

JOR 2008/145

Hoge Raad

29 februari 2008, C06/193HR; LJN
BC1855.

(Mr. Fleers

Mr. Kop

Mr. Hammerstein

Mr. Bakels

Mr. Asser)

(Concl. A-G Spier)

Vollenhoven Opslag en Verhuur BV te
Tilburg,
eiseres tot cassatie,
verweerster in het voorwaardelijk
incidentele cassatieberoep,
advocaten: mrs. W.E. Pors en R.C. de Mol,
tegen
Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV
te Capelle aan
den IJssel,
verweerster in cassatie,
eiseres in het voorwaardelijk incidentele
cassatieberoep,
advocaten: mrs. M. Ynzonides en E.D. van
Geuns.

Afgebroken onderhandelingen, Geen
vergoeding van positief contractsbelang
indien wederpartij van degene die
onderhandelingen afbrak niet erop mocht
vertrouwen dat in ieder geval contract tot
stand zou komen

[BW Boek 6 - 74 ; 162 ; 217]

» Samenvatting

In het door Vollenhoven ingestelde
principale cassatieberoep wordt de
afwijzing bestreden van de vordering tot
vergoeding van het positief
contractsbelang. Het middel is gericht
tegen de r.o. 7 en 8 van het eindarrest en
voert met name aan dat de door de
directeur van Sakko – een
dochtermaatschappij van Shell – gepleegde
fraude in de risicosfeer ligt van Shell en

dus wel degelijk aan haar moet worden
toegerekend. Het middel richt zich niet
tegen r.o. 8 van het tussenarrest, waarin het
hof onder meer – en in het licht van de
gedingstukken alleszins begrijpelijk – heeft
geoordeeld dat op het moment waarop
Shell naar aanleiding van de fax van
Vollenhoven van 14 juli 1999 de
onderhandelingen afbrak, bij Vollenhoven
niet het gerechtvaardigd vertrouwen kan
hebben bestaan dat enige overeenkomst tot
stand zou komen, ook al waren de
verschillen tussen partijen ogenschijnlijk
niet erg groot. Onder deze omstandigheden
heeft Vollenhoven geen belang bij
beoordeling van de door het middel naar
voren gebrachte klachten. Zelfs indien deze
gegrond zouden zijn, kunnen zij niet tot
cassatie leiden omdat voor vergoeding van
het positief contractsbelang bij afgebroken
onderhandelingen geen plaats is wanneer
de wederpartij van degene die de
onderhandelingen afbrak niet erop mocht
vertrouwen dat in ieder geval enigerlei
contract uit de onderhandelingen zou
resulteren.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Spier)

1. Feiten

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van
de feiten zoals in het vonnis van 5
september 2001 van de Rechtbank 's-
Gravenhage in rov. 1.1–1.5 vastgesteld.
Ook het Hof 's-Gravenhage is hiervan
blijkens rov. 1 van zijn tussenarrest van 13
juli 2004 uitgegaan.

1.2. Shell [\[noot:1\]](#) en Vollenhoven hebben
onderhandelingen gevoerd over de aankoop
door Vollenhoven van alle aandelen van
Sakko Investments B.V. (hierna:

“Sakko”). Sakko exploiteert tankstations van Avia via “company controlled” exploitanten.

1.3. Op 11 mei 1999 hebben partijen een “Agreement of Intent” (hierna “intentieovereenkomst”) getekend met aangehecht een in detail uitgewerkte koopovereenkomst. Partijen kwamen daarbij overeen, voor zover van belang:

“(…) the purchase price for the Shares shall be f 21.000.000,= (….) to be paid to Shell (…), provided however that the aggregated negative due diligence findings, when set off against any positive due diligence findings, do not exceed an amount of f 500.000,= (….)”

1.4. Vervolgens heeft een due diligence onderzoek plaatsgevonden waarvan de resultaten op 21 juni 1999 door Vollenhoven aan Shell zijn toegezonden.

1.5. Partijen zijn opnieuw met elkaar in onderhandeling getreden:

- Bij fax van 6 juli 1999 heeft Shell aan Vollenhoven onder meer meegedeeld “koopprijs f 19,2 mln”.
- Bij fax van 7 juli 1999 heeft Vollenhoven haar bod van f 19 miljoen gehandhaafd.
- Bij fax van 14 juli 1999 heeft Shell aangegeven:

“(…) Wij hebben kennis genomen van uw fax van 7 juli jl. Shell is bereid om de transactie op de navolgende basis definitief af te ronden. De koopprijs van de aandelen Sakko bedraagt f 19.200.000,= (….)”

- Bij fax van 16 juli 1999 reageert Vollenhoven daarop:

“Uw fax van 14 juli jongstleden hebben wij in goede orde

ontvangen. Na telefonisch overleg (….) is duidelijk dat met de ‘bijgestelde’ koopprijs een prijs van f 19 miljoen is bedoeld. (….) Wij kunnen u derhalve melden dat Vollenhoven in beginsel in hoofdlijnen akkoord gaat met uw voorstel. (….) Wij zouden graag op kortst mogelijke termijn, bij voorkeur maandag 19 juli aanstaande gedurende de middag, een bespreking arrangeren om definitief overeenstemming te bereiken. Tevens zouden wij tijdens deze bespreking nader willen ingaan op een aantal zaken die (zouden) hebben plaatsgevonden. (….) Wij verwachten en hopen met onze positieve reactie een voorspoedige en succesvolle afronding van de overname van Sakko door Vollenhoven mogelijk te maken.”

- Eveneens bij fax van 16 juli 1999 heeft Shell meegedeeld:

“(…) Wij moeten helaas constateren dat u niet bereid bent de vraagprijs te betalen en dat er derhalve geen wilsovereenstemming bestaat. Er is door Shell nooit een koopprijs van f 19 miljoen bedoeld, laat staan genoemd. Bovendien stelt u in uw fax aanvullende eisen waarmee wij niet akkoord gaan. De bewoordingen van uw fax doen verder vermoeden dat u Shell in de voor 19 juli aanstaande bespreking met nadere condities wenst te confronteren. (….) In het licht van de recente ontwikkelingen zou het niet meer in het belang van de onderneming zijn om de onderhandelingen over de condities van deze transactie nog verder voort te zetten. Door uw fax zien wij ons dan helaas ook gedwongen de

onderhandelingen als beëindigd te beschouwen. (...)”.

- Bij fax van 19 juli 1999 bericht Vollenhoven Shell:

“(…) Naar wij thans begrijpen werd door Shell een koopsom van f 19,2 bedoeld. Zoals op vrijdag jongstleden telefonisch aan de heer Steeman is medegedeeld, kunnen wij hiermee akkoord gaan (...) Wij wensen te benadrukken dat Vollenhoven Opslag en Verhuur B.V. nog steeds bereid is om in alle redelijkheid en op de kortst mogelijke termijn de beoogde overname van Sakko tot een goed einde te brengen.(...)”.

- In de fax van eveneens 19 juli 1999 heeft Vollenhoven meegedeeld:

“(…) Helaas moeten wij constateren dat Shell Nederland Verkoop Maatschappij B.V. nogmaals heeft geweigerd in te gaan op ons voorstel voort te onderhandelen om de laatste openstaande punten weg te werken (...)”.

1.6. In oktober 1999 heeft Shell de aandelen in Sakko verkocht aan het management van Sakko en aan een derde partij.

2. Procesverloop

2.1.1. Bij exploitatie van 26 november 1999 heeft Vollenhoven Shell doen dagvaarden voor de Rechtbank 's-Gravenhage. Vollenhoven vordert, na wijziging van eis bij cvr, dat Shell wordt veroordeeld om aan haar te betalen de door haar geleden directe schade ad f 952.225,=, [\[noot:2\]](#) alsmede de overige door haar geleden en/of nog te lijden schade, op te maken bij staat, een en ander met nevenvorderingen.

2.1.2. Vollenhoven heeft naast het onder 1 gestelde onder meer aan haar vordering ten grondslag gelegd dat de transactie tussen partijen al zo ver rond was dat in feite een overeenkomst tot stand was gekomen. De besprekingen waren in ieder geval in een zodanig ver gevorderd stadium beland dat de goede trouw een eenzijdige terugtrekking niet toestond. Nu Shell zich desondanks heeft teruggetrokken, is zij tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Vollenhoven, dan wel heeft Shell onrechtmatig gehandeld jegens Vollenhoven. [\[noot:3\]](#)

2.2. Shell heeft de vordering bestreden. Toen bleek dat partijen het niet eens konden worden over prijs en (andere) voorwaarden en “in het licht van recente ontwikkelingen” (een groot aantal exploitanten én het personeel hadden ernstig bezwaar tegen de verkoop) heeft zij de onderhandelingen afgebroken. Er was nog geen wilsovereenstemming; Shell mocht zich in de gegeven omstandigheden terugtrekken.

2.3. In haar vonnis van 5 september 2001 heeft de Rechtbank de vordering van Vollenhoven toegewezen voor zover deze zag op vergoeding van de directe schade. De Rechtbank heeft hiertoe, samengevat, overwogen dat tussen partijen geen overeenkomst is tot stand gekomen (rov. 3.2). De onderhandelingen mochten evenwel, gelet op het vergevorderde stadium én de omstandigheid dat de gerezen problemen in de risicosfeer van Shell lagen, niet door Shell worden afgebroken zonder Vollenhoven de daardoor te lijden “directe schade” te vergoeden.

2.4. Shell heeft hoger beroep ingesteld van dit vonnis. Vollenhoven heeft incidenteel geappelleerd.

2.5.1. Het Hof heeft in zijn tussenarrest van 13 juli 2004 het oordeel van de Rechtbank onderschreven dat geen overeenkomst

tussen partijen totstand was gekomen (rov. 4). Na in rov. 6 het juridisch kader te hebben geschetst, wordt overwogen:

“7. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen staat tussen partijen niet ter discussie dat er half juli 1999 sprake was van grote onrust onder het personeel van Sakko en dat leegloop dreigde. Evenmin staat ter discussie dat pomphouders van Sakko hun overeenkomst wensten te beëindigen en dat Shell door hen aansprakelijk was gesteld voor verlies van klanten aan (pomphouders van) Vollenhoven. Terecht heeft de rechtbank geoordeeld dat dit geen punten van ondergeschikt belang zijn aangezien deze de continuïteit van een onderneming in gevaar brengen. Dat Shell in deze situatie haast had om de onderhandelingen af te ronden is begrijpelijk. Immers, zou geen overeenkomst tot stand komen, dan zou Shell geconfronteerd kunnen worden met de negatieve effecten van deze ontwikkeling op de waarde van de onderneming alsook met schadeclaims. De stelling van Vollenhoven dat het eventuele weglopen van pomphouders en personeel een probleem voor haar zou zijn geweest en niet voor Shell, gaat alleen op ingeval de overname van Sakko door Vollenhoven daadwerkelijk tot stand zou komen. Daarom is het ook verklaarbaar dat Shell snel duidelijkheid wilde hebben van de zijde van Vollenhoven.

8. Uit de faxwisseling tussen partijen vanaf begin juli 1999 blijkt het (verklaarbare) ongeduld van Shell. Tot tweemaal toe wordt aan Vollenhoven een ultimatum gesteld. Nadat Vollenhoven haar bod bij faxbericht van 1 juli 1999 heeft verhoogd van 16 miljoen naar 18,5 miljoen gulden, bericht Shell bij faxbericht van 2 juli 1999 dat zij dit bod onacceptabel laag vindt en stelt zij bereid te zijn als laatste stap in de richting van Vollenhoven de koopprijs te bepalen op 19,4 miljoen gulden, op voorwaarde dat Vollenhoven uiterlijk op 5 juli 1999 om 12.00 uur schriftelijk en

onvoorwaardelijk bevestigt akkoord te gaan met deze koopprijs. Shell stelt daarbij dat zij zich bij het uitblijven van een reactie onmiddellijk vrij acht met derden over de verkoop van Sakko in contact te treden en dat zij bij een afwijzende reactie in ieder geval aanspraak zal maken op vergoeding van kosten en overige schade ten gevolge van het afbreken van de onderhandelingen. Vervolgens doet Vollenhoven bij faxbericht van 5 juli 1999 als laatste handreiking een bod van 19 miljoen gulden, waarna Shell bij faxbericht van 6 juli 1999 de koopprijs verlaagt naar 19,2 miljoen gulden en daarbij (opnieuw) spreekt van een allerlaatste handreiking. Daarop handhaaft Vollenhoven bij faxbericht van 7 juli 1999 haar bod van 19 miljoen gulden, waarna Shell bij faxbericht van 14 juli 1999 haar voorstel voor een koopprijs van 19,2 miljoen gulden herhaalt. Shell besluit dit faxbericht (...)als volgt:

‘Op een aantal punten van uw fax van 7 juli jl. lijkt u nog steeds een andere visie te hebben op het risicoprofiel verbonden aan Sakko. Dat zij zo. De visie van Shell is u bij voorgaande gelegenheden uitputtend toegelicht en wij hebben geen behoefte aan een herhaling van zetten. Shell blijft dan ook bij haar standpunt dat een verdere aanpassing van de prijs of van de overige condities (voor zover tot nu toe niet uitdrukkelijk overeengekomen) niet aan de orde is nu uw bevindingen in het licht van de al in een vroeg stadium gemaakte afspraken een dergelijke aanpassing niet rechtvaardigen. De afronding van de transactie loopt tot onze spijt veel moeizamer dan kon worden voorzien. Aan de consequenties van het onverhoopt niet doorgang vinden van de transactie is reeds in voorgaande correspondentie ruim aandacht besteed. (...) Wij menen echter dat met het bovenstaande de kloof die tussen partijen dreigde te ontstaan nu is overbrugd. Wij verwachten dan ook uiterlijk morgen 16 juli voor 16.00 uur een positieve, schriftelijke reactie.’

Door op dit faxbericht, waarin voor de tweede maal een duidelijk ultimatum was geformuleerd, te reageren met een faxbericht d.d. 16 juli 1999, waarin een lagere dan de door Shell genoemde koopprijs wordt genoemd, waarin wordt medegedeeld dat Vollenhoven in beginsel in hoofdlijnen (en dus niet onverkort) met dit voorstel akkoord kan gaan en waarin wordt gevraagd om een nadere bespreking op 19 juli 1999 onder meer over de bij Sakko ontstane onrust, heeft Vollenhoven 'haar hand overspeeld'. Zij heeft daarmee welbewust het risico genomen dat Shell, die met het oog op de ontstane onrust bij Sakko geen uitstel meer wilde, daarmee niet zou instemmen en de onderhandelingen zou afbreken. De ontstane onrust vormde voor Shell een gerechtvaardigd belang om van Vollenhoven hom of kuit te eisen. Nu Vollenhoven ondanks dit ultimatum niet de gewenste duidelijkheid heeft verschaft, kan bij haar niet meer het gerechtvaardigd vertrouwen bestaan dat enige overeenkomst tot stand zou komen, ook al waren de verschillen tussen partijen ogenschijnlijk niet erg groot. Mede door de druk die op de onderhandelingen was komen te staan, vormden deze verschillen wezenlijke discrepanties. De rechtbank heeft dan ook terecht overwogen dat Shell in de gegeven omstandigheden de vrijheid had de onderhandelingen af te breken. De grieven 2 en 3 in het incidenteel appèl falen derhalve.

9. De rechtbank heeft haar oordeel dat Shell de vrijheid had de onderhandelingen af te breken geclausuleerd door te overwegen dat zij deze vrijheid niet had zonder de door Vollenhoven te lijden directe schade (integraal) te vergoeden. Tegen dit oordeel richten zich de grieven 1 tot en met 4 in het principaal appèl. Het hof overweegt hieromtrent het volgende.

10. Enerzijds vormde de ontstane onrust bij Sakko voor Shell een gerechtvaardigd belang om snel duidelijkheid van

Vollenhoven te verlangen omdat bij langer uitstel grote schade dreigde, anderzijds valt niet zonder meer in te zien waarom de gevolgen van die onrust geheel voor rekening van Vollenhoven zouden moeten komen. Het gaat hier om de vraag of, gelet op het vergevorderde stadium van de onderhandelingen en het feit dat de ontstane onrust binnen Sakko de belangrijkste reden was voor Shell om de onderhandelingen af te breken, de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen partijen beheersen meebrengen, dat Shell de directe kosten die de onderhandelingen over de overname voor Vollenhoven hebben meegebracht geheel of gedeeltelijk vergoedt. Voor het antwoord op die vraag is van belang of juist is de stelling van Shell dat de onvrede bij Sakko-exploitanten was veroorzaakt door het stelselmatig benaderen van klanten door vertegenwoordigers van Vollenhoven om elders, te weten bij tankstations van Total of van Vollenhoven, te tanken, waardoor die Sakko-exploitanten schade leden (...). Vollenhoven heeft de juistheid van deze stelling gemotiveerd betwist (...) en Shell heeft een gespecificeerd bewijsaanbod ter zake gedaan. Het hof zal Shell dan ook toelaten de juistheid van deze stelling te bewijzen.”

2.5.2. Bij akte d.d. 13 december 2005 heeft Shell haar grieven in het principaal appèl ingetrokken.

2.6.1. In zijn arrest van 28 maart 2006 heeft het Hof het bestreden vonnis bekrachtigd. Het Hof heeft hiertoe, voor zover thans van belang, overwogen:

“2. Partijen verschillen van mening over de in het incidenteel appel door het hof te geven beslissing. Shell betoogt dat in het tussenarrest van 13 juli 2004 (...) al in afwijzende zin is beslist en dat het hof aan die beslissing – die als een eindbeslissing is aan te merken – is gebonden. Vollenhoven daarentegen bepleit dat de uitkomst van de getuigenverhoren een zodanig nieuwe

omstandigheid oplevert dat het hof niet aan zijn – in beginsel bindende – eindbeslissing gebonden is, daarvan dient terug te komen en alsnog de gevorderde vergoeding van het positief contractsbelang dient toe te wijzen. Het hof overweegt het volgende.

3. Het is vaste rechtspraak dat van een bindende eindbeslissing in een rechterlijke uitspraak in dezelfde instantie niet meer kan worden teruggekomen, behoudens indien bijzondere omstandigheden het onaanvaardbaar zouden maken dat de rechter aan de eindbeslissing in kwestie zou zijn gebonden (recentelijk onder meer HR 16 januari 2004, NJ 2004/318).

Vollenhoven stelt nu dat een dergelijke bijzondere omstandigheid in het volgende is gelegen.

4. Uit de tijdens de getuigenverhoren afgelegde verklaringen blijkt dat de onder meer in rov. 7 van het arrest van 13 juli 2004 als vaststaand aangenomen wens van een aantal pomphouders van Sakko hun overeenkomst te beëindigen met aansprakelijkstelling van Shell, in werkelijkheid niet of slechts bij een enkeling leefde en dat in het bijzonder de meer dan 20 aan Shell verzonden faxbrieven van 16 juli 1999 – die de stoot tot de beëindigingsbrief van Shell van dezelfde datum hebben gegeven – voor een deel van valse handtekeningen waren voorzien en misleidend waren. Voorts is uit de getuigenverklaringen en overgelegde brieven af te leiden dat Mangnus, directeur van Sakko, de schijn van onrust bij de pomphouders (en bij het personeel) in scène heeft gezet teneinde de overname door Vollenhoven te verhinderen en vervolgens zelf Sakko te kunnen overnemen.

5. Het lijdt geen twijfel dat de onder 4 weergegeven gang van zaken een bijzondere omstandigheid is als onder 3 bedoeld. Die omstandigheid vormt voor het hof grond zich niet aan zijn beslissing in het incidenteel appel gebonden te achten en

deze, voor zover het de incidentele grieven 2 en 3 betreft, opnieuw te overwegen. Dat betekent echter nog niet dat die heroverweging tot een andere uitkomst moet leiden.’’

2.6.2. Vervolgens zet het Hof zich aan beantwoording van de vraag of, zoals door Vollenhoven bepleit, de omstandigheid dat

‘‘de kennelijke opzet van Mangnus [was] om de overname van Sakko door Vollenhoven te frustreren, en de uitvoering van die opzet, voor risico van Shell komen’’ (rov. 6).

2.6.3. Naar ’s Hof’s oordeel zijn er geen aanwijzingen dat Shell op de hoogte was van Mangnus’ handelwijze, terwijl hij en ‘‘zijn helpers’’ ondergeschikten noch hulppersonen waren van Shell; hun handelingen lagen evenmin in de invloedssfeer van Shell, zij heeft ze ook niet bevorderd; ook toerekening aan Shell is niet gerechtvaardigd (rov. 7). Daaraan doet niet af dat Sakko tot het Shell concern behoorde en dat Shell een gedelegeerd commissaris had bij Vollenhoven. Immers vonden de handelingen van Mangnus kennelijk plaats in het geheim en binnen een zeer kort tijdbestek, terwijl zij zozeer buiten de normale gang van zaken vielen dat Shell en de gedelegeerd commissaris daarop niet bedacht behoefden te zijn (rov. 8).

2.7. Vollenhoven heeft tijdig cassatieberoep doen instellen tegen ’s Hof’s eindarrest. Shell heeft geconcludeerd tot verwerping en heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep doen instellen tegen het eindarrest; dat beroep is door Vollenhoven bestreden. Beide partijen hebben hun standpunten vervolgens schriftelijk toegelicht. Vollenhoven heeft nog gere- en geduplicateerd in respectievelijk het principale en het incidentele cassatieberoep.

3. Inleiding

3.1. Na/door het intrekken van het principale appèl is geen punt van discussie meer of Shell de “directe kosten” aan Vollenhoven moet voldoen. Ik ga daarop dan ook niet in.

3.2. In zijn in cassatie niet bestreden tussenarrest heeft het Hof – voor zover hier van belang – drie kwesties besproken:

a de omstandigheden waaronder de beëindiging van de onderhandelingen door Shell plaatsvond;

b de beëindiging was geoorloofd nu van vertrouwen bij Vollenhoven dat een overeenkomst totstand zou komen geen sprake was;

c voor betaling van enige vergoeding – naast de “directe kosten” – is geen plaats.

3.3. ’s Hofs onder 3.2 sub a en b genoemde oordelen worden in cassatie niet bestreden. Zij kunnen dat oordeel alleszins dragen, zeker wanneer de omstandigheden die Shell tot opzegging hebben gebracht buiten haar risicosfeer liggen. Dat laatste heeft het Hof geoordeeld in het eindarrest waartegen enkele niet goed duidelijke klachten worden ingebracht.

3.4.1. Ter toelichting van hetgeen onder 3.3 werd betoogd:

a. voor betaling van een vergoeding is in beginsel slechts plaats wanneer de wederpartij gerechtvaardigd mocht vertrouwen dat een overeenkomst totstand zou komen; [\[noot:4\]](#)

b. weliswaar is niet ondenkbaar dat zo’n gehoudenheid ook bestaat wanneer bedoeld vertrouwen ontbreekt, maar het zal dan moeten gaan om heel bijzondere omstandigheden. Dat blijkt uit het arrest CBB/JPO waarin wordt overwogen dat voor een gehoudenheid schadevergoeding te betalen is vereist dat sprake is van andere omstandigheden van het geval dan

gerechtvaardigd vertrouwen die opzegging zonder vergoeding onaanvaardbaar maken. [\[noot:5\]](#)

3.4.2. Volstrekt onvoldoende is dat het gaat om een situatie die niet ligt in de risicosfeer van één van beide partijen (voor zover zo’n situatie denkbaar is). [\[noot:6\]](#) Hetzelfde geldt voor gevallen waarin de beëindiging valt te herleiden tot omstandigheden die buiten de risicosfeer liggen van degene die de onderhandelingen afbreekt; een situatie die zich volgens het Hof hier voordoet.

3.4.3. Als op grond van heel bijzondere omstandigheden als onder 3.4.1 sub b genoemd grond bestaat voor betaling van een vergoeding, dan zal het zelden of nooit gaan om vergoeding van het positief contractsbelang. Vergoeding van haar “directe schade” ontvangt Vollenhoven al en dat lijkt me bij de huidige – en wenselijke [\[noot:7\]](#) – stand van de rechtsontwikkeling ruimschoots genoeg.

3.5. ’s Hofs oordeel in het tussenarrest komt er, naar de kern genomen, op neer dat Sakko bij overname door een ander dan het management gedoemd is een debacle te worden. [\[noot:8\]](#) In ’s Hofs voetspoor aannemend dat (niet is gebleken dat) Vollenhoven een (van de) aanstichters van de toenmalige gang van zaken was, [\[noot:9\]](#) is zonder gedegen toelichting – die evenwel ontbreekt – niet goed duidelijk waarom Vollenhoven desondanks belangstelling voor de aandelen had. Op zich is dat uiteraard haar soevereine ondernemersbeslissing, maar het is ook rechtens van belang. De desbetreffende schade moet worden vastgesteld in de schadestaatprocedure. Voor het passeren van de toegangspoort tot deze procedure is vereist dat schade aannemelijk is. [\[noot:10\]](#) Voor mij staat – voorzichtig uitgedrukt – allerminst vast dat zulks het geval is.

3.6. Mrs Pors en De Mol beklemtonen bij repliek onder 2–4 dat het Hof in het eindarrest is teruggekomen op het onder

3.2 sub b bedoelde oordeel. Die opvatting lijkt mij juist noch ter zake dienend.

3.7.1. Zij snijdt geen hout omdat in het eindarrest slechts wordt ingegaan op de – m.i. in beginsel niet relevante – vraag of de omstandigheden waaronder de opzegging plaatsvond voor risico van Shell komen. Dat blijkt heel duidelijk uit rov. 6 voorlaatste volzin. Dat is een volstrekt andere kwestie dan al dan niet gerechtvaardigd vertrouwen op totstandkoming van een overeenkomst.

3.7.2. Hieraan doet niet af dat het Hof in rov. 5 van het eindarrest aankondigt de grieven 2 en 3 van het incidentele appèl opnieuw te beoordelen. Grief 3 doet hier ter zake omdat deze inzet op de stelling dat een overeenkomst totstand is gekomen, welke kwestie in de klachten niet wordt aangeroerd. Grief 2 is, blijkens de toelichting onder 71 en 72, gesteld in de sleutel van het vertrouwen dat een overeenkomst totstand zou komen. Die kwestie is in het tussenarrest afgehandeld. Voor zover rov. 5 van het eindarrest al zou moeten worden begrepen dat het Hof ook daaraan opnieuw aandacht wil besteden, had een klacht gericht moeten worden tegen het achterwege blijven van een nader oordeel op dit punt. Zo'n klacht is in het middel evenwel niet te lezen.

3.7.3. Het is intussen buitengewoon onaannemelijk dat het Hof heeft beoogd ook genoemde vertrouwenskwestie opnieuw te beoordelen. Het probandum van het tussenarrest zag op de vraag of de problemen bij Sakko door Vollenhoven teweeg waren gebracht. Partijen en het Hof plaatsten die kwestie in de door het Hof in het eindarrest beoordeelde vraag voor wiens risico de gebeurlijkheden die de stoot tot beëindiging van de onderhandelingen hebben gegeven kwamen. Dat heeft niets van doen met de vraag of Vollenhoven al dan niet gerechtvaardigd mocht vertrouwen op totstandkoming van een overeenkomst.

Daarom ligt ook geenszins voor de hand dat het Hof daarop andermaal zou ingaan.

3.8. De onder 3.6 weergegeven stelling doet niet ter zake omdat 's Hof's oordeel in het tussenarrest juist en alleszins begrijpelijk is. Na een eventuele vernietiging kan de verwijzingsrechter redelijkerwijs tot geen ander oordeel komen. Daarom mist Vollenhoven belang bij haar klachten.

3.9. Bovendien valt niet goed in te zien waarom er een reëel uitzicht zou hebben bestaan op het bereiken van overeenstemming bij verondersteld dooronderhandelen. Uit de onder 1.5 weergegeven fax-wisselingen kan moeilijk een andere conclusie worden getrokken dan dat beide partijen aan hun standpunten wensten vast te houden. Bij die stand van zaken was het mislukken ervan vrijwel onvermijdelijk.

4. Bespreking van het middel

4.1. In het middel worden de bestreden rov. 6–8 geciteerd. Uit hetgeen onder ‘‘Motivering’’ staat, kunnen met enige goede wil de volgende klachten worden gedestilleerd. De verschillende nummers worden hierna onderdelen gedoopt.

4.2. Onderdeel 5 (de onderdelen 1–4 bevatten een inleiding hierop) klaagt erover dat het Hof miskent dat de vorderingen van Vollenhoven niet zijn gebaseerd op aansprakelijkheid van Shell voor een aan haar toe te rekenen onrechtmatige daad van Mangnus c.s. maar op afgebroken onderhandelingen.

4.3. De klacht mislukt omdat Vollenhoven haar vordering wel degelijk (mede) baseert op onrechtmatige daad daarin bestaande dat Shell eenzijdig de onderhandelingen heeft afgebroken.

4.4. Los daarvan: het afbreken van onderhandelingen is op zichzelf geen

rechtsgrond voor een vordering ter zake van daardoor geleden schade. De rechtsgrond daarvoor moet worden gevonden in de redelijkheid en billijkheid, al dan niet in samenhang met de regels van niet-nakoming en/of de onrechtmatige daad, waarbij het resultaat volgens de doctrine nauwelijks uitmaakt. [\[noot:11\]](#)

4.5. Het Hof is er klaarblijkelijk en allerm minst onbegrijpelijk vanuit gegaan dat Mangnus en zijn handlangers onrechtmatig hebben gehandeld en heeft heel duidelijk geoordeeld dat het (resultaat van het) handelen van Mangnus en de zijnen voor Shell aanleiding is geweest om de onderhandelingen af te breken. Bij deze stand van zaken is alleszins verklaarbaar dat het Hof beoordeelt of bedoeld handelen aan Shell zelf is toe te rekenen.

4.6. In de onderdelen 5–10 heb ik geen klachten kunnen lezen.

4.7. Onderdeel 11 poneert de stelling dat niet “van buiten komende objectieve omstandigheden” altijd in de risicosfeer van één der partijen liggen. Onderdeel 12 voegt daaraan toe dat het in casu gaat om “gebeurtenissen die naar hun aard enkel en alleen in de risicosfeer van Shell kunnen worden gebracht”. Ter onderbouwing wordt niet meer anders aangevoerd dan dat “moeilijk voorstelbaar” is dat deze gebeurtenissen in de risicosfeer van Vollenhoven vallen omdat “juist Vollenhoven” daarmee niets van doen heeft.

4.8.1. Voor zover in deze uiteenzettingen al een klacht kan worden gelezen, mislukt deze op twee zelfstandige gronden:

a in rov. 8 geeft het Hof aan dat en waarom de, wat de onderdelen aanduiden als, “gebeurtenissen” niet in de risico-sfeer van Shell liggen. Tegen dat oordeel en de daarvoor gegeven motivering wordt, naast het hiervoor besproken onderdeel 5, geen (laat staan een begrijpelijke) klacht gericht;

b uitgangspunt van ons recht is dat schade moet worden gedragen waar deze valt. Dat geldt naar gangbare inzichten met name ook voor het aansprakelijkheidsrecht en ook voor het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Ten aanzien van dit laatste leerstuk is de hoofdregel immers dat contractsvrijheid geldt en als sequeel hiervan dat onderhandelingen in beginsel kunnen worden afgebroken. [\[noot:12\]](#)

4.8.2. Niet valt in te zien en door het middel wordt ook niet toegelicht waarom alle negatieve gevolgen van van buiten komende omstandigheden zonder meer en steeds op degene die de onderhandelingen afbreekt zouden moeten worden afgewenteld. Daarbij moet worden bedacht dat deze in veel gevallen zelf ook nadeel daarvan zal ondervinden.

4.9. Onderdeel 13 stipt aan dat de litigieuze gebeurtenissen zich “geheel binnen het Shell concern afspeelden en ook werden veroorzaakt door personen binnen het Shell concern”. Het Hof had de vraag moeten beantwoorden of deze gebeurtenissen binnen de risicosfeer van Shell of Vollenhoven vielen. Het onderdeel mondt uit in de volgende klacht:

“Aangezien de gebeurtenissen zich afspeelden binnen het Shell concern, kunnen die niet binnen de risicosfeer van Vollenhoven liggen, althans is onbegrijpelijk hoe het Hof tot dat (impliciete) oordeel heeft kunnen komen.”

4.10. De klacht mist om de onder 3 genoemde gronden belang. Bij inhoudelijke beoordeling faalt zij.

4.11. Het Hof geeft in rov. 8 (zo nodig in samenhang met rov. 6) van het eindarrest uitvoerig aan dat en waarom de daar genoemde gebeurtenissen niet in de risicosfeer van Shell vielen. Onderdeel 13 lijkt het daarmee oneens te zijn, maar geeft niet aan waarom. Dat bezegelt het lot van de klacht.

4.12. Onderdeel 14 veronderstelt dat het Hof heeft geoordeeld, of in zijn arrest besloten ligt, dan wel de mogelijkheid wordt opengelaten dat de hier bedoelde omstandigheden noch in de risicosfeer van Vollenhoven noch ook die van Shell liggen. In dat geval zou nog slechts van belang zijn wie de onderhandelingen afbrak en in welk stadium zij verkeerden.

4.13. Wat er zij van de in het onderdeel verwoorde veronderstelling, de klacht mislukt omdat zij berust op een onjuist uitgangspunt. Zie onder 3.4.

4.14. Voor zover onderdeel 15 meer of andere klachten probeert te vertolken, voldoen deze niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv.

5. Bespreking van het voorwaardelijk incidentele middel overbodig

Nu de klachten in het principale beroep m.i. kansloos zijn, is de voorwaarde waaronder het incidentele middel wordt voorgedragen niet vervuld. Ik behoef er daarom niet op in te gaan.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot verwerping van het principale beroep.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van het principale beroep

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Shell en Vollenhoven hebben onderhandelingen gevoerd over de aankoop door Vollenhoven van alle aandelen van Sakko Investments B.V. (hierna:

“Sakko”). Sakko exploiteert tankstations van Avia via “company controlled” exploitanten.

ii. Op 11 mei 1999 hebben partijen een ‘Agreement of Intent’ (hierna ‘intentieovereenkomst’) getekend met aangehecht een in detail uitgewerkte koopovereenkomst. Partijen kwamen daarbij overeen, voor zover van belang:

“(…) the purchase price for the Shares shall be *f* 21.000.000,= (...) to be paid to Shell (...), provided however that the aggregated negative due diligence findings, when set off against any positive due diligence findings, do not exceed an amount of *f* 500.000,= (...).”

iii. Vervolgens heeft een due diligence onderzoek plaatsgevonden waarvan de resultaten op 21 juni 1999 door Vollenhoven aan Shell zijn toegezonden.

iv. Partijen zijn daarna opnieuw met elkaar in onderhandeling getreden.

a. Bij fax van 6 juli 1999 heeft Shell aan Vollenhoven onder meer meegedeeld: “koopprijs *f* 19,2 mln”.

b. Bij fax van 7 juli 1999 heeft Vollenhoven haar bod van *f* 19 miljoen gehandhaafd.

c. Bij fax van 14 juli 1999 heeft Shell teruggeschreven:

“(…) Wij hebben kennis genomen van uw fax van 7 juli jl. Shell is bereid om de transactie op de navolgende basis definitief af te ronden. De koopprijs van de aandelen Sakko bedraagt *f* 19.200.000,= (...).”

d. Bij fax van 16 juli 1999 reageerde Vollenhoven daarop als volgt:

“Uw fax van 14 juli jongstleden hebben wij in goede orde ontvangen. Na telefonisch overleg (...) is duidelijk dat met

de 'bijgestelde' koopprijs een prijs van f 19 miljoen is bedoeld. (...) Wij kunnen u derhalve melden dat Vollenhoven in beginsel in hoofdlijnen akkoord gaat met uw voorstel. (...) Wij zouden graag op kortst mogelijke termijn, bij voorkeur maandag 19 juli aanstaande gedurende de middag, een bespreking arrangeren om definitief overeenstemming te bereiken. Tevens zouden wij tijdens deze bespreking nader willen ingaan op een aantal zaken die (zouden) hebben plaatsgevonden. (...) Wij verwachten en hopen met onze positieve reactie een voorspoedige en succesvolle afronding van de overname van Sakko door Vollenhoven mogelijk te maken."

e. Daarop heeft Shell, eveneens bij fax van 16 juli 1999, aan Vollenhoven meegedeeld:

"(...) Wij moeten helaas constateren dat u niet bereid bent de vraagprijs te betalen en dat er derhalve geen wilsovereenstemming bestaat. Er is door Shell nooit een koopprijs van f 19 miljoen bedoeld, laat staan genoemd. Bovendien stelt u in uw fax aanvullende eisen waarmee wij niet akkoord gaan. De bewoordingen van uw fax doen verder vermoeden dat u Shell in de voor 19 juli aanstaande bespreking met nadere condities wenst te confronteren. (...) In het licht van de recente ontwikkelingen zou het niet meer in het belang van de onderneming zijn om de onderhandelingen over de condities van deze transactie nog verder voort te zetten. Door uw fax zien wij ons dan helaas ook gedwongen de onderhandelingen als beëindigd te beschouwen. (...)".

f. Bij fax van 19 juli 1999 heeft Vollenhoven aan Shell doen weten:

"(...) Naar wij thans begrijpen werd door Shell een koopsom van f 19,2 bedoeld. Zoals op vrijdag jongstleden telefonisch aan de heer Steeman is medegedeeld, kunnen wij hiermee akkoord gaan (...) Wij wensen te benadrukken dat Vollenhoven Opslag en Verhuur B.V. nog steeds bereid

is om in alle redelijkheid en op de kortst mogelijke termijn de beoogde overname van Sakko tot een goed einde te brengen. (...)".

g. In een fax van eveneens 19 juli 1999 heeft Vollenhoven ten slotte aan Shell bericht:

"(...) Helaas moeten wij constateren dat Shell Nederland Verkoop Maatschappij B.V. nogmaals heeft geweigerd in te gaan op ons voorstel voort te onderhandelen om de laatste openstaande punten weg te werken (...)".

v. In oktober 1999 heeft Shell de aandelen in Sakko verkocht aan het management van Sakko en aan een derde partij.

3.2.1. De hiervoor in 1 weergegeven vorderingen van Vollenhoven strekken achtereenvolgens tot vergoeding van, kort gezegd, het negatief contractsbelang (begroot op f 950.005,=) en het positief contractsbelang (op te maken bij staat). Vollenhoven heeft aan deze vorderingen ten grondslag gelegd dat de transactie tussen partijen al zo ver rond was dat in feite een overeenkomst tot stand was gekomen, althans dat de besprekingen in een zodanig ver gevorderd stadium waren beland dat de goede trouw een eenzijdige terugtrekking uit de onderhandelingen door Shell niet toestond. Nu Shell dit laatste toch heeft gedaan, is zij tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Vollenhoven, dan wel heeft zij onrechtmatig gehandeld jegens Vollenhoven.

3.2.2. De rechtbank heeft, kort samengevat, de vordering tot vergoeding van het negatief contractsbelang toegewezen, maar de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang afgewezen.

3.2.3. Shell heeft in het tegen dit vonnis ingestelde principale appel haar veroordeling tot vergoeding van het

negatief contractsbelang bestreden; Vollenhoven heeft in incidenteel appel veroordeling van Shell tot vergoeding van ook het positief contractsbelang gevorderd.

Het hof heeft in zijn tussenarrest onder meer geoordeeld (waarin met “dit faxbericht” is bedoeld de hiervoor in 3.1 onder (ivc) aangehaalde fax van Shell aan Vollenhoven, daterend van 14 juli 1999):

“8. (...) Door op dit faxbericht, waarin voor de tweede maal een duidelijk ultimatum was geformuleerd, te reageren met een faxbericht d.d. 16 juli 1999, waarin een lagere dan de door Shell genoemde koopprijs wordt genoemd, waarin wordt medegedeeld dat Vollenhoven in beginsel in hoofdlijnen (en dus niet onverkort) met dit voorstel akkoord kan gaan en waarin wordt gevraagd om een nadere bespreking op 19 juli 1999 onder meer over de bij Sakko ontstane onrust, heeft Vollenhoven ‘haar hand overspeeld’. Zij heeft daarmee welbewust het risico genomen dat Shell, die met het oog op de ontstane onrust bij Sakko geen uitstel meer wilde, daarmee niet zou instemmen en de onderhandelingen zou afbreken. De ontstane onrust vormde voor Shell een gerechtvaardigd belang om van Vollenhoven hom of kuit te eisen. Nu Vollenhoven ondanks dit ultimatum niet de gewenste duidelijkheid heeft verschaft, kan bij haar niet meer het gerechtvaardigd vertrouwen bestaan dat enige overeenkomst tot stand zou komen, ook al waren de verschillen tussen partijen ogenschijnlijk niet erg groot. Mede door de druk die op de onderhandelingen was komen te staan, vormden deze verschillen wezenlijke discrepanties. De rechtbank heeft dan ook terecht overwogen dat Shell in de gegeven omstandigheden de vrijheid had de onderhandelingen af te breken. De grieven 2 en 3 in het incidenteel appel falen derhalve.”

Het hof heeft vervolgens Shell opgedragen te bewijzen dat de onvrede bij Sakko-

exploitanten was veroorzaakt doordat vertegenwoordigers van Vollenhoven stelselmatig haar klanten hebben benaderd om elders, bij tankstations van Total of van Vollenhoven, te tanken, waardoor die Sakko-exploitanten schade hebben geleden.

3.2.4. In zijn eindarrest heeft het hof om te beginnen geconstateerd dat Shell naar aanleiding van de getuigenverhoren het principale appel heeft ingetrokken (rov. 1). Het heeft vervolgens, kort samengevat, geoordeeld dat in het tussenarrest weliswaar de eindbeslissing ligt besloten dat de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang moet worden afgewezen, maar dat het hof hieraan in de bijzondere omstandigheden van het geval niet is gebonden, nu inmiddels uit de getuigenverklaringen en overgelegde brieven is gebleken dat de directeur van Sakko door valselijk brieven van pomphouders op te maken, de schijn van onrust bij pomphouders (en bij het personeel) in scène heeft gezet om de overname van Sakko door Vollenhoven te verhinderen, en Sakko vervolgens zelf over te nemen (rov. 4–5). Heroverweging leidt echter niet tot een andere uitkomst, kort gezegd omdat ervan moet worden uitgegaan dat Shell bij het afbreken van de onderhandelingen met Vollenhoven niet op de hoogte was van deze handelwijze van de directeur van Sakko, en deze ook niet op een andere grond aan Shell kan worden toegerekend (rov. 6–8). Daarom heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

3.3. In het door Vollenhoven ingestelde principale cassatieberoep wordt de afwijzing bestreden van de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang. Het middel is gericht tegen de rov. 7 en 8 van het eindarrest, en voert met name aan dat de door de directeur van Sakko – een dochtervennootschap van Shell – gepleegde fraude in de risicosfeer ligt van Shell, en dus wel degelijk aan haar moet worden

toegerekend. Het middel keert zich niet tegen de hiervoor in 3.2.3 geciteerde rov. 8 van het tussenarrest, waarin het hof onder meer – en in het licht van de gedingstukken alleszins begrijpelijk – heeft geoordeeld dat op het moment waarop Shell naar aanleiding van de fax van Vollenhoven van 14 juli 1999 de onderhandelingen afbrak, bij Vollenhoven niet het gerechtvaardigd vertrouwen kan hebben bestaan dat enige overeenkomst tot stand zou komen, ook al waren de verschillen tussen partijen ogenschijnlijk niet erg groot.

3.4. Onder deze omstandigheden heeft Vollenhoven geen belang bij beoordeling van de door het middel naar voren gebrachte klachten. Zelfs indien deze gegrond zouden zijn, kunnen zij niet tot cassatie leiden omdat voor vergoeding van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen geen plaats is wanneer de wederpartij van degene die de onderhandelingen afbrak niet erop mocht vertrouwen dat in ieder geval enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren.

3.5. Het voorwaardelijk incidentele beroep behoeft daarom geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Vollenhoven in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

» Noot

1. Sinds het arrest van de Hoge Raad van 12 augustus 2005 inzake CBB-JPO (NJ 2005, 467, «JOR» 2006/31) staat het leerstuk van aansprakelijkheid ter zake van afbreken van onderhandelingen weer volop in de belangstelling. Het arrest heeft geleid tot een levendige discussie omtrent de precieze betekenis en reikwijdte ervan.

Hoewel het erop lijkt dat de Hoge Raad een precieze maatstaf heeft willen geven aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of al dan niet aansprakelijkheid bestaat wanneer onderhandelingen worden afgebroken, bleek het arrest toch nog vele vragen op te roepen. In het arrest van 29 februari j.l. inzake Vollenhoven Opslag en Verhuur tegen Shell Nederland Verkoopmaatschappij (hierna: Vollenhoven-Shell) scheidt de Hoge Raad op één punt duidelijkheid; op een ander punt gebeurt het tegenovergestelde. Ik grijp dit arrest aan om in deze annotatie een aantal ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden na 12 augustus 2005 op een rij te zetten.

2. Als bekend heeft de Hoge Raad in het arrest CBB-JPO een algemene maatstaf gegeven aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een partij die de onderhandelingen afbreekt, aansprakelijk is voor de schade die de andere partij daardoor lijdt. Deze maatstaf was niet nieuw; zij was een compilatie van de oudere rechtspraak waarnaar de Hoge Raad dan ook uitdrukkelijk verwees: de arresten VSH-Shell (NJ 1988, 1017), Ruijterij-MBO/Ruiters (NJ 1997, 481) en ABB-de Staat (NJ 1997, 65). Voor zover hier van belang komt de maatstaf erop neer dat ieder van de onderhandelende partijen 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 is. Voor de praktijk belangrijk was nog de toevoeging dat het hier een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf betreft; aansprakelijkheid zal niet snel aan de orde zijn. De contractsvrijheid, en daarmee dus ook de vrijheid om niet te contracteren, de vrijheid om onderhandelingen af te breken, wordt duidelijk voorop gezet.

3. Het arrest leidde tot diverse vragen. Wat is nu de status van het – door velen als

standaardarrest geziene, maar in CBB-JPO nergens door de Hoge Raad genoemde – arrest Plas-Valburg (NJ 1983, 723), met name van de – wederom volgens velen – in dit arrest ontwikkelde driefasenleer? Is met name de uit dit arrest afgeleide zogenaamde tweede fase gesneuveld? Dit punt zal in no. 4 aan de orde komen. Een andere vraag betreft de categorie van “de andere omstandigheden van het geval”, die het afbreken onaanvaardbaar kunnen maken. Om wat voor omstandigheden gaat het? En kan het onaanvaardbaar zijn van het afbreken in verband met deze andere omstandigheden ook leiden tot vergoeding van het positief contractsbelang, tot vergoeding van gederfde winst? Voor deze laatste vraag is het arrest Vollenhoven-Shell van belang. Op deze punten zal ik onder 5 en 6 ingaan.

4. In het arrest CBB-JPO geeft de Hoge Raad aan dat schadevergoeding ter zake van afbreken van onderhandelingen aan de orde kan zijn als dat afbreken onaanvaardbaar is. Uit het arrest Plas-Valburg is veelal afgeleid dat een schadevergoedingsplicht ook reeds eerder kan ontstaan, namelijk in een fase waarin het afbreken niet reeds onaanvaardbaar is, maar het afbreken zonder gehele of gedeeltelijke vergoeding van de kosten die de wederpartij heeft gemaakt, in de gegeven omstandigheden niet vrijstaat. Nu de Hoge Raad in CBB-JPO niet meer rept over deze fase, is uit dit arrest afgeleid dat deze tweede fase hiermee is verdwenen. Zie onder meer (voorzichtig) C.E. Drion, NJB 2005, p. 1781, R.J.P.L. Tjittes in Hartkampvariaties (Hartkamp-bundel), p. 143–145 en C.R. Christiaans, Maandblad Vermogensrecht 2005, p. 194–196.

Anderen menen dat deze conclusie niet kan worden getrokken uit het arrest; de Hoge Raad is in het cassatiemiddel niet uitgenodigd om hier iets over te zeggen en zegt er ook niets over. In het arrest moet niet meer worden gelezen dan er staat. In deze zin onder meer G.J. Knijp, NJB 2005,

p. 2375–2376, Mon. Privaatrecht 5 (Ruygvoorn), p. 39–40, (met de nodige nuances) M.A.M.C. van den Berg, Bouwrecht 2006, p. 383–386 en Asser-Van den Berg 5-III C, nr. 55. Ook Wessels lijkt in zijn noot onder het arrest in dit blad («JOR» 2006/31) het arrest in deze zin op te vatten.

Zelf heb ik in WPNR 6596 (2004), p. 857–866 betoogd dat de Hoge Raad in Plas-Valburg nooit een driefasenstructuur heeft willen creëren, hetgeen niet wegneemt dat er in uitzonderlijke situaties een verplichting tot kostenvergoeding kan bestaan, ondanks het feit dat het afbreken van de onderhandelingen niet onaanvaardbaar is. Met name het beeld van drie elkaar opvolgende fasen is mijns inziens onjuist. Vgl. Hartlief, Ars Aequi 2005, p. 1033–1034.

Dat de mogelijkheid bestaat om vergoeding van bepaalde kosten in de vorm van schadevergoeding te verkrijgen terwijl het afbreken nog niet onaanvaardbaar is, blijkt impliciet uit het arrest van de Hoge Raad van 15 december 2006, LJN AZ2721 inzake Planoform Arnhem-ABN AMRO Bank. De Hoge Raad verwierp in dit arrest op basis van art. 81 RO zonder nadere motivering de cassatieklachten. Het Hof Arnhem had in deze zaak geoordeeld dat de onderhandelingen nog niet het stadium had bereikt dat het afbreken onaanvaardbaar was. Desondanks oordeelde het dat in de gegeven omstandigheden de redelijkheid en billijkheid eisen dat ABN AMRO Bank zich de belangen van Planoform had aangetrokken door haar de gemaakte kosten te vergoeden. Het arrest van het hof is gepubliceerd in NJ 2007, 268.

5. Dan de categorie “de andere omstandigheden van het geval”. Sinds VSH-Shell uit 1987 heeft de Hoge Raad aangegeven dat niet alleen het gerechtvaardigd vertrouwen, maar ook deze andere omstandigheden tot het onaanvaardbaar zijn van het afbreken

kunnen leiden. Helemaal uit de lucht vallen kwam dit niet; het was de letterlijke tekst van een eerder ontwerpartikel van het BW, art. 6.5.2.8A. De vraag was wat de reikwijdte van deze categorie is. De lagere rechters die moesten oordelen in het geschil tussen CBB en JPO oordeelden dat er weliswaar nog geen gerechtvaardigd vertrouwen was, maar dat desondanks het afbreken niet meer vrijstond. Ook P-G Hartkamp kwam in zijn conclusie voor het arrest tot dezelfde slotsom. Kennelijk – en de rechtbank is daarin iets duidelijker dan het hof – mocht niet worden afgebroken in verband met de andere omstandigheden van het geval. De Hoge Raad casseert.

De vraag bleef hoe deze vage categorie nu moest worden ingevuld. In de literatuur werd bepleit om deze categorie zo beperkt mogelijk op te vatten, in navolging van de voorbeelden die waren gegeven in de nota naar aanleiding van het eindverslag bij het ontwerpartikel 6.5.2.8A (zie PG Boek 6 Inv., p. 1442). Zie bijvoorbeeld Hartlief, *Ars Aequi* 2005, p. 1031–1032, die stelt dat “het gevaar voor de contractsvrijheid” juist uit deze hoek komt.

Het Hof Arnhem heeft hierover in zijn arrest van 7 november 2006, NJF 2007, 118 overwogen dat het gaat “om een zeer beperkte categorie uitzonderingsgevallen”, waarna het enige voorbeelden gaf die het had overgenomen uit de genoemde parlementaire geschiedenis. Het belangrijkste is wel de situatie dat wegens de maatschappelijke belangen die bij de totstandkoming van de overeenkomst zijn betrokken geen mogelijkheid tot het bereiken van overeenstemming mag worden veronachtzaamd. Gedacht moet worden aan C.A.O.-onderhandelingen. “Het moet derhalve gaan om (zeer) zwaarwegende omstandigheden die veelal een veroordeling tot hervatting van de onderhandelingen (en niet een vordering tot schadevergoeding (...)) het meest voor de hand doen liggen”, aldus het hof.

6. Dit laatste deel van de overweging van het hof, een veroordeling tot hervatting van de onderhandelingen ligt het meest voor de hand in deze situatie, meer dan een veroordeling tot betaling van schadevergoeding, werpt een andere vraag op, een vraag die naar aanleiding van het arrest CBB-JPO al eerder aan de orde was.

Als gezegd oordeelden de rechtbank, het hof (impliciet) en de P-G Hartkamp in de laatste zaak dat het afbreken van de onderhandelingen niet vrijstond in verband met de andere omstandigheden van het geval. De rechterlijke instanties veroordeelden CBB tot vergoeding van het positief contractsbelang, zij het dat het hof een aftrek toepaste wegens eigen schuld. De P-G concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep. In het cassatiemiddel had CBB gesteld dat voor vergoeding van het positief contractsbelang in de regel slechts plaats is als het afbreken onaanvaardbaar is wegens het gerechtvaardigd vertrouwen in het totstandkomen van de overeenkomst. De Hoge Raad draait wat om dit punt heen. Toch is uit het arrest afgeleid dat voor vergoeding van het positief contractsbelang slechts plaats is als er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen. Zie bijvoorbeeld Hartlief, *Ars Aequi* 2005, p. 1031. Zelf bleef ik wat voorzichtiger: vergoeding van het positief contractsbelang ligt niet voor de hand, maar er is geen reden om het geheel uit te sluiten, zie NTBR 2006, p. 67. Ook A-G Spier is voorzichtig in zijn conclusie onder het arrest Vollenhoven-Shell: vergoeding van het positief contractsbelang zal in deze gevallen “zelden of nooit” aan de orde zijn.

De Hoge Raad is in het arrest inzake Vollenhoven-Shell nu wel duidelijk: “voor vergoeding van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen (is) geen plaats (...) wanneer de wederpartij van degene die de onderhandelingen afbrak niet erop mocht vertrouwen dat in ieder geval

enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren”. Klare taal: is het afbreken onaanvaardbaar wegens de andere omstandigheden van het geval, dan hoort daar geen schadevergoeding ten belope van het positief contractsbelang bij.

7. Een opmerkelijk punt aan deze zaak is dat de onderhandelingen omtrent de overname van alle aandelen van Sakko Investment BV waren stukgelopen omdat Shell aan Vollenhoven een tweetal ultimatus had gesteld en de laatste daar niet adequaat op reageerde; hierdoor bestonden er nog steeds wezenlijke discrepanties tussen hetgeen Shell wilde en hetgeen Vollenhoven bereid was te betalen. De ultimatus waren ingegeven door grote onrust bij Sakko omtrent de overname. Gedurende de behandeling van de zaak door het hof bleek echter dat deze onrust niet bestond, maar door middel van vervalste brieven in scene was gezet door de directeur van Sakko, zodat de onderhandelingen tussen Shell en Vollenhoven zouden stuklopen en hij de aandelen kon overnemen. Volgens het hof wist Shell niet van de fraude en lag deze ook niet in haar risicosfeer. Dit laatste werd door het cassatiemiddel bestreden; de fraude lag wel binnen Shell’s risicosfeer en moest dus aan haar worden toegerekend.

De Hoge Raad is kort. Vollenhoven heeft geen belang bij haar klacht. Zelfs als deze gegrond is, dan nog is er geen sprake van gerechtvaardigd vertrouwen en is er dus geen ruimte voor vergoeding van het positief contractsbelang.

8. Wat betreft de vraag wanneer positief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komt, heeft het arrest dus duidelijkheid gebracht. Op een ander punt vrees ik dat de Hoge Raad de onduidelijkheid heeft vergroot. Sinds het arrest Plas-Valburg wordt gediscussieerd over de vraag waarop het gerechtvaardigd vertrouwen moet zien. Overwoog de Hoge Raad in Plas-Valburg nog dat er sprake

moest zijn van vertrouwen dat in ieder geval enigerlei overeenkomst uit de onderhandelingen zou resulteren, in VSH-Shell moest worden vertrouwd op het totstandkomen van een dergelijke overeenkomst. In De Ruitertij-MBO/Ruiters oordeelde de Hoge Raad weer anders: vertrouwd moest worden dat die overeenkomst tot stand zou komen en in ABB-de Staat en CBB-JPO dat de overeenkomst tot stand zou komen. Naar aanleiding van deze verschillende formuleringen is de vraag opgeworpen of de Hoge Raad het criterium heeft bijgesteld. Beoogt de Hoge Raad een wijziging door de formulering aan te passen? Hierover is met name na het arrest CBB-JPO gediscussieerd. Zie onder meer C.E. Drion, NJB 2005, p. 1781, Mon. Privaatrecht 5 (Ruygvoorn), p. 36–37, T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, Contracteren 2005, p. 100.

In het arrest Vollenhoven-Shell heeft de Hoge Raad het plotseling weer over “enigerlei contract”. Enige motivering ontbreekt. Is hier sprake van een “slip of the pen”, of beoogt hij een wijziging? Ik houd het op het eerste; logisch is immers dat het gerechtvaardigd vertrouwen moet zien op het totstandkomen van de overeenkomst waarover partijen aan het praten waren. Desalniettemin mocht toch van de Hoge Raad verwacht worden dat hij zich óf zorgvuldiger zou uitdrukken, óf zou aangeven waarom het vertrouwen in het totstandkomen van enigerlei contract voldoende kan zijn om het afbreken onaanvaardbaar te maken. Hij weet immers dat zijn woorden, gelet op de voorafgaande discussie, op een goudschaaltje gewogen worden.

Carlos Bollen, wetenschappelijk hoofdmedewerker Privaatrecht Universiteit van Aruba

» Voetnoten

[\[1\]](#)

Door de Rechtbank aangeduid als SNV

[\[2\]](#)

Deze eiswijziging is door het Hof in zijn tussenarrest (rov. 2) klaarblijkelijk – en in cassatie niet bestreden – over het hoofd gezien

[\[3\]](#)

Zie voor dit laatste inl. dagv. onder 7

[\[4\]](#)

O.m. HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 rov. 3.6. Zie nader Asser-Hartkamp II (2005) nr 160 e.v

[\[5\]](#)

HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 rov. 3.6. Ik veroorloof me verder te verwijzen naar mijn conclusie voor HR 15 december 2006, RvdW 2007, 5 onder 5.8.1

[\[6\]](#)

Voor zover nodig valt daarbij nog te bedenken dat er zelfs vrijwel geen gevallen zijn waarin aansprakelijkheid op grond van afbreken van onderhandelingen in strijd met opgewekt vertrouwen is aangenomen; zie Asser-Hartkamp II nr 163

[\[7\]](#)

Daarbij zij aangetekend dat zeker iets valt te zeggen voor de bij herhaling door Coen Drion verdedigde stelling dat de huidige rechtspraak te spoedig aansprakelijkheid aanneemt; zie bijv. NJB 2005 blz. 1781. Ik behoef daarop thans niet verder in te gaan

[\[8\]](#)

Rov. 7 en 8 van het tussenarrest

[\[9\]](#)

Rov. 4 van het eindarrest

[\[10\]](#)

O.m. HR 23 september 1988, NJ 1989, 743 JHN en JCS rov. 3.6

[\[11\]](#)

Asser-Hartkamp II nr 164 e.v.; mon. Privaatrecht 5 (Ruygvoorn) blz. 70 en vooral ook, mede voor een schat aan verdere bronnen, Verbintenissenrecht Art. 217–227 I (Blei Weissmann) aant. 44 e.v

[\[12\]](#)

Zie nader, ook voor verdere bronnen, Verbintenissenrecht Art. 217–227 I aant. 41