

Noot

Ongerechtvaardigde verrijking door het afbreken van onderhandelingen: redmiddel voor verarmde onderhandelaarsTom HICK¹**I. INLEIDING**

1. Wie contractonderhandelingen aangaat, gaat een risico aan. De uitkomst van contractonderhandelingen is immers moeilijk voorspelbaar. Dat de kosten die onderhandelaars maken niet zeker winst zullen opleveren – of zelfs helemaal tevergeefs gemaakt worden – weten onderhandelaars maar al te goed. Dat is het normale onderhandelings- of ondernemingsrisico dat voortvloeit uit de contractvrijheid. Maar deze risicoverdeling kan wel verschuiven. Inderdaad, in uitzonderlijke omstandigheden kan het afbreken van onderhandelingen als foutief worden beschouwd. Men heeft het dan over de precontractuele aansprakelijkheid – een buitencontractuele aansprakelijkheid voor fout. Dat veronderstelt dan wel dat het afbreken van de onderhandelingen foutief was. Maar ook wanneer het afbreken van de onderhandelingen niet foutief was, beschikt een verarmde onderhandelaar eventueel over een laatste redmiddel. Op basis van de ongerechtvaardigde vermogensverschuiving kan de verarmde dan een *actio de in rem verso* instellen, voor zover zijn tegenpartij door de onderhandelingen zonder rechtvaardiging verrijkt werd. Dat besloot de ondernemingsrechtbank van Antwerpen, afdeling Turnhout, op 23 maart 2020.

2. Dit vonnis is dan ook het voorwerp van deze noot. Eerst zullen wij het vonnis uitvoerig bespreken (II.). Dit is nuttig omdat het vonnis een type voorbeeld is van “stapsge-

wijze argumentatie” die in zaken over precontractuele aansprakelijkheid vaak gebruikt wordt²: klassiek probeert de eiser van zijn wederpartij eerst vergoeding te verkrijgen op grond van contractuele aansprakelijkheid, subsidiair spreekt hij zijn wederpartij aan op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid. Nieuw is, dat wanneer ook dat niet blijkt te lukken de eiser zijn vordering baseert op het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking. We lichten de aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen eerst toe (III.) Hierbij zullen wij ook het belang van het nieuw bewijsrecht in de kijker stellen. Vervolgens staan wij uitgebreid stil bij de vordering gebaseerd op het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking wegens misgelopen onderhandelingen (IV.). We zullen trachten uit te leggen hoe, in welke omstandigheden en met welke rechtsgevolgen een beroep op dit leerstuk een alternatief kan bieden voor de precontractuele aansprakelijkheid. Hierbij zullen we in het bijzonder de recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie aanhalen en ook rechtsvergelijkende inzichten uit het Frans recht betrekken. Het Franse Hof van Cassatie heeft zich immers al eerder uitgesproken over de mogelijkheid om een precontractuele verrijkingsvordering in te stellen. Ook hier gaan we kort in op de invloed die het nieuw bewijsrecht zal hebben. Wij sluiten af met een conclusie (V.).

II. HET VONNIS

3. *Feiten* – Twee heren overwegen in oktober/november 2017 om gezamenlijk een vastgoedproject te realiseren. De ene heer is eigenaar van de grond en beschikt over voldoende geldmiddelen; de andere is ingenieur en beschikt over de nodige *knowhow*.

Zij wensen hun samenwerking vorm te geven door de vennootschap van de ingenieur aandelen te laten aankopen in de vennootschap van de grondeigenaar. De uitwerking van de voorwaarden van de participaties wordt aan de boekhouders van de twee partijen overgelaten. Volgens de ingenieur werd dan in november 2017 een akkoord bereikt over de inkoopwaarde van de aandelen, wat de grondeigenaar evenwel ont-

kent. Integendeel, in november 2017 werden volgens de grondeigenaar nog verschillende pistes onderzocht en in de zomer van 2018 bleek dat partijen geen enkel akkoord konden bereiken. De grondeigenaar deelt daarom in de loop van de zomer van 2018 aan de ingenieur mee dat hij zich niet in de voorstellen kan vinden. Daarop antwoordt de ingenieur dat hij de samenwerking zo goed mogelijk wenst af te sluiten en vraagt dat hij voor de door hem geleverde prestaties vergoed wordt. Hij beroept zich, schijnbaar voor de eerste keer, op het in november 2017 gesloten mondeling akkoord tussen de partijen over de waardering van de aandelen. De grondeigenaar ontkent het bestaan van zo’n akkoord, waarop de ingenieur hem in gebreke stelt het akkoord na te leven.

¹ Voltijds onderzoeksassistent aan het Instituut voor Verbintenissenrecht, KULeuven (tom.hick@kuleuven.be). Met bijzondere dank aan professor dr. A. De Boeck, drs. S. Declercq, drs. M. Aerts en drs. J. Lambrechts.

² A. DE BOECK, “Onderhandelen met de rem op: het gebruik van voorbehoudmechanismen in de precontractuele fase”, *TBBR* 2018, vol. 1, (3) 3, vn. 2.

Inmiddels werd het vastgoedproject te koop gesteld en werden 6 van de 9 eenheden in oktober 2019 al verkocht.

4. *Eis* – De ingenieur baseert zich, zoals gebruikelijk in geschillen over precontractuele aansprakelijkheid, op de klassieke trapsgewijze argumentatie. Hij eist schadevergoeding van de grondeigenaar voor het schenden van een bindend akkoord. Subsidiar acht hij de grondeigenaar precontractueel aansprakelijk voor het onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen. Ongebruikelijker is dat de ingenieur zich in meest subsidiaire orde beroept op ongerechtvaardigde verrijking in hoofde van de grondeigenaar.

5. *Contractuele aansprakelijkheid* – De ingenieur beweert dat in november 2017 een akkoord was bereikt over de waardering van de aandelen en daarmee een akkoord over de samenwerking. De rechtbank, daarentegen, is hiervan niet overtuigd. Zo lijken de details van de waardering nog niet vastgelegd te zijn, betreft het mailverkeer van maart 2018 louter de waardering van de aandelen en blijkt er nog geen akkoord te zijn over andere essentiële elementen dan de prijs. Bovendien werden, aldus de rechtbank, nog geen precieze afspraken rond de taakverdeling tussen partijen gemaakt en bestaat er zelfs geen allereerste ruw ontwerp van een schriftelijke overeenkomst. Daarom bestaat er, volgens de rechtbank, geen bindend akkoord tussen partijen.

6. *Precontractuele aansprakelijkheid* – Uit dezelfde elementen die de rechtbank overtuigden dat tussen partijen nog geen akkoord tot stand was gekomen, meent de rechtbank

eveneens te kunnen besluiten dat partijen “zich niet reeds in een verregaand stadium [van onderhandelingen] bevonden”.³ Bovendien merkt de rechtbank op, dat de ingenieur ook na het moment waarop hij het sluiten van het akkoord situeert nog meegewerkt heeft aan het uitwerken van andere pistes over de waardering van de aandelen. Dit wijst volgens de rechtbank erop dat de partijen het nog niet over de waardering waren eens geraakt. De ingenieur beweert dat hij deze – al bij al coöperatieve – houding innam in de overtuiging dat hij al contractueel gebonden was. De rechtbank acht deze bewering niet geloofwaardig en besluit dat het afbreken van de onderhandelingen niet foutief was.

7. *Ongerechtvaardigde verrijking* – Het feit dat de onderhandelingen niet foutief werden afgebroken belet nog niet dat de ingenieur een verdienstelijke inbreng (het lastenkohier nakijken, contacten opnemen met aannemers, een prijsvraag voor de grondsondering enz.) heeft gedaan. Deze prestaties zijn geen vriendendienst en gaan het gewone ondernemingsrisico te buiten. Aangezien onderhandelingen in principe altijd een risico voor de deelnemende partijen inhouden, bestaat er een *normaal ondernemingsrisico*. Dit normaal ondernemingsrisico rechtvaardigt het maken van bepaalde kosten. Ongerechtvaardigd zouden volgens de rechtbank enkel die kosten zijn, die het normale ondernemingsrisico te boven gaan. In deze zaak is de rechtbank van oordeel dat bepaalde door de ingenieur verrichte prestaties het normale ondernemingsrisico te buiten gaan en daarom aanleiding hebben gegeven tot een ongerechtvaardigde verrijking ten voordele van de grondeigenaar.

III. PRECONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

A. Contractvrijheid

8. *Contracts- en onderhandelingsvrijheid* – De principes die contractonderhandelingen juridisch omkaderen, zijn in wezen eenvoudig: pas door een contract te sluiten, verbindt een (rechts)persoon zich zijn contract te honoreren. Voorafgaandelijk aan het sluiten van deze overeenkomst is deze persoon bijgevolg niet gebonden. Hij is, met andere woorden, vrij de overeenkomst al dan niet te sluiten en de inhoud

ervan te bepalen.⁴ Dat noemt men doorgaans de contractvrijheid en soms ook de onderhandelingsvrijheid.⁵

Concreet betekent dit, dat elkeen te allen tijde vrij is zich terug te trekken uit contractonderhandelingen en bijgevolg ook elke partij zelf het risico draagt voor het mislopen van de onderhandelingen – *the loss rests where it falls*. Het bovenstaande neemt niet weg dat partijen deze risicoverdeling kunnen aanpassen door precontractuele afspraken te maken.⁶

³ Orb. Turnhout 23 maart 2020, A/19/00849, 9.

⁴ Voor een uitvoeriger bespreking, zie A. DE BOECK, “De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *Le juge et le contrat. De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (221) 223 *et seq.*, nr. 8 *et seq.*

⁵ Zie bv. S. STIJNS, P. WERY ET AL., “De hervorming van het verbintenissenrecht” in *De hervorming van het Burgerlijk Wetboek – La réforme du Code civil*, Brugge, die Keure, 2019, 5 en 6, art. 5.18 en 5.19. Het onderscheid tussen de twee is van pedagogisch interesse, maar materieelrechtelijk irrelevant. Zie ook F. PEERAER, T. HICK en F. AUVRAY, “Nieuw verbintenissenrecht: de totstandkoming van het contract (dynamisch en statisch bekeken)” in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (47-81) 48, nr. 4. Zie ook de ondernemingsvrijheid in art. II.3 en II.4 WER.

⁶ Zie hierover uitvoerig A. DE BOECK, “Onderhandelen met de rem op: het gebruik van voorbehoudmechanismen in de precontractuele fase”, *TBBR* 2018, vol. 1, (3) 5.

B. Precontractuele afspraken⁷

§ 1. Bindend gehalte

9. *Bindend gehalte* – Tijdens onderhandelingen kunnen partijen zowat elke vorm van precontractuele afspraken maken, elk met een ander doel, inhoud en/of bindend gehalte. Men heeft het dan over intentiebrieven⁸, *gentlemen agreements* of beginselakkoorden. De cruciale vraag die hierbij rijst, is te weten of deze afspraken al dan niet bindend zijn en *waartoe* zij in voorkomend geval een of beide partijen verbinden.⁹ De contractvrijheid laat immers toe dat partijen vrij beschikken over de onderhandelingen en (het ogenblik van) contractsluiting, uiteraard mits de regels van openbare orde en van dwingend recht worden nageleefd.

10. *Akkoord over samenwerking* – In deze zaak voerde de ingenieur aan dat er al een bindend akkoord tot stand was gekomen. Ook al bevatte dit akkoord nog geen details over de inhoud van de samenwerking, het tekende wel de grote lijnen van de samenwerking uit. Belangrijker nog: het legde vast dat de partijen *gingen* samenwerken. Dit doet de vraag rijzen, of zo'n akkoord al bindende afspraken voor de partijen teweegbrengt en of zij een resultaatsverbintenis tot het sluiten van het beoogde contract bevatten. Ook al moet de exacte inhoud van zulke afspraken geval per geval beoordeeld worden¹⁰, de rechtsleer gaat ervan uit dat zulke voorafgaande afspraken enkel een inspanningsverbintenis inhouden, maar geen resultaatsverbintenis met zich meebrengen om uiteindelijk het beoogde contract te sluiten.¹¹ Van Oevelen verklaart dit door te wijzen op de afwezigheid van de wilsovereenstemming over de essentiële elementen.¹² Met andere woorden: de principiële toestemming van elke partij

tot het sluiten van het beoogde contract kan het sluiten van dat contract niet teweegbrengen, indien er geen wilsovereenstemming bereikt is over de essentiële en substantiële elementen van de latere overeenkomst.

Anderzijds lijkt de rechtspraak het bestaan van een principiële toestemming wel soms als aanleiding te nemen voor de toekenning van de uit het onderhandeld contract te verwachten voordelen.¹³ Maar de vraag lijkt tot nu toe nog niet even diepgaand te zijn onderzocht, hoewel dit aangewezen lijkt.¹⁴ Hoe dan ook besloot de rechtbank in onderhavig vonnis dat nog geen sprake kon zijn van zo'n akkoord, want er ontbrak “een zelfs allereerste ruw ontwerp van een schriftelijke overeenkomst”.¹⁵ Dit wijst op een veelvoorkomend probleem met betrekking tot het bewijs van zo'n principeakkoord.¹⁶ Ook al komen contracten *solo consensu* tot stand, hun bestaan moet worden bewezen. Maar zulke akkoorden worden niet altijd expliciet neergezet, maar blijken veeleer uit het verloop van de onderhandelingen. Dat maakt dat het ook bewijsrechtelijk niet altijd evident zal zijn het bestaan van een dergelijke overeenkomst aan te tonen.

§ 2. Bewijs

11. *Bewijsperikelen* – Indien een principeakkoord bindend is, dan stellen de onderhandelaars een meerzijdige rechtshandeling. Om een rechtshandeling te bewijzen, is in de regel een ondertekend geschrift (of een bekentenis of eed) vereist.¹⁷ Maar wegens het vaak informeel karakter van de onderhandelingen, is het moeilijk om het vereiste bewijs te leveren. Dit des te meer gelet op het gereguleerde karakter van het oud bewijsrecht.

7. Zulke precontractuele afspraken *kunnen* ook contractuele afspraken zijn. Dat deze afspraken in de precontractuele fase gesloten worden, betekent louter dat zij vóór het sluiten van het finaal contract gesloten worden. Dit impliceert niet dat deze precontractuele afspraken per definitie niet bindend zouden zijn.

8. Waarover E. PANNEBAKKER, *Letter of intent in international contracting*, Rotterdam, Erasmus University Rotterdam, 2016, 369 p.

9. A. DE BOECK, “Onderhandelen met de rem op: het gebruik van voorbehoudmechanismen in de precontractuele fase”, *TBBR* 2018, vol. 1, (3) 6; B. DE CONINCK, “Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles” in M. FONTAINE (ed.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Brussel, Bruylant, 2002, (17) 40, nr. 30; G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, (1) 20, nr. 12.

10. G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, (1) 18, nr. 12.

11. B. DE CONINCK, “Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles” in M. FONTAINE (ed.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, (17) 43-47, nrs. 36-40; A. VAN OEVELEN, “Juridische verhouding en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, (43) 60, nr. 20 en 62, nr. 24; E. DIRIX, “Gentlemen's Agreements en andere afspraken met onzekere rechtsgevolgen”, *RW* 1985-86, (2119) 2141, nr. 31; G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, (1) 30, nr. 16. *Frankrijk*: J. GHESTIN, “La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers” in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, (455) 458, nr. 6.

12. A. VAN OEVELEN, “Juridische verhouding en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, (43) 59, nr. 20. In dezelfde zin: I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2008, (39) 75-77, nr. 43.

13. Luik 16 januari 1998, *JLMB* 1998, 598 en 600; Antwerpen 19 maart 2001, *TBH* 2002, 122-123.

14. Dit des te meer nu uit onderhavig vonnis blijkt welke problemen hieruit kunnen ontstaan. De ingenieur stelde zich coöperatief op om tot een aanpassing van de contractvoorwaarden te komen die elke partij zou schikken. Dit kan binnen de uitvoering van contracten te goeder trouw (art. 1134, derde lid (oud) BW) kaderen. De rechter leidt er dan wel uit af dat net nog geen wilsovereenstemming was bereikt. De ingenieur lijdt dus een nadeel uit zijn coöperatieve houding.

15. Orb. Turnhout 23 maart 2020, A/19/00849, 8.

16. Zie in die zin ook: I. SAMOY en A.-S. HOUTMEYERS, “Over de verkoop van een onroerend goed via e-mail of sms: bewijs en precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 2014, (327).

17. Art. 8.9, § 1 BW.

12. Het nieuw bewijsrecht – Het nieuw (ondernemings)bewijsrecht¹⁸ vereenvoudigt minstens op een drietal vlakken deze moeilijke bewijslast doordat in meerdere gevallen (dan onder het oud bewijsrecht het geval was) toepassing kan worden gemaakt van een vrij bewijsstelsel. Dat vrij bewijsstelsel betekent (onder andere) dat het bewijs van bepaalde contracten met alle bewijsmiddelen geleverd mag worden.¹⁹ *Ten eerste* moet het bewijs van een meerzijdige rechtshandeling pas vanaf een waarde van 3.500 EUR door een ondertekend geschrift worden geleverd.²⁰ De rechtshandelingen die deze waarde niet overschrijden, kunnen door getuigen en vermoedens bewezen worden²¹ – tenzij boven of tegen een ondertekend geschrift bewezen moet worden.²² Vóór de invoering van het nieuw bewijsrecht moest een (meerzijdige) rechtshandeling met een waarde vanaf 375 EUR al met een ondertekend geschrift bewezen worden.²³ *Ten tweede* legt het nieuw bewijsrecht vast dat een eenzijdige rechtshandeling voortaan met alle bewijsmiddelen kan worden bewezen. Dat was voor de hervorming betwist.²⁴ *Ten derde* werd het ondernemingsbegrip functioneel gedefinieerd²⁵ en het ondernemingsbewijsrecht op dit begrip geënt.²⁶ Daardoor vallen meer (rechts)personen onder het vrij bewijsstelsel tussen en tegen ondernemingen.²⁷

Al bij al mag dus blijken dat de gedeeltelijke deformalisering doorgevoerd door het nieuw bewijsrecht²⁸ ook in de precontractuele fase een gevoelig verschil zal kunnen uitmaken.

Inderdaad, deze fase is door zijn vaak informele karakter gekenmerkt.

C. Het afbreken van onderhandelingen zonder voorafgaande afspraken

13. Precontractuele aansprakelijkheid – Dat men – behoudens bindende precontractuele afspraken – vrij is contracten al dan niet aan te gaan, neemt niet weg dat men zich te allen tijde zoals een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon dient te gedragen. Doet men dit niet, dan begaat men een fout. Klassieke precontractuele fouten zijn het plotse afbreken van onderhandelingen, het tekortschieten aan een precontractuele informatieplicht²⁹ of nog het onrechtmatige weigeren om een contract aan te gaan (de zogenoemde abusieve contractweigering).³⁰ Indien die fout schade heeft veroorzaakt, kan men op basis van artikel 1382 (oud) BW aansprakelijk gesteld worden. Men spreekt dan van precontractuele aansprakelijkheid. Deze aansprakelijkheid is, logischerwijze, van buitencontractuele aard (behoudens bindende precontractuele afspraken).³¹ Inderdaad, de precontractuele fase heeft zich per definitie vóór de contractuele fase voorgedaan. Vereist is dus een fout die in oorzakelijk verband staat met schade. Eens dat aan deze voorwaarden is voldaan, zal de geleden schade hersteld moeten worden door

18. Inwerkingtreding op 1 november 2020. Op dit geschil was het oud bewijsrecht bijgevolg nog van toepassing. In deze noot zullen we enkel het nieuw bewijsrecht bespreken om de veranderingen die het met zich meebrengt toe te lichten.

19. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 2, Brugge, die Keure, 2020, 155, nr. 198.

20. Art. 8.9, § 1 BW.

21. Art. 8.28 en 8.29 BW.

22. Art. 8.9, § 1, derde lid BW. B. VANLERBERGHE, “De krachtlijnen van het nieuwe burgerlijke bewijsrecht” in *Het nieuwe bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, (1-35) 12, nr. 20. Zie daarover ook S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 2, Brugge, die Keure, 2020, 189, nrs. 252-253.

23. Hierover uitvoeriger: B. VANLERBERGHE, “De krachtlijnen van het nieuwe burgerlijke bewijsrecht” in *Het nieuwe bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, (1-35) 12, nr. 20.

24. Hierover uitvoeriger: B. VANLERBERGHE, “De krachtlijnen van het nieuwe burgerlijke bewijsrecht” in *Het nieuwe bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, (1-35) 12-13, nr. 22.

25. Art. I.1, 1^o WER.

26. Art. 8.11, § 1 BW.

27. W. VANDENBUSSCHE en M. VAN DE LOOVERBOSCH, “Het nieuwe ondernemingsbewijsrecht”, *DAOR* 2019, (14) 15, nr. 5. Voor een uitvoerige bespreking, zie N. APPERMONT, “Het ondernemingsbewijsrecht in relatie tot het vernieuwde ondernemingsbegrip” in *Het nieuwe bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, (83-121). Het ondernemingsbewijsrecht was al vóór de invoering van Boek 8 vrij (art. 1348bis OBW).

28. B. ALLEMEERSCH, “*Omnia mutatur, nihil interit*. Beschouwingen over Boek 8 van het nieuw Burgerlijk Wetboek” in *Het nieuwe bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, (121-135) 126, nr. 11.

29. Zie hierover: A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 105 *et seq.*, nrs. 223 *et seq.*

30. Cass. 27 april 2020, C.19.0435.N, *RW* 2020-21, 1500, noot T. HICK en F. VAN DEN ABELE; *TBBR* 2021, 155, noot S. JANSEN en S. STIJNS; *T.Not.* 2021, 368, noot M. MEIRLAEN; Cass. 7 oktober 2011, C.10.0227.F, *Arr.Cass.* 2011, 2032, *RW* 2012-13, 1181, noot S. STIJNS en S. JANSEN, *TBBR* 2012, 489, noot A. DE BOECK, *RCJB* 2013, 573, noot T. LEONARD.

31. Hoewel de grondslag van de precontractuele aansprakelijkheid in de rechtsleer vaak bediscussieerd wordt (zie bv. I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2008, (39) 40-62, nrs. 3-26; L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, vol. 6, (391) 391 *et seq.*, nrs. 2 *et seq.*), is de buitencontractuele grondslag nooit écht in vraag gesteld geweest. F. PEERAER ET AL., “Nieuw verbintenissenrecht: de totstandkoming van het contract (dynamisch en statisch bekeken)” in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (47-81) 55, nr. 13; A. DE BOECK, “De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *Le juge et le contrat. De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (221) 227, nr. 18. Vaak wordt Cass. 10 december 1981 (*Arr.Cass.* 1981, nr. 240, 502) aangehaald om de buitencontractuele grondslag van de precontractuele aansprakelijkheid te bekrachtigen (zo bv. B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, “Hoofdstuk V. De totstandkoming van de overeenkomst” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht (gebonden)*, Mortsel, Intersentia, 2019, (143-173) 144, nr. 228). Dit arrest ging over een vernietigd contract en niet over een geval van afgebroken onderhandelingen. *A fortiori* zou aangenomen kunnen worden dat deze buitencontractuele grondslag ook voor het afbreken van onderhandelingen aangenomen kan worden. Maar het is in eerste instantie de systeemcoherentie van het Belgisch verbintenissenrecht die de buitencontractuele grondslag dicteert.

de foutief handelende partij. We gaan hierna op elk van deze toepassingsvoorwaarden dieper in.

§ 1. Toepassingsvoorwaarden

14. Fout – Het afbreken van onderhandelingen is op zich perfect geoorloofd. Wanneer het afbreken ongeoorloofd is, is niet duidelijk. Inderdaad, een precies foutcriterium aanduiden is een moeilijke taak.³² Algemeen, en ook in de rechtsvergelijkende literatuur³³, lijkt men het erover eens te zijn, dat het beschamen van een legitiem gewekt vertrouwen in een toekomstige contractsluiting een belangrijke rol speelt.³⁴ Verder valt uit de rechtspraak te distilleren dat hoe verder de onderhandelingen gevorderd zijn (*i.e.* hoe dichter de onderhandelaars bij het effectief sluiten van het contract gekomen zijn), hoe sneller het afbreken van onderhandelingen foutief wordt geacht.³⁵ Het belang hiervan zien we ook in het becommentarieerde vonnis. Zo lijkt het voor de rechter erg belangrijk te zijn, dat buiten de begroting van de prijs van de aandelen nog geen verdere – concrete – afspraken werden gemaakt: “*Uit die overwegingen op basis van de voorliggende stukken blijkt dat die onderhandelingen zich niet reeds in een verregaand stadium bevonden en dat er over de andere deelaspecten van de samenwerking zelfs nauwelijks onderhandelingen gevoerd werden tussen partijen.*”³⁶

De hoeveelheid verrichte prestaties acht de rechtbank niet relevant voor de beoordeling van het foutieve karakter. Hoewel soms als dusdanig aangevoerd³⁷, houdt dit foutcriterium het risico in dat een rechter uit het bestaan van schade (de tevergeefs verrichte prestaties) meteen een fout afleidt. De hoeveelheid (tevergeefs) verrichte prestaties vormt de schade die een onderhandelaar lijdt door het onrechtmatige afbreken van onderhandelingen. Het is niet omdat een onderhandelaar door het afbreken van de onderhandelingen behoorlijke schade oploopt, dat het afbreken daarom al foutief is. Fout en schade zijn immers aparte toepassingsvoorwaarden en dienen dan ook apart getoetst te worden.

15. Schade – Schade “*kan bepaald worden door de vergelijking van twee toestanden, de reële toestand ná de onrechtmatige daad en de hypothetische toestand die er geweest zou zijn indien het schadeverwekkende feit niet had plaatsgehad*”.³⁸ Indien de hypothetische toestand voordeliger blijkt dan de reële toestand, is er schade.³⁹ Bij het afbreken van onderhandelingen bestaat de schade vaak in de tevergeefs gemaakte kosten, de verloren kansen om met derden te contracteren of misgelopen winst.⁴⁰ Ook verwijst men in de rechtspraak en rechtsleer vaak naar het positief en het negatief belang als onderverdeling van de opgelopen schade. Zo ook in onderhavig vonnis. We komen hierop terug (zie *infra*, randnr. 18-20).

16. Causaal verband – Om vast te stellen of schade bestaat, toetst men of na de foutieve daad schade is ontstaan. De rechter vertrekt als het ware van de fout om te toetsen of er, en zo ja, welke negatieve gevolgen de schadelijdende partij heeft ondergaan.⁴¹ Maar het volstaat niet dat de gelaedeerde partij na de fout schade heeft geleden; de fout moet ook de noodzakelijke oorzaak van de schade zijn. Schade moet, met andere woorden, causaal zijn. Om van causale schade te kunnen spreken, moet de fout de *conditio sine qua non* zijn van de schade. Wanneer het antwoord op de vraag “*zou de schade ook zonder de fout zijn ontstaan?*” negatief is, bestaat een causaal verband tussen fout en schade.

Wanneer men deze causaliteitstoets toepast op het afbreken van onderhandelingen, loopt men vast. Dat valt te verklaren door de principiële contractvrijheid. Indien men onderhandelingen onrechtmatig of foutief afbreekt op moment *t*, kon men dankzij de contractvrijheid nog altijd op moment *t* + 1 de onderhandelingen rechtmatig stopzetten. Wanneer de onderhandelingen op moment *t* + 1 rechtmatig waren afgebroken, zouden de gevolgen voor de gelaedeerde partij minstens identiek, zo niet erger, zijn. Daarmee is de fout – het foutief afbreken van onderhandelingen op moment *t* – dus niet de *conditio sine qua non* van de schade. Indien men op

³². A. VAN OEVELEN, “Juridische verhouding en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, (43) 48, nr. 7.

³³. Zie de proefschrift van I. ZULOAGA over het belang van het legitiem gewekt vertrouwen bij het afbreken van onderhandelingen vanuit rechtsvergelijkend perspectief: I. ZULOAGA, *Reliance in the Breaking Off of Contractual Negotiations*, Intersentia, 2019, 254 p. Zie ook N. JANSEN en R. ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 369, nr. 19; B. DE CONINCK, “Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles” in M. FONTAINE (ed.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l’harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, (17) 131, nr. 219.

³⁴. I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2008, (39) 62-65, nrs. 27-30; A. VAN OEVELEN, “Juridische verhouding en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, (43) 48, nr. 7.

³⁵. Deze zienswijze heeft in Nederland tot de zogenoemde “driefanseleer” geleid. Daarover lees R.P.J.L. TJITTES, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag, Boom Juridisch, 2018, 76-78. Kritisch: J.H. NIEUWENHUIS, “Het dieptepunt: Plas / Valburg”, *Aers Aequi* 2010, 288.

³⁶. Orb. Turnhout 23 maart 2020, A/19/00849, 9.

³⁷. Zie bv. B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, “Hoofdstuk V. De totstandkoming van de overeenkomst” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht (gebonden)*, Morsel, Intersentia, 2019, (143-173) 147, nr. 231.

³⁸. E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Maklu, 1984, 16, nr. 5.

³⁹. S. STIJNS en I. SAMOY, *Verbintenissenrecht*, Boek 1bis, Brugge, die Keure, 2020, 125, nr. 94; D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, 15; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerp, Intersentia, 2009, 633, nr. 1011.

⁴⁰. I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2008, (39) 66 *et seq.*, nrs. 33 *et seq.*; A. VAN OEVELEN, “Juridische verhouding en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, (43) 50, nr. 8.

⁴¹. Verhelderend hierover D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, 25-27, nr. 12.

moment $t + 1$ de onderhandelingen op niet foutieve wijze stopgezet zou hebben, zou de gelaedeerde partij immers dezelfde schade hebben geleden. Hoogstens had de kans om het beoogde contract te sluiten in geval van de voortzetting van de onderhandelingen groter kunnen zijn.⁴² Zo schrijft Stancu in zijn proefschrift over precontractuele aansprakelijkheid in het Frans recht, dat “*les dommages n’ont pas un caractère direct avec la rupture et ils ne sont pas réparables*”.⁴³ De fout moet daarom beter niet in het afbreken op zich worden gezocht, tenzij rechtsmisbruik, maar veeleer in begeleidende omstandigheden.

§ 2. Schadeloosstelling

17. *Schadeloosstelling* – Zodra de toepassingsvoorwaarden voor precontractuele aansprakelijkheid vervuld zijn, moet de gerezen schade hersteld worden. Hierbij moet de schade integraal vergoed worden: “Geheel de schade, niets dan de schade.”⁴⁴ De gehele schade, dat is het geleden verlies, ook *damnum emergens* genoemd, en de verloren voordelen, het *lucrum cessans*.⁴⁵ Dat betekent dat de benadeelde geplaatst moet worden in de toestand waarin hij zou zijn gebleven of gekomen indien de fout niet zou zijn begaan.⁴⁶

Op vlak van de vorm van schadeloosstelling, wordt buiten-contractuele schade in principe *in natura* hersteld.⁴⁷ Vermits de schade uit het afbreken van onderhandelingen meestal pecuniaire schade is, zal deze dan ook in pecuniaire vorm

vergoed worden. Zo is de geleden schade ook in het becomingariseerde arrest pecuniair. De schadeloosstelling is dan logischerwijze evenzeer pecuniair.

18. *Het positief en negatief belang* – Daarnaast wordt in de rechtsleer⁴⁸ en soms ook in de rechtspraak⁴⁹ de schade onderverdeeld in het positief en het negatief belang. Dit valt vanuit een historisch oogpunt te verklaren⁵⁰, maar is in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht eigenlijk een misleidende onderverdeling van de schade. Deze onderverdeling van schade vindt haar oorsprong in de schadebegroting bij nietige contracten⁵¹ en is later ook bij contractuele aansprakelijkheid gangbaar geworden.⁵² Beide onderverdelingen van schade refereren aan twee verschillende momenten: het tijdstip waarop een verbintenis tot stand komt en het ogenblik waarop de verbintenis correct wordt nagekomen.⁵³ De vergoeding van het negatief belang moet de schadelijgende partij verplaatsen naar de toestand waarin zij zich bevond vóór de totstandkoming van de verbintenis.⁵⁴ De vergoeding van het positief belang beoogt de schadelijgende partij zo goed mogelijk te plaatsen in de toestand waarin zij zich zou hebben bevonden in geval van volledige en correcte uitvoering van de verbintenis.⁵⁵ *Aangezien hier het geval wordt besproken* waar precies nog geen verbintenis tot stand is gekomen en dus ook geen uitvoering geëist kan worden, kunnen beide schadeposten in deze buitencontractuele context niet toegepast worden zon-

⁴². Zie hierover W.T. NUNINGA, D. VERHEIJ, C. KAHN, F. AUVRAY en C. BORUCKI, “Chances as legally protected assets”, *ERPL* 2020, (375) 397, nr. 39.

43. R. STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle*, Université de Strasbourg, 2015, 214.

44. J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, E.Story-Scientia, 1984, 173, nr. 230.

45. J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, E.Story-Scientia, 1984, 163, nr. 220; G. SCHRANS, "Precontractuele verhouding naar Belgisch recht", *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1968, (226) 253-254; A. VAN OEVELEN, "Juridische verhouding en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten", *DAOR* 1990, (43) 50, nr. 8.

46. D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, 20.

47. Waarvoor recent S. DE REY, *Herstel in Natura. Rechtsvergelijkende studie in het contractenrecht met buitencontractuele invalshoek*, Brugge, die Keure, 2019, 927 p.; S. DE REY, “‘t Is gebeurd: herstel in natura van contractuele schade erkend door het Hof van Cassatie!”, *TBBR-RGDC* 2020, vol. 2020, (85-103).

48. Zo bv. B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, “Hoofdstuk V. De totstandkoming van de overeenkomst” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht (gebonden)*, Mortsel, Intersentia, 2019, (143-173) 148, nr. 233; A. DE BOECK, “De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen” in S. STJNS en P. WERY (eds.), *Le juge et le contrat. De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (221) 230, nr. 24; B. DE CONINCK, “Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles” in M. FONTAINE (ed.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l’harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, (17) 35-37, nrs. 26-27.

49. Zeer expliciet in Gent 3 december 2014, *TBBR* 2018, 47.

50. Het onderscheid tussen positief en negatief belang gaat terug naar VON JHERINGS *culpa in contrahendo* die de schadevergoeding bij nietige contracten betreft. Omdat deze leer zonder veel nuance op alle mogelijke fouten in verband met de totstandkoming van een contract werd uitgebreid, besprak de rechtsleer het verschil tussen positief en negatief belang dan ook in de context van het leerstuk voor afgebroken onderhandelingen. Nochtans had De Page in zijn *Traité* al gewaarschuwd dat een dergelijke uitbreiding niet enkel verkeerd, maar ook een gevaar zou zijn: “Ici [contractonderhandelingen] la théorie pure de la *culpa in contrahendo* constitue, à la fois, une *erreur* et un *danger*.” H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Bruxelles, Bruylant, 1964, 545, nr. 559. Schrans heeft de vraag naar de vergoeding van het positief belang in zijn belangwekkend artikel in België voor de eerste keer opgeworpen en daarmee in het Belgisch recht de weg bereid voor deze ongelukkige evolutie. Hij verwarde in zijn bijdrage dan wel het positief en negatief belang. G. SCHRANS, “Precontractuele verhouding naar Belgisch recht”, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1968, (226).

51. R. VON JHERING, "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen", *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, vol. 4, (1).

52. L. FULLER en W. PERDUE, “The Reliance Interest in Contract Damages: 1”, *Yale LJ* 1936, 52-96; L. FULLER en W. PERDUE, “The Reliance Interest in Contract Damages: 2”, *Yale LJ* 1937, 373-420. Zie voor een omvangrijke analyse van beide begrippen in het Belgisch recht: B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europese perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 1147 p.; B. VERKEMPINCK, “Dominantie van het positief belang bij vervangende schadevergoeding”. *TBBR* 2017, (75).

53. T. ACKERMANN, *Der Schutz des negativen Interesses*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 1.

⁵⁴ B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europese perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 192, nrs. 614-615.

55. B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europese perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 102-103, nrs. 307-310.

der tot een onzuivere toepassing van het schadebegrip te leiden.

19. Het positief contractbelang en het negatief onderhandelingsbelang – Nochtans wordt herhaaldelijk verwezen naar het positief en het negatief belang. Men heeft het dan over het positief *contractbelang* van het onderhandelde contract en het negatief *onderhandelingsbelang*.

Het positief contractbelang verwijst naar de positie waarin de schadelijdende partij zich bevonden zou hebben indien de onderhandelingen niet waren afgebroken, een contract was gesloten en dat contract volledig en correct uitgevoerd werd. Het gaat met andere woorden om de vergoeding van de te verwachten netto winst uit het contract.⁵⁶ Het spreekt voor zich dat geen causaal verband te construeren valt tussen het foutief afbreken van onderhandelingen en het mislopen van winst uit de correcte uitvoering van het contract (zie *supra*, randnr. 16).⁵⁷ Het mag dan ook niet verrassen dat het meren-

deel van de rechtsleer⁵⁸ en rechtspraak⁵⁹ weigerachtig staat ten opzichte van de vergoeding van het positief contractbelang bij onderhandelingen die foutief afgebroken worden.⁶⁰

Bijgevolg dient diegene die het positief belang vergoed wil zien⁶¹, een andere rechtsgrond aan te voeren dan de artikelen 1382-1383 (oud) BW. Te denken valt aan het verbod op rechtsmisbruik⁶², een verbintenis uit eenzijdige rechtshandeling of nog de vertrouwensleer als bron van verbintenissen (hoewel te betwijfelen valt of dit naar geldend recht een aanvaarde bron van verbintenissen is⁶³).⁶⁴

Het negatief onderhandelingsbelang daarentegen wordt beschouwd als de situatie waarin de schadelijdende partij verkeerd zou hebben indien de onderhandelingen nooit waren begonnen. Enkel in het zeldzame geval waarin onderhandelingen foutief werden opgestart (bv. omdat men van meet af aan wist of moest weten dat geen contract tot stand kon komen⁶⁵) komen alle kosten gemaakt tijdens de onder-

⁵⁶. A. VAN OEVELEN, “Juridische verhouding en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, (43) 50, nr. 8.

⁵⁷. Zie in dezelfde zin: I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2008, (39) 75, nr. 42. Zie ook B. DE CONINCK, “Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles” in M. FONTAINE (ed.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l’harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, (17) 50, nr. 45.

⁵⁸. In die zin: G. SCHRANS, “Precontractuele verhouding naar Belgisch recht”, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1968, (226) 254; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann.Dr.Lg.* 1980, (18) 33, nr. 13; F. T. KINT, “Négociation et conclusion du contrat” in X. DIEUX, M. FONTAINE en P.-A. FORIERS (eds.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Conférence du Jeune Barreau, 1984, (9) 26, nr. 31; W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid” in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, 19, Gent, Mys & Breesch, 1993, (147) 161, nr. 23; L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, vol. 6, (391) 421, nr. 28. Vgl. met: A. VAN OEVELEN, “Juridische verhouding en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR* 1990, (43) 50, nr. 8; B. DE CONINCK, “Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles” in M. FONTAINE (ed.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l’harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, (17) 35-38, nrs. 26-27; I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2008, (39) 75, nr. 43.

⁵⁹. Antwerpen 16 april 2015, *RAGB* 2016, 443; Gent 3 december 2014, *TBBR* 2018, 47.

⁶⁰. Het lijkt wel zo te zijn dat terwijl de recente rechtsleer probeert uit te leggen hoe het vergoeden van het positief contractbelang wel verantwoord kan worden, de rechtspraak eerder in de tegenovergestelde richting evolueert: rond de eeuwwisseling werden enkele arresten geveld die het positief belang hebben toegekend (Antwerpen 19 maart 2001, *TBH* 2002, 120; Luik 16 januari 1998, *JLMB* 1998, 598 en 600; Antwerpen 22 maart 1994, *RW* 1994-95, 296) terwijl recentere arresten eerder vertrekken van de onvergoedbaarheid van het positief belang (Antwerpen 16 april 2015, *RAGB* 2016, 443; Gent 3 december 2014, *TBBR* 2018, 47). De uitzondering hierin vormt Gent 26 september 2013, *TBBR*, 2014, 351.

⁶¹. Zo kent het hervormingsproject voor het Belgisch verbintenissenrecht de mogelijkheid toe om het positief belang te vergoeden. S. STIJNS, P. WERY ET AL., *De hervorming van het verbintenissenrecht in De hervorming van het Burgerlijk Wetboek – La réforme du Code civil*, Brugge, die Keure, 2019, 6, art. 5.21. Ook bepaalde rechtspraak kende in het verleden de mogelijkheid toe om het positief belang te vergoeden: Gent 26 september 2013, *TBBR* 2014, 351; Antwerpen 19 maart 2001, *TBH* 2002, 120; Antwerpen 22 maart 1994, *RW* 1994-95, 296.

⁶². Dit lijkt zinvol: vermits het afbreken van onderhandelingen en het weigeren om contract te sluiten alle twee de uitoefening van de contractvrijheid zijn die louter op verschillende momenten in een onderhandelingsproces worden uitgeoefend, kunnen de arresten van het Hof van Cassatie over abusieve contractweigering ook op het afbreken van onderhandelingen toegepast worden (Cass. 27 april 2020, C.19.0435.N, *TBBR* 2021, 155, *RW* 2020-21, 1500, noot T. HICK en F. VAN DEN ABEELE; *TBBR* 2021, 155, noot S. JANSSEN en S. STIJNS; *T.Not.* 2021, 368, noot M. MEIRLAEN; Cass. 7 oktober 2011, C.10.0227.F, *Arr.Cass.* 2011, 2032, *RW* 2012-13, 1181, noot S. STIJNS en S. JANSSEN, *TBBR* 2012, 489, noot A. DE BOECK, *RCJB* 2013, 573, noot T. LEONARD). Zie ook in die zin: L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, vol. 6, (391) 396, nr. 6; W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid” in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, 19, Gent, Mys & Breesch, 1993, (147) 151, nr. 8-10; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 316 p. Frankrijk: J. GHESTIN, “La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers”, *JCP (éd. Gen.)* 2007, vol. 20-21, (15) 18, nr. 19.

⁶³. Cass. 22 februari 2018, C.17.0302.N, *TBBR* 2019, 38, noot B. WEYTS en N. PORTUGAELS; S. STIJNS, P. WERY et al., *De hervorming van het verbintenissenrecht in De hervorming van het Burgerlijk Wetboek – La réforme du Code civil*, Brugge, die Keure, 2019, 92, art. 5.3.

⁶⁴. De Boeck argumenteert in deze richting. Zie A. DE BOECK, “De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *Raakvlakken tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2008, (30) 150, nr. 25; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, *Themis*, 2010, (1) 12, nr. 19; A. DE BOECK, “De tussenkomst van de rechter in de precontractuele fase: mogelijkheden en grenzen” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *Le juge et le contrat. De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (221) 231, nr. 24. Over het verschil van de vertrouwensleer als bron van verbintenissen en als foutcriterium, zie S. STIJNS en I. SAMOY, “La confiance légitime en droit des obligations” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen – Les sources d’obligations extracontractuelles*, Brussel, die Keure, 2007, (47) 52, nr. 12.

⁶⁵. Luik 31 oktober 2013, *DAOR* 2014, 271. In deze zin, zie ook I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2008, (39) 68, nr. 36.

handelingen in aanmerking voor vergoeding. Daarom schept ook deze onderverdeling van schade verwarring en is het juist kortweg van schadeherstel te spreken.

20. *Lucrum cessans en positief belang* – Een ander misleidend gevolg van de onderverdeling van schade in positief en negatief belang is de vermeende overlapping tussen *lucrum cessans* (zie *supra*, randnr. 17) en positief contractbelang. De twee termen worden soms als synoniemen beschouwd. Nochtans zijn deze twee termen niet te vereenzelvigen. Het *lucrum cessans* – met de woorden van Ronse: *de verhinderde aangroei van het vermogen*⁶⁶ – omvat de voordelen die niet verloren zouden zijn bij het uitblijven van de fout; het positief belang omvat hetgeen de schadelijgende persoon

ontvangen zou hebben, indien de onderhandelaar gehandeld zou hebben zoals men van hem mocht verwachten: de onderhandelingen voortzetten en het contract sluiten. Het verschil tussen beide is lastig, maar toch is het van belang vermits de omvang ervan gevoelig kan verschillen. Daarom een voorbeeld ter verduidelijking: een onderhandelaar breekt onderhandelingen abrupt af waardoor de tegenpartij reputatieschade lijdt. De reputatieschade heeft tot gevolg dat de gelaedeerde partij minder omzet maakt. De misgelopen omzet zijn de verloren voordelen, het *lucrum cessans*, die vergoed moeten worden. De vergoeding van het positief belang zou de netto winst uit het niet tot stand gekomen contract tot gevolg hebben.

IV. ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING

21. *Verrijking uit onderhandelingen* – Zoals uit het bovenstaande mag blijken, maken onderhandelaars tijdens de onderhandelingen kosten. Wanneer de onderhandelingen ondanks de gemaakte kosten mislukken, kan een van de onderhandelaars daar toch een voordeel uithalen. Zo had de ingenieur in onderhavig vonnis het lastenkohier nagekeken, contact opgenomen met aannemers, een prijsaanvraag voor de grondsondering georganiseerd en dergelijk meer. Deze prestaties verrijkten de grondeigenaar. Nu maakt een onderhandelaar tijdens onderhandelingen kosten om zijn tegenpartij ervan te overtuigen met hem een contract aan te gaan. Dit behoort tot de normale gang van zaken en maakt deel uit van het risico dat de onderhandelaars lopen. Deze kosten worden dus gemaakt speculerend op de winst uit de beoogde overeenkomst en vinden in dit speculatief oogmerk een rechtvaardiging. Nochtans is dat niet altijd het geval en kan een partij verrijkt zijn zonder dat deze verrijking vanuit een speculatief oogmerk te verklaren valt. Dit gedeelte komt dan in aanmerking voor een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking. We verklaren nader wanneer een precontractuele verrijkingsovereenkomst al dan niet kan slagen.

A. Toepassingsvoorwaarden

22. *Toepassingsvoorwaarden* – In zijn arrest van 4 juni 2020 zet het Hof van Cassatie de toepassingsvoorwaarden van de ongerechtvaardigde verrijking nog eens op scherp: “*Krachtens het algemene rechtsbeginsel van het verbod van ongerechtvaardigde verrijking kan een vermogensverschuiv-*

ving worden ongedaan gemaakt wanneer voor zowel de verrijking als de correlatieve verarming iedere rechtsgrond ontbreekt.”⁶⁷ Vereist is dus dat een persoon verarmd is (de verarmde) waardoor een andere persoon verrijkt is (de verrijkte) zonder dat voor deze vermogensverschuiving een rechtvaardiging bestaat – noch in hoofde van de verarmde, noch in de persoon van de verrijkte.⁶⁸ De vordering heeft een subsidiair karakter vermits zij enkel ingeroepen kan worden indien geen rechtsgrond voor de vermogensverschuiving bestaat.⁶⁹

§ 1. Verarming en verrijking

23. *Verarming en verrijking* – De begrippen “verarming” en “verrijking” worden ruim opgevat. De verrijking en verarming kunnen zowel materieel als immaterieel van aard (bv. verrichte diensten) zijn. Een *verrijking* bestaat ofwel in de aangroei van het vermogen ofwel in het wegvallen van schulden. Omgekeerd, bestaat een *verarming* ofwel in de afname van het vermogen of de aangroei van schulden.⁷⁰ Bepalend is of de vermogensverschuiving in geld waardeerbaar is. Enkel indien dat het geval is, kan van een verarming of verrijking sprake zijn.⁷¹

In de context van precontractuele onderhandelingen kunnen zulke verarmingen respectievelijk verrijkingen bijvoorbeeld bestaan in het feit dat de ene partij een expertise laat uitvoeren die aan de tegenpartij een meerwaarde oplevert, een partij plannen tekent ten behoeve van de tegenpartij of aan de tegenpartij bepaalde informatie verstrekt.

⁶⁶ J. RONSE, *Schade en schadeoosstelling*, Gent, E.Story-Scientia, 1984, 163, nr. 220.

⁶⁷ Cass. 4 juni 2020, C.19.0371.N, JT 2020, nr. 6823, 558, noot Y. LELEU, *T.Fam.* 2020, 247 noot M. AERTS.

⁶⁸ Cass. 12 oktober 2018, C.18.0084.N, RW 2018-19, 1663, noot A. VAN THIENEN, *T.Fam.* 2019, 37, noot M. AERTS, *T.Not.* 2019, 524, noot C. DE WULF.

⁶⁹ Cass. 9 juni 2017, C.16.0382.N, RW 2017-18, 1104, noot M. AERTS, *TBBR* 2017, 502, noot F. DEGUEL en *T.Fam.* 2017, 268, noot J. LAMBRECHTS.

⁷⁰ I. CLAEYS, F. CORYN en L. VAN VALCKENBORG, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017). Bronnen van verbintenissen (Deel I): Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking”, *TPR* 2017, (1395) 1467-1468, nrs. 58 en 59; E. DIRIX, “Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhoudingen”, *TPR*, 1981, 1024, nr. 2.

⁷¹ S. STIJS en I. SAMOY, *Verbintenissenrecht*, Boek 1bis, Brugge, die Keure, 2020, 30, nrs. 33 en 34; J. ROODHOOFT, *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Wolters Kluwer, 2020, nrs. 2270 en 2272.

§ 2. Causaal verband

24. Causaal verband – De verrijking van de ene moet het rechtstreekse gevolg zijn van de verarming van de andere. Met andere woorden: er moet een causaal verband bestaan tussen de verrijking en de verarming.⁷² Deze vereiste is weinig problematisch⁷³, en ook in het kader van precontractuele onderhandelingen vallen hier geen bijzonderheden te vermelden.

§ 3. Rechtvaardiging

25. Geen rechtvaardiging of oorzaak – Een verrijking is volgens het hervormingsproject verbintenissenrecht (art. 5:138 BW) ongerechtvaardigd “wanneer iedere juridische rechtvaardiging ontbreekt voor zowel de verrijking als de correlatieve verarming”.⁷⁴ Erkend als rechtvaardiging voor een vermogensverschuiving zijn de wet, een rechterlijke uitspraak, onrechtmatige daad, natuurlijke verbintenis, overeenkomst en de wil van de verarmde.⁷⁵ Deze wil van de verarmde⁷⁶ moet ertoe strekken “een definitieve vermogensverschuiving in het voordeel van de verrijkte tot stand te brengen”.⁷⁷ De wil om slechts een tijdelijke vermogensverschuiving tot stand te brengen is geen rechtvaardigingsgrond voor een vermogensverschuiving.⁷⁸

26. Precontractuele verrijking in principe niet vatbaar voor ongerechtvaardigde verrijking – Daarmee rijst de vraag welke kosten in het kader van precontractuele onderhandelingen worden gemaakt met een wil om een definitieve dan wel een tijdelijke vermogensverschuiving tot stand te

brennen. Het Hof van Cassatie verduidelijkte recent dat zo’n wil om een *definitieve* vermogensverschuiving tot stand te brengen onder meer kan “blijken uit de bedoeling de verrijkte te begunstigen, het speculatieve oogmerk of de omstandigheid dat de verarmde uitsluitend of hoofdzakelijk in zijn eigen belang handelde”.⁷⁹ In principe zijn alle kosten die onderhandelaars voorafgaand aan enig contractsluiting maken, gemaakt met een speculatief oogmerk. Onderhandelaars weten dat zij deze kosten mogelijks tevergeefs maken, maar aanvaarden dit risico speculerend op de eventuele toekomstige winst. Zij handelen met de wil om “een definitieve vermogensverschuiving in het voordeel van de verrijkte tot stand te brengen”.⁸⁰ In principe zijn de kosten gemaakt tijdens contractonderhandelingen daarom niet vatbaar voor een restitutievordering op basis van de ongerechtvaardigde verrijking. Maar dit uitgangspunt moet, in het licht van de recente cassatierechtspraak, genuanceerd worden.

27. Geruisloos contracteren – In de praktijk is het vaak niet duidelijk wanneer een contract wordt gesloten. Zo kunnen partijen al aan een contract gehouden worden zonder zich daarvan écht bewust te zijn, het zogenoemde “geruisloze contracteren”.⁸¹ Omgekeerd kan een partij zich al in een contractuele relatie gewagen zonder dat – althans volgens de rechter – een contract tot stand is gekomen. In het licht van de recente cassatierechtspraak die de wil van de verarmde als “ultieme toetssteen”⁸² hanteert, moet een onderhandelaar die zich al in een contractuele relatie gewaagt en in dit verband kosten maakt, deze kosten terug kunnen vorderen wanneer het beoogde contract uiteindelijk niet tot stand komt. Inder-

⁷² S. STIJNS en I. SAMOY, *Verbintenissenrecht*, Boek 1bis, Brugge, die Keure, 2020, 30, nr. 35; J. ROODHOOFT, *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Wolters Kluwer, 2020, 2273.

⁷³ I. CLAEYS, F. CORYN en L. VAN VALCKENBORG, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017). Bronnen van verbintenissen (Deel I): Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking”, *TPR* 2017, (1395) 1469, nr. 60.

⁷⁴ S. STIJNS, P. WERY ET AL., *De hervorming van het verbintenissenrecht in De hervorming van het Burgerlijk Wetboek – La réforme du Code civil*, Brugge, die Keure, 2019, 41, art. 5:138.

⁷⁵ De meerderheidsstrekking geeft de voorkeur aan een lijst van erkende rechtvaardigingsgronden. Zie over deze discussie, P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1141, nr. 785.

⁷⁶ Met Cass. 19 januari 2009 (C.07.0575.N, *Arr. Cass.* 2009, 176, *RCJB* 2012, 69, noot J. ROMAIN, *RW* 2009-10, 1084, noot E. NORDIN) heeft het Hof de eigen wil van de verarmde om een vermogensverschuiving tot stand te brengen erkend als rechtvaardigingsgrond voor een vermogensverschuiving. Met Cass. 23 oktober 2014 (C.07.0575.N, *Arr. Cass.* 2014, 2330, *TBBR* 2015, 559, noot J. LAMBRECHTS) en Cass. 9 juni 2017 (C.14.0207.N, *RW* 2017-18, 1104, noot M. AERTS, *TBBR* 2017, 502, noot F. DEGUEL en *T.Fam.* 2017, 268, noot J. LAMBRECHTS.) heeft het Hof verduidelijkt dat het om de definitieve wil om de vermogensverschuiving tot stand te brengen moet gaan.

⁷⁷ Cass. 4 juni 2020, C.19.0371.N, *JT* 2020, nr. 6823, 558, noot Y. LELEU, *T.Fam.* 2020, 247 noot M. AERTS.

⁷⁸ M. AERTS, “Het belang van het eigenbelang versterkt? Over de verrijking zonder oorzaak en feitelijke samenwoners”, *T.Fam.* 2019, (37) 39-40, nr. 8; I. CLAEYS, F. CORYN en L. VAN VALCKENBORG, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017). Bronnen van verbintenissen (Deel I): Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking”, *TPR* 2017, (1395) 1479, nr. 65; E. NORDIN, “De wil als oorzaak van een vermogensverschuiving: het onderscheid tussen hulpvaardigheid en vrijgevigheid”, *RW* 2010, (1084) 1086, nr. 9.

⁷⁹ Cass. 4 juni 2020, C.19.0371.N, *JT* 2020, nr. 6823, 558, noot Y. LELEU, *T.Fam.* 2020, 247 noot M. AERTS. Hierdoor beslecht het Hof een discussie in de rechtsleer. Naar aanleiding van Cass. 12 oktober 2018 (C.18.0084.N, *RW* 2018-19, 1663, noot A. VAN THIENEN, *T.Fam.* 2019, 37, noot M. AERTS, *T.Not.* 2019, 524, noot C. DE WULF) was onduidelijk geworden welk belang het eigen belang van de verarmde speelde en hoe deze rechtvaardiging zich verhiel ten opzichte van de eigen wil van de verarmde. Bovendien was onduidelijk of al een gedeeltelijk eigenbelang voldoende kon zijn om een vermogensverschuiving te rechtvaardigen. Nu heeft het Hof beslist dat het eigen belang van de verarmde een uiting is van de wil van de verarmde om een definitieve vermogensverschuiving tot stand te brengen. Het eigen belang van de verarmde kan dan ook enkel als rechtvaardiging volstaan wanneer de verarmde uitsluitend of hoofdzakelijk in eigen belang handelde. Zie voor een samenvatting van deze evolutie S. STIJNS en I. SAMOY, *Verbintenissenrecht*, Boek 1bis, Brugge, die Keure, 2020, 33, nr. 36. Uitvoerig hierover, M. AERTS, “Back to the roots: de rol van de wil en het eigenbelang van de verarmde bij de ongerechtvaardigde verrijking (noot onder Cass. 4 juni 2020)”, *T.Fam.* 2020, (247) 249-252, nrs. 9-14.

⁸⁰ Cass. 4 juni 2020, C.19.0371.N, *JT* 2020, nr. 6823, 558, noot Y. LELEU, *T.Fam.* 2020, 247 noot M. AERTS.

⁸¹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2015, 125, nr. 159.

⁸² M. AERTS, “Back to the roots: de rol van de wil en het eigenbelang van de verarmde bij de ongerechtvaardigde verrijking (noot onder Cass. 4 juni 2020)”, *T.Fam.* 2020, (247) 252, nr. 14.

daad, deze onderhandelaar maakt de kosten niet met een speculatief oogmerk en heeft geen wil om zijn tegenpartij definitief te verrijken. Integendeel, hij maakt de kosten in de subjectieve veronderstelling van een zekere tegenprestatie, een *quid pro quo*. Indien dit *quid pro quo* onbestaande blijkt te zijn, behartigt de verarmde door de anticipatieve uitvoering niet uitsluitend of hoofdzakelijk zijn eigen belang en ontbreekt de wil om een definitieve vermogensverschuiving ten voordele van de verrijkte tot stand te brengen.⁸³ Dit lijkt althans uit het cassatiearrest van 4 juni 2020 te volgen.⁸⁴ In deze zaak beoogden twee partijen een vastgoedproject te realiseren. In het kader daarvan heeft de verarmde een bepaald bedrag overgemaakt aan de verrijkte en betaalt hij ook de roerende voorheffing voor het vastgoed in kwestie, eigendom van de verrijkte. Uiteindelijk wordt het vastgoedproject niet gerealiseerd. De verarmde eist daarom restitutie van hetgeen hij betaald heeft op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De appelrechters kennen de vordering aan de verarmde toe, vermits de kosten die hij maakte “gebeurden in het kader van het onroerend project, dat nooit werd gerealiseerd”.⁸⁵ Het Hof bevestigt deze uitspraak.⁸⁶

28. Daadwerkelijke wil van verarmde – De daadwerkelijke wil van de verarmde moet hiervoor in rekening worden genomen. Dit kan de wenkbrauwen doen fronsen: het kan

immers té gemakkelijk lijken voor een verarmde onderhandelaar om zich te beroepen op de vermeende (anticipatieve) uitvoering van zijn contract. Hierbij mag niet vergeten worden dat de onderhandelaar die té lichtzinnig of onzorgvuldig kosten maakt, deze niet terug kan vorderen omdat deze kosten foutief worden gemaakt en door deze fout gerechtvaardigd worden.⁸⁷ Dat de kosten onzorgvuldig gemaakt worden, zal vaak het geval zijn aangezien *in principe* alle kosten die gemaakt worden vooraleer het contract gesloten is, gemaakt worden in de wetenschap van het bestaande risico (zie *supra*, randnr. 26). Hier zal de feitelijke appreciatie van de rechter doorslaggevend en derhalve erg onzeker zijn.⁸⁸ Daarnaast, vanuit een meer praktisch oogpunt, moet de verarmde ook kunnen bewijzen dat hij de kosten maakte gelovend dat hij zijn contract uitvoerde. Dit bewijs leveren zal een moeilijke taak zijn.⁸⁹ De verarmde moet het bewijs van een negatief feit (de afwezigheid van enig rechtvaardiging) leveren.⁹⁰ Het nieuw bewijsrecht verduidelijkt in artikel 8.6 BW hoe het bewijs van een negatief feit geleverd kan worden: indien de verarmde niet door een positief feit, dat het negatief feit weerlegt, kan bewijzen, verlaagt de bewijsstandaard. Met name, kan de verarmde het bewijs leveren door de waarschijnlijkheid van het ontbreken van enig rechtvaardiging aan te tonen. De bewijsstandaard wordt dus verlaagd van de normale vereiste “redelijke mate van zekerheid”⁹¹ naar de

⁸³ M. AERTS, “Back to the roots: de rol van de wil en het eigenbelang van de verarmde bij de ongerechtvaardigde verrijking (noot onder Cass. 4 juni 2020)”, *T.Fam.* 2020, (247) 252-253, nr. 17.

⁸⁴ Cass. 4 juni 2020, C.19.0371.N, *JT* 2020, nr. 6823, 558, noot Y. LELEU, *T.Fam.* 2020, 247 noot M. AERTS.

⁸⁵ Cass. 4 juni 2020, C.19.0371.N, *JT* 2020, nr. 6823, 558, noot Y. LELEU, *T.Fam.* 2020, 247 noot M. AERTS.

⁸⁶ Men kan wel enkele bedenkingen plaatsen bij deze zienswijze. Zo kan het lijken dat in zo’n geval eerder sprake zou zijn van een onverschuldigde betaling. Het Hof spreekt letterlijk van “betalingen gebeurden in het kader van het onroerend project, dat nooit werd gerealiseerd” (Cass. 4 juni 2020, C.19.0371.N, *JT* 2020, nr. 6823, 558, noot Y. LELEU, *T.Fam.* 2020, 247 noot M. AERTS; eigen benadrukking). Door het subsidiaire karakter van de ongerechtvaardigde verrijking (zie *infra*, randnrs. 31-33) zal deze vordering dan niet kunnen slagen maar zal via de onverschuldigde betaling gevorderd moeten worden. Ook doet dit mechanisme denken aan de figuur van het wegval van een oorzaak of de valse oorzaak. Hier zou eveneens een probleem rijzen op vlak van de subsidiariteitsvereiste.

⁸⁷ J. ROODHOOF, *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Wolters Kluwer, 2020, nr. 2287; I. CLAEYS, F. CORYN en L. VAN VALCKENBORG, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017). Bronnen van verbintenissen (Deel I): Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking”, *TPR* 2017, (1395) 1489-1490, nr. 71. Door deze rechtmatigheidscontrole (of de verarmde rechtmatig mocht gevolgen dat hij al in een contractuele relatie verkeerde) leunt het leerstuk van de precontractuele ongerechtvaardigde verrijking dan wel weer dicht aan bij de precontractuele fout. Een onderscheid tussen de twee leerstukken blijft daarentegen wel bestaande omdat de precontractuele aansprakelijkheid wel een fout vereist voor zijn toepasselijkheid. Het kan perfect dat een partij zich al in een contractuele relatie mocht gewagen en dat de onderhandelingen mislopen zonder dat er eveneens sprake van foutief afgebroken onderhandelingen is.

⁸⁸ Zo blijkt, en dat is niet verwonderlijk, dat de rechtspraak over de eigen fout van de verarmde erg verdeeld te zijn: I. CLAEYS, F. CORYN en L. VAN VALCKENBORG, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017). Bronnen van verbintenissen (Deel I): Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking”, *TPR* 2017, (1395) 1490, nr. 71. Ook opperde men in de rechtsleer (V. SAGAERT, “Wat als het vermogen gaat schuiven? Casuïstiek rond zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking” in *Themis 41, Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure-la Charte, 2007, (71-94) 90-91, nr. 30) dat in navolging van Franse cassatierechtspraak enkel de opzettelijke fout de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking verhindert. De discussie komt er in wezen op neer, dat een heel lichte onzorgvuldigheid niet meteen de gehele *actio de in rem verso* onmogelijk maken. M.a.w. stelt zij de vraag wanneer al dan niet van een fout sprake kan zijn. Om deze discussie te vermijden, hebben de hervormers van de Franse *Code civil* een oplossing gezocht die het moet toelaten een gradueel onderscheid te maken. De fout van de verarmde verhindert de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet noodzakelijk, maar laat het aan de rechter toe om de omvang van het restitutieverbintenis te beperken (art. 1303-2 C. civ. Fr., al. 2: “L’indemnisation peut être modérée par le juge si l’appauvrissement procède d’une faute de l’appauvri.”). Zie over de discussie, P. MALINVAUD, M. MEKKI en J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 2019, 779-780, nr. 859.

⁸⁹ Art. 8.4 BW; Cass. 7 juni 2019, C.18.0523.N, *P&B* 2020, 187, noot W. VANDENBUSSCHE en N. DE LATHAUWER; M. AERTS, “Back to the roots: de rol van de wil en het eigenbelang van de verarmde bij de ongerechtvaardigde verrijking (noot onder Cass. 4 juni 2020)”, *T.Fam.* 2020, (247) 249, nr. 8; V. SAGAERT, “Wat als het vermogen gaat schuiven? Casuïstiek rond zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking” in *Themis 41, Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure-la Charte, 2007, (71-94) 89, nr. 29.

⁹⁰ I. CLAEYS, F. CORYN en L. VAN VALCKENBORG, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017). Bronnen van verbintenissen (Deel I): Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking”, *TPR* 2017, (1395) 1464-1465, nr. 57. Zie ook de verwijzingen aldaar, i.h.b. vn. 304. De auteurs stellen ook voor om naar gelang het context waarbinnen de vermogensverschuiving plaatsvond van een vermoeden van al dan niet vrijgevigheid uit te gaan.

⁹¹ Art. 8.5 BW.

“waarschijnlijkheid” van dat feit. Uiteraard neemt dit niet weg dat de bewijslast op de verarmde rust.⁹² Dit moeilijk bewijs kan de verarmde dan wel met alle bewijsmiddelen leveren.⁹³

29. Uitzonderlijk karakter – Een vordering voor precontractuele ongerechtvaardigde verrijking zal dus enkel in uitzonderlijke gevallen kunnen slagen. Het leerstuk mag immers niet “misbruikt” worden om ongelukkige onderhandelaars uit medelijden te beschermen. Dat neemt niet weg dat de vordering principieel wel mogelijk moet zijn. Dit gebiedt de recente evolutie van de cassatierechtspraak die bijzondere aandacht op de wil van de verarmde legt. Ook vanuit rechtsvergelijkend perspectief moet zo’n vordering mogelijk zijn. Zo oordeelde het Franse Hof van Cassatie⁹⁴ dat onderhandelaars ongerechtvaardigd verrijkt kunnen zijn uit misgelopen contractonderhandelingen. In deze zaak onderhandelden twee publiciteitsbedrijven over de mogelijke aankoop van prikborden. De onderhandelingen mislukten. Toch bleek 6 jaar later dat de geïnteresseerde koper de prikborden gedurende de voorbije 6 jaren had gebruikt. De voordelen voortvloeiend uit de uitvoering van een contract dat uiteindelijk nooit werd gesloten, achtte het Hof ongerechtvaardigd.⁹⁵

30. Onderhavig vonnis – In het geannoteerde vonnis berust de rechter op het normale ondernemingsrisico om te bepalen welke kosten al dan niet voor vergoeding in aanmerking komen. Terecht beslist de rechtbank dat de kosten die kaderen binnen de anticipatieve uitvoering van de onderhandelde overeenkomst (het uitwerken van een haalbaarheidsstudie, een deel van het uitwerken van een programmastudie en de aanpassingen van ontwerpen en de besprekingen met aannemers) ongerechtvaardigd zijn. De prestaties “verricht in het kader van de onderhandelingen over een mogelijke

onderlinge duurzame samenwerking”⁹⁶ zijn daarentegen door het normale ondernemingsrisico gerechtvaardigd en bijgevolg niet vatbaar voor restitutie. Het resultaat overtuigt in het licht van het voorgaande (zie *supra*, randnrs. 27-28). Het criterium dat de rechtbank hiervoor hanteert, overtuigt daarentegen minder. Het berusten op het “normale ondernemingsrisico” lijkt immers een vaag en ondoorzichtig criterium te zijn.⁹⁷ In het contentieux over feitelijk samenwonen wordt op een vergelijkbare manier geredeneerd. Tussen feitelijke samenwoners bestaat er volgens een tendens in de rechtsleer en rechtspraak een natuurlijke verbintenis om bij te dragen in de *normale* lasten van de samenwoning, elkeen naar zijn vermogen.⁹⁸ Het is in een affectieve relatie normaal bij te dragen in de dagdagelijkse lasten. Deze normale lasten kunnen daarom niet op basis van een vordering gegrond op ongerechtvaardigde verrijking worden teruggevorderd.⁹⁹ Dit mag in de context van een affectieve relatie overtuigen, in het kader van onderhandelingen voelt een dergelijke redenering artificieel aan. Hoewel het belang van de relatie tussen onderhandelaars al geruime tijd is erkend¹⁰⁰, betekent dit nog niet dat er een natuurlijke verbintenis zou bestaan om bij te dragen aan de goede verstandhouding tussen de onderhandelaars. De verwijzing naar de wil van de partijen, en specifiek de vermogensverschuiving die kaderen binnen de onderhandelde overeenkomst, lijkt daarom meer coherent en transparant.

§ 4. Subsidiair karakter

31. Subsidiair karakter – Vermits de verrijking niet gerechtvaardigd mag zijn om de vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking te doen slagen, kan de vordering slechts slagen wanneer de verarmde over geen alternatieve rechtsgrond beschikt of kon beschikken.¹⁰¹ Bijgevolg heeft de rechtsfiguur een subsidiair karakter. Het Hof van

⁹² S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 2, Brugge, die Keure, 2020, 172-173, nr. 227; B. VANLERBERGHE, “De krachtlijnen van het nieuwe burgerlijke bewijsrecht” in *Het nieuwe bewijsrecht*, Morsel, Intersentia, 2020, (1-35) 10-11, nrs. 17-18.

⁹³ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “De rechtsfeiten” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 720, nr. 936; I. CLAEYS, F. CORYN en L. VAN VALCKENBORG, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017). Bronnen van verbintenissen (Deel I): Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking”, *TPR* 2017, (1395) 1463, nr. 56.

⁹⁴ Cass. (Ire civ. fr.) 13 juli 2004, N° 01-03608, *Bulletin* 2004, n° 208.

⁹⁵ Zie J. MESTRE en B. FAGES, “L’après-pourparlers peut provoquer un enrichissement sans cause”, *RTDC* 2005, (120).

⁹⁶ Orb. Turnhout 23 maart 2020, A/19/00849, 12.

⁹⁷ Het is niet duidelijk aan de hand van welke factoren de rechter zal beslissen dat het normaal ondernemingsrisico al dan niet te buiten werd gegaan.

⁹⁸ M. AERTS, “Het belang van het eigenbelang versterkt? Over de verrijking zonder oorzaak en feitelijke samenwoners”, *T.Fam.* 2019, (37) 38, nr. 5. Zie verwijzingen aldaar.

⁹⁹ Zie bv. Gent 28 oktober 2018, *TBBR* 2019, 46. Uitvoeriger over de tendens om te verwijzen naar de normale lasten van de samenwoning: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “De rechtsfeiten” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 716, nr. 929; C. DE WULF, *Rechtsherstel voor verschuivingen van vermogen bij het einde van een huwelijk en bij het einde van een samenwoning*, Brugge, die Keure, 2017, 237, nr. 448; I. SAMOY, “Investeren in andermans woning bij feitelijke samenwoning. In welke mate verhindert de natuurlijke verbintenis tot bijdrage in de lasten van de feitelijke samenwoning een vergoedingsaanspraak?” in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 277 *et seq.*, nrs. 5 *et seq.*

¹⁰⁰ Zo bv. al in G. SCHRANS, “Pracontractuele verhouding naar Belgisch recht”, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1968, (226) 229.

¹⁰¹ J. ROODHOOF, *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Wolters Kluwer, 2020, nr. 2285; I. CLAEYS, F. CORYN en L. VAN VALCKENBORG, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017). Bronnen van verbintenissen (Deel I): Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking”, *TPR* 2017, (1395) 1456, nr. 53; V. SAGAERT, “Wat als het vermogen gaat schuiven? Casuïstiek rond zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking” in *Themis 41, Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure-la Chartre, 2007, (71-94) 92, nr. 32.

Cassatie spreekt van het “beginsel van het subsidiaire karakter”¹⁰² maar liet deze vereiste recent onbesproken.¹⁰³

32. In subsidiaire orde – De verarmde mag dus niet over een andere vordering beschikken of kunnen beschikken wanneer hij beroep wil doen op de ongerechtvaardigde verrijking. Dat neemt niet weg dat hij zich in eerste instantie op een andere grondslag mag beroepen en slechts in ondergeschikte orde zijn vordering op het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking steunt.¹⁰⁴ In deze zin oordeelde onlangs¹⁰⁵ ook het Hof van Cassatie¹⁰⁶:

*“Het beginsel van het subsidiaire karakter van de rechtsvordering uit verrijking zonder oorzaak belet dat deze vordering wordt aangenomen wanneer de eiser over een andere vordering beschikte, die hij heeft laten teloorgaan. De verrijkingvordering kan aldus niet worden ingewilligd wanneer zij tot doel heeft een wettelijk beletsel met betrekking tot een aan de eiser ter beschikking staande vordering te omzeilen. Het subsidiaire karakter staat er evenwel niet aan in de weg dat de eiser zijn vordering primair baseert op een of meer andere grondslagen en subsidiair op de verrijking zonder oorzaak voor het geval de rechter oordeelt dat eerstgenoemde grondslagen in werkelijkheid niet voorhanden zijn.”*¹⁰⁷

Bijgevolg kan de verarmde die zich in hoofde op een overeenkomst beroept maar er niet in slaagt deze te bewijzen¹⁰⁸ zich nog steeds op de ongerechtvaardigde verrijking beroepen.¹⁰⁹

33. Driestapsredenering – De vraag is bijzonder belangrijk in zaken rond ongerechtvaardigde verrijking uit afgebroken onderhandelingen. Zoals hoger vermeld, redeneert men hier veelal in drie stappen: eerst contractuele tekortkoming, dan precontractuele aansprakelijkheid en dan pas, zoals in onderhavig vonnis, ongerechtvaardigde verrijking. Dat is perfect logisch. Immers, “het feit dat materieelrechtelijk bepaalde aanspraken niet alternatief zijn, maar slechts sub-

sidiair, maakt het dus nog geenszins tot een contradictie om procedureel in hoofde een aanspraak aan te voeren die die subsidiaire aanspraak uitsluit”.¹¹⁰ Deze positie onderschrijft de rechter dan ook in onderhavig vonnis.

B. Restitutie

34. Restitutie – Indien een rechter de ongerechtvaardigde verrijking bewezen acht, zal hij de restitutie van de verrijking bevelen. Op de verrijkte rust dan de verbintenis tot restitutie. Deze beoogt zo goed mogelijk het evenwicht tussen de vermogens te herstellen.¹¹¹

35. Vorm van restitutie – Restitutie zal in eerste instantie *in natura* gevorderd kunnen worden. Wanneer dit onmogelijk of abusievelijk is, kan zij ook bij equivalent gevorderd worden.¹¹²

36. Omvang van de restitutie – Indien het bedrag van de verarming gelijk is aan dat van de verrijking, zal de restitutie ten belope van dit bedrag moeten gebeuren. Wanneer, daarentegen, de verarming groter is dan de verrijking, dan zal enkel het laagste bedrag toegekend worden.¹¹³ Stel dat in onderhavig vonnis de diensten die de ingenieur geleverd heeft voor hem een kost van 1.000 EUR uitmaken, maar het voordeel van de grondeigenaar slechts 750 EUR waard is, dan zal de grondeigenaar enkel 750 EUR moeten restitueren.

Dat kan ertoe leiden, dat de verarmde slechts gedeeltelijk wordt vergoed. Hier verschilt de restitutie naar aanleiding van een vastgestelde ongerechtvaardigde verrijking van het schadeherstel wegens een precontractuele fout. Schade moet immers integraal worden vergoed (zie *supra*, randnr. 17), terwijl restitutie louter gedeeltelijk kan zijn. Dat verschil is logisch: de verrijkte mag uit zijn verrijking en de daarmee gepaard gaande restitutie niet zelf verarmd worden. De verarming van de verrijkte valt niet te rechtvaardigen vermits de verrijkte per definitie niet foutief heeft gehandeld (zie *supra*,

¹⁰² Cass. 9 juni 2017, C.16.0382.N, *RW* 2017-18, 1104, noot M. AERTS, *TBBR* 2017, 502, noot F. DEGUEL en *T.Fam.* 2017, 268, noot J. LAMBRECHTS.

¹⁰³ Cass. 4 juni 2020, C.19.0371.N, *JT* 2020, nr. 6823, 558, noot Y. LELEU, *T.Fam.* 2020, 247 noot M. AERTS.

¹⁰⁴ In deze zin bv.: Gent 19 januari 2017, *RW* 2020-21, 20.

¹⁰⁵ Vgl. Cass. 5 juni 2015, C.14.0354.N, *Arr.Cass.* 2015, 1507.

¹⁰⁶ Cass. 9 juni 2017, C.16.0382.N, *RW* 2017-18, 1104, noot M. AERTS, *TBBR* 2017, 502, noot F. DEGUEL en *T.Fam.* 2017, 268, noot J. LAMBRECHTS.

¹⁰⁷ Cass. 9 juni 2017, C.16.0382.N, *RW* 2017-18, 1104, noot M. AERTS, *TBBR* 2017, 502, noot F. DEGUEL en *T.Fam.* 2017, 268, noot J. LAMBRECHTS.

¹⁰⁸ Weliswaar is de bezorgdheid terecht, dat een verarmde nalatig zou optreden in het leveren van het bewijs van een overeenkomst of andere rechtsgrond om zodoende zijn contractuele vordering buiten spel te zetten om zo een aanspraak op restitutie uit ongerechtvaardigde verrijking te bekomen. Dit lijkt wel eerder een vraag van rechtsregelontduiking te zijn. Hierover recent N. VAN DAMME, *Wetsontduiking*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 716 p.

¹⁰⁹ In die zin, M. AERTS, “De eigen wil van de verarmde en de subsidiariteit bij verrijking zonder oorzaak: het Hof van Cassatie grijpt in”, *RW* 2017-18, (1105) 1108-1109, nr. 10; J. LAMBRECHTS, “Subsidiariteit vormt geen beletsel voor de ondergeschikte toepassing van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking”, *T.Fam.* 2017, (269) 272; M.E. STORME, “De redactie privaet. In subsidiaire orde”, *TPR* 2017, (411) 412, nr. 4.

¹¹⁰ M.E. STORME, “De redactie privaet. In subsidiaire orde”, *TPR* 2017, (411) 412, nr. 4.

¹¹¹ Cass. 9 maart 2020, C.19.0216.N-C.19.0217.N, *RW* 2020-21, 671; *TBBR* 2021, 183, noot VAN DEN WYNGAERT. E. DIRIX, “Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhoudingen”, *TPR*, 1981, 1022, nr. 1.

¹¹² M.E. STORME, *Verbintenissenrecht*, Deel I-IV, Gent-Mariakerke, www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Verbintenissenrecht2020/totIV.pdf, 2020, 175; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “De rechtsfeiten” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 720, nr. 935; V. SAGAERT, “Ongerechtvaardigde verrijking en gewijzigde omstandigheden”, *TPR*, 2001, 589, nr. 6.

¹¹³ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “De rechtsfeiten” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 721, nr. 936. Vgl. F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 470, nr. 686.

randnr. 29). Zo oordeelt ook het Hof van Cassatie dat “aan-gezien deze vergoedingsplicht niet berust op de aansprakelijkheid van de verrijkte mag zij de verrijkte, in beginsel, niet in een nadeligere positie brengen dan waarin deze zich zou bevonden hebben had de vermogensverschuiving niet plaatsgevonden”.¹¹⁴

Omgekeerd kan ook de verrijking groter zijn dan de verarming. De verarming zal dan integraal ongedaan worden gemaakt, maar de verarmde mag op zijn beurt niet verrijkt worden. Ook dat is logisch, het doel van de rechtsvordering op grond van een ongerechtvaardigde verrijking is de verarming ongedaan te maken zonder de verrijkte te verarmen. Dat de verrijkte winst haalt uit de vermogensverschuiving doet er niet toe – uitgenomen het geval van *fraus*.

V. BESLUIT

37. Driestapsargumentatie – De contractvrijheid en de risicoverdeling die deze met zich meebrengt zijn de regel: *the loss rests where it falls*. Nochtans kan hiervan op een drietal manieren worden afgeweken. Dat kan door zich eenzijdig of wederzijds te verbinden door een precontractuele afspraak, door het plegen van een precontractuele fout of, en dat is nieuw, door een ongerechtvaardigde verrijking. Terwijl in eerdere rechtspraak enkel de eerste twee gronden ingeroepen werden, toont het geannoteerde vonnis aan dat ook een derde grond rechtsgeldig ingeroepen kan worden. Een tweestapsargumentatie wordt zo een driestapsargumentatie. We hebben getracht elke stap uit de doeken te doen en hun respectievelijke toepassingsvoorwaarden en rechtsgevolgen te verduidelijken.

38. Wil van de verarmde – In het bijzonder zijn we ingegaan op de ongerechtvaardigde verrijking uit misgelopen onderhandelingen. Daarbij is gebleken dat die vordering gegrond kan zijn. Nochtans blijkt het criterium van het normale ondernemingsrisico niet even nauwkeurig: of kosten al dan niet tot het normale ondernemingsrisico behoren kan moeilijk geobjectiveerd worden. Overeenkomstig de recentste cassatierechtspraak in België (en Frankrijk) moet de

rechtvaardiging van de verrijking in de wil van de verarmde gezocht worden en niet in het vaag begrip van het normale ondernemingsrisico. Hoewel het hanteren van het normale ondernemingsrisico een eenvoudig toetsingscriterium lijkt te zijn, is het juridisch-technisch toch onzuiver. Het hanteren van een dergelijk criterium kan ertoe leiden dat de vordering uit precontractuele ongerechtvaardigde verrijking onterecht verbreed wordt. Dit moet worden vermeden.

39. Beperkte draagwijdte – Hoewel een vordering op grond van precontractuele ongerechtvaardigde verrijking principeel mogelijk moet zijn, zal ze enkel in zeer uitzonderlijke gevallen een kans op slagen hebben. De rechtsfiguur kent immers voldoende waarborgen om ervoor te zorgen dat niet elke onderhandelaar zijn tevergeefs gemaakte kosten kan verhalen. Dat zou niet te verantwoorden zijn in een vrije markteconomie waar het mogelijk moet blijven onderhandelingen aan te gaan zonder te moeten vrezen er een proces aan over te houden. De contractvrijheid is en blijft de regel. Daaraan zal het toekennen van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking uit misgelopen onderhandelingen niets veranderen.

¹¹⁴ Cass. 9 maart 2020, C.19.0216.N-C.19.0217.N, *RW* 2020-21, 671; *TBBR* 2021, 183, noot VAN DEN WYNGAERT.