

---

## Onderhandelingen afbreken .... alle vrijheid of ... toch niet?

**Afbreken onderhandelingen.** Bij onderhandelingen over aan/verkoop van ondernemingen kan het twee kanten opgaan: de transactie komt tot stand of niet. Wil een koper of verkoper de onderhandelingen afbreken, dan kan het ook twee kanten opgaan: de ander accepteert het afbreken of niet. Over 2009 heb ik 53 gepubliceerde uitspraken geteld over dit onderwerp. Dat geeft al aan dat hierover de nodige geschillen (zijn) ontstaan. Reden genoeg om dit onderwerp eens nader onder de loep te nemen.

**Norm – wat geldt als uitgangspunt?** Het arrest HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg) is lange tijd normgevend geweest: de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen wordt beoordeeld naar 3 fasen: in fase 1 is afbreken van de onderhandelingen geoorloofd, in fase 2 is afbreken alleen geoorloofd als bepaalde kosten en schade van de ander worden vergoed en in fase 3 is afbreken niet meer geoorloofd en moet schade worden vergoed, bestaande uit het positieve contractsbelang (kort gezegd de gederfde winst, nu het beoogde contract niet tot stand is gekomen).

In 2005 is het arrest CBB/JPO (HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467) gewezen dat sindsdien maatgevend is bij beoordeling van geschillen over afgebroken onderhandelingen. De uitspraak ziet op de vraag wanneer vergoeding van het positieve contractsbelang bij onterecht afgebroken onderhandelingen mogelijk is. De norm luidt - verkort weergegeven - als volgt:

*“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 tot stand komen 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. ...”*

→Een wat lastig te begrijpen maatstaf, maar waar het op neerkomt is dat de Hoge Raad in CBB/JPO duidelijk heeft gesteld dat aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen niet snel mag worden aangenomen. De contractsvrijheid wordt vooropgesteld, terwijl over de in Plas/Valburg genoemde 3 fasen niet expliciet meer wordt gesproken.

**Jurisprudentie 2009 over afbreken onderhandelingen.** In de jurisprudentie komt naar voren dat veelal aan de norm van CBB/JPO wordt getoetst, met als uitkomst dat vorderingen tot dooronderhandelen of schadevergoeding vaak worden afgewezen. Doch dat is niet altijd het geval. Het blijft oppassen. Welke spelregels of tips zijn te geven?

1. Realiseert u zich goed dat een overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding. Daartoe is de wil van verkoper en koper bepalend en vervolgens hoe die wil via verklaringen en gedrag tot de ander gericht is geweest.

*Met andere woorden:* hoe duidelijker verkoper of koper een (bevoegd en onvoorwaardelijk) aanbod heeft neergelegd (met daarin bijvoorbeeld opgenomen als essentialia de over te dragen activa, de prijs daarvan en de beoogde leveringsdatum), hoe groter de kans dat bij aanvaarding daarvan door de ander de (beoogde) overeenkomst tot stand is gekomen. Is dat het geval, dan zijn partijen daaraan gebonden en is afbreken een moeizaam verhaal. Belangrijk is dus om op voorhand goed te bepalen wat men wil. Gebondenheid: wees dan duidelijk. Geen (directe) gebondenheid: wees voorzichtiger (zie ook hieronder). Noem bijvoorbeeld een richtprijs of bandbreedte aangaande de beoogde prijs, hetgeen dan hooguit als een vrijblijvende uitnodiging kan worden gezien om in onderhandeling te treden. Aanvaarding leidt dan niet direct tot een overeenkomst.

2. Wenst een partij graag een bedrijf te (ver)kopen en de ander aan zich binden, dan is het zinvol exclusiviteit af te spreken. Exclusiviteit legt veelal een zwaardere plicht tot (door)onderhandelen op. Wenst een (ver)koper daarentegen niet te snel gebonden te raken, spreek dan juist geen exclusiviteit af. Geef aan dat (vooralsnog) vrijblijvend wordt gesproken.
3. Wenst een koper niet direct gebonden te worden, stel dan schriftelijk een of meerdere voorbehouden op, zoals benodigde voorafgaande goedkeuring van: de moedermaatschappij, het volledige bestuur, de Raad van Commissarissen (RvC), de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AVA) en/of van de Ondernemingsraad. Ook kan natuurlijk worden gedacht aan een (zorgvuldig geformuleerd) financieringsvoorbehoud of aan de afspraak dat koper van de deal mag afzien indien de uitkomst van het due diligence onderzoek niet bevalt.

Belangrijk is de voorbehouden uitdrukkelijk en schriftelijk te maken en daar desgewenst consequent (mondeling en schriftelijk) aan te blijven vasthouden. Als bijvoorbeeld met medeweten van de verkoper gedurende de onderhandelingen ruggespraak met AVA of RvC heeft plaatsgevonden, dan kan daarvan het gevolg zijn dat een ter zake gemaakt voorbehoud geen stand houdt. Dus: overlegt u bijvoorbeeld met AVA of RVC, doe daarvan dan geen mededelingen aan de andere partij!

4. Wensen partijen hun vrijheid te behouden, kom dan schriftelijk overeen dat geen enkele binding zal ontstaan zolang niet sprake is van een door alle partijen ondertekende koopovereenkomst en dat partijen vrij blijven om die overeenkomst al dan niet aan te gaan, zonder schadelijkt te worden. De wetsartikelen die gaan over aanbod en aanvaarding zijn van regelend recht, zodat de wet op dit punt terzijde kan worden gesteld.
5. Sluit een intentieverklaring af. Dat kan zowel voor verkoper als voor koper een nuttig instrument zijn om de onderhandelingsrelatie te benoemen en te structureren. Daarbij is de inhoud van deze LOI dan wel van groot belang: worden vrijwel alle essentialia (onderwerp, prijs, leveringsdatum) opgenomen, dan kan het een partijen bindende overeenkomst zijn. Is men nog in de beginfase van onderhandeling, doch wordt bijvoorbeeld opgenomen dat partijen te goeder trouw zullen streven naar het tot stand komen van een overeenkomst, onder benoeming van een aantal te nemen stappen, waaraan dan vervolgens uitvoering wordt gegeven, dan kan dat leiden tot een verplichting om te moeten dooronderhandelen.

Wordt daarentegen uitdrukkelijk opgenomen dat de intentieverklaring een niet een bindend karakter heeft, waarbij partijen vrij zijn af te breken zonder schadelijkt te worden, dan biedt dat weer perspectief voor degene die ervan af wil geraken, zeker als daarbij nog een of meer van voornoemde tips worden gebruikt.

**Conclusie.** De conclusie luidt dat er de nodige vrijheid bestaat om desgewenst de onderhandelingen af te breken, zeker indien daarbij voornoemde spelregels in acht worden genomen. Stel eerst vast hoe graag (ver)koper de transactie wenst, verwoord vervolgens goed de bedoeling van (ver)koper en handel tenslotte daarnaar!

Auteur van dit artikel © :

mr. Enno Schets  
013-5331752/06-57644156  
[www.cpok.nl](http://www.cpok.nl)

*Disclaimer: Hoewel aan de inhoud en samenstelling van dit artikel de grootste zorg en aandacht is besteed, aanvaardt de auteur geen enkele aansprakelijkheid voortvloeiende uit het gebruik daarvan. Raadpleeg in voorkomend geval steeds een op dit terrein gespecialiseerd advocaat.*