af te breken en afspraken met betrekking tot de gemaakte kosten.⁴⁷

Ruygvoorn onderscheidt in de precontractuele fase drie soorten overeenkomsten. Ten eerste de rompovereenkomst, dit is een overeenkomst die nog niet helemaal compleet is, er moeten nog wat punten worden ingevuld. Ook wordt wel gesproken over beginselakkoord, principeovereenkomst, deelovereenkomst, of conceptovereenkomst, al deze begrippen hebben evenals het begrip rompovereenkomst geen vaststaande strekking.⁴⁸ Daarnaast wordt er gesproken over een dilligentieovereenkomst, deze houdt in dat partijen stilzwijgend een overeenkomst sluiten wanneer zij met elkaar gaan onderhandelen. Zij zijn hierdoor verplicht om de redelijkheid en billijkheid in acht te houden bij de onderhandelingen met betrekking tot de beoogde overeenkomst. Afbreken van de onderhandelingen zou dus wanprestatie opleveren.⁴⁹ Ten derde heeft Ruygvoorn het over de voor deze scriptie van belang zijnde voorovereenkomst. Een voorovereenkomst houdt in dat partijen vastleggen dat zij de intentie hebben om in de toekomst een meer omvattende overeenkomst te sluiten. Het verschil ten opzichte van de rompovereenkomst is dat hier geen eenstemmigheid hoeft te bestaan (mag wel) over een of meerdere items van de toekomstig te sluiten overeenkomst. Bij een rompovereenkomst zijn meestal alle belangrijke punten al overeengekomen, in ieder geval de ‘essentialia van de overeenkomst’. Zowel de rompovereenkomst als de voorovereenkomst zijn beiden rechtens afdwingbaar.⁵⁰

Zowel de bouwteam- overeenkomst als de intentieverklaring kunnen mijns inziens gezien worden als een voorovereenkomst. Dit zijn immers overeenkomsten die dienen ter voorbereiding van de toekomstige overeenkomst, waarvan nog helemaal niet zeker is dat deze

kunnen worden over de aanneemsom. In de bouwteam- overeenkomst worden afspraken vastgelegd met betrekking tot de onderhandelingsprocedure.

⁴⁷ J. Van den Brande, ‘de vrijheid om onderhandelingen af te breken’, *Onderneming en Financiering* (69) 2006, p. 10

⁴⁸ .R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 38-39

⁴⁹ .R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 45

⁵⁰ .R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 46

daadwerkelijk ook tot stand zal komen.⁵¹ Niet nakoming hiervan zal dan ook wanprestatie opleveren, wat gevolgen heeft voor toekenning van het positief of van het negatief contractsbelang. Indien er sprake is van wanprestatie door de afbrekende partij kan het zo zijn dat het negatief of positief contractsbelang wel wordt toegewezen en andersom.⁵² In de literatuur heersen verschillende meningen over de driefasenleer en de toekenning van het positief contractsbelang, hierover gaat de volgende paragraaf.

§ 2.4 Opvattingen in de wetenschap over de derde fase in de precontractuele onderhandelingen

Nederland is het enige Europese land dat vergoeding van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen kent.⁵³ In de literatuur lopen de meningen sterk uiteen over de wenselijkheid van deze unieke regeling. Ik zal de belangrijkste redeneringen daaromtrent hierna uitwerken omdat dit een beter beeld geeft van de problematiek van de afgebroken onderhandelingen.

Volgens Drion heeft de Hoge Raad met HR CBB/JPO een belangrijk arrest gewezen. Problemen die ontstonden in de praktijk als gevolg van de te grote rol die de redelijkheid en de billijkheid speelden bij de onderhandelingen worden door dit arrest in een klap weggevaagd.⁵⁴ In tegenstelling tot wat Knijp, Brons, van den Berg, van Wechem en Wissink vinden, is Drion van mening dat de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO breekt met de drie fases uit HR Plas/ Valburg en hij stelt dat er slechts plaats is voor, of afbreken zonder verdere kostenconsequentie, of dat de afbrekende partij aansprakelijk is voor alle schade inclusief de gederfde winst.⁵⁵ Ook volgens Ruygvoorn is de driefasenleer een illusie.⁵⁶ Het beginsel van de contractsvrijheid is volgens hem nog een van de fundamentele beginselen van het contractenrecht. Indien dit niet het geval zou zijn, dan zou de doeltreffendheid van het contract als middel van zelfregulering aangetast worden, dit zou een ‘verkillend’ effect

⁵¹ In de lijn van de ruime typering van voorovereenkomst zoals verwoord door van Schendel, (BR 1981, p. 156). Asser van den Berg hanteert de enge typering van voorovereenkomst die inhoudt dat men verplicht is tot het aangaan van toekomstige overeenkomst, hiervan is bij een bouwteam- overeenkomst echter geen sprake. Hij typeert de bouwteam- overeenkomst als voorbereidende hulpovereenkomst

⁵² Raad van Arbitrage voor de Bouw, 1 december 2011, No. 32.662.

⁵³ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 4

⁵⁴ C.E. Drion, ‘Ons onderhandelingsrecht onder handen’. *NJB* 2005 nr 34, p. 1781

⁵⁵ In HR CBB/JPO haalt de Hoge Raad zelfs enkele arresten aan die bij uitstek gelden als fase drie arresten. Dat de Hoge Raad spreekt over ‘de’ overeenkomst en niet meer over ‘enige’ overeenkomst doet hier volgens hen niets aan af. Blijkens eerdere arresten zoals HR Plas/Valburg, HR Combinatie/Staat en HR Ruiters/MBO gebruikt de Hoge Raad deze termen afwisselend. Zie ook G.J.Knijp, ‘Plas/Valburg geldt nog altijd’, *NJB* 2005, nr 45, p 45 en M.Brons, ‘CBB/JPO gaat nog lang niet ver genoeg’, *Contracteren* 2006, nr 2, p. 30 -31 en Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Beperkingen onderhandelingsvrijheid, nr 55 en 59

⁵⁶ M.R. Ruygvoorn, ‘Bestaat de tweede fase uit Plas/Valburg nog?’, *Contracteren*, 2011 nr 2, p. 40

kunnen hebben op de onderhandelingen en dit is niet wenselijk.⁵⁷ Christiaans en Schuurman zijn ook van mening dat met het arrest CBB/JPO de ‘driefasenleer’ verdwenen is.⁵⁸

Tjittes en Hartlief menen dat de Hoge Raad met CBB/JPO een nieuw ‘standaard arrest’ heeft gewezen. De redelijkheid en billijkheid wordt nu als toets gebruikt om te bepalen of precontractuele onderhandelingen onaanvaardbaar zijn afgebroken.⁵⁹ Gezien de strenge en terughoudende maatstaf die de Hoge Raad in dit arrest formuleerde mag aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase volgens hen niet snel worden aangenomen. Wessels is het hier niet mee eens, de ‘strenge en terughoudende maatstaf’ zoals de Hoge Raad deze omschrijft is volgens hem niet duidelijk.⁶⁰

Wessem en Wissink vinden dat het negatief contractsbelang uit de context van de afgebroken onderhandelingen moet worden gehaald.⁶¹ Zij verlaten de redelijkheid en de billijkheid als grondslag voor vergoeding en brengen deze onder bij die van de onrechtmatige daad 6:162 BW.⁶² Net als van den Brande merken zij op dat afspraken over het onderhandelingsproces in de vorm van bijvoorbeeld een intentieverklaring, een goede manier is om toekomstige problemen te voorkomen.⁶³

Nieuwenhuis vindt juist dat het ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’ door de Hoge Raad verlaten moet worden als handvat bij de beoordeling van een schadevergoedingsvordering bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase. Alleen dan zou hij uit het ‘dieptepunt’ van Plas/Valburg kunnen komen. Wanneer er precies sprake is van het ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’, is volgens hem niet duidelijk, waardoor dit een onwenselijk gezichtspunt is.⁶⁴ Hij vindt dus dat de Hoge Raad bij het arrest

⁵⁷ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p.17

⁵⁸ C.R. Christiaans, ‘Aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen van drie naar twee fasen, *Maandblad voor vermogensrecht* 2005, p 196 zie ook L. Schuurman, ‘Afbreken van onderhandelingen na 12 augustus 2005’, *Vennootschap&Onderneming* 2006, nr 2, p. 27-30

⁵⁹ T. Hartlief en R.J. Tjittes, ‘Kroniek van het vermogensrecht’, *NJB* 2005 nr 32, p.1606

⁶⁰ Wessels is van mening dat deze striktheids factor zowel in kan houden dat de rechter standvastig moet zijn en goed moet motiveren, als dat versterkte stelplicht en zwaardere bewijs last wordt gegeven. De terughoudendheid slaat volgens hem op het feit dat het gaat om centrale beginselen van het verbintenissenrecht, namelijk het beginsel van contractsvrijheid. Zie ook Annotatie Bij HR CBB/JPO door B. Wessels. Link via de site www.bobwessels.nl ga naar publicaties, recente artikelen en klik op aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen. Annotatie onder Hoge Raad 12 augustus 2005, *Jurisprudentie Onderneming & Recht (JOR)* 2006/ 31 p. 200-217

⁶¹ Er kan volgens hen wel sprake zijn van vergoeding van het negatief contractsbelang als een partij schade heeft geleden, maar niet door afgebroken onderhandelingen, maar door andere ongepaste gedragingen van de wederpartij

⁶² T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, ‘Een nieuwe norm voor afgebroken onderhandelingen’, *Contracteren* 2005, nr 4, p. 100-101

⁶³ J. Van den Brande, ‘de vrijheid om onderhandelingen af te breken’, *Onderneming en Financiering* (69) 2006, p 11-12

⁶⁴ J.H. Nieuwenhuis, ‘Het dieptepunt: Plas/ Valburg’, *Ars Aequi* 2010, nr 4, p. 289-290. Zie ook M.R. Ruygvoorn, ‘Wat is er mis met het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’, *Ars Aequi* 2010, nr 10, p. 737

CBB/JPO niet ver genoeg gaat. Ook Hartkamp is van mening dat de Hoge Raad in dit arrest niet ver genoeg gaat, alleen dan in die zin dat vergoeding van het positief contractsbelang had moeten worden toegewezen.⁶⁵ Hiermee ben ik het eens, naar mijn mening waren de onderhandelingen in een zodanig stadium gekomen dat vergoeding van gederfde winst gewenst was. Net als van den Berg ben ik van mening dat, indien er sprake is van afgebroken onderhandelingen in strijd met de redelijkheid en billijkheid, vergoeding van het positieve contractsbelang de beste compensatie is, althans beter dan alleen vergoeding van het negatieve contractsbelang. Hoewel in de precontractuele fase nog niet duidelijk is of er daadwerkelijk een overeenkomst zal worden gesloten, is het in de situatie dat onderhandelingen worden afgebroken en er een reële kans bestond op deze overeenkomst het beste om de onterecht misgelopen winst te vereffenen.⁶⁶

§ 2.5 Tussenconclusie

In deze tussenconclusie wordt antwoord gegeven op deelvraag 1

Wat houdt het leerstuk van de 'driefasenleer' in volgens de doctrine en welke eisen worden door de rechter gesteld aan het intreden van fase drie bij de precontractuele onderhandelingen ?

De driefasenleer, is in de literatuur ontstaan naar aanleiding van het arrest HR Plas/Valburg uit 1982, en is verder vormgegeven in latere arresten. Deze leer houdt in dat er drie fasen zijn waarin precontractuele onderhandelingen zich kunnen bevinden. Afhankelijk van in welke fase men zich bevindt heeft de wederpartij al dan geen recht op vergoeding van zijn schade. De contractsvrijheid wordt door de Hoge Raad in ons land als uitgangspunt genomen bij de afgebroken onderhandelingen.⁶⁷

In het arrest CBB/JPO zijn door de Hoge Raad een viertal criteria vastgesteld waarnaar gekeken moet worden bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering van het positief contractsbelang. De criteria zijn: afbreken moet onaanvaardbaar zijn, gekeken moet worden naar gedragingen en uitspraken van partijen, rekening gehouden moet worden met de gerechtvaardigde belangen van partijen en er moet rekening gehouden worden met onvoorziene omstandigheden. Deze kunnen worden ingevuld aan de hand van in latere jurisprudentie gevormde gezichtspunten.

⁶⁵ Annotatie bij HR CBB/JPO, HR 12 augustus 2005, *LJN* AT7337 door A.S. Hartkamp, nr. C04/163HR

⁶⁶ Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Beperkingen onderhandelingsvrijheid, nr 58

⁶⁷ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 16

Een van de belangrijkste hiervan is mijns inziens ‘essentialia van de overeenkomst’ ter invulling van het criterium van ‘onaanvaardbaarheid van het afbreken’, het gaat hierbij om de kern van de afspraken zonder welke de overeenkomst zou bestaan. In de literatuur zijn naar aanleiding van HR CBB/JPO verschillende auteurs opgestaan om hun visie over dit arrest kenbaar te maken. Met van den Berg en Hartkamp ben ik van mening dat vergoeding van het positief contractsbelang een goede optie is in bepaalde gevallen bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase.

Hoofdstuk 3 Civiele en arbitraire rechtspraak

In dit hoofdstuk wordt deelvraag 2 beantwoord:

Wordt in de lagere civiele en arbitrale rechtspraak in de periode 2007 tot 2012 de terughoudende maatstaf zoals verwoord in HR CBB/JPO, nog steeds op gelijke wijze als in dit arrest toegepast, of worden er aanvullende criteria gehanteerd voor toekenning van het positief en het negatief contractsbelang?

Uit de periode vanaf 2007 tot en met 2012 heb ik de door mij gevonden civiele en arbitrale uitspraken bestudeerd, waar de problematiek met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase speelde. In paragraaf 1 worden de civiele uitspraken besproken en wordt gekeken hoe wordt omgegaan met de eisen en gezichtspunten zoals omschreven in paragraaf 2.2. In paragraaf 2 wordt ditzelfde gedaan voor de arbitrale jurisprudentie. Vervolgens wordt in paragraaf 3 een aantal opmerkelijkheden genoemd met betrekking tot de civiele en arbitrale uitspraken. Afgesloten wordt in paragraaf 4 met een tussenconclusie.

§ 3.1 Vergoeding negatief en positief contractsbelang in civiele uitspraken

In deze paragraaf wordt aan de hand van een aantal subparagrafen, ingedeeld op basis van het wel of niet toekennen van het positief en of het negatief contractsbelang, gekeken hoe in de civiele jurisprudentie in de periode 2007 tot en met 2012 wordt omgegaan met de in paragraaf 2.2 genoemde eisen en gezichtspunten

§ 3.1.1 Wel vergoeding negatief contractsbelang, geen vergoeding positief contractsbelang

In de door mij bestudeerde uitspraken waarin een duidelijk verschil werd gemaakt tussen het negatief en positief contractsbelang, werd schadevergoeding voor gemaakte kosten eerder toegewezen dan die voor gederfde winst.⁶⁸ Dit is logisch aangezien, voor vergoeding van het positief contractsbelang, al dan niet inclusief het negatief contractsbelang, een strenge maatstaf moet worden toegepast.

Het eerste criterium waar de rechter naar kijkt bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering is of het afbreken onaanvaardbaar is, dit criterium kan worden

⁶⁸ Rb Almelo 31 januari 2007, *LJN* AZ9196, Rb Rotterdam 23 april 2008, *LJN* BD2974, Rb Haarlem 14 mei 2008, *LJN* BD7608 en Rb Amsterdam 25 maart 2009, *LJN* BI2006.

ingevuld aan de hand van de gezichtspunten van het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen en andere omstandigheden. Het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen kan weer worden ingevuld door de ‘essentialia van de overeenkomst’. Dit gezichtspunt werd gehanteerd in de uitspraken waarin de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang werd afgewezen. Geen overeenstemming hierover betekent immers dat er geen gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst kon bestaan. De beoordeling of er sprake is van overeenstemming over de ‘essentialia van de overeenkomst’ wordt in de meeste uitspraken gedaan met betrekking tot de primaire vordering van de eiser, namelijk of er sprake is van een overeenkomst. De door mij bestudeerde uitspraken speelden zich echter allemaal af in de precontractuele fase, waardoor er geen sprake is van de totstandkoming van een overeenkomst. Het gezichtspunt van de ‘essentialia van de overeenkomst’ wordt dan meegenomen in de beoordeling van de vergoeding van het positief contractsbelang. Dit gezichtspunt van de essentialia van de overeenkomst is echter niet allesoverheersend. Bij de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam 6 juni 2009, *LJN* BJ8504 was wel overeenstemming bereikt over de ‘essentialia van de overeenkomst’ toch wordt geen vergoeding toegekend. De afbrekende partij had namelijk telkens voorbehouden gemaakt, waaruit de niet afbrekende partij had kunnen afleiden dat deze zich nog niet wilde binden. Daardoor kon dus geen gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst bestaan. Dit zou mijns inziens ook als een gezichtspunt ter invulling van het eerste criterium kunnen worden beschouwd. Het omgekeerde komt ook voor, wanneer geen overeenstemming is bereikt over de ‘essentialia van de overeenkomst’, maar waar wel sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst, en dus van vergoeding van de schade. Dit was het geval in Gerechtshof Arnhem 19 juni 2007, *LJN* BA8878. Het ging hier om de gerechtvaardigde belangen van de niet afbrekende partij en de gedragingen en uitlatingen van de afbrekende partij die daardoor had bijgedragen aan het gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst. De overweging van het hof was dat het aanbod dat de niet afbrekende partij had gedaan een voor aanvaarding vatbaar aanbod was en bij acceptatie daarvan een huurovereenkomst tot stand zou zijn gekomen, dit zou naar mijn mening als een gezichtspunt gezien kunnen worden ter invulling van gedragingen en uitlatingen van partijen en van de gerechtvaardigde belangen van partijen.

De civiele rechter hield in de uitspraken met betrekking tot het toekennen van vergoeding voor het negatief contractsbelang, ook rekening met het tweede en derde criterium. Namelijk met de gedragingen en uitlatingen van partijen die hebben bijgedragen

aan het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen en de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁶⁹ In Rb Rotterdam 23 april 2008, *LJN* BD2974 was er bijvoorbeeld sprake van afspraken met betrekking tot personeel en huisvesting, de afbrekende partij heeft door hier uitvoering aan te geven (gedrag) zich zodanig vastgesteld aan de voorgenomen overeenkomst dat de niet-afbrekende partij hieruit het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen mocht afleiden. Een ander voorbeeld is de uitspraak van Rb Haarlem 14 mei 2008, *LJN* BD7608, hierin wilde de afbrekende partij een bankgarantie van 100%. De niet-afbrekende partij kon of wilde hieraan niet voldoen, dit is een vorm van 'eigen schuld'(gezichtspunt). Toch mocht volgens de rechtbank niet geconcludeerd worden dat het eenzijdig aan de eiser lag dat geen overeenkomst tot stand was gekomen. Ook de afbrekende partij had bijgedragen in het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen door onder andere een aankondiging (gedrag) van de niet-afbrekende partij te doen op zijn website. Bij Rb Amsterdam 25 maart 2009, *LJN* BI2006 werd bij de beoordeling van het positief contractsbelang gewezen op gedragingen en of uitlatingen van de niet afbrekende partij die als een vorm van 'eigen schuld' het afbreken niet onaanvaardbaar maakten, waardoor geen recht bestond op vergoeding van gederfde winst. Hier had de niet-afbrekende partij heel lang gewacht met verder te onderhandelen waardoor er bij de afbrekende partij het inzicht ontstond dat de te sluiten overeenkomst niet meer winstgevend zou zijn. Er was in deze zaak wel plaats voor vergoeding van het negatief contractsbelang gelet op het tweede criterium met betrekking tot de gedragingen en uitlatingen van partijen. De afbrekende partij had de wederpartij gedurende de lange onderhandelingen nooit gewaarschuwd (uitlatingen) dat de onderhandelingen vanwege de verminderde winstgevendheid op niets uit zouden kunnen draaien, terwijl zij wist dat de niet-afbrekende partij juridische kosten bleef maken. Daarom is er wel plaats voor vergoeding van gemaakte kosten (negatief contractsbelang).

Bij de beoordeling en toewijzing van het negatief contractsbelang in civiele uitspraken wordt dus verwezen naar de criteria zoals verwoord in HR CBB/JPO. Met name het eerste criterium of het afbreken onaanvaardbaar is en het aanvullende gezichtspunt van de 'essentialia van de overeenkomst' werd vaak gehanteerd. Ook werd nog een nieuw gezichtspunt in het leven geroepen namelijk 'een voor aanvaarding vatbaar aanbod' ter invulling van het tweede en derde criterium. Naar het vierde criterium 'onvoorziene omstandigheden' werd niet expliciet verwezen.

⁶⁹ Rb Rotterdam 23 april 2008, *LJN* BD2974 en Rb Haarlem 14 mei 2008, *LJN* BD7608 en Rb Amsterdam 25 maart 2009, *LJN* BI2006

§ 3.1.2 Geen vergoeding van zowel het negatief als positief contractsbelang

In uitspraken waarin geen vergoeding werd toegekend, sluit de civiele rechter ook aan bij het eerste criterium of de onderhandelingen onaanvaardbaar zijn afgebroken. Hij hanteert ook vaak het gezichtspunt van de ‘essentialia van de overeenkomst’ om te beoordelen of er sprake kan zijn van gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst. In deze uitspraken wordt door de rechter geoordeeld dat er geen sprake was van overeenstemming in de ‘essentialia van de overeenkomst’, er kon daardoor geen gerechtvaardigd vertrouwen bestaan in de totstandkoming van de overeenkomst, er is geen plaats voor vergoeding.⁷⁰

Indien echter wel sprake is van overeenstemming over de ‘essentialia van de overeenkomst’ dan hoeft dit, zoals eerder vermeld, niet altijd direct te betekenen dat er plaats is voor schadevergoeding. In een uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof Van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba stond een afspraak in een voorovereenkomst, namelijk dat de toekomstige huurder ten alle tijden zonder opgaaf van redenen de onderhandelingen kon staken, ondanks overeenstemming over de essentialia van de overeenkomst, in de weg aan het toekennen van schadevergoeding.⁷¹

Ook wordt in deze uitspraken rekening gehouden met het tweede criterium de gedragingen en uitlatingen van partijen die hebben bijgedragen in het ontstaan van het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen alsmede met het gezichtspunt van de ‘eigen schuld’ dat hier invulling aan kan geven. De niet afbrekende partij heeft er in deze zaken vaak zelf aan bijgedragen dat er geen gerechtvaardigd vertrouwen kon zijn in de totstandkoming van de overeenkomst. Bijvoorbeeld doordat zij wist dat de personen waarmee zij onderhandelden beslissingsonbevoegd waren, of dat zij niet wilden voldoen aan een financiële eis voordat een overeenkomst gesloten zou worden.⁷² Een opmerkelijk arrest dat onder deze categorie viel is Hoge Raad, 27 mei 2011, *LJN* BP8707. Hierin bracht de rechter het gezichtspunt naar voren dat: ‘omdat dooronderhandelen toch nergens meer toe zou leiden de onderhandelingen niet onaanvaardbaar zouden zijn afgebroken’.⁷³

Naar de derde en vierde criterium met betrekking tot de gerechtvaardigde belangen van partijen en de onvoorziene omstandigheden werd niet expliciet verwezen.

⁷⁰ Rb Dordrecht 27 juni 2007, *LJN* BB0178, HR 27 april 2007, *LJN* BA2509, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 maart 2008, *LJN* BC8682 en Rb Amsterdam 15 april 2009, *LJN* BI3549

⁷¹ Gemeenschappelijk hof van justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 24 maart 2009, *LJN* BH9793

⁷² Hof 's Gravenhage 6 februari 2007, *LJN* AZ8835, Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, *LJN* BB0496, Rb. Amsterdam 6 februari 2008, *LJN* BC7190, Rb Utrecht 22 oktober 2008, *LJN* BG3821, Rb Arnhem 3 december 2008, *LJN* BG7062, Rb. Utrecht 17 november 2010, *LJN* BO4289, Gemeensch. Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 11 januari 2011, *LJN* BP4031

⁷³ Zie ook Rb Amsterdam 23 maart 2011, *LJN* BQ9714

§ 3.1.3 Vergoeding van het positief contractsbelang

De zaken waarin vergoeding van het positief contractsbelang wordt toegewezen zijn uitzonderlijk. In drie van de door mij bestudeerde civiele uitspraken werd vergoeding van gederfde winst toegewezen.⁷⁴ Dit impliceert dat nog steeds rekening gehouden wordt met de strenge en terughoudende maatstaf zoals de Hoge Raad deze bedoeld heeft en bleek uit HR CBB/JPO.

Met betrekking tot het eerste criterium werd in deze uitspraken geoordeeld dat de onderhandelingen onaanvaardbaar waren afgebroken omdat overeenstemming was bereikt over de ‘essentialia van de overeenkomst’. Hierdoor kon en mocht het gerechtvaardigd vertrouwen bestaan in de totstandkoming van deze overeenkomst.

Het tweede criterium namelijk, dat het gedrag en uitlatingen van partijen hadden bijgedragen aan het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen werd gehanteerd in, Rb Arnhem 14 februari 2007, *LJN* BA0057, hier had de afbrekende partij haar bedenkingen over het te onderhandelen project niet duidelijk aangegeven waardoor het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen bleef bestaan.

Het derde criterium met betrekking tot de gerechtvaardigde belangen van partijen wordt in alle drie de uitspraken niet expliciet naar verwezen.

Met betrekking tot het vierde criterium moet worden opgemerkt dat onder ‘onvoorziene omstandigheden’ niet vallen, gebeurtenissen zoals koersdalingen, nieuwe regelingen waardoor het financieel niet meer aantrekkelijk is om de toekomstige overeenkomst aan te gaan.⁷⁵ Deze behoren tot het ondernemersrisico.

Wanneer vergoeding voor het positief contractsbelang wordt toegewezen, wordt er nog steeds rekening gehouden met bijna alle criteria en zoals de Hoge Raad die verwoordde in HR CBB/JPO. Ook het belangrijke gezichtspunt van de ‘essentialia van de overeenkomst’ bleek in deze uitspraken weer een grote rol te vervullen; in alle drie de uitspraken werd er expliciet naar verwezen en was het de reden dat vergoeding van het positief contractsbelang werd toegewezen. Natuurlijk moet ook gekeken worden naar de andere criteria maar mijns inziens werd door de rechters het grootste belang toegekend aan de ‘essentialia van de overeenkomst’ om te bepalen of er sprake kon en mocht zijn van het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen en of de onderhandelingen daardoor onaanvaardbaar werden afgebroken.

⁷⁴ Rb Arnhem 14 februari 2007, *LJN* BA0057, Rb Utrecht 10 maart 2010, *LJN* BL7086 en Rb Leeuwarden, 9 maart 2012, *LJN* BV9049

⁷⁵ ⁷⁵ Rb Arnhem 14 februari 2007, *LJN* BA0057, Rb Utrecht 10 maart 2010, *LJN* BL7086

In de volgende paragraaf wordt gezien hoe met deze criteria wordt omgegaan in de arbitrale jurisprudentie.

§ 3.2 Vergoeding positief en negatief contractsbelang in arbitrale uitspraken

In deze paragraaf komt aan bod hoe in de arbitrale uitspraken na HR CBB/JPO wordt omgegaan met de eisen en gezichtspunten zoals omschreven in paragraaf 2.2. De subparagrafen in deze paragraaf zijn net als in de vorige paragraaf ingedeeld aan de hand van wel of geen toekenning van het positief of negatief contractsbelang.

§ 3.2.1 Wel vergoeding negatief contractsbelang, geen vergoeding positief contractsbelang

In de twee uitspraken die tot deze categorie behoren, brak de aannemer de onderhandelingen af en wilde vergoeding zien van de schade omdat de opdrachtgever ofwel telkens veranderingen aanbracht in het ontwerp ofwel dat de opdrachtgever zich niet hield aan afspraken uit de bouwteam- overeenkomst.⁷⁶ In deze gevallen waren geen afspraken gemaakt in de bouwteam- overeenkomst met als doel uitsluiting van vergoeding van het negatief contractsbelang. Bij Raad van Arbitrage voor de Bouw, 04 februari 2010, No. 30.869, was in de bouwteam- overeenkomst juist een regeling opgenomen die indien er geen overeenkomst tot stand zou komen recht gaf op vergoeding van de gemaakte kosten. Volgens arbiters is de achterliggende reden dat de overeenkomst niet tot stand is gekomen niet relevant. Er wordt hier dus ook niet gekeken naar de eisen zoals verwoord in paragraaf 2.2. Wel wordt door arbiters opgemerkt dat er sprake kan zijn van ‘omstandigheden’ waardoor toepassing van de bepaling uit de bouwteam- overeenkomst, een voorovereenkomst, in strijd zou zijn met de eisen van de redelijkheid en de billijkheid. Dit zou zo kunnen zijn als de aannemer bijvoorbeeld bewust het totstandkomen van de overeenkomst heeft tegengewerkt, of zo ernstig is tekort geschoten in de nakoming van de bouwteam- overeenkomst dat zij geen recht heeft op vergoeding. Dit is naar mijn mening een terechte overweging omdat indien dit niet het geval zou zijn en voorovereenkomsten altijd onverkort zouden gelden, partijen hier misbruik van zouden kunnen maken. Dit is mijns inziens in het licht van de goede trouw niet wenselijk. Volgens arbiters was in het zojuist besproken geval echter geen sprake van ‘misbruik van de voorovereenkomst’, zodat de bepaling uit de bouwteam- overeenkomst gewoon toegepast

⁷⁶ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 04 februari 2010, No. 30.869 en Raad van Arbitrage voor de Bouw, 2 maart 2010, No. 31.123

diende te worden. Deze omstandigheden zijn dus net als de ‘andere omstandigheden’ bij civiele uitspraken een zeer beperkte categorie van uitzonderingsgevallen.

Ook werd in deze uitspraak gewezen op het ‘eigen schuld’ criterium dat valt onder het tweede criterium met betrekking tot de gedragingen en uitlatingen van partijen. Doordat de niet-afbrekende, opdrachtgevende partij telkens wijzigingen in het ontwerp aanbracht was de uiteindelijke aanbieding hoger dan in de aanvankelijke kostenberekening. Het was volgens arbiters dan ook niet aan de afbrekende, aannemende partij te wijten dat geen overeenkomst tot stand was gekomen maar aan de opdrachtgevende partij zelf.

Met betrekking tot het derde criterium, dat inhoudt dat rekening gehouden dient te worden met de gerechtvaardigde belangen van partijen wordt opgemerkt dat in de precontractuele fase aanneemster (afbrekende partij) de opdrachtgeefster er niet aan kan houden de door haar gedane aanbieding te accepteren. Aan de andere kant kan de opdrachtgeefster na verschillende wijzigingen in het ontwerp aanneemster er ook niet aan houden een aanbieding te doen op basis van een eerder ontwerp. Hierin kan ik mij vinden omdat dit nog de onderhandelingsfase betreft, waarin partijen nog niet aan elkaar vastzitten. Bovendien kan het zo zijn dat wanneer er telkens wijzigingen in het ontwerp worden aangebracht de aannemer ook tijdig geen juiste aanbieding meer kan doen, hierin gaat namelijk ook tijd zitten. Een opdrachtgevende partij kan dan mijns inziens niet verwachten dat een aannemer ‘maar’ even snel alle wijzigingen in de begroting doorvoert.

§ 3.2.2 Geen vergoeding van zowel het negatief als positief contractsbelang

Met betrekking tot het niet toekennen van een vergoeding van het negatief contractsbelang moet worden opgemerkt dat in de bouwteam- overeenkomsten vaak een regeling opgenomen wordt die deze vergoeding uitsluit.⁷⁷ Omdat een bouwteam- overeenkomst als een voorovereenkomst gezien kan worden en dus rechtens afdwingbaar is moet men zich aan de afspraken hierin houden.⁷⁸ Bij de beoordeling of er dus plaats is voor vergoeding van het negatief contractsbelang in gevallen waarbij er afspraken zijn gemaakt in de bouwteam- overeenkomst wordt dus in deze gevallen in eerste instantie, niet gekeken naar de criteria

⁷⁷ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 4 juni 2010, No. 32.186, Raad van Arbitrage voor de Bouw, 24 augustus 2010, No. 31.209, Raad van Arbitrage voor de Bouw, 8 november 2011, No. 71.589 en Raad van Arbitrage voor de Bouw, 1 december 2011, No. 32.662

⁷⁸ In de lijn van de ruime typering van voorovereenkomst zoals verwoord door van Schendel, (BR 1981, p. 156). Asser van den Berg hanteert de enge typering van voorovereenkomst die inhoudt dat men verplicht is tot het aangaan van toekomstige overeenkomst, hiervan is bij een bouwteam- overeenkomst echter geen sprake. Hij typeert de bouwteam- overeenkomst als voorbereidende hulpovereenkomst

zoals die zijn omschreven in paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk. Tenzij er sprake is van ‘omstandigheden’ zoals ook blijkt uit de voorgaande subparagraaf waardoor toepassing van de bouwteam- overeenkomst in strijd zou zijn met de eisen van de redelijkheid en de billijkheid.

In de door mij bestudeerde arbitrale uitspraak waarbij geen plaats was voor vergoeding van het negatief contractsbelang en niets hierover geregeld was in de bouwteam- overeenkomst, kon er niet worden voldaan aan het eerste gezichtspunt namelijk dat er sprake moet zijn van ‘gerechtvaardigd’ totstandkomingsvertrouwen in de overeenkomst.⁷⁹ De opdrachtgevers waren in dit geval consumenten. Ingevolge artikel 7:766 BW moet een opdracht die strekt tot de bouw van een woning in opdracht van een consument schriftelijk worden vastgelegd. De betreffende consument kan daarna nog tot drie dagen na ondertekening van de overeenkomst deze ontbinden zonder opgaaf van redenen. Met betrekking tot de precontractuele onderhandelingen is het van belang te weten of het om een consument gaat of niet, aangezien bij personen die in uitoefening van een beroep of bedrijf deze bepaling niet geldt en er dus eerder sprake kan zijn van ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’ bij de niet-afbrekende partij. De schade die de aannemer heeft geleden door kosten te maken door te beginnen met de bouw, moet deze daarom zelf dragen.⁸⁰

In twee andere arbitrale uitspraken werd voor de beoordeling of er sprake was van een ‘gerechtvaardigd vertrouwen’ in de totstandkoming van de overeenkomst ook verwezen naar het te groot prijsverschil tussen de gedane aanbieding en het bouwbudget, er kon dus geen gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen bestaan.⁸¹ Dit zou mijns inziens ook als een gezichtspunt kunnen worden gezien ter invulling van het eerste criterium of er sprake is van onaanvaardbaar afbreken van de onderhandelingen.

§ 3.2.3 Vergoeding van het positief contractsbelang

In slechts één van de door mij bestudeerde arbitrale uitspraken werd vergoeding van het positief contractsbelang toegekend.⁸² Zoals in de meeste door mij bestudeerde arbitrale uitspraken was er in dit geval ook sprake van een bouwteam- overeenkomst. In deze overeenkomst waren afspraken gemaakt met betrekking tot de te volgen procedure indien

⁷⁹ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 08 september 2009, No. 30.528

⁸⁰ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 08 september 2009, No. 30.528

⁸¹ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 4 juni 2010, No. 32.186 en Raad van Arbitrage voor de Bouw, 8 november 2011, No. 71.589

⁸² Raad van Arbitrage voor de Bouw, 1 december 2011, No. 32.662

partijen niet tot een prijsovereenstemming zouden kunnen komen. De afbrekende partij heeft zich hier niet aan gehouden en heeft ondanks waarschuwingen van de wederpartij dat dit gezien de bouwteam- overeenkomst niet mocht, een derde gevraagd een aanbieding te doen. Bovendien wilde de afbrekende partij geen openheid geven van haar begroting zodat het niet mogelijk was een goede vergelijking te maken tussen de aanbieding van de niet afbrekende partij en de begroting van de afbrekende partij. Volgens arbiters heeft de afbrekende partij hierdoor onvoldoende haar best gedaan om de opdracht tot onderhandelen zoals verwoord in de bouwteam- overeenkomst na te komen. Vergoeding van gederfde winst werd in dit geval toegewezen omdat de afbrekende partij verschillende afspraken uit deze bouwteam- overeenkomst niet was nagekomen en er dus sprake was van wanprestatie. Mijns inziens is vergoeding van het positief contractsbelang in deze casus terecht toegewezen. Een voorovereenkomst is niet voor niks gesloten, en niet nakoming hiervan of bewuste frustratie ervan moet niet toegestaan worden, althans niet zonder kostenvergoeding. Zou het positief contractsbelang niet toegewezen zijn, dan zou dit voor andere vergelijkbare gevallen een vrijbrief kunnen inhouden om voorovereenkomsten niet na te komen als hier verder geen wezenlijke kostenconsequenties aan vastzitten.

§ 3.3 Opmerkelijkheden tussen de civiele en arbitrale uitspraken

In deze paragraaf worden een aantal opmerkelijkheden genoemd tussen de criteria zoals die omschreven zijn in paragraaf 2.2 en de manier waarop deze worden toegepast in de civiele en in de arbitrale jurisprudentie.

Een eerste opmerking met betrekking tot de door mij bestudeerde civiele en arbitrale uitspraken is dat in de arbitrale uitspraken altijd expliciet het verschil wordt gemaakt tussen vergoeding van het negatief en vergoeding van het positief contractsbelang. In de civiele uitspraken is dit niet het geval en komt het regelmatig voor dat het niet duidelijk is of het nu gaat om vergoeding van het negatief dan wel van het positief contractsbelang.⁸³

Zowel bij de civiele als bij de arbitrale uitspraken wordt gewezen op het aanvullende gezichtspunt van de ‘essentialia van de overeenkomst’, dat van belang is voor de beoordeling van het eerste criterium. Echter wordt in de civiele uitspraken hier duidelijk meer naar

⁸³ Rb Dordrecht 27 juni 2007, *LJN* BB0178, HR 27 april 2007, *LJN* BA2509, Rb Utrecht 2 juli 2008, *LJN* BD6010, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 maart 2008, *LJN* BC8682, Rb Amsterdam 15 april 2009, *LJN* BI3549, Gemeenschappelijk hof van justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 24 maart 2009, *LJN* BH9793, Rb Amsterdam 23 maart 2011, *LJN* BQ9714, Rb Amsterdam 30 maart 2011, *LJN* BR2033, Gerechtshof Arnhem 19 juni 2007, *LJN* BA8878

verwezen dan in de arbitrale uitspraken.⁸⁴ Een mogelijke verklaring hiervoor kan mijns inziens zijn dat in arbitrale uitspraken vaak afspraken gemaakt zijn in de bouwteam- overeenkomst met betrekking tot al dan niet toekennen van vergoeding van de kosten. Hierdoor wordt, behoudens bepaalde ‘omstandigheden’ zoals moedwillige frustratie van de overeenkomst door de afbrekende partij, niet aan beoordeling van de criteria uit paragraaf 2.2 toegekomen.

Het derde gezichtspunt uit de civiele jurisprudentie is ‘andere omstandigheden’ waardoor het afbreken onaanvaardbaar is, hiermee worden bijvoorbeeld maatschappelijke belangen bedoeld die zodanig gemoeid zijn met de overeenkomst dat afbreken hiervan onaanvaardbaar zou zijn. In de arbitrale jurisprudentie wordt ook gesproken over ‘omstandigheden’ hiermee worden mijns inziens niet dezelfde omstandigheden bedoeld als in de civiele jurisprudentie, het gaat hierbij om omstandigheden die zodanig in strijd zijn met de redelijkheid en de billijkheid dat de afspraken in de bouwteam- overeenkomst niet van toepassing zijn.

In de civiele uitspraken wordt vaak verwezen naar het tweede criterium. In de arbitrale uitspraken echter niet omdat hier de afspraken in de bouwteam- overeenkomsten de geldende zijn. In Raad van Arbitrage voor de Bouw, 04 februari 2010, No. 30.869 werd zelfs door arbiters opgemerkt dat het niet relevant was waarom de overeenkomst niet tot stand was gekomen. In sommige arbitrale gevallen wordt wel verwezen naar het gezichtspunt van de ‘eigen schuld’ van de niet afbrekende partij dat samenhangt met de gedragingen van partijen, maar dit gebeurt beduidend minder dan in civiele uitspraken.⁸⁵

In tegenstelling tot in de civiele uitspraken wordt in de arbitrale uitspraken niet vaak verwezen naar het derde criterium. Mijns inziens komt dit ook weer door de afspraken die gemaakt zijn met betrekking tot het toekennen van vergoedingen in de bouwteam- overeenkomsten. In de uitspraak Raad van Arbitrage voor de Bouw, 04 februari 2010, No. 30.869 werd door arbiters opgemerkt dat in het kader van de gerechtvaardigde belangen van partijen in de precontractuele fase niet verwacht mag worden dat de opdrachtgever de aanbidding van de aannemer accepteert, maar ook niet dat de aannemer de opdrachtgever een aanbidding doet op basis van een eerder eenvoudiger ontwerp.

In de civiele uitspraken worden gebeurtenissen zoals koersdalingen en nieuwe regelingen waardoor de te sluiten overeenkomst niet meer rendabel zou zijn niet onder het vierde criterium van de ‘onvoorziene omstandigheden’ geschoven. In Raad van Arbitrage voor

⁸⁴ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 24 augustus 2010, No. 31.209 en bij Raad van Arbitrage voor de Bouw, 29 april 2011, No. 32.517

⁸⁵ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 04 februari 2010, No. 30.869, Raad van Arbitrage voor de Bouw, 08 september 2009, No. 30.528

de Bouw, 29 april 2011, No. 32.517 wordt de economische crisis echter wel als verzachtende omstandigheid gezien waardoor afbreken eerder aanvaardbaar wordt. De civiele en arbitrale uitspraken zitten wat dit betreft dus duidelijk niet op één lijn. In het onderstaande schema worden de verschillen in het gebruik van de criteria tussen civiele en arbitrale uitspraken weergegeven.

Criteria	gezichtspunten	Civiele uitspraken	Arbitrale uitspraken
1 Afbreken moet onaanvaardbaar zijn	1. Gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen	V	V
	2. Essentialia van de overeenkomst	V	V
	3. Andere omstandigheden	V	V
	4. Dooronderhandelen zou nergens meer toe leiden	V	
	5. Voorbehouden gemaakt bij aanbiddingen	V	
	6. Te groot prijsverschil tussen aanbiddingen en bouwbudget		V
2 Gedragingen en uitlatingen van partijen die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van het gerechtvaardigd vertrouwen	1. Eigen schuld	V	V
	2. Een voor aanvaarding vatbaar aanbod	V	
3. Er moet rekening gehouden worden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij	1. Een voor aanvaarding vatbaar aanbod	V	
4. Onvoorziene omstandigheden		V	V

Met betrekking tot de toekenning van vergoedingen moet worden opgemerkt dat het negatief contractsbelang niet vaak wordt vergoed in arbitrale uitspraken, omdat hierover in de bouwteam- overeenkomsten vaak afspraken zijn gemaakt dat er nooit plaats is voor een vergoeding van gemaakte kosten.⁸⁶ Redenen om ondanks zulke afspraken toch vergoeding van het negatief contractsbelang toe te kennen is bijvoorbeeld eigen schuld, of wanprestatie.⁸⁷ Ook in de civiele jurisprudentie is er wel eens sprake van een intentie overeenkomst, waarin

⁸⁶ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 4 juni 2010, No. 32.186, Raad van Arbitrage voor de Bouw, 24 augustus 2010, No. 31.209, Raad van Arbitrage voor de Bouw, 8 november 2011, No. 71.589

⁸⁷ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 29 april 2011, No. 32.517

afspraken zijn gemaakt met betrekking tot vergoeding van het negatief contractsbelang.⁸⁸ Dit gebeurt in civiele uitspraken echter beduidend minder dan in de arbitrale uitspraken. Deze afspraken dienen gewoon nagekomen te worden en wanprestatie is van invloed op het al dan niet toekennen van vergoeding van het negatief of positief contractsbelang.⁸⁹

§ 3.4 Tussenconclusie

In deze tussenconclusie wordt antwoord gegeven op deelvraag 3: *Wordt in de lagere civiele en arbitrale rechtspraak vanaf 2007 tot nu de terughoudende maatstaf zoals verwoord in HR CBB/JPO, nog steeds op gelijke wijze als in dit arrest toegepast, of worden er aanvullende criteria gehanteerd voor toekenning van het positief en negatief contractsbelang?*

In totaal heb ik slechts 4 uitspraken gevonden waarbij er plaats was voor vergoeding van het positief contractsbelang. Het ging hierbij om 3 civiele uitspraken waarbij het in alle drie de gevallen ging om het bestaan van het gerechtvaardigd vertrouwen in de overeenkomst door overeenstemming over de ‘essentialia’.⁹⁰ In 1 arbitrale uitspraak was er ook plaats voor vergoeding van het positief contractsbelang.⁹¹ Hierbij werd niet gesproken over ‘essentialia’ van de overeenkomst. Het ging hierbij om wanprestatie door het niet nakomen van de bouwteam- overeenkomst, hierdoor was er plaats voor vergoeding van het negatief contractsbelang. Dat de lagere rechters er nog steeds rekening mee houden dat het de bedoeling is dat de maatstaf die volgt uit HR CBB/JPO met terughoudendheid moet worden toegepast, is mijns inziens wel duidelijk. Wel zijn er een aantal aanvullende gezichtspunten in de jurisprudentie ontwikkeld. In de civiele uitspraken werden in de context van het eerste criterium de gezichtspunten aangestipt van de ‘essentialia van de overeenkomst’, die van dat indien dooronderhandelen geen zin meer heeft, de onderhandelingen niet onaanvaardbaar zijn afgebroken. Alsmede dat indien er telkens voorbehouden worden gemaakt bij aanbiedingen, hieruit geen gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen mag worden afgeleid. In de arbitrale uitspraken werd in het kader van het eerste criterium nog gewezen op een te groot prijsverschil tussen de aanbieding en het bouwbudget. Tot slot werden in het kader van het tweede en derde criterium in zowel de civiele als arbitrale uitspraken de gezichtspunten weergegeven van de ‘eigen schuld’ en dat indien een gedaan aanbod, een voor aanvaarding

⁸⁸ Gerechtshof Arnhem 22 februari 2011, *LJN* BP5345, Hoge Raad, 27 mei 2011, *LJN* BP8707

⁸⁹ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 1 december 2011, No. 32.662

⁹⁰ Rb Arnhem 14 februari 2007, *LJN* BA0057, Rb Utrecht 10 maart 2010, *LJN* BL7086 en Rb Leeuwarden, 9 maart 2012, *LJN* BV9049

⁹¹ Raad van Arbitrage voor de Bouw, 1 december 2011, No. 32.662

vatbaar aanbod is, en dat bij acceptatie hiervan een overeenkomst tot stand zou komen, dit ertoe leidt dat in de context van de beoordeling of er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst deze vraag bevestigend beantwoord moet worden.

Hoofdstuk 4 Inzichten ontleend aan de PECL met betrekking tot het toekennen van schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase

In dit hoofdstuk komen de ‘Principles of European Contract Law’ aan bod. Er wordt antwoord gegeven op deelvraag 3: *Welke inzichten biedt de PECL in de problematiek met betrekking tot het toekennen van schadevergoeding in de precontractuele onderhandelingen?*

In paragraaf 1 wordt de PECL geïntroduceerd. Vervolgens wordt in paragraaf 2 gezien welke verschillen er bestaan tussen de Nederlandse regeling met betrekking tot het toekennen van schadevergoeding bij de afgebroken onderhandelingen en de regeling die blijkt uit de PECL. In paragraaf 3 komen de inzichten aan de orde, die de PECL biedt voor de Nederlandse regeling. Tenslotte wordt in paragraaf 4 afgesloten met een tussenconclusie.

§ 4.1 Introductie PECL

PECL is een afkorting voor ‘Principles of European Contract Law’, ze zijn ontstaan uit een particulier initiatief van de Lando Commissie (genoemd naar haar voorzitter en initiatiefnemer D.O Lando) in samenspraak met de Europese Commissie. Het eerste deel van de PECL werd gepubliceerd in 1995, het tweede gedeelte in 1996 en het derde deel in 2003.⁹² De PECL zijn regels met betrekking tot Europees contractenrecht. Hoewel het geen wettelijke, en dus niet-bindende regels zijn, zijn de Principles met betrekking tot de rechtsvinding en rechtsvorming toch van grote waarde voor het nationale recht.⁹³ De drie doelen van de PECL zijn bekendmaking van de algemene kern van het Europese contractenrecht, een aanzet vormen voor een Europees contractenrecht en rechters en arbiters een handvat aan te reiken met betrekking tot internationale geschillen. Een niet expliciet genoemd vierde doel is dat de PECL als een Europese taal gebruikt kan worden bij discussies over het contractenrecht.⁹⁴

In de literatuur is discussie ontstaan over de wenselijkheid van het gebruik van de PECL met betrekking tot het verwoorden van Europese algemene regels. Volgens Smits kan het contractenrecht niet door algemene regels beheerst worden, er zijn namelijk ontzettend

⁹² Y.G Blei Weissmann, *Groene serie Verbintenissenrecht*, aantekeningen bij 6:217 BW, nr 3.5 (regeling in de Principles inleiding), Kluwer 2010 (elektronisch geraadpleegd)

⁹³ Y.G Blei Weissmann, *Groene serie Verbintenissenrecht*, aantekeningen bij 6:217 BW, nr 3.5 (regeling in de Principles inleiding), Kluwer 2010 (elektronisch geraadpleegd)

⁹⁴ M.W Hesselink en G.J.P. de Vries, *Principles of European Contractlaw*, Deventer: Kluwer 2001, p. 12
Zie ook E.H. Hondius, ‘Principles of European Contract Law II gepubliceerd’, *NJB* 2000, nr 6, p. 319. Zie ook: D. Busch en E.H. Hondius, ‘Een nieuw contractenrecht voor Europa’, *NJB* 2000

veel type contracten op specifieke terreinen. Bovendien zijn abstracte principes niet aan een feitelijke casus gekoppeld waardoor het geen goede weergave zou zijn van de regels uit de nationale stelsels.⁹⁵ Echter hebben de opstellers van de PECL nooit de intentie gehad de principes te laten functioneren gelijkwaardig aan nationale rechtsstelsels. Het is de literatuur geweest die de PECL deze belangrijke rol heeft toegediend.⁹⁶ Bovendien moet met betrekking tot het argument van Smits, dat er veel type contracten op specifieke terreinen zijn, worden opgemerkt dat er daarom ook veel gedetailleerde Europese regels voor zijn opgesteld. Een voorbeeld hiervan zijn de PELSC, de Principles of European Law: Service Contracts. Dit zijn in januari 2007 geïntroduceerde regels met betrekking tot de contractuele rechtsverhoudingen binnen de Europese Unie tussen opdrachtgevers en dienstverleners. Net als de PECL zijn de PELSC juridisch niet-bindend. De PECL en de PELSC staan in nauw contact met elkaar. De PECL bevatten algemene regels met betrekking tot contracten en de PELSC bevatten regels met betrekking tot dienstverleningscontracten en verwijzen daarbij regelmatig terug naar de PECL.⁹⁷ Een ander voorbeeld van een gedetailleerde regeling met betrekking tot een specifiek terrein is de PELS de 'Principles of European Law on Sales'. Ook deze regeling is een uitwerking van de PECL op het specifieke terrein van het kooprecht.⁹⁸

Een tweede argument tegen het gebruik van de PECL met betrekking tot de unificatie van Europees contractenrecht is dat er grote wettelijke en culturele verschillen bestaan tussen Common en Civil law landen.⁹⁹ De PECL zouden dus nooit een goede afspiegeling kunnen vormen van de geldende regelingen in deze landen, waardoor toepassing in bepaalde landen niet gewenst is.

In de volgende paragraaf wordt bekeken wat de verhouding is tussen de Nederlandse regeling met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen en de PECL.

§ 4.2 Vergelijking tussen de Nederlandse regeling van afgebroken onderhandelingen en de regeling in de PECL

Zoals eerder vermeld in paragraaf 2.5 wijkt de Nederlandse regeling met betrekking tot het toekennen van schadevergoeding aan de niet afbrekende partij bij afgebroken onderhandelingen af van de meeste andere Europese regelingen over dit onderwerp. In geen

⁹⁵ C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.64

⁹⁶ C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.64

⁹⁷ E.M. Bruggeman, *De koop/ aannemingsovereenkomst in breed perspectief* (diss. Delft Tu) 2010

⁹⁸ 'Sales Principles', *Tijdschrift voor Compliance* 2009 aflevering 4, p. 144-155 via data juridica 2009/2571

⁹⁹ M.W Hesselink en G.J.P. de Vries, *Principles of European Contractlaw*, Deventer: Kluwer 2001, p. 77

enkel ander land wordt schadevergoeding toegekend voor vergoeding van het positief contractsbelang.¹⁰⁰ In het kader van de steeds verdergaande Europeanisering zou men zich dus kunnen afvragen, of deze regeling door de Hoge Raad verwoord met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen nog wel houdbaar is. De opstellers van de PECL hebben voor de beantwoording van deze vraag een vergelijking gemaakt van de regels, met betrekking tot de toekenning van een vergoeding bij afgebroken onderhandelingen, uit de verschillende Europese rechtssystemen. De volgens hen meest wenselijke oplossing hebben zij vastgelegd in de PECL.¹⁰¹ Een vergelijking tussen de Nederlandse regeling en die van de PECL is interessant om te bezien welk inzicht de PECL, en dan met name de artikelen 1:201 en 2:301 PECL met betrekking tot de precontractuele fase, te bieden hebben voor de regeling zoals wij die kennen.

§ 4.2.1 artikelen 1:201 en 2:301 PECL

De artikelen uit de PECL die van belang zijn met betrekking tot de vergoeding bij afgebroken onderhandelingen zijn artikel 1:201 PECL, dit artikel geeft aan dat partijen moeten handelen naar het beginsel van ‘good faith and fair dealing’. Vrij vertaald houdt dit in dat ze eerlijk moeten handelen naar de maatstaven van de goede trouw. Het tweede artikel dat van belang is, is artikel 2:301 PECL. Dit artikel is een uitwerksel van het beginsel van ‘good faith and fair dealing’. In dit artikel wordt vermeld dat partijen vrij zijn te onderhandelen en niet aansprakelijk zijn voor het bereiken van overeenstemming met betrekking tot een overeenkomst. Indien de afbrekende partij zich echter niet aan het beginsel van ‘good faith and fair dealing’ heeft gehouden is hij aansprakelijk voor de schade van de niet-afbrekende partij. Ook het aangaan of voortzetten van onderhandelingen zonder de intentie te hebben daadwerkelijk een overeenkomst te sluiten wordt genoemd van handelen in strijd met ‘good faith and fair dealing’.

In zowel de Nederlandse regeling als in de PECL is het uitgangspunt dat partijen in principe vrij zijn de onderhandelingen af te breken, behoudens uitzonderingen aangegeven door verplichte wetgeving en de goede trouw¹⁰². De eerste bepaling uit de PECL, artikel 1:102 PECL, begint met een bepaling met betrekking tot ‘freedom of contract’. In Nederland is deze contractsvrijheid echter niet wettelijk vastgelegd. Mocht het afbreken van

¹⁰⁰ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p.3

¹⁰¹ C.Mak, ‘Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law’, *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.63

¹⁰² M.W Hesselink en G.J.P. de Vries, *Principles of European Contractlaw*, Deventer: Kluwer 2001, p. 54

onderhandelingen gezien de goede goede trouw (nu redelijkheid en billijkheid), ofwel de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij onaanvaardbaar zijn, dan kan bij beide regelingen sprake zijn van vergoeding van de schade. De Nederlandse regeling is echter specifiek, ook in Nederland wordt aansprakelijkheid aangenomen bij het aangaan of voortzetten van onderhandelingen zonder de intentie te hebben een overeenkomst te sluiten. De grondslag is dan echter niet de precontractuele aansprakelijkheid, wat bij de PECL wel het geval is, maar de onrechtmatige daad.¹⁰³

De volgende subparagraaf behandelt de eisen die worden gesteld aan het toekennen van schadevergoeding in de Nederlandse regeling met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen en de eisen die uit de PECL voortvloeien met betrekking tot deze problematiek.

§ 4.2.2 Eisen voor het toekennen van schadevergoeding in regeling in Nederland en in de PECL

In deze subparagraaf worden in willekeurige volgorde de eisen behandeld, uit de Nederlandse regeling en de PECL, waarnaar de rechter kijkt bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase.

Van belang voor het toekennen van schadevergoeding in de Nederlandse regeling zijn zoals eerder vermeld, het ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’, om te bepalen of het afbreken wel of niet onaanvaardbaar is. Hiermee hangt ook samen de gedragingen en uitspraken van partijen die hebben bijgedragen aan het ontstaan van dit vertrouwen. De ene partij kan door bepaalde opmerkingen en bepaalde gedragingen de indruk wekken dat er een overeenkomst tot stand gaat komen waaruit het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen afgeleid kan worden. In de meeste Europese landen wordt het gegeven dat ten onrechte het vertrouwen is opgewekt dat een overeenkomst tot stand is gekomen, als onrechtmatig aangemerkt bij de aansprakelijkheidsvraag bij de afgebroken onderhandelingen. In Nederland wordt in sommige gevallen echter het afbreken zelf als onrechtmatig aangemerkt. De PECL sluit zich ook aan bij de regeling zoals deze in de meeste andere Europese landen geldt, van belang is het ‘onterecht opwekken van vertrouwen’ dat een overeenkomst tot stand gaat komen.¹⁰⁴

¹⁰³ C.Mak, ‘Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law’, *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.66

¹⁰⁴ C.Mak, ‘Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law’, *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.66

Ook van belang zijn de omstandigheden van het geval, om te bepalen of het afbreken onaanvaardbaar is. Met deze omstandigheden wordt bijvoorbeeld bedoeld dat bij de overeenkomst bepaalde maatschappelijke belangen betrokken zijn die daardoor het afbreken onaanvaardbaar maken.¹⁰⁵ In HR CBB/JPO spreekt de Hoge raad ook nog over ‘onvoorziene omstandigheden’, met deze omstandigheden wordt bedoeld externe invloeden van buitenaf, zoals bijvoorbeeld de economische crisis, waardoor de onderhandelingen worden afgebroken omdat het bijvoorbeeld daardoor niet meer rendabel zou zijn de overeenkomst te sluiten.¹⁰⁶

Ook moeten partijen in het licht van de redelijkheid en billijkheid genoeg rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Deze redelijkheid en billijkheid heeft een belangrijke rol toebedeeld gekregen in de meeste Europese rechtsstelsels. De redelijkheid en billijkheid is volgens de meeste stelsels een open norm die per concreet geval ingevuld dient te worden. Er worden globaal drie functies onderscheid, een aanvullende, interpreterende en een corrigerende functie.¹⁰⁷

In het Nederlandse rechtssysteem is het mogelijk dat, door de omstandigheden van het geval, aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen wordt aangenomen terwijl er geen sprake is van ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’, omdat de afbrekende partij niet heeft bijgedragen aan dit vertrouwen.¹⁰⁸ Bij de PECL is dit echter niet mogelijk, er moet altijd sprake zijn van gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst, wil er plaats zijn voor aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen.¹⁰⁹ De toegang tot vergoeding van schade bij afgebroken onderhandelingen in de PECL is dus nauwer dan die bij de Nederlandse regeling. In het Nederlandse recht is dus eerder sprake van aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen. De criteria van het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen en de omstandigheden van het geval hoeven immers, in tegenstelling tot bij de PECL, niet cumulatief aanwezig te zijn.

In de PECL wordt ook nog gewezen op het criterium ‘goede reden’, dat het afbreken van onderhandelingen aanvaardbaar zou maken, zelfs als er al sprake is van ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’. Een voorbeeld van een goede reden is een beter aanbod van een derde. De Nederlandse regeling kent het criterium van een ‘goede reden’ niet, wellicht zou dit onder de categorie ‘overige omstandigheden’ geplaatst kunnen worden. Volgens Mak zou dit

¹⁰⁵ Gerechtshof Arnhem 6 november 2006, *LJN* AZ6032

¹⁰⁶ HR CBB/JPO, HR 12 augustus 2005, *LJN* AT7337 zie rechtsoverweging 3.6

¹⁰⁷ M.Hesselink, ‘De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht’, *Ars Aequi* 1999, nr 9. p 688-689

¹⁰⁸ C.Mak, ‘Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law’, *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.66

¹⁰⁹ C.Mak, ‘Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law’, *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.67

criterium echter een beter handvat vormen voor het wel of niet toekennen van schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen, dan het gewekte vertrouwen.¹¹⁰ Naar mijn mening is ‘een goede reden’ geen goed criterium voor het aanvaardbaar maken van het afbreken van onderhandelingen, zelfs als er sprake is van ‘gerechtvaardigd vertrouwen’. Het voorbeeld wat genoemd wordt, namelijk aanvaardbaar afbreken door een beter aanbod van een derde terwijl er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, vind ik niet acceptabel. Dit komt de rechtszekerheid voor de betrokken partijen absoluut niet ten goede en dit is nu juist waar zoveel behoefte aan is. Er is al zoveel onzekerheid met betrekking tot de manier van toepassing van de criteria uit HR CBB/JPO, dat juist het streven moet zijn deze te verbeteren in plaats van alleen maar groter te maken.¹¹¹

§ 4.2.3 Geen vergoeding van het positief contractsbelang onder de PECL

Naast de verschillen met betrekking tot de gestelde eisen voor het toekennen van schadevergoeding, betreft een ander geschil de soort vergoeding. In het Nederlands recht, bestaat er recht op vergoeding van het negatief en het positief contractsbelang. Onder de PECL is het alleen mogelijk vergoeding van ‘losses’ te vorderen, dit is het negatief contractsbelang, inclusief de verliezen door gemiste contracten met anderen, de ‘lost opportunities’. Afhankelijk van het feit of er wel of geen gerechtvaardigd vertrouwen bestond in het totstandkomen van de overeenkomst is er sprake van vergoeding van enkel het negatief contractsbelang of van het negatief contractsbelang inclusief de ‘lost opportunities’.¹¹²

Mijns inziens valt niet goed in te zien waarom er geen plaats zou kunnen zijn voor vergoeding van het positief contractsbelang indien door afgebroken onderhandelingen een beoogde overeenkomst niet door zou gaan en dat er wel sprake kan zijn van vergoeding van gederfde winst door gemiste contracten met derden. Het betreft hier in beide gevallen immers een situatie waarin geen contractuele grondslag bestaat voor aansprakelijkheid. Bovendien is gebleken dat de schadevergoeding voor de ‘lost opportunities’ in theorie net zo hoog of nog hoger kan zijn als de schade-omvang van het positief contractsbelang.¹¹³ Bovendien ben ik het met van den Berg eens dat, in het licht van de precontractuele redelijkheid en billijkheid,

¹¹⁰ C.Mak, ‘Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law’, *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.67-68

¹¹¹ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 81

¹¹² C.Mak, ‘Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law’, *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.68-69

¹¹³ C.Mak, ‘Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law’, *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.69

vergoeding van het positief contractsbelang in de situatie dat er een reële kans bestond op het totstandkomen van de overeenkomst de beste oplossing is.¹¹⁴

Gezien de voorgaande verschillen tussen de Nederlandse regeling en de PECL rijst nu de vraag welk inzicht de PECL kan bieden met betrekking tot Nederlandse regeling inzake het toekennen van schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen.

§ 4.3 Inzichten die de PECL biedt met betrekking tot de toekenning van schadevergoeding in de precontractuele fase.

Zoals in de voorgaande paragraaf vermeld gaat de Nederlandse regeling met betrekking tot het toekennen van schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen erg ver. In geen enkel ander Europees land bestaat vergoeding van het positief contractsbelang.¹¹⁵ Er worden in de literatuur verschillende argumenten genoemd waarom vergoeding van het positief contractsbelang niet wenselijk zou zijn. Ten eerste zou vergoeding van het positief contractsbelang in combinatie met het oordeel dat bij afgebroken onderhandelingen het afbreken zelf onaanvaardbaar is, een contracteerplicht impliceren. Deze vermeende contracteerplicht is volgens Mak niet gewenst. Het zou volgens haar te ver gaan en niet aansluiten bij het belangrijke beginsel van de contractsvrijheid. Bovendien zou een vergaande aansprakelijkheid en een dergelijke contracteerplicht ook slecht zijn voor het economisch verkeer aangezien partijen erdoor afgeschrikt zouden kunnen worden. Mak vindt dat, net zoals bij de PECL, de grond voor aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen gezocht moet worden in het ten onrechte wekken van vertrouwen, dit moet dan wel aan de afbrekende partij zijn toe te rekenen.¹¹⁶ In dit onterecht opwekken van vertrouwen zou dan, indien het aan de afbrekende partij toe te rekenen is, de onrechtmatigheid zitten waardoor er sprake kan zijn van het toekennen van schadevergoeding.¹¹⁷ Het probleem van de contracteerplicht zou dan vervallen aangezien partijen dan altijd de onderhandelingen zouden kunnen afbreken.¹¹⁸ Mak vindt dat gezien het beginsel van contractsvrijheid, vergoeding van het positief contractsbelang te ver gaat. Er zou in gevallen waar het afbreken onaanvaardbaar

¹¹⁴ Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Beperkingen onderhandelingsvrijheid, nr 58

¹¹⁵ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 4

¹¹⁶ C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.66

¹¹⁷ C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.70

¹¹⁸ C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.69

is alleen sprake moeten kunnen zijn van vergoeding van het negatief contractsbelang.¹¹⁹ Met dit argument ben ik het niet eens, naar mijn idee impliceert vergoeding van het positief contractsbelang geen contracteerplicht, partijen gaan immers hierna zonder elkaar verder, het betreft alleen een vergoeding van de schade. Bovendien ben ik van mening dat vergoeding van het positief contractsbelang niet te ver gaat in gevallen waarin bijna zeker een overeenkomst zou ontstaan. Partijen zijn dan in deze fase al zo ver met onderhandelen dat zij beiden een overeenkomst beoogd hebben. Vergoeding van het positief contractsbelang is dus niet strijdig met het beginsel van de contractsvrijheid.

Een tweede argument tegen vergoeding van het positief contractsbelang is dat de billijkheid slechts vereist dat de niet-afbrekende partij wordt teruggebracht in de positie waarin hij zich zou bevinden als er geen onderhandelingen hadden plaatsgevonden. Er zouden dan immers geen kosten gemaakt zijn voor de betreffende overeenkomst, hier wordt dus gedoeld op vergoeding van het negatief contractsbelang. Dit is echter geen sterk argument aangezien er in de meeste Europese rechtssystemen evenals in de PECL wel ruimte is voor vergoeding van de 'lost opportunities', de gederfde winst uit misgelopen contracten met derden.¹²⁰ Het is onduidelijk waarom er dan op grond van de billijkheid geen plaats zou zijn voor overeenkomsten die uiteindelijk niet doorgaan.¹²¹

Het laatste argument wat genoemd wordt, houdt in dat het onwenselijk is dat door het toekennen van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen geen verschil meer bestaat tussen het einde van de precontractuele fase en de contractuele fase. Vergoeding van de gederfde winst voor het niet totstandkomen van de overeenkomst, in de precontractuele fase zou dan eigenlijk hetzelfde zijn als, de vergoeding bij wanprestatie in de contractuele fase. Partijen in de precontractuele fase zouden hiermee in de situatie komen alsof er wel al een contract is gesloten, terwijl zij niet deze bedoeling hebben gehad.¹²² Mijns inziens ligt het laatste deel van de precontractuele fase, waarin het eigenlijk alleen nog maar gaat om ondertekening van het uiteindelijke contract maar waarin verder overeenstemming is bereikt over alle kernpunten van de overeenkomst, zo dicht aan tegen de contractuele fase, dat het eigenlijk alleen nog maar gaat om een kwestie van formaliteiten. Het argument dat

¹¹⁹ C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.70

¹²⁰ C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.69

¹²¹ C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.69

¹²² G.J.P de Vries, *Are the Principles of European Contract Law better than Dutch Law?*, Deventer: Kluwer 2001, p.128 Zie ook C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.69

partijen geen overeenkomst beogen kan in mijn ogen dan ook verwaarloosd worden, omdat zij dit nu juist wel doen. Zij willen een overeenkomst sluiten maar moeten alleen nog maar hun handtekening zetten.

Volgens de Vries, is de regeling in de PECL met betrekking tot vergoeding van schade bij de afgebroken onderhandelingen beter dan de Nederlandse regeling, in die zin dat de bepalingen meer expliciet zijn, meer informatie bevatten en duidelijker omschreven zijn.¹²³ De PECL is immers expliciet gericht op het contractenrecht en ons Burgerlijk Wetboek is veel meer omvattend.¹²⁴ Vernieuwend aan de PECL is bovendien een bepaling met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen 2:301 BW. In Nederland is hier immers niets wettelijk over vastgelegd maar is de regeling in de jurisprudentie ontwikkeld.¹²⁵ Hierbij sluit ik mij aan, mijns inziens zou het veel meer duidelijkheid scheppen en rechtsonzekerheid wegnemen om een bepaling in ons Burgerlijk Wetboek op te nemen met betrekking tot vergoeding voor afgebroken onderhandelingen.

§ 4.4 Tussenconclusie

In deze tussenconclusie wordt antwoord gegeven op deelvraag 3: *Welke inzichten biedt de PECL in de problematiek met betrekking tot het toekennen van schadevergoeding in de precontractuele onderhandelingen?*

Ondanks dat de Nederlandse regeling met betrekking tot vergoeding van schade bij afgebroken onderhandelingen uniek is, geen enkel ander Europees land kent immers vergoeding van het positief contractsbelang, is deze mijns inziens wel houdbaar in het licht van de toenemende Europeanisering.¹²⁶ Het uiteindelijke verschil tussen de hoogte van de vergoeding bij de ‘lost opportunities’ en het positief contractsbelang is niet groot of soms zelfs nihil. Soms zelfs overstijgt vergoeding van de ‘lost opportunities’ de hoogte van het positief contractsbelang.¹²⁷ Niet valt in te zien waarom op grond van de redelijkheid en billijkheid er wel plaats zou kunnen zijn voor vergoeding van gederfde winst door misgelopen

¹²³ G.J.P de Vries, *Are the Principles of European Contract Law better than Dutch Law?*, Deventer: Kluwer 2001, p.185

¹²⁴ G.J.P de Vries, *Are the Principles of European Contract Law better than Dutch Law?*, Deventer: Kluwer 2001, p.110

¹²⁵ M.W Hesselink en G.J.P. de Vries, *Principles of European Contractlaw*, Deventer: Kluwer 2001, p. 54. p.92

¹²⁶ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 4

¹²⁷ C.Mak, ‘Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law’, *Ars Aequi* 2002, nr 2. p. 68

contracten met derden en niet van vergoeding van gederfde winst voor een niet tot stand gekomen contract. In beide situaties mist immers de contractuele grondslag voor aansprakelijkheid.¹²⁸

Vanuit het contractueel perspectief is vergoeding van het positief contractsbelang mijns inziens, in tegenstelling tot wat sommigen vinden, wel gepast. Ondanks dat partijen nog geen contract getekend hebben gaat het in de laatste fase van de precontractuele onderhandelingen alleen nog maar om een kwestie van formaliteiten, namelijk het zetten van een handtekening. Het is in die fase dus wel degelijk de bedoeling dat een overeenkomst tot stand gaat komen. In deze Nederlandse regeling waarin er plaats is voor vergoeding van het positief contractsbelang kan ik mijzelf wel vinden.

Naar mijn mening is de PECL echter, omdat deze expliciet gericht is op het contractenrecht, wel hanteerbaarder dan de Nederlandse regeling. De bepalingen zijn duidelijker en bevatten veel meer informatie. Naar mijn mening zou ook in het Burgerlijk Wetboek een bepaling moeten worden opgenomen met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen, om meer rechtszekerheid te scheppen.

¹²⁸ C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2. p.69

Hoofdstuk 5 Beginselen van het aanbestedingsrecht en ontwikkelingen in de Aanbestedingswet.

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op deelvraag 4: *Welke inzichten met betrekking tot de problematiek van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase, bij eenvoudige uitnodigingen, bieden de beginselen van het aanbestedingsrecht en de ontwikkelingen in de Aanbestedingswet?*

In paragraaf 1 wordt kort behandeld wat een aanbesteding inhoudt. In paragraaf 2 komt naar voren wat de beginselen van het aanbestedingsrecht inhouden. Paragraaf 3 gaat over de ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht en de Nieuwe Aanbestedingswet. Vervolgens komen in paragraaf 4 de inzichten aan de orde die de beginselen van het aanbestedingsrecht en de ontwikkelingen in de Aanbestedingswet bieden voor de problematiek met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen bij eenvoudige uitnodigingen. In paragraaf 5 wordt afgesloten met een tussenconclusie.

§ 5.1 Begripsomschrijving van een aanbesteding

In paragraaf 1.1 werd gesproken over het begrip ‘aanbesteding’. Zoals vermeld zijn hiervan twee soorten interpretaties mogelijk. Een enge interpretatie waarbij het begrip aanbesteding wordt uitgelegd als een meervoudige uitnodiging die een opdrachtgever doet aan twee of meer gegadigden tot het doen van een aanbieding.¹²⁹ Er is hierbij dan sprake van directe mededinging door andere geïnteresseerden. Hier tegenover staat de eenvoudige uitnodiging van een opdrachtgever aan een gegadigde, de opdrachtgever richt zich direct tot één specifieke partij, er is hierbij sprake van latente mededinging.¹³⁰ De ruime interpretatie van het begrip aanbesteding houdt in dat het kan gaan om zowel de eenvoudige als de meervoudige (aanbestedingsprocedure) uitnodiging. In deze scriptie wordt uitgegaan van deze laatste ruime interpretatie. Voor de vergelijking uit paragraaf 5.4 en het ontlenen van inzichten hieraan is het echter nodig over te gaan op de enge interpretatie. Het gaat dan dus om een aanbesteding in de zin van een aanbestedingsprocedure; dit is een uitnodiging aan meerdere gegadigden om een aanbieding te doen voor een bepaalde opdracht.¹³¹ Hierbij moet niet alleen gedacht worden aan aanbestedingen in de bouwsector, ook moeten overheden

¹²⁹ Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Aanbesteding als uitnodiging tot het doen van een aanbod nr 40

¹³⁰ Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Aanbesteding als uitnodiging tot het doen van een aanbod nr 40

¹³¹ Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Aanbesteding als uitnodiging tot het doen van een aanbod nr 40

indien zij een opdracht uitzetten boven een bepaald drempelbedrag aanbesteden.¹³² Bij een aanbestedingsprocedure bevindt men zich in de precontractuele fase, voordat het contract van aanneming van werk wordt gesloten.¹³³

Een aanbesteder kan afhankelijk van een bepaalde opdracht een keuze maken uit de verschillende soorten aanbestedingsprocedures. Deze procedures verschillen met betrekking tot, of gegadigden zichzelf melden, of dat zij worden benaderd, wanneer geïnteresseerden zich moeten melden, hoeveel geïnteresseerden uiteindelijk meedoen aan de selectie, op welke manier de selectie van gegadigden, om wat voor soort opdracht het gaat enz.¹³⁴ Wat zij wel allen gemeen hebben is het feit dat de beginselen van het aanbestedingsrecht een belangrijke rol spelen tijdens de procedure. De beginselen die van belang zijn voor afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase komen in de volgende paragraaf aan bod.

§ 5.2 Beginselen van het aanbestedingsrecht

In de literatuur en jurisprudentie zijn geleidelijk algemene beginselen van het aanbestedingsrecht ontstaan. Het voornaamste en ook het meest bekendste beginsel is het ‘gelijkheidsbeginsel’. Dit beginsel houdt in dat de gegadigden voor de aanbesteding op een gelijke wijze behandeld horen te worden zodat zij allen een gelijke kans krijgen op het verwerven van de opdracht. Het transparantiebeginsel, dat nauw verwant is aan het gelijkheidsbeginsel, is het tweede belangrijke beginsel van het aanbestedingsrecht. Het doel van dit beginsel is ten eerste het ‘transparant’ en dus controleerbaar maken van het recht op gelijke behandeling. Ook zorgt dit beginsel voor meer gelijke kansen tussen de gegadigden.¹³⁵ Deze beginselen zijn ook wettelijk vastgelegd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Tevens worden zij opgenomen in de Nieuwe Aanbestedingswet die op 1 januari 2013 in werking gaat treden.¹³⁶

Bij een aanbesteding zijn overheidsaanbesteders in principe gebonden aan deze beginselen, indien zij onder de Europese aanbestedingsrichtlijnen werken. Het kan echter voorkomen bij een aanbesteding, dat de aanbesteder wel kan worden aangemerkt als ‘een publiekrechtelijke instelling’ zoals vermeld in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, maar desondanks toch niet onder de betreffende richtlijn valt. Indien een dergelijke instelling er dan

¹³² W.G.Ph.E Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001, p. 5

¹³³ W.G.Ph.E Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001, p. 5

¹³⁴ M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: IBR 2010, p.262-274

¹³⁵ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, §3 Precontractuele redelijkheid en billijkheid in het aanbestedingsrecht, nr 68

¹³⁶ In de artikelen 1.8 en 1.9 aanbestedingswet voor Europese aanbestedingen en in artikel 1.12 en 1.15 aanbestedingswet voor nationale aanbestedingen zie ook Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, §3 Precontractuele redelijkheid en billijkheid in het aanbestedingsrecht, nr 68

toch voor kiest een aanbestedingsprocedure te starten, dan is zij ook gehouden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, via de weg van de precontractuele redelijkheid en billijkheid. Dit bleek uit het arrest RZG/Conformed.¹³⁷ Een andere ruimere uitleg van dit arrest zou kunnen zijn dat de Hoge Raad heeft bedoeld dat, indien een partij ervoor kiest om door middel van een aanbestedingsprocedure verschillende gegadigden uit te nodigen om in concurrentie een aanbidding te doen, hij allen een gelijke kans op verwerving van de opdracht behoort te geven. De keuze voor een aanbestedingsprocedure zou dan inhouden dat men zich ook dient te gedragen naar de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, dit zou dan niet alleen gelden voor publieke aanbesteders maar voor alle rechtspersonen en dus ook voor private aanbesteders.¹³⁸ De meningen hierover in de literatuur lopen uiteen.¹³⁹

De burgerlijke rechter heeft de doorwerking van de beginselen van het aanbestedingsrecht via de weg van de precontractuele redelijkheid en billijkheid voor private professionele aanbesteders intussen geaccepteerd.¹⁴⁰ Voor particulieren wordt deze doorwerking nog niet aangenomen.¹⁴¹

Ondanks de voorgaande discussie met betrekking tot private aanbesteders, is het voor de publieke instellingen die zich bedienen van een aanbestedingsprocedure wel duidelijk dat zij zich moeten houden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, dit blijkt ook uit de codificatie hiervan in de Nieuwe Aanbestedingswet, hierover gaat de volgende paragraaf.

§ 5.3 Ontwikkelingen met betrekking tot een Nieuwe Aanbestedingswet.

Op dit ogenblik heeft Nederland nog geen wettelijk vastgelegd aanbestedingskader. Bij niet-Europese aanbestedingen zijn de decentrale overheidsaanbesteders aangewezen op de beginselen van behoorlijk bestuur, hun eigen aanbestedingsbeleid en van de interpretatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen 2004/17 EG en 2004/18/EG door de Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie. Indien overheidsaanbesteders boven een bepaald

¹³⁷ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, §3 Precontractuele redelijkheid en billijkheid in het aanbestedingsrecht, nr 70. Zie ook C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de contracteervrijheid van private aanbesteders?', *Contracteren* 2010 nr3, p. 82.s.en H.C. Leemreize, 'Toepasselijkheid van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht buiten de werkingssfeer van de richtlijnen', *Contracteren* 2003, nr 2

¹³⁸ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, §3 Precontractuele redelijkheid en billijkheid in het aanbestedingsrecht, nr 71

¹³⁹ Van den Berg en van Werven zijn voor de ruimere interpretatie. Pijnacker Hordijk, Van der Bend en van Nouhuys zijn tegen de ruime interpretatie. Zie ook noot 137 en 138

¹⁴⁰ C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de contracteervrijheid van private aanbesteders?', *Contracteren* 2010 nr 3, p. 79

¹⁴¹ M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: IBR 2010, p.204

bedrag een product of dienst inkopen, dienen zij Europees aan te besteden. Dan zijn de aanbestedingsregels van toepassing op deze aanbesteding.¹⁴² Deze regels zijn een uitvloeisel van twee Europese aanbestedingsrichtlijnen uit 2004, namelijk 2004/17 EG en 2004/18/EG.¹⁴³ Een andere belangrijke Europese aanbestedingsrichtlijn 2007/66/EG is geïmplementeerd in de Wira, 'Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden'. Deze wet beoogt ondernemers bij aanbestedingen een betere rechtsbescherming te bieden en is vanaf 19 februari 2010 ingegaan.¹⁴⁴ Destijds was de implementatietermijn van deze Europese richtlijnen erg kort, waardoor zij bijna letterlijk geïmplementeerd zijn.¹⁴⁵ Bovendien was door de omvang van deze richtlijnen het onmogelijk deze op een eenvoudige manier in het BW op te nemen. Echter het zou wel gewenst zijn dat deze richtlijnen aanvoelen als 'ons recht', gezien het belang hiervan voor de praktijk.¹⁴⁶ Uit onderzoek van de Europese Commissie bleek immers dat de Europese richtlijnen in ons land onvoldoende worden nageleefd.¹⁴⁷

Er zijn een aantal factoren die ervoor zorgen dat het proces van verwijzing naar de Europese richtlijnen in de nationale wetgeving bemoeilijkt worden. Ten eerste is dat het gegeven dat de richtlijnen soms strijdig zijn met onze volksaard en rechtsgevoel.¹⁴⁸ Men beëindigt liever niet een goede contractuele relatie met een vaste leverancier omdat men moet aanbesteden.¹⁴⁹

Ten tweede heeft ons land, met uitzondering van de bouwsector, geen wezenlijke aanbestedingstraditie in vergelijking met andere Europese landen.¹⁵⁰ Decentrale overheden hebben van oudsher zelf de bevoegdheid en verantwoordelijkheid voor de inkoop van goederen en diensten.¹⁵¹

Een derde factor is de onwenselijkheid van de juridisering van het aanbesteden.¹⁵² Het gevoel overheerst dat zodra je juristen erbij haalt dit een hoop problemen geeft.¹⁵³ Bovendien worden de Europese richtlijnen als erg ingewikkeld, streng en onduidelijk ervaren.¹⁵⁴

¹⁴² Elektronisch geraadpleegd via www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden

¹⁴³ De richtlijnen zijn geïmplementeerd in twee algemene maatregelen van bestuur te weten in het 'Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten' Bao en het 'Besluit aanbestedingen voor speciale sectoren' Bass

¹⁴⁴ Elektronisch geraadpleegd via www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden/regelgeving-aanbestedingen

¹⁴⁵ Elektronisch geraadpleegd via www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden/regelgeving-aanbestedingen

¹⁴⁶ W.G.Ph.E Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001, p. 16

¹⁴⁷ Discussienota: *Europees aanbesteden: Haal pegels uit die regels!*, p. 10 en p. 21 e.v. behorend bij Actieplan Professioneel Inkopen en Aanbesteden

¹⁴⁸ W.G.Ph.E Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001, p. 9

¹⁴⁹ W.G.Ph.E Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001, p. 9

¹⁵⁰ W.G.Ph.E Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001, p. 9 zie ook noot 147

¹⁵¹ Zie noot 147 p. 16

¹⁵² W.G.Ph.E Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001, p. 9

Ook is in de praktijk gebleken dat de verschillende fases van een aanbesteding, zoals de aankondiging, de selectie- eisen, het bestek en de gunningscriteria, niet altijd in de juiste volgorde gebeuren waardoor er een kans bestaat dat de mededinging in gevaar komt.¹⁵⁵ Er bestaat een ongelijke machtsverhouding tussen de opdrachtgever en de leverancier.¹⁵⁶ Door onvoldoende transparantie is het voor het MKB moeilijk te achterhalen welke opdrachten beschikbaar zijn. Het MKB speelt op dit moment geen wezenlijke rol bij Europese aanbestedingen.¹⁵⁷

Door deze problemen en de aanbeveling naar aanleiding van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid uit 2002, waaruit bleek dat er behoefte is aan een nationaal, samenhangend en juridisch eensgezind aanbestedingskader, wordt er gewerkt aan een Nieuwe Aanbestedingswet om deze richtlijnen beter te implementeren in de Nederlandse context.¹⁵⁸ Hierdoor moeten vooral kleinere ondernemers een eerlijkere kans krijgen op het verwerven van de opdracht.¹⁵⁹

De Nieuwe Aanbestedingswet zal de regelingen van de Bao, de Bass en de Wira zoals wij die nu kennen intrekken. De belangrijkste wijzigingen van de Nieuwe Aanbestedingswet ten opzichte van de huidige regelingen, met betrekking tot het onderwerp van deze scriptie, zijn , dat voor alle aanbestedingen zowel boven als onder de drempel, gaat gelden dat de aanbesteder op objectieve gronden moet kiezen welke procedure er gebruikt gaat worden en welke ondernemers hierbij worden toegelaten.¹⁶⁰ Zoals eerder vermeldt worden de algemene

¹⁵³ W.G.Ph.E Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001, p. 9 zie ook J. Telgen in *Cobouw*, 15 juni 1998

¹⁵⁴ Zie noot 147 p. 30

¹⁵⁵ W.G.Ph.E Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001, p. 17.

¹⁵⁶ Zie noot 147 p. 44. Zie ook S. Mutluer en C.E.C. Jansen, Mogelijke contractenrechtelijke remedies ter correctie van machtsverhouding van aanbesteders, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk recht* 2007, 23, p. 3 e.v. en S. Mutluer, Onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbestedingen en het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW, *Contracten* 2010 nr 3

¹⁵⁷ Zie noot 147 p. 44

¹⁵⁸ In eerste instantie had de nieuwe aanbestedingswet ontwikkeld door het ministerie van Economische zaken al in 2009 in werking moeten treden. Echter, na goedkeuring door de Tweede Kamer van het concept wetsvoorstel voor de nieuwe aanbestedingswet op 20 september 2006, werd deze op 8 juli 2008 verworpen door de Eerste Kamer. Na deze mislukte eerste poging voor het totstandbrengen van een Nederlandse aanbestedingswet, werd in 2009 een nieuw wetsvoorstel voorbereid. Het wetsvoorstel 32440 is op 14 februari 2012 aangenomen door de Tweede Kamer en ligt momenteel ter beoordeling bij de Eerste Kamer. Elektronisch geraadpleegd via www.europadecentraal.nl/menu/498/Aanbestedingswet.html, www.pianoo.nl/actueel/voortgang-wetsvoorstel-aanbestedingswet, www.europadecentraal.nl/menu/498/Aanbestedingswet.html Zie hierover ook C.E.C. Jansen, 'Bouwfraude: economische en juridische aspecten van aanbestedingen in de bouw', in: Dielissen-Breukers e.a. (red.), *Juvat-dag 2002, bundeling van lezingen gehouden op 25 april 2002*, Nijmegen: Wolf 2002, p. 39-51

¹⁵⁹ Elektronisch geraadpleegd via www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden

¹⁶⁰ Op 8 mei 2012 is gebleken dat ondanks de demissionaire status van het Kabinet Rutte, geen wetsvoorstellen controversieel worden verklaard, ook de nieuwe Aanbestedingswet zal dus geen vertraging oplopen. Op 24 april 2012 heeft de Eerste Kamercommissie van Economische zaken, Landbouw en Innovatie een voorlopig verslag uitgebracht. Gebleken is dat de Eerste Kamer grotendeels gunstig gestemd is over deze nieuwe wet, als alles

beginselen van het aanbestedingsrecht ook vastgelegd in de wet. Voor aanbestedingen boven de drempel gaat gelden dat zij transparant moet handelen. Bij nationale aanbestedingen moet de aanbestedende dienst de ondernemers op een gelijke wijze behandelen en transparant zijn.

¹⁶¹ Het gaat, in de Nieuwe Aanbestedingswet, hoewel niet expliciet wordt gemeld, om openbare aanbesteding.¹⁶² Deze procedure houdt in dat de geïnteresseerden voor de opdracht zich, zonder voorselectie, inschrijven op de door de aanbesteder aangewezen inschrijvingsdag. Vervolgens vindt een beoordeling plaats van de inschrijvingen aan de hand van vooraf bekendgemaakte minimumeisen en het gunningscriterium.¹⁶³

Op Europees niveau zijn ook door verschillende beleidsmatige ontwikkelingen, eind 2011, door de Europese Commissie nieuwe voorstellen bekend gemaakt met betrekking tot modernisering en hernieuwing van de aanbestedingsrichtlijnen 2004/17 EG en 2004/18/EG.¹⁶⁴ Deze zullen, mochten zij doorgang vinden, rond 2014 in de Nieuwe Aanbestedingswet worden geïmplementeerd.¹⁶⁵ In de volgende paragraaf wordt bekeken welke inzichten deze Nieuwe Aanbestedingswet te bieden heeft voor de problematiek van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase in het kader van enkelvoudige uitnodigingen.

§ 5.4 Inzichten ontleend met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en de Nieuwe Aanbestedingswet.

Bij een aanbesteding in de zin van de Nieuwe Aanbestedingswet gaat het om een meervoudige uitnodiging, die geldt voor overheidsaanbesteders. In deze paragraaf wordt bezien welke inzichten de Nieuwe Aanbestedingswet nu te bieden voor de problematiek met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen bij enkelvoudige uitnodigingen.

De problematiek met betrekking tot het ‘leuren’, waarbij verkregen informatie van de ene gegadigde wordt doorgespeeld aan de andere om zo een onderbieding uit te lokken speelt

goed gaat dan zou de nieuwe aanbestedingswet op 1 januari 2013 in werking moeten treden Zie ook Elektronisch geraadpleegd via www.pianoo.nl/actueel/aanbestedingswet-niet-controversieel, en

www.pianoo.nl/actueel/senaat-positief-over-nieuwe-aanbestedingswet

¹⁶¹ Elektronisch geraadpleegd via www.pianoo.nl/belangrijkste-wijzigingen-nieuwe-aanbestedingswet-tov-bao-wira

¹⁶² E.R. Manunza, ‘Nieuwe aanbestedingswet, een gemiste kans voor een betere ordening voor de markt van overheidsopdrachten’, *NJB* 2010 nr 37, p 2409

¹⁶³ M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: IBR 2010, p.263

¹⁶⁴ ‘Een publicatie over de voorstellen van de Europese Commissie, met betrekking tot nieuwe aanbestedingsrichtlijnen en de mogelijke impact voor decentrale overheden’, februari 2012, p.5. Elektronisch geraadpleegd via

www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/publicaties/publicatie_voorstel_aanbestedingsrichtlijnen.pdf

¹⁶⁵ Zie noot 164 p. 4. Zie ook www.pianoo.nl/belangrijkste-wijzigingen-nieuwe-aanbestedingswet-tov-bao-wira

zowel bij de enkelvoudige als bij de meervoudige uitnodiging.¹⁶⁶ Hierbij krijgt de eerst benaderde geen faire kans op het verwerven van de opdracht, omdat de onderhandelingen erover al vroegtijdig worden afgebroken.¹⁶⁷ Zowel in het kader van de meervoudige uitnodiging tot het doen van een aanbieding, als in het kader van de enkelvoudige uitnodiging is het dus wenselijk om regels te hebben met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase.

Zoals gezegd betreft een aanbestedingsprocedure een meervoudige uitnodiging van de opdrachtgever/ aanbestedder aan geïnteresseerden tot het doen van een aanbieding. Hierbij moet men zich houden aan de Nieuwe Aanbestedingswet.¹⁶⁸ De belangrijkste beginselen van het aanbestedingsrecht, het gelijkheids- en transparantiebeginsel zijn hierin vastgelegd. Deze beginselen gelden volgens een ruime interpretatie, waarin ik mij kan vinden, van HR RZG/Conformed via de weg van de precontractuele redelijkheid en billijkheid voor zowel publieke als private professionele aanbesteders. Alle gegadigden bij een aanbestedingsprocedure, moeten dus gelijk worden behandeld.(gelijkheidsbeginsel). Mijns inziens moeten zij bovendien ook allen gelijke kansen krijgen indien zij in aanmerking willen komen voor de opdracht.¹⁶⁹ Het transparantiebeginsel hangt hiermee samen en maakt het gelijkheidsbeginsel controleerbaar. Indien het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, door de gegadigden geen faire kans op het verkrijgen van de opdracht te geven, dan komen de precontractuele redelijkheid en billijkheid ter sprake.

Met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen bij enkelvoudige uitnodigingen is niets wettelijk vastgelegd en moet de regeling in de jurisprudentie worden gezocht. In alle door mij bestudeerde jurisprudentie ging het om een enkelvoudige uitnodiging van een opdrachtgever aan een ondernemer tot het doen van een aanbieding. Het vastleggen van bepalingen zorgt voor meer rechtszekerheid, dan weet ieder immers waar hij aan toe is. Natuurlijk is er bij een eventueel conflict ook sprake van interpretatie door de rechter, de rechter dient zich echter wel aan de wet te houden. Wanneer een regeling alleen uit jurisprudentie blijkt, zoals met betrekking tot de enkelvoudige uitnodiging. Is de rechtsonzekerheid veel groter, dit blijkt ook volgens Ruygvoorn.¹⁷⁰ Een rechter kan dan deze jurisprudentie regel wel of niet, of op een andere manier toepassen dan eigenlijk is bedoeld.

¹⁶⁶ Asser 5-III C, Aanneming van werk, II het gevaar van leuren, nr 60

¹⁶⁷ Asser 5-III C, Aanneming van werk, II het gevaar van leuren, nr 60

¹⁶⁸ Deze gaat naar alle waarschijnlijkheid gelden vanaf 1 januari 2013

¹⁶⁹ In navolging van Helby zie hierover Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 1 december 2010 te Amersfoort, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2011, nr 3, p.213

¹⁷⁰ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 81

Gebleken is dus ook dat er veel onduidelijkheid is bij de lagere rechters over de ‘strengere en terughoudende maatstaf’ zoals verwoord in HR CBB/JPO.¹⁷¹

Deze onzekerheid zou mijns inziens verminderd kunnen worden door bepalingen hieromtrent wettelijk vast te leggen. In 1992 echter bij de Parlementaire behandeling van de vaststellingswetten van boek 3,5 en 6 BW is de gedachte geuit dat, een bepaling met betrekking tot de verplichtingen die onderhandelende partijen ten opzichte van elkaar hebben niet gewenst was.¹⁷² Wat tussen onderhandelende partijen geldt moet worden bepaald door het ‘ongeschreven recht’, ook moet gedacht worden aan de betamelijkheidsregels zoals 6:162 BW.¹⁷³ Ontwerp 6.5.2.8 a Nieuw BW, waarin de rechtsverhouding tussen partijen in de precontractuele fase werd vastgelegd werd daarom ook bij amendement geschrapt.¹⁷⁴ Deze bepaling gaf aan dat de contractsvrijheid het uitgangspunt was bij de precontractuele onderhandelingen, wel moest rekening gehouden worden met het bestaan van ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’ en de omstandigheden van het geval. Partijen dienden dus rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.¹⁷⁵ Volgens de Tweede kamer was de tijd toen nog niet aangebroken voor codificatie van de rechtspraak. Door schrapping van 6.5.2.8a Ontwerp Nieuw BW, gaf men de rechtspraak de vrijheid om zich verder te ontwikkelen.¹⁷⁶

Inmiddels zijn we een aantal jaren verder en is het mijns inziens in navolging van de op komst zijnde Nieuwe Aanbestedingswet, ook voor de precontractuele onderhandelingen, in de ‘enkelvoudige’ verhouding de tijd rijp om een bepaling met betrekking tot de precontractuele fase wettelijk vast te leggen. Bij dit soort uitnodigingen speelt dezelfde problematiek van het ‘leuren’ zoals eerder vermeld, ook hier zijn dus duidelijke regels met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase gewenst. Bij vastlegging van een bepaling die de precontractuele verhoudingen beheerst zal de rechtsonzekerheid met betrekking tot afgebroken onderhandelingen veel minder worden. Onduidelijkheid zou worden weggenomen, nu wettelijk vaststaat hoe ieder zich moet

¹⁷¹ M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 81

¹⁷² Y.G. Blei Weissmann, *Groene serie Verbintenissenrecht*, aantekeningen bij 6:217 nr 3.1 (Stand van zaken voor art. 6.2.5.8a BW ontwerp Nieuw BW) Kluwer 2010 (elektronisch geraadpleegd)

¹⁷³ Zie noot 172

¹⁷⁴ A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht: Algemeen overeenkomstenrecht deel 3*, Deventer: Kluwer 2010, p. 155

¹⁷⁵ Y.G. Blei Weissmann, *Groene serie Verbintenissenrecht*, aantekeningen bij 6:217 nr 3.2 (Art. 6.5.2.8a Ontwerp Nieuw BW) Kluwer 2010 (elektronisch geraadpleegd)

¹⁷⁶ Y.G. Blei Weissmann, *Groene serie Verbintenissenrecht*, aantekeningen bij 6:217 nr 3.2 (Art. 6.5.2.8a Ontwerp Nieuw BW) en (3.3 na schrapping art. 6.5.2.8a Ontwerp Nieuw BW) Kluwer 2010 (elektronisch geraadpleegd)

gedragen. Het beginsel van contractsvrijheid wordt mijns inziens er niet door aangetast, partijen kunnen nog steeds contracteren met wie ze willen, alleen nu wordt de rechtsverhouding wettelijk vastgelegd. In meeste intentieovereenkomsten die vaak voordat de ‘echte’ overeenkomst tot stand komt, worden gesloten, wordt dit al gedaan. Mochten partijen dit vergeten of geen intentieovereenkomst sluiten dan staat dit toch wettelijk vast.

§ 5.5 Tussenconclusie

In deze tussenconclusie wordt antwoord gegeven op deelvraag 4: Welke inzichten met betrekking tot de problematiek van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase, bij enkelvoudige uitnodigingen, bieden de beginselen van het aanbestedingsrecht en de ontwikkelingen in de Aanbestedingswet?

Een aanbesteding is, zoals eerder vermeld, een meervoudige uitnodiging tot het doen van een aanbod, bij deze uitnodiging worden dus meerdere gegadigden tegelijk uitgenodigd om een aanbod te doen.¹⁷⁷ Daar tegenover staat een enkelvoudige uitnodiging tot het doen van een aanbod, de opdrachtgever vraagt hierbij een gegadigde om een aanbod te doen.¹⁷⁸ Bij beide vormen van uitnodigingen speelt de problematiek van het ‘leuren’ een rol. De opdrachtgever vergaart hierbij informatie, om hiermee vervolgens bij een andere geïnteresseerde een onderbieding uit te lokken, waardoor de eerst benaderde geen eerlijke en serieuze kans krijgt om de opdracht binnen te halen.¹⁷⁹ Een regeling met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase is dus gewenst. Bij de enkelvoudige uitnodiging blijkt de toepasselijke regeling alleen uit de jurisprudentie, er is hierover niets vastgelegd. Momenteel zijn er met betrekking tot de meervoudige uitnodiging, aanbesteding, grote ontwikkelingen gaande. Nu heeft Nederland nog geen wettelijk vastgelegd aanbestedingskader, enkel twee Europese richtlijnen zijn in Algemene maatregelen van bestuur geïmplementeerd te weten de Bao en de Bass. Uit onderzoek van de Europese Commissie is gebleken dat de naleving van deze richtlijnen in Nederland onvoldoende is. Dit in combinatie met de uitslag van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid, heeft ervoor gezorgd dat op dit moment wordt gewerkt aan een Nieuwe Aanbestedingswet.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Aanbesteding als uitnodiging tot het doen van een aanbod nr 40

¹⁷⁸ Asser 5-III C, Aanneming van werk, I Aanbesteding als uitnodiging tot het doen van een aanbod nr 40

¹⁷⁹ Asser 5-III C, Aanneming van werk, II het gevaar van ‘leuren’, nr 60

¹⁸⁰ Deze is afgelopen februari goedgekeurd door de Tweede Kamer en ligt nu bij de Eerste Kamer ter beoordeling. Naar alle waarschijnlijkheid treedt deze Nieuwe Aanbestedingswet in werking op 1 januari 2013 zie hierover Elektronisch geraadpleegd via www.pianoo.nl/belangrijkste-wijzigingen-nieuwe-aanbestedingswet-tov-bao-wira

In deze wet zijn de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, het gelijkheid en transparantiebeginsel, wettelijk verankerd. Deze wet geldt voor overheidsaanbestedingen zowel op Europees, als op nationaal niveau. Uit HR RZG/Conformed, blijkt echter, door een ruime interpretatie, dat de beginselen van het aanbestedingsrecht via de precontractuele redelijkheid en billijkheid, ook voor professionele private aanbesteders gelden.¹⁸¹

Gezien deze ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht, is het mijns inziens nu ook tijd geworden voor wettelijke vastlegging van een bepaling met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase in het geval van een enkelvoudige uitnodiging. Door een dergelijke bepaling in het Burgerlijk Wetboek op te noemen zal de rechtsonzekerheid die speelt bij de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase grotendeels worden weggenomen en weten partijen meer waar ze aan toe zijn.

¹⁸¹ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, §3 Precontractuele redelijkheid en billijkheid in het aanbestedingsrecht, nr 70

Hoofdstuk 6 Conclusie

In deze conclusie wordt een antwoord gegeven op de hoofdvraag: *In hoeverre passen civiele rechters en arbiters in bouwarbitragezaken bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase de strenge en terughoudende maatstaf die voortvloeit uit HR CBB/JPO toe?*

Naar aanleiding van de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO in 2005 bleek dat de vrijheid om onderhandelingen af te breken nadrukkelijker dan voorheen voorop stond en dat de toegang tot vergoeding van het positief contractsbelang nog verder werd versmald.

In de literatuur ontstond als gevolg van dit arrest de discussie of de Hoge Raad hiermee de driefasenleer, zoals ontstaan na HR Plas/Valburg verlaten had.¹⁸² Er werd immers geen expliciet onderscheid meer gemaakt tussen vergoeding van het positief en negatief contractsbelang zoals dat bij de driefasenleer wel gebruikelijk was. In het door mij uitgevoerde jurisprudentie- onderzoek kwam echter naar voren dat in de meeste uitspraken nog steeds duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen vergoeding van het negatief en van het positief contractsbelang. In 7 van de 32 civiele uitspraken werd in het midden gelaten of het ging om vergoeding van de gemaakte kosten (negatief contractsbelang) of van gederfde winst (positief contractsbelang). In de arbitrale uitspraken werd zelfs in elke door mij bestudeerde uitspraak expliciet onderscheid gemaakt tussen het negatief en positief contractsbelang. De driefasenleer is dus nog steeds de heersende leer met betrekking tot het toekennen van vergoeding bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase. In ieder geval wordt deze in de rechtspraak na HR CBB/JPO nog steeds toegepast door rechters en arbiters. Derhalve zal in het navolgende steeds onderscheid worden gemaakt tussen de eisen die werden toegepast bij vergoeding van het negatief en vergoeding van het positief contractsbelang.

In HR CBB/JPO heeft de Hoge Raad een viertal criteria verwoord waarnaar gekeken dient te worden bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering bij de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase. Uit het door mij uitgevoerde jurisprudentie- onderzoek is gebleken dat de eisen zoals verwoord in het arrest CBB/JPO in latere jurisprudentie verder zijn ingevuld door nieuwe gezichtspunten.

De vier criteria uit HR CBB/JPO zijn de volgende: (1) Het afbreken moet onaanvaardbaar zijn, (2) er moet gekeken worden naar de gedragingen en uitlatingen van

¹⁸² Zie hierover paragraaf 2.5

partijen die hebben bijgedragen in het tot stand komen van het gerechtvaardigd vertrouwen in de overeenkomst, (3) er dient rekening gehouden te worden met de gerechtvaardigde belangen van partijen (4) en ook moet bekeken worden wat de betekenis is van de eventuele ‘onvoorziene omstandigheden’ die zich hebben voorgedaan tijdens de onderhandelingen. Naar mijn mening zit er geen rangorde in deze criteria, het ene criterium is dus niet belangrijker dan het andere. Wel valt mij op dat in het door mij uitgevoerde jurisprudentie-onderzoek het ene criterium breder wordt uitgemeten dan het andere. Over de ‘onvoorziene omstandigheden’ wordt bij voorbeeld niet vaak iets gezegd, dit zal namelijk ook niet in alle gevallen van toepassing zijn. Echter het eerste criterium of het afbreken onaanvaardbaar is, staat in alle gevallen voorop bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering. Dit is immers de kern van het probleem en daarmee dus het eerste aanknopingspunt bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering.

In de civiele jurisprudentie werd bij de schadevergoedingsbeoordeling ter invulling van de criteria die bleken uit het arrest CBB/JPO ook nog rekening gehouden met een aantal gezichtspunten. Deze worden in het onderstaande schema weergegeven.

Criteria	gezichtspunten
1 Afbreken moet onaanvaardbaar zijn	1. Gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen
	2. Essentialia van de overeenkomst
	3. Andere omstandigheden
	4. Dooronderhandelen zou nergens meer toe leiden
	5. Voorbehouden gemaakt bij aanbiedingen
2 Gedragingen en uitlatingen van partijen die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van het gerechtvaardigd vertrouwen	1. Eigen schuld
	2. Een voor aanvaarding vatbaar aanbod
3. Er moet rekening gehouden worden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij	1. Een voor aanvaarding vatbaar aanbod
4. Onvoorziene omstandigheden	

Ook in de arbitrale uitspraken werden aanvullende gezichtspunten genoemd welke in het onstaande schema worden weergegeven.

Criteria	gezichtspunten
1 Afbreken moet onaanvaardbaar zijn	1. Gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen
	2. Essentialia van de overeenkomst
	3. Andere omstandigheden
	4. Te groot prijsverschil tussen aanbiedingen en bouwbudget
2 Gedragingen en uitlatingen van partijen die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van het gerechtvaardigd vertrouwen	1. Eigen schuld
3. Er moet rekening gehouden worden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij	
4. Onvoorziene omstandigheden	

Het vierde gezichtspunt uit het bovenstaande schema bij het eerste criterium houdt in dat indien er een te groot prijsverschil bestaat tussen de aanbieding en het bouwbudget er geen gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen kan zijn ontstaan. Ik kan mijzelf in deze redenering vinden, de overeenkomst is door dit belangrijke prijsverschil nog zo ver weg dat het voor partijen duidelijk moet zijn dat er nog geen overeenstemming is bereikt. Ook ben ik het eens met het ‘eigen schuld’ gezichtspunt dat ook in de civiele jurisprudentie werd gebruikt. Het kan immers voorkomen dat de niet afbrekende partij aan de beëindiging van de onderhandelingen heeft bijgedragen door bepaalde gedragingen of uitlatingen. Het zou naar mijn mening niet fair zijn deze dan toch toe te rekenen aan de afbrekende partij.

De strenge en terughoudende maatstaf zoals de Hoge Raad die heeft verwoord in het arrest CBB/JPO wordt nog steeds toegepast door latere civiele rechters en arbiters. In slechts 4 van de 40 door mij bestudeerde uitspraken was plaats voor vergoeding van het positief contractsbelang. Het negatief contractsbelang werd vaker vergoed, maar ook hier werd rekening gehouden met de eisen zoals omschreven door de Hoge Raad. Om met betrekking tot deze problematiek van de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase een objectief toetsingskader te creëren heb ik de Nederlandse regeling naast de regeling uit de PECL en de ontwikkelingen van de Nieuwe Aanbestedingswet

gelegd, om te bezien wat de inzichten zijn die hieraan kunnen worden ontleend ten behoeve van de regeling zoals wij die nu kennen.

In de PECL is een tweetal artikelen opgenomen met betrekking tot het toekennen van schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase namelijk artikel 1:201 en 2:301 PECL. Omdat de PECL expliciet op het contractenrecht zijn gericht, zijn deze mijns inziens beter hanteerbaar dan de Nederlandse regeling hieromtrent. De bepalingen zijn duidelijker en bevatten meer informatie. Bovendien zijn deze bepalingen, in tegenstelling tot in ons land, waarin de regels uit de jurisprudentie gehaald moeten worden, schriftelijk in een regeling vastgelegd.

Ook in de Nieuwe Aanbestedingswet die vanaf 1 januari 2013 gaat gelden voor overheidsaanbestedingen is een regeling met betrekking tot de afgebroken onderhandelingen wettelijk vastgelegd. Althans hierin is verankerd dat bij zowel Europese als nationale aanbestedingen overheidsinstanties zich moeten houden aan de beginselen van het aanbestedingsrecht te weten het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Alle gevallen moeten gelijk behandeld worden en ook moeten alle geïnteresseerden een gelijke kans op het verwerven van de opdracht krijgen. Uit een ruime interpretatie van het arrest RZG/Conformed, blijkt echter, dat de beginselen van het aanbestedingsrecht via de precontractuele redelijkheid en billijkheid, ook voor professionele private aanbesteders gelden.¹⁸³ Indien men zich bedient van het middel van een aanbesteding moet men zich dan ook houden aan de wettelijk vastgelegde beginselen van het aanbestedingsrecht waarmee de precontractuele redelijkheid en billijkheid worden bediend.

Gezien het bovenstaande moet ter beantwoording van de centrale hoofdvraag worden geconcludeerd, dat alle criteria voortvloeiende uit het arrest CBB/JPO, volledig worden toegepast bij de beantwoording van de schadevergoedingsvordering bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase. Dit geldt zowel voor de vordering van het negatief als van het positief contractsbelang. Wel zijn er zoals eerder vermeld in latere jurisprudentie aanvullende gezichtspunten ontstaan, ter inkleuring van de in HR CBB/JPO omschreven criteria. Dit gegeven is van belang voor de wetenschap. In het door mij uitgevoerde jurisprudentie- onderzoek heb ik overzichtelijk gemaakt welke gezichtspunten dit precies zijn en bij welk criterium ze horen. Deze door mij gevonden gezichtspunten bieden bovendien in de praktijk, een breder houvast voor partijen bij de beoordeling van hun

¹⁸³ Asser 5-IIIC, Aanneming van werk, §3 Precontractuele redelijkheid en billijkheid in het aanbestedingsrecht, nr 70

proceskansen in het geval van afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase, waardoor de onduidelijkheid omtrent de maatstaf uit CBB/JPO verbeterd wordt. Bovendien heb ik, door de problematiek van de afgebroken onderhandelingen naast te PECL en de Nieuwe Aanbestedingswet te leggen, een objectief toetsingskader gecreëerd. Hieruit blijkt mijns inziens dat in tegenstelling tot wat in 1992 besloten werd nu ook voor enkelvoudige uitnodigingen de tijd is aangebroken een regeling wettelijk te verankeren. Indien een dergelijke bepaling in het Burgerlijk Wetboek wordt opgenomen, zal de rechtsonzekerheid die speelt bij de afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase, met betrekking tot de strengheid van de toe te passen criteria, grotendeels worden weggenomen en weten partijen meer waar ze aan toe zijn.

.

.

Literatuurlijst

Boeken

Hartlief 1999

T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999

Hesselink en de Vries 2001

W Hesselink en G.J.P. de Vries, *Principles of European Contractlaw*, Deventer: Kluwer 2001

De Vries 2001

G.J.P de Vries, *Are the Principles of European Contract Law better than Dutch Law?*, Deventer: Kluwer 2001

Wedekind 2001

W.G.Ph.E Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001

Jansen 2002

C.E.C. Jansen, 'Bouwfraude: economische en juridische aspecten van aanbestedingen in de bouw', in: Dielissen-Breukers e.a. (red.), *Juvat-dag 2002, bundeling van lezingen gehouden op 25 april 2002*, Nijmegen: Wolf 2002

Asser/ van den Berg 2007 (5-IIIC)

M.A.M.C. van den Berg, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel 5-IIIC. Aanneming van werk*. Deventer: Kluwer 2007

Ruygvoorn 2009

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

Van den Berg 2009

M.A.M.C van den Berg, *Bouwcontractenrecht in beweging*, 40 jaar instituut voor bouwrecht 2009

Van der Berg e.a. 2010

M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: IBR 2010

Y.G Blei Weissmann 2010

Y.G. Blei Weissmann, *Groene serie Verbintenissenrecht*, aantekeningen bij artikel 6:217 BW, Deventer: Kluwer 2010 (elektronisch geraadpleegd)

Bruggeman 2010

E.M. Bruggeman, *De koop/ aannemingsovereenkomst in breed perspectief* (diss. Delft Tu) 2010

Hartkamp en Sieburgh 2010

A.S. Hartkamp en C.H Sieburgh, *Verbintenissenrecht: Algemeen overeenkomstenrecht deel 3*, Deventer: Kluwer 2010 , p. 155

Asser/ Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel 6-III*. Algemeen overeenkomstenrecht*. Deventer: Kluwer 2010

Artikelen in tijdschriften**Hesselink 1999**

Hesselink, 'De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht', *Ars Aequi* 1999, nr 9

Hondius 2000

E.H. Hondius, 'Principles of European Contract Law II gepubliceerd', *NJB* 2000, nr 6

Busch en Hondius 2000

D. Busch en E.H. Hondius, 'Een nieuw contractenrecht voor Europa', *NJB* 2000

Mak 2002

C.Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen, een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *Ars Aequi* 2002, nr 2

Leemreize 2003

H.C. Leemreize, 'Toepasselijkheid van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht buiten de werkinssfeer van de richtlijnen', *Contracteren* 2003, nr 2

Christiaans 2005

C.R. Christiaans, 'Aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen van drie naar twee fasen', *Maandblad voor vermogensrecht* 2005

Drion 2005

C.E. Drion, 'Ons onderhandelingsrecht onder handen'. *NJB* 2005 nr 34

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid van afgebroken onderhandelingen: terughoudendheid troef', *Ars Aequi* (54) 2005, nr 12

Hartlief en Tjittes 2005

T. Hartlief en R.J. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2005 nr 32

Knijp 2005

G.J.Knijp, 'Plas/Valburg geldt nog altijd', *NJB* 2005, nr 45

Van Wechem en Wissink 2005

T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, 'Een nieuwe norm voor afgebroken onderhandelingen', *Contracteren* 2005, nr 4

Van den Brande 2006

J. Van den Brande, 'de vrijheid om onderhandelingen af te breken', *Onderneming en Financiering* (69) 2006

Brons 2006

M.Brons, 'CBB/JPO gaat nog lang niet ver genoeg', *Contracteren* 2006, nr 2

Schuurman 2006

L. Schuurman, 'Afbreken van onderhandelingen na 12 augustus 2005', *Vennootschap&Onderneming* 2006, nr 2

Mutluer en Jansen 2007

S. Mutluer en C.E.C. Jansen, Mogelijke contractenrechtelijke remedies ter correctie van machtsvervalscht van aanbesteders, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk recht*, 2007, 23

2009

'Sales Principles', *Tijdschrift voor Compliance* 2009 aflevering 4

Jansen 2010

C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de contracteervrijheid van private aanbesteders?', *Contracteren* 2010 nr 3

Manunza 2010

E.R. Manunza, 'Nieuwe aanbestedingswet, een gemiste kans voor een betere ordening voor de markt van overheidsopdrachten', *NJB* 2010 nr 37

Mutluer 2010

S. Mutluer, Onevenwichtige contractsvoorwaarden bij overheidsaanbestedingen en het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW, *Contracteren* 2010 nr 3

Nieuwenhuis 2010

J.H. Nieuwenhuis, 'Het dieptepunt: Plas/ Valburg', *Ars Aequi* 2010, nr 4

Ruygvoorn 2010

M.R. Ruygvoorn, 'Afgebroken onderhandelingen en de juridische kwalificatie van voorbehouden', *TBR* 2010/123

Ruygvoorn 2010

M.R. Ruygvoorn, 'Wat is er mis met het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen', *Ars Aequi* 2010, nr 10

Ruygvoorn 2011

M.R. Ruygvoorn, 'Bestaat de tweede fase uit Plas/Valburg nog?', *Contracteren*, 2011 nr 2

2011

Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 1 december 2010 te Amersfoort, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2011, nr 3

Annotaties

Annotatie onder HR CBB/JPO, HR 12 augustus 2005, *LJN* AT7337, nr. C04/163HR door A.S. Hartkamp

Annotatie onder Hoge Raad 12 augustus 2005, Jurisprudentie Onderneming & Recht (JOR) 2006/ 31 p. 200-217 door B. Wessels

Websites

www.bobwessels.nl (laatst geraadpleegd 20 juli 2012)

www.rijksoverheid.nl (laatst geraadpleegd 20 juli 2012)

www.europadecentraal.nl (laatst geraadpleegd 20 juli 2012)

www.pianoo.nl (laatst geraadpleegd 20 juli 2012)

Nota

Discussienota *Europees aanbesteden: Haal de pegels uit die regels!* 1999, bijbehorend bij het actieplan professioneel inkopen en aanbesteden

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

HR Baris/Riezenkamp, HR 15 november 1957, *LJN* AG2023

HR Oosterom/Majoor, HR 16 januari 1981, *LJN* AG4132

HR Plas/Valburg, HR 18 juni 1982, *LJN* AG4405

HR VSH/Shell , HR 23 oktober 1987, *LJN* AD0018

HR Vogelaar/ Skil, HR 21 mei 1991, *LJN* ZC0255

HR RZG, Conformed, 4 april 2003, *LJN* AF2830

HR CBB/JPO, HR 12 augustus 2005, *LJN* AT7337

HR 27 april 2007, *LJN* BA2509

HR 29 februari 2008, *LJN* BC1855

HR, 27 mei 2011, *LJN* BP8707

Gerechtshof

Hof 's Gravenhage 6 februari 2007, *LJN* AZ8835

Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, *LJN* BB0496

Gerechtshof Arnhem 19 juni 2007, *LJN* BA8878

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 maart 2008, *LJN* BC8682

Gerechtshof Amsterdam 6 juni 2009, *LJN* BJ8504

Gemeenschappelijk hof van justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 24 maart 2009, *LJN* BH9793

Gemeenschappelijk hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 23 februari 2010, *LJN* BL7900

Gemeensch. Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 11 januari 2011, *LJN* BP4031

Gerechtshof Arnhem 22 februari 2011, *LJN* BP5345

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, *LJN* BU9078

Rechtbank

Rb Almelo 31 januari 2007, *LJN* AZ9196

Rb Arnhem 14 februari 2007, *LJN* BA0057
Rb Dordrecht 27 juni 2007, *LJN* BB0178
Rb. Amsterdam 6 februari 2008, *LJN* BC7190
Voorzieningenrechter Rb Haarlem 6 maart 2008, *LJN* BC6684
Rb Rotterdam 23 april 2008, *LJN* BD2974
Rb Haarlem 14 mei 2008, *LJN* BD7608
Rb Utrecht 2 juli 2008, *LJN* BD6010
Rb Utrecht 22 oktober 2008, *LJN* BG3821
Rb Arnhem 3 december 2008, *LJN* BG7062
Rb Amsterdam 25 maart 2009, *LJN* BI2006
Rb Amsterdam 15 april 2009, *LJN* BI3549
Rb Arnhem 3 juni 2009, *LJN* BI9155
Rb. Den Haag 3 juni 2009, *LJN* BJ3251
Rb Utrecht 10 maart 2010, *LJN* BL7086
Rb. Utrecht 17 november 2010, *LJN* BO4289
Rb Amsterdam 23 maart 2011, *LJN* BQ9714
Rb Amsterdam 30 maart 2011, *LJN* BR2033
Rb Leeuwarden, 9 maart 2012, *LJN* BV9049.

Raad van Arbitrage voor de Bouw

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 08 september 2009, No. 30.528
Raad van Arbitrage voor de Bouw, 04 februari 2010, No. 30.869
Raad van Arbitrage voor de Bouw, 2 maart 2010, No. 31.123
Raad van Arbitrage voor de Bouw, 4 juni 2010, No. 32.186
Raad van Arbitrage voor de Bouw, 24 augustus 2010, No. 31.209
Raad van Arbitrage voor de Bouw, 29 april 2011, No. 32.517
Raad van Arbitrage voor de Bouw, 8 november 2011, No. 71.589
Raad van Arbitrage voor de Bouw, 1 december 2011, No. 32.662