***AFBREKEN VAN DE ONDERHANDELINGEN; EEN LEIDRAAD TER VOORKOMING VAN JURIDISCHE PROCEDURES***

In de voorgaande afleveringen heb ik geschreven over problemen die kunnen ontstaan bij de verwerving van nieuwe ondernemingen/rechtspersonen en hoe die problemen voorkomen kunnen worden door het verrichten van een goed Due Dilligence-onderzoek. Het uiteindelijk sluiten van een koopovereenkomst vormt dan het sluitstuk van een (soms lange) periode van onderhandelen.

Soms gebeurt het evenwel dat partijen niet toekomen aan het sluiten van de koopovereenkomst en worden de onderhandelingen afgebroken. Het gebeurt een enkele keer dat het afbreken van de onderhandelingen als ongeoorloofd/onrechtmatig wordt beschouwd en de kans aanwezig is dat een juridische procedure gevoerd moet worden indien blijkt dat er onvoldoende rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de onderhandelingspartner. In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de juridische complicaties van het afbreken van de onderhandelingen.

Bij een juridische procedure over afgebroken onderhandelingen is het voornamelijk van belang om zo duidelijk mogelijk vast te stellen wat het onderwerp van de onderhandelingen was; oftewel: waarover proberen partijen nu precies overeenstemming te bereiken?

Het is dan ook verstandig om, alvorens in onderhandeling te treden, eerst vast te stellen wat de zgn “essentialia van de overeenkomst” zijn. Te denken valt dan in ieder geval aan die punten, zonder welke anders geen overeenkomst zou kunnen bestaan (koopprijs, maar bijv ook eventuele essentiële punten van een van de betrokken onderhandelingspartijen, zonder overeenstemming waarover *voor die partij* van een gesloten overeenkomst kan sprake kan zijn).

Nadat is vastgesteld wat partijen beogen te regelen en wat tot de essentialia behoren, dient te worden vastgesteld in welke mate de partijen hierover ook daadwerkelijk wilsovereenstemming hebben bereikt. We maken hierbij onderscheid in de “pre-contractuele fase” en de “contractuele fase”. Zolang partijen zich nog in de pre-contractuele fase bevinden, is van schadeplichtigheid wegens het afbreken van de onderhandelingen geen sprake, tenzij bij de wederpartij van de onderhandelingspartner die de onderhandelingen stopzet sprake is van een rechtens relevant vertrouwen in het welslagen van de onderhandelingen. De aanwezigheid van dit vertrouwen is een zeer feitelijk gebeuren.

Zodra vast is komen te staan dat de onderhandelingen verkeerden in een fase waarin het afbreken daarvan niet meer geoorloofd is, dan dient te worden bepaald wat de volgende stap is. Te denken valt aan de verplichting om door te onderhandelen, een verbod voor de afbrekende partij om met derden te onderhandelen/te contracteren, een juridische actie tot schadevergoeding (gestoeld op geleden verlies/gemaakte kosten en/of gederfde winst) en soms zelfs het vorderen van een veroordeling van de afbrekende partij tot het alsnog sluiten van een overeenkomst.

Een verplichting tot verder onderhandelen is iets wezenlijk anders als de verplichting tot contracteren. We spreken hier dan over een inspanningsverbintenis (in plaats van een resultaatsverbintenis), waarbij de partij, op wie deze verbintenis rust, zich binnen redelijke grenzen dient in te spannen om (alsnog) overeenstemming te bereiken over de nog openstaande punten. Dit houdt evenwel geenszins in dat indien gaande de onderhandelingen er alsnog een gerechtvaardigd breekpunt zich voordoet, die partij niet alsnog de onderhandelingen mag afbreken.

Ingeval overgegaan wordt tot het vorderen van schadevergoeding, dient rekening te worden gehouden met de begrippen positief en negatief contractsbelang. Bij de vaststelling van het positief contractsbelang wordt de schade berekend door de situatie waarin men zich thans bevindt te vergelijken met de situatie waarin men zich zou hebben verkeerd indien het contract wel tot stand zou zijn gekomen, waarbij gederfde winst de belangrijkste factor vormt. Bij de berekening van het negatief contractsbelang wordt als uitgangspunt genomen de niet-totstandkoming van het contract.

In de praktijk komt het verder voor dat partijen in de voorfase (bijv in de Letter of Intent) overeenkomen dat afbreken van de onderhandelingen niet zal kunnen leiden tot schadevergoeding, welke partijafspraak de rechter dan veelal ook respecteert.

Ook het fenomeen “Break-up fee” mag in deze niet onvermeld blijven. De break-up fee houdt in dat wanneer overnameonderhandelingen uiteindelijk niet eindigen in het sluiten van een overeenkomst, de doelvennootschap aan de bieder/koper een bepaald bedrag moet betalen. De hoogte van de fee wordt vaak vastgelegd in de Letter of Intent. Het moge duidelijk zijn dat de biedende partij belang heeft bij het bepalen van de hoogte van de break-up fee., bijvoorbeeld omdat de bieder hierdoor de mogelijkheid krijgt om (voorbereidings-)kosten vergoed te krijgen. Een interessante vraag die rijst, is de vraag welke redelijke vergoeding voor gemaakte kosten en schade overeengekomen kan worden, zonder het risico te lopen om de clausule aan te tasten ingeval van een bovenmatige vergoeding.

Tot zover enige gedachten over het afbreken van onderhandelingen in een situatie waarin het de afbrekende partij niet (meer) vrijstaat om af te breken. Het moge duidelijk zijn dat voor de beoordeling van het momentum of afbreken nog een optie is, de feitelijke omstandigheden van het geval bepalend zijn en juridisch advies geen overbodige luxe is.

Mr Drs W.J.M. Strijk Fb