

# Het onderhandelingsproces nader belicht

*Mr. A. G. Wennekes\**

## Inleiding

Het begon allemaal zo mooi: Matt Harrington werd beschouwd als een van de toptalenten in de 2000 Major League Baseball in de Verenigde Staten en stond als zevende geplaatst op de ranglijst van de beste baseballspelers. Verschillende teams probeerden hem daarom met vette contracten over te halen bij hen te spelen. Zijn belangen werden behartigd door zijn zaakwaarnemer Tommy Tanzer. Deze onderhandelde met Colorado Rockies, een geïnteresseerde partij waaraan hij USD 4.950.000 als tekenbonus vroeg. Colorado Rockies bood echter USD 4.000.000, hetgeen door Harrington en zijn zaakwaarnemer werd afgewezen.

Het jaar daarop ging Harrington, nu bijgestaan door Scott Boras, in onderhandeling met het San Diego Padres-team. Omdat Harrington inmiddels op de 58ste plaats van de ranglijst stond, werd hem slechts USD 1.200.000 geboden. Hij vond dit bod te laag en verlangde het dubbele, een bedrag waar San Diego Padres niet op inging. Het volgende seizoen was Harrington veroordeeld een klasse lager te spelen en ook zijn spel was niet zo indrukwekkend meer. Uiteindelijk toonde het Tampa Bay Devil Rays-team interesse en bood hem een salaris van USD 200.000. Wéér kwam Harrington niet tot een definitief contract en inmiddels stond hij op de 374ste plaats van de ranglijst. Na nog een enkele keer speeltijd bij andere teams gehad te hebben, was het einde van zijn carrière nabij. Harrington werkt nu in een winkel voor USD 11,50 per uur.<sup>1</sup>

Dit carrièreverloop laat zien dat wanneer onderhandelingen op een verkeerde wijze worden gevoerd en kansen niet goed worden benut, het resultaat negatief kan zijn voor beide partijen, een 'lose-lose'-situatie. In deze bijdrage zal ik aantonen dat men door op de juiste wijze te onderhandelen een optimaal resultaat, en zelfs een 'win-win'-situatie, kan bereiken.

Allereerst zal ik de belangrijkste basisprincipes van het onderhandelingsproces in het algemeen bespreken. Hierna worden de juridische aspecten die zich bij het onderhandelingsproces voordoen behandeld. Vervolgens zal ik de (juridische) positie en de werkwijze van de advocaat bespreken wanneer hij betrokken is bij het onderhandelingsproces tussen zijn cliënt

en de wederpartij. De focus van deze bijdrage ligt op onderhandelingen in commerciële relaties, omdat deze verhoudingen vaak een duurzaam karakter kennen en partijen dikwijls hun relatie in stand willen houden.

## Onderhandelen in het algemeen

Onderhandelen, we doen het allemaal en vrijwel dagelijks. Is het niet over ons salaris of onze positie bij de werkgever, dan is het bijvoorbeeld wel over een aankoop. Iedereen kan beamen dat onderhandelen vaak niet gemakkelijk is en dat daarom een bepaalde onderhandelingsstrategie is aan te bevelen. Welke strategie gevolgd zou moeten worden, is afhankelijk van de situatie én van hetgeen men wilt bereiken.

Men kan 'hard' onderhandelen, zoals het vasthouden aan standpunten, of men kan 'zacht' onderhandelen, zoals het doen van concessies. Deze beide vormen komen voor bij het distributief onderhandelen, ook wel het positioneel onderhandelen genoemd.<sup>2</sup> Een combinatie van 'hard' en 'zacht' onderhandelen is ook mogelijk. Dit wordt het integratief ook wel principieel of probleemoplossend onderhandelen genoemd.<sup>3</sup>

Distributief onderhandelen is met name geschikt voor eenvoudige kwesties in oppervlakkige of voorbijgaande relaties, denk hierbij bijvoorbeeld aan de onderhandeling over de aanschaf van een auto of een bankstel. De nadruk van distributief onderhandelen ligt op het resultaat van de onderhandeling: bij een onderhandeling over een auto zou dit de prijs kunnen zijn. Bij distributief onderhandelen wordt een definitief standpunt bepaald met een onderhandelingsruimte die bestaat uit het streefdoel en het punt dat een partij nog nèt zal accepteren. De tactiek is dan dat de ene partij de andere laat instemmen met een concreet streefpunt of dat zij in de onderhandeling dat streefpunt zo dicht mogelijk benadert. Het gevaar is aanwezig dat er een impasse ontstaat en partijen niet verder komen. Bovendien kan deze manier van onderhandelen een vijandige sfeer creëren en een toekomstige samenwerking uitsluiten. Distributief onderhandelen kenmerkt zich als een 'win-lose'-onderhandeling, omdat de winst van de een het verlies van de ander is.

\* Mr. A.G. Wennekes is senior knowhow adviseur en NMI registermediator bij Loyens & Loeff te Rotterdam.

1. Zie o.a. Wikipedia (<[http://en.wikipedia.org/wiki/Matt\\_Harrington](http://en.wikipedia.org/wiki/Matt_Harrington)>) en <[http://decision1.net/HARDBALL\\_NEGOTIATIONS.html](http://decision1.net/HARDBALL_NEGOTIATIONS.html)>.

2. R. Fisher, W. Ury & B. Patton, *Getting to yes: Negotiating an agreement without giving in*, Londen: Random House 2012, p. 9.

3. Het 'integratief' onderhandelen kreeg in 1981 grote aandacht door het boek *Getting to yes* (2e druk) van Fisher, Ury en Patton.

Bij complexe zaken – vooral wanneer alle belangen van partijen in de onderhandeling meegewogen moeten worden – is integratief onderhandelen het meest geschikt. Neem bijvoorbeeld de verkoop van een onderneming. Bij een verkoop is de uitruil van belangen belangrijk omdat er vele belangen meespelen, zoals de overgang van de werknemers, inspraak van aandeelhouders en de problematiek rondom intellectuele eigendomsrechten. De uitruil van belangen betekent veelal een ‘win-win’-situatie.

De voornaamste vuistregels bij integratief onderhandelen<sup>4</sup> zijn:

- a. Scheid personen van het probleem; dus vermijd polarisatie.
- b. Concentreer op belangen, niet op posities. Partijen kunnen zich anders ‘ingraven’.
- c. Bedenk mogelijke oplossingen in het belang van beide partijen.
- d. Zoek objectieve beslissings- en beoordelingscriteria. Dit kunnen bijvoorbeeld algemeen geldende regels, wettelijke bepalingen of de meningen van deskundigen zijn. Een subjectieve keuze geeft discussie en daarmee strijd.

Bij integratief onderhandelen gaat het dus om meer dan alleen het sluiten van een overeenkomst.

Mastenbroek, die veel onderzoek heeft gedaan en veel heeft gepubliceerd over onderwerpen als conflictmanagement, onderhandelen en structurele en culture veranderingen in organisaties,<sup>5</sup> maakt nog onderscheid tussen vier aspecten die van invloed zijn op de onderhandelingsstijl. De vier aspecten zijn:

- de belangen: voor wat betreft de inhoud is het van belang vast te houden aan de eigen wensen en niet te toegeeflijk te zijn;
- de machtsbalans: hoeveel druk oefen ik uit op de andere partij? Door initiatief te houden en de andere partij te overbluffen, kan de machtsbalans in het eigen voordeel beïnvloed worden;
- het onderhandelingsklimaat: enerzijds persoonlijk joviaal en anderzijds formeel vijandig;
- flexibele procedure: wees onderzoekend en explorerend tijdens de onderhandelingen. Niet te joviaal, maar ook niet in de vechthouding. Dus niet te star zijn en zoek steeds naar onderhandelingsruimte.<sup>6</sup>

4. De regels worden ook wel de Harvard-regels genoemd. Zie Fisher, Ury & Patton 2012, p. 9-93.

5. Zie o.a. W.F.G. Mastenbroek, *Conflicthantering en organisatieontwikkeling: verandermanagement door betere sturing en meer zelforganisatie: organisatievernieuwing als het managen van interdependencies*, Deventer: Kluwer 2003 en W.F.G. Mastenbroek, *Vaardig onderhandelen*, Heemstede: Holland Business Publications 1998, p. 46-53.

6. Zie ook A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 107.

### *Onderhandelingsstactieken in de praktijk*

Zonder de details van de onderhandelingen van Harrington uit het verhaal in de inleiding te kennen, kan men constateren dat er sprake was van hard distributief onderhandelen. Door de zaakwaarnemer van Harrington is kennelijk te hoog ingezet: er werd gestart met een extreme positie (de hoge tekenbonus). Wanneer er vervolgens door beide partijen steeds kleine concessies worden gedaan, dan zal het veel tijd en inspanning kosten om te onderzoeken of er wel of geen overeenkomst mogelijk is. In het geval van Harrington werd uiteindelijk in het geheel geen overeenstemming bereikt. Een van de fouten was dat de onderhandeling werd gezien als een *fixed pie*, wat er kort gezegd op neerkomt dat de onderhandelaars vaak te snel van de veronderstelling uitgaan dat er geen mogelijkheid is meerwaarde te creëren. De tweede fout was dat de andere partij vastgezet werd met een (te) hoge inzet en er geen onderhandelingsruimte werd gegeven, een houding van *take it or leave it*. Dit is vrijwel altijd onverstandig, met name wanneer deze inzet eigenlijk onrealistisch is. Het is dan winnen of verliezen. Daarnaast werden door de zaakwaarnemer van Harrington bepaalde verwachtingen (onder andere de hoge tekenbonus van USD 4.950.000) gewekt, die in feite niet haalbaar waren.

In het geval van Harrington zou een combinatie van hard en zacht onderhandelen een betere optie zijn geweest. Dit betekent dat er hard onderhandeld wordt op de inhoud, maar zacht op de relatie. Zacht onderhandelen op de relatie houdt onder andere in dat je vraagt naar de beleving van de ander en dat je de ander de ruimte geeft om zijn verhaal en standpunten te vertellen. Hard onderhandelen op de inhoud is met name zichtbaar bij het beargumenteren van een mening. Dus het stevig neerzetten van je belangen en je visie en mening duidelijk uitdragen. Daarnaast is het van belang dat partijen juist die informatie uitwisselen die daadwerkelijk tot een beter onderhandelingsresultaat zal kunnen leiden. Er moet daarbij worden gezocht naar wederzijdse belangen. Deze voorwaarden in het onderhandelingsproces zijn essentiële kenmerken van integratief onderhandelen en werden niet toegepast tijdens de onderhandelingen tussen Harrington en geïnteresseerde partijen.

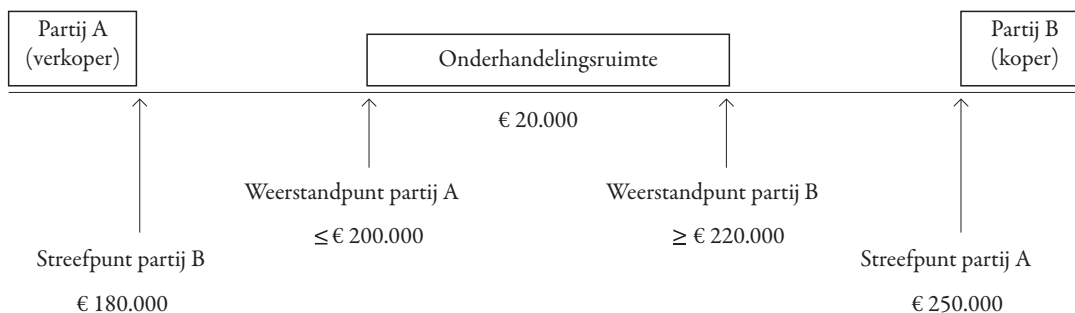
### *Het onderhandelingsproces*

Voorafgaand aan het onderhandelingsproces zullen de volgende vragen moeten worden gesteld om een goed onderhandelingsresultaat te krijgen:

- Wat kan ik bereiken zonder te onderhandelen?
- Hoeveel onderhandelingsruimte heb ik?
- Wat kan de andere partij mij bieden?
- Wat is haar belang en welk belang heb ik?
- Welke wederzijdse voordelen kunnen wij behalen?
- Welke opties zijn er binnen de onderhandelingsruimte?
- Welke onderhandelingsstijl gebruikt de ander en welke stijl zal ik gebruiken? Moet ik hard of zacht onderhandelen, of zal ik een combinatie van deze twee stijlen gebruiken?

## Vennootschap & Onderneming

Figuur 1



De begrippen BATNA, 'Best Alternative To No Agreement',<sup>7</sup> en ZOPA, 'Zone Of Possible Agreement' (ruimte voor een mogelijke overeenstemming), zijn relevant voor het beantwoorden van bovengenoemde vragen.

Met het begrip BATNA (in het Nederlands: BAZO, 'Beste Alternatief Zonder Overeenkomst') stel je vast welke andere mogelijkheden er zijn. Je wilt bijvoorbeeld je huis verkopen, maar het is misschien beter het huis te verhuren, of wanneer de locatie zich daarvoor leent, het huis af te breken en parkeerplaatsen te maken van de locatie. Er zal dus naar alternatieven moeten worden gezocht. Een goed alternatief maakt je minder afhankelijk van die ene optie die je zelf voor ogen had. Hoe beter dit alternatief, des te beter is je onderhandelingspositie. Het is wel van belang dat je BAZO realistisch en uitvoerbaar is.

Met het begrip ZOPA stel je vast welke ruimte er is tussen de weerstandpunten. Stel, je huis staat te koop voor EUR 250.000 (streefpunt partij A). Een potentiële koper streeft ernaar om het huis te kopen voor EUR 180.000 (streefpunt partij B) en als uiterste prijs wil hij EUR 220.000 betalen (zijn weerstandpunt). Wanneer je zelf niet lager wilt gaan dan EUR 200.000, dan is de ZOPA (onderhandelingsruimte) EUR 20.000. Wil de koper niet meer geven dan EUR 190.000, dan is er dus geen ZOPA. Ter verduidelijking is figuur 1 opgenomen.

### *Voorbeeld integratieve benadering*

Wanneer partijen zoeken naar een oplossing die voor beide het meest acceptabele resultaat geeft, is een integratieve onderhandeling het best.

De volgende fictieve casus geeft een goed voorbeeld van deze benadering. Twee vrienden, Jonathan en Mark, besluiten kleding te importeren en richten een bedrijf op. De focus ligt op bedrijfskleding voor de zorgsector. Jonathan is een goede inkoop en houdt de administratie bij. Mark neemt de verkoop voor zijn rekening. Na een aantal succesvolle jaren ontstaat onenigheid tussen Jonathan en Mark over de doelgroep omdat

Mark deze zou willen uitbreiden, waarop Mark besluit om voor zichzelf te beginnen. Mark huurt een groot pand, gaat bedrijfskleding voor de horeca importeren en neemt de verkoop zelf in handen. Het bedrijf loopt nog niet voorspoedig, wat met name komt door de moordende concurrentie. Jonathan ziet inmiddels ook zijn omzet dalen. Hij mist Mark als goede verkoper en heeft voor hem geen gelijkwaardige vervanger kunnen vinden. Als gevolg van de slechte omzet en zijn frustratie omtrent het vertrek van Mark claimt hij EUR 50.000 van Mark, zijnde de boete die was afgesproken in het concurrentiebeding.

Partijen kunnen nu distributief (positioneel) onderhandelen over de hoogte van de claim. Het onderhandelingsresultaat hiervan zou kunnen zijn dat Mark bijvoorbeeld EUR 20.000 betaalt. Partijen kunnen ook integratief (probleemoplossend) onderhandelen en onderzoeken welke gemeenschappelijke belangen er zijn, zoals bijvoorbeeld het integreren van de inkoop en de verkoop van producten van beide bedrijven. Wanneer Mark zich volledig richt op de verkoop van beide producten en Jonathan zoals voorheen de inkoop en administratie voor zijn rekening neemt, kunnen de kosten aanzienlijk gereduceerd worden. Wanneer zij daarnaast besluiten om één bedrijfspand te nemen, kunnen zo ook de bedrijfskosten lager worden. De onenigheid die was ontstaan over het uitbreiden van de doelgroep, zou met dit besluit ook zijn opgelost.

### Juridische aspecten

Voor een goed verloop van het onderhandelingsproces is het van belang dat er rekening wordt gehouden met eventuele juridische aspecten.

Een niet-uitputtende opsomming van juridische aspecten die een rol kunnen spelen bij het onderhandelingsproces:

- Onderhandelt de wederpartij voor zichzelf of vertegenwoordigt zij een bedrijf of een natuurlijk persoon?
- Is de wederpartij, of degene die zij vertegenwoordigt, handlingsbekwaam? Zie onder andere artikel 3:32 en 3:63 Burgerlijk Wetboek (BW).
- Is de wederpartij bevoegd te onderhandelen (bijvoorbeeld art. 3:43 BW) en hoever reikt haar beslissingsbevoegdheid?

7. Fisher, Ury & Patton 2012, p. 99.

## Vennootschap & Onderneming

- Wie is bevoegd te tekenen?
- Onderhandelt de wederpartij op basis van een volmacht (art. 3:60 e.v. BW), lastgeving (art. 7:414 BW) of mandaat (art. 10:1 Algemene wet bestuursrecht; Awb)?
- Betreft het een volledige volmacht of is deze beperkt?
- Is er sprake van een voorlopig (deel)resultaat? Is er een compromis dat wellicht bindend is?
- Zijn er voorbereidende afspraken gemaakt tijdens de onderhandeling?
- Wat is de juridische status van afspraken die worden gemaakt tijdens de onderhandeling en voorafgaand aan het uiteindelijke resultaat (de overeenkomst)?
- Worden er geen afspraken gemaakt die in strijd zijn met de openbare orde en de goede zeden (art. 3:40 BW)?
- Worden er geen afspraken gemaakt die, al dan niet bewust, benadeling van schuldeisers met zich meebrengen (art. 3:45 BW)?
- Worden er geen afspraken gemaakt die juridisch niet bindend, nietig of zelfs strafbaar (kunnen) zijn?
- Moet er vooraf een geheimhoudingsovereenkomst worden getekend? Er kan immers vertrouwelijke informatie worden besproken, zoals de knowhow, fabricagegeheimen, commerciële of financiële zaken.
- Wat is de status van de zogenoemde 'letter of intent'?
- Wat gebeurt er wanneer de onderhandelingen worden afgebroken?

Het zijn niet altijd de partijen zelf die de onderhandelingen voeren, het kunnen ook vertegenwoordigers van hen zijn. Een rechtspersoon kan bijvoorbeeld – anders dan een natuurlijk persoon – niet zelf handelen en zal daarom altijd vertegenwoordigd moeten worden.

Wanneer de wederpartij een vertegenwoordiger van een rechtspersoon is, bijvoorbeeld een NV, een BV of een publiekrechtelijke rechtspersoon zoals een gemeente, zal gekeken moeten worden of deze vertegenwoordiger ook daadwerkelijk vertegenwoordigingsbevoegd is.<sup>8</sup>

Voor de NV/BV is de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de rechtspersoon geregeld in lid 1 van artikel 2:130/240 BW. Voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting zijn de vertegenwoordigingsregels neergelegd in artikel 2:45 BW en artikel 2:292 jo. artikel 2:53a BW. Het bestuur en/of iedere bestuurder zijn bevoegd om de rechtspersoon te vertegenwoordigen (of twee bestuurders gezamenlijk). Ook kan aan andere personen, wanneer dat statutair mogelijk is gemaakt en behoudens wettelijke bepalingen (wettelijke beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn bijvoorbeeld art. 2:132/242 en 2:134/244 BW), bevoegdheid tot vertegenwoordiging worden toegekend.

8. In deze bijdrage wordt de zogeheten doctrine van de 'schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid' buiten beschouwing gelaten.

Naast een bestuurder kan bijvoorbeeld ook een procuratiehouder bevoegd zijn. Van belang is dus dat de statuten en het handelsregister worden geraadpleegd.

Bij publiekrechtelijke rechtspersonen moet niet alleen worden gekeken of de wederpartij bevoegd is, maar ook of er sprake is van een mandaat of van een volmacht. Onder mandaat wordt verstaan de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen (art. 10:1 Awb). Een volmacht ziet op het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling. Daarnaast kan er sprake zijn van een machtiging (art. 2:1 Awb).

### *Volmacht*

Vertegenwoordiging kan ook op basis van een volmacht of lastgeving. Bij lastgeving ontstaat er voor de lasthebber een verplichting tot handelen voor de lastgever. Bij volmacht is de gevolmachtigde niet verplicht de handeling voor de volmachtgever te verrichten.

Een volmacht kan worden beperkt, bijvoorbeeld in tijdsduur, tot het kopen van een bepaald object of tot een bepaald bedrag. Wordt de volmacht overschreden, dan is de vertegenwoordigde niet gebonden, tenzij hij de rechtshandeling alsnog bekrachtigt. Dit moet dan wel gebeuren vóórdat de wederpartij te kennen geeft dat zij de handeling wegens het ontbreken van de volmacht als ongeldig beschouwt (art. 3:69 lid 3 BW).

Een volmacht kan ook onderdeel zijn van een overeenkomst, zoals bij een arbeidsovereenkomst of een maatschapsovereenkomst.

### *Letter of intent*

Voordat de onderhandelingen zijn begonnen, is het van belang dat erover nagedacht wordt dat in een vroeg stadium van de onderhandelingen de voorlopige afspraken juridisch afdwingbaar kunnen worden. Daarom wordt er dikwijls gebruik gemaakt van een zogenoemde *letter of intent*. Partijen gebruiken vaak een variëteit aan benamingen: intentieverklaring, *memorandum of understanding*, *heads of agreement*, *letter of understanding*, *agreement in principle*, *memorandum of intent*, *points of reference*, *principles of cooperation*, enzovoort. Soms is er verwarring omtrent sommige rechtsfiguren en worden deze ten onrechte als een *letter of intent* bestempeld. In dergelijke verklaringen zijn veelal voorbehouden opgenomen, bijvoorbeeld: 'de definitieve overeenstemming over de overname is onderworpen aan goedkeuring van de raad van commissarissen en/of de aandeelhouders',<sup>9</sup> of bijvoorbeeld dat: 'tussen par-

9. Een voorbehoud inhoudende een potestatieve voorwaarde, bijvoorbeeld dat de overeenkomst tot stand komt onder het voorbehoud van de goedkeuring van de Raad van Bestuur, kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (Rb. Den Bosch 14 april 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD0037 (Rijkers/Essent)). Meer over potestatieve voorwaarden: M.R. Ruygvoorn, Contracteren onder voorbehoud: het blijft lastig!, MvV 2010, nr. 6. Zie ook M.R. Ruygvoorn, Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden, Deventer: Kluwer 2009, p. 170.

tijen pas binding ontstaat op het moment dat de afspraken op schrift zijn gesteld en namens partijen zijn ondertekend’.

De vraag is of een dergelijke *letter of intent* leidt tot contractuele gebondenheid van partijen. Het antwoord hierop is dat dit onder meer afhangt van de inhoud van een dergelijke verklaring en daarnaast van de feiten en omstandigheden die zich bij het tot stand komen van de verklaring hebben voorgedaan. Wanneer de verklaring dus niet goed wordt geredigeerd, kan er sprake zijn van (onbedoeld) juridisch bindende overeenkomsten. Tussen volledige vrijblijvendheid en juridische afdwingbaarheid zit een zeker grijs gebied. Verderop in deze bijdrage wordt nader ingegaan op de juridische status van een *letter of intent* en het maken van voorbehouden, zoals het tot stand komen van een overeenkomst onder een opschortende voorwaarde.

### *Gentlemen's agreement*

Dikwijls komen partijen tot een zogenoemd herenakkoord (ook wel *gentlemen's agreement* genoemd), hetgeen een informele overeenkomst is tussen partijen, die zowel mondeling als schriftelijk tot stand kan komen. In principe is een herenakkoord niet rechtens afdwingbaar, maar doet dit akkoord een beroep op de eer van de partijen. Het gaat om een ‘gewetensafpraak’, waarbij partijen zich in eer en geweten met elkaar verbinden met het oog op het sluiten van een overeenkomst. Echter, evenals een *letter of intent* kan een herenakkoord, of een deel daarvan, wél bindend zijn. De draagwijdte en rechtsgevolgen dienen dus steeds te worden beoordeeld aan de hand van de inhoud van het akkoord (zie in dit verband ook art. 3:35 BW).

### *Precontractuele fase/verplichting tot dooronderhandelen/afgebroken onderhandeling*

Het sluiten van een overeenkomst vergt dikwijls een lang onderhandelingstraject. Deze fase in de onderhandelingen wordt ook wel aangeduid als de precontractuele fase. Partijen kunnen dan onderzoeken of zij tot een overeenkomst kunnen komen. In deze fase worden vaak door één of beide partijen substantiële kosten gemaakt, denk bijvoorbeeld aan accountants- en advocatenkosten. Wanneer de onderhandelingen niet naar wens verlopen of een voorbehoud niet wordt ingevuld, dan kan bij een van beide partijen de wens ontstaan om de onderhandelingen na verloop van tijd af te breken. De vraag is dan of dit zomaar kan, en of de afbrekende partij in dat geval schadeplichtig is ten aanzien van de gemaakte kosten van de wederpartij.

Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad Plas/Valburg is in de literatuur de zogenoemde ‘driefaseleer’ geïntroduceerd.<sup>10</sup> Deze ‘driefaseleer’ komt op het volgende neer:

1. In de eerste fase, de oriënterende fase, staat het beide onderhandelende partijen vrij om de onderhandelingen op elk gewenst moment af te breken zonder tot vergoeding van de door de ander in het kader van de onderhandelingen gemaakte kosten te kunnen worden gehouden.
2. De tweede fase kenmerkt zich door vergevorderde onderhandelingen die niet meer zomaar afgebroken kunnen worden. In deze fase zou het partijen weliswaar nog vrijstaan om de onderhandelingen eenzijdig af te breken, maar dit maakt de afbrekende partij wel schadeplichtig ter zake van de door de onderhandelingspartner gemaakte kosten.
3. In de derde fase is juridisch gezien sprake van een zeker vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand komt. Bij het alsnog afbreken van de onderhandelingen zou de afbrekende partij kunnen worden veroordeeld tot dooronderhandelen of tot schadevergoeding van de door de tegenpartij gemaakte kosten en de eventueel gedeelde winst, het zogenoemde positief contractsbelang. Onder vergoeding van het positief belang wordt verstaan dat de benadeelde in de toestand wordt gebracht als ware de verbintenis nagekomen. Bij vergoeding van het negatief contractsbelang wordt alleen de schade vergoed die de benadeelde heeft geleden, los van het al dan niet tot stand komen of het al dan niet nakomen van de overeenkomst. Denk aan de adviseurs- en onderzoekskosten die zijn gemaakt in verband met de onderhandelingen.

In een later arrest van de Hoge Raad (CBB/JPO) is bepaald dat het partijen die onderhandelingen voeren, vrijstaat deze onderhandelingen af te breken, maar dat de vrijheid om onderhandelingen af te breken ophoudt wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, het afbreken ‘onaanvaardbaar’ is.<sup>11</sup> Dit arrest handelt over de vraag wanneer het afbreken van onderhandelingen leidt tot een schadevergoedingsplicht.

De Hoge Raad heeft in r.o. 3.6 van bovengenoemd arrest enkele aanknopingspunten voor het toepassen van het onaanvaardbaarheids criterium bij afgebroken onderhandelingen op een rij gezet:

- Partijen zijn verplicht hun gedrag bij onderhandelingen mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen.
- Is er een gerechtvaardigd vertrouwen van de onderhandelingspartner in de totstandkoming van de overeenkomst en welke rol heeft de afbrekende partij daarbij gespeeld? Een gerechtvaardigd vertrouwen kan het afbreken onaanvaardbaar maken.
- Andere omstandigheden dan het gerechtvaardigde vertrouwen kunnen het afbreken onaanvaardbaar maken.
- Wanneer er een gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de overeenkomst tot stand komt, kunnen de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij met zich brengen dat deze toch de onderhandelingen afbreekt. Dit kan bij

10. O.a. M. van Hooijdonk & R.J.P.L. Tjittes, Precontractuele aansprakelijkheid bij onderhandelen met een voorbehoud, *Contracteren* 2008, nr. 3, M.R. Ruygvoorn, Bestaat de ‘tweede fase’ uit Plas/Valburg nog?, *Contracteren* 2011, nr. 2.

11. HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO).

voorbeeld het geval zijn indien zich onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.

De Hoge Raad heeft de maatstaf voor het bepalen van het onaanvaardbaarheids criterium als een 'strengere en tot terughoudendheid nopende' maatstaf gekarakteriseerd. Dit betekent dat het oordeel 'onaanvaardbaar' niet te snel mag worden aangenomen.

Met betrekking tot toerekening van schade aan de afbrekende partij speelt ook de redelijkheid en billijkheid een rol.

In de literatuur is naar aanleiding van het arrest CBB/JPO discussie ontstaan of de tweede fase uit het arrest Plas/Valburg nog bestaat. Drion, Hartlief, Tjittes en Christiaans betogen dat deze niet meer bestaat.<sup>12</sup> Onder anderen Ruygvoorn<sup>13</sup> betoogt dat uit diverse uitspraken<sup>14</sup> blijkt dat de tweede fase nog steeds wordt toegepast.

### Praktisch

In verband met een eventuele claim van de wederpartij doordat de onderhandelingen worden afgebroken, zijn de volgende, niet-limitatieve, punten van belang:

- de mate van overeenstemming;
- de duur van de onderhandelingen;
- de uitkomst van de voorlopige onderhandelingen;
- of er nog geen sprake is van een rompovereenkomst. Met andere woorden: hebben partijen al overeenstemming bereikt over essentiële punten;
- in hoeverre de wederpartij op grond van de onderhandelingen erop kan vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand zal komen;
- op welk niveau overeenstemming is bereikt;
- de mate van betrokkenheid van een formeel bevoegd orgaan;
- of er op verzoek van de afbrekende partij door de andere partij kosten zijn gemaakt;
- of er sprake is van een *break-up fee* (soms *termination fee* genoemd);
- of er afspraken zijn gemaakt over de wijze waarop het onderhandelingsproces gevoerd zou worden en over de mogelijkheid de onderhandelingen af te breken.

Aan de hand van de bovenstaande punten is vast te stellen in hoeverre de onderhandelingen zijn gevorderd en in hoeverre de precontractuele fase is ingetreden. Partijen zouden de precontractuele gevaren (eventuele claims) kunnen uitsluiten

door het opnemen van één of meer voorbehouden in een *letter of intent*. Een voorbehoud zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat het contract pas getekend kan worden wanneer er goedkeuring is voor de financiering (dit is een opschortende voorwaarde, art. 6:21 BW). Wanneer dit voorbehoud niet wordt ingevuld, kunnen de onderhandelingen in beginsel worden afgebroken zonder dat de afbrekende partij schadeplichtig is. Bovendien kan worden opgenomen dat partijen elk moment de onderhandelingen kunnen beëindigen zonder aansprakelijkheid jegens elkaar, of dat bij beëindiging de afbrekende partij schadeplichtig is tot een bepaald bedrag. Dergelijke voorbehouden worden in de regel door de rechter gehonoreerd.<sup>15</sup> Wel is het zo dat een dergelijk voorbehoud onderworpen is aan de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), de intentie van partijen speelt een rol en de vraag of er sprake kan zijn van rechtsverwerking. Daarbij is van belang dat de opschortende en/of ontbindende voorwaarden een eigen wettelijke regeling kennen (art. 6:21 t/m 6:26 BW). Op grond van deze regeling komt degene die de vervulling van een voorwaarde belet, geen beroep op die voorwaarde toe. Onder omstandigheden geldt dit ook wanneer een partij zich onvoldoende inspannt om een voorwaarde vervuld te krijgen.

Om elke onzekerheid te voorkomen is het aan te bevelen dat partijen in het voorbehoud tevens uitdrukkelijk overeenkomen dat zij geheel vrij zijn tot het moment dat de overeenkomst door alle partijen is ondertekend. In dat geval zal in de regel geen precontractuele aansprakelijkheid ontstaan. Dit was ook het geval in een zaak die bij de Rechtbank Amsterdam diende.<sup>16</sup> Partijen waren in een 'Memorandum of Understanding' (hierna: MOU) overeengekomen dat zij geheel vrij zouden zijn tot het moment dat een door beide ondertekende overeenkomst tot stand zou komen. Omdat de overeenkomst niet tot stand kwam, concludeerde de voorzieningenrechter dat de door een van de partijen wegens afgebroken onderhandelingen ingestelde vordering niet op een tussen partijen gesloten overeenkomst kan worden gebaseerd en stelde vast dat ook het beroep op de precontractuele goede trouw, gelet op de voornoemde clause in het MOU, niet kan baten.

Het is van belang dat voorbehouden goed worden geredigeerd en dat eerdergenoemde punten, zoals de redelijkheid en billijkheid, de intentie van partijen en de eerder beschreven aanknopingspunten voor het toepassen van het onaanvaardbaarheids criterium (arrest CBB/JPO), in acht worden genomen.

### De advocaat en het onderhandelingsproces

Wanneer een crediteur een vordering op een ander bedrijf heeft en deze vordering ondanks meerdere aanmaningen niet wordt betaald, staan er diverse wegen open om deze vordering

12. C.E. Drion, Ons onderhandelingsrecht onder handen, NJB 2005/34, T. Hartlief & R.J. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2005/31, en C.R. Christiaans, Aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen: van drie naar twee fasen, MvV 2005, p. 194.

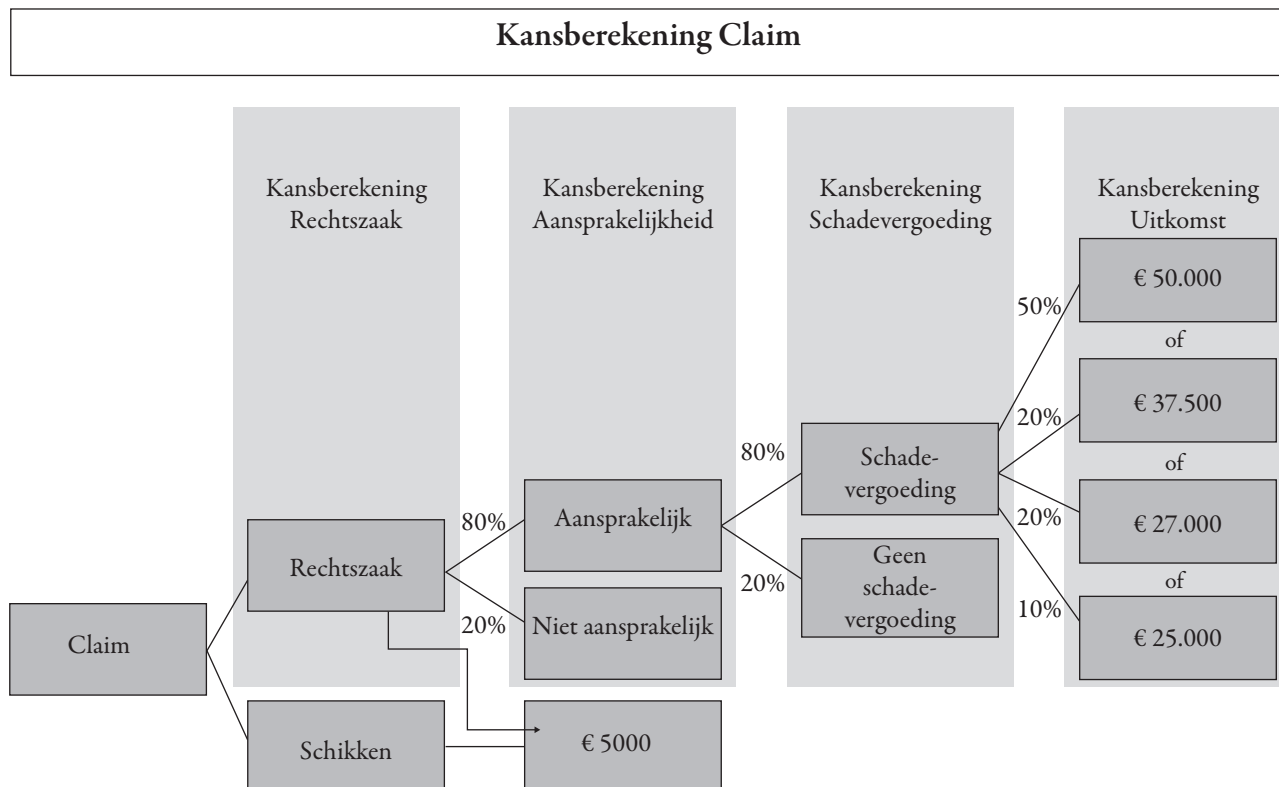
13. Zie Ruygvoorn 2011.

14. Zie o.a. Hof Den Bosch 31 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2537 (Roompot/Efteling). Er was geen grondslag voor vergoeding van het positief contractsbelang, maar wel voor het negatief contractsbelang, r.o. 4.9. Zie ook o.a. Hof Arnhem 1 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BP7319.

15. Zie HR 24 november 1995, NJ 1996, 162 (Van Engen/Mirror), HR 5 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0011, HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5784 en Rb. Den Bosch 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX4774.

16. V.zr. Rb. Amsterdam 4 augustus 2005, NJF 2005, 420 (Justvoice/Gouden Gids).

Figuur 2



te incasseren. Het meest voor de hand liggend is dat er dan wordt onderhandeld. Dit kan bijvoorbeeld gaan over een betalingsregeling of een kwijtschelding van een deel van de vordering. Vaak verharden de standpunten en het is niet ongebruikelijk dat een gang naar de rechter wordt genoemd. Dikwijls wordt een advocaat ingeschakeld die de onderhandelingen overneemt.

Laten we als voorbeeld een vordering van EUR 50.000 nemen in combinatie met de situatie dat de wederpartij in het geheel niet bereid is te betalen, zodat er uiteindelijk een advocaat wordt ingeschakeld. Onder meer de volgende aandachtspunten zijn voor de advocaat dan van belang:

- Wat is de bevoegdheid van de onderhandelingspartner?
- Welke juridische complicaties kent deze vordering (is er bijvoorbeeld sprake van een geldige overeenkomst)?
- Krijg ik voldoende informatie?
- Is de eigen cliënt bereid om water bij de wijn te doen? Wat is de onderhandelingsruimte?
- In welke relatie staat cliënt met de wederpartij?
- Speelt machtsongelijkheid een rol?
- Willen partijen met elkaar verder?
- Waar zit het werkelijke probleem?
- Welke belangen spelen er?
- Zijn er derden-belanghebbenden?
- Is cliënt ervan op de hoogte dat een rechtszaak in principe openbaar is? Bestaat er gevaar voor reputatieschade en/of precedentwerking?

- Welke opties zijn er ten aanzien van een rechtszaak?
- Moet er hard of zacht worden onderhandeld?
- Integratief of distributief onderhandelen?
- Is terugkoppeling van elk onderhandelingsresultaat naar cliënt noodzakelijk?
- Zijn er fiscale aspecten?
- Worden alle juridische punten met cliënt doorgenomen?
- Is een deskundige derde nodig?
- Is het beter de zaak te schikken?
- Speelt er misschien een tegenstrijdig belang? De advocaat heeft bijvoorbeeld vertrouwelijke informatie van de advocaat van de andere partij gehad.<sup>17</sup>

Stel dat na enige onderhandelingen de wederpartij toch een (schikkings)voorstel doet om EUR 5000 te betalen en de cliënt van de advocaat vindt dit bod te laag en wil een rechtszaak initiëren. Punten ter overweging en bespreking met de cliënt zijn dan:

- Is gezien de kosten van een rechtszaak de vordering wel hoog genoeg?
- Kost een rechtszaak niet te veel tijd?
- Willen partijen nog met elkaar verder? De relatie is immers na een rechtszaak meestal blijvend beschadigd.
- Wat zijn de kansen op succes in een rechtszaak?

17. Zie regel 7 van de Gedragsregels 1992 voor de advocatuur (hierna: de Gedragsregels).

Laatstgenoemde kansen in een rechtszaak zijn met een kansberekening te bepalen. In figuur 2 is uitgegaan van 80% kans dat de rechter de wederpartij aansprakelijk houdt en 80% kans dat de rechter de wederpartij schadeplichtig acht, waarbij de kans op een volledige vergoeding op 50% wordt gehouden. Dit betekent dat er een kans van 32% is op de volledige claim ( $0,8 (80\%) \times 0,8 (80\%) \times 0,5 (50\%) = 32\%$ ). In figuur 2 zijn in de laatste kolom fictieve bedragen ingevuld die de vergoeding vertegenwoordigen.<sup>18</sup>

Met de uitkomst van de berekening zou kunnen worden beoordeeld of een schikking een betere optie is dan een rechtszaak.<sup>19</sup>

### *Proportionele aansprakelijkheid*

Aandacht verdient daarnaast de methode van proportionele aansprakelijkheid.<sup>20</sup> Bij deze vorm van berekening van de schade stelt de rechter op grond van een percentage vast hoe groot de kans is dat de gedaagde de schade heeft veroorzaakt. Dit percentage wordt vervolgens gekoppeld aan de geleden schade, wat resulteert in een te betalen schadevergoeding. Dit betekent dat wanneer er onzekerheid is ten aanzien van het causale verband tussen de schade en de onrechtmatige gedraging, met deze methode de lasten van causaliteitonzekerheid over eiser en gedaagde worden verdeeld. Deze methode wordt echter terughoudend toegepast, temeer omdat de kans bestaat dat een tot schadevergoeding veroordeelde niet betaalt op grond van de daadwerkelijk aangetoonde door hem toegebrachte schade, maar slechts op grond van de kans dat hij de schade heeft veroorzaakt.<sup>21</sup>

### **Samenvatting**

Iedereen onderhandelt vrijwel dagelijks, hetzij zakelijk, hetzij in de privésfeer. Om een optimaal resultaat te behalen is het noodzakelijk dat men zich goed voorbereidt. De wijze waarop een onderhandeling gevoerd wordt, is afhankelijk van hetgeen men wil bereiken en van de vraag of het een eenvoudige of een meer gecompliceerde kwestie is. Daarnaast is het belangrijk of partijen met elkaar verder willen of dat het gaat om een eenmalige actie.

Wanneer partijen eenmalig met elkaar willen samenwerken, volstaat distributief onderhandelen, ook wel positioneel onderhandelen genoemd. Wanneer partijen met elkaar verder willen en er zijn gemeenschappelijke belangen, dan is integratief onderhandelen (ook wel probleemoplossend onderhandelen genoemd) een betere optie.

18. Uiteraard zijn deze getallen fictief en kunnen andere waarden worden ingevuld, hetgeen een lagere of hogere uitkomst geeft.

19. Regel 3 van de Gedragsregels bepaalt dat een advocaat zich voor ogen dient te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces.

20. Zie o.a. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092 (Nefalit/Karamus) en HR 12 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349.

21. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799.