

die, vriendelijk gezegd, al een scherpe prijs heeft moeten afgeven en in de veronderstelde realiteit van dat scenario en de voortgang van het werk (het ondertekenen van de overeenkomst, de uitvoering en de schade lijken in de tijd dicht op elkaar te zitten zie de chronologie van ro. 13a en 13e) kan men zich voorstellen dat de contractstukken die van hoofdaannemer afkomstig zijn niet diepgaand tegen het licht worden gehouden en/of terzake advies wordt gevraagd.

**21.** De alarmbellen moeten echter wel gaan rinkelen indien bij oppervlakkige lezing duidelijk is dat een contractpartij probeert een verzekeringsplicht te laten ontstaan waardoor op straffe van contractuele aansprakelijkheid een beroep kan worden gedaan op de polis van de ander. Dat is iets dat men zonder specialistische kennis bijna niet goed kan overzien. In het kader van deze noot las ik zoals gezegd nog wat polisvoorwaarden van bekende Nederlandse verzekeraars die online zijn te vinden, en het is bij de polissen die voor de bouw van belang zijn (CAR, AVB,

WMA) bij dit soort werkzaamheden/risico's een boeiende mix van primaire dekkingsomschrijvingen, uitsluitingen en insluitingen op uitsluitingen waarvan ik mij niet goed kan voorstellen dat, zoals hier, voor een onderaannemer het risico van verdwalen niet op de loer ligt.

#### Kanttekening 4: varia

**22.** Al met al: een niet onbegrijpelijke uitspraak die bij een ander debat ook wel anders had kunnen uitvallen. Ter afsluiting nog dit. Appel-arbiters bespreken als gevolg van de devolutieve werking van het hoger beroep een aantal weren waarbij ik voor wat betreft het verweer ex art. 6: 89 BW verwijs naar het inmiddels gewezen arrest van de Hoge Raad van 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593.<sup>11</sup> Als ik goed zie had dat arrest in deze zaak niet tot een andere uitkomst geleid.

F.R.A. Schaaf

<sup>11</sup> Zie daarover Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak nummer 2, maart 2015.

## Jurisprudentie – V. Overig privaatrecht

### TBR 2015/106

**Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, zaaknr. 200.111.309, ECLI:NL:GHARL:2014:3102 (Positief contractbelang bij afgebroken onderhandelingen)**

(Mr. Th. C.M. Willemse, mr. C.J.H.G. Bronzwaer en mr. F.W.J. Meijer)

**BW: art. 6:162**

**Afgebroken onderhandelingen. Positief contractbelang. Vaststellen omvang:**

**Met gastnoot J. van den Brink, Red.<sup>1</sup>**

#### 3. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.21 van het bestreden vonnis.

#### 4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

**4.1** Het gaat in dit geding kort samengevat over het volgende. Appellante heeft vanaf 16 februari 2006 een huisartsenpraktijk op het Universiteitsterrein, die vanaf juni 2006 is gevestigd in het gebouw De Sleutel van verhuurder

Woningstichting de Veste, ook wel Acasa genoemd (hierna: de Veste). Fysiotherapeut en tandarts, hadden hun praktijk op de campus eerst in porta cabins en later aan de Langezijds gevestigd. In februari 2007 hebben appellante, fysiotherapeut en tandarts het college van bestuur (CvB) van de Universiteit verzocht in te stemmen met de bouw van een gezondheidscentrum aan de Boulevard op de campus (hierna: het project). Bij brief van 3 april 2007 heeft secretaris van het CvB van de Universiteit, de gevraagde instemming gegeven en de voorwaarden gesteld waaraan het project moest voldoen. Een van de voorwaarden betrof het afsluiten van een erfpachtovereenkomst met de Universiteit.

**4.2** De initiatiefnemers hebben op 20 mei 2009 een onroerend goed maatschap opgericht. Op enig moment heeft tandarts besloten niet meer financieel verbonden te willen zijn aan het project. In de periode van oktober 2007 tot 9 november 2009 hebben onderhandelingen over de erfpachtvoorwaarden plaatsgevonden. Medio 2008 heeft de supervisor van de Universiteit het definitief ontwerp voor het gezondheidscentrum geaccordeerd. Op 4 december 2008 heeft de Universiteit een bouwvergunning aangevraagd voor het gezondheidscentrum. Deze bouwvergunning is op 9 juli 2009 verleend. Partijen hebben verder

<sup>1</sup> Jaco van den Brink is als advocaat werkzaam bij Bouwman Van Dommelen Advocaten te Hardinxveld-Giessendam.

overeenstemming bereikt over het bouwrijp maken van de grond.

**4.3** Aanvankelijk zou op 8 december 2009 de erfpachttakte bij de notaris worden verleden. Omdat fysiotherapeut en appellante het niet eens werden over de financiering, is dat niet doorgegaan. Op 13 april 2010 heeft Vastgoed Groep Drienerlo, de vastgoedbeheerder van de Universiteit, tandarts en fysiotherapeut aangezegd de praktijkruimtes aan de Langezijds per 1 juli 2010 te ontruimen. Bij brief van 28 april 2010 hebben appellante en fysiotherapeut contactpersoon van Vastgoed Groep Drienerlo, aangewezen als de contactpersoon namens de Universiteit, laten weten dat de maatschap is beëindigd. Zij verzoeken de erfpachttakte te wijzigen en tenaam te stellen op Medisch Centrum Campus Universiteit B.V. Appellante zal als enige het project financieren. In voormelde brief staat verder: "[fysiotherapeut] (...) en [tandarts] blijven in de gelegenheid om ruimte te huren in dit pand ter uitoefening van hun praktijk." Per e-mail van 20 mei 2010 laat contactpersoon na ingewonnen advies bij de bedrijfsjurist van de Universiteit, bedrijfsjurist, weten geen bezwaar te hebben tegen de wijziging van de tenaamstelling.

**4.4** Op 23 juni 2010 stuurt de notaris de laatste versie van de erfpachttakte per e-mail aan de betrokkenen alsmede separaat een volmacht aan de Universiteit. Hij vermeldt daarbij: 'Deze zal volgende week worden getekend door de heer [voorzitter] [voorzitter college van bestuur, hof], ik wil dan ook voorstellen deze akte begin volgende week te ondertekenen zodat erfpachter de benodigde gelden kan storten'.

**4.5** Rond 25 juni 2010 vernemen contactpersoon, bedrijfsjurist en secretaris dat appellante en tandarts bezig zijn om voor 10 jaar een praktijkruimte te huren in De Sleutel. Op maandag 28 juni 2010 om 9:09 stuurt secretaris een e-mail aan de vicepresident van het CvB van de Universiteit, en persoon 2 van De Veste met de volgende inhoud (productie 43 inleidende dagvaarding): '[appellante] heeft mij uitvoerig geïnformeerd. Omdat ik er het afgelopen jaar niet meer bij betrokken ben geweest kon ik zijn (kant van het) verhaal niet geheel verifiëren, maar de conclusies zijn volgens mij duidelijk: [appellante] (+ [tandarts]/tandarts) geven de voorkeur aan zelf bouwen. Het wedden op twee paarden komt voort uit de angst dat de erfpachtovereenkomst niet (danwel niet tijdig) tot stand zou komen. De tandarts was niet bereid om wederom een tijdelijke oplossing te moeten zoeken (inclusief investering) als er geen duidelijkheid was/is over de eindoplossing. Ze zullen dus ook geen langjarige verbinding met De Veste aangaan nu ze kunnen gaan bouwen. Wel willen ze graag in gesprek blijven voor een mogelijke tijdelijke oplossing voor de tandarts ([appellante] heeft gewoon nog een huurovereenkomst).'

**4.6** Bij e-mail van 28 juni 2010, 15:31 (productie 32 inleidende dagvaarding), laat

secretaris aan appellante met cc aan de andere betrokkenen weten: 'Op basis van alle informatie (van jou, van [persoon 2] en van de Veste) heeft [persoon 3] [[persoon 3], hof] besloten dat het niet in de rede ligt om nu een erfpachtovereenkomst te sluiten.'. Appellante wendt zich vervolgens op vrijdag 2 juli 2010 rechtstreeks tot persoon 3 met de volgende e-mail (productie 34 inleidende dagvaarding):

*'In reactie op de email van de heer [secretaris] dd maandag 28 juni heb ik getracht een afspraak met u te maken om ontstane situatie te bespreken. U heeft aangegeven dit gesprek niet te wensen. Ik mocht contact opnemen via e-mail is mij gemeld door uw assistent. (...) Ik verzoek u mij maandag 5 juli a.s. schriftelijk te berichten dat u zult overgaan tot ondertekening van deze overeenkomst [de erfpachtovereenkomst, hof] op woensdag de 7de juli a.s. (...) Indien u aangeeft niet te ondertekenen of in het geheel niet reageert, dan stel ik u en de Universiteit Twente aansprakelijk voor de reeds door mij geleden en nog te lijden schade als gevolg van het niet nakomen van de overeenkomst.'*

**4.7** Bij e-mail van 5 juli 2010, 9:01 (productie 34 inleidende dagvaarding), antwoordt persoon 3:

*'Er is helemaal geen sprake van een overeenkomst! (...) De ontstane situatie hebt U aan uzelf te wijten. Enerzijds met de Veste onderhandelen over een huurovereenkomst in de Sleutel en anderzijds proberen een erfpachtovereenkomst te bemachtigen, zogenaamd mede namens een tandarts die dat ten stelligste ontkent, gaat niet. Er wordt door de UT geen erfpachtovereenkomst met U getekend. In de Sleutel is ruimte; U kunt met De Veste een huurovereenkomst bestendigen/vastleggen en dat is het dan. Ik acht hiermee de discussie over dit onderwerp gesloten.'*

**4.8** Tandarts en appellante hebben op 7 en 8 juli 2010 een huurovereenkomst voor praktijkruimte voor de duur van 10 jaar gesloten met De Veste, welke overeenkomst zij eind juli 2010 aan De Veste hebben gestuurd. Zowel appellante als de Universiteit hebben via hun advocaten de overeenkomst, voor zover aanwezig, ontbonden, respectievelijk bij brief van 6 oktober 2010 en 15 november 2010.

**4.9** Appellante heeft in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat de Universiteit aansprakelijk is als gevolg van de gesloten en daarna ontbonden overeenkomst en veroordeling van de Universiteit tot betaling ten titel van schadevergoeding van in totaal € 2.529.632. Hij heeft primair aan de vordering ten grondslag gelegd dat met de Universiteit een overeenkomst strekkende tot het realiseren van het gezondheidscentrum is gesloten die op grond van wanprestatie van de Universiteit is ontbonden en subsidiair dat het afbreken van de onderhandelingen door de Universiteit onaanvaardbaar was. De Universiteit heeft verweer gevoerd. De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis niet het positief contractsbelang toewijsbaar geoordeeld maar wel de kosten die

appellante gedurende de onderhandelingen heeft moeten maken. Zij heeft een bedrag van € 119.052 toegewezen vermeerderd met rente. De proceskosten heeft de rechtbank gecompenseerd.

### In het principaal hoger beroep

**4.10** Dit hoger beroep heeft als inzet de Universiteit ook te doen veroordelen tot vergoeding van het positief contractsbelang. Blijkens zijn petitum in hoger beroep heeft appellante zijn eis verminderd in die zin dat de verklaring voor recht niet meer aan de orde is. Het hof zal de grieven zoveel mogelijk gezamenlijk zal bespreken.

**4.11** Naar het oordeel van het hof dient het verzoek van appellante, fysiotherapeut en tandarts van 21 februari 2007 en de instemming daarmee van de Universiteit op 3 april 2007 aangemerkt te worden als een (intentie)overeenkomst waaruit over en weer verplichtingen ontstonden om op de Universiteitscampus een gezondheidscentrum te vestigen. Daarbij is de Universiteit er vanuit gegaan dat in dit gezondheidscentrum in elk geval de drie initiatiefnemers gevestigd zouden worden. Ook toen in de loop der onderhandelingen bleek dat zowel tandarts als fysiotherapeut financieel afhaakten, hebben appellante en fysiotherapeut de Universiteit op 28 april 2010 nog medegedeeld dat fysiotherapeut en tandarts hun intrek konden nemen in het gezondheidscentrum. Daaruit leidt het hof af dat ook appellante zich bewust is geweest van de aanneming van de Universiteit. Op deze gronden neemt het hof aan dat partijen mede zijn overeengekomen dat in het gezondheidscentrum de drie initiatiefnemers gevestigd zouden worden, waarbij appellante kennelijk verantwoordelijk was voor de verhuur aan huisartsen. Daaraan doet niet af dat partijen ook hebben afgesproken dat andere zorgverleners zich in het gezondheidscentrum konden vestigen (artikel 27.4 van de erfpachtvoorwaarden).

**4.12** Partijen hebben zich nadien ingespannen de verplichtingen uit de intentieovereenkomst na te komen en de voorwaarden te vervullen. Anders dan de Universiteit in hoger beroep betoogt, kan het enkele feit dat dit proces enkele jaren heeft geduurd niet redengevend zijn voor een gesteld afnemend vertrouwen van de Universiteit. Niet alleen blijkt uit geen enkel stuk dat de Universiteit geen brood meer zag in het project, in de jaren 2007 tot medio 2010 hebben de initiatiefnemers en de verschillende betrokkenen van de Universiteit bovendien regelmatig contact gehad. Een en ander blijkt genoegzaam uit het op dit punt onvoldoende gemotiveerde betwiste feitenrelaas van appellante in de inleidende dagvaarding en de daarbij behorende producties (augustus-november 2009 uitwisseling concepten erfpachttakte, november-december correspondentie over kadastrale en adresgegevens, februari 2010 doorbelasting leges bouwvergunning, april/mei 2010 correspondentie over wijziging rechtspersoon). De periode decem-

ber 2009 tot maart 2010 heeft appellante benut om een nieuwe financiering voor het project te verkrijgen hetgeen volgens hem ook is gelukt (waarover hierna meer). Van een - aan appellante te verwijten - impasse of radiostilte is niet gebleken.

**4.13** Rimpelingen tijdens het onderhandelingsproces heeft appellante kenbaar gemaakt en de Universiteit heeft deze ter kennisname aangenomen en voor zover vereist, geaccordeerd (bijvoorbeeld de omzetting van de maatschap naar de BV). Uit het feitenrelaas volgt niet dat de Universiteit op enig moment jegens [appellante] twijfel heeft geuit, hem heeft aangemaand dan wel op andere wijze heeft laten blijken er geen brood meer in te zien. Het andersluidende betoog van de Universiteit, dat overigens niet feitelijk is geconcretiseerd, passeert het hof dan ook.

**4.14** Medio 2010 was alles rond. Het ontwerp was geaccordeerd, de bouwvergunning was verleend en de erfpachtvoorwaarden waren geaccordeerd. De (enige) reden dat de Universiteit in de persoon van persoon 3 toen alsnog de stekker eruit trok, is dat haar ter ore was gekomen dat appellante en tandarts met De Veste een tienjarig huurcontract wilden afsluiten voor een praktijkruimte in De Sleutel. De Universiteit heeft hieruit namelijk afgeleid dat appellante van plan was een tweede medisch centrum op te richten. Zij heeft dit gekwalificeerd als 'wedden op twee paarden' en een schending van het benodigde vertrouwen. Zij heeft vervolgens de contacten met appellante direct verbroken.

**4.15** In het licht van bovenstaande feiten en omstandigheden dient het hof te beoordelen of het de Universiteit eind juni 2010 vrij stond om de onderhandelingen af te breken of dat dat onaanvaardbaar was. Daarbij stelt het hof het volgende voorop. Als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen - die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen - vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de

achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen (vgl. HR 23 oktober 1987, nr. 12999, *Nf* 1988, 1017, rov. 3.1; HR 4 oktober 1996, nr. 16062, *Nf* 1997, 65, rov. 3.5.2.2; HR 14 juni 1996, nr. 16008, *Nf* 1997, 481, rov. 3.6).

**4.16** Naar het oordeel van het hof kan uit het verloop van de onderhandelingen en het punt die deze eind juni 2010 hadden bereikt - de erfpachtovereenkomst zou binnen enkele dagen worden ondertekend, aan alle door de Universiteit gestelde voorwaarden voor de bouw van het gezondheidscentrum was voldaan - niet anders worden geconcludeerd dan dat appellante er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de Universiteit haar medewerking zou verlenen aan het verlijden van de akte. Daarmee zou hetgeen voorzien was bij de intentieovereenkomst van 3 april 2007 vervuld zijn. Beide partijen hadden belang bij het project. Centralisatie van zorgverleners op één plek was een al lang gekoesterde wens van de Universiteit. Ook voor appellante, fysiotherapeut en tandarts vielen er voordelen te behalen bij concentratie van zorg. Bovendien hadden fysiotherapeut en tandarts steeds tijdelijk praktijkruimte gehuurd met investeringen en de onzekerheid vandien. Het te bouwen gezondheidscentrum bood een langer perspectief. Tot slot heeft appellante, als uiteindelijke financier van het project, aanzienlijke kosten gemaakt om het project van de grond te krijgen (adviseurkosten, leges bouwvergunning). De betrokkenen namens de Universiteit (met name bedrijfsjurist, secretaris en contactpersoon) hebben in een voortdurend overleg met appellante toegewerkt naar het slagen van het project. Onvoldoende weersproken is dat het college van bestuur (persoon 3) tussentijds regelmatig op de hoogte is gesteld van de ontwikkelingen en inbreng heeft gehad in de onderhandelingen.

**4.17** Voor de Universiteit is kennelijk als een onvoorziene omstandigheid opgekomen dat appellante met tandarts praktijkruimte in De Sleutel wilde betrekken, waarna de Universiteit geweigerd heeft nog met appellante te praten. Naar het oordeel van het hof is de reden voor het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar, mede gelet op het stadium waarin partijen op dat moment verkeerden. Daartoe is het volgende redengevend.

**4.18** Appellante heeft aangevoerd dat hij nimmer van plan is geweest in De Sleutel een tweede medisch centrum op te richten. Vanwege het - niet weersproken - feit dat tandarts moest omzien naar andere praktijkruimte en appellante op korte termijn ook, hebben zij contact gelegd met De Veste - waar appellante al andere ruimte huurde - om de mogelijkheden te bezien. Tandarts had de voorkeur voor een langdurig huurcontract omdat hij geen vertrouwen meer had in het slagen van het project. Volgens zijn verklaring (productie 42 bij inleidende dagvaarding) was dit vanwege zijn eerdere ervaringen met de Universiteit die telkens

op een teleurstelling waren uitgelopen. De intentie was echter nog steeds om een gezondheidscentrum te bouwen. Dit blijkt ook uit het relaas van secretaris in de e-mail van 28 juni 2010 te 9.09 uur aan het CvB (zie hiervoor onder 4.5). Dat secretaris daar later (telefoonnotitie 30 mei 2011, productie 5 bij conclusie van dupliek) over verklaart dat appellante over zijn activiteiten met De Veste een ontwijkend antwoord gaf, maakt dit niet anders, temeer omdat appellante ook volgens deze verklaring van secretaris heeft medegedeeld dat hij nog steeds wilde bouwen en dat hij nog steeds de andere disciplines vertegenwoordigde.

**4.19** Hiertegenover heeft de Universiteit geen concrete feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit desondanks zou volgen dat appellante dubbelspel speelde en van twee walletjes wilde eten, zoals de Universiteit op grond van mededelingen van derden kennelijk heeft aangenomen. Daarbij komt dat Vastgoed Groep Drienerlo zowel betrokken was bij het project als contactpersoon voor de Universiteit als bij de verhuur van bedrijfsruimtes op de campus. Vastgoed Groep Drienerloo heeft op 13 april 2010 het einde van de huur aan tandarts en fysiotherapeut aangezegd per 1 juli 2010 en wist dat de huur van appellante aan de Langezijds per 1 september 2010 zou eindigen. Dat en onder welke condities zij voor de initiatiefnemers (duurzaam) vervangende bedrijfsruimte voorhanden had, heeft de Universiteit niet toegelicht. De initiatiefnemers moesten daarom omzien naar nieuwe praktijkruimte. Uiteindelijk is fysiotherapeut aan de Langezijds gebleven en is tandarts met De Veste gaan praten. Dat tandarts liever opteerde voor een 10 jaarstermijn voor het geval het project geen doorgang zou vinden, is zonder meer te begrijpen tegen de achtergrond dat tandarts al een aantal keren eerder op het Universiteitsterrein een tijdelijke praktijkruimte heeft moeten inrichten. Uit het feitenrelaas volgt bovendien dat tandarts en appellante de huurovereenkomst voor de duur van 10 jaar niet eerder hebben getekend dan nadat persoon 3 op 5 juli 2010 de deur definitief had dichtgegooid en een gesprek niet mogelijk bleek. Tandarts en appellante hebben toen - terecht - geconcludeerd dat het project van de baan was.

**4.20** Het hof acht het gelet op het stadium waarin het project zich bevond, de kenbare belangen van appellante en de tot dan toe relatief rimpelloze onderhandelingen tussen partijen niet goed te begrijpen waarom de Universiteit eind juni 2010/begin juli 2010 appellante niet heeft toegestaan zijn positie toe te lichten. In de processtukken is daarvoor ook geen verklaring te vinden. Aangenomen kan weliswaar worden dat de breuk wellicht niet had plaatsgevonden indien appellante de Universiteit op de hoogte had gesteld van de onderhandelingen over huurruimte in De Sleutel voor het geval het project niet - op korte termijn - doorgang zou vinden, maar hij was hiertoe naar het

oordeel van het hof niet verplicht. Naar verkeersopvattingen bestaat er geen mededelingsplicht voor de contractpartner aangaande de alternatieven die hij onderzoekt voor het geval het beoogde contract geen of later dan verwacht doorgang vindt. Overigens heeft appellante volgens de stellingen van de Universiteit contactpersoon op 24 juni 2010 wél ingelicht over zijn onderhandelingen met De Veste. Wat hier ook van zij, onvoldoende gesteld is dat appellante de Universiteit bewust onjuist zou hebben geïnformeerd over zijn intenties met het gezondheidscentrum en dat is waar het partijen om ging.

**4.21** Het hof oordeelt op grond van het bovenstaande dan ook dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar was. Dit brengt mee dat de Universiteit schadelijkt is, waarbij appellante de schade stelt op het positief contractbelang.

**4.22** Het hof stelt voorop dat in een geval als het onderhavige in beginsel het positief contractbelang kan worden toegewezen, maar dat dit afhankelijk is van alle feiten en omstandigheden, mede in onderling verband bezien. Daarnaast geldt dat de rechter ingevolge artikel 6:97 BW de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en, wanneer de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, de schade wordt geschat. Tegen deze achtergrond zal het hof de van belang zijnde feiten en omstandigheden bespreken.

**4.23** De Universiteit heeft in haar processtukken twijfels geuit over een succesvol vervolg van het project. Deze twijfels betreffen de vragen of het appellante en tandarts eind juni 2010 nog vrij stond om een kortere dan een tienjarige huurovereenkomst met De Veste aan te gaan (zoals appellante heeft betoogd), of appellante de financiering rond had voor de bouw van het gezondheidscentrum en of tandarts en fysiotherapeut - op termijn - het gezondheidscentrum zouden hebben betrokken. Omdat de Universiteit niet heeft weersproken dat tandarts en appellante de huurovereenkomst pas op 23 juli 2010 hebben verstuurd naar De Veste, staat vast dat appellante en tandarts niet eerder dan eind juli 2010 een huurovereenkomst met De Veste hebben gesloten (zie ook productie 1 bij conclusie van antwoord, een e-mail van 25 juni 2010 van bedrijfsjurist). Hieruit volgt dat appellante en tandarts vóór het afbreken van de onderhandelingen op 5 juli 2010 nog niet gebonden waren aan een huurovereenkomst. Tandarts heeft voorts schriftelijk verklaard (productie 42 bij inleidende dagvaarding) dat hij zich in het gezondheidscentrum wilde vestigen en zich daartoe contractueel had verbonden. Fysiotherapeut heeft verklaard dat hij nog steeds voordelen zag om met andere disciplines in het centrum te zitten onder het gebruikelijke voorbehoud voor de aan te bieden huurvoorwaarden (telefoonnotitie van de advocaat van de Universiteit, productie 4 bij conclusie van

dupliek). Tot slot geldt dat, ook indien moet worden aangenomen dat de financiering (nog) niet rond was, er onvoldoende aanleiding is om als vaststaand aan te nemen dat appellante die financiering voor de realisatie van het gezondheidscentrum op termijn niet rond zou kunnen krijgen. In dit kader weegt mee dat partijen geen fatale termijn hebben afgesproken binnen welke het gezondheidscentrum gerealiseerd zou moeten zijn. Op grond van deze feiten en omstandigheden kan niet worden aangenomen dat het project vanwege voor risico van appellante komende omstandigheden per definitie geen doorgang zou vinden.

**4.24** Verder overweegt het hof bij de vraag welke schadevergoeding passend is dat het sluiten van de erfpachtovereenkomst slechts een eerste stap was naar de realisering van het project. In de uitwerking en ontwikkeling van een dergelijk project kunnen - naast het afketsen van de financiering - zaken voorvallen die alsnog voor een fiasco zorgen dan wel de rendementen eruit sterk kunnen drukken. Het door appellante beweerdelijk gemiste voordeel lag dan ook niet voor het oprapen. Daarbij komt dat niet is gesteld noch gebleken dat het om een unieke kans ging, zodat mag worden aangenomen dat de inspanningen en kosten van appellante ter zake de bouwplannen en de financiering alsmede zijn contacten met zorgverleners ook elders rendabel gemaakt (hadden) kunnen worden, zeker indien een schadetermijn van 30 jaar - de erfpachtduur - in acht wordt genomen (zoals appellante doet). Aannemelijk is wel dat realisatie elders enige tijd in beslag zou hebben genomen. Vergoeding van gemiste rendementen zoals appellante die vordert over periode van 30 jaar ligt daarom niet voor de hand.

**4.25** Wat de reeds gemaakte kosten ter hoogte van € 119.052 betreft, overweegt het hof dat appellante door het handelen van de Universiteit geen kans heeft gehad om op de beoogde locatie de kosten terug te verdienen. Anderzijds moet worden aangenomen dat appellante eveneens kosten had gemaakt indien de Universiteit van aanvang niet met appellante in zee was gegaan, dan wel veel eerder dan in juni 2010 een einde aan de onderhandelingen had gemaakt (acquisitiekosten).

**4.26** Op grond van het onder 4.23 tot en met 4.25 overwogene oordeelt het hof dat de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld zodat deze geschat moet worden. Het hof schat en stelt de geleden schade vast op € 125.000. Daarbij heeft het hof aangesloten bij een deel van de reeds gemaakte kosten (vgl. productie 46 bij inleidende dagvaarding) waarvan kan worden aangenomen dat deze geen nut zullen hebben bij realisering van een gezondheidscentrum op een andere locatie. Het gaat daarbij in het bijzonder om de kosten voor de leges, de erfpacht en advieskosten van de VvAA en voor grondmechanica. Daarnaast

heeft het hof rekening gehouden met een mogelijk gemist rendement gedurende een beperkte periode, waarbij het hof de bandbreedte van in opdracht van appellante berekende aanvangsnettoerendementen per jaar tussen € 31.625 en € 50.337 in acht heeft genomen alsmede het verweer van de Universiteit dat resulteert in een (licht) negatief exploitatiere-sultaat (vgl. conclusie van repliek randnummer 54).

**4.27** Gelet op al het bovenstaande slaagt het principaal hoger beroep deels en faalt het voor het overige. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en aan [appellante] zal een bedrag van € 125.000 worden toegewezen. De Universiteit zal worden veroordeeld in de proceskosten. Het hof ziet aanleiding om de kosten in het hoger beroep tussen partijen te compenseren.

### In het incidenteel hoger beroep

**4.28** In het incidenteel hoger beroep keert de Universiteit zich tegen de aangenomen aansprakelijkheid voor de gemaakte kosten (grief 1) en tegen de begroting van het schadebedrag op € 119.052 (grief 2). Op grond van bovenstaande oordelen faalt de eerste grief. De tweede grief behoeft verder geen bespreking omdat het hof de schade, met inachtneming van het door de Universiteit betoogde, heeft geschat. Ten overvloede overweegt het hof dat de Universiteit de gestelde reeds gemaakte kosten ook in hoger beroep onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken, zeker wat het de hiervoor onder 4.26 in aanmerking genomen posten betreft. Het bestreden vonnis zal in het incidenteel hoger beroep worden bekrachtigd met veroordeling van de Universiteit in de proceskosten van appellante. (*Enz., enz., Red.*)

### NOOT

**1.** Onderhandelingen zijn niet altijd vrijblijvend. Projectontwikkelaars, aannemers en opdrachtgevers die over een transactie onderhandelen, moeten zich gedragen overeenkomstig de eisen van de 'goede trouw' (zie HR 15 november 1957, NJ 1958, 67, *Baris/Riezenkamp*). Men moet rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, en met gewekte verwachtingen, en dat kan betekenen dat een partij zich niet zomaar mag terugtrekken uit onderhandelingen. Afbreken van onderhandelingen is dan onrechtmatig en leidt tot een schadevergoedingsplicht.<sup>2</sup>

**2.** Het is niet verwonderlijk dat over de invulling van deze eisen zeer veel jurisprudentie bestaat. Evenmin is verwonderlijk dat een belangrijk deel van deze jurisprudentie op vastgoedperikelen betrekking heeft. In deze sector gaat het immers vaak om complexe, langdurig voorbereide transacties. Het ideaaltypische vragenpatroon in dergelijke jurisprudentie ziet er als volgt uit:

- Was er al sprake van enige wilsovereenstemming, waaraan partijen gebonden zijn?
- Was het afbreken van de onderhandelingen door de gedaagde partij rechtmatig?
- Is er aanleiding voor schadevergoeding? Zo ja, welke schade moet worden vergoed?

**3.** In het hier besproken arrest (van het Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 15 april 2014) ging het in de appelfase alleen nog om de twee laatstgenoemde vragen. In het vervolg van deze annotatie geef ik eerst enkele hoofdlijnen weer over de vraag wanneer 'afbreken' ongeoorloofd is. Daarna komt aan de orde wanneer er ruimte is voor de verschillende vormen van schadevergoeding.

### Afbreken onrechtmatig

**4.** Of het afbreken van onderhandelingen tot schadeplichtigheid leidt, vereist een 'onrechtmatigheidsstoets' ex artikel 6:162 BW. Wanneer is het onrechtmatig om onderhandelingen te staken? De 'standaardoverweging' hieromtrent, te vinden in r.ov. 4.15 van het hier besproken arrest, is afkomstig uit het arrest HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (*CBB/JPO*) en luidt als volgt:

*'Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen - die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen - vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.'*

De Hoge Raad benadrukte hierbij dat het gaat om een 'strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf' (r.ov. 3.7).

**5.** De jurisprudentie over dit thema is casuïstisch. Daar is een goede reden voor: elke casus vraagt om recht te doen aan wat partijen in de concrete zakelijke situatie naar billijkheid van elkaar mochten verwachten. Maar dat betekent wel dat het moeilijk is om criteria strak af te bakken.

**6.** Zo is onduidelijk in hoeverre beslissend is of de schadelijgende partij 'gerechtvaardigd mocht vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst': is dit een noodzakelijke voorwaarde voor het oordeel dat afbreken onrechtmatig is. De geciteerde standaardoverweging suggereert dat ook 'de andere omstandigheden van het geval' tot het onrechtmatigheidsoordeel kunnen leiden (zo ook: HR 23 oktober 1987, NJ 1988/1017, *VSH/Shell*).

**7.** Toch zijn er vrijwel geen jurisprudentievoorbeelden bekend waarin dit gebeurt. Verder bepaalde de Hoge Raad in het arrest HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855 (*X/Shell*) dat dit totstandkomingsvertrouwen een noodzakelijke voorwaarde is voor een plicht tot vergoeding van het 'positief contractsbelang'. Dit laatste duidt op het vergoeden van misgelopen revenuen uit de beoogde overeenkomst (waarover hierna meer), welke vergoedingsplicht het Hof

<sup>2</sup> Zie ook M.R. Ruygvoorn, 'Afgebroken onderhandelingen en de juridische kwalificatie van voorbehouden', TBR 2010/123.

in het hier besproken arrest koppelt aan het onrechtmatig afbreken. Als enerzijds het beschamen van een gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen noodzakelijk is voor een vergoedingsplicht van positief contractsbelang, en anderzijds deze vergoedingsplicht regel is bij het onrechtmatig afbreken, dan zou de logische conclusie zijn dat schending van totstandkomingsvertrouwen noodzakelijk is voor het onrechtmatigheidsoordeel. De Hoge Raad heeft echter nog niet bevestigd dat vergoeding het positief contractsbelang dient te zijn bij onrechtmatig afbreken (zoals het Hof in het hier besproken arrest aanneemt). Als tussenconclusie kan dan ook worden vastgesteld dat de jurisprudentie, 33 jaar na *Plas/Valburg*, nog volop in ontwikkeling is.

**8.** Het totstandkomingsvertrouwen kan ook een *voldoende* voorwaarde zijn voor de onrechtmatigheid van het afbreken, maar dat hoeft niet zo te zijn. Denkbaar is dat de afbrekende partij legitieme redenen heeft om zich alsnog terug te trekken, ook al had zij bij de andere partij het vertrouwen in een te sluiten overeenkomst gewekt. Bijvoorbeeld doordat zich een onvoorzien obstakel voordoet waardoor van de afbrekende partij niet gevegd kon worden de onderhandelingen voort te zetten, ondanks een gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen (zie bijvoorbeeld HR 14 juni 1996, *NJ 1997/487, MBO/De Ruijterij*, waarin de afbrekende partij als steekhoudend excuus aanvoerde dat op enig moment de vereiste toestemming vanuit de houdstermaatschappij kwam te ontbreken).

**9.** Aan de procedure in het hier besproken arrest was een onderhandelingstraject van drie jaar voorafgegaan, over een erfpachtcontract. Een medisch collectief zou een gezondheidscentrum in gebruik gaan nemen, dat toebehoorde aan de Universiteit Twente. Enkele dagen voor ondertekening echter blies de universiteit alles af.

**10.** Zowel in eerste als in tweede aanleg oordeelde de rechter dat deze beëindiging onrechtmatig was. In r.ov. 4.16 geeft het Hof aan waarom naar zijn oordeel een gerechtvaardigd vertrouwen bij de medici was gewekt op totstandkoming van de overeenkomst. Vervolgens oordeelt het Hof de reden voor het afbreken die de universiteit aanvoerde: de medici waren ondertussen ook in gesprek geweest met een andere huisvester om een alternatief achter de hand te hebben. Aan de medici was echter door de universiteit niet de gelegenheid geboden om deze handelwijze uit te leggen, en duidelijk te maken dat de universiteit geen reden tot wantrouwen had. Dit achtte het Hof, gelet op de omstandigheden, 'niet goed te begrijpen' (r.ov. 4.20). Nu er sprake was van gewekt vertrouwen bij de medici en zij ook een groot belang hadden bij totstandkoming, en daarnaast de universiteit geen billijke grond gaf voor het afbreken, was dit onaanvaardbaar en onrechtmatig.

**11.** Het arrest sluit voor wat betreft het onrechtmatigheidsoordeel terecht aan bij de vaste jurisprudentie hieromtrent, in de voetsporen van *CBB/JPO*. Kort samengevat: het totstandkomingsvertrouwen geldt als het voornaamste criterium. Is dit geschonden, dan is afbreken onrechtmatig, tenzij sprake was van een 'rechtvaardigings-

grond' aan de zijde van de Universiteit Twente.

### Ter vergelijking: afbreken geoorloofd

**12.** Om het hier geschetste beeld meer reliëf te geven wijs ik nog kort op een arrest van het Hof Den Bosch van 11 maart 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:666), waarin het afbreken niet als onrechtmatig werd beschouwd. In deze casus leek de koopovereenkomst inzake een bedrijfspand door partijen bijna rond, toen plotseling bleek dat er nog stevig onderhandeld moest worden over aansprakelijkheid voor de bodemgesteldheid. Partijen kwamen er uiteindelijk niet uit. Het Hof stelde vast dat partijen vanaf het begin 'op een verschillend spoor' hadden gezeten ten aanzien van de bodemkwaliteit. Geen van beide partijen kon hierover een duidelijk verwijt worden gemaakt. Afbreken was onder deze omstandigheden geoorloofd.

### Schadevergoeding: twee vormen

**13.** De Twentse universiteit was wel schadeplichtig en dit brengt mij bij het schadevergoedingsvraagstuk. In dit verband laten zich namelijk twee 'typen schade' onderscheiden. Vergoeding van het 'negatief contractsbelang' moet de benadeelde in de toestand brengen waarin hij zonder onderhandelingen zou hebben verkeerd: bepaalde kosten, gemaakt in de verwachting van een overeenkomst, moeten worden vergoed. Het 'positief contractsbelang' ziet op een schadeberekening waarbij de benadeelde in de toestand moet worden gebracht als ware de overeenkomst tot stand gekomen: de misgelopen revenuen uit de overeenkomst moeten worden uitbetaald. Welke schade moet worden vergoed?

**14.** De appelprocedure voor het hier besproken arrest was ingesteld vanwege deze vraag. De rechtbank had namelijk alleen vergoeding toegewezen van het negatief contractsbelang. Dit achtte het Hof onjuist: het 'stelt voorop dat in een geval als het onderhavige in beginsel het positief contractsbelang kan worden toegewezen...' (r.ov. 4.22). Dat is een opmerkelijke overweging. De rechtspraak was doorgaans terughoudender met vergoeding van deze vorm van schade. Bijvoorbeeld in HR 15 december 2006, (*RvdW 2007/5, Planoform/ABN AMRO*) werd in drie instanties geoordeeld dat afbreken onrechtmatig was, en dat het negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking kwam.

### Dilemma

**15.** Het arrest valt op dit punt dus uit de toon, te midden van jurisprudentie die weliswaar niet eenduidig voor het negatief contractsbelang kiest, maar ook niet eenduidig deze koppeling legde tussen onrechtmatig afbreken en vergoeding van het positief contractsbelang. De duidelijkheid die het Hof wil scheppen is toe te juichen, maar anderzijds kan het strak handhaven van deze regel leiden tot onevenredig hoge schadevergoedingen. Ook de literatuur laat zien dat hier een lastig dilemma speelt. Enerzijds lijkt de redenering onontkoombaar: als afbreken onrechtmatig is, moet de benadeelde worden gebracht in de toestand zoals die er

'zonder afbreken' uit zou hebben gezien, dus *met* een contract. Anderzijds kan dit onder omstandigheden zo ingrijpend uitpakken, dat de vraag is of dit wenselijk is.

**16.** Het Hof lijkt voor dit dilemma te zijn geplaagd, en lost het elegant op door de omvang van het positief contractsbelang op terughoudende wijze vast te stellen. Het Hof vervolgt de zojuist geciteerde zinsnede (in beginsel het positief contractsbelang toewijsbaar): met de veelzeggende woorden: '... maar dat dit afhankelijk is van alle feiten en omstandigheden', waarbij het Hof dus doelt op de omvang van dit positief contractsbelang. Het erfpachtcontract had een beoogde duur van 30 jaar, maar het Hof gaat ervan uit dat zich voor de medici binnenkort opnieuw een goede huisvestingsmogelijkheid zal voordoen. De gedeerde revuuen worden daarom over een beperkt aantal jaren genomen, waardoor de schatting van de schade door het Hof nauwelijks hoger uitvalt dan het bedrag aan voorbereidingskosten dat de Rechtbank had toegewezen.

### Vergoeding op grond van billijkheid

**17.** Deze principiële keuze van het Hof voor het positief contractsbelang roept de vraag op in welke gevallen dan het negatief contractsbelang voor toewijzing in aanmerking komt. Sommige uitspraken bieden voor vergoeding van deze kosten een mogelijkheid in gevallen waarin het de afbrekende partij vrij staat de onderhandelingen te beëindigen, maar de billijkheid toch eist dat aan de andere partij bepaalde kosten worden vergoed die gemaakt zijn in het kader van de voorbereidingen.

**18.** Dat het Hof Arnhem-Leeuwarden deze visie 'aanhangt' blijkt uit zijn arrest d.d. 11 maart 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:1998). Ik citeer uit r.ov. 3.11: *'Nu het hof heeft vastgesteld dat het [geïntimeerde] in de gegeven omstandigheden vrij stond de onderhandelingen met [appellanten] af te breken, dient nog de vraag beantwoord te worden of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat [geïntimeerde] de door [appellanten] in het kader van die onderhandelingen gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor zijn rekening neemt.'*

Dezelfde werkwijze is te zien in een vonnis van de Rechtbank Oost-Brabant d.d. 9 juli 2014 (ECLI:NL:RBOBR:2014:3762).

**19.** Deze jurisprudentie roept echter vraagtakens op bij de verbintenisrechtelijke grondslag voor deze schadevergoeding. Er is niet onrechtmatig gehandeld, maar de verbintenis vloeit voort uit de billijkheid, aldus deze uitspraken.

**20.** Nu is schadevergoeding op grond van billijkheid niet helemaal zonder precedent, zie bijvoorbeeld

het arrest van de Hoge Raad (2 april 1993, NJ 1995, 94) in *Cattier/Waanders*. Getuige de annotatie van Brunner was daar ook toen echter wel kritiek op, en kan het arrest ook anders worden gelezen; het voert te ver om daar hier op in te gaan. Hoe dan ook: mijns inziens is de aanname dat de buitencontractuele goede trouw een zelfstandige bron kan zijn van een verplichting tot schadevergoeding, wel een erg ingrijpende aanvulling op het wettelijk stelsel. Niet voor niets is tenslotte het uitgangspunt dat eenieder zijn eigen schade draagt, en dat enig risico nu eenmaal inherent is aan het maken van onderhandelingskosten terwijl geen zekerheid bestaat over het resultaat.

### Kader

**21.** Ik vraag mij dan ook af of het niet juister is om alleen te veroordelen tot schadevergoeding als er onrechtmatigheid is. Daarbij blijkt er behoefte te zijn aan verfijning van de onrechtmatigheidsvraag: het enkele criterium of afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar was blijkt immers onduidelijke of onbevredigende consequenties te kunnen hebben voor de vraag omtrent schadevergoeding.

**22.** Wellicht is het mogelijk om dergelijke casus aan de hand van de volgende vragen te beoordelen:

a. Mocht de schadelijdende partij van de ander verwachten dat deze geheel zou meewerken aan 'ondertekening', op grond van verklaringen, gedragingen en wederzijdse belangen? Zo ja, dan was het afbreken om die reden onrechtmatig, en ligt vergoeding van het positief contractsbelang in de rede. Zo nee, dan komt de rechter toe aan de volgende vraag.

b. Heeft de schadelijdende partij in het kader van de voorbereidingen kosten gemaakt waarvan de wederpartij moest begrijpen dat deze uitsluitend gemaakt werden vanwege de verwachting dat deze door middel van de te sluiten overeenkomst konden worden terugverdiend? Zo ja, dan was afbreken onrechtmatig voor zover daarbij dit belang van de schadelijdende partij onvoldoende heeft meegewogen. De schade die van deze onrechtmatigheid het gevolg is, is beperkt tot (een deel van) het negatief contractsbelang.

**23.** Op deze wijze zou de rechtspraak kunnen winnen aan voorspelbaarheid, waar het gaat om de vorm van schade die in gevallen van afgebroken onderhandelingen moet worden vergoed. Daarnaast verdraagt dit model zich beter met de regel dat alleen bij onrechtmatigheid schade wordt vergoed. Ten slotte draagt deze verfijning bij aan een bevredigende oplossing van het dilemma uit het hier besproken arrest.

J. van den Brink