

In: *Eindafrekening met pepernoten. Voor een onbetaalbare bijdrage aan het bouwrecht and beyond. Vriendenboek aangeboden aan Prof.mr.dr. M.A.B. Chao-Duivis*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, 2019, p.197-208

## **De vaststellingsovereenkomst als instrument bij de uitleg en uitvoering van de bouwovereenkomst bij complicaties in de bouw**

Jan van Dunné\*

### 1. Inleiding. Het hoe en waarom van het gebruik van een vaststellingsovereenkomst bij de uitvoering van een overeenkomst

Een bekend probleem bij de uitvoering van een overeenkomst is dat, ondanks alle voorbereidingen en uitvoerige onderhandelingen, het in werkelijkheid anders loopt dan partijen voor ogen had gestaan, met name de partij die met de uitvoering belast was en zich daarbij voor problemen gesteld ziet. Dat is nog sterker het geval wanneer technische zaken in het keurslijf van een contract gebracht moesten worden, soms met de hulp van juristen die de technische materie niet of maar nauwelijks beheersen, maar wel denken te weten waar ze mee bezig zijn – de bouwovereenkomst is een prototype hiervan. Inherent aan een bouwcontract is iets dat elke klusser wel zal herkennen: je gaat een schuurtje (ver-)bouwen of een kast timmeren, en eenmaal bezig (na alle benodigde materiaal aangeschaft te hebben) ontdek je dat een onderdeel van het werk beter op een andere manier gedaan kan worden, of met ander materiaal. In de grote bouwwereld is zoiets aan de orde van de dag, het is de bestaansgrond van de bouwrechtjurist en van het bouwrecht in het algemeen. En van arbiters, als mosterd na de maaltijd.

Onzekerheden over de juistheid van het ontwerp of de methode van uitvoering is iets dat soms dat in de precontractuele fase aan de orde kan komen: de opdrachtgever verstrekt de benodigde informatie, waarop het aan de aannemer is om gericht vragen te stellen. Een variant op de algemene situatie bij de contractsformatie: de mededelingsplicht die tegenover de onderzoeksplicht gesteld is. De tijd dat een aannemer goud kon verdienen door juist *geen* vragen te stellen, vaak tegen beter weten in - met lokkende meerwerkbergen in de verte - ligt al weer enige achter ons, met de opkomst van de werking van de goede trouw in de precontractuele fase, die tenslotte ook het bouwrecht bereikt heeft.<sup>1</sup>

Over een dergelijk onderwerp wil ik hier niet hebben en evenmin over obstakels bij de uitvoering van de overeenkomst die in de sfeer van een profane vorm van *Acts of Gods* liggen, de onvoorziene, dat wil zeggen veranderde omstandigheden. Een materie waarover degene aan wie deze bundel gewijd is haar licht heeft laten schijnen.<sup>2</sup> Een terrein ook waar spraakmakende procedures over gevoerd zijn,

<sup>1</sup> In de UAV gold de waarschuwingsplicht altijd al, in par 6 lid 14 (naar Duits voorbeeld); daarbuiten liep de ontwikkeling via art. 6:248 BW en art. 7:254 BW (in 2003). Voorbeelden uit de jurisprudentie, met uiteenlopende uitkomst zijn: Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7180 (meerwerk); Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2858, *Ballast Nedam/Amsterdam* (parkeergarage); RvA 2 oktober 2015, nr. 35.087 (vertragingsschade).

<sup>2</sup> Monika A.B. Chao-Duivis (en M.A. van Wijngaarden), *Verantwoordelijkheid van de aannemer/leverancier voor bouwstoffen en hulpmiddelen. Onvoorziene omstandigheden*, *Serie Bouwen Aanbestedingsrecht*, nr. 17, 2016. Een boek over een onderwerp dat mij na aan het hart ligt en waarvoor ik met plezier een Voorwoord heb geschreven.

waarvan ik enkele van nabij heb meegemaakt, als arbiter of adviseur. Een tunnelbouwer die in de Westerschelde op 60 m diep op een ondoordringbare, miljoenenjaren oude onbekende zandsoort stuit die zijn boorschild vervormd heeft; een andere tunnelbouwer die bij het boren in de Botlek geconfronteerd met omstandigheden waartegen zijn state-of-the-art boortechniek niet opgewassen is; een nieuw model verbrandingsoven voor zuiveringsslib ontwikkeld door een klein bedrijf waarbij (na jaren overleg) door partijen uitgegaan wordt van een lage verbrandingswaarde van het door enkele waterschappen aangeleverde slib, die in werkelijkheid juist heel hoog blijkt te zijn: bij het proefdraaien van de oven springt het beton van de muren; de damwanden bij de bouw van CS Rotterdam door bevriezing van de grond aangebracht waarbij het metaal van de (voorgescreven) leidingen de temperatuur van minus 196 gr. C niet aan kunnen en bezwijken.<sup>3</sup> Het zijn casus waarbij de vraag centraal staat of er niet sprake is van een risico dat een van de partijen toegerekend dient te worden, waardoor het terrein van de *Acts of God* (“and the King’s enemies”, zegt de common lawyer – vergelijk onze ‘maatregelen van hoger hand’, in de tijd van Napoleon *fait de Prince* genoemd) aanzienlijk beperkt wordt. In het Duitse recht – waar men van onderscheidingen houdt – maakt men verschil tussen *Grosse Kalamitäten* en *Kleine Kalamitäten*, en het gaat meestal, ook in het bouwrecht, om die kleine rampen. Voor die laatste figuur vraag ik hier de aandacht, maar wel in een wat ander verband.

Wij spraken net over het “onvoorzienbaar” zijn van omstandigheden, waarbij de ontwikkelde jurist weet dat onze wetgever hiermee bedoeld heeft: “niet verdisconteerde” omstandigheden. Het kunnen voorzien van problemen, mogelijke obstakels bij de uitvoering van de overeenkomst en vooral die het contract verdisconteren, is een belangrijk thema. Daar wil ik het hier over hebben, maar wel zijdelings, vanuit het aspect: ‘voorkomen is beter dan genezen’. Men kan namelijk op dit terrein veel ellende voorkomen door ten aanzien van de hier bedoelde risico’s in het contract een considerans op te nemen, waarbij de contractant (aannemer) in eenvoudige taal aangeeft hoe zijn positie is tegenover mogelijke risico’s die de uitvoering van de overeenkomst kunnen bedreigen. Er is sprake van nieuwe bouwtechnieken of nieuwe materialen - enkele historische voorbeelden: de eerste zonnecollectoren, de introductie van epoxyhars, een nieuw soort dakbedekking – en de aannemer stelt dan dat hij zijn best gaat doen voor een deugdelijke uitvoering maar geen ervaring heeft met die techniek of dat materiaal en daarover geen aansprakelijkheid op zich kan nemen.

Maar wat nu, wanneer eerst tijdens de uitvoering van de overeenkomst, bij de bouwwerkzaamheden, aan het licht komt dat ontwerp of materiaal problemen gaat opleveren of zelfs in het geheel niet deugt? Terwijl bovendien onduidelijk is gebleven in de bouwovereenkomst wie daarvoor het risico en daarmee de aansprakelijkheid draagt voor de kosten, in de vorm van schade of meerwerk? Op die situatie wil ik mij nu concentreren in dit artikel. Dat de zaken in de bouw anders lopen dan gedacht is natuurlijk een bekend fenomeen (zie boven), zo niet een standaard-verschijnsel. Hoe wordt daarop gereageerd, in de praktijk?

---

<sup>3</sup> Zie hierover: “Een tunnelvisie op de Westerschelde”, in: *Opstellen aangeboden aan Prof.mr. M.A.C.M. van den Berg*, Red. M.A.B. Chao-Duivis c.s., Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, 2010, p. 128-148; de Botlektunnel-zaak en *MilieuTech/Waterschap Regge en Dinkel c.s.* waren NAI-arbitrages (over de laatste zijn 17 procedures gevoerd, tot en met de Hoge Raad, het arbitraal vonnis is echter in stand gebleven); de CS Rotterdam-zaak was een procedure voor Rb. Rotterdam en Hof Den Haag.

Daar zijn de bouwvergaderingen voor, of overleg tussen partijen in het algemeen, zal men denken. Inderdaad, zo worden veel problemen opgelost, maar daar ligt vaak ook de kiem van de meeste bouwgeschillen. Bij het zoeken naar, en vinden van oplossingen kunnen de risico's (en daarmee aansprakelijkheden) tussen partijen verschuiven. De "mee-ontwerpde aannemer" is inmiddels een bekende figuur in het (UAV)bouwrecht waarbij het ontwerp-risico verspringt van ontwerper-opdrachtgever naar de uitvoerende aannemer die net zo als Lubbers in het kabinet placht te doen, "mag ik even meedenken" had gezegd. Met als tegenhanger, de mee-ontwerpde opdrachtgever in een turn-key overeenkomst, met ook hier de consequentie van risico-verspringing. De ingenieurs van Rijkswaterstaat van het oude stempel kunnen hierover meepraten (met de Maeslantkering in de Nieuwe Waterweg als baken).

Een andere figuur is het zogenaamde 'VOT-gesprek', het 'Voeten-op-tafel-gesprek', dat jaren geleden als hulpmiddel werd aanbevolen: het informele overleg van partijen, hoe een gerezen technisch probleem op te lossen, hardop denken met elkaar. Dat kan een valkuil voor de aannemer zijn die zich bloot gegeven heeft over de oorzaak van het gebrek, en naderhand daaraan opgehangen wordt door zijn opdrachtgever, dus met dat risico opgezaald. Maar ook de constructeur van de opdrachtgever kan openhartig zijn over zwakke plekken in het ontwerp (er werden toch geen notulen gemaakt, het was toch maar een *brainstorming*?), met de gevolgen van dien wanneer de tegenpartij of haar advocaat goed geluisterd heeft en daar later handig gebruik van gaat maken.

Het kan echter ook anders. Ik zou in deze context een figuur willen propageren die een wat ondergeschikt bestaan leidt, althans op dit gebied, namelijk de vaststellingsovereenkomst. Op zich geen onbekende figuur, op allerlei terreinen is zij een standaard-instrument om geschillen - het woord zegt het al - vast te leggen, zoals bij de beëindiging van een dienstverband tussen werkgever en werknemer, de afwikkeling van echtscheiding of de belastinggeschillen met de fiscus. De wetgever heeft deze figuur, ook wel als 'VSO' bekend, in 1993 in art. 7:900 lid 1 BW vastgelegd, ter vervanging van de oude figuur van 'dading', die daarmee in een ruimere jas gezet werd, namelijk niet slechts beoogd om een dreigend of ontstaan rechtsgeschil te voorkomen of te beëindigen (het artikel 1888 oud-BW). Ook in het bouwrecht wordt de vaststellingsovereenkomst natuurlijk voor dat laatste doel ingezet.<sup>4</sup> Maar het bereik van deze figuur is ruimer, het kan er ook gaan om aan een bestaande onzekerheid een einde te maken met betrekking tot de rechtspositie waarin partijen tegenover elkaar verkeren, bijvoorbeeld: een overeenkomst. Het interessante nu voor ons onderwerp is dat een 'overeenkomst' zo'n algemene figuur is, namelijk vormvrij (er hoeft dus geen etiket 'vaststellingsovereenkomst' op een afspraak van partijen te staan), zij kan ook mondeling overeengekomen worden (dan zijn er natuurlijk wel bewijsperikelen, maar een bevestigende brief kan hier wonderen doen) en bovenal, de moderne doctrine en jurisprudentie over totstandkoming van overeenkomsten biedt hier veel ruimte. Men hoeft niet langer te denken in het dogmatische stramien van aanbod - aanvaarding met daarbij een wil van beide partijen gericht op het bereiken van een bepaalde, beoogde overeenkomst. De rechter, ook de hoogste - is tegenwoordig bereid om uit de omstandigheden, de feitelijke situatie waarin partijen verkeerden, de totstandkoming van een overeenkomst af te leiden. Dat zal ik hieronder nader uit de doeken doen, ik kan mij voorstellen dat de traditionele (bouwrecht-)jurist die rechtsontwikkeling wellicht niet op het netvlies heeft.

---

<sup>4</sup> Zie daarover: A.M. Klunne, "De vaststellingsovereenkomst in de bouwpraktijk", *TBR* 2015/125.

Alvorens daartoe over te gaan, met als inleiding een omschrijving van de figuur van de vaststellingsovereenkomst volgens de wet, nog een opmerking over het waarom van het gebruik ervan voor het hier beoogde doel – het scheppen van meer zekerheid bij het bepalen van de inhoud van de overeenkomst, en daaruit volgende aansprakelijkheden. Dat kan overigens ook betrekking hebben op een meerwerkopdracht waarvan de inhoud onduidelijk is gebleven, met name van vergoeding van meerwerk. In de eerder aangehaalde rechtspraak over de waarschuwingsplicht is een goede illustratie hiervan te vinden.<sup>5</sup> Men kan het natuurlijk op zijn beloop laten, het ontstaan van grote risico's en daarmee de vraag voor wiens rekening die moeten komen en vertrouwen op een redelijke uitleg van de bouwovereenkomst. 'Samen uit, samen thuis', nietwaar, en werd de bouwovereenkomst, als een duurovereenkomst met gemeenschappelijke belangen van partijen in het te bereiken resultaat, niet gezien als een op *maatschap* gelijkende overeenkomst?

Dit lijkt een heel zinnige gedachte, maar is misschien iets te paradijselijk: er zit namelijk een adder onder het gras. De uitleg te goeder trouw (naar redelijkheid en billijkheid), het 'Haviltexen' - al weer geruime tijd ook bekend als 'normatieve uitleg' - is weliswaar de heersende leer, maar dat dit ook het aanvullen van leemten betekent is nog niet altijd een gelopen race. De Hoge Raad neemt weliswaar al enige tijd dat ruime normatieve standpunt in – zoals altijd al in de doctrine in de afgelopen eeuw met overgrote meerderheid verdedigd – maar nog steeds zijn niet alle schrijvers daarvan overtuigd, terwijl lagere rechters en hoven nog wel eens een andere opvatting volgen, dan veelal gevolgd door vernietiging in cassatie.<sup>6</sup> Het vertrouwen op de goede afloop bij een geschil over de uitleg van de overeenkomst is dus riskant en daarmee geldt ook hier: 'voorkomen is beter dan genezen'. Of beter gezegd, zoals het bij de medische aansprakelijkheid ooit genoemd werd (door Piet Wackie Eysten): 'genezen is beter dan vóórkomen', in een zaak voor een (tucht)rechter of arbiter komen te staan. Onzekerheden over uitvoeringsrisico's zijn te genezen door het vastleggen van die risico's en de positie van partijen daarbij door middel van een vaststellingsovereenkomst in de uitvoeringsfase. Maar nu eerst, waar hebben wij het hier precies over?

## 2. De vaststellingsovereenkomst, het wettelijk kader

De wettelijke vereisten voor een vaststellingsovereenkomst komen tot uiting in de omschrijving die artikel 7:900 BW geeft:

1. “Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen hen tussen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mochten afwijken.”

Het uitgangspunt voor partijen is dat er tussen hen een *onzekerheid* bestaat waaraan zij *een einde willen maken* door middel van de vaststellingsovereenkomst. Een objectieve onzekerheid is hier niet vereist, voldoende is een feitelijke, subjectieve

<sup>5</sup> Zi eboven, noot 1.

<sup>6</sup> Zie voor dit onderwerp mijn artikel: “‘Normatieve uitleg’ algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogerende werking en aanvulling van leemte?”, *WPNR* nrs. 7184-85 (2018). Sommige advocaten (vaak van de Amsterdamse Zuid-As) blijven de letterlijke uitleg van commerciële contracten propageren, iets dat schrijvers van contracten natuurlijk zal aanspreken.

onzekerheid.<sup>7</sup> De onzekerheid heeft betrekking op hetgeen rechtens tussen partijen geldt, bijvoorbeeld in een bestaande rechtsverhouding, zoals een overeenkomst. Aldus binden partijen zich tegenover elkaar aan zo'n vaststelling op een wijze die ook geldt wanneer zij daarbij *afwijken van een tevoren bestaande rechtstoestand*. Zij mogen zelfs van dwingend recht afwijken bij vaststellingsovereenkomst (art. 7:902 BW). Het gebonden zijn van partijen aan elkaar is op grond van de werking van een gewone, obligatoire overeenkomst, waarbij voldoende is dat één partij jegens de ander een verbintenis aangaat (art. 6: 213, lid 1 BW). Er kan dus sprake zijn van een eenzijdige verplichting, zoals het instemmen verlenen aan de beëindiging van een arbeidsovereenkomst. De bevoordeling die daaruit voortvloeit voor de andere partij is in beginsel geen reden voor een vordering uit ongegronde verrijking, onverschuldigde betaling of verrekening van voordeel.<sup>8</sup>

Aangezien een vaststellingsovereenkomst een gewone overeenkomst is, zijn de algemene regels van contractenrecht daarop van toepassing: de overeenkomst kan ontbonden worden wegens wanprestatie (indien een partij een verplichting op zich genomen heeft die niet uitgevoerd werd, bijvoorbeeld overdracht van een zaak, of een feitelijke handeling zoals ontruiming van een pand) of vernietigd op grond van dwaling. In dat laatste geval heeft de Hoge Raad in een oud arrest bepaald dat hierbij *terughoudendheid* toegepast moet worden door de rechter: in beginsel kunnen partijen geen beroep op dwaling doen terzake van hetgeen waarover juist werd getwist of onzekerheid bestond en de aanleiding was voor het sluiten van de vaststellingsovereenkomst.<sup>9</sup> Dit kan mogelijk anders zijn wanneer van een misvatting sprake is ten aanzien van hetgeen partijen als zeker en onbetwist aan hun overeenkomst ten grondslag hebben gelegd, aldus de Toelichting-Meijers en de Kamerstukken. Daarbij kan niet alleen gedacht worden aan wederzijdse dwaling, maar ook aan het geval van schending van een mededelingsplicht door een partij.<sup>10</sup> Op dat terrein is tegenwoordig van terughoudendheid van de rechter weinig te merken.<sup>11</sup>

Tenslotte brengt het karakter van de vaststellingsovereenkomst als een gewone, obligatoire overeenkomst met zich dat bij de uitleg ervan het Haviltex-criterium van toepassing is. Bij het beoordelen hoe in de vaststellingsovereenkomst de verhouding van partijen is geregeld en of daarbij een leemte gelaten is die moet worden aangevuld, komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen in de vaststellingsovereenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Hierbij moet ook de aard en strekking van de vaststellingsovereenkomst worden betrokken.

<sup>7</sup> Toelichting-Meijers, p. 1135. Zie over de vaststellingsovereenkomst in het algemeen: Asser/Van Schaik 7-VIII 2012/133 e.v.

<sup>8</sup> HR 5 april 1991, NJ 1992, 244, *OZ/Mangnus*.

<sup>9</sup> HR 15 november 1985, NJ 1986, 228, *Ebele Dillema II*.

<sup>10</sup> Toelichting-Meijers, p.1143 e.v.; MvT, Kamerstukken 1982/83, 17 770, nr. 3, p. 35; MvA, Kamerstukken 1991/92, 17 779, nr. 8, p. 15-16. Een voorbeeld van het achterhouden van informatie is: Hof Arnhem, 15 mei 2012, LJN:BW6429, een werknemer had nevenwerkzaamheden achtergehouden tegenover zijn werkgever bij een vaststellingsovereenkomst over een beëindigingsvergoeding. Zie ook reeds: HR 29 september 1995 NJ 1998, 81, *ABN-AMRO – Hendriks*; HR 27 april 2007, *BNB 2007 m.nt. Zwemmer*.

<sup>11</sup> Zie HR 1 februari 2013, LJN:BY3129, waarin de HR de mogelijkheid van een dwalingsberoep in het algemeen baseert op art. 228 lid 1 onder a of b BW.

3. De eisen voor totstandkoming van een overeenkomst in de rechtspraak: er mogen leemten zijn, maar op welke onderdelen? Jurisprudentie over afgebroken onderhandelingen

3.1 Inleiding. Polak/Zwolsman (1968) en het vervolg erop

Het klassieke uitgangspunt is dat voor de totstandkoming van een overeenkomst ingevolge art. 6:217 BW sprake moet zijn van een aanbod en de aanvaarding daarvan en partijen aldus tot het bereiken van overeenstemming komen – waarbij de wetgever is uitgegaan van twee eenzijdige rechtshandelingen. Het vertrouwde beeld is hier dat het aanbod, evenals de aanvaarding, beide voldoende bepaald dienen te zijn om door het mechanisme van de totstandkoming een overeenkomst te doen ontstaan. Beide (rechts-) handelingen moeten derhalve voldoende inhoud hebben, volledig zijn om dat effect teweeg te kunnen brengen. Een aanbod kan immers ‘vrijblijvend’ zijn, hetgeen neer komt op een uitnodiging tot het doen van een aanbod, of wel het houden van onderhandelingen (zoals dat in de commerciële sfeer gebruikelijk is).<sup>12</sup>

Een volgende vraag die gesteld kan worden, en voor ons onderwerp veel interessanter, is of een overeenkomst om geldig tot stand gekomen te zijn, op alle onderdelen overeengekomen moet zijn. Anders gesteld: mogen er nog bepaalde *leemten* aanwezig zijn in het geheel van rechten en verplichtingen dat overeengekomen is? Deze vraag wordt regelmatig in de praktijk gesteld en heeft tot jurisprudentie geleid die in de loop der tijd duidelijkheid verschaft heeft. Doorgaans betreft dit de precontractuele fase, waarbij de onderhandelingen stuk gelopen zijn, maar de regels zijn niet anders wanneer bestaande partijen onderhandelen over een nieuwe, of gewijzigde overeenkomst. Ook dan kan de vraag zich immers voordoen of de totstandkoming compleet, dus voltooid is.

De Hoge Raad heeft zich al in 1968 met het arrest *Polak/Zwolsman* over deze kwestie uitgesproken, een arrest dat in 2001 nog eens bevestigd werd, en heeft richtlijnen hiervoor uitgezet die in de jaren '90 verder uitgewerkt zijn.<sup>13</sup> In deze zaak, waarbij de futuroloog Polak met Zwolsman onderhandeld had over een adviseurschap, braken de onderhandelingen af toen men het op veel punten eens geworden was, maar op een aantal andere nog niet. Polak stelde zich op het standpunt dat er een overeenkomst tot stand gekomen was, zij het dat op ondergeschikte punten nog nadere invulling nodig was. De Hoge Raad oordeelde dat deze vraag “afhankelijk is van de bedoeling van partijen, zoals deze op grond van de betekenis van hetgeen wèl en niet geregeld is, van het al dan niet bestaan van het voornemen tot verder onderhandelen en van de verdere omstandigheden van het geval moet worden aangenomen”. Indien de bereikte overeenstemming leemten laat bestaan in de verhouding van partijen moet het mogelijk zijn om aan de hand van de wettelijke regels van goede trouw vast te stellen welke verbintenissen er bestaan ten name van hetgeen partijen niet geregeld hebben, oordeelde de Hoge Raad verder.

<sup>12</sup> Voor dit onderwerp verwijs ik naar mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, 5<sup>e</sup> dr., 2004, Deventer:Kluwer, p. 43-136 (ook op mijn website te vinden: [www.studiekringnormatieveuitleg.nl/curriculum/artikelen](http://www.studiekringnormatieveuitleg.nl/curriculum/artikelen)). Zie ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6III, 2014/162 e.v.

<sup>13</sup> HR 14 juni 1968, *NJ* 1968, 331; bevestigd in: HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 179, *Sint Maarten Veterinary Hospital*. Zie over deze materie, mijn *Verbintenissenrecht 1*, p. 245 e.v. Deze problematiek wordt in Asser-Hartkamp niet behandeld, het komt bij de afgebroken onderhandelingen slechts incidenteel aan de orde. Dat geldt ook het arrest van 14 juni 1968 en latere jurisprudentie hier besproken. Zie t.a.p., nrs. 193 e. v.; 163 en 205 (arrest HR 1968). Idem: Asser-Hartkamp II, 12<sup>e</sup> dr., 2005, nrs. 160 e.v.; resp. 135, 166.

In casu was volgens de lagere rechter en de Hoge Raad er nog géén overeenstemming tussen partijen bereikt, waarbij zwaar gewogen heeft dat behalve zaken als de autovergoeding, kantoorruimte, e.d., de pensioenbijdrage nog niet overeengekomen was (f 10.000 op jaarsalaris van f 75.000 in 1<sup>e</sup> jaar en in het 2<sup>e</sup> jaar: f 20.000): een ‘niet te verwaarlozen bedrag’, oordeelde de rechtbank. Dit was een leemte die niet met behulp van de goede trouw aan te vullen was.

In latere rechtspraak vindt deze gedachte uitwerking. Zo wordt in *Linguamatics/Polyglot*, van 1994, inzake een software-overeenkomst bepaald dat de onderhandelingen nog niet geleid hadden tot overeenstemming op ‘wezenlijke punten’: met name de wijze van controle op betaling van vergoeding, de kosten ervan, was niet geregeld. Er kon dus nog geen overeenkomst tussen partijen aangenomen worden. De Hoge Raad volgt hier het oordeel van het hof.<sup>14</sup>

In *Shell/Van Esta Tjallingii*, 1995, inzake de vestiging van een benzinstation, oordeelt het hof dat op belangrijke punten weliswaar overeenstemming bereikt was, zoals met betrekking tot een nieuwe huurperiode voor 10 jaar, maar nog niet op punten die niet van ondergeschikt belang waren: zoals de ingangsdatum van indexering huurprijs, handhaving van overige voorwaarden uit oude overeenkomst en zeggenschap inzake opvolging exploitant. De slotsom dat nog geen overeenkomst tot stand gekomen was wordt in cassatie bevestigd door de Hoge Raad.<sup>15</sup>

De meer recente rechtspraak, van na 2001, is merendeels van hoven, aangezien cassatie meestal op art. 81 RO afgestuit is vanwege het zeer feitelijke karakter van de casus en de rechtsvraag. De literatuur bestaat hoofdzakelijk uit commentaar op deze jurisprudentie, waarbij het aspect van afbreken van onderhandelingen met al of niet recht op schadevergoeding centraal staat. De Hoge Raad heeft in enkele uitspraken de eerder uitgezette koers bevestigd. Dat gebeurde allereerst in een arrest van 26 september 2003 inzake *Hovax* waarin de regel uit *Polak/Zwolsman* van 1968, zoals bevestigd in 2001 in *Sint Maarten Veterinary Hospital* (zie boven) opnieuw neergelegd wordt.<sup>16</sup> Daarin neemt het criterium voor van “het bestaan van het voornemen tot verder onderhandelen” een centrale plaats in; daarvan was in casu geen sprake, er was al een definitieve versie van de concept-huurovereenkomst opgesteld. De Hoge Raad gaat vervolgens de ‘ondergeschikte punten’ nog na en komt tot het oordeel dat deze niet tot de essentialia behoorde en dat verdere vaststelling ervan aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid mogelijk was.

### 3.2 Afgebroken onderhandelingen in het kader van schadevergoeding

De Hoge Raad doet in 2005 in de zaak *CBB/JPO* een uitspraak over het aspect van schadevergoeding wegens het afbreken van onderhandelingen waarbij de vraag aan de orde komt wanneer het een partij vrijstaat om dat te doen, in verband met een mogelijk gerechtvaardigde verwachting dat tussen partijen overeenstemming over het contract zou worden bereikt.<sup>17</sup> Het afbreken werd door het hof in deze complexe casus onrechtmatig geacht, mede gezien het lange traject dat partijen al met elkaar in onderhandeling waren en overeenstemming over hoogte van het honorarium en overige voorwaarden niet onbereikbaar was. De Hoge Raad overweegt dat onderhandelende partijen “verplicht zijn hun gedrag door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen”. Daarbij is ook van belang op welke wijze het ontstaan van

<sup>14</sup> HR 18 maart 1994, *NJ* 1995, 744.

<sup>15</sup> HR 16 juni 1995, *NJ* 1995, 705 m.nt. PAS.

<sup>16</sup> HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460, *Regiopolitie Gelderland-Zuid/Hovax*.

<sup>17</sup> HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467.

vertrouwen heeft plaats gevonden, evenals “de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen” (rov. 3.5).<sup>18</sup>

In het arrest Hof Den Bosch 31 januari 2006, *Roompot/Efteling*, is het afbreken van zeer langdurige onderhandelingen over een bungalowpark-project aan de orde en de vraag of daarbij schadevergoeding verplicht is. Het hof onderzoekt daartoe of partijen in een fase verkeerden dat de overeenstemming tussen partijen vrijwel bereikt was (in welk stadium volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad, te beginnen met *Plas/Valburg* uit 1982 schadevergoeding geëist kan worden - de zogenaamde ‘Fase 3’).<sup>19</sup> Het hof komt tot de conclusie: “... dat er nog verschillende niet onbelangrijke punten, onder meer de precieze inhoud van de ‘change of control’ bepaling uitonderhandeld moesten worden” (rov. 4.7.1). Het breekpunt voor de Efteling was dat Roompot overgenomen was door investeringsmaatschappij Nesbic. Daarmee had Roompot zeggenschap uit handen gegeven aan een bedrijf met heel andere *core business*, waarover zij geen informatie had verstrekt aan Efteling.

Het Hof Arnhem doet in het arrest van 27 januari 2009 inzake *Vitens* onderzoek naar de vraag of afbreken van de onderhandelingen gerechtvaardigd was, en in dat kader de voor-vraag in welke fase de overeenstemming van partijen gekomen was.<sup>20</sup> Relevante omstandigheden waren onder meer het uitblijven van de ondertekening door vertegenwoordigingsbevoegde personen van de conceptovereenkomst, het ‘on hold’ zetten van eerst de financiering en vervolgens het hele project. Het hof stelt vast dat er geen gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst ontstaan was. Het hof laat zich verder bij de schadevergoedingsvraag leiden door verplichtingen gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid.

De Raad van Arbitrage voor de Bouw spreekt zich in een vonnis van 20 april 2010 over dit onderwerp uit.<sup>21</sup> Hierbij is het de vraag wanneer de onderhandelingen over een koop-/aannemingsovereenkomst reeds in een dusdanig vergevorderd stadium bevonden dat afbreken in strijd was met de redelijkheid en billijkheid en derhalve niet meer toegestaan. Arbiters oordelen dat “er sprake is van een dergelijk stadium in de onderhandelingen wanneer er al bijna een volledige overeenkomst tot stand is gekomen en er nog steeds over enkele, kleine onderdelen uit die overeenkomst onderhandeld dient te worden.” (rov. 11). Geconstateerd wordt dat op belangrijke punten zoals de prijs, verschijningsvorm en het bestek partijen nog geen overeenstemming hadden bereikt. Als gevolg was vergoeding van het positief contractsbelang (d.i. ‘Fase 3’) niet aan de orde (rov. 12).

In de literatuur vindt men de hier besproken jurisprudentie terug onder het thema ‘afgebroken onderhandelingen en verplichting tot schadevergoeding’. M.R. Ruygvoorn, op het onderwerp gepromoveerd in 2005, heeft het voor ons onderwerp belangrijkste onderdeel als volgt samengevat:

“Een belangrijk criterium is daarbij dus dat het moet gaan om een, in het licht van hetgeen de partijen met elkaar beogen te regelen, *wezenlijk* punt. Wat als ‘wezenlijk’ moet worden beschouwd is in belangrijke mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ik meen echter dat daarbij de volgende gezichtspunten een rol zouden

<sup>18</sup> Het belang van dit arrest blijkt ook uit de conclusie van A-G Spier voor HR 15 december 2006, *Planoforum/ABN AMRO*, nr. 5.1.1 e.v., *RvdW* 2007, 5 (cassatie verworpen ex art. 81 RO). Het arrest HR 1 maart 2013, *NJ* 2013, 142, *Hyundai*, brengt voor ons onderwerp geen nieuws.

<sup>19</sup> Waarover: M. Brons, “CBB/JPO gaat nog lang niet vergenoeg”, *Contracteren* 2006/2, p. 30 e.v. Hij bepleit om die 3<sup>e</sup> fase af te schaffen, ten faveure van het aannemen van een overeenkomst die inmiddels tussen partijen tot stand gekomen is. Hij lijkt daarmee het tij mee te hebben, zie nog onder.

<sup>20</sup> Tussenarrest 27 januari 2009, nr. 104.003.701.

<sup>21</sup> RvA 20 april 2010, nr. 31.209.



moeten spelen: allereerst de aard van de overeenkomst. Wat in het kader van de ene overeenkomst als een wezenlijk punt moet worden gekwalificeerd (bijvoorbeeld een forumkeuze in een overeenkomst voor de exploitatie van een raffinaderij door Shell in Venezuela) hoeft dat in een andere overeenkomst allerminst te zijn (bijvoorbeeld in een overeenkomst voor de aanschaf van printerpapier). Daarnaast speelt natuurlijk de persoonlijke perceptie van partijen een rol. Zo kan een punt dat wellicht objectief gezien niet als wezenlijk moet worden gekwalificeerd, dat in bepaalde onderhandelingen wel geacht moet worden te zijn voor zover een van de partijen dat als uitgangspunt op voorhand aan de onderhandelingspartner kenbaar heeft gemaakt.”<sup>22</sup>

Wij zien hier de maatstaf die al ontwikkeld werd in de boven besproken jurisprudentie uit de jaren '90: de ‘wezenlijke punten’, en ‘punten die niet van ondergeschikt belang zijn’. Bij de laatste zinnen van Ruygvoorn over de “persoonlijke perceptie van partijen” kan opgemerkt worden dat tegenwoordig algemeen aanvaard is dat de onderhandelingen van partijen beheerst worden door de redelijkheid en billijkheid.<sup>23</sup> Het ‘persoonlijke’ gevoel van een partij moet dus afgezet worden tegen de gerechtvaardigde verwachting van de wederpartij daaromtrent, het bij haar gewekte vertrouwen bij de onderhandelingen ten aanzien van over het bereiken van het einddoel, de overeenkomst.

4. Een nieuwe wending in de jurisprudentie: de totstandkoming van een overeenkomst afgeleid uit de feitelijke situatie, het arrest HR 2 september 2011, *maatschap dierenartsen*

De tot dusver besproken jurisprudentie bleef in beginsel binnen het wettelijke kader van aanbod – aanvaarding en concentreerde zich op de vraag naar bestaande leemten in de inhoud van de overeenkomst en de aard en omvang ervan. In een andere stroming in de rechtspraak wordt veel meer afstand van het klassieke model van totstandkoming van overeenkomsten genomen en spelen de figuren van aanbod en aanvaarding geen rol meer. Het tot stand komen van een overeenkomst kan namelijk ook uit de feitelijke situatie afgeleid worden, de omstandigheden waarin partijen verkeerden die een gerechtvaardigd vertrouwen op een bereikte overeenkomst kunnen rechtvaardigen. Dat daarbij ook iets over de ‘wil van partijen’ opgemerkt wordt, is slechts bedoeld voor de *Bühne*, dogmatici die wellicht meekijken.

De Hoge Raad heeft in 2011 deze weg gevolgd, die sindsdien ook door lagere instanties gevolgd is, zoals door het Hof Den Haag in 2016.<sup>24</sup> In het arrest van 2 september 2011 ging het om een dierenartsenpraktijk waarin gedurende vele jaren artsen in de maatschap werkzaam waren op basis van een overeenkomst van opdracht, waarbij geleidelijk aan ook sprake was van verkrijging van een winstaandeel. Op een gegeven moment is onduidelijk of die artsen deel waren gaan uitmaken van de maatschap, zoals zij gesteld hebben in een geschil met de maatschap: zij werkten immers op een voet van gelijkwaardigheid met de leden van de bestaande maatschap. Een schriftelijke overeenkomst van maatschap was echter nooit met hen gesloten, kan dit ook mondeling, en nog wel stilzwijgend gebeurd zijn? Het Hof Den Bosch had dit aangenomen in een onderzoek naar de ‘wil van partijen’, “zoals deze uit de objectief te interpreteren tussen partijen bestaande contractuele verhouding blijkt”.

<sup>22</sup> *NTBR* 2011, p. 72; idem: *AA* 2012, p. 617. Zie ook: *Contracteren*, 2011, p. 42 e.v.; *Bb* 2013, p. 257 e.v.

<sup>23</sup> Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh, nr. 191; en reeds: 12° dr., 2005, nr. 158.

<sup>24</sup> HR 2 september 2011, *NJ* 2012/75 m.nt. Van Schilfgaarde, *maatschap dierenartsen*. Het arrest Hof Den Haag van 2016 komt hieronder nog ter sprake.

Cassatieberoep volgt, waarbij voor de Hoge Raad de beoordeling van het arrest a quo staat “in de sleutel van de vraag of uit de feiten en omstandigheden kan worden afgeleid dat sprake was van samenwerking tussen partijen op voet van gelijkwaardigheid als vennoten in maatschapsverband en van een daarop gerichte wil van partijen” (rov. 3.6.2). Naar die maatstaf beoordeeld wordt de klacht afgewezen, dat gaat als volgt:

3.6.3 [...] “Onderdeel 1 doet het ten onrechte voorkomen alsof het hof enkel de op 1 januari 2000 bestaande feitelijke situatie heeft gekwalificeerd zonder zich te begeven in de aan de kwalificatievraag voorafgaande vraag of partijen een overeenkomst van maatschap hebben gesloten. Het ziet eraan voorbij *dat, temeer waar een schriftelijk contract ontbreekt, de totstandkoming van een overeenkomst, gelijk kennelijk ook de benadering van het hof is geweest, mede kan worden afgeleid uit een tussen partijen op enig moment bestaande feitelijke situatie*. Het hof heeft zich daartoe begeven in een beoordeling van de feiten en omstandigheden van het geval. In het bijzonder heeft het hof - zo blijkt uit zijn beoordeling vanaf rov. 4.24 - verschillende verklaringen en gedragingen van partijen in aanmerking genomen en is het nagegaan wat partijen over en weer uit deze verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden, zonder daarbij een of meer specifieke momenten aan te wijzen waarop enige betrokkene zich welbewust als vennoot jegens enige andere betrokkene heeft opgesteld. Gelet op deze beoordeling, ligt in het oordeel dat de tussen partijen op 1 januari 2000 bestaande situatie getypeerd dient te worden als een maatschap (rov. 4.82), besloten het oordeel dat *partijen zich jegens elkaar (stilzwijgend) hadden verbonden als vennoten in maatschapsverband samen te werken*. Dit oordeel, dat met toepassing van de juiste maatstaf tot stand is gekomen, wordt verder niet (toereikend) op begrijpelijkheid bestreden.” [*cursief toegevoegd*]

Het tweede onderdeel van het cassatiemiddel, waarin geklaagd wordt over de ‘wil van partijen’ die in het oordeel van het hof ontbreekt, sneuvelt, alsook het derde, waarin over inbreuk op de rechtszekerheid geklaagd werd. Een volgende overweging is voor ons onderwerp nog van belang:

3.7.3 “Aantekening verdient nog dat, gesteld dat zou moeten worden aangenomen dat tussen enkele van de betrokken partijen aanvankelijk afzonderlijke overeenkomsten van opdracht bestonden, die omstandigheid op zichzelf niet eraan in de weg staat *dat de rechtsverhouding tussen partijen verandert zonder dat tussen hen een specifiek daarop gerichte overeenkomst is gesloten*. De belangrijke verschillen die tussen na te noemen overeenkomsten bestaan, brengen echter mee dat de motivering van het oordeel van de rechter dat de rechtsverhouding tussen partijen zich heeft ontwikkeld van een overeenkomst van opdracht in een overeenkomst van maatschap, aan hoge eisen moet voldoen. De door het hof aan zijn oordeel gegeven motivering voldoet aan deze eisen.” [*cursief toegevoegd*]

Al vorens hierop commentaar te geven in het licht van ons onderwerp, de vaststellingsovereenkomst als hulpmiddel bij de (gecompliceerde) uitvoering van de overeenkomst, volgt hier een vrij recente toepassing van dit nieuwe standaardarrest van de Hoge Raad door het Hof Den Haag in 2016 op een ander terrein: hoofdelijke aansprakelijkheid van een vennoot van een maatschap tegenover een derde.<sup>25</sup> Een voor de bouw niet onbelangrijk onderwerp, zou ik denken. De casus, minstens zo

<sup>25</sup> Hof Den Haag 1 maart 2016, ECLI:NL:2016:2419, *Ketenzorg De Linge*.

ingewikkeld als de vorige, gaat kort gezegd over een persoon A die gedurende enkele jaren de administratie gevoerd heeft over een aantal ondernemingen van B, waaronder diens B.V. Ketenzorg De Linge, tegen een vergoeding van 4.000 Euro per maand. In een vrij onoverzichtelijke situatie bleven enkele facturen uit 2010-2011 onbetaald. De gang van zaken was deze dat A alles aan Ketenzorg De Linge factureerde, als “overkoepelende naam voor alle stichtingen, B.V.’s etc. omdat de constructie vrij chaotisch was”. De rekeningen werden door die B.V. betaald, maar ook door B in privé. A tracht openstaande facturen op B in privé te verhalen, daartoe stellend dat er een overeenkomst van hoofdelijke aansprakelijkheid van B tegenover hem tot stand gekomen is. Daarmee heeft hij succes bij het hof dat het vonnis van de Rechtbank Rotterdam in die zin bekrachtigt, met een beroep op het zonet besproken arrest van de Hoge Raad van 2 september 2011. Het hof stelt bij zijn beoordeling het volgende voorop:

“Het gaat hierbij om de vraag of – naast de in rov. 6 genoemde overeenkomst van opdracht tussen geïntimeerde [A] en de daar genoemde rechtsperso(n)en – een tot hoofdelijke aansprakelijkheid van appellant [B] strekkende overeenkomst is tot stand gekomen tussen geïntimeerde en appellant. Naar uit onder meer rov. 3.6.3 van HR 02-09-2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876 blijkt, kan de totstandkoming van een overeenkomst mede worden afgeleid uit een tussen partijen op enig moment bestaande feitelijke situatie, waarbij dan moet worden nagegaan wat partijen over en weer uit de verschillende verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze hebben mogen afleiden.” (rov. 11)

Hiermee heeft het arrest van het 2011, *maatschap dierenartsen*, zijn weg gevonden bij het vraagstuk of in een onoverzichtelijke situatie van personen een overeenkomst tot stand is gekomen, dit keer rond hoofdelijke aansprakelijkheid.

## 5. Conclusies

In de hier besproken jurisprudentie kan, zo kunnen wij concluderen, steun gevonden worden voor het gebruik van de vaststellingsovereenkomst in een bestaande rechtsverhouding, namelijk van partijen bij een bouwovereenkomst, voor het tot een oplossing brengen van bij de uitvoering gerezen problemen. Dat geldt allereerst voor de al wat oudere rechtspraak over het bestaan van leemten die een beletsel vormen om totstandkoming van een overeenkomst aan te nemen en die over afgebroken onderhandelingen, de vaststelling in die context of er sprake is van een inmiddels tot stand gekomen overeenkomst, in diverse variaties. Maar dit geldt bovenal voor de meest recente jurisprudentie waarbij die vraag aan de orde gesteld wordt en daarbij in wezen aan de feitelijke situatie van partijen normatieve werking verleend heeft, met het arrest van 2 september 2011, *maatschap dierenartsen*, als standaard.

In complexe contractuele verhoudingen, waarvan de bouwovereenkomst een sprekend voorbeeld is, zo is mijn pleidooi – en *finiri oportet* - kan men hiermee zijn voordeel doen. Op die manier levert het algemene verbintenissen- en contractenrecht zijn bijdrage aan het bouwrecht. Een manier van het recht bedrijven die mij altijd geboeid heeft, en naar ik weet ook de naamdrager van deze bundel niet vreemd is.

## Over de auteur

Prof.mr. J.M van Dunné is emeritus hoogleraar Privaatrecht, EUR, Rotterdam. Hij doceerde naast Verbintenissenrecht ook de keuzevakken Bouwrecht, Engels Contractenrecht en

Milieu aansprakelijkheidsrecht, en was als arbiter en adviseur actief in bouwgeschillen, onder NAI en ICC.